

O BINÓMIO
CASOS FÁCEIS/CASOS DIFÍCEIS
E A CATEGORIA
DE INTELIGIBILIDADE
SISTEMA JURÍDICO

**UM CONTRAPONTO INDISPENSÁVEL NO MAPA
DO DISCURSO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO?**

JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES

Estará o testemunho da *dinâmica de oposição* imposta pelo *binómio relativo aos casos* (à *facilidade/dificuldade* dos casos) e pela categoria *sistema jurídico* em condições de nos ajudar a entender a *pragmática de pluralidade* que caracteriza o discurso jurídico contemporâneo? Esta é a pergunta a que este estudo se propõe responder. A resposta constrói-se reconstituindo os dois grandes veios que hoje sustentam a pragmática *casos fáceis / casos difíceis*: o primeiro associado à multifacetada luta contra o *formalismo* de matriz anglo-saxónica (com frentes que vão do *Law and Economics* ao *Law and Literature*, passando pelos *Critical Legal Scholars* e pelo positivismo crítico herdeiro de Hart), o segundo justificado por uma certa teoria da argumentação (aquela que vemos sustentada por Alexy e MacCormick). A última palavra cabe a uma tentativa de experimentar crítico-reflexivamente a possibilidade de recusar o *binómio* e o exercício de *demarcação* que o forja (bem como os postulados que o alimentam) — tentativa que se cumpre «ouvindo» sucessivamente Dworkin e Castanheira Neves.

COIMBRA
JURÍDICA

IMPRESA DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
COIMBRA UNIVERSITY PRESS

© DEZEMBRO 2017. Imprensa da Universidade de Coimbra.

Autor: José Manuel Aroso Linhares

Título: O Binómio *casos fáceis/casos difíceis* e a categoria de inteligibilidade *sistema jurídico*

Um contraponto indispensável no *mapa* do discurso jurídico contemporâneo?

Coordenação editorial

Maria João Padez de Castro

Edição

Imprensa da Universidade de Coimbra

Email: imprensa@uc.pt

URL: http://www.uc.pt/imprensa_uc

Vendas online: <http://livrariadaimprensa.uc.pt>

Design: Carlos Costa

Revisão: Teresa Nunes

Execução gráfica: www.artipol.net

ISBN: 978-989-26-1460-1

eISBN: 978-989-26-1461-8

DOI: <https://doi.org/10.14195/978-989-26-1461-8>

Depósito legal: 435934/17

José Manuel Aroso Linhares

**O BINÓMIO CASOS FÁCEIS/CASOS DIFÍCEIS E A
CATEGORIA DE INTELIGIBILIDADE SISTEMA JURÍDICO
UM CONTRAPONTO INDISPENSÁVEL NO MAPA
DO DISCURSO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO?**

Imprensa da Universidade de Coimbra
Coimbra University Press

O BINÓMIO
CASOS FÁCEIS/CASOS DIFÍCEIS
E A CATEGORIA
DE INTELIGIBILIDADE
SISTEMA JURÍDICO

**UM CONTRAPONTO INDISPENSÁVEL NO MAPA
DO DISCURSO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO?**

JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES

Sumário

O ADVENTO DA «COIMBRA JURÍDICA»	11
<i>Rui de Figueiredo Marcos</i>	
NOTA PRÉVIA	13
INTRODUÇÃO	15
1. A PERGUNTA PRINCIPAL	21
2. O BINÓMIO RELATIVO AOS CASOS EXPLORADO EM DOIS TERRITÓRIOS EXEMPLARES	25
2.1. O primeiro grande <i>território</i> : um <i>discurso de alternativas</i> iluminado por um modelo discricionário de <i>área aberta</i> e pela <i>luta contra o(s) formalismo(s)</i>	28
2.1.1. <i>Casos difíceis e área aberta</i> : as «heranças» do <i>legal instrumentalism</i> e da <i>sociological jurisprudence</i> assimiladas pelo <i>pragmatismo</i> de POSNER	29

2.1.2. A «desconstrução» da pragmática <i>fácil /difícil prometida</i> pelos herdeiros do <i>legal realism</i> : a exemplar «fenomenologia crítica» de DUNCAN KENNEDY	35
2.1.3. Casos difíceis e <i>humanistic interdisciplinary projects</i> : as frentes de luta assumidas pelo <i>literary turn</i> de WHITE e NUSSBAUM	42
2.1.4. <i>Discrecionarietà, razões sistémicas e rule of recognition</i> : os casos <i>difíceis</i> nos discursos do <i>positivismo crítico</i> (os exemplos de HART e de RAZ)	46
2.1.5. Conclusões possíveis.....	55
2.2. O segundo grande <i>território</i> ou as possibilidades que a <i>teoria da argumentação</i> oferece à relação <i>casos difíceis/razões sistémicas</i>	55
2.2.1. <i>Casos difíceis, contexto de justificação</i> e <i>argumentação não dedutiva</i>	56
2.2.1.1. Reconsiderando a distinção fundadora de WRÓBLEWSKI	58
2.2.1.1.1. A compossibilidade entre <i>justificação interna</i> e <i>argumentação não dedutiva</i>	59
2.2.1.1.2. A primazia do discurso teorético: o <i>complex decisional syllogism</i> como núcleo de referência da <i>justificação interna</i>	63
2.2.1.2. As propostas de <i>distribuição</i> de ALEXY e MACCORMICK: um tratamento em <i>degraus</i> , a relativização <i>pragmática</i> da distinção <i>fácil /difícil</i> , o papel decisivo das <i>razões do sistema</i>	64
2.2.1.2.1. A distinção <i>justificação interna/justificação externa</i> e a cisão metódica entre <i>subsunção</i> e <i>ponderação</i> (ALEXY)	65
2.2.1.2.2. A distinção «vertical» <i>argumentação dedutiva /justificação</i> <i>de segunda ordem</i> e a compossibilidade entre <i>dedutivismo</i> e <i>retórica</i> (MACCORMICK)	73
2.2.1.2.3. Divergências e convergências relevantes	89
2.2.2. <i>Casos difíceis e argumentos baseados em princípios</i>	92
2.2.2.1. ALEXY versus MACCORMICK	92
2.2.2.2. A <i>weak thesis</i> de ATIENZA: o papel da <i>perspetiva</i> <i>dos princípios</i> na determinação dos <i>casos fáceis</i>	97
2.2.2.3. O discurso <i>de fronteira</i> de BYDLINSKI ou a iminência de uma rutura (não consumada) com o binómio <i>relativo aos</i> <i>casos</i> e com a «visão binária» que <i>divide</i> as normas	103

3. CONCLUSÕES PARADOXAIS E TENTATIVAS DE AS SUPERAR: A EXPANSÃO CENTRÍFUGA PELA PRAGMÁTICA DA INDETERMINAÇÃO E A ESPECIFICAÇÃO CENTRÍPETA DOS EXERCÍCIOS DE TIPIFICAÇÃO	113
3.1. A pragmática da <i>indeterminação</i> e as propostas de substituição (<i>subdeterminação, incerteza e indecidibilidade</i>)	118
3.2. As especificações <i>centrípetas</i> introduzidas pela tipificação dos casos intermédios (BARAK) e dos casos trágicos (ATIENZA)	143
3.3. A inconcludência destas duas tentativas de superação	153
4. A REJEIÇÃO DO BINÓMIO CASOS FÁCEIS/CASOS DIFÍCEIS E DAS CISÕES METODOLÓGICAS QUE ESTE IMPÕE	155
4.1. A rejeição do <i>discurso das alternativas: ouvindo</i> DWORKIN.....	157
4.2. A rejeição da <i>determinabilidade hermenêutica dos materiais</i> e do binómio <i>relativo às normas: ouvindo</i> CASTANHEIRA NEVES.....	171
5. CONCLUSÃO	183

O ADVENTO DA «COIMBRA JURÍDICA»

Linhas breves e bem colocadas é o que uma página editorial de abertura de uma nova coleção editorial reclama. Denomina-se «Coimbra Jurídica». Saiu de uma proposta minha, na condição de Diretor da Faculdade de Direito, a qual logrou o imediato e entusiástico patrocínio do ilustre Diretor da Imprensa da Universidade de Coimbra, o Doutor Delfim Leão. Mereceu também plena aprovação por parte do Conselho Editorial da Imprensa da Universidade.

Uma coleção há de ser o que nela vai contida. E o que esta nova série pretende acolher são obras jurídicas de índole diversa. Exibe a matriz identitária da Escola de Coimbra. Não se encerrará, porém, dentro dos seus muros.

Em eloquente e oportuna coincidência, a «Coimbra Jurídica» lança o seu número inaugural com um valioso estudo da autoria do insigne Presidente do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra, o Doutor José Manuel Aroso Linhares. Intitulou-o «O Binómio *Casos Fáceis/Casos Difíceis* e a Categoria de Inteligibilidade – *Sistema Jurídico*». Precisamente a «Coimbra Jurídica» encontra-se vocacionada para servir, de

preferência, como face impressa da investigação produzida no âmbito do Instituto Jurídico da nossa Faculdade de Direito.

Tem, finalmente, a Faculdade de Direito uma confidente diletta no importante palco da Imprensa da Universidade. A «Coimbra Jurídica» albergará naturalmente livros que conhecerão destinos muito diferentes. Alguns serão provados em pequenas doses e com requinte, outros devorados com ânsias de sofreguidão, não poucos pausadamente digeridos e apreciados. Não deixarão de encontrar leitores de todas as extrações e capazes de todos os exercícios. Seguramente assim sucederá, em benefício do direito português e da presença cada vez mais marcante da Imprensa da Universidade de Coimbra.

Rui de Figueiredo Marcos

Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Membro do Conselho Editorial da Imprensa da Universidade de Coimbra

NOTA PRÉVIA

O estudo monográfico que agora se publica foi escrito entre maio de 2013 e fevereiro de 2014, no contexto da preparação da «lição em *Teoria do direito*» que propus nas provas de agregação em Direito (*Ciências Jurídico-Filosóficas*) prestadas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (23 e 24 de julho de 2014). A *distância* que separa o presente texto — desde logo no plano da extensão mas também no do tratamento analítico dos argumentos e contra-argumentos mobilizados — do *guião* sumário que serviu de base à exposição oral (de 24 de julho) é suficientemente significativa para que a sua disponibilização autónoma se torne agora plenamente justificável. O que não significa dever renunciar por inteiro aos *sinais* da referida *situação institucional* (e aos cânones que a conformam). É neste sentido que — sem deixar de manifestar o meu profundo reconhecimento a todos os Membros do Júri (e à comunidade de *judicia* com que me honraram) — me atrevo assim a *nomear* os *dois* interlocutores específicos da *lição* em causa (e a celebrar o privilégio da *conversação responsável* que com *ela* autenticamente estabeleceram): o Senhor Doutor Gomes Canotilho, que nos palcos da Grande Sala me honrou com a máscara do interlocutor *explícito* (tão exigente quanto generoso); e o

Senhor Doutor Castanheira Neves, meu Mestre de toda uma vida, que, desde o primeiro esboço (muito antes portanto da passagem por aqueles palcos!), usei considerar o *leitor implícito* deste estudo... — como é afinal (e será sempre!) o *leitor implícito* (no sentido mais profundo e interpelante) de todos os meus textos-*tentativa*.

Com uma última palavra de reconhecimento, esta última dirigida à Faculdade de Direito na pessoa do Senhor Doutor Rui de Figueiredo Marcos, ao Instituto Jurídico na pessoa do Senhor Doutor Rui Moura Ramos, ao Boletim da Faculdade de Direito na pessoa do Senhor Doutor João Carlos Loureiro e à Imprensa da Universidade de Coimbra na pessoa do Senhor Doutor Delfim Leão: sem a atenção exemplar e o generoso cuidado que institucional e pessoalmente manifestaram, não teria sido possível a honrosa seleção deste estudo como primeiro volume da presente coleção.

Coimbra, janeiro de 2017

J. M. AROSO LINHARES

INTRODUÇÃO

O tema que o presente estudo se propõe explorar inscreve-se numa sequência temática explícita¹, na qual o problema condutor é precisamente o do diagnóstico-*mapping* do discurso jurídico contemporâneo ou o do *testemunho crítico* que nos permite desenhá-lo (e este levado a sério como a tarefa privilegiada de uma certa «teoria» do direito)². Trata-se, na verdade,

¹ Respeita-se assim por inteiro a convenção conformadora da *lição* identificada na *Nota Prévia*, inscrita (enquanto tal) no processo de desenvolvimento de um curso possível (este, assumidamente, um «curso» de *Teoria do Direito*).

² Tema este que tenho recorrentemente trabalhado: vejam-se, especialmente, *Constelação de discursos ou sobreposição de comunidades interpretativas? A caixa negra do pensamento jurídico contemporâneo*, Porto, Edição do Instituto da Conferência, 2007, «Jurisdição, diferendo e “área aberta”. A caminho de uma “teoria” do direito como moldura?», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, volume IV, 2010, pp. 443-477, o *Relatório com a perspectiva e os conteúdos, o programa e os métodos de ensino da(s) disciplinas de Teoria do direito e (ou) Pensamento jurídico contemporâneo*, polic., Coimbra 2008, bem como «Os desafios-feridas da *Allgemeine Rechtslehre*. Um tempo de teoria do direito reconhecido (reencontrado?) pela perspectiva de outro tempo de teoria», in João Lopes Alves et al., *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário*, *Estudos de Direito e Filosofia*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 261-314; veja-se ainda «“Juízo ou decisão?”: uma interrogação condutora no(s) mapa(s) do discurso jurídico contemporâneo», in Bronze / Linhares / Reis Marques / Gaudêncio (org.), *Juízo ou decisão? O problema da realização jurisdicional do direito*, Coimbra, edição do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 227-249.

de partir de um esquema de distribuição (ou de determinação de *afinidades*) previamente esboçado e de explorar-esclarecer parcialmente as possibilidades de determinação que este disponibiliza. Sendo o esquema prévio aquele que *sobre põe* três critérios-grelhas e (ou) os mapas distintos que estes permitem traçar³ — com o primeiro a opor *normativismo, funcionalismo e jurisprudencialismo* [α], o segundo a mobilizar o contraponto *discursos da sociedade / discursos da comunidade* [β] e o terceiro a distinguir *discursos da área aberta e discursos juristas ou juristicistas* [γ]—, duas palavras se nos impõem para recordar o sentido global destas grelhas e da distribuição ou distribuições que estas justificam.

Desde logo para esclarecer que se trata de considerar o (*quase*) *diferendo* a que o pensamento jurídico contemporâneo (sobretudo nas suas instâncias não estritamente dogmáticas) nos expõe... sempre que enfrenta o problema da *jurisdictio* (e identifica as *intenções de realização* e os tipos de racionalidade que esta pode ou deve assumir)⁴. Depois para acentuar que os critérios-grelhas assim mobilizados se nos oferecem como três planos de organização complementares: com exigências compreensivas e soluções de enquadramento que, sendo distintas, não deixam de se mostrar *compossíveis*... mas também com *posições* relativas perfeitamente claras. Acentuação esta última que nos permite perceber que tais critérios se nos dirijam (dirigindo-se simultaneamente aos interlocutores e aos problemas que distribuem e assimilam) respetivamente como um filtro de relevância *principal* [α] e como dois filtros de relevância *complementares* [β] e [γ]), mas que também e muito especialmente nos permite responsabilizar as tentativas de distribuição em causa por camadas-*couches* distintas, com a grelha principal a propor-nos um traçado *de base* e as restantes a assumirem (na ordem proposta) as duas camadas sucessivas.

De tal modo que a reflexão sobre a posição relativa das vozes-interlocutores que vão sendo interpelados nos autorize (nos incite!) a mudanças permanentes de perspectiva-*camada* (com percursos ascendentes e descendentes que circularmente se interpenetram). De tal modo ainda que os *mapas* assim traçados não

³ Já assim expressamente nos meus *Sumários desenvolvidos de Introdução ao pensamento jurídico contemporâneo*, Coimbra, polic., 2009, pp. 4-8 (3.).

⁴ Para um esclarecimento desta utilização do termo *diferendo*, como um recurso expressivo associado a outros, também de inspiração lyotardiana (*pluralidade, testemunho, procura do idioma*), vejam-se, para além dos estudos citados *supra*, na nota 2, também «A representação metanormativa do(s) discurso(s) do juiz: o “testemunho” crítico de um “diferendo”?», *Revista Lusófona de Humanidades e Tecnologias* n.º 12, ano 2007 /2008, pp. 90-109 e a nota 8 do *Relatório com a perspetiva e os conteúdos, o programa e os métodos de ensino da(s) disciplinas de Teoria do direito e (ou) Pensamento jurídico contemporâneo*, cit.

se excluam uns aos outros, antes devendo sobrepor-se (e enriquecer-se reciprocamente), como se inscritos com *cores* distintas (ou com sinais manifestamente individualizados) em *acetatos* transparentes — o que conjuga a identificação possível do contributo de cada camada (e dos sinais que a singularizam) com a plausibilidade de uma *projeção* de conjunto (e com a unidade que esta garante).

Bastando-nos aqui e agora acrescentar algumas notas que nos permitam identificar *a traço grosso* as três camadas e as suas preocupações condutoras. Começando pelo plano de organização principal (constitutivo da base deste *edifício*) [α], importa esclarecer que este mobiliza explicitamente a proposta de diferenciação (e de «explicitação sistemática») das perspetivas (se não «paradigmas») de compreensão da juridicidade com que Castanheira Neves tem procurado corresponder ao desafio de uma *teoria do direito crítico-reflexiva*: uma proposta que nos autoriza a contrapor *normativismo*, *funcionalismo* e *jurisprudencialismo*, mas também a distribuir o segundo pelas modalidades principais do *funcionalismo material* e do *funcionalismo sistémico*⁵... e que assume exemplarmente uma preocupação constitutiva com o problema da *autonomia* e com o compromisso prático da sua realização...

Trata-se, como sabemos, de identificar caminhos que (em nome de um isolamento cognitivista da normatividade ou de uma certa normatividade-*ratio*) hipertrofiem uma representação incondicionalmente formal desta autonomia (*normativismo*), distinguindo-os daqueles que assumem uma determinação instrumental e recusam explícita ou implicitamente a possibilidade de uma experiência autónoma (*funcionalismo material*), para enfim confrontar ambos com a proposta que procura reinventar uma autonomia material e (ou) a articulação constitutiva *validade comunitária /realização* que a torna possível (*jurisprudencialismo*). Sem esquecer claro aquele caminho e aquela(s) proposta(s) que, partindo como os segundos de uma representação (cientificamente construída) da realidade social — e da inserção do direito nesta —, nos confronta(m)

⁵ Para um esclarecimento global das opções que permitem dizer que as perspetivas em causa são aquelas que «no nosso tempo» se mostram «verdadeiramente relevantes» (e «efetivamente convocáveis»), veja-se Castanheira Neves, *Teoria do Direito. Lições proferidas no ano letivo de 1998/1999*, Coimbra, polic., 1999, (*versão em A4*) pp. 28-31, e também (com um enriquecimento indispensável) os «Preliminares» a «O funcionalismo jurídico – característica fundamental e consideração crítica no contexto atual do sentido da juridicidade», *Digesta*, vol. 3º, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 199-209. Sem esquecer a síntese proposta em «Entre o 'legislador', a 'sociedade' e o 'juiz' ou entre 'sistema', 'função' e 'problema' – os modelos atualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito», *ibidem*, pp. 161-198.

com o sucesso de uma autodiferenciação e (ou) de uma realização autodiferenciadora, também ela só formalmente traduzível⁶.

Em relação à segunda grelha [β]), a experiência prioritária deixa de ser a do *jurídico* para passar a ser antes a do horizonte *holisticamente* representado em que este se integra. A distribuição que tal grelha permite — pela concentração do espectro interpelado em dois eixos exemplarmente contrapostos (discursos da *societas* /discursos da *communitas*, estes últimos embora sempre como discursos da dialéctica *communitas* /*societas*) — fornece-nos, no entanto, um quadro indispensável para situar (e experimentar, positiva ou negativamente) o processo de realização da pretensão da autonomia do direito (e o sentido de continuidade que o sustenta).

Decerto porque se trata de submeter as representações internas das práticas-discursos juridicamente relevantes — e muito especialmente as representações da jurisdição (e os modelos ou «imagens» do juiz que estas constroem) — a uma organização-demarcação justificada por exigências e por recursos de integração (mas também por tipos de racionalidade) inconfundíveis — precisamente aqueles que os referidos pólos justificam (ou atraem)⁷.

Falta-nos ainda introduzir o filtro de relevância que, no âmbito do presente estudo, mais diretamente nos importa: precisamente aquele que (com a ajuda insuspeita das formulações de Posner⁸) nos permite opor discursos da

⁶ Para um esclarecimento destas conexões entre a grelha de base e o problema da autonomia do direito, vejam-se os desenvolvimentos que propus em *O direito como mundo prático autónomo: “equivocos” e possibilidades. Relatório com a perspectiva, o tema, os conteúdos programáticos e as opções pedagógicas de um seminário de segundo ciclo em Filosofia do direito, polic.*, Coimbra 2013, pp. 18-38 (secções 4. e 5.) [relatório disponível no *Inforestudante* (material de apoio à disciplina de *Filosofia do direito*)].

⁷ Procurei esclarecer este confronto *societas* /*communitas*, bem como o sentido da sua dialéctica indispensável, projetada no universo do direito, em «Jurisdição, diferendo e “área aberta”. A caminho de uma “teoria” do direito como moldura?», cit., pp. 446-459 (I), «Jurisprudencialismo: uma resposta possível num tempo de pluralidade e de diferença?», in Nuno Santos Coelho, Antônio Sá da Silva (ed.), *Teoria do Direito. Direito interrogado hoje – o Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Senhor Doutor Antonio Castanheira Neves*, Salvador, JusPodivm/Faculdade Baiana de Direito, 2012, pp. 127-152 (2.), 160-162 (3.2.2.) e «Validade comunitária e contextos de realização. Anotações em espelho sobre a conceção jurisprudencialista do sistema», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, vol. 1, nº 1, 2012, pp. 42-43, 57-58 (também disponível em <http://hdl.handle.net/10437/3430>, parte I-1.3.1., parte II-2.2.). Ver também (explorando uma relação direta com o problema da reabilitação da filosofia prática) o relatório de agregação *O direito como mundo prático autónomo: “equivocos” e possibilidades*, cit., pp. 132 e ss. (3.).

⁸ «Legalism’s inability in many cases to decide the outcome (...) and the related difficulty, often impossibility, of verifying the correctness of the outcome, whether by its consequences or its logic (...), create an open area in which judges have decisional discretion—a blank slate on which to inscribe their decisions—rather than being compelled to a particular decision by “the law”. How [the judges]

área aberta a discursos *juridistas* ou *juridicistas* [γ]). Importando começar por dizer que aquilo que distingue esta terceira grelha é a *oportunidade* de redistribuir vozes já claramente identificadas (se não localizadas) pelas outras duas camadas. Pelo que se trata assim de *numa das frentes* reunir todas aquelas vozes que (sem prejuízo dos campos oponentes que cultivam nas camadas α) e β)) concordam em reconhecer que a possibilidade de um tratamento jurídico (interno) dos problemas-casos sofre de limites *insuperáveis*: limites impostos pela *insuficiência* dos materiais mobilizados (se não já antecipáveis, como «moldura», na representação *em abstrato* desses materiais)... — limites que assim mesmo determinam a intervenção decisiva (mais ou menos extensa) de uma *área aberta* (orientada por intenções e discursos *não jurídicos*). Na mesma medida em que se trata também de, em contrapartida, reunir *na outra frente* todas as outras vozes: vozes mais uma vez exemplarmente distribuídas em campos distintos pelas grelhas α) e β)... mas que convergem enquanto se nos expõem comprometidas com a autonomia normativa do direito e com a autonomia discursivo-cultural do pensamento jurídico... e no limite ainda (*et pour cause!*) comprometidas com a possibilidade de chegar à solução do problema-caso mobilizando intenções constitutivamente jurídicas⁹. Se os discursos da *área aberta* compreendem o *modus operandi* do juiz apostando num *paradigma de decisão* e numa pragmática de alternativas equivalentes — uma pragmática que (com maior ou menor peso) mobiliza os binómios *casos fáceis / casos difíceis, tratamento jurídico / tratamento não jurídico, aplicação*

(...) fill in the open area is the fundamental question that this book addresses, though lurking in the background and occasionally coming to the fore is the question how they should fill it in...» (Posner, *How Judges Think*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 2008, p. 9). A expressão *legalism*, com o sentido amplíssimo que Posner lhe atribui — identificando a aposta (explícita ou implícita) na autonomia (prático-)normativa do direito e na autonomia discursivo-cultural do pensamento jurídico —, deverá (sob pena de agravar os equívocos desta uniformização) ser adequadamente traduzida por *juridismo* ou *juridicismo*. «[F]or legalists, the law is an autonomous domain of knowledge and technique (...). [L]egalism hypothesizes that judicial decisions are determined by “the law” (...). [L]egalism treats law as an autonomous discipline, a “limited domain”...» (*Ibidem*, pp. 8, 41, 42). Explorei detidamente esta questão em «*Post-scriptum*. A “área aberta” e a predestinação pragmática. A análise económica do direito como “teoria compreensiva” entre outras teorias compreensivas: o desafio e as reformulações de *How Judges Think*», in Alexandre Morais da Rosa / Aroso Linhares, *Diálogos com a Law & Economics*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, pp. 239-275. Ver também o meu «Jurisdição, diferendo e “área aberta”. A caminho de uma “teoria” do direito como moldura?», cit., passim.

⁹ Sem esquecer decerto que, apesar desta convergência, tais vozes nos ferem por sua vez com um espectro (suficientemente diferenciado) de compreensões do sistema, da dogmática, do juízo-julgamento e da reflexão metódica (esta última distribuída entre os pólos de um paradigma da aplicação e de um paradigma do juízo). Diferenças que justificam opções por discursos e exigências de racionalidade inconfundíveis? Certamente. Na mesma medida em que fazem corresponder à pretensão de autonomia do direito — e ao desempenho da *jurisdiction* enquanto garante desta autonomia — outras tantas intenções e problemas. Para um esclarecimento concentrado desta diversidade, remeto-me para *O direito como mundo prático autónomo...*, cit., pp. 12-14, 18-32 (4).

do «direito» / criação discricionária, na mesma medida em que nos remete para heterorreferências indispensáveis — , os discursos (ditos) *juridistas ou juridicistas* assumem a convicção de que a solução da controvérsia há de ser (deve ser) sempre *juridicamente* determinável (garantida pelas possibilidades e exigências discursivas de uma *perspetiva interna*), defendendo assim uma pretensão de unidade ou de coerência e a categoria de inteligibilidade *sistema* — na mesma medida em que invocam a plausibilidade de uma reflexão metodológica (ou pelo menos de uma prescrição metódica) e a recondução (mais ou menos completa) da decisão-*voluntas* a um juízo-julgamento racionalmente determinado.

Uma vez reconhecida a sequência temática em que o presente estudo se integra — pela identificação do problema que globalmente o alimenta e do esquema de distribuição que este explora — , importa esclarecer que o seu objetivo é muito claramente o de nos concentrar em dois dos elementos constitutivos da última grelha: o binómio *casos fáceis / casos difíceis* e a categoria *sistema* — esta inseparável das propostas *juridicistas*, aquele associado aos discursos da *área aberta* (ainda que capaz de sobreviver para além das suas fronteiras). Não se tratará de resto tanto de explorar tais elementos em si mesmos (na autossubsistência, mais ou menos conseguida, da sua identidade categorial) quanto de sublinhar a *dinâmica de oposição* que faz corresponder a máxima relevância *positiva* de cada um deles à máxima relevância *negativa* do outro. O que, como veremos, nos obriga desde já a formular uma pergunta principal... mas também a repartir a tentativa de resposta por três patamares distintos (submetidos a interpelações também diversas).

1.

A PERGUNTA PRINCIPAL

Estará o *testemunho* da *dinâmica de oposição* imposta pelo *binómio relativo aos casos* (à *facilidade/dificuldade* dos casos) e pela categoria *sistema* — na inteligibilidade privilegiadamente metodológica das relevâncias em confronto — em condições de nos proporcionar um esclarecimento efectivo, indispensável a um tratamento reflexivamente logrado da *pragmática de pluralidade* que caracteriza o discurso jurídico contemporâneo? Ou será que os campos oponentes assim gerados — pela extensão dos dois *common grounds* que opõem e pelo empobrecimento ou rarefação *intensional* das categorias que esta *extensão* determina (se não mesmo pela linearidade artificial da oposição que postulam) — nos aparecem, pelo contrário, condenados a uma perturbante *improdutividade* reflexiva (entenda-se, a uma incapacidade de reconhecer adequadamente as grandes questões que hoje nos dividem)? Eis a pergunta.

A resposta exigida por esta pergunta está longe de ser fácil, obrigando-nos a mergulhar *ex abrupto* num desses perturbantes jogos de Penélope que o discurso jurídico do nosso tempo (no seu plano metanormativo) insiste em alimentar. Ao contrário, no entanto, do que acontece com o jogo-exercício

que Duncan Kennedy brilhantemente denuncia quando invoca a máscara da rainha de Ítaca — trata-se, como sabemos, de surpreender Dworkin, Posner, Altman e Fiss a discutirem o problema da *neutralidade* do juiz, acentuando que estes se preocupam menos com este problema do que com a urdidura-trama que os outros engendram (para a desfazerem e refazerem)¹⁰ —, a *dinâmica de oposição* com que pretendo ocupar-me está longe de, só por si, nos concentrar num único problema... ou no território que este circunscreve... — um território que de alguma forma pudesse reconhecer-se de imediato, sem a mediação constitutiva dos discursos que o pensam e das inter-relações que constituem estes discursos. A dificuldade não está tanto no distinto relevo da categoria de inteligibilidade *sistema jurídico* ou nas diferentes concepções de unidade que alimentam a sua relevância positiva ou ainda na distribuição dos argumentos que (positiva ou negativamente) nos remetem para tais concepções — diferenças de relevância ou de concepção estas que os recursos das duas primeiras grelhas α e β) (na sua sobreposição produtiva) tornam relativamente claras (nas quais não teremos assim que insistir¹¹)! —, está antes na pragmática de demarcação *fácil/difícil* e no modo como esta, através da consagração aproblemática de um discurso de alternativas de decisão (a diagnosticar uma ausência de alternativas nos *casos fáceis*... e muitas alternativas nos *casos mais difíceis*!) se confronta com o desafio (no limite do *paradoxo*) de querer encontrar a *qualificação* metodologicamente relevante de um problema historicamente situado (se não já de sentido *concreto*) — entenda-se, o rótulo que identifica este problema como fácil ou difícil, mais fácil ou mais difícil! — num exercício de antecipação *em abstrato*, construído a partir de uma hipotética seleção de materiais-critérios. Desafio este que, como veremos, torna essa pragmática — sobretudo quando é explicitamente tematizada¹² — particularmente vulnerável... e como tal disputada (ou pelo menos disputável) por frentes de concertação e de ruptura (de inclusão e de exclusão) relativamente movediças, se não ubíquas. Na mesma medida em que nos obriga a enfrentar a relação com a categoria *sistema* sob perspetivas distintas, com configurações que podem ir assim de uma consagração plena

¹⁰ Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1997, p. 91.

¹¹ Ver por todos Castanheira Neves, «A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido (diálogo com Kelsen)», *Digesta – escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, volume 2º, pp. 155-180 (3. «Um esboço de solução»).

¹² O que de resto (não certamente por acaso) raramente acontece! Uma exceção temo-la decerto na dissertação de mestrado (não publicada) de Ana Carolina Silvestre: *Casos fáceis e casos difíceis. Algumas abordagens contemporâneas possíveis e seus diferentes pressupostos de inteligibilidade*, dissertação de mestrado (orientação: Aroso Linhares), Coimbra, polic., 2008.

da *dinâmica de oposição* (excluindo as razões sistémicas do exercício de demarcação e, por maioria de razão, do tratamento dos casos difíceis) a uma superação não menos manifesta desta (com as razões sistémicas a intervirem já em pleno no processo de demarcação e na resposta a tais casos)... passando por um *ensemble* de experiências reflexivas em que tal *dinâmica* se nos vai expondo com contornos cada vez menos nítidos...

É para evitar esta vertigem (ou pelo menos para a atenuar!) que proponho três patamares de experimentação distintos (e os espaços reflexivos que estes delimitam). Cabe ao primeiro patamar reconhecer a *pluralidade* de intenções com que as «teorias» dos casos difíceis hoje se nos expõem... e identificar assim os dois grandes territórios em que estas significativamente se desenvolvem [2.]...

Com um *testemunho* que começa por nos concentrar no *parochial ground* de uma *luta* (em diversas frentes) *contra o formalismo* — frentes suficientemente heterogéneas para autorizarem focagens distintas, com representações mais ou menos nítidas das categorias envolvidas e das *oposições* que entre estas se estabelecem [2.1.]... — e que depois se desloca para fora deste território, encontrando numa certa *teoria da argumentação* condições de experimentação exemplares — tanto mais exemplares quanto capazes de pôr em causa (se não de definitivamente superar) tais *oposições* [2.2.].

O segundo patamar propõe-se por sua vez refletir sobre o desafio paradoxal que, não obstante as *diferenças* evidentes — referidas aos pólos, tão irredutíveis quanto inconciliáveis, de uma «área aberta» *transjuridicamente* concebida e de uma argumentação *juridicamente* institucionalizada —, se pode dizer partilhado (aproblematicamente partilhado) por qualquer «teoria» dos casos difíceis... e que é afinal aquele que vincula uma antecipação (aparentemente quantitativa) de *alternativas de decisão* orientadas *por efeitos* ao postulado da *autossubsistência dos materiais* (e à pressuposição de uma totalidade *virtual* de oportunidades de determinação) [3.].

Como um tratamento da pluralidade (imposto por aquelas *diferenças*) que nos autoriza a alargar, como que *centrifugamente*, o binómio *casos fáceis/casos difíceis*. Para o confrontar com as possibilidades da categoria *indeterminação*? Também para reconhecer que as categorias pertinentes (menos vulneráveis, porque menos pluralmente significantes) podem ser antes as da *subdeterminação* ou da *incerteza*... ou ainda a da *indecidibilidade* [3.1.].

Sem esquecer que há um outro lado do espelho, no qual o tratamento das ditas *diferenças* se cumpre enriquecendo, como que *centripetamente*, as possibilidades do binómio. O que significa (pretender) prevenir-assimilar algumas das dificuldades previamente detetadas com um puro exercício de tipificação, precisamente aquele que nos autoriza a autonomizar os *casos intermédios* e os *casos trágicos* [3.2.].

Corresponde ao terceiro patamar uma tentativa de experimentar crítico-reflexivamente a possibilidade de recusar o *binómio* e o exercício de *demarcação* que o forja (bem como os postulados que o alimentam)... — tentativa que se cumpre «ouvindo» sucessivamente Dworkin e Castanheira Neves [4.]. Com o retomar da pergunta condutora, abrem-se enfim as portas para uma conclusão possível [5.].

2.

O BINÓMIO *RELATIVO* AOS CASOS *EXPLORADOS EM DOIS* *TERRITÓRIOS EXEMPLARES*

O primeiro passo cumpre-se reconhecendo (identificando) as propostas de compreensão do direito que, no nosso tempo (e sem prejuízo do espectro considerável de possibilidades por que se expandem), diríamos explicitamente (se não estruturalmente) sustentadas numa «*teoria*» *dos casos difíceis*: não merecendo este traço identificador decerto todas as propostas que mobilizam os *significantes* em causa e o seu binómio — e apenas porque os mobilizam! —, merecendo-o antes e em contrapartida só aquelas (de entre estas) que, ao reconduzirem as tarefas constitutivas da *juridictio* («whenever a doubtful case arrives») a uma pura prerrogativa de escolha (*prerogative of choice*)¹³,

¹³ Para o dizermos com Holmes, num passo famoso em que, atendendo muito justamente ao papel do «raciocínio analógico», defende que os *casos duvidosos* (em confronto precisamente com os *não duvidosos*) serão precisamente aqueles em que tanto os *internal* «*logical*» *grounds* quanto

levam simultaneamente a sério o problema de *criação discricionária* que esta escolha exige — o que invariavelmente significa refletir sobre a extensão desta *discricionarietà* e sobre a racionalização (mais ou menos efectiva) da *opção* entre *alternativas* em que esta culmina.

Caracterização que não escapa aos riscos de um *testemunho* crítico? Importa reconhecê-lo... e mais do que isso, enfrentá-lo. Não tanto para legitimar um tratamento seletivo, que será sempre inevitável — na perspectiva do qual haverá decerto que privilegiar as propostas de tematização da *discretion* que manifestamente introduzam uma *diferença*¹⁴...—, antes para admitir (para manifestar) uma preocupação condutora. Preocupação que, por um lado, nos incita a estar atentos à *heterogeneidade* dos recursos informativos e à pluralidade das intenções (*não jurídicas*) a que o discurso das *alternativas de decisão* seguramente nos abre — com a correspondente necessidade de esclarecer o papel dos materiais jurídicos e das intenções normativas que os identificam... e de assim mesmo definir territórios ou compartimentos (mais ou menos estanques)¹⁵. Preocupação que, por outro lado, nos permite retomar o problema da oposição *discricionarietà /argumentos sistémicos*, mas agora para muito diretamente perguntar se a assunção metodicamente relevante de uma «teoria» (*dita*) dos *casos difíceis* impõe invariavelmente a pressuposição de uma *área aberta*... e com esta a rejeição do interlocutor *sistema jurídico* (entenda-se, a sua inserção no eixo oponente).

Acentuação esta última que nos importa muito especialmente, já que vai de imediato determinar a *arrumação* (distribuição) dos interlocutores a ter em conta. O percurso que proponho começa na verdade por se dirigir a um *território* de uma grande extensão — assim mesmo frequentado por vezes

os *analogical grounds* se mostram inconclusivos, condenando o julgador a uma «escolha» entre *policies*: «But I think it most important to remember whenever a doubtful case arises, with certain analogies on one side and other analogies on the other, that what really is before us is a conflict between two social desires, each of which seeks to extend its dominion over the case, and which cannot both have their way. The social question is which desire is stronger at the point of conflict. The judicial one may be narrower, because one or the other desire may have been expressed in previous decisions to such an extent that logic requires us to assume it to preponderate in the one before us. But if that be clearly so, the case is not a doubtful one. Where there is doubt the simple tool of logic does not suffice, and even if it is disguised and unconscious, the judges are called on to exercise the sovereign prerogative of choice...» [«Law in Science and Science in Law» (1889), in Holmes, *Collected Legal Papers*, Clark, New Jersey, The Lawbook Exchange, 2006, p. 239].

¹⁴ Como haverá eventualmente que dar maior atenção àquelas (de entre estas) em que a tematização dos limites e intenções da discricionarietà é beneficiada com um autêntico desenvolvimento (este com uma explícita inteligibilidade metodológica). É esta opção que me levará a dar uma especialíssima atenção à proposta de MacCormick: *infra*, 2.2.1.2. e 2.2.2.1.

¹⁵ Mobilizando recursos da sociologia e da literatura, intenções da estética e da ética, exigências da economia e da política, sem excluir ainda o confronto entre os *standards* e critérios dos *mores* comunitários e os princípios e regras da (chamada) *moralidade crítica*.

heterogêneas, tanto mais exemplares quanto organizadas em frentes inconciliáveis (com os seus pólos no *law and economics* e nos *critical legal studies*, no *law and literature* e no *critical positivism*¹⁶) —, território este no qual no entanto as *razões do sistema* (por força de um contexto prático-cultural, se não cultural-institucional, facilmente identificável) nos aparecem univocamente associadas a uma tradução *formalista* — o que determina um tratamento da *discricionariedade* (tendencialmente) livre de intenções jurídicas [2.1.]. É já em contrapartida outro o sentido das «teorias» dos *casos difíceis* que convoco em segundo lugar: refiro-me àquelas que, expandindo-se para além do *parochial ground* das primeiras, mobilizam explicitamente as possibilidades de uma certa *teoria da argumentação* (iluminada pelos contrapontos *justificação interna / justificação externa, argumentação dedutivamente válida / argumentação não dedutiva, justificação de primeira ordem / justificação de segunda ordem, subsunção / ponderação*). Conjugando a sobrevivência de alguns sinais (provenientes da *pragmática de demarcação* estimulada pelas primeiras «teorias») com a assimilação dominante (ou mesmo determinante) de outras heranças (nas quais se incluem tanto o *normativismo «continental»* quanto o movimento de *reabilitação da filosofia prática*) — uma assimilação agora poderosamente integrada (não obstante a heterogeneidade destas heranças!) —, tais «teorias» dos *casos difíceis* (que iremos considerar sobretudo através das propostas maiores de Alexy e de MacCormick e da síntese ensaiada por Atienza) incitam-nos na verdade a reconhecer que as razões sistémico-jurídicas (agora explicitamente referidas ao binómio *normas como regras / normas como princípios*) nos oferecem um *tertium comparationis* sempre imprescindível, tão relevante na delimitação exterior dos *casos difíceis* quanto no tratamento exigível destes [2.2.].

Sendo certo que a heterogeneidade das primeiras propostas [2.1.] determina que o *common ground* a testemunhar (não obstante a sua extensão) se reconstitua *em duas palavras...* e que a relativa homogeneidade das segundas (construída embora com materiais de proveniências diversas) [2.2.] impõe a uma reconstituição deliberadamente paralela uma complexidade analítica consideravelmente maior. O que não deixará de se refletir nos *espaços* que lhes vou reservar...

¹⁶ Este último a corresponder à assimilação do «legado» de Hart. Para uma defesa deste rótulo, menos indiscutível do que os outros três, veja-se, eloquentemente, Gerald Postema, *Legal Philosophy in the Twentieth Century: the Common Law World* (vol. 11 de Pattaro, ed., *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*), Dordrecht/ Heidelberg/..., Springer, 2011, pp. 261 e ss. («Hart's Critical Positivism»).

2.1. O primeiro grande território: um discurso de alternativas iluminado por um modelo discricionário de área aberta e pela luta contra o(s) formalismo(s)

Testemunhar a diversidade das propostas incluídas no primeiro veio de «teorias», dando simultaneamente conta da sua convergência num modelo de *área aberta* — aquele que associa a experiência dos *casos difíceis* à necessidade de um tratamento *não jurídico* enquadrado (delimitado) por um elenco de *alternativas de decisão* (estas por sua vez legitimadas pela pressuposição, mais ou menos estrita, dos *materiais jurídicos*¹⁷) —, significa na verdade voltar ao núcleo *originário* do desafio de demarcação *casos fáceis/casos difíceis* — precisamente àquele que, no contexto do pensamento jurídico norte-americano, podemos dizer aberto pelo *pragmatic turn* de Holmes¹⁸ (ou por este enquanto denúncia da *fallacy of legal form*¹⁹). É de tal modo assim que *testemunhar* tal diversidade

¹⁷ Ver *infra* a citação das exemplares formulações de Ahron Barak, na sua caracterização global do problema da discricionariedade do julgador: nota 413.

¹⁸ Ao associar o problema da *escolha* do julgador (da «existência» ou não de *discretion*) ao binómio *doubtful/not doubtful cases*, Holmes reserva para o contraponto *hard (great) cases /ordinary cases* uma especificação distinta... que passa pela acentuação de que tais *grandes casos* o são menos pela relevância do problema jurídico *sub judice* (ou pela expectativa de as suas decisões virem a constituir precedentes emblemáticos) do que por razões exclusivamente ligadas aos «factos» e à sua «fenomenologia empírica» — compreensão esta que nos permite entender o modo como o autor de *The Path of Law* reiventa o velho *dictum* «hard cases make bad law»: «Great cases, like hard cases, make bad law. For great cases are called great, not by reason of their real importance in shaping the law of the future, but because of some accident of immediate overwhelming interest which appeals to the feelings and distorts the judgment...» [os fragmentos citados integram o *dissenting* do Justice Holmes na decisão do famoso caso *Northern Securities Co v United States*, 193 US 197, 400 (1904), p. 364 (disponível em <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=193&page=197>)]. Não me ocuparei de tal especificação ou da associação de significados que a sustenta. Para um tratamento desta (inscrevendo-a de resto na agonística *finalismo /formalismo* que principalmente nos importa), veja-se o ensaio de Frederick Schauer (um dos expoentes decisivos do atual *neo-formalist model of practical reasoning*) «Do Cases Make Bad Law?», *The University of Chicago Law Review*, vol. 73, nº 3 (2006), pp. 883-918 [«Holmes was partially right. Great cases and hard cases often do make bad law. But if the distorting effects produced by greatness and hardness are present in nongreat and nonhard cases as well just because of the very immediacy of those cases, then Holmes's insight about great cases and hard cases is not only broader than he thought, but also supports the proposition that cases simpliciter make bad law. And if that is so, then it may turn out to be more of a demerit than a merit that the common law decides the case first and determines the principle thereafter...» (*Ibidem*, p. 918)]. Numa posição intermédia, associada às «teorias» dos *casos difíceis* que consideraremos *infra*, 2.2. (e assim também autorizando uma especial defesa do «dedutivismo»), veja-se o modo como McCormick parte do mesmo *dictum* «hard cases make bad law» (sem se ocupar de resto com a versão de Holmes) num dos capítulos centrais de *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 49 e ss.

¹⁹ «The fallacy to which I refer is the notion that the only force at work in the development of the law is logic. (...) [I]n the broadest sense it is true that the law is a logical development, like everything else. The danger of which I speak is not the admission that the principles governing other phenomena also govern the law, but the notion that a given system, ours, for instance, can be worked out like mathematics from some general axioms of conduct. (...) I think that the judges themselves

e tal convergência — distinguindo agora presenças mais ou menos nítidas (ou sucessivamente menos nítidas!) do referido modelo de *área aberta* — não será possível sem invocar um certo confronto-*antithesis* (*parochially conceived*) entre *formalismo* e *finalismo* (este último sobretudo sob a máscara relativamente indiferenciada do *realismo*)... e sem mergulhar assim na «narrativa» (tão «ubíqua» quanto redutora) que o testemunha — ela própria determinada (ficcionalada?) pelas exigências da *viragem finalista*²⁰. É esta narrativa, na sua força agonística, e simultaneamente (e muito especialmente) a necessidade de a esclarecer e de a problematizar (de superar as suas sedutoras reduções!), que nos obriga a distinguir os quatro grandes eixos que se seguem (e as suas inconfundíveis frentes de combate ao *formalismo*) [2.1.1.- 2.1.4.]... antes de podermos concentrar as conclusões que esta experimentação nos impõe [2.1.5] e de anunciar assim a passagem para o segundo grupo de «teorias» [2.2.]...

2.1.1. Casos difíceis e área aberta: as «heranças» do legal instrumentalism e da sociological jurisprudence assimiladas pelo pragmatismo de POSNER

O primeiro eixo reflexivo a ter em conta, eloquentemente representado pela *theory of adjudication* de Posner²¹, é aquele em que a inteligibilidade dos

have failed adequately to recognize their duty of weighing considerations of social advantage. (...) So much for the fallacy of logical form...» [Holmes, *The Path of Law* (1897), em edição conjunta com *The Common Law*, New York, Kaplan Publishing, 2009, pp.11, 12 e 15].

²⁰ Para usarmos formulações de Brian Z. Tamanaha, *Beyond the Formalist-Realist Divide. The Role of Politics in Judging*, Princeton/Oxford, Princeton University Press, 2010. «This ubiquitous formalist-realist narrative is not a quaint story of exclusively historical interest: it structures contemporary debates and research on judging. (...) The entire legal culture has been indoctrinated in the formalist-realist divide. (...) A major factor that contributed to the spread and entrenchment of the formalist-realist divide is the seductive attraction of narratives constructed around polar opposites...» (*Ibidem*, pp. 2, 3, 201).

²¹ Para uma consideração menos sucinta (mais atenta a outras dimensões) desta *theory of adjudication* (nas suas implicações, mas também nas suas fronteiras), veja-se a reconstituição que propus em «A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática custo/benefício. Um diálogo com a *Law & Economics Scholarship*», *Boletim da Faculdade de Direito LXXVIII*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 91-160, agora também in Morais da Rosa/Aroso Linhares, *Diálogos com a Law & Economics*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, pp. 166-223... e ainda (considerando pormenorizadamente a correção-*reenquadramento* de *How Judges Think*) «A “área aberta” e a “predestinação pragmática”. A análise económica do direito como “teoria compreensiva” (entre outras teorias compreensivas): o desafio e as reformulações de *How Judges Think*», também in Morais da Rosa / Aroso Linhares, *Diálogos com a Law & Economics*, cit., pp. 239-275. Para considerar ainda outras transformações significativas no recente pensamento de Posner, veja-se a síntese que propus em «Decisão judicial, realismo de “complexidade” e maximização de riqueza: uma conjugação impossível?», *Boletim de Ciências Económicas*, vol. LVII (Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes), tomo II, 2014 (publicado em 2015), pp. 1753-1790.

casos difíceis (ditos *non routine or tough cases*²²) se cumpre invocando uma assimilação específica (claramente «situada» e neste sentido nitidamente circunscrita) da *science of policy* de Holmes ou do desafio que esta introduz.

Assimilação que, por um lado, concentrando-nos na divisa *law is a science* (ou pelo menos na defesa de um indispensável *scientific law*), mobiliza o legado imprescindível da *sociological jurisprudence* em geral... e de Pound em especial²³...

O legado de Pound... na sua defesa da inteligibilidade empírico-explicativa do *discurso científico* exigido pelo direito (*[w]e have to rid ourselves of this sort of legality and to attain a pragmatic, a sociological legal science*²⁴), bem como no reconhecimento do caráter «instrumental» desta cientificidade (*law is not*

²² O binómio assumido por Posner é explicitamente *casos de rotina/ casos duros* (*routine or less important cases versus non routine or tough cases*): assim em *How Judges Think*, cit., pp.8, 19, 35, 76 e ss.

²³ O que poderá surpreender-nos, tendo em atenção o importante tratamento da discricionariedade judicial (associado ao problema do *judge as a legislator*) que é explicitamente assumido por Benjamin Cardozo. Por mais relevante que seja este tratamento (enquanto identifica a dificuldade de certos casos e tematiza a correlativa criação de um critério-*rule* pelo julgador, esta por sua vez levada a sério como *judicial legislation*), a verdade é que a limitadíssima extensão que Cardozo atribui à emergência de tais *close cases* e às correspondentes oportunidades de *discretion* (com consequências inevitáveis no plano da reflexão metodológica) nos situa nos antípodas do diagnóstico com que Posner abre *How Judges Think* (o qual, como é sabido, invoca a raridade dos *casos de rotina*). Lembremos apenas este passo, claríssimo, da Lecture III de Cardozo («The Method of Sociology: the Judge as a Legislator») de *The Nature of Judicial Process* (1921): «Obscurity of statute or of precedent or of customs or of morals, or collision between some or all of them, may leave the law unsettled, and cast a duty upon the courts to declare it retrospectively in the exercise of a power frankly legislative in function. In such cases, all that the parties to the controversy can do is to forecast the declaration of the rule as best they can, and govern themselves accordingly. We must not let these occasional and relatively rare instances blind our eyes to the innumerable instances where there is neither obscurity nor collision nor opportunity for diverse judgment. (...) In countless litigations, the law is so clear that judges have no discretion. They have the right to legislate within gaps, but often there are no gaps. We shall have a false view of the landscape if we look at the waste spaces only, and refuse to see the acres already sown and fruitful...» (Benjamin Cardozo, *The Nature of Judicial Process*, Universal Law Press Book, 2010, pp. 52, 53). Este diagnóstico da «raridade» dos *close cases*, reduzindo também drasticamente o impacto da defesa da *judicial legislation*, não tem de resto deixado de suscitar alguma perplexidade. Veja-se, neste sentido, o comentário irónico de Anthony D'Amato (acentuando de resto exemplarmente o que, na proposta de Cardozo, antecipa manifestamente um discurso de «área aberta» ou de «lousa vazia»): «Cardozo holds that in close cases a judge may create new law as does a legislator. Cardozo's position would appear to be that a judge writes on a clean slate only in those narrow circumstances where he has first examined all pre-existing law and found the law to weigh equally on the side of plaintiff and defendant: it may be a clean slate, but it is a very small slate, not a large black-board...» [D'Amato, «Judicial Legislation», *Cardozo Law Review*, vol. 1 (1979), pp. 64, 65]. Veja-se ainda (acentuando as hesitações de Cardozo relativamente ao peso dos *hard cases*), John Bilyeu Oakley, «Taking Wright Seriously: of Judicial Discretion, Jurisprudents, and the Chief Justice», *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 4 nº 4 (1977), pp. 790-791.

²⁴ Pound, «Mechanical Jurisprudence», *Columbia Law Review*, 8 (1908), p. 609 (disponível em <http://www.jstor.org/stable/1108954?seq=5>). «The sociological movement in jurisprudence is a movement for pragmatism as a philosophy of law; for the adjustment of principles and doctrines to the human conditions they are to govern rather than to assumed first principles; for putting the human factor in the central place and relegating logic to its true position as an instrument. Jurisprudence is last in the march of the sciences away from the method of deduction from predetermined conceptions. (...) Ihering was the pioneer in the work of superseding this jurisprudence of conceptions (*Begriffsjurisprudenz*) by a jurisprudence of results (*Wirklichkeitsjurisprudenz*)...» (*Ibidem*, pp. 609-610)

*scientific for the sake of science*²⁵⁾²⁶ — defesa e reconhecimento estes por seu turno convergindo na oportunidade de uma conversão tecnológica (pela primeira vez iluminada como *social engineering*²⁷⁾.

O legado de Pound... também nas suas lutas exemplares, em dupla frente, contra as «obsoletas» pretensões de cientificidade do discurso formalista (dito *mechanical jurisprudence*²⁸⁾ e contra o «apelo» do «ceticismo realista»²⁹. Luta esta última que, tendo em atenção os herdeiros do *apelo* em causa (dos *radical legal realists* aos *critical legal scholars*), virá a impor-se-nos hoje menos como uma discussão epistemológica (contra uma certa conceção da prática e a sua pretensa rejeição da teoria) — menos ainda como um conflito cultural-institucional (em defesa da especificidade do *common law* e da sua inteligibilidade normativa...— do que como uma rejeição da divisa *law as politics* (e do *cepticismo* que lhe está associado)³⁰.

Assimilação que, por outro lado, ao acentuar a orientação *para os efeitos* (como que) *naturalmente* inscrita nas práticas e nos discursos do direito e no seu *service of life* (*as a disposition to ground policy judgments on facts and consequences*³¹⁾), se permite defender que uma reflexão filosófico-pragmática

²⁵ «This scientific character of law is a means (...) toward the end of law, which is the administration of justice (...). Law is scientific in order to eliminate so far as may be the personal equation in judicial administration, to preclude corruption and to limit the dangerous possibilities of magisterial ignorance. Law is not scientific for the sake of science. Being scientific as a means toward an end, it must be judged by the results it achieves, not by the niceties of its internal structure...» (*Ibidem*, p. 605)

²⁶ Sem esquecer que o direito é por sua vez concebido *as an instrument for promoting social ends* e que a defesa deste «instrumentalismo» se cumpre também e muito significativamente investindo contra o «compromisso formalista com a *autonomia do jurídico*»: digo-o com Postema, *Legal Philosophy in the Twentieth Century: the Common Law World*, cit., pp. 90-91.

²⁷ «So there is, as one might say, a great task of social engineering.(...) We mean such an adjustment of relations and ordering of conduct as will make the goods of existence, the means of satisfying human claims to have things and do things, go round as far as possible with the least friction and waste...» [Pound, *Social Control through Law* (1942), New Jersey, Transaction Publisher, 2002 (2nd printing), pp. 64, 65].

²⁸ «I have referred to mechanical jurisprudence as scientific because those who administer it believe it such. But in truth it is not science at all. We no longer hold anything scientific merely because it exhibits a rigid scheme of deductions from *a priori* conceptions. (...) The idea of science as a system of deductions has become obsolete, and the revolution which has taken place in other sciences in this regard must take place and is taking place in jurisprudence also...» («Mechanical Jurisprudence», cit., p. 608)

²⁹ *Legal realism* que, como se sabe, Pound (ao responder criticamente a Llewellyn) ajuda definitivamente a batizar: basta lembrar o decisivo «The Call for a Realist Jurisprudence» (1931). Ver a reconstituição proposta por Tamanaha, *Beyond the Formalist-Realist Divide*, cit., pp. 67 e ss. («Realism Before the Legal Realists»).

³⁰ Rejeição que se mantém inequivocamente, mesmo quando um diagnóstico descritivo e explicativo se permite reconhecer a influência efetiva de intenções políticas no comportamento dos juizes ou de certos juizes; assim acontece explicitamente com o diagnóstico proposto por Posner em *How Judges Think* (ao qual voltaremos em breve).

³¹ Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1999, p. 227.

próxima da experiência comum (embora suficientemente distanciada do *pragmatismo filosófico ortodoxo*³²) é em si mesma um interlocutor indispensável da «teoria» da decisão judicial.

O que significa poder preservar as intenções regulativas de uma *legal engineering*, privando esta embora das pretensões totalizantes (macroscopicamente integradoras) que caracterizam outras tentativas de a levar a sério³³. Mas o que significa também poder escapar à incondicional profissão de fé na *ciência* defendida pelo tronco principal dos *early Scholars* de Chicago... e chegar assim a uma concepção do «método» como uma espécie de *muddling through*³⁴. Com a consequência importante de se reconhecer que as construções e propostas desenvolvidas pela *Law and Economics Scholarship*, não estando de facto em condições de proporcionar a grande teoria *positiva* de que o discurso jurídico carece (aquela que, com uma vocação integradora irresistível pudesse em definitivo ocupar a *lousa* que este deixa *vazia*³⁵), não deixam de, num plano ine-

³² Trata-se de aludir ao modo como Posner corrige a sua prévia exposição do confronto *philosophical versus legal pragmatism* (exposição proposta em *The Problematics of Moral and Legal Theory*, cit., pp. 227-228), substituindo tal confronto pelo (muito mais «produtivo») contraponto entre *orthodox philosophical pragmatism* e *recusant philosophical pragmatism*: ver neste sentido «*Bush v. Gore* as Pragmatic Adjudication», in Dworkin (ed.), *A Badly Flawed Election. Debating Bush v. Gore, the Supreme Court, and American Democracy*, New York, New Press, 2002, pp. 195-202 [«“Recusant” (...): a term originally applied to Roman Catholics who refused to attend Church of England services though required by statute to do so...» (*Ibidem*, pp. 195, 313 nota 14)]. O *recusant philosophical pragmatism* (no qual Posner vê o tal interlocutor precioso da *pragmatic legal adjudication*) será na verdade uma modalidade de *philosophical pragmatism* que, ao afastar-se das (ou ao subalternizar as) grandes questões epistemológicas (mas também éticas) enfrentadas (-preservadas) pela sua vertente (mais) *ortodoxa*, acaba por se aproximar do universo de significações do uso comum (*pragmatism as a kind of disdain (...) of theory and intellectual pretention*) e por identificar-iluminar assim as fronteiras de uma reflexão *exemplar* (justificada pelo *service of life*). «Orthodox pragmatism (...) might clear the decks. But it wouldn't put anything on them; it would not give the judge an alternative conception of the judicial role to replace the discredited logical one. Recusant pragmatism has at most a mood or atmospheric effect. It is mainly about refusing to take canonical philosophy seriously, which judges generally refuse to do anyway. Yet the recusant pragmatists don't want to annul philosophy; they want to redirect it, put it in the service of life...» (*Ibidem*, p. 199).

³³ Como é afinal aquela que o *teleologismo tecnológico* de Hans Albert leva às últimas consequências. Veja-se o diálogo que desenvolvi com Hans Albert em «Is Law's Practical-Cultural Project Condemned To Fail The Test Of "Contextual Congruence"? A Dialogue With Hans Albert's Social Engineering», in M. Zirk-Sadowski, B. Wojciechowski, K. M. Cern (eds.), *Legal and Communication Strategies towards the Recognition of Minority Groups*, Farnham, Ashgate (Law, Language and Communication series by Anne Wagner and Vijay K. Bhatia), 2014, pp. 209-220.

³⁴ Expressão que (sugerindo um *desvencilhar* ou *desenredar* casuísticos) Posner usa em *Overcoming Law* [Cambridge Mass., Harvard University Press, 1995, p. 405] e que Postema cita como elemento conclusivo do seu (severíssimo!) diagnóstico crítico: «Like the realists (...), its main method, and the which it recommends to judges and legislators, is the method of "muddling through" (...). But that's not a theory of law, or even something that approaches such a theory, and it offers nothing constructive that might be of use to jurisprudential theory. At its best (...) it is a collection of common-places. For all its technical sophistication, the (pragmatic) jurisprudence of economics has not advanced much beyond jurisprudence of the early realists...» (Postema, *Legal Philosophy in the Twentieth Century: the Common Law World*, cit., pp. 210-211).

³⁵ Ao contrário do que algumas das suas linhas defendem ou defenderam.

quivocamente normativo e regulativo, se oferecerem a este discurso como um interlocutor privilegiado: pelo rigor científico das suas análises e pela resistência corroboradora das suas hipóteses (capazes de se submeterem a um autêntico *trial and error method*), mas também pela especial *conciliabilidade (consilience)*³⁶ e (ou) «convergência contextual» (se não *isomorfismo*) que aproximam o jogo de linguagem do discurso económico marginalista das significações assumidas pelas práticas jurídicas ou pelo *recusant pragmatism* que nelas se manifesta³⁷.

A consideração destas duas dimensões e da convergência que estas cultivam é na realidade indispensável para percebermos porque é que a «*theory*» of *pragmatic adjudication* de Posner nos impõe a mais nítida (mas neste sentido também a mais aproblematicamente sustentada) representação do *binómio relativo aos casos*. Não se trata apenas, na verdade, de (numa perspetiva puramente descritiva, não regulativa) reconhecer uma pragmática de demarcação *a preto e branco* — capaz de identificar os «raros» *caso de rotina* como aqueles que as *formalist techniques* estão em condições de assimilar (*the routine cases are those that can be decided by legalist techniques*³⁸) ... e de assim mesmo, como pela negativa, associar todos os outros casos (ditos *interessantes* ou *duros*) à força avassaladora da *discretion (nothing in (...) [the judges'] training (...) equips them to deal with non routine cases*³⁹) e a esta enquanto exercício de um *legislative role*⁴⁰. Trata-se também de, invocando a mesma perspetiva, inscrever tal exercício no território de uma *área aberta*, a qual, sendo gerada pela «incerteza» dos materiais jurídicos⁴¹, não menos claramente se nos impõe exteriormente delimitada por estes e assim mesmo livre do tratamento que

³⁶ «The economist, like the pragmatist, is interested in ferreting out practical consequences rather than engaging in logical or semantic analysis of legal doctrines...» (*How Judges Think*, cit., p. 238).

³⁷ «The economic study of the common law, and of other bodies of American law as well, has found considerable isomorphism between legal and economic analysis. The continued use of different vocabularies illustrates “contextual convergence”: judges continue to employ a traditional vocabulary of rights and duties while gradually investing words with an economic meaning. This is an echo of Holmes’s argument in *The Common Law* and “The Path of Law” that common law judges use an inherited moralistic vocabulary in a nonmoralistic way ...» (*Ibidem*, p. 238)

³⁸ *Ibidem*, p. 76.

³⁹ *Ibidem*, p. 77.

⁴⁰ «Even if judges wanted to forswear any legislative, any political, role and be merely the “oracles” of the law (...) they could not do so (...). A combination of structural and cultural factors imposes a legislative role on our judges that they cannot escape...» (*Ibidem*, p. 372)

⁴¹ «An important part of our context is legal uncertainty, which creates the open area in which the orthodox (the legalist) methods of analysis yield unsatisfactory and sometimes no conclusions, thereby allowing or even dictating that emotion, personality, policy intuitions, ideology, politics, background, and experience will determine a judges’ decision. (...) There are too many vague statutes and even vaguer constitutional provisions, statutory gaps and inconsistencies, professedly discretionary domains, obsolete and conflicting precedents, and factual aporias...» (*Ibidem*, pp. 11, 76-77).

estes exigem ou da argumentação que autonomamente lhes seja atribuída⁴² (*an open area in which judges have decisional discretion—a blank slate on which to inscribe their decisions—rather than being compelled to a particular decision by «the law»*⁴³). Trata-se ainda de reconduzir a experiência do *sistema jurídico* (em qualquer uma das suas manifestações) aos limites de inteligibilidade de uma representação *formalista* — o que implica decerto garantir a dinâmica de oposição que já conhecemos⁴⁴, mas também recriar (expandir) a frente *formalista...* e reinventar a narrativa que a torna possível.

Em relação àquele *continuum*, importa esclarecer que se trata de defender que os *principles* se reduzem às *policies* e a estas como a autênticos *programas de fins* (*as tools for navigating a social and political world that is shot through indeterminacy*⁴⁵), como se trata ainda de reconduzir a distinção *binding precedents / statutory rules / principles-policies* ao contraponto *rules / standards* e ao espectro de degraus de indeterminação linguística que a autossubsistência dos enunciados respetivos nos autoriza a considerar⁴⁶ — pressuposição de autossubsistência esta última que veremos imprescindível sempre que se trata de defender uma autêntica «*teoria dos casos difíceis*».

⁴² O que não impede que os materiais em causa (submetidos já a intenções *não jurídicas* e ao tratamento que estas exijam) não possam contribuir também para orientar-conter a invenção *discricionária* pedida pela *área aberta*. Para um esclarecimento destas especificidades (indispensáveis para compreender a concepção do juiz *as constrained pragmatist*), remeto-me para o desenvolvimento que propus em «*Post-scriptum*. A “área aberta” e a predestinação pragmática...», cit., pp. 262-269 (3.2.1.- 3.2.2.).

⁴³ *How Judges Think*, cit., p 9. «How [the judges] (...) fill in the open area is the fundamental question that this book addresses, though lurking in the background and occasionally coming to the fore is the question how they should fill it in...» (*Ibidem*).

⁴⁴ Defendendo, contra tal representação, que os materiais jurídicos se nos oferecem como um acervo-*continuum* intencional e prescritivamente indiferenciado, incompatível com as pretensões de unidade associadas à categoria de inteligibilidade *sistema*.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 231. Em *How Judges Think*, os exemplos mais significativos desta redução dos *principles* a *policies* impõe-se-nos: no breve diálogo (irónico!) com Dworkin que abre o cap. 7 (*Ibidem*, p. 175); no confronto com a *academic critique* que ilumina o cap. 8 («Judges Are Not Law Professors»); e depois na defesa da *pragmatic adjudication* que sustenta os argumentos do cap. 9 [ver sobretudo a desconstrução da ideia de *neutral principles* proposta nas pp. 236 e ss. (num confronto explícito com as propostas da *Legal Process School*)].

⁴⁶ Se não, mais rigorosamente, a um processo de interpretação-assimilação do *novum* que (em função das *marcas* intensionais e extensionais dos tipos de enunciados pressupostos) oscila manifestamente entre dois *pólos* exemplares. Com o primeiro destes *pólos* — vinculado à experiência dos critérios-*rules* (e à pressuposição da sua perspectiva) — a corresponder às necessidades de uma distribuição-divisão das informações relevantes (as *previstas* e as *não previstas*) — necessidades que satisfaz construindo exercícios de *distinguishing* e (ou) diagnosticando *atipicidades* e *exceções* (atipicidades que se nos impõem invariavelmente como exceções) [*How Judges Think*, cit., pp. 172 e ss., 182 e ss., 192 e ss.]. Com o segundo *pólo* (aberto pela pressuposição dos modelos normativos-*standards*) a permitir uma incorporação efetiva (unitariamente sustentada) de informações não previstas (algumas das quais mesmo insuscetíveis de serem previstas no momento da construção do critério). «Standards readily embrace unforeseen situations. (...) Standards enable information obtained after promulgation to be incorporated into the law without the need for further rule making...» (*Ibidem*, p. 177).

Já no que diz respeito à reinvenção da *frente formalista*, por uma vez plenamente identificada com as possibilidades do *juridicismo*, a extensão proposta cumpre-se à custa de uma distinção capital: aquela que contrapõe um formalismo de *regras* a um formalismo de *regras, direitos e princípios*⁴⁷ — justificando assim que a luta se desenvolva contra os dois, hoje de resto principalmente contra as máscaras, tão persuasivas quanto subtis, de que o segundo se socorre (com as quais pretende ocultar as suas afinidades decisivas com o primeiro).

2.1.2. A «desconstrução» da pragmática *fácil /difícil* prometida pelos herdeiros do *legal realism*: a exemplar «fenomenologia crítica» de DUNCAN KENNEDY

É no segundo eixo, representado pela resposta dos *critical legal scholars* (e pela divisa *law as politics*), que o «legado» do *instrumentalism* (ou da viragem para os fins em que este se integra) nos aparece filtrado pela mediação dos *legal realists* e dos *radical legal realists*⁴⁸ (e simultaneamente concertado com uma torrente improvável de influências exteriores⁴⁹).

⁴⁷ Um *rule-formalism* e um *concept-formalism*... se quisermos usar as fórmulas de Thomas Grey citadas por Posner em *How Judges Think*, cit., p. 8, nota 16. O primeiro tipo de *juridicismo* é aquele que — ao identificar a frente partilhada pelo *normativismo legalista* «continental» e pelo *american legal formalism* — invoca o direito como um sistema autónomo de critérios-*rules* «preexistentes», na mesma medida em que pressupõe uma realidade de *factos* (empíricos) *objetivamente* determináveis e em que se dirige a este direito-*objeto* exigindo uma determinação cognitiva *em abstrato* e um estrito *paradigma de aplicação* (baseado num discurso lógico-dedutivo) [*Ibidem*, pp. 51 e ss., 103 e ss., 191-203, 371-372]. O segundo tipo de *juridicismo* — correspondendo genericamente àquele que (em *The Problems of Jurisprudence*) Posner caracteriza(va) como *prudentialism* (ou *epistemological traditionalism*) — concentra-se por sua vez na exigência de compreender o direito como um sistema (mais ou menos aberto) de critérios e princípios. Exigência também e ainda vinculada a uma pretensão de autonomia (do direito e do pensamento jurídico)... mas que se *distingue* enquanto acentua a perspetiva condutora de uma realidade de *casos* e a identidade metódica de um discurso prático-prudencial... que se diz discurso *analógico* [*How Judges Think*, cit., pp.180-191]: um discurso analógico que, ao reivindicar uma autonomia inconfundível (*analogy (... as (... its own kind of thing)*), se pretende afinal tão distinto da «aplicação» *lógico-dedutiva* dos critérios quanto da «realização-execução» baseada em *programas finais* e orientada por uma previsão de *efeitos* (*the celebration (... of «legal reasoning by analogy» (... [as] a methodology unrelated to economic, policy, or pragmatic analysis (...), [thinks] that it can save case law from contamination by policy and politics (...), and to support an alternative conception of legalism — legalism not as deductive reasoning but as set of techniques for deciding cases without recourse to policy)*)[*Ibidem*, pp. 180, 184, 185, 372].

⁴⁸ E assim também a uma rejeição da divisa cultivada pelos *progressive legal realists*. Para um esclarecimento do contraponto *law is a science /law is politics* (*law as science/law as politics*), com uma alusão ao percurso dos *progressive legal realists* e dos *radical legal realists*, ver a síntese proposta por Gary Minda em *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York/London, New York University Press, 1995, pp. 25-33.

⁴⁹ Trata-se na verdade de exigir uma reconstrução crítica que, não pondo em causa nem a militância de esquerda herdada dos *Students for a Democratic Society* nem o «legado» de Holmes — entenda-se,

[A]n easy case in the conventional sense is a hard case from the point of view of the ideological strategist. (...) A hard case in terms of the lawyers' typology is an easy case for the ideological strategist (...)⁵⁰. Se proponho esta espécie de enigma como ponto de partida, socorrendo-me das exemplares formulações de Duncan Kennedy, é decerto porque os elementos que estas conjugam nos permitem de imediato compreender o que é que, num contraste evidente com a nitidez da representação ensaiada por Posner, se deve esperar da presente reinvenção do *discurso dos casos difíceis*.

Sem prejuízo da diversidade das vozes envolvidas, penso na verdade que é possível dizer-se que a *pressuposição* deste *discurso* — e dos recursos que o alimentam (incluindo o esquema das *alternativas orientadas por efeitos* e a referência à incompletude e indeterminação dos materiais, bem como o aporético tratamento destes, na linha da separação *normativo/empírico* ou *normativo/fático* justificada pela perspetiva normativista tradicional) — atravessa incólume todos os percursos e etapas relevantes da «agenda» dos *crits* — mostrando-se ainda rigorosamente compossível com as diversas categorias de inteligibilidade que nestes se afirmam e se superam (refiro-me desde logo às persistentes mobilizações das noções de *reificação* e *hierarquia entrincheirada*... e ao episódio exemplar em torno da ascensão e declínio da categoria *contradição fundamental*⁵¹). Se isto acontece assim, não é, no entanto, porque a

a interpretação seletiva graças à qual o *legal realism* preservou o «empirismo pragmático» (*american progressive pragmatism*) —, possa simultaneamente invocar o *ethos* reflexivo (e a filosofia prática *sui generis*) de uma *teoria crítico-filosófico-cultural* — mostrando-se assim mesmo (graças a assimilações seletivas dos contributos de Foucault, Lyotard e Derrida) capaz de resistir a todas as metanarrativas da unidade-totalidade e de celebrar o *descentramento linguístico* da subjetividade, mas também de justificar o seu compromisso ético com a alteridade-singularidade. Não fazendo sentido abordar aqui esta pluralidade de influências e as tensões que esta gera (mas também o modo como se projeta nas diferentes etapas do movimento), remeto-me para a síntese que proponho em «A identidade na pluralidade dos *Critical Legal Scholars*. Um discurso da dialéctica *societas/communitas*?», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, [S.I.], v. 8, n. 8, dezembro 2016, disponível em <http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/5720>, pp. 83-130. Sem esquecer a monografia de Ana Margarida Gaudêncio, *Entre o centro e a periferia: a perspetiva ideológico-política da dogmática jurídica e da decisão judicial no Critical Legal Studies Movement* (2004), Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2013.

⁵⁰ Kennedy, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, cit., p. 166 («Hard cases and easy cases»).

⁵¹ Se a primeira categoria (*reificação*) se alimenta direta e exclusivamente da narrativa da dialéctica materialista, sobrevivendo como um luminoso fragmento-rasto... — aquele que nos autoriza a desmascarar o processo de *interiorização* associado à estabilização societariamente *global* da «consciência jurídica» [ver o estudo fundador de Gabel, «Reification in Legal Reasoning» (1980), in Boyle (ed.), *Critical Legal Studies*, Dartmouth, Cambridge University Press, 1992, pp.17-43] —, a segunda (*hierarquia*), não obstante também as afinidades eletivas indiscutíveis com o discurso da primeira Escola de Frankfurt, impõe-se-nos aqui e agora sobretudo a assimilar-domesticar o desafio da foucaultiana *microfísica* do poder (e da sua analítica) — e então e assim a expor-nos a possibilidades que (ao contrário do discurso das *classes* e da estrutura que o sustenta) nos aparecem incompatíveis com uma predeterminação estereotipada *em abstrato*, antes exigindo uma objetivação-problematização *em concreto* (não certamente por acaso identificada com uma opção *orientada por efeitos*

pressuposição em causa beneficie de uma convergência refletida (explicitamente tematizada), é antes e em contrapartida porque se nos impõe com o carácter implícito e indiscriminado de uma *default thesis*, livre de *conclusion-claims* específicas ou da defesa que estas exigem. Como se ao desinteresse pelos *casos fáceis* já manifestado na proposta de Llewellyn — reconduzindo a sua reflexão sobre a «maleabilidade» dos critérios jurídicos (*malleability of legal rules*) aos «casos suficientemente duvidosos» (*cases doubtful enough to make litigation respectable*)⁵², se não mesmo aos *pathological cases*⁵³ — correspondesse agora, numa radicalização (se não *misinterpretation*) do legado realista⁵⁴ (favorecida

entre possíveis alternativas de decisão) [ver agora Kennedy, «The Politics of Hierarchy», in Boyle (ed.), *ob. cit.*, pp. 427-446]. A terceira (*contradição fundamental*) remete-nos enfim para o mundo de *nomes e possibilidades* analíticas que o mesmo Kennedy esboçou nos seus «Form and Substance in Private Law Adjudication» (1976) e «The Structure of Blackstone's Commentaries» (1979)... e ao qual veio, com enorme ruído, a renunciar (*I renounce the fundamental contradiction (...) [,] I recant it, and I also recant the whole idea of individualism and altruism, and the idea of legal consciousness*) [Gabel & Kennedy, «Roll Over Beethoven», *Stanford Law Review*, vol. 36, 1, January 1984, pp. 1-55 (o passo citado aparece na p.19)]. Para o problema dos *hard cases* importa-nos sobretudo aludir a um dos degraus de especificação desta *contradição fundamental* [ver especialmente «Form and Substance in Private Law Adjudication», *Harvard Law Review*, vol. 89, 1976, p. 1685 e ss., 1713-1724 (III, «Altruism and Individualism»)]. Àquele degrau em que as diversas práticas juridicamente relevantes (incluindo as que integram a *discretion* do julgador) nos aparecem referidas — ainda que não linearmente reconduzidas) [ver por ex. as «conclusions», pp. 1776 e ss. (a propósito das perturbações introduzidas pelo quadro institucional do *Welfare state*] — a dois modelos de interpretação-argumentação alternativos e às atitudes que os geram, entenda-se, a uma ética e a uma contra-ética, tão genuinamente incomensuráveis quanto suscetíveis de serem descobertas e exploradas sob as máscaras polarizadas do *individualismo* e do *altruismo*: a primeira a corresponder à perspetiva de um sujeito *de interesses*, convicto da «legitimidade» da «preferência pelo seu próprio interesse» e a exigir da dimensão normativa apenas a garantia de uma possibilidade formal (*rules that make it possible to coexist with others similarly self-interested*) [*Ibidem*, p. 1713], a segunda a corresponder à experiência de um sujeito *de deveres*, convicto de que a «satisfação do *outro*» ou dos outros pode impor-se-nos como preferível [*Ibidem*, p. 1717], assim mesmo a pressupor-exigir uma articulação comunitariamente integrada de fins e de valores e a tradução normativa que assegure a prioridade dos últimos (*it follows that we can speak meaningful about values, perhaps even that this is the highest form of discourse*) [*Ibidem*, p. 1772] — com a ética individualista a determinar uma preferência retórico-argumentativa por critérios-*rules* (ou pela compreensão *formalista* destes critérios)... e a contra-ética altruísta a afirmar a prioridade dos princípios ou pelo menos dos *standards* e outras fórmulas abertas (e a alimentar assim um *não formalismo*) [*Ibidem*, p. 1776]. Importando só acrescentar que a renúncia de Kennedy tem ao fim e o cabo menos significado do que parece. Esta renúncia não corresponde, com efeito, a uma rejeição dos argumentos invocados (e dos caminhos que estes abrem), corresponde antes a uma rejeição do papel binominal estruturante destes argumentos e, muito especialmente, a uma denúncia da simplificação «reificadora» a que uma assimilação incorreta (ou uma mobilização linearmente acrítica, quando não abusiva) deste papel poderá dar origem...

⁵² Llewellyn, «Some Realism about Realism», p. 1239, apud Frederick Schauer, «Legal Realism Untamed», *Texas Law Review*, vol. 91 (1978), p. 758 (nota 26)

⁵³ «These cases (...) are in court because they are so exceptionl that the normal ways of society have afforded no solid basis for deciding them (...). I strongly suspect that a great bulk of our rules will prove on study to touch only these pathological cases. Such rules have little touch with rules for living life...» [Llewellyn, *The Bramble Bush* (1930), New Orleans, Quid Pro Books, 2012, p. 59.

⁵⁴ Discutindo explicitamente o problema dos *hard cases*, veja-se Schauer, «Legal Realism Untamed», *cit.*, passim. Ver também o esclarecedor estudo de Tamanaha, «A Reconstruction of Legal Realism», *Beyond the Formalist-Realist Divide. The Role of Politics in Judging*, *cit.*, pp. 91-108.

pela *deconstructivist agenda*⁵⁵), o reconhecimento de que *todos os casos são* virtualmente *difíceis*⁵⁶, ou, mais rigorosamente, o entendimento de que a *critique of adjudication* que importa fazer (iluminada por uma *post-right perspective*)⁵⁷ há-de encontrar na «fenomenologia» da decisão destes *casos* o seu território «natural»: entendimento este último que, fortalecido pela consciência da plurivocidade do significante *hard* — capaz de cobrir questões muito distintas (se não *distinct dilemmas*⁵⁸) —, bem como pelo diagnóstico de que o discurso jurídico dominante, ao dirigir-se à realização jurisdicional do direito, mobiliza hoje uma articulação estabilizada (ainda que não inteiramente pacífica) de *argumentos dedutivos* e de *argumentos pragmático-estratégicos* (*the deductive mode and the policy mode*)⁵⁹, autorizaria tal *critique* a relativizar a questão da demarcação *fácil /difícil*, se não a prescindir dela. O que significa *por um lado* bastar-se com a consagração implícita de uma *área aberta, tradicionalmente* pensada a partir de um enquadramento ou estrutura de critérios jurídicos (*the law-making activity of judges takes place in the context of a structure of legal rules, in the face of a particular gap, conflict, or ambiguity in the structure*⁶⁰). Mas o

⁵⁵ Ver exemplarmente D'Amato, «Aspects of Deconstruction: The 'Easy Case' of the Under-Aged President», *Northwestern Law Review*, vol. 84 (1990), pp. 250 e ss.

⁵⁶ O que não impedirá que alguns casos, numa manifestação pujante de «saúde», se mostrem decerto mais apaixonadamente difíceis do que os outros: «[T]here arise cases about which people disagree passionately, and on whose resolution those people believe a great deal turns. (...) Hard cases are a sign of health...» [Kennedy, «The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 130 (1982), nº 6, p. 1350 («Hard Cases With Large Stakes»)].

⁵⁷ Esta especificação leva-nos para o núcleo da *agenda crítica* defendida por Kennedy e permite-nos lembrar a diferença de percurso do autor de *A Critical Adjudication* relativamente a um dos outros *pais fundadores* do movimento, Roberto Mangabeira Unger [«The claim that everything is politics can be developed in two (...) twin agendas (...). Let me label then ironically super-theory and ultra-theory» (Unger, *Social Theory: Its Situation and Its Task* (vol. 2 of *Politics*), 1987, cit. na ed. em *paperback*, London/New York, Verso, 2004, p.165)]. Concentrando-nos nestes dois exemplos maiores, poderemos na verdade dizer... (a) que a vertente explorada por Unger (que ele próprio diz orientada por um programa de *super-theory*) tem como perspetiva condutora um tratamento filosófico-político da relação *direito/sociedade* e da estrutura institucional macroscopicamente autorreflexiva (do *programa institucional*) que deverá corresponder-lhe... (b) e que a vertente privilegiada por Kennedy (dita de *ultra-theory*) se assume, em contrapartida, como uma especialíssima «teoria» das práticas jurídicas e das lutas políticas que nelas se manifestam (*theory is expressive, rather than determinative of the content of political struggle*) — uma «teoria» que, não certamente por acaso, encontra na exemplaridade microscópica do discurso judicial o seu núcleo decisivo (*critique of adjudication*), vindo na *tomada de decisão* em causa um processo ideologicamente específico de *criação do direito* (*judicial law making (...) is an ideologically oriented legal work (...), different from ideologically oriented legislative work*) [Esta formulação exemplar aparece-nos já em *Critique of Adjudication* (cit., p. 1), sendo certo que a exploração das diferenças consideradas envolverá um afastamento explícito das conceções de «judicial legislation» que se mostrem incapazes de distinguir *rule making* e *rule application*, nas quais Kennedy inclui as de Unger, Peller, Tushnet, Boyle... e Kelsen (*Ibidem*, pp.30-38)].

⁵⁸ Decerto distribuídos pelos dois grandes veios que Tamanaha sistematiza (*cases involving gaps, conflicts, or ambiguities in the law / cases involving bad rules or bad results*): *Beyond the Formalist-Realist Divide*, cit., p. 192 («Two Distinct Types of Hard Cases»).

⁵⁹ É aqui indispensável ler o cap. 5 de *A Critique of Adjudication*, cit., pp. 97-130.

⁶⁰ *Ibidem*, p.1.

que significa também já *por outro lado* associar essa área aberta à maleabilidade dos materiais⁶¹ e à plausibilidade de uma *moldagem* (se não manipulação) estratégico-ideológica ou a esta entendida como parte integrante do *legal work* do juiz — e neste sentido compossível com o «dever de fidelidade ao direito»⁶²...

Plausibilidade-compossibilidade estas que, na primeira etapa do seu *critical work*, Kennedy ilumina invocando o reconhecimento crítico-reflexivo do «abismo» (maior ou menor) que, num número esmagador dos casos a decidir, separa a solução imediatamente preferida pelo juiz — nos seus resultados-efeitos *ideologicamente justificados* («how I want to come out»: HIWTCO) — do sentido que, também à partida, lhe parecem ter (na perspetiva da sua comunidade interpretativa ou de um qualquer discurso comum, mais ou menos *reificado*) os materiais jurídicos que previamente selecionou (*as a conflict(...) or polarity (...) or gap (...) between “the law”(...) or the common perception of “the law” and HIWTCO (...), between my initial impression of the law and my initial sense of “how I want to come out”*⁶³)⁶⁴. Importando acrescentar que, para o problema que nos ocupa, a produtividade deste esquema se mantém intocada (não obstante a complexidade significativamente maior das peças em jogo e a correção significativa do binómio que passa a orientar a *discretion* do *legal work*) no modelo de juiz que Kennedy autonomiza em *A Critique of Adjudication...* e que é, como se sabe, o de um *constrained activist judge* — um juiz não menos explicitamente orientado pelo «motivo “extrajurídico”» (*an “extrajudicial” motive*) de obter um *resultado (outcome)* politicamente justo⁶⁵.

⁶¹ Materiais estes que, incluindo evidentemente as *rules* das normas legais e dos precedentes (mas também programas-*policies*, padrões-*estereótipos* sociais, «imagens históricas»), podem, *segundo* Kennedy, ser (quase sempre!) produtivamente tratados como uma «massa de barro húmido» (uma «massa» que pelo menos «dois oleiros oponentes» se proponham «moldar, antes de endurecer»): Kennedy, «Freedom and Constraint in Adjudication: a Critical Phenomenology», in Boyle (ed.), *Critical Legal Studies*, cit., p. 53.

⁶² «Strategic behavior is choosing in what direction and how much to work at legal interpretation is an everyday matter; it doesn't violate the duty of fidelity to law because it is constitutive of the law to which one is faithful...» (*A Critique of Adjudication*, cit., pp. 157-158).

⁶³ Kennedy, «Freedom and Constraint in Adjudication...», cit., pp. 45, 46, 86. A propósito de HIWTCO ver ainda Ana Gaudêncio, «“The Law” vs “How-I-Want-To-Come-Out”: crítica da construção judicial como exercício de *determinação* ideológica-política na proposta de Duncan Kennedy», in Bronze/Linhares/ Reis Marques/Gaudêncio (org.), *Juízo ou decisão?...*, cit., pp. 119-147.

⁶⁴ O que não significa evidentemente assumir um ponto de partida equidistante ou neutro, porque significa também já defender (recomendar) a estratégia política *altruista* e a inversão ou atenuação das hierarquias sociais que esta garante: a propósito dos pólos *individualismo/altruismo*, ver *supra*, nota 51.

⁶⁵ Neste modelo muito mais complexo [ver *A Critique of Adjudication*, cit., capítulo 8 (pp. 180 e ss.), aqui a mobilizar fundamentalmente o artigo «Strategizing Strategic Behavior in Legal Interpretation», *Utah Law Review*, 1996, pp. 785 e ss.], os pólos passam a ser identificados pelas designações *posição liberal/posição conservadora* (a primeira designação seria impensável na primeira etapa dos *CIs!*)... na mesma medida em que passam a admitir várias gradações-combinações intermédias e três fundamentais tipos de juízes (*the constrained activist judge / the different-splitting judge / the bipolar judge*).

Plausibilidade-compossibilidade estas ainda cujo reconhecimento nos ajuda enfim a solucionar o enigma dos *casos fáceis que são difíceis* e dos *casos difíceis que são fáceis*... Bastará partir do modelo de julgamento que acabámos de expor para perceber que a tarefa de argumentação-justificação se nos apresenta significativamente *mais difícil* sempre que, estando disponível um critério-rule que «se aplique obviamente aos factos» ou que corresponda à *situação de decisão* em termos estratégico-taticamente lineares — o que, de acordo com a tipologia habitual, configura um caso fácil (*there is a rule that obviously applies to the facts, given some explicit or implicit combination of deductive and policy arguments*)! —, o julgador concluir que, para chegar a um resultado politicamente (mais) justo, deve construir uma solução *diferente* (*from the point of view of the person who thinks the rule unjust, this is a hard case in the sense that it will be difficult, it may take a lot of work, and it may be impossible to displace the obvious solution*); sendo certo que este mesmo julgador está, ao fim e cabo, envolvido numa tarefa *mais fácil* se, independentemente da situação de decisão a que quiser chegar, o caso *sub judice* se apresentar como um caso difícil — com uma *situação de decisão* assim mesmo exemplarmente definida pela equivalência em abstrato de diferentes critérios ou de diferentes interpretações desses critérios (*since in a hard case there are two plausible rule choices, rather than only one obvious one*)⁶⁶.

Sem esquecer que esta relativização da distinção *fácil /difícil* e da sua pragmática (se não já desconstrução do binómio que as sustenta) nos obriga a inscrever as questões que lhe estão associadas em espaços temáticos mais extensos (que as absorvam... ou nos quais estas naturalmente se diluam). Que espaços temáticos? 1) O candidato mais óbvio é decerto aquele que corresponde ao problema da *indeterminação* dos materiais jurídicos, se não já porventura ao da conversão deste num problema de *indecidibilidade* (conversão que nos permite finalmente convocar os *crits* da segunda geração em geral e Balkin em particular... e à qual oportunamente voltaremos⁶⁷). 2) Segue-se o do problema da *discricionariedade* ou da ausência desta na sua relação constitutiva com a discussão em torno das possibilidades e exigências das perspetivas *externa e interna* (*the external-internal dichotomy*)⁶⁸, se não das múltiplas «perspetivas internas» (*there can be more*

⁶⁶ *Ibidem*, p.166.

⁶⁷ Ver *infra*, 3.1. γ).

⁶⁸ Também aqui a escolha óbvia é Balkin, com um ensaio fundamental: «Understanding Legal Understanding: The Legal Subject and the Problem of Legal Coherence», *Yale Law Journal*, vol. 103 (1993), pp. 105 e ss., disponível na *Jack Balkin Home Page* em <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/understandinglegalunderstanding.pdf> e citado a partir deste «sítio» [ver especialmente as pp. 23-31 («Rational Reconstruction and the “Internal Perspective” of Jurisprudence»)].

than one “internal perspective” because there are many different social groups who regard legal rules as norms for conduct⁶⁹), discussão tanto mais relevante quanto é certo que nos restitui a um dos *topoi* indispensáveis do nosso percurso (inteiramente confirmado pela abordagem dos *Cls*) — o da rejeição-desvalorização da categoria de inteligibilidade *sistema jurídico* (com Dworkin ainda como interlocutor privilegiado)⁷⁰. 3) *Last but not least*, impõe-se-nos o *common ground* gerado pela luta contra o *formalismo*! Sendo certo que a narrativa desta luta se transforma aqui significativamente, já que por *formalistas* se deverão passar a entender agora não só os *legalists* denunciados por Posner (os quais, como vimos, vão dos herdeiros da *mechanical jurisprudence* de Langdell aos cultores do *rights and principles movement*, com Dworkin à cabeça)... mas também os defensores da divisa *law is a science* ou os seus herdeiros mais diretos — sem que as propostas da *social engineering* e do *law and economics* (agora com Posner à cabeça) escapem assim a este *rótulo* (e à carga negativa que, na linha do famoso *dictum* de Benjamim Cardozo⁷¹, aqui invariavelmente o acompanha)...

Trata-se, na verdade de *denunciar* em bloco a conceção tradicional da *rule of law* e do *constitucionalismo liberal* — e esta conceção enquanto assimila a montante uma compreensão global da *societas* e do seu *mega market-place*, mas também enquanto se projeta a jusante numa institucionalização-conformação das práticas juridicamente relevantes (distribuindo papéis distintos à legislação e à jurisdição e confiando ao pensamento dogmático e metadogmático tarefas de legitimação imprescindíveis). De a denunciar em que termos? Reconstruindo-a sob as máscaras (mais unívocas ou mais complexas) do que se poderá dizer um *liberal legalism* ou uma *rationalizing legal analysis*⁷²: o que

⁶⁹ *Ibidem*, p. 23.

⁷⁰ Isto não impede que, em *Living Originalism* (Cambridge/London, Harvard University Press, 2011), Balkin defenda a possibilidade de uma perspetiva sistemática (*the perspective of the constitutional system as a whole*). Para perceber esta compatibilidade, basta lembrar que, na linha do *protestantismo constitucional* de Levinson, tal perspetiva (longe de corresponder às exigências de autonomia de uma perspetiva interna) envolve uma articulação muito significativa de «participações» (assumidas por cidadãos, movimentos sociais, comunidades de juizes e políticos): ver muito especialmente as pp. 3 e ss. («Constitutional Faith and Redemption») e 320 e ss. («Change and Legitimacy»).

⁷¹ «There is an old legend that on one occasion God prayed, and his prayer was “Be it my will that my justice be ruled by my mercy”. That is a prayer which we all need to utter at times when the demon of formalism tempts the intellect with the lure of scientific order. I do not mean, of course, that judges are commissioned to set aside existing rules at pleasure in favor of any other set of rules which they may hold to be expedient or wise. I mean that when they are called upon to say how far existing rules are to be extended or restricted, they must let the welfare of society fix the path, its direction and its distance...» (Benjamim Cardozo, *The Nature of Judicial Process*, cit., p. 30)

⁷² A tentativa mais complexa deve-se certamente a Unger e ao seu esforço de reconstituir a autorreflexão do pensamento jurídico tradicional enquanto procura incessantemente renovada (com diversos degraus de autoconsciência) de um metaesquema possível — um metaesquema teoricamente

aqui e agora significa comprometê-la aproblematicamente com um «falso concreto» e com a «conspiração coletiva» («inconsciente» embora) que o reproduz⁷³. Ora um «falso concreto» que se identifica (no seu núcleo) com a crença «reificada» (se não mesmo «fetichizada»⁷⁴) na «necessidade» de um direito e de um pensamento jurídico *livres* da política, como tal iluminados pela possibilidade de um discurso racionalmente determinado (*law as reason*)⁷⁵ — um discurso que «feche» as respostas e evite a abertura infinita das discussões filosóficas e ideológicas (*formalism as (...) a belief in the possibility of a method of legal justification that contrasts with open-ended disputes about the basic terms of social life*⁷⁶), na medida precisamente em que (confessada ou inconfessadamente) pressuponha a representação de uma «ordem inteligível» e a procura (persistentemente recomeçada) de uma «linguagem universal» (*formalism presupposes at least a qualified objectivism*⁷⁷).

2.1.3. Casos difíceis e *humanistic interdisciplinary projects*: as frentes de luta assumidas pelo *literary turn* de WHITE e NUSSBAUM

Invocando como expressões maiores a *ethics of translation* de Boyd White e a *poetic justice* de Martha Nussbaum, passamos para um terceiro eixo: aquele em que a inteligibilidade dos *casos difíceis* se cumpre assumindo o *linguistic literary turn* e uma mobilização prático-existencial da *racionalidade narrativa*, mas também uma reabilitação da *phronêsis* explorada como

concebido, que possa garantir a coerência dos materiais relevantes e justificar assim uma compreensão do *law as reason*. Nesta reconstrução, a *rationalizing legal analysis* corresponde explicitamente a um segundo momento de determinação da «consciência jurídica contemporânea», marcado pela recuperação do teleologismo e pelas duas frentes desta (a que convoca *policies* e a que assume *principles*). Para acompanhar esta reconstrução, veja-se Unger, *What Should Legal Analysis Become?*, London/ New York, Verso, 1996, pp. 34-119.

⁷³ Para o dizermos com Peter Gabel e com este enquanto denuncia um efeito de objetivação *referencial* e a correspondente experiência de coisificação (*as the turning of concepts or social roles into things*). Cfr. Gabel, «Reification in Legal Reasoning» (*Research in Law and sociology*, 1980, 3, pp. 25-51), in Boyle (ed.), *Critical Legal Studies*, cit., pp.17-43.

⁷⁴ Veja-se a exemplar síntese de Kennedy na Introdução de *Legal Reasoning: Collected Essays*, Aurora (Colorado), The Davies Group Publishers, 2008, pp. 5-6.

⁷⁵ Alude-se aqui às conhecidas críticas de Unger (*the critique of formalism / the critique of objectivism*), críticas estas que em si mesmas e na sua sobreposição (*the critique of objectivism and formalism related*) asseguram um dos núcleos reflexivos principais do conhecido manifesto de 1983: *The Critical Legal Studies Movement* (*Harvard Law Review*, vol. 96, Jan. 1983, n.º 3), cit. na edição autónoma da Harvard University Press, Cambridge Mass., 1986, pp. 1 e ss., 5-14, 97 e ss.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 1.

⁷⁷ *Ibid.*, pp. 2-3.

percepção-*aisthesis* — agora como uma oportunidade decisiva para recuperar a afinidade constitutiva entre direito e *humanidades*⁷⁸.

Na sequência das propostas que fomos mobilizando, as que se conjugam neste terceiro eixo são decerto aquelas em que o discurso dos *casos difíceis* e o correlativo esquema da *área aberta*, atingindo embora um grau de inteligibilidade suficientemente reconhecível, se nos expõem em termos menos nítidos. Se me parece indispensável introduzi-las neste momento, é no entanto porque as *intenções* que estas *humanistic approaches* põem em jogo — enquanto exigências suscetíveis de orientar uma superação lograda das insuficiências dos materiais jurídicos —, essas não se limitam a determinar uma rutura com as diversas possibilidades do *formalismo jurídicista*⁷⁹ — e com a categoria de inteligibilidade *sistema* —, impõem também enfim uma rejeição inequívoca do *pragmatic turn* — e neste sentido uma resistência assumida a todos os *instrumentalismos*, sejam estes científicos (científico-tecnológicos) ou ideológicos (político-ideológicos).

Invocando o binómio *societas/communitas*, poder-se-á dizer que o *topos* recorrentemente frequentado por este *literary turn* corresponde à *conclusion-claim* de que a experiência da *societas* (e a identidade coletiva que esta constrói enquanto *totalidade* e *artefato*) é apenas *uma* perspectiva ou *uma* «tradição»

⁷⁸ O *common ground* das *humanistic approaches* ou dos *humanistic interdisciplinary projects* pode na verdade pensar-se com uma extensão significativamente maior: o que não significa apenas considerar linhas de desenvolvimento expostas a outras arenas das humanidades e das artes (*law as musical and dramatic performance, law and film, law and image, law and culture*), mas também vozes com perspectivas muito distintas, capazes de exceder o núcleo de influência do narrativismo comunitarista (ou do comunitarismo liberal) e de se estenderem assim até aos territórios dos *Critical Scholars* e das *postmodern jurisprudences*. Tenho procurado mostrar a produtividade da reconstrução deste *common ground*: veja-se, neste sentido (também pela bibliografia citada) «Imaginação literária e “justiça poética”. Um discurso da “área aberta”?», in André Karam Trindade, Roberta Magalhães Gubert e Alfredo Copetti Neto (org.), *Direito & Literatura: Discurso, Imaginário e Normatividade*, Porto Alegre, Núria Fabris Editora, 2010, pp. 269-306, também no *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXV (2009), Coimbra, pp. 111-149 e muito especialmente «Law in/as Literature as an Alternative Humanistic Discourse: the Unavoidable Resistance to Legal Scientific Pragmatism or The Fertile Promise of a Communitas Without Law?», in B. Wojciechowski, P. Juchacz, K. M. Cern (eds.), *Legal Rules, Moral Norms and Democratic Principles*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2013, pp. 257-282.

⁷⁹ Modalidades que incluem uma *rules plus principles theory* (na qual naturalmente Dworkin aparece integrado). James Boyd White admite na verdade reconstituir um confronto em bloco com um cognitivismo normativista *latíssimo sensu* (*as a kind of a law as rules plus principles theory*) — compreensão esta que retira especificidade às tentativas de autonomização dos princípios, na mesma medida em que assume aproblematicamente o vínculo que «associa sistema e *rule-oriented approach*» (*law as a system of rules passed by the legislature or articulated in judicial opinions (...) perhaps coupled with the more general rules called “principles” that inform the lesser ones*) [*Justice as Translation. An Essay in Cultural and Legal Criticism*, Chicago / London, The University of Chicago Press, 1990, p. XIII] ou em que reduz a pretensão de unidade correspondente a uma exigência de predeterminação em abstrato (apenas agora com diversos degraus disponíveis de abstração) [«So that law is in this sense objectified and made a structure (...) and the question “what is law?” is answered by defining what its rules are, by analyzing the kinds of rules that characterize it...» (*Heracles’ Bow. Essays on the Rethoric and Poetics of the Law*, Madison, The University of Wisconsin Press, 1985, p. 29)].

interpretativa entre outras. Ver esta experiência como *uma* entre as outras significa, de facto, rejeitar exemplarmente todas as concepções do direito que, assumindo a exclusividade (ou o carácter definitivo) da perspectiva da *sociedade*, projetam (ou especificam) esta exclusividade na (ou como a) procura pre-determinada de uma *única* linguagem. Que procura? Aquela que o formalismo normativista assume (*[reducing] law to a set of self-sufficient rules, and the legal enterprise (...) to an internal use of textual materials and traditional skills*), mas também aquela que (com uma resposta diferente) o pragmatismo jurídico justifica (*imagining law [as a] (...) branch of public policy, in which legal questions are collapsed into questions of social or political preference*) [Boyd White]⁸⁰. Ou para o dizermos com Martha Nussbaum (deliberadamente concentrada numa *American common law parochial approach*), aquelas que correspondem a outras tantos modos histórico-contextualmente plausíveis de desenvolver uma *scientific view*, a primeira a reconhecer o seu modelo epistemológico inexcusável no «platonismo» formalista de Langdell e na concepção dos *princípios gerais do direito* que esta leva a sério⁸¹, a segunda a encontrar na *análise económica do direito* a sua consumação mais lograda⁸².

Difícilmente poderemos, no entanto, compreender tais recusas e os correspondentes exercícios de resistência se não lhe acrescentarmos de imediato uma determinação positiva. É que não se trata apenas de resistir (e de resistir em simultâneo) aos formalismos normativistas (e outros juridicismos) e a certos funcionalismos materiais — por uma vez conjugados-reunidos como *calculating forms of reason* (Boyd White) ou expressões de uma *scientific (non humanistic or non literary) view* (Martha Nussbaum) —, trata-se também e ainda de lhes resistir consagrando como *recurso* uma experiência de interdisciplinaridade *literário-cultural* e como *objetivo* uma renovação da comunidade enquanto *interpretative enterprise* (inseparável de um discurso ético-estético)⁸³. Exigências que nos bastam para ferir os materiais jurídicos

⁸⁰ Boyd White, *From Expectation to Experience. Essays on Law and Legal Imagination*, Michigan, The University of Michigan Press, 1999, p. 103. Ver também *Justice as Translation*, cit., pp. 22-45 («The Language of Concepts»), 46-85 («The Language and Culture of Economics»).

⁸¹ Nussbaum, *Poetic Justice. The Literary Imagination and Public Life*, Boston, Beacon Press Books, 1995, pp. 85-86.

⁸² *Ibidem*, pp. 13-27 («Nothing but Facts»), 46-55, 86, 104 e ss. Ver também a estimulante reconstrução relativizadora da *cost-benefit analysis* (e do elemento *willingness to pay*) proposta em «The Costs of Tragedy: Some Moral Limits of Cost-Benefit Analysis», in Matthew D. Adler / Eric Posner, ed., *Cost-Benefit Analysis. Legal, Economic, and Philosophical Perspectives*, Chicago / London, The University of Chicago Press, 2001, pp.192-200.

⁸³ Para uma exploração detida destas intenções (e das diferenças que separam os diversos projetos em jogo), vejam-se os ensaios que cito na nota 78, agora acrescidos de «O logos da juridicidade sob

(nos quais se incluem indiscriminadamente os *principles* e as *rules*) com uma aproblemática tese de *indeterminação* ou de *incerteza*? Importa acentuá-lo. Tanto mais que, na verdade, isto significa reconhecer que o tratamento jurídicamente autónomo das diversas insuficiências normativas suscitadas pelos materiais vigentes — entenda-se, a «capacidade» internamente *jurídica* de tratar as correspondentes «situações de incerteza» (Boyd White⁸⁴) — cessa (detém-se) drasticamente num (ou com um) processo de fixação de *limites* (*institutional constraints*) [Martha Nussbaum⁸⁵]. Sendo de resto nesta fixação de limites e apenas nesta — e já não na tarefa de escolha discricionária que se desenvolve para além dela (embora enquadrada pelas suas fronteiras) — que os *arguments of principle* (eles próprios como expressões imediatas destes materiais) —bem como todos os outros argumentos baseados nas *razões do sistema* —estão afinal em condições de intervir⁸⁶. O que nos leva a uma conclusão inevitável: a de reconhecer que a resposta para esta indeterminação há de ser procurada levando a sério compromissos práticos *transjurídicos* (entre outros possíveis, aqueles que White concentra na *ética da tradução* e que Martha Nussbaum faz corresponder ao ethos da *república dos leitores*, se não à celebração das «emoções» enquanto «formas complexas de intencionalidade»⁸⁷). Como se o desafio de dar atenção à singularidade dos *human acts* nos condenasse a uma procura para além do direito e a *discretion* (com a sua

o fogo cruzado do *ethos* e do *pathos*. Da convergência com a literatura (*law as literature, literature as law*) à analogia com uma *poiesis-techné* de realização (*law as musical and dramatic performance*), *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXX (2004), pp. 84-135

⁸⁴ Boyd White, *Heracles' Bow*, cit., pp.21-23, 25-26, 42, 192-212, *Justice as Translation*, cit., 84-86.

⁸⁵ «A Judge (...) is constrained in many ways by text, history and precedent. It would be foolish to claim that the literary imagination does all the work here, and inappropriate to recommend that it work outside these institutional constraints. On the other hand, within these constraints it can supply insights that should prove valuable to a complete deliberation of the relevant issues» (Nussbaum, *Poetic Justice*, cit., pp.116-117). Como se no fundo o *technical legal reasoning* se esgotasse num processo de determinação de limites — aqueles que a imaginação literária terá que respeitar quando sustenta o tratamento logrado da controvérsia singular. «I shall insist that technical legal reasoning, knowledge of law, and the constraints of precedent play a central role in good judging, supplying the bonds within which the imagination must work. (...) I shall argue the literary/ Aristotelian conception, combined with institutional constraints, yields (...) a powerful (...) complex ideal of judicial neutrality...» (*ibidem*, p. 82).

⁸⁶ As referências de Martha Nussbaum aos princípios [em *Poetic Justice*, cit., nas pp.85 («the principled reasons that the law actually uses») e 89 («the formulations of appropriate constitutional, as well as human principles»)] não levam decerto implícita a hostilidade aos *arguments of principle* assumida por Boyd White [ver *supra*, nota 79]: abster-se mesmo assim de explorar as possibilidades destes princípios e do processo de realização correlativo, como se abster de os distinguir dos princípios gerais do direito assumidos pelo formalismo de Langdell ou ainda de considerar o contraponto (meramente enunciado) entre *constitutional* e *human principles* — o que não deixa de ser surpreendente numa estratégia discursiva que (enfrentando a funcionalização pragmática) pretende assumir constitutivamente a relevância dos «non-commensurable ends»!

⁸⁷ Veja-se o desenvolvimento que propus em «Imaginação literária e “justiça poética”. Um discurso da “área aberta”?», *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXV (2009), Coimbra, pp. 135-149

mais ou menos oculta *área aberta*) fosse afinal o *meio* (decerto *instrument* mas também *environment*) que a torna possível...

2.1.4. *Discricionariedade, razões sistémicas e rule of recognition: os casos difíceis nos discursos do positivismo crítico* (os exemplos de HART e de RAZ)

Aparecendo-nos embora a travar um combate com os mesmos oponentes —os *juridicismos* e os *instrumentalismos* pragmáticos, estes, no entanto através de máscaras menos extensas, respetivamente a do *formalismo estrito* e a do *realismo* (a do «nobre sonho» do formalismo e a do «pesadelo» do ceticismo realista⁸⁸) —, o último eixo traz-nos uma nova e radical mudança. Trata-se enfim de considerar o «legado» de Hart e com este, como bem se sabe, o de uma «teoria» dos casos difíceis que, com uma concentração temática exemplar (ausente em todas aquelas que até agora considerámos⁸⁹), se constrói integralmente a partir de um problema específico⁹⁰: que é decerto o da *indeterminação* (ou o das *incertezas*) que a «comunicação» das *regras gerais* (através da legislação e dos precedentes⁹¹) suscita à decisão judicial — só que este problema (que se poderá dizer também o de uma «crise de comunicação»⁹²)... muito significativamente reconduzido ao (se não confundido com o) da impossibilidade de as «situações de facto» *sub judice* (*particular situations*) se nos exporem enquanto tais já (inequivocamente) «separadas» e «rotuladas» (*marked off, labelled*) como «instâncias» (ou «casos de aplicação») dessas regras, problema este que será afinal também o da impossibilidade destas regras poderem por sua vez «dar um passo em frente» (*step forward*)

⁸⁸ Trata-se, claro, de invocar as conhecidas formulações de Hart, tal como as vemos exploradas na sua comunicação «American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream», *Georgia Law Review*, vol. 11 (1977), pp. 969 e ss.

⁸⁹ Particularmente ausente, por razões embora diversas, nas duas últimas.

⁹⁰ Remetemo-nos decerto para o indispensável capítulo VII («Formalism and Rule-Scepticism») de *The Concept of Law*, second edition with Postscript, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 124 e ss. Sem esquecer decerto agora também o recentissimamente publicado (dado durante muito tempo como perdido!) «Discretion», *Harvard Law Review*, vol. 127, nº 2, December 2013, pp. 652-665.

⁹¹ Entenda-se, através de um «uso máximo» ou de um «uso mínimo» de *palavras gerais*, esclarecimento este que, desde logo, nos permite problematizar o «contraste ingénua» habitualmente estabelecido entre a certeza das leis e a incerteza dos precedentes [*Ibidem*, pp.125-126].

⁹² «...[S]omething in the nature of a crisis in communication is precipitated...» (*Ibidem*, p.127))

para «reivindicarem» ou «reclamarem» (*claiming*) tais «instâncias»⁹³.⁹⁴ *Logic is silent on how to classify particulars — and this is the heart of a judicial decision*⁹⁵.⁹⁶

Especificação esta última que (na circularidade com que se nos expõe) se reveste da maior importância, enquanto e na medida em que por uma vez consagra (e legítima) uma das hesitações construtivas recorrentes da pragmática dos casos difíceis, a saber, aquela que vincula a inevitabilidade da experimentação *em concreto* da *dificuldade* dos casos à possibilidade da fixação *em abstracto* dos limites desta experimentação (ou da *perspetiva* que a orienta), na mesma medida em que, sobrepondo exercícios de *clarificação* dos casos e das regras, defende que os primeiros possam sempre ser delimitados pelas *palavras gerais* que as segundas usam e pelas *classificações* correspondentes (estas levadas a sério na sua autossubsistência racional e na sua determinabilidade hermenêutica)... — hesitação (no limite da *aporia*, se não do *paradoxo*)⁹⁷ à qual persistentemente voltarei...

É a assunção explícita deste círculo — vinculada à exigência da *textura aberta do direito*⁹⁸ — que autoriza Hart a apropriar-se, num outro contexto e com um sentido manifestamente distinto, de um dos binómios de que Heck

⁹³ *The Concept of Law*, cit., p. 126.

⁹⁴ Assim também já no indispensável «Positivism and the Separation of Law and Morals» de 1958: «A legal rule forbids you to take a vehicle into the public park. Plainly this forbids an automobile, but what about bicycles, roller skates, toy automobiles? What about airplanes? Are these, as we say, to be called “vehicles” for the purpose of the rule or not? (...) The toy automobile cannot speak up and say, “I am a vehicle for the purpose of this legal rule,” nor can the roller skates chorus, “We are not a vehicle.” Fact situations do not await us neatly labeled, creased, and folded, nor is their legal classification written on them to be simply read off by the judge. Instead, in applying legal rules, someone must take the responsibility of deciding that words do or do not cover some case in hand with all the practical consequences involved in this decision...» [Hart, «Positivism and the Separation of Law and Morals», *Harvard Law Review*, vol. 71 (1958), p. 607]. Ver infra, nota 100.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 610.

⁹⁶ «It is a feature of the human predicament (and so of the legislative one) that we labour under two connected handicaps whenever we seek to regulate, unambiguously and in advance, some sphere of conduct by means of general standards to be used without further official direction on particular occasions. The first handicap is our relative ignorance of fact: the second is our relative indeterminacy of aim...» (*The Concept of Law*, cit., p. 128).

⁹⁷ Reforçada pela pressuposição (implícita) — herdada da compreensão iluminista da norma universalmente racional — de que o «uso mínimo» de *palavras gerais* encontra o seu modelo (se não o padrão da juridicidade) no «uso máximo» (com a consequente descaracterização dos critérios da jurisprudência judicial). Pressuposição que, como veremos, sustenta toda e qualquer «teoria» dos casos difíceis.

⁹⁸ «The open texture of law means that there are, indeed, areas of conduct where much must be left to be developed by courts or officials striking a balance, in the light of circumstances, between competing interests which vary in weight from case to case» (*Ibidem*, p. 135).

se socorrera⁹⁹. Refiro-me evidentemente ao contraponto *núcleo/penumbra* (a central core of undisputed meaning/a penumbra of uncertainty), agora explicitamente vinculado ao que tenho chamado um discurso de alternativas ([y]et all rules have a penumbra of uncertainty where the judge must choose between alternatives)¹⁰⁰. Um discurso de alternativas que, afirmando-se «na larga maioria dos casos» (e seguramente em todos os casos verdadeiramente «importantes»)¹⁰¹, afasta o «nobre sonho do formalismo» (da exclusividade dos casos fáceis)? Podemos dizê-lo (“formalism” or “literalism” (...) ignores the problems of the penumbra (...), viewing the process as consisting pre-eminently in deductive reasoning¹⁰²). Só que também um discurso de alternativas que, ao conviver agora com a existência efetiva de casos fáceis (standard cases¹⁰³ or clear cases¹⁰⁴, [with] determinate rules¹⁰⁵) e ao sustentar a possibilidade de a cada regra geral corresponder com maior ou menor extensão um núcleo-core de determinabilidade (where there is general agreement in judgments as to the applicability of the classifying terms¹⁰⁶), mas sobretudo ao admitir uma escolha racionalmente orientada nos penumbral cases¹⁰⁷, não afasta menos o

⁹⁹ Distinto desde logo porque sustentado numa compreensão tradicional da relevância delimitadora do elemento gramatical (a qual, como sabemos, é rejeitada pela conceção meramente indiciária levada a sério pelo teleologismo de Heck).

¹⁰⁰ *The Concept of Law*, cit., p. 12. Veja-se também a exploração deste contraponto *core/penumbra* que, sem invocar estes conceitos (mas retomando o seu exemplo favorito), Hart sintetiza exemplarmente em «Discretion»: «When we are bold enough to frame a rule of conduct (e.g., No vehicles are to be taken into the park), certain concrete applications of this rule are indeed present to our minds: these are the paradigm clear cases of the rule showing the motor car, the horse and cart, the motor bicycle, and the bus to be excluded without doubt by it. But the totality of possible circumstances in which the application of the rule may be drawn in question so that we shall have to ask, “Is this a vehicle?” for the purposes of this rule are not confined to such clear cases. We shall find that the cases where the application of the rule is suggested will not divide into the clear cases where the rule applies and on the other hand to clear cases where nothing of the sort envisaged by the rule is present in the park, only birds, flowers, and children. On the contrary, there will be borderline cases which either we did not anticipate or could not anticipate: these will be the cases of skates, bicycles, perambulators, and toy motor cars, and faced with them we raise the characteristically mixed question, “Is this to be called a vehicle?” Though some of those elusive cases could not have been anticipated or imagined in advance when they arise, we are forced to say that the rule either does or does not apply: such unprovided cases will certainly have some features in common with the clear standard cases and yet differ from them in respects which are relevant, where relevance is itself determined by many complex factors running through the legal system and depending on our aims in having a rule of this sort...» («Discretion», cit., p. 662).

¹⁰¹ «In most important cases there is always a choice. The judge has to choose between alternative meanings to be given to the words of a statute or between rival interpretations of what a precedent “amounts to”...» (*The Concept of Law*, cit., p. 12).

¹⁰² «Positivism and the Separation of Law and Morals», cit., p. 608.

¹⁰³ *The Concept of Law*, cit., pp. 4-5,

¹⁰⁴ «Positivism and the Separation of Law and Morals», cit., p. 612.

¹⁰⁵ *The Concept of Law*, cit., p. 135.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p.126.

¹⁰⁷ «Positivism and the Separation of Law and Morals», cit., pp. 612, 614.

«pesadelo» cético do realismo (a entrega sem condições a um culto decisio-
nista dos *casos difíceis*). O que nos conduz a um indispensável *middle way* e
à conceção de *discrionariedade limitada* (feita de poderes *intersticiais*) que
decisivamente o ilumina ([t]he courts exercise a genuine though *interstitial*
law-making power or discretion in those cases where the existing explicit law
*fails to dictate a decision*¹⁰⁸).

Uma conceção da *discrionariedade* (da *penumbral area*¹⁰⁹) que rivaliza
em nitidez com o discurso da *área aberta* justificado por Posner (e que neste
sentido contrasta significativamente com os eixos que atribuímos aos *critical*
legal scholars e ao *literary turn*)? Importa acentuá-lo. Menos decerto para
invocar a convergência que, nos limites de um comum *parochial ground*, as
duas «theories» of *adjudication* (a de Hart e a de Posner) alimentam... — na
luta contra o formalismo e no repúdio da *mediação realista* — do que para
reconhecer as *diferenças*. Precisamente aquelas que relevam para a dinâmica
de oposição *discurso de alternativas/razões sistémicas*. Se os três eixos anterio-
res confirmam tal oposição (e a irrelevância da categoria sistema que resulta
da assunção de uma «teoria» dos casos difíceis), a conceção da *discretion*
assumida por Hart e assimilada pelo *positivismo crítico* que hoje reinventa
o seu legado — sem prejuízo das tensões que, mais ou menos radicalmente,
dividem o seu «campo» (a começar por aquelas que nos permitem opor *positi-*
*vismos excludentes, includentes tout court e includentes-incorporacionistas*¹¹⁰)

¹⁰⁸ *The Concept of Law*, cit., p. 259 (já no famoso *Postscript!*). «[T]he law in such cases is fundamen-
tally *incomplete*: it provides *no* answer to the questions at issue in such cases. They are legally
unregulated...» (*Ibidem*, p. 252).

¹⁰⁹ Assim expressamente em «Positivism and the Separation of Law and Morals», cit., pp. 607 e 611. Em
«Discretion» [cit., pp. 653-654 (II)], Hart explora mais detidamente o território da *discrionariedade*,
reconhecendo que haverá que distinguir «casos claros» (*casos standard*) de *discrionariedade* («we
can find a set of characteristics which are found together in the standard case of discretion: that is,
in cases where everyone would agree that we have the phenomenon of discretion...») e outros menos
claros, ditos *borderline cases* («other cases where only some of the cardinal features present in the
clear case are present and where we would hesitate or disagree as to the classification of them as
cases of discretion»); rejeita no entanto que se deva falar aqui de um *continuum* [« I prefer this way
of putting the semantic situation to just saying that we have a continuum which stretches over a
wide area and that we distinguish something which fades gradually into other notions because this
metaphor of a continuum does not bring out the fact that we do, as well as recognize the vagueness
at the boundary of such notions as discretion, also recognize clear or simple cases...»] (*Ibidem*, p. 653).

¹¹⁰ Trata-se de combinar as formulações de Waluchow (*separação /separabilidade*) com uma distin-
ção que diz respeito às possibilidades da segunda: aquela que Kramer sustenta entre *inclusive legal*
positivism e *incorporationism*, o primeiro (positivismo includente *tout court*) a identificar a proposta
de Waluchow (*mera inclusão*), o segundo (incorporacionismo) a referir-se às propostas de Coleman
e do próprio Kramer (inclusão e incorporação). Ver muito especialmente Kramer, *Where Law and*
Morality Meet, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 2-9 («Inclusivism, Incorporationism and
Exclusivism»). Desenvolvi um diálogo com todas estas perspetivas em *O direito como mundo prático*
autónomo: “equivocos” e possibilidades, cit., pp. 44-103. Para um esclarecimento menos esquemático
dos problemas da interpretação da *rule of recognition* relevantes na compreensão dos casos difíceis,
remito-me expressamente para este desenvolvimento.

—, essa propõe-se conciliar o *limited law-creating power* com a mobilização lograda de uma perspectiva *sistémica*. Que perspectiva sistémica? Não decerto aquela que o processo de determinação da norma-*ratio*, na sua *veritas* constitutivamente imanente, permite pensar (e que, em termos mais ou menos explícitos, confere identidade ao oponente *formalismo*). Antes aquela que, emergindo das práticas sociais institucionalizadas, encontra na categoria *rule* (enquanto *regra* convencional, comunicada através de um uso máximo ou mínimo de palavras gerais) o seu núcleo de inteligibilidade decisivo: a perspectiva que nos autoriza a reconhecer o «coração» de um «sistema jurídico» maduro (*the heart of a legal system*) numa «estrutura» que combina *primary rules* e *secondary rules*¹¹¹, bem como a sustentar que a pluralidade das regras sociais juridicamente relevantes, na diversidade das suas funções e modos de objetivação, entenda-se, dos seus *níveis* (*first order/ second order*) e dos seus *tipos* (*duty imposing/ power conferring*)¹¹², encontra nesta estrutura — não por certo numa referência indiscriminada ao todo, antes através das possibilidades-exigências de *uma* das suas *regras* — os critérios de identidade e de validade que a iluminam como *ordem* (ou que nos impedem de a considerar como um *ensemble* discreto e desconexo¹¹³). Não sendo preciso acrescentar que a regra a que me refiro é aquela que, ao oferecer remédio para a incerteza do regime de regras primárias, se diz precisamente *rule of recognition*.

Uma especialíssima *second order rule*, capaz de identificar a característica ou características gerais das *primary rules*, sem deixar de se oferecer ela própria como uma *regra social* convencional, ou mais claramente ainda (em formulações privilegiadas no *Postscript* de *The Concept of Law*) como uma *form of judicial customary rule*... — como uma regra que se constitui e manifesta enquanto se cumpre em práticas sociais reiteradas (de «aceitação» e de «realização»), sendo estas práticas precisamente aquelas que traduzem operações de «identificação» e de «aplicação» do direito *efetivamente* cumpridas pelos tribunais (*a form of judicial customary rule existing only if it is accepted and practised in the law-identifying and law-applying operations of the courts*¹¹⁴).

Acentuação da unidade *institucional* e *convencional* do jurídico esta da maior importância, uma vez que nos autoriza a entender em que termos (mas

¹¹¹ Hart, *The Concept of Law*, cit., p. 98.

¹¹² Refiro-me evidentemente à lição imprescindível do cap. V de *The Concept of Law* (cit., pp. 79 e ss.).

¹¹³ *Ibidem*, p. 95.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 256.

também com que limites) se poderá falar de uma racionalização da *discretion* e da decisão em que esta culmina (esta última vocacionada para se oferecer como uma *nova* decisão-*exemplum*). Não se trata, com efeito, de desonerar o julgador da necessidade de uma escolha moral e política — esta continua a impor-se-nos como autossuficiente *causa sui* (*the conclusion, even though it may not be arbitrary or irrational, is in effect a choice*¹¹⁵)! —, trata-se de defender que neste percurso intervêm produtivamente argumentos jurídicos (com um peso maior ou menor)... cujas *conclusions-claims* se nos oferecem sob o modus invariável de *juízos analógicos*. Que juízos analógicos? Aqueles desde logo que, invocando um argumento de continuidade *core/penumbra* (se não a confiança na existência exemplar de *casos fáceis*) comparam o caso *sub judice* (e as significações de *penumbra* que a relação deste com a regra geral permite detectar) com possíveis casos plenamente assimilados pelo *núcleo* (e as significações correspondentes)¹¹⁶. Depois também aqueles que, invocando a experiência das práticas vigentes (e as comparações que estas permitem), se preocupam em refletir autonomamente sobre a teleologia da regra selecionada (*the aims or purpose which may be attributed to the rule*¹¹⁷) ou em submeter a procura da decisão exigida pela área de penumbra (entenda-se, *the surveying of alternatives*) a exigências de «imparcialidade» e «neutralidade» (e de «atenção aos interesses de todos os que serão afectados»), se não também à possibilidade de autênticos *arguments of principle*¹¹⁸. Juízos analógicos que,

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 127. Veja-se, no entanto, a especificação (particularmente esclarecedora) que, acenando as dimensões da *racionalização* (mas sem excluir a componente *voluntas!*), Hart introduz em «Discretion»: «It would be mistaken to identify the notion of discretion with the notion of choice (*tout court*). These are different though related notions. It is worthwhile, I think, remembering that discretion is after all the name of an intellectual virtue: it is a near-synonym for practical wisdom or sagacity or prudence; it is the power of discerning or distinguishing what in various fields is appropriate to be done and etymologically connected with the notion of discerning. Hence we speak of years of discretion meaning not merely the age at which a human being is able to choose (because we can choose long before this) but merely the age when the judgment or discernment to be exercised in choice is ripe. A discreet person is not someone who just remains silent but who chooses to be silent when silence is called for. The above suggests that there is one kind of choice which we should not rank as the exercise of discretion, namely those cases where in choosing we merely indulge our personal immediate whim or desire...» (*Ibidem*, pp. 656-657).

¹¹⁶ Para o reconhecimento de que é imprescindível manter alguma «continuidade» entre «os casos claros de aplicação da regra» e as «decisões de penumbra», ver os argumentos propostos em «Positivism and the Separation of Law and Morals», cit., pp. 612-613.

¹¹⁷ *The Concept of Law*, cit., p. 127. «Very often their choice is guided by an assumption that the purpose of the rules which they are interpreting is a reasonable one, so that the rules are not intended to work injustice or offend settled moral principles...» (*Ibidem*, p. 204).

¹¹⁸ «[J]udges make a choice which is neither arbitrary nor mechanical; and here often display characteristic judicial virtues (...). These virtues are: impartiality and neutrality in surveying the alternatives; consideration for the interest of all who will be affected; and a concern to deploy some acceptable general principle as a reasoned basis for decision. No doubt because a plurality of such principles is always possible it cannot be *demonstrated* that a decision is uniquely correct; but it may be made acceptable

não eliminando a decisão-escolha, encontram no sistema das *rules* o seu *tertium comparationis* indispensável? Importa reconhecê-lo (*the criteria of relevance and closeness of resemblance depend on many complex factors running through the legal system*¹¹⁹). Tendo embora consciência de que tal remissão se nos expõe assim, em termos assumidamente *indiscriminados*, apenas porque o sentido e a extensão destas possibilidades de intervenção-assimilação racionalizadora e os equilíbrios correspondentes dependem integralmente das práticas institucionalizadas em cada sistema jurídico particular e da *rule of recognition* que estas paulatina e contingentemente constroem. Só estas práticas (ditas) de reconhecimento estarão na verdade em condições de fixar o sentido e os limites desta racionalização da *discretion*, bem como o papel que nela desempenham razões jurídicas e razões morais (se não razões morais juridicamente *incorporadas*). Acentuação que nos basta para perceber que o problema da relação entre a pragmática da demarcação *casos fáceis / casos difíceis* e a categoria de inteligibilidade *sistema*, se admitirmos considerá-lo à luz dos desenvolvimentos oferecidos pelas diversas linhas do *positivismo crítico* herdeiro de Hart (assim mesmo iluminado por uma tese condutora de *convencionalidade*), se desloca decisivamente, passando a depender por inteiro da *regra de reconhecimento*, ou mais claramente, da conceção (interpretação) desta regra e das suas possibilidades que vier (ou puder vir) a ser defendida...

Importando apenas acrescentar que estas distintas interpretações se manifestam certamente no modo como o problema da *identificação do conteúdo do direito* se expõe à relação *direito/moral*... — num confronto decisivo entre teses da *separação* (positivismo *excludente*) e de *separabilidade* (positivismo *includente*), bem como numa discussão das diversas versões da *separabilidade* (*separabilidade* enquanto *inclusão* de condições de validade¹²⁰/*separabilidade* enquanto *inclusão* e *incorporação* de princípios¹²¹) —, como se manifestam também e ainda nas diferentes exigências de unidade e de estabilidade a que as práticas de reconhecimento se deverão submeter para poderem ser assumidas enquanto tais — diferenças que

as the reasoned product of informed impartial choice. In all this we have the “wheighing” and “balancing” characteristic of the effort to do justice between competing interests...» (*Ibidem*, pp. 204-205).

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 127. «[W]here discretion is used in the course of judicial determinations in the attempt to apply rules, the weight of factors such as consistency with other parts of the legal system will be prominent...» («Discretion», cit., p. 665).

¹²⁰ «[M]oral values and principles count among the possible grounds that a legal system might accept for determining the existence and content of valid laws (...), a legal system’s rule(s) of recognition [can] contain explicitly moral tests or criteria for the legal validity of (...) legislation...» (Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 82)

¹²¹ «[A] legal system can be structured by a Rule of Recognition which effectively establishes that correctness as a moral precept is sufficient to render a norm binding as a law...» (Kramer, *Where Law and Morality Meet*, cit., p.25)

podemos exemplificar contrapondo o incorporacionismo radical de Coleman e o incorporacionismo moderado de Kramer¹²².

Sem esquecer por fim a possibilidade, eloquentemente sustentada pelo positivismo *excludente* de Raz, de harmonizar uma *tese de separação* direito/moral no plano das fontes... — diretamente concentrada na rejeição (sem concessões) da plausibilidade de uma inclusão-*incorporação* (*moral considerations are never among the existence or validity conditions of law*¹²³) — com o reconhecimento efetivo do papel da *moralidade* (ou mesmo de uma tese de *continuum com moralidade*) no plano da realização em concreto — ou mais rigorosamente, no plano do discurso «conforme ao direito» (conforme às *fontes sociais*) dirigido à resolução de casos¹²⁴. Reconhecimento este que, ao acentuar a permanente sujeição dos juízes a *razões morais* (*even judges are*

¹²² Ver a reconstituição detida que proponho em *O direito como mundo prático autónomo: “equivocos” e possibilidades*, cit., pp. 53-65 (1.1.2.1.)

¹²³ A formulação é de Michael Giudice, «Joseph Raz’s Legal Philosophy», http://ivr-enc.info/index.php?title=Joseph_Raz’s_Legal_Philosophy (extraído em Agosto de 2012), s/pag., IV, «The Sources Thesis».

¹²⁴ Nesta afirmação vai pressuposta uma distinção entre dois níveis ou dois aspetos do discurso jurídico e (ou) entre os juízos conclusivos a que conduzem: (a) o primeiro (*reasoning about law, reasoning to law*) ocupado em estabelecer o conteúdo do direito vigente, se não em abstrato (o que dificilmente poderá acontecer com os *precedents*), pelo menos sem a preocupação condutora de responder a um caso-problema (*reasoning about what the law is, reasoning to the conclusion that the content of law is such and such, reasoning whose sole premises are that the law is such and such and whose (...) conclusions merely state the content of existing law*); (b) o segundo (*reasoning according to law*) preocupado em determinar respostas para problemas juridicamente relevantes e muito especialmente para controvérsias concretas, nesta última acentuação sobretudo enquanto *judicial reasoning* (*reasoning about how legal disputes should be settled according to law, reasoning to conclusions which entail that, according to law, if a matter were before a court, the court should decide thus and so[,] (...) or that since it is before the court this how it should be decided*) [Raz, «Postema on Law’s Autonomy», *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford. Oxford University Press, 2009, pp. 376-379 («The Autonomy of Legal Reasoning»); ver também «On the Autonomy of Legal Reasoning», *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 310 e ss.]. Esta distinção é da maior relevância, já que, segundo Raz, só o primeiro aspeto da *legal reasoning*, através precisamente da *sources thesis* e da identificação do direito que esta defende, se pode dizer *autónomo*, quer dizer, obtido sem recurso à *moral reasoning* (sendo certo que a autonomia em que participa diz menos respeito ao *legal reasoning* enquanto tal do que ao próprio direito) [«Understood in that sense (...) the thesis is an aspect of the thesis of the autonomy of law...» («Postema on Law’s Autonomy», cit., p. 377)]. Correspondendo o *reasoning according to law* a um processo discursivo *não autónomo*, porque nuclearmente *interpretativo* (o que para Raz significa reconhecer um recurso permanente a *considerações morais*!), nada nos impede, no entanto, de acentuar que ele integra, como etapa indispensável do seu *iter*, um momento de mobilização cognitiva das fontes (correspondente ao *reasoning about law*, entenda-se, a um *establishing what has been done by the authorities*). Acentuar isto é, com efeito, dar-mo-nos conta de que as fronteiras da determinação autónoma do direito vigente são ultrapassadas... sempre que o intérprete-julgador experimenta um problema de *indeterminação* deste direito ou sempre que se confronta com a possibilidade institucional de o transformar. Segundo Raz, tais problemas e as opções correspondentes não podem ser resolvidos com *source-based norms*... mas apenas com o recurso a *standards* e princípios extrajurídicos, devendo enquanto tal dizer-se *a matter of morality!*

*humans (...), in being human, they are subject to morality*¹²⁵¹²⁶ — e ao concluir que, no discurso «conforme ao direito», *não há uma racionalidade jurídica que se possa dizer autónoma*¹²⁷ —, encontra decerto a sua experimentação-«corroboração» exemplar no problema dos *casos difíceis*. Trata-se, na verdade, de iluminar uma racionalização da escolha discricionária das alternativas de decisão (*the surveying of alternatives*) que, sem pôr em causa a perspetiva sistémica garantida pela *rule of recognition* (antes levando a sério uma determinada compreensão desta!), rejeita a plausibilidade de uma intervenção do sistema (ou dos princípios) jurídicos enquanto tais, expondo-se-nos assim inteiramente sustentada em *standards morais* — *standards* estes que, não sendo integrados no *corpus juris* nem se nos oferecendo como vinculantes (*moral standards may be nonbinding, and enter into legal argument as discretionary standards*¹²⁸), se mostram no entanto indispensáveis por um lado para superar as insuficiências (de *extensão* e *intensão*) das *legal rules*, por outro lado (ainda que muitas vezes sem soluções de continuidade), para orientar a tomada de decisão dos julgadores (enquanto *law makers*) relativamente a possíveis transformações do direito vigente (*reasoning according to law to a practical conclusion will be shaped both by the law's authoritative directives and often, by moral considerations that are not among the law's valid norms*¹²⁹). O que nos restitui ao ponto de partida, recuperando em pleno (e com uma força persuasiva excepcional) a dinâmica de oposição que contrapõe *discretion* e *razões sistémico-jurídicas*. Como se numa palavra se tratasse de libertar a *penumbral area* das suas hesitações construtivas (as hesitações construtivas provocadas por Hart e agravadas pelos positivismos *includentes*), restituindo-lhe enfim (em nome embora do *continuum* com a moralidade) os traços identificadores de uma autêntica *open area*...

¹²⁵ «Incorporation by Law», *Between Authority and Interpretation*, cit., pp. 183-190 («Even Judges are Humans»).

¹²⁶ Veja-se o esclarecimento desta posição (atendendo a outras intervenções de *standards morais*) que proponho em *O direito como mundo prático autónomo: "equivocos" e possibilidades*, cit., pp. 70 e ss. (1.2.3.).

¹²⁷ «Legal reasoning is not autonomous. (...) There is no serious theorist I know of who maintains that legal reasoning is autonomous... » [«Postema on Law's Autonomy», *Between Authority and Interpretation*, cit., pp. 376, 379].

¹²⁸ Ainda na formulação de Coleman (restituindo os argumentos de Raz): *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 107.

¹²⁹ Para o dizermos com Postema, *Legal Philosophy in the Twentieth Century: the Common Law World*, cit., p. 462.

2.1.5. Conclusões possíveis

O que nos restitui ao ponto de partida, também enquanto repetimos a pergunta condutora: a de saber se (e até que ponto) é que as quatro grandes linhas de interpretação do binómio *casos fáceis / casos difíceis* que acabámos de experimentar (na heterogeneidade das intenções a que se abrem, mas também na extensão que conferem ao território dos casos difíceis, no seu *antiformalism* mais radical ou mais moderado) preservam a *dinâmica* de oposição que rejeita (ou desvaloriza) a relevância (metodológica) da pressuposição do sistema. Concluída a experimentação, a resposta impõe-se-nos sem hesitações: com a exceção que a consideração do *positivismo crítico* [2.1.4.] nos permitiu reconhecer (no «legado» de Hart... mas também no desafio-limite da *incorporação* dos princípios) — exceção ela própria de resto suscetível de ser persuasivamente rejeitada... também e ainda mobilizando os pressupostos deste mesmo *positivist camp* (o que a alusão a Raz nos autorizou a compreender)! — , todas as vozes em causa, sem prejuízo da sua heterogeneidade, convergem na conexão *casos difíceis / área aberta*, bem como na exigência de associar a esta última o problema de uma escolha *livre de intenções jurídicas* — convergência que vimos por sua vez indissociável de um *work in progress* (não menos heterogeneamente prosseguido) de luta contra o *formalismo*, se não explicitamente condicionada pelas possibilidades de reconstituição deste formalismo que um certo contexto prático-cultural aproblematicamente disponibiliza. Será assim, no entanto em relação a toda e qualquer «teoria» dos *casos difíceis*? E se não for, até que ponto é que a renúncia à citada dinâmica de oposição se reflete noutros pressupostos *taken for granted* da pragmática de demarcação em causa (a começar decerto pelo *discurso das alternativas* e pela função de *enquadramento autossubsistente* atribuída aos *materiais jurídicos*)?

2.2. O segundo grande território ou as possibilidades que a teoria da argumentação oferece à relação *casos difíceis / razões sistémicas*

A formulação destas perguntas é decerto a deixa que nos obriga a abandonar o *parochial ground* até agora frequentado... e a prescindir da reconstrução agonística do *formalism* que este exige... para abordar um segundo grande veio de representação-experimentação dos *casos difíceis*. A abandoná-lo então

e assim para já com um pequeno passo (como que a sublinhar um movimento de afastamento paulatino): com aquele pequeno passo que, na linha da exceção aberta pelo *positivismo includente*, nos autoriza a *relativizar* a dinâmica de oposição entre o binómio *casos fáceis / casos difíceis* e a categoria *sistema jurídico*, admitindo primeiro (e exigindo depois) que argumentos ditos *sistémicos* (*sistémico-jurídicos*) intervenham no tratamento racional das referidas *dificuldades* — o que significa decerto rejeitar a equivalência (na perspetiva do direito) das alternativas de decisão da *área aberta*, admitindo assim uma hierarquização *juridicamente relevante* das respostas permitidas. Ora esta hierarquização cumpre-se assumindo a inevitabilidade de uma (certa) *teoria da argumentação*, teoria esta que, sem prejuízo da diversidade dos seus desenvolvimentos (e dos rostos que os assumem), se mostra capaz de nos interpelar com pressupostos e soluções convergentes, entre os quais decerto o da exigência de submeter as (ditas) razões sistémico-jurídicas ao contraponto *normas / princípios* (se não, mais rigorosamente, ao contraponto *normas como regras / normas como princípios*). Para reconhecer este território e a dinâmica que o caracteriza — mas também os limites que o fecham e o sentido que devemos atribuir a estes últimos— importa considerar alguns destes pressupostos (e as soluções para que estes apontam), ouvindo assim os interlocutores maiores que nos permitem sustentá-los. Procurarei fazê-lo não propriamente considerando detidamente cada um dos pressupostos, mas insistindo num «feixe» ou num «aglomerado» central, alimentado pela sobreposição dos pressupostos principais [2.2.1.], antes de acrescentar a estes e ao equilíbrio que globalmente sustentam um novo elemento, justificado precisamente pelas exigências de distribuição do *argumento dos princípios* [2.2.2.].

2.2.1. *Casos difíceis, contexto de justificação e argumentação não dedutiva*

O «aglomerado» de pressupostos a que me referi cumpre-se pressupondo a distribuição relacional *casos fáceis - justificação interna / casos difíceis - justificação externa*, a qual por sua vez postula uma assimilação da disseção epistemológica *contexto de descoberta / contexto de justificação*, na mesma medida em que confere uma inteligibilidade simultaneamente descritiva e prescritiva às possibilidades que correspondem ao segundo destes contextos ... ou a este enquanto trama de *argumentos*. Postular aquela distribuição, combinando-a com esta inteligibilidade argumentativa significa, com efeito, expormo-nos ao

binómio *argumentação dedutivamente válida / argumentação não dedutiva* e permitir que a primeira das relações invocadas (entre os *tipos* de casos e os *tipos* de justificação) encontre neste binómio a sua especificação definitiva.

A sobreposição mais clara destas componentes encontramos-la decerto na reconstrução de Atienza ou nesta enquanto se propõe enquadrar os contributos decisivos de MacCormick e de Alexy (mas também os de Aarnio e de Peczenik) na distribuição consagrada por Wróblweski e nas perguntas que esta legitima: trata-se, com efeito, de concluir que «nos casos jurídicos simples ou rotineiros» a tarefa do julgador se esgota numa «argumentação dedutivamente válida» — construída a partir de premissas dadas e susceptível enquanto tal de ser reconduzida a uma *justificação interna* (como se na relação com estes casos o «ordenamento jurídico» proporcionasse uma «resposta correcta que não é discutida») —, concluindo-se simultaneamente que os «casos difíceis» exigem, em contrapartida, «novas argumentações» (*que pueden o no ser deductivas*) e, com estas, uma invariável tematização das premissas envolvidas — tematização, por sua vez, que passa pela proposta (ou pela plausibilidade da proposta) de «mais do que uma resposta correcta» e que assim mesmo impõe o processo autónomo de uma *justificação externa* (*la que somete a prueba el carácter más o menos fundamentado de sus premisas*)¹³⁰.

Ora esta síntese não é apenas exemplar no seu objetivo primeiro — o de reconstituir o *common ground* do que diz um paradigma-*standard* (*la teoría estándar de la argumentación jurídica*) e este como «versão contemporânea da velha questão do método jurídico»¹³¹ —, é também exemplar pelas dificuldades de articulação a que se expõe (e pelos saltos, se não soluções de continuidade, que, ao responder-lhes, facilita), dificuldades aquelas e saltos estes que resultam da complexidade de planos em jogo, se não das subtis diferenças de perspectiva que cada uma das vozes convocadas introduz.

É precisamente para esclarecer esta exemplaridade (nas suas duas faces) que nos importa, brevemente embora, voltar a Wróblewski e à assimilação do modelo da *Ratio-Begründung* a que sua distinção fundadora (mobilizando os contributos da teoria da ciência e do seu *analytical turn*¹³²) nos expõe

¹³⁰ Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 45-46 (10. «Justificación interna y justificación externa»). Ver também pp. 33-39 (5. -7.) e 244 e ss.

¹³¹ *Ibidem*, pp. 132, 235, 247-248. *Infra*, 3.2. β) (a propósito da tentativa de autonomizar do eixo dos *casos difíceis* o *tipo* dos *casos trágicos*) terei oportunidade de aludir à proposta de Atienza e à sua perspectiva «crítica» ou crítico-«instrumental» (preocupada em atribuir à teoria da argumentação uma função «política ou moral») — com uma alusão a outros textos indispensáveis.

¹³² Remeto-me para a reconstituição genérica deste processo de substituição da explicação (*Erklärung*) pela justificação (*Begründung*) que, convocando Stegmüller (e a análise crítica de Apel)

[2.2.1.1.]. Como se duas ordens de razões, distintas embora (e projetando-se em dinâmicas argumentativas contrapostas), nos aconselhassem a insistir no ponto de partida e nas perguntas-problemas que este *conforma: por um lado* decerto para surpreender as *diferenças* que separam as vozes em causa e para reconstituir o *movimento* de transformação-especificação que as sustenta (e aquelas e este enquanto possibilidades abertas pela pergunta principal), por outro lado para iluminar o referido *common ground* e os limites que este *aproblematicamente* aceita [2.2.1.2.].

2.2.1.1. Reconsiderando a distinção fundadora de WRÓBLEWSKI

Não podemos esquecer que Wróblewski enfrenta a «plurivocidade» do signficante *racionalidade* optando por uma relação constitutiva com o problema da *justificação das decisões* (*justification of a judicial decision is the one way of demonstrating the rationality of decision and at the same time acting as a control on that rationality*¹³³), mas também esclarecendo que uma tal opção e (ou) que o juízo(-*evaluation*) que a sustenta encontra(m) o seu sentido num fundamento valorativo (dito explicitamente *the value of rationality*¹³⁴). Este *fundamento* aparece-nos por sua vez como uma exigência indispensável de um dos (três) tipos hoje plausíveis de concepções (ou de «ideologias») da jurisdição ou da «aplicação judicial do direito»¹³⁵: daquele *tipo de ideologia* que, sem prejuízo de versões distintas (mais ou menos fortes), o Autor reconhece como uma «tendência» dominante (se não «universal»)¹³⁶ no contexto presente (cuja defesa explicitamente assume) ... e que, em contraponto com outros dois tipos igualmente possíveis — celebrando respetivamente a *decisão formalmente vinculada* e a *decisão discricionariamente livre* (*the ideology of bound judicial decision making*¹³⁷ / *the ideology of free judicial decision-making*¹³⁸) — se apoia

propos em *Regras de experiência e liberdade objetiva do juízo de prova*, Coimbra, 1988, pp. 32 e ss.

¹³³ Wróblewski, *Sadowe stosowante prawa*, cit. na trad.-versão (ed. Bankowski e MacCormick) *The Judicial Application of Law*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1992, p. 209.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 311.

¹³⁵ *Ibidem*, pp. 265 e ss. (cap. XI), 270-271 (4. «A Typology of Ideologies of the Judicial Application of Law»).

¹³⁶ «The universal tendency towards the ideology of legal and rational judicial decision-making could be linked with the rejection of the theoretical background of the two preceding ideologies...» (*Ibidem*, p. 271).

¹³⁷ *Ibidem*, pp. 273 e ss. (cap. XII).

¹³⁸ *Ibidem*, pp. 285 e ss. (cap. XIII).

nas exigências-*values* (se não explicitamente *princípios*¹³⁹) da «legalidade» e da «racionalidade» do «fazer jurisdicional» (*the ideology of legal and rational decision-making*)¹⁴⁰.

2.2.1.1.1. A compossibilidade entre *justificação interna* e *argumentação não dedutiva*

Levar a sério o horizonte que esta última contextualização (dita) *ideológica* esclarece — enquanto vincula o problema a uma certa conceção do *modus operandi* do juiz (se não do próprio direito) — e dar em simultâneo atenção à relação constitutiva *racionalidade/justificação*, na sua relevância global — e a esta enquanto exige que a racionalidade a considerar se baseie na «existência» de critérios (ou cânones) de inferência (*rules of justificatory reasoning*) —, significa com efeito *abrir* a disseção *interno /externo* (e a pergunta que esta autoriza) a possibilidades dificilmente negligenciáveis... que, pelo menos à primeira vista, enquanto desafio e enquanto promessa, nos distanciam significativamente da síntese-sobreposição proposta por Atienza¹⁴¹. Trata-se, na realidade, de poder convocar a distinção de base (de poder explorar os aspetos internos e externos da racionalidade), dirigindo-a não apenas a qualquer decisão institucionalmente possível, mas também a qualquer tipo de discurso — com a condição apenas de que este nos apareça minimamente institucionalizado, entenda-se, sustentado em *inference licences* (ou *bridges-warrants*¹⁴²) canonicamente consagrados (*the rules of justificatory reasoning should be adequate within the framework of a defined discourse*)¹⁴³.

Experimentar a racionalidade *interna* significa, com efeito, submeter a conexão *justifians / justificandum* — entenda-se, a relação entre os «argumentos justificatórios» *epistémica* e (ou) *axiologicamente* propostos (e aceites) e a «conclusão» obtida — a uma tematização discursivamente *imane*nte — a uma tematização que se dirá de «consistência» *lato sensu*, porque conduzida

¹³⁹ *Ibidem*, p.41.

¹⁴⁰ *Ibidem*, pp. 305 e ss. (cap. XIV), 307-311 («Values of the Ideology of Legal and Rational Judicial Decision-Making»).

¹⁴¹ Tanto no que diz respeito ao contraponto entre argumentação *dedutiva* e argumentação *não dedutiva* quanto muito especialmente no que releva para o binómio *casos fáceis / casos difíceis*.

¹⁴² «At this point, therefore, what are needed are general, hypothetical statements, which can act as bridges...»: estamos evidentemente a dizê-lo com Toulmin (*The Uses of Argument* Cambridge, University Press, 1958, paperback edition reprinted in 1983, p. 98)

¹⁴³ Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, cit., p. 209.

pelo critério ou pelos critérios de inferência reconhecidos (assumidos) pelo discurso em causa e pelo quadro de possibilidades que este delimita (*a decision is internally rational if (...) it is inferred from the knowledge the decision-maker has, and the preferences which he accepts, when the inference follows the rules he accepts*¹⁴⁴, *internal rationality seeks consistency of decisions (...) [and] does not deal with the features of premises but only with their correct relation with the decision — according to the rules of justificatory reasoning used*¹⁴⁵).

A tematização permitida pela justificação externa cumpre-se em contrapartida interpelando *criticamente* as componentes mobilizadas e desenvolve-se assim (pelo menos!¹⁴⁶) em dois degraus possíveis, o primeiro dirigido aos (a cada um dos) argumentos justificatórios aceites (*criticism of epistemic premises*¹⁴⁷ / *criticism of the axiological premises*¹⁴⁸), o segundo à própria regra de inferência — à sua justificação em abstrato, mas sobretudo ao uso que, naquela decisão concreta, explicitamente a mobiliza (*criticism of the rules of justificatory arguments*¹⁴⁹). Poder-se-á acrescentar de resto que, no que diz respeito às decisões judiciais, a reflexão crítica a ter em conta — no horizonte da referida *ideology of legal and rational decision-making* (ou da sua «versão forte») — estará por sua vez em condições de ser desenvolvida mobilizando quer os «critérios correspondentes aos paradigmas» dos discursos *científicos* (*corresponding to the paradigms of legal and extra-legal sciences*), quer a «axiologia» do direito vigente, incluindo esta a dimensão imprescindível da vinculação e o correlativo dever de obediência (*the axiological premiss ought to correspond with the axiology of the law in force or at least be consistent with it*)¹⁵⁰. Com a conclusão inevitável de que, separadas nestes termos, as tematizações em causa poderão tanto convergir quanto divergir no seu juízo de *racionalidade* (*[t]hus the decision could be internally rational and external non-rational*)¹⁵¹.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 210.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 311.

¹⁴⁶ Wróblewski distingue ainda mais dois planos possíveis («the identification of the presuppositions necessary for any justification on the (...) [previous] levels» / «an identification of the ultimate premisses which justify or explain the justification made on the [previous] levels»), planos que depois deliberadamente não tematiza a propósito da decisão judicial: *ibidem*, pp. 210-211.

¹⁴⁷ «The epistemic premiss, i.e., the knowledge of the decision-maker, could be treated as false or inadequate...» (*Ibidem*, p. 210).

¹⁴⁸ «[T]he evaluations could be rejected...» (*Ibidem*).

¹⁴⁹ «[T]he reasoning [could be] treated as faulty...» (*Ibidem*).

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 311. «In the weak version external rationality is not taken into account and only internal rationality is important» (*Ibidem*)

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 210.

Possibilidades que situam este desafio de separação a uma longa distância da resposta (se não ponto de chegada) de Atienza? Importa esclarecê-lo. E desde logo, muito claramente, porque, se é certo que a tematização crítica das premissas exige sempre um exercício *não dedutivo* (ainda que porventura combinado com inferências dedutivas, como Atienza reconhece), não é menos certo que o desafio da tematização interna das decisões judiciais proposto por Wróblewski — distinguindo-se agora da identificação aproblematicamente circunscrita proposta pelo Autor de *Las razones del derecho (justificación interna/ argumentos dedutivos)* — nos aparece enquanto tal a poder cumprir-se quer na imanência de um discurso formalmente dedutivo, com uma regra de justificação que institua uma ordem de necessidade (*an argument in which the data and backing positively entail the conclusion*¹⁵²), quer na imanência de discursos práticos alternativos, sustentados noutras *regras de justificação* — regras elas próprias a determinarem a mediação constitutiva de juízos de valoração *não necessários* e a instituírem a ordem que os torna possíveis. Ora discursos alternativos que Wróblewski muito justamente exemplifica invocando um esquema (*não dedutivo*) de *transformação* (pTq , [where] p symbolises the justifiants, q the justificandum, and T «transformation»)(...), p is used in the discourse as a reason for q (...) [and] q is not inferred deductively from p ¹⁵³)¹⁵⁴: esquema que poderá ser ou não analiticamente formalizado¹⁵⁵, cujo caráter *não dedutivo* repousa em qualquer dos casos em regras de inferência claramente identificáveis (exigindo a intervenção de *evaluative assumptions*). Que regras estas? Regras jurídico-sistémicas (gerais ou especiais) por um lado, cujo «uso» é normativo-juridicamente regulado (*ways of reasoning which, within the framework of a particular legal culture, [are] (...) legally regulated by law*¹⁵⁶)... e regras extrassistémicas (*não jurídicas*) por outro lado (*which are not regulated by law but are used in justification*¹⁵⁷): cabendo nestas últimas os *warrants* da interpretação enunciativa (constitutivos de um *argumentum a fortiori*)... e nas primeiras (precisamente enquanto cânones gerais,

¹⁵² Ainda para o dizermos com Toulmin: *The Uses of Argument*, cit., p. 122.

¹⁵³ Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, cit., p. 228

¹⁵⁴ «All the transformations (...) are similar from the *operational point of view*, since they are *non-equivalent*: a proposition is transformed into another one, intensionally not identical with it, and extensionally not equivalent to it. In other words, the second proposition has another meaning than the first, and cannot be deductively derived from the first...» [Peczenik, «Non-equivalent Transformations and the Law», in Krawietz, Opalek, Peczenik, Schramm (Hg.), *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Rechtstheorie Beihefte* (Bh RT 1), Berlin, Duncker & Humblot, 1979, p. 171 (10.)].

¹⁵⁵ «The addition of an analytic statement does not change PTq into a deductive relation of p and q ...» (Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, cit., p. 228)

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 222.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 227 (9.)

mas também enquanto *diretivas de interpretação*) as regras sistêmicas do *reasoning per analogiam* e do *reasoning a contrario* (*systemic rules per analogiam and a contrario*)¹⁵⁸. Para o problema que nos ocupa, as implicações são evidentes: se se trata de concluir que a *racionalização justificatória* assume, na decisão judicial, um «caráter misto» (*a mixed character*) — suscetível de mobilizar tanto a lógica formal («*interpretations*» of *logical calculi*) quanto inferências de *transformação*, bem como de permitir que estas inferências nos apareçam plausivelmente traduzidas tanto na sua inteligibilidade analítico-formal quanto na sua compreensão pragmático-retórica (indissociável da antecipação de um auditório e da trama de razões a que este reage)... —, trata-se muito especialmente de reconhecer que a experiência dos *casos difíceis* — precisamente como aqueles casos em que a «interpretação dos cálculos lógicos» *não prevalece* e em que as tramas de transformação (gerando proposições intensional e extensionalmente não equivalentes¹⁵⁹) nos aparecem como dominantes¹⁶⁰ (casos que assim se reconhecem *substantivamente* vinculados a práticas de *dissenso* ou de *divergência*¹⁶¹)¹⁶² — está longe de ser incompatível (bem pelo contrário!) com a possibilidade de se reconstituir a sua *racionalidade interna* — reconstituição que assim mesmo deverá mobilizar diferentes cânones de *justificatory reasoning* para tematizar a *correção* da relação *justifians / justificandum*¹⁶³, na mesma medida em que desenha outras tantas faces (ou em que pelo menos rejeita a unidimensionalidade) de uma possível unidade

¹⁵⁸ *Ibidem*, pp. 222-227.

¹⁵⁹ Ver *supra*, nota 154.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 229.

¹⁶¹ «[From the substantive point of view, only cases in which] divergence in positions of participants in the process or in opinions of court instances expressed in divergent or differently justified decisions is stated [may be recognized as hard cases]...» [Opalek/Wróblewski, *Prawo. Metodologia, filozofia, teoria prawa*, Warszawa, 1991, pp. 274-275, *apud* Sebastian Sykuna & Jerzy Zajadlo, «Towards a New Theory of Hard Cases», in B. Wojciechowski, P. Juchacz, K. M. Cern (eds.), *Legal Rules, Moral Norms and Democratic Principles*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2013, p. 138]. Importa lembrar aqui que nesta significativa passagem sobre os *casos difíceis* (que só pude ler em segunda mão, através da pormenorizada reconstituição de Sykuna & Zajadlo) se trata de conjugar este critério (de identificação) *substantivo* com outros três critérios (ditos *institucional*, *institucional-factual* e *teorético*).

¹⁶² Para uma autonomização da modalidade de *transformação* (entre proposições não equivalentes) que deveremos associar aos *casos difíceis* — precisamente aquela que exige que o julgador *construa* um critério-regra a partir dos argumentos que as «fontes» do direito lhe proporcionam (*the seventh non-equivalent transformation, from valid sources of the law to non-written valid legal rules for hard cases*) —, ver Peczenik, «Non-equivalent Transformations and the Law», cit., pp. 168-169 (7.). Voltaremos já a seguir a esta assunção aproblemática da exigência de pensar (se não de «falar») através de normas segundo um esquema geral-abstrato/ singular-concreto: «Since such rules come to existence only when the judges etc mention them, and have not existed one second before, the judges etc in fact do not speak *about* legal rules but they speak *in* legal rules, they create them...» (*Ibidem*, p. 168).

¹⁶³ Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, cit., p. 229 (5.). «I think that this approach to legal justificatory reasoning can be presented in the formulas I have constructed in my analysis, or in the way that the argumentative-rhetorical approach uses...» (*Ibidem*).

por consistência (it [deals] (...) with the correct relation of the permises with the decision — according to the rules of justificatory reasoning used¹⁶⁴).

2.2.1.1.2. A primazia do discurso teórico: o *complex decisional syllogism* como núcleo de referência da *justificação interna*

Esta compossibilidade de base entre *justificação interna* e *argumentação não dedutiva* (com a abertura que permite) corresponde, no entanto, apenas a uma das faces do desafio de Wróblewski. A outra face, sem pôr em causa a primeira (mas condicionando decisivamente o sentido e a conformação da sua abertura), essa permite-nos em contrapartida reconhecer no esquema silogístico — não decerto na tradução redutora do *silogismo de subsunção* defendida pela perspectiva tradicional (*simple decisional syllogism*), mas numa representação analiticamente complexa (*complex decisional syllogism*), na qual aquele silogismo se combina com um outro, dito de «escolha de consequências» (*sylogism of the choice of consequences*)¹⁶⁵ — o núcleo de referência (se não o arquétipo) da *justificação interna*: aquele em que a *conclusion-claim* de consistência (entre as premissas e a conclusão) aparece por assim dizer plenamente cumprida (ou pelo menos susceptível de ser plenamente controlada) e que, como tal, se nos imporá sempre — tanto no plano *descritivo* como nos planos *descritivo-postulativo* e *ideológico*¹⁶⁶ — a condicionar a apresentação estrutural das argumentações *não dedutivas*: como se estas, sem prejuízo de se reconhecer a sua importância, devessem invariavelmente ser tratadas como modalidades menos fortes ou menos perfeitas (alimentadas por *regras de inferência* menos rigorosas) — com uma exigência de compossibilidade discursivo-proposicional estabelecida *por defeito*, ou pelo menos em contraponto negativo com uma autêntica *pretensão de necessidade*. Ora este condicionamento estrutural importa-nos menos enquanto impõe aproblematicamente categorias (*premissas, conclusão, consistência*) ou enquanto beneficia

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 311.

¹⁶⁵ O problema é o da escolha das «consequências» *jurídicas* permitidas pela estatuição da premissa maior, escolhas que assim mesmo nos poderão aparecer associadas a diretivas prescritivo-autoritariamente vinculantes, objetivadas numa norma legal (*legally determined complex decisional syllogism*), mas também livres destas diretivas, impondo ao julgador a adoção-aceitação, argumentativamente justificada, de um critério de decisão plausível, iluminado pela *ideology of judicial application (legally undetermined complex decisional syllogism)*: *ibidem*, pp. 200-203.

¹⁶⁶ Para um esclarecimento destes planos, veja-se a «controvérsia acerca do silogismo jurídico»: *ibidem*, pp. 229-232 (3.).

a decisão já previamente obtida (ou já *descoberta*) com uma formalização *ex post facto* (sempre capaz de uma apresentação-racionalização *a posteriori*) do que enquanto priva a exploração das *argumentações não dedutivas* da sua autonomia discursivo-racional, ou pelo menos daquela autonomia que uma autêntica reabilitação do pensamento prático (precipitada no plano da racionalidade comunicativo-prudencial) deveria estar em condições de assegurar. O que, combinado com a assimilação de um modelo epistemológico de *Ratio-Begründung* — e por este enquanto permite remeter todos os elementos espúrios para o terreno heurístico da descoberta —, significa afinal manter aporoticamente a primazia do *discurso teórico*. Como se a atenção dispensada à lógica formal, associada à impossibilidade de superar a perspectiva da norma-*rule*, na sua autossubsistência em abstrato¹⁶⁷, impedisse Wróblewski de explorar (na sua identidade autónoma) um autêntico discurso *sujeito/sujeito*. Ou como se ao fim e ao cabo a sua abordagem confirmasse, *malgré elle* — na medida em que reconhece o papel efetivo da argumentação não dedutiva —, o que o Autor expressamente admite em relação aos cultores da *lógica formal* (*the opposition of «formal logic» and «informal logic» is not accepted by those who identify «logic» with «formal logic»*¹⁶⁸).

2.2.1.2. As propostas de *distribuição* de ALEXY e MACCORMICK: um tratamento em *degraus*, a relativização *pragmática* da distinção *fácil/difícil*, o papel decisivo das *razões do sistema*

Admitindo como eixos de reflexão possíveis aqueles que identifiquei atrás, quando me referi por um lado ao desafio-pergunta de Wróblewski e por outro lado à resposta-síntese de Atienza — tendo presente ainda a distribuição que fiz corresponder às duas *faces* daquele desafio [*supra*, 2.2.1.1.1. e 2.2.1.1.2.], se não também já o modo como a referida resposta-síntese, desconsiderando (ou mesmo frustrando) a abertura da primeira destas *faces*, encontra na segunda um suporte possível —, importa esclarecer a posição que, em função tanto

¹⁶⁷ O que a sua proposta da *rule of decision* exemplarmente confirma: «I call a “rule of decision” a rule, which is the premiss from which the decision is inferred» (*Ibidem*, p. 242). Repare-se que a prioridade da perspectiva da norma não é posta em causa (bem pelo contrário!) quando o Autor considera a possibilidade de reconstituir *the rule of decision as the valid legal rule interpreted for a concrete case* (*Ibidem*, pp. 243-244), bem como quando enfrenta o problema dos pré-juízos jurisdicionais (exemplarmente tratados como uma das possibilidades de convocar *the rule of decision as a legal rule interpreted independently of the concrete case*) [*Ibidem*, pp. 244-245].

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 216.

destas duas faces quanto daquele desafio e daquela resposta (ou da sobreposição que esta última ensaia), há que atribuir às propostas maiores de Alexy [2.2.1.2.1.] e de MacCormick [2.2.1.2.2.]. Prevenindo desde já que o que consideraremos nestas propostas será apenas o estritamente indispensável para invocar o «aglomerado» de que partimos e relacionar os três binómios em causa (*casos fáceis / casos difíceis, justificação interna / justificação externa, argumentação dedutivamente válida / argumentação não dedutiva*)¹⁶⁹. Mas também antecipando que... se é certo que, em relação à primeira face do desafio, as *respostas* construídas pelas diversas vozes se nos impõem com *diferenças* significativas, o mesmo já não acontece quanto à segunda [2.2.1.2.3.].

2.2.1.2.1. A distinção *justificação interna/justificação externa* e a cisão metódica entre *subsunção* e *ponderação* (ALEXY)

Começo pelas diferenças de distribuição assumidas pela teoria da argumentação de Alexy. Em relação ao desafio-pergunta de Wróblewski, pode dizer-se que se trata muito claramente de circunscrever o domínio da *justificação interna* juridicamente relevante a uma tematização da «consistência» lógico-dedutiva¹⁷⁰ (*die mit der internen Rechtsfertigung verbundenen Probleme sind unter dem Stichwort «juristischer Syllogismus» vielfach diskutiert werden*¹⁷¹) ... e de, então e assim, considerar que as *formas especiais de argumentação jurídica* (nas quais precisamente se incluem os juízos de analogia e os argumentos *a contrario*, *a fortiori* e *ad absurdum* tratados por Wróblewski) correspondem já inequivocamente a exercícios de *justificação externa* — ou mais rigorosamente, a um dos (seis) tipos possíveis de «formas e regras» mobilizáveis pela *justificação externa*¹⁷² e por esta enquanto «fundamentação»-Be-

¹⁶⁹ Sem esquecer que importa conferir uma atenção especial ao problema dos princípios, se não ao contraponto *normas-regras/normas-princípios*: a sobreposição deste binómio com os três restantes será de resto explícita, ainda que brevemente, autonomizada *infra*, na secção 2.2.2.

¹⁷⁰ Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1978, pp. 273-283.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 273.

¹⁷² Não será preciso lembrar a sequências destes *grupos* (na ordenação que a exposição de Alexy acaba por lhes atribuir e que pressuporemos no texto): (I) regras e formas do discurso prático geral (*Vernunft*) [*Ibidem*, pp. 233-255, 346-348], (II) regras e formas da argumentação empírica (*Empirie*) [*Ibidem*, pp. 285-287], (III) cânones de interpretação da norma legal (*Gesetz*) enquanto regras de construção de argumentos interpretativos (*Die canones der Auslegung*) [*Ibidem*, pp. 288-307], (IV) regras e formas da argumentação dogmática (*Dogmatik*) [*Ibidem*, pp. 307-334], (V) regras gerais da mobilização dos precedentes ou pré-juízos jurisdicionais (*Präjudizien*) [*Ibidem*, pp. 334-341], (VI) formas especiais da argumentação jurídica [*Ibidem*, pp. 341-346]. Ver também o esquema das pp.

gründung (entenda-se. enquanto problematização da correção-*Richtigkeit*¹⁷³) das «premissas» mobilizadas na justificação interna¹⁷⁴.

A nova arrumação traz-nos decerto o contributo apreciável de uma sistematização da *justificação externa* — nas suas possibilidades especificamente jurídicas —, por um lado alargando manifestamente o seu espectro¹⁷⁵, por outro lado acentuando a sua dimensão prático-institucional¹⁷⁶ — esta última não tendo evidentemente que corresponder sempre a uma institucionalização estrita (suportada por uma demarcação formal ou orgânica)... mas mostrando-se-nos já invariavelmente indissociável da *Sonderfallthese* (da compreensão do discurso jurídico como «um caso especial» do discurso prático geral)¹⁷⁷. Com a vantagem clara, para o tema que nos ocupa, de assim se poderem autonomizar (e explorar reflexivamente) *outras* razões sistémico-jurídicas (para além daquelas que o citado *grupo VI* identifica) — o que permite discutir detidamente a *demarcação-classificação* das *proposições* da dogmática doutrinal (constitutivas do *grupo IV*), bem como tematizar a regra do *onus da* (contra-)argumentação (*Argumentationslastregel*) associável aos pré-juízos jurisdicionais (integrantes do *grupo V*)¹⁷⁸. Tal mobilização explícita de uma experiência de institucionalização (indissociável por seu turno da consideração do sistema jurídico e da discussão dos seus degraus de vinculação-vigência) é de resto tanto mais eloquente quanto capaz de estabilizar uma opção classificatória partilhada¹⁷⁹ e de assim mesmo responder às ten-

361 e ss. («Tafel der erarbeiteten Regeln und Formen»).

¹⁷³ *Ibidem*, p. 273.

¹⁷⁴ «Regras do direito positivo», «afirmações empíricas» e *outras premissas*, que «não [serão] nem regras do direito positivo nem afirmações empíricas» (*Ibidem*, p. 283). Reparemos, no entanto, que a *justificação externa* propriamente dita (enquanto exercício argumentativo) se concentra decisivamente nas últimas (*die weder Regeln des positiven Rechts noch empirische Aussagen sind*) e na operatória que estas autonomamente exigem: *ibidem*, p. 284.

¹⁷⁵ «Dies geschieht in der externen Rechtfertigung, in der alle im juristischen Diskurs zulässigen Argumente möglich sind...» (*Ibidem*, p. 282). Ver também p. 342.

¹⁷⁶ Não é certamente por acaso que Alexy responde ao desafio de Wintgens (de sintetizar o seu próprio contributo no campo da filosofia e da teoria do direito) com um texto intitulado «My Philosophy of Law: the Institutionalisation of Reason», in Wintgens (ed.), *The Law in Philosophical Perspectives*, Law and Philosophy Library, vol. 41, Dordrecht/Boston/London, Kluwer, 1999, pp. 23-45.

¹⁷⁷ Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., pp. 261, 263 e ss.

¹⁷⁸ Para além das pp. da *Theorie der juristischen Argumentation* cit. *supra*, nota 172, ver também (no que diz respeito aos precedentes) Alexy/Dreier, «Precedent in the Federal Republic of Germany», in MacCormick/Summers (ed.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Vermont, Ashgate Publishing Company, 1999, pp. 40-47 (III, «The Rationale of Precedent»).

¹⁷⁹ A propósito da teoria da interpretação (ou mais rigorosamente, da *justification of the interpretative standpoint*) vejam-se as especificações propostas por Aarnio em *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers Group, 1987, pp. 107 e ss., 119-120 e a síntese assumida em «The Procedure of Legal Reasoning», *Essays on the Doctrinal Study of Law*, Dordrecht/Heidelberg, Springer, 2011, pp. 131 e ss., 134-139.

sões (ou de superar as hesitações reflexivas) a que as duas faces do desafio de Wróblewski, *seriously taken*, estarão em condições de nos expor. De responder em que termos? Aparentemente beneficiando da dinâmica da segunda *face* ou aproximando-nos da concentração que esta favorece (com a *justificação interna* a esgotar-se nos problemas do *silogismo jurídico*). Será assim, no entanto? Não contribuirá esta identificação (paradoxalmente embora!) para esvaziar a (ou pelo menos para reduzir o significado da) *justificação interna*? Aparentemente contribui. O que o diagnóstico de Sartor¹⁸⁰ (dirigido em bloco às *teorias da argumentação*¹⁸¹) nos ajuda decerto a compreender. O problema estará menos de resto na tentativa de defender a plausibilidade da justificação dedutiva interna do que nos recursos que esta defesa mobiliza, por um lado à custa de uma delimitação de compartimentos estanques (*internal legal justification is reduced to deduction while external justification is the empire of informal or argumentative justification*), por outro lado preservando uma compreensão limitada dos recursos da lógica formal (*therefore, the role of logic is first limited to the context of justification, and then is further restricted to the internal justification: deduction from a consistent set of legal premises is the only task for formal logic in regard to legal reasoning*)¹⁸². Poder-se-á dizer, com efeito, que o resultado obtido frustra implacavelmente a estratégia de defesa (do «modelo axiomático-dedutivo») que o tornou possível: decerto porque «empurra» o raciocínio jurídico (no seu núcleo mais significativo) para um terreno exterior, inacessível às «competências da lógica», permitindo assim que o discurso lógico-formal passe a desempenhar um «papel negligenciável». O que significa confiar ao discurso especificamente argumentativo (e às soluções relativamente indeterminadas que este forja) a parte de leão... mas também (*et pour cause!*) autorizar consensos inesperados com as teorias da argumentação *hostis* à lógica formal (e à preservação-reinvenção do silogismo normativo) — a começar decerto por aquelas que a *Nouvelle rhétorique* representa!¹⁸³ Como se se tratasse afinal de reconhecer (dizendo-o agora

¹⁸⁰ Giovanni Sartor, *Legal Reasoning: a Cognitive Approach to the Law* (vol. 5 de Pattaro, ed., *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*), Dordrecht/ Heidelberg/..., Springer, 2005, pp. 389 e ss. («Deduction and Formal Logic in Legal Reasoning»).

¹⁸¹ Ou a estas enquanto delimitam o papel da lógica à custa das distinções *descoberta/justificação, justificação interna/justificação externa* — a expressão *second order justification*, usada por Sartor enquanto possível sinónimo da *justificação externa* (equiparação que veremos discutível!), mobiliza, como se sabe, a terminologia consagrada por MacCormick (ver *infra* notas 228 e ss.).

¹⁸² *Ibidem*, pp. 401-401.

¹⁸³ «[L]imiting logic to internal deductive justification has the effect of pushing all most significant aspects of legal reasoning outside the competence of logic, in the undetermined domain of second order justification. So, it is no surprise that even the most radical adversaries of formal logic reasoning could agree with this approach, which allows to separate formal logic (having a negligible role) from

com Wróblewski... e com Wróblewski dirigindo-se precisamente a Perelman) que, na perspectiva de um tal *informal reasoning* (ou do predomínio deste), o «conteúdo da decisão» há de depender menos da relação de inferência que justifica a conclusão a partir das premissas do que da obtenção e determinação (pragmático-argumentativamente sustentada) destas últimas (*the interrelation between premisses and conclusion is not relevant for the content of decision which depends on the premisses and not on trivial justificatory inferences*¹⁸⁴) — o que condena o silogismo subsuntivo ao papel (relativamente *trivial*) de uma *reexposição* racionalizadora (apenas mobilizável *a posteriori*¹⁸⁵).

Será assim, no entanto? Repetir esta pergunta poderá ter sentido, uma vez que o texto fundador de Alexy nos fornece várias oportunidades (explícitas ou implícitas) de estabelecer um *contraditório* logrado com este diagnóstico. Oportunidades que nos importam menos em si mesmas do que pelo esclarecimento que permitem quanto ao tratamento argumentativo dos *casos difíceis...* e isto na medida em que, contra a aparente separação em compartimentos estanques (exemplarmente acentuada pelo diagnóstico de Sartor), tais oportunidades aparecem antes e em contrapartida a mostrar que as distribuições exigidas pela reflexão proposta só farão plenamente sentido se explorarem diversas possibilidades de *continuum*.

the theory of informal legal argumentation. In such a perspective the theory of legal argumentation rather than formal logic becomes the only significant methodology of legal reasoning... » (*Ibidem*, p. 402). Esta crítica de Sartor abre com efeito uma porta (que não podemos evidentemente explorar aqui), na qual ele assume a *alternativa* por excelência (*legal logic beyond deduction*): aquela que, ao reconhecer os limites da lógica clássica em geral e da *dedução* em particular, se propõe explorar as possibilidades de outras operatórias lógico-formais (*embedded into common sense ways of reasoning*), operatórias essas que, ao permitirem explorar as atitudes associadas aos chamados *estados conativos* (*likings or preferences, desires or goals, intentions, wants*) como se fossem autênticos *estados epistémicos* — ao estarem nomeadamente em condições de reconduzir a um esquema analítico-formal os problemas suscitados pela *inferência teleológica* — hão de por sua vez servir para fornecer «uma análise estrutural satisfatória» dos discursos juridicamente relevantes e dos seus *noemata*, bem como dos problemas da *vinculação normativa* e da *intencionalidade coletiva* (análise que culmina num «modelo lógico das fontes do direito» e numa investigação detida do processo de construção das «teorias», na sua relação com os «casos»). O que para Sartor muito claramente significa assumir o desafio de uma *doxificação do discurso prático* (*allowing one to use the methods that are available for epistemic reasoning also within practical reasoning*) [*Ibidem*, pp. 17 e ss. («Basic Conative States»), 31 e ss. («The Function of Intentions»), 87-119 («The Doxification of Practical Reasoning»), 403-404 («Legal Logic Beyond Deduction»), 637 e ss. («Normative Texts and Sources of Law»), 735 e ss. («Cases and Theory Construction»): «An important step for bridging the gap between general practical reasoning and legal reasoning has consisted in our analysis of doxification: Practical reasoning originate corresponding beliefs, which can legitimately be processed according to epistemic reasoning...» (*Ibidem*, p. 791).

¹⁸⁴ Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, cit., p. 229.

¹⁸⁵ Assim expressamente Aarnio, «The Procedure of Legal Reasoning», *Essays on the Doctrinal Study of Law*, cit., p. 134: «Syllogism as a form of L-rationality is only suitable for *ex post* rationalization of the justificatory procedure...».

α) *Continuum* que se manifesta de imediato no tratamento da *justificação interna...*

α)' Trata-se desde logo de admitir que as inferências autorizadas pela justificação interna possam vir a ser exploradas com outros instrumentos, distintos daqueles que a «lógica tradicional» permite — e de assim mesmo deixar a porta aberta (ainda que apenas deixar a porta aberta!¹⁸⁶) para uma autonomização de *outras* inferências (se não para uma exploração purificada dos *ways of natural reasoning* em que estas se manifestam).

α)'' Trata-se depois de conferir uma produtividade inesperada aos *processos de transformação* (com o alcance global que os vimos assumidos por Wróblewski), encontrando nestes — ou nestes na sua compossibilidade efetiva com um «princípio de justiça formal» (*Universalisierbarkeitsprinzip*) — o estímulo indispensável para construir-reconhecer as estruturas silogísticas mais complexas (e a rede de concretização-especificação de normas em que estas se consomem): o que significa exigir que as equivalências plausíveis entre as proposições envolvidas sejam *normativamente* reguladas (*[i]mmer dann, wenn zweifelhaft ist, ob a ein T oder ein Mⁱ ist, ist ein Regel anzugeben, die diese Frage entscheidet*¹⁸⁷) — de tal modo que algumas das premissas possam ser levadas a sério como *regras* (universalizáveis), delimitadoras das formulações das (ou das possibilidades de formulação oferecidas às) outras premissas (*[d]iese Prämissen lassen sich als Regeln für den Gebrauch der in den vorangegangenen Begründsschritten benutzten Ausdrücken auffassen [,] (...) [s]ie sollen hier (...) als «Wortgebrauchsregeln» bezeichnet werden*¹⁸⁸).

α)''' Trata-se ainda de explicitamente esclarecer (desfazendo um equívoco ao qual a crítica de Sartor não deixa ela própria de ser vulnerável¹⁸⁹) que as premissas mobilizadas pela justificação interna não são (estão significativamente longe de ser) apenas normas legais autoritariamente prescritas ou regras ex-

¹⁸⁶ Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., p.273 e nota 27. «The question of whether standard logic ought to be modified in light of the fact that for resolution of conflicts subsumption at the first level is often not the last word, may remain open here...» (Alexy, «On Balancing and Subsumption: a Structural Comparison», *Ratio Juris*, vo. 16, nº 4, 2003, p. 435).

¹⁸⁷ Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., p. 279.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 278.

¹⁸⁹ Basta ter presente que Sartor define assim a justificação interna: «the derivation of the decision from general legal rules...» (*Legal Reasoning: a Cognitive Approach to the Law*, cit., p. 401)

traídas do direito positivo¹⁹⁰ (*in komplizierten Fällen (...) eine Reihe von Prämissen (...) erforderlich sind, die keinen Gesetz entnommen werden können*¹⁹¹).

α)''' Trata-se por fim de admitir uma interação indispensável entre o contexto de descoberta e o contexto (interno) de justificação, com uma projeção lograda de esquemas de inferência assumidos pelo primeiro na racionalização do *iter* heurístico enfrentado pelo segundo ou pela sua *lógica* especialíssima¹⁹².

β) *Continuum* que se torna, porém especialmente significativo quando se trata de surpreender a dinâmica da *justificação externa*...

β)' Alexy admite, com efeito, que as formas especiais da argumentação jurídica (*grupo VI*) são sempre (e sem exceção) suscetíveis de ser reconduzidas a formas válidas de raciocínio lógico (*alle speziellen juristischen Argumentsformen lassen sich auf gültige logische Schlußformen bringen*¹⁹³). É assim que, por exemplo, se compreende que a *formalização* do esquema da analogia — ou pelo menos a determinação da sua inferência conclusiva (*das juristische Analogieverfahren beendende(n) Schluß*) — possa(m) apresentar-se-nos em termos semelhantes aos da justificação *interna* ou oferecer critérios de *controle* comparáveis (igualmente iluminados por um princípio de universabilidade ou pela tradução nuclearmente normativística deste)¹⁹⁴...

β)'' Mais significativa é porém a defesa de que a *justificação interna* é compatível com o reconhecimento do papel criativo do julgador e com a assimilação de componentes específicas de um decidir jurídico-concreto (ou da perspectiva que estas abrem). Tanto mais que esta compossibilidade é garantida pela *justificação externa*, se não pela dinâmica de «ir e vir» (entre a «norma» e a «descrição da situação de facto») que tal justificação de segunda ordem (ao permitir-produzir uma pluralidade de argumentos não dedutivos), constitutivamente assegura. Com a consequência apreciável de podermos tratar autênticas *premissas-regras da justificação interna* como «resultados» inequívoco-

¹⁹⁰ Ver *supra* nota 174.

¹⁹¹ Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., p. 281

¹⁹² O que para Alexy é decerto uma oportunidade (numa sequência de oportunidades paralelas) de conciliar os contributos de Rödiger e de Kriele! Ver especialmente a *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., pp. 282-283.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 341.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 344.

cos deste *ir-e-vir* ([d]ie in der internen Begründung anzugebenden Regeln, die die Kluft zwischen der Norm und der Beschreibung des Sachverhalts überbrücken, können, wenn man so will, als das Ergebnis des mit dem Bild des Hin- und Herwanderns des Blicks gekennzeichneten Prozessen angesehen werden¹⁹⁵).¹⁹⁶

γ) Sem ficarmos por aqui. A experiência do *intertwinement* entre as duas justificações (manifestando o carácter meramente analítico da *separação* que nos permite caracterizá-las) ganha um sentido muito especial quando, já para além da reconstrução proposta na *Theorie der juristischen Argumentation* — e sem prejuízo da sua diferenciação funcional (inteiramente preservada)! — descobrimos tais justificações metodologicamente reconciliadas numa (ou a partir de uma) «fórmula» única, que se diz (significativamente) *the subsumption formula*. Esta novidade introduzida por Alexy está longe, com efeito, de se nos expor como um mero expediente de arrumação categorial. Defender uma subsunção em dois degraus (*a two-stage conception of subsumption*) e fazer corresponder cada um deles respetivamente à justificação interna (*deduction of the legal judgement from premises, subsumption formula* stricto sensu) e à justificação externa (*justification of the premises used in the internal or first-order justification*)¹⁹⁷ significa na verdade poder reconhecer uma operação básica da «aplicação do direito»... para agora em bloco (e com toda a clareza) a poder distinguir de uma outra «operação», na qual o esquema racional já não se refere à subsunção (mais ou menos complexa) dos *casos-factos* nas normas-regras — ou à defesa das premissas correspondentes (e dos seus jogos de transformação) ... — mas antes a um juízo de ponderação (*Abwägung*¹⁹⁸) orientado por normas-princípios¹⁹⁹. O que nos conduz a uma nova (e mais profunda) divisão-distribuição (sustentada naquela que, em confronto com *the rule construction*, Alexy diz *the principle construction*, se não, explicitamente *the argument of principle*): *rules are norms (...) that enclose a definite ought (...) [and] subsuming is the form how to apply rules[;](...) [p]rinciples, in opposition, enclose an ideal*

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 282.

¹⁹⁶ O que abre a Alexy mais uma oportunidade de conciliar interlocutores dificilmente conciliáveis: refiro-me evidentemente a Engisch, Larenz... e Kriele! Ver especialmente a nota 44 da p. 281.

¹⁹⁷ Alexy, «On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison», *Ratio Juris*, vol. 16 nº 4, pp. 433-449.

¹⁹⁸ *Theorie der Grundrechte* (1985), Frankfurt, Suhrkamp Verlag, 2ª ed., 1994, pp.143 e ss. («Das Konzept der Abwägung»).

¹⁹⁹ Alexy, «On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison», cit., pp. 433-435.

ought (...) [and] their typical form of application is weighing and balancing²⁰⁰. Grande parte da reflexão metodológica desenvolvida por Alexy a partir de *Theorie der Grundrechte* (assumindo explicitamente um *Regel/Prinzipien-Modell*²⁰¹) corresponde, como bem se sabe, a uma tentativa de fornecer a esta ponderação um esquema argumentativo logrado, capaz de mostrar (sem equívocos) a plausibilidade racional do juízo em causa (*the most important of these questions is whether or not balancing is a rational procedure*²⁰²)²⁰³. Ora a procura deste esquema argumentativo (precipitada na tentativa da chamada *weight formula*) não nos oferece apenas uma oportunidade para reconhecer uma nova «tipologia da argumentação»²⁰⁴, expõe-nos muito significativamente à exigência de construir uma *nova* teoria dos princípios *als Optimierungsgebote*²⁰⁵. Uma teoria dos princípios que, ao pretender-se *débil* — ou ao basear-se numa «ordem débil», se não num modelo de «sistema jurídico» com «três níveis» (*normas-princípios/normas-regras/ teoria da argumentação jurídica*)²⁰⁶ —, envolve como componente decisiva uma *certa* representação dos *casos difíceis*. *Hard cases (...) are defined by the fact that there are reasons both for and against any resolution under consideration [and] (...) [m]ost of this collision of reasons has to be resolved by means of weighing and balancing*²⁰⁷.

δ) *Casos difíceis* que assim reencontram em pleno as *razões do sistema*? Importa acentuá-lo. Acentuando também que um tal reconhecimento (como que no cume) não impede que as dinâmicas de *continuum* acima evocadas

²⁰⁰ «My Philosophy of Law: the Institutionalisation of Reason», cit., pp. 38-39. «Rules are norms that require something definitively. They are *definitive commands*. Their form of application is subsumption. By contrast, principles are norms requiring that something be realized to the greatest extent possible, given the factual and legal possibilities at hand. Thus, principles are *optimization requirements*. Their form of application is balancing. This norm-theoretic distinction is connected with the interpretation of constitutional rights by way of the thesis that constitutional rights have essentially the character of principles...» («Constitutional Rights and Constitutional Review», conferência de Coimbra 2012, mimeo, p. 2). Ver a tradução portuguesa deste texto incluída no *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXVIII, tomo II, Coimbra 2012, pp. 511 e ss.

²⁰¹ *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 104 e ss. («Drei Modelle»), 117-125 («Das Regel/Prinzipien-Modell»).

²⁰² Alexy, «On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison», cit., p. 433.

²⁰³ Ver especificamente Alexy, «The Construction of Constitutional Rights», *Law & Ethics of Human Rights*, nº 4, 2010, pp. 26 e ss.

²⁰⁴ Neste sentido ver Harm Kloosterhuis, «Towards a Typology of Argumentation Based on Legal Principles», *Cogency*, vol. 3, nº2, 2011, pp. 67-80.

²⁰⁵ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 75 e ss.

²⁰⁶ Ver a síntese proposta em «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica» (conferência de San Sebastián publicada diretamente em castelhano), *Doxa*, número 5, 1988, pp. 139 e ss, 146-148 («Orden débil»), 148-149 («Un modelo de tres niveles del sistema jurídico»).

²⁰⁷ Alexy, «On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison», cit., p. 436.

(entre *justificação interna* e *justificação externa*, mas também entre *justificação* e *descoberta*) se projetem na categoria de inteligibilidade que principalmente nos ocupa. Projetam-se com efeito, não só impedindo uma delimitação *em abstrato* do território dos *casos difíceis*... mas também acentuando o carácter relativo da experiência correspondente (a qual, sem prejuízo de aparecer nuclearmente associada aos problemas da colisão dos princípios, deixa por assim dizer de ficar fechada na operatória da ponderação). Significa isto admitir diversos graus de *komplizierteren Fälle*, inscritos no degrau da justificação das premissas (*[where] all kinds of arguments admissible in legal discourses may be adduced*²⁰⁸) ... mas também nos limites de inteligibilidade da *justificação interna*: são precisamente estas *dificuldades* que põem a nu a insuficiência do esquema mais simples da fundamentação silogística, exigindo as *Wortgebrauchsregeln* a que acima nos referimos (*Solche komplizierteren Fällen liegen z. B. dann vor: (1) wenn ein Norm (...) meherer alternative Tatstandsmerkmale enthält, (2) wenn ihre Anwendung eine Ergänzung durch erläuternde einschränkende oder verweisende Rechtsnormen erfordert, (3) wenn mehrere Rechtsfolgen möglich sind oder (4) wenn die zur Formulierung der Norm benutzten Ausdrücke meherere Interpretationen zulassen*²⁰⁹).

2.2.1.2.2. A distinção «vertical» *argumentação dedutiva /justificação de segunda ordem* e a compossibilidade entre *dedutivismo* e *retórica* (MACCORMICK)

A proposta de MacCormick, também na evolução que lhe pode ser explicitamente reconhecida, confirma e acentua este tratamento em degraus e o carácter pragmaticamente relativo da distinção *casos fáceis /casos difíceis*, bem como uma convocação assumida das *razões sistémicas*.

Em relação à distribuição que nos importa (na sua relevância explicitamente metodológica²¹⁰), a estrutura de base continua a ser aquela que sustenta *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978) — convocada embora à luz das correções

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 435. Ver *supra*, nota 175.

²⁰⁹ Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., p. 276.

²¹⁰ Deixemos de lado a participação decisiva no *debate do positivismo* e, com esta, o contributo não menos precioso de MacCormick nos terrenos da teoria e da filosofia do direito: recorde-se apenas a síntese exemplar do próprio Autor proposta em «My Philosophy of Law», in Wintgens (ed.), *The Law in Philosophical Perspectives*, Law and Philosophy Library, vol. 41, Dordrecht/Boston/ London, Kluwer, 1999, pp. 121 e ss., especialmente a secção 6, pp. 137-142 («Finally: a Personal Agenda for the Philosophy of Law»).

anunciadas no *Foreword* de 1994²¹¹ (se não na perspectiva da *post-positivist institutional theory of law* que nele explicitamente se assume²¹²). O problema do contraponto *casos fáceis / casos difíceis* — não certamente por acaso reformulado como um contraponto entre *casos claros e casos problemáticos* (*clear cases/ problematic (...) or problematized cases*²¹³) — impede-nos no entanto de nos fecharmos nesta primeira versão da *theory of legal reasoning* e de assim ignorarmos os contributos preciosos de uma *segunda* — refiro-me precisamente àquela que, num impressionante *ponto de chegada* (mobilizando-concentrando diversas reflexões entretanto desenvolvidas), *Rhetoric and the Rule of Law* (2005) reexpõe²¹⁴. O que a seguir proponho — circunscrito às exigências temáticas determinadas pelos binómios *em equilíbrio* ou *em sobreposição* no nosso problema — é uma tentativa de sublinhar (a traço grosso) aquilo que, na referida *estrutura de base* — muito especialmente na disseção que autonomiza a *justificação de segunda ordem* (e nos critérios de demarcação que esta postula) —, «sobrevive» com êxito às «mudanças de posição» entretanto ensaiadas²¹⁵. Como se, numa palavra, se tratasse de reconduzir estas *changes of mind* (generosamente assumidas como reações a «críticas construtivas») a um estimulante exercício de recomposição ou de reconformação de *velhos odres*: importando-nos menos o esclarecimento detido das diferenças introduzidas pelo *vinho novo* do que o resultado global a que assim se chega... ou este enquanto ilumina a *argumentação* nos chamados *casos problemáticos*.

É assim que se nos impõe começar pela concentração exemplar no problema da justificação ou da *argumentação* como justificação (*[t]here is no need to labour unduly a point often made before about the difference between processes of justification and processes of discovery, [t]he process which is worth*

²¹¹ O «Foreword» escrito para a edição revista de 1994: MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978), 2ª ed. revista, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1994, pp. ix-xvi.

²¹² *Ibidem*, p. xv. Para um desenvolvimento, ver o cap. 1 de *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 2-7 («Institutional Theory») e muito especialmente *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2007, passim.

²¹³ A expressão *clear cases* é já comum em *Legal Reasoning and Legal Theory*. A sua defesa assumida (em contraponto com a formulação *problematic cases*, com consequências que relevam para a reconstituição que proponho), essa impõe-se-nos apenas no capítulo 4 de *Rhetoric and the Rule of Law*, cit., pp. 48 e ss. («Defending Deductivism»), especialmente nas pp. 51-52. «Clear is much preferable to easy, since (...) cases in which no problems of law are raised by anyone can be formidably complex in the concatenations of fact and law involved in them...» (*Ibidem*, p. 51).

²¹⁴ «The present work is a fresh treatment of the theme of good and bad arguments in legal reasoning (...). I certainly stand by the methodology of “rational reconstruction” as I would now describe what I was trying to accomplish in *Legal Reasoning and Legal Theory*...» (*Ibidem*, p. 29).

²¹⁵ Trata-se de parafrasear a conclusão do conhecido «Foreword»: «This book (...) has merits of its own that outlive its author’s changes of mind...» (*Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. xvi).

*studying is the process of argumentation as a process of justification*²¹⁶), se não já na resposta (persistentemente retomada) que concilia a importância da argumentação *não dedutiva* — e a relevância (mas também a «dificuldade» e o «fascínio»²¹⁷) da reflexão que a reconstitui (capaz de iluminar a pergunta *how can decisions be justified when no deductive argument is sufficient to justify them?*²¹⁸) — com a defesa de um *dedutivismo* nuclear: uma defesa que, sendo (cada vez mais) levada a sério numa perspectiva normativo-constitucional (inseparável do «ideal» e dos «valores operativos» da *rule of Law* em geral²¹⁹ e do princípio da separação dos poderes em particular²²⁰), nos autoriza a reconhecer na fórmula $R + F = C$ («regra» mais “factos” igual à “conclusão”») a «verdade essencial» do discurso juridicamente relevante (*[t]he simple but often criticized formula “R + F = C”, or “Rule plus facts yields conclusion” is the essential truth*²²¹)... e assim também a encontrar no silogismo normativo (enquanto mobiliza uma certa conceção hipotético-condicional do critério-*rule*²²²... ou enquanto defende que esta é impossível quer com as prescrições

²¹⁶ *Ibidem*, p. 15. Para um desenvolvimento ver *ibidem*, pp. 13-18 («The Justificatory Function of Legal Argumentation»). A omissão da referência ao contraponto *descoberta / justificação* tem suscitado algumas interrogações aos comentadores de *Rhetoric and the Rule of Law*: ver exemplarmente Torben Spaak, «Deduction, Legal Reasoning, and The Rule of Law», *Constitutional Commentary*, vol. 23, 2006, pp. 101 e ss., pp. 104-107 (II. «Deductive Reasoning»). «In *Legal Reasoning* Mac-Cormick emphasized that he was concerned with the process of justification, not the process of discovery, so one may wonder about his reasons for not stating it clearly that he is still concerned with the process of justification...» (*Ibidem*, p. 105).

²¹⁷ MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. ix.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 53.

²¹⁹ Como o próprio título antecipadamente desvela, o desenvolvimento desta posição, procurando encontrar uma resposta para o contraponto *certeza jurídica / indeterminação* (e para as tensões que o ferem), ou mais rigorosamente, propondo um caminho de *reconciliação* (*a true reconciliability of (...) Rule of Law (...) and rhetoric*), capaz de assimilar outros tantos *competing commonplaces* — precisamente aqueles que podemos associar respetivamente à exigência de formalização das *rules* e *standards* na sua *função de garantia* (*the Rule of Law and the value of legal certainty*) e ao caráter abertamente argumentativo das disputas juridicamente relevantes (*the arguable character of law*) —, é um dos núcleos temáticos principais (se não o núcleo temático por excelência) de *Rhetoric and the Rule of Law*. Ver muito especialmente o cap. 2, pp. 12-31 («The Rule of Law and the Arguable Character of Law»), e o cap.13, pp. 254-280 («Judging Mistakenly?»). «[T]he apparent antithesis between the arguable character of law and the ideal of legal certainty implicit in the Rule of Law may be a resolvable tension. (...) Taking practical reasoning and legal argumentation seriously does not weaken one’s respect for the Rule of Law; it enhances it...» (*Ibidem*, pp. 254, 280).

²²⁰ Para além das conhecidas páginas de *Legal Reasoning and Legal Theory* dedicadas à função judicial (*the judge’s job*) e ao seu *dever de aplicar* um «direito válido, que possa reconhecer enquanto tal» [*Ibidem*, pp. 53-62 («The Validity Thesis»)], torna-se aqui indispensável a leitura sistemática do cap. 3 de *Institutions of Law*, cit., pp. 39-60 («Law and the Constitutional State»).

²²¹ *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. x.

²²² «Provisions of this kind, especially when specifically enacted by some legislative process, but also when they can be derived in reasonably definite terms from other materials such as precedents, are typically called “rules”, in contradistinction to other kind of norms, such as conventions, standards, values or principles. A legal rule is a normative provision stated in or construed from a recognized legal source that has the form of linking a determinate normative consequence to determinate

legislativas quer com os precedentes judiciais, todos eles suscetíveis de serem tratados como regras²²³) a estrutura-*framework* capaz de conferir aos argumentos mobilizados a sua identidade (autonomamente) *jurídica* (*sylogism* (...) *provides the framework in which the other arguments make sense as legal arguments*²²⁴, *the elements of legal reasoning that are non-deductive (...) come before and after the deductive part, but always focus on it, and are intelligible by virtue of their relation to it*²²⁵).

Dir-se-ia que o programa deste percurso reflexivo — ao prometer-nos reconstituir os «pressupostos» e «limites» da *justificação dedutiva*²²⁶ — corresponde por inteiro ao que dissemos o desafio de Wróblewski (se não mesmo à exigência de concertar ou de reconciliar as suas duas faces). Há, no entanto, importantes diferenças de acentuação, a começar decerto pelo modo como a relação entre as *justificações dedutiva e não dedutiva* se estabelece. Em confronto com as possibilidades da «metáfora» *interior/ exterior* (na sua tradução horizontal) que vimos mobilizada por Wróblewski — e persuasivamente confirmada por Alexy (como também o é por Aarnio e por Peczenik) —, a demarcação cumpre-se agora não só reforçando uma intenção analítica (*não cronológica*²²⁷), mas também e muito especialmente assumindo uma dinâmica *vertical*²²⁸. Não se trata apenas de poder distinguir da *justificação dedutiva* uma *justificação de segunda ordem* (*second-order justification*) — e de o poder fazer sem que haja uma preocupação explícita em qualificar a primeira como *justificação de primeira ordem!*²²⁹

operative facts. It is in the nature of a rule to provide that whenever a certain state of facts obtains, a given normative consequence is to follow therefrom. To put this in a standard form: "Whenever OF then NC"...» (*Rhetoric and the Rule of Law*, cit., p. 24).

²²³ Ver exemplarmente *ibidem*, pp. 43-47 («Common Law Difference?»). «In the nature of the case, the premises of any syllogism we start from in common law adjudication are weaker and more tentative or defeasible than in reasoning with statutes. But it is no less true that we aim towards a concluding syllogism whose premises have the full solidity that a good legal argument can secure...» (*Ibidem*, p. 47).

²²⁴ *Ibidem*, p. 42.

²²⁵ *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. ix.

²²⁶ *Ibidem*, pp. 53-72 («Deductive Justification – Presuppositions and Limits»).

²²⁷ Ver *supra*, texto identificado na nota 225.

²²⁸ O confronto das metáforas *interno/externo, vertical/horizontal* é explicitamente convocado por MacCormick numa entrevista de 2006 a Thomas da Rosa Bustamante, entrevista esta citada por Pedro Navarro Cesar, *O modelo dedutivo na teoria do raciocínio jurídico de Neil MacCormick*, Rio de Janeiro, PUC, Departamento de Direito, 2006 (disponível em http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/biblioteca/php/mostrateses.php?open=1&arqtese=0410800_06_Indice.html), pp. 29-30, nota 71. Diz-nos MacCormick: «I think I agree on this point with Ronald Dworkin that the external metaphor is unhelpful in which it suggests that you move outside of the law...» (*Ibidem*). Seja como for, esta crítica não atinge a proposta de Alexy, a qual, como vimos, acentua o caráter jurídico da justificação externa.

²²⁹ Esta é uma preocupação invariavelmente assumida pelos comentadores e críticos, sobretudo

—, trata-se também muito claramente de admitir que há casos em que se pode ficar pelo primeiro patamar (*it is sometimes possible to justify legal decisions by deductive arguments whose premisses are valid rules of law and propositions of “proven” facts*²³⁰) e outros em que o degrau para o segundo patamar tem que ser vencido (*there is a limited number of ways in which problems can arise that require in-principle non-deductive, that is, rhetorical or persuasive, reasoning to resolve them*²³¹), como se trata também e muito especialmente de reconhecer que a distinção entre estas duas possibilidades (se não situações) metodologicamente relevantes, cumprindo-se embora como uma determinação situada (dependente enquanto tal de uma contextualização pragmática)²³², mobiliza como critério — como *tertium comparationis* — uma tipificação em abstrato dos casos problemáticos ou das insuficiências que os geram. Esta integração em degraus (com o seu *two-level procedure*) ganha em transparência (reforçando o *intertwinement* entre as componentes dos dois degraus) se nos lembrarmos que aquela tipificação dos casos difíceis, ao explorar as dificuldades e dissensos que afectam as premissas, pressupõe geneticamente a estrutura do silogismo... e que se trata assim também de, ao fim e ao cabo, antecipar o modo como a *justificação de segunda ordem* assume constitutivamente uma exigência condutora de universalidade ou de universalização — exigência esta por sua vez sempre normativisticamente pensada e como tal identificada com um *princípio de justiça formal*²³³.

O papel que, nesta dinâmica de integração, desempenha a referida tipificação em abstrato dos *casos problemáticos* — entenda-se, das insuficiências

quando se trata de aproblematicamente identificar a dita *metáfora vertical* com a *metáfora horizontal*... e de assim sobrepor *justificação interna* e *justificação de primeira ordem*, *justificação externa* e *justificação de segunda ordem*! Para esta sobreposição aproblemática contribuem de resto decisivamente abordagens como as de Alexy («On Balancing and Subsumption: a Structural Comparison», cit., p. 435) ou de Neumann [*Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1986, pp. 96 e ss. (5.1. «Die Theorie MacCormicks»)].

²³⁰ MacCormick *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 100. «[G]iven that courts do make “findings of fact” and that those, whether actually correct or not, do count for legal purposes as being true; given that legal rules can (at least can sometimes) be expressed in the form “if *p* than *q*”; and given that it is, at least sometimes, the case that the “facts” found are unequivocal instances of “*p*”; it is therefore sometimes the case that a legal conclusion can be validly derived by deductive logic from the proposition of law and the proposition of fact which serve as premisses; and accordingly a legal decision which gives effect to that legal conclusion is justified by reference to that argument” (*Ibidem*, p. 37).

²³¹ *Rhetoric and the Rule of Law*, cit., p. 43.

²³² Ver *infra*, nesta secção, ponto β).

²³³ *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 73- 99 («The Constraint of Formal Justice»).

que, *in a limited number of ways*²³⁴, geram o movimento entre os dois patamares da *justificação* — exige que nos detenhamos nalgumas das componentes deste movimento (e na leitura que *Rhetoric and the Rule of Law* nos estimula a fazer das suas implicações).

α) Começo pela tipificação enquanto tal e muito especialmente pelo modo como a identificação das *insuficiências* metodologicamente relevantes (*four ways [which] exhaust the possibilities concerning challenges that can be raised in any contested case*²³⁵) se cumpre respeitando a estrutura básica do *silogismo*... e com ela também a das cisões metodicamente conformadoras entre *interpretação* (*em abstrato*) e *aplicação*, *questão-de-facto* e *questão-de-direito* (esta última mantida através dos processos de justificação das coerências respetivamente *narrativa* e *normativa*²³⁶). São estas estruturas (e a herança normativista que preservam) que nos aparecem com efeito a garantir a *juridicidade* dos problemas em causa (entenda-se, a plausibilidade de uma resposta jurídica a estes problemas), bem como a *juridicidade* dos argumentos *não dedutivos* que vamos encontrar no segundo patamar e que assim mesmo sustentam a resposta possível (*but we can run out of rules without running out of the need for legal decision*²³⁷).

O que se compreenderá decerto em duas palavras²³⁸, tendo presente que se trata assim de agrupar os problemas de *interpretação* (*interpretation*) e de *relevância* (*relevancy*) — como problemas que afligem (diferentemente embora) a *premissa maior* do silogismo...

O primeiro associado à indeterminação do critério-*rule* selecionado (*rules can be ambiguous in given contexts*²³⁹), o segundo à de encontrar-selecionar um critério-*rule* possível, quando não diretamente o de reconstruir tal critério a par-

²³⁴ *Rhetoric and the Rule of Law*, cit., p. 43.

²³⁵ *Ibidem*.

²³⁶ Já tratei desenvolvidamente deste confronto — e da polémica com Jackson que lhe está associada, na sua projeção decisiva no problema dos *factos institucionais* (mas também no binómio *justification in easy cases / justification in hard cases*) — em *Entre a narrativa pós-moderna da juridicidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de passagem nos limites da juridicidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 511-514 (nota 1), 516-517 (nota 3), 556 (nota 43), 619-659 (4.4.).

²³⁷ MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 100.

²³⁸ Para um tratamento desenvolvido destes quatro grandes tipos de problemas, é indispensável considerar as versões paralelas propostas em *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 65-72 («The Limits of Deductive Justification»), 87-93 («Problems of proof») 93-97 («“Secondary fact” problems») e *Rhetoric and the Rule of Law*, cit., pp. 39-43 («Law as Interpretative?»), 55-68 (secções 2. e 3.), 70-75 (secções 5., 6 e 7.), 205-213 (secções 2. e 3.), 214-236 («Legal Narratives»), 254-255.

²³⁹ *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 67.

tir de um património de precedentes judiciais (*does the law in any way justify a decision in favour of this party against that party in this context?*²⁴⁰).

Como se trata também de, em contrapartida, agrupar os problemas da *prova* (*proof*) e da *qualificação-classificação-caracterização-avaliação* dos factos (*qualification, classification, characterization, evaluation*) — os quais nos aparecem assim a afectar a (ou a concentrar as dúvidas relativas à) *premissa menor* (*problems concerning «the facts» (...) are about establishing minor premisses*²⁴¹)...

Em termos decerto agora não menos diferenciados, já que o primeiro destes últimos problemas traduz a dificuldade de (com)provar uma *situação de facto* (*no instance of “OF” as alleged (...) has been proven (...) to have existed*) e o segundo a de fazer corresponder tal situação às *qualidades-características* ou aos *conceitos* ou ainda aos *standards valorativos* universal-hipoteticamente previstos (como «factos operativos») no critério-regra (*what has been alleged, whether or not proved, is not properly characterized as an instance of “OF”*)²⁴².

β) As formulações que citei (seleccionadas entre muitas outras possíveis) para identificar os tipos de problemas relativos à *premissa maior* dão-nos a deixa para esclarecer um segundo ponto. Qualquer uma destas formulações reconhece, com efeito, o seu problema (e identifica os *hard cases* que deles resultam) invocando o *contexto* de uma controvérsia singular e concreta²⁴³. O relevo desta invocação impõe-se-nos de resto potenciado pelo reconhecimento (cada vez mais explicitamente assumido) de que a ausência de um *clear dividing* entre casos *claros* e *problemáticos*²⁴⁴ — pela impossibilidade de se defender que certos casos (ou certos tipos de casos) beneficiam «ontologicamente» de uma propriedade de *clareza* (*a kind of «ontological» clarity*²⁴⁵) — há de estar em condições de ser superada (e de obter uma resposta delimitadora)

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 69.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 92.

²⁴² *Rhetoric and the Rule of Law*, cit., p. 43. A identificação de *OF* como «operative facts» (correspondendo à hipótese ou previsão do programa condicional) pode ser adequadamente reconstituída lendo o excerto citado *supra*, na nota 222.

²⁴³ Ver *supra* os textos citados nas notas 239 e 240.

²⁴⁴ «Hitherto, it has been assumed without much argument that there is a relatively simple disjunction as between clear and hard cases. In the former, justification of decisions can be achieved by simple deduction from clear established rules. In the latter (...) we have to have recourse to “second-order justification” (...) But in truth there is no clear dividing line between clear cases and hard cases...» (*Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 197).

²⁴⁵ *Rhetoric and the Rule of Law*, cit., pp. 51-52 (e ainda 265-266).

apenas em contextos de significação e realização pragmaticamente definidos: só uma experiência situada nos permite, com efeito, concluir que um caso é *claro* — e que podemos ficar pelo patamar da justificação dedutiva — ... ou que, pelo contrário, levanta problemas — obrigando-nos a passar ao *outro* patamar e à ordem de justificação que este garante (*whether a case is problematized or not is a pragmatic issue (...) [,l]et us therefore differentiate «clear» from «problematic» cases essentially on this pragmatic basis*²⁴⁶). Se tudo isto é exato, importa no entanto acrescentar que seguir MacCormick é também reconhecer que o significado de uma tal acentuação da singularidade-*especificidade* encontra um limite de *conformação* explícito na própria estrutura do *silogismo* — porventura mais do que um limite, uma condição de juridicidade ou de significado jurídico! —, pelo que tais experiências, aparecendo embora como componentes de determinação-obtenção da premissa maior, acabam por encontrar na premissa menor ou no seu processo de determinação o modelo de compreensão da singularidade-*especificidade* juridicamente relevante de que efetivamente precisam — um modelo que assim as situa no mesmo plano das experiências de singularidade associadas aos *problemas* (ditos) *de facto* (da prova e da qualificação). O que, sem paradoxo, nos permite dizê--las perspectivadas pela proposição hipotético-condicional da premissa maior e pelas possibilidades que, em abstrato, esta autoriza (*cases are won and lost through meticulous care – or its lack – in following through every concept that counts, and testing rigorously for each one what particulars will count as an instance of that concept, [f]or each concept, each universal (...), we have to supply a particular instantiation in the case put forward*²⁴⁷).

γ) A *chave* para compreender esta articulação complexa impõe-se-nos, com efeito, com a mobilização da exigência de *universalidade-universabilidade* e com o modo como esta exigência se apropria constitutivamente da *justificação de segunda ordem*... (a) sem perder *por um lado* o «caráter» que a vincula como que *naturalmente* à *justificação dedutiva* e ao princípio da *justiça formal* (*the idea of applying universalistic rules in particular cases that do instantiate the facts that the rule stipulates as being legally operative*²⁴⁸)... (b) e sem renunciar por outro lado a um compromisso prático (*pós-positivisticamente* concebido!) com o «ideal» da *Rule of Law* em geral²⁴⁹ e com uma «pretensão à correção» em

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 51.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 32.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 254.

²⁴⁹ Na sua «implícita pretensão à justiça», indissociável de *exigências morais* mínimas: ver neste sentido

particular²⁵⁰ (*the kind of reasoning which goes forward in legal decision-making, legal argumentation, and indeed in legal thought in all its forms and levels is (...) a form of practical reasoning (...)[and] all practical reasoning works on the presupposition that there may be some matters about which opinion can be right or wrong (...), [i]t proceeds under a pretention to correctness, an implicit claim to being correct*²⁵¹). Equilíbrio este de resto tanto mais significativo quanto é certo que se trata assim de garantir uma continuidade possível entre uma concepção tradicional da interpretação (fiel à função delimitadora do *elemento gramatical*) e um modelo *declaratório* (*não decisionista*) de *decision-making*..

Permitam-se-me algumas notas, brevíssimas embora, não tanto em relação a cada um destes pontos quanto em relação à unidade em que convergem — na qual encontramos por inteiro as duas principais «revisões» da *theory of legal reasoning* consagradas por *Rhetoric and the Rule of Law*²⁵².

γ) Compreender a *pretensão de universalidade* é, com efeito, antes de mais, insistir na unicidade dos *rulings* juridicamente relevantes (e na unidimensionalidade do sistema de critérios em que se integram), entenda-se, na sua recondução invariável a regras universalmente racionais de *se...então* (*linking a determinate normative consequence to determinate operative facts*²⁵³). Serão critérios-*rulings* neste sentido (o de autênticos *universals*!) as proposições normativas objetivadas nas prescrições legislativas, mas também aquelas que se extraem das *rationes decidendi* dos precedentes jurisdicionais (seja qual for o tipo de vinculação, *formal* ou *presuntiva*, que lhes corresponde)²⁵⁴... ou ainda aquelas que os *statements of principle* consagram — ponto ao qual ainda voltaremos. Como serão certamente ainda critérios-*rulings* (agora já *in action*) — exigindo como tal uma opção que dê prevalência a um deles

especialmente *Institutions of Law*, cit., pp. 274-277 («Law and its Implicit Pretension to Justice»). «[T]here are moral minima that have to be satisfied by anything that one can acknowledge as law...» (*Ibidem*, p.277).

²⁵⁰ Esta ligada à compreensão (assumidamente assimilada de Alexy) do discurso jurídico como discurso prático especial...

²⁵¹ *Rhetoric and the Rule of Law*, cit., p. 277.

²⁵² Neste sentido, cfr. a síntese proposta por Aldo Schiavello, em «*Legal Reasoning and Legal Theory Revised: A Defence of the Original View*», paper apresentado no «symposium» *Legal Reasoning and European Laws: the Perspective of Neil MacCormick* (Firenze, 2010), disponível em <http://www.eui.eu/Documents/MWP/Conferences/NeilMacCormick/PaperSchiavello.pdf>, p. 12 [Uma versão definitiva deste *paper* foi entretanto publicada sob o título «Neil MacCormick's Second Thoughts on *Legal Reasoning and Legal Theory. A Defence of the Original View*», *Ratio Juris*, vol 24, n° 2, 2011, pp. 140-155].

²⁵³ Ver *supra*, texto citado na nota 222.

²⁵⁴ Remeto-me para o desenvolvimento imprescindível proposto por MacCormick (em coautoria com Bankowski, Morawski e Ruiz Miguel) em «Rationales for Precedent», in Neil MacCormick/Robert Summers (ed.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Vermont, Ashgate Publishing Company, 1999, pp. 481-501.

(ou que pelo menos os compossibilite) — as regras universalizáveis que sustentam racionalmente cada uma das *alternativas* abertas pelos *hard cases* (e pelos «desacordos práticos» que os constituem²⁵⁵)... e que de certo modo (precisamente como núcleos ou centros desta *ratio*) passam a identificar as próprias alternativas— ao ponto de devermos concluir que a argumentação *não dedutiva* da *justificação de segunda ordem* tem por propósito *justificar prático-discursivamente* a escolha de um destes *rulings* e esta como componente racionalmente controlável de uma decisão particular (*there are strong reasons of principles why judges in deciding particular cases should act only in accordance with some ruling which covers not only the particular case, but all other possible cases which are like cases just because they would be covered by the same ruling*²⁵⁶).

γ)” Compreender a *pretensão de universalidade* é depois reconhecer o esclarecimento terminológico que (convocando Hare e dialogando com Steven Burton) MacCormick propõe²⁵⁷, distinguindo os binómios *universal / particular, geral / específico*, o primeiro a traduzir «propriedades lógicas» *de tudo ou de nada*, que se «excluem mutuamente» (as exigências ou proposições normativas ou são universais ou não são!), o segundo a opor «propriedades quantitativas» e a admitir assim «diferenças de grau» (as exigências ou proposições normativas podem ser mais ou menos gerais, mais ou menos específicas!)²⁵⁸. Não será preciso acrescentar que tal afinamento categorial se mostra precioso para defender a universalidade dos princípios e das regras jurídicas e simultaneamente admitir que nestes (ou no seu *continuum*) se manifestam decerto degraus de *generalidade / especificidade* distintos, que vão evidentemente dos muito gerais *statements of principle* (*as very general norms*) aos muito mais específicos precedentes judiciais (*as universal specific rules*). Como é ainda decisivo para manter intocada (se não mesmo para poupar a qualquer interpelação crítica) a identidade normativista da *universalidade* e

²⁵⁵ *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 247 e ss.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 83.

²⁵⁷ Os tratamentos propostos em *Legal Reasoning and Legal Theory* [cit., pp. 73 e ss. («The Constraint of Formal Justice»)] e *Rhetoric and the Rule of Law* [cit., pp. 79-100 («Universals and Particulars»)] são uma vez mais convergentes no seu núcleo, com uma vantagem nítida para o segundo no que diz respeito ao rigor categorial: embora já mobilizando a lição de Hare [*Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p.78], a primeira versão da *theory* autoriza com efeito sobreposições entre *logically universal* e *generic* por um lado, *particular* e *specific* por outro lado [ver exemplarmente os textos das pp.78 e 100]... que a segunda concludentemente evita!

²⁵⁸ *Rhetoric and the Rule of Law*, cit., pp. 94-95.

do seu *sempre que* (levada a sério como um «requisito lógico»²⁵⁹)... e assim mesmo encontrar um enquadramento logrado para o problema da *equidade* ou da *decisão equitativa*²⁶⁰ — aquela que, num degrau máximo de *especificidade*, introduz a exceção, sem deixar por isso de a justificar *universalmente* (*equity cannot be understood (...) as something particular by contrast to the universalizability of justice*²⁶¹).

Um enquadramento tanto mais logrado quanto é certo que (desta vez contra o entendimento do normativismo tradicional!) tal *decisão de equidade* nos aparece livre da sua antinomia com a justiça, assim mesmo protegida na sua inteligibilidade *jurídica* e na sua *comunicabilidade racional* (*it is sometimes said that equity is a matter of deciding each case on its own special merits without regard to general rules or principles (...)[, i]t seems to me that that view is a pure nonsense*²⁶²). Como se a condição a ter em conta no tratamento juridicamente igualitário das situações *particulares* — sem prejuízo da atenção que as suas circunstâncias hão de merecer²⁶³ — se nos impusesse precisamente na (ou com a) possibilidade de reconstituir (e de sustentar racionalmente) proposições de «se...então» (*whenever OF then NC*) — ainda que tal reconstituição (na sua *generalização indutiva*²⁶⁴) se destine muito claramente (como acontece com o julgamento de equidade) a justificar a opção por um tratamento *excepcional* e assim mesmo a estender este tratamento a uma «classe» plausível de situações (*the creation of exceptions (...) for classes of situations to which for good reason the previously declared or enacted law ought not be applied*²⁶⁵).

γ)” Compreender a *pretensão de universalidade* nesta peculiar *tradução normativista* significa ainda reconhecer a sua presença condutora na *justificação de segunda ordem*, não apenas no *final* (quando a opção já foi encontrada e se trata de a apresentar *silogisticamente*), mas também no processo de escolha

²⁵⁹ Atienza, *Las razones del derecho*, cit., p. 142.

²⁶⁰ MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 97-99 («A Final Objection: Equity»)

²⁶¹ *Ibidem*, p. 98.

²⁶² *Ibidem*, p. 97.

²⁶³ A experiência destas circunstâncias *as particulars* é sempre indispensável para chegar às diversas alternativas, para reconstituir os seus contextos de realização e para obter as informações que permitam argumentar persuasivamente em favor de cada uma delas. Cfr. neste sentido a «Introduction» do capítulo sobre o «universalismo», em *Rhetoric and the Rule of Law*, cit., p. 78.

²⁶⁴ *Ibidem*.

²⁶⁵ *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 98-99.

entre os critérios-*rulings* universais (que rivalizam entre si na relevância para os *particular points*)²⁶⁶... e muito especialmente nos «testes» a que, neste processo, as diversas *alternativas* de decisão dos casos difíceis são submetidas. Será assim sem surpresa quando os *testes* em causa se cumprem mobilizando argumentos ou razões sistémicas (*within the specific context of a functioning legal system*), traduzidas nas pretensões de *consistência* e de *coerência* (*concerned with what makes sense in the legal system*); será assim também (mais inesperadamente) quando os testes prosseguidos invocam a *relação com o mundo* e os efeitos que nele se produzem (*legal decisions must make sense in the world*), levando a sério uma argumentação *consequencialista*²⁶⁷.

Para perceber que assim é — invocando um dos territórios mais frequentados (mais glosados!) — do discurso jurídico contemporâneo, bastam-nos duas palavras:

(a) trata-se, em primeiro lugar, de acentuar o carácter lógico-formal (omnipresente e sem gradações) do argumento de consistência ou deste enquanto tradução, no universo do discurso prático, do princípio da não contradição (*a set of propositions is mutually consistent if each can without contradiction be asserted in conjunction with every other and with their conjunction*²⁶⁸);

(b) trata-se, depois, de autonomizar «testes» de *coerência*, reconhecendo que os resultados destes (em contrastes com os que avaliam a consistência) se exprimem já em degraus (comparando *more or less coherent arguments*), mas reconhecendo sobretudo que os processos em causa se distribuem (com critérios inconfundíveis) pelos territórios da *questão-de-facto* e da *questão-de-direito* — com a coerência *narrativa* a traduzir uma unidade de sentido *diacrónico*-correspondencial alimentada por inferências probabilísticas e por afirmações de explicabilidade causais e motivacionais (*relating with the flux of events in time*)... e com a coerência *normativa* a tematizar a inter-relação *sincrónica* com um sistema de *universais prático-normativos* (princípios e regras *at various levels of generality*), universais estes identificados na sua validade por uma *regra de reconhecimento*, mas nem por isso menos capazes de, no seu conjunto (e na sua relação constitutiva com a *Rule of Law*), configurarem (prossequirem e mesmo amplificarem e

²⁶⁶ «It is true that justifying the particular decision involves assertion of some “universal” ruling relevant to the particular point, then it logically follows that second-order justification is concerned with a choice between such rulings (...). Second-order justification must therefore involving justifying choices (.) between rival possible rulings...» (*Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 101).

²⁶⁷ *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp.101-106.

²⁶⁸ Id., «Coherence in Legal Justification», in Scott Brewer (ed.), *The Philosophy of Legal reasoning*, Harvard, Harvard University, 1998, p. 266.

desenvolverem, graças a novos *rulings*, permitidos pela maior generalidade dos princípios²⁶⁹ e pelos *argumentos de analogia*²⁷⁰) uma *forma de vida* humanamente «satisfatória»²⁷¹ (*to the extent (...) that the rules are, or are treated as being, instances of more general principles, the system acquires a degree of coherence*²⁷²)²⁷³;

(c) trata-se por fim de reconhecer que os próprios «testes» voltados *para o contexto do mundo*, correspondendo inequivocamente a escolhas orientadas por consequências, nos aparecem limitados (circunscritos), nas suas possibilidades, pelos argumentos sistémicos (de consistência e de coerência)²⁷⁴, na mesma medida em que, em relação a estes argumentos, justificam uma intervenção em última instância (*when a case still stands open after such testing for consistency and coherence*²⁷⁵).

O que só se compreende se levarmos a sério um consequencialismo peculiar (em último termo compossível com a postura universalista e com o normativismo que a absorve). Um consequencialismo que invoca a inspiração geral de um utilitarismo *de regras*, em confronto com um utilitarismo *de atos*, e de um utilitarismo *ideal*, em confronto com um utilitarismo *hedonista* (*we are here concerned with an "ideal" version of rule utilitarianism*²⁷⁶)? Bem o sabemos. Só que também um consequencialismo que se especifica reconhecendo que as consequências a ter em conta no universo prático do direito são menos *behavioural consequences* (apenas relevantes em pleno no processo de construção racional das prescrições legislativas) do que implicações lógico-normativas (que

²⁶⁹ *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 107. Vejam-se ainda os significativos desenvolvimentos que, em *Rhetoric and the Rule of Law*, sem porem em causa o carácter principalmente sincrónico da coerência, assimilam componentes diacrónicas associadas à *integrity* (e a esta compreendida em diálogo com Dworkin, a partir da «analogia da *chain novel*»): *Rhetoric and the Rule of Law*, cit., pp. 233-236 («Normative Coherence as Narrative Coherence?»). «Ideally (...), the diachronic normative coherence that integrity demands is coherence across a system which, at each moment in its development ought (...) to exhibit synchronic coherence as a momentary system...» (*Ibidem*, pp. 235-236).

²⁷⁰ *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 119 e ss., 155 e ss., 185-186, *Rhetoric and the Rule of Law*, cit., pp. 129-130.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 193. Ver também Aarnio, *Essays on the Doctrinal Study of Law*, pp. 37-38 («Form of Life»), 42-44 («The Role of the Form of Life»).

²⁷² MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 107.

²⁷³ «The system as a system comprises general rules and norms at various levels of generality (...) [which] are applicable to individual cases by a process that involves (though is never exhausted by) logical subsumption...» (*Rhetoric and the Rule of Law*, cit., p. 236).

²⁷⁴ O que nos permite dizer que os argumentos conformes aos princípios (incluindo os argumentos de analogia) se nos impõem como fronteiras dentro das quais as decisões orientadas por efeitos são normativamente possíveis!

²⁷⁵ *Rhetoric and the Rule of Law*, cit., p. 104.

²⁷⁶ *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 116

poderemos dizer expressivamente *consequências jurídicas*). Para o julgador empenhado no último degrau da *justificação de segunda ordem* não se trata com efeito de prever (probabilisticamente) resultados empíricos (mais ou menos explicitamente associados a cada uma das *particular parties*) mas de considerar «condutas» prático-normativamente possíveis à luz dos critérios-*rulings* rivais²⁷⁷; ou mais rigorosamente, de considerar consequências plausíveis (capazes de distinguir alternativas de decisão) assumindo a perspectiva rigorosa do *status normativo* que os critérios (universais) sistemicamente pressupostos (ou sistemicamente obtidos) lhes conferem (*what I call consequentialist reasoning in law is focused not so much on estimating the probability of behavioral changes, as on possible conduct and its certain normative status in the light of the ruling under scrutiny*²⁷⁸)²⁷⁹. Sem esquecer que esta escolha (orientada por consequências) do *universalized ruling* envolve uma argumentação que, sendo intrinsecamente *avaliativa*, é também, pelo menos em parte, *subjetiva*, entenda-se, susceptível de justificar diferentes *final judgements*... de não menos diferentes juízes²⁸⁰...

γ)''' Para compreender o papel central da teoria dos *casos difíceis* na proposta de MacCormick, impõe-se-nos ainda aludir a um último problema, cuja solução (relativamente complexa) constitui decerto a manifestação mais notável do compromisso entre *formalismo* e *finalismo* que o seu *institucionalismo pós-positivista* pretende assumir. Trata-se de enfrentar o problema da determinação do sentido dos textos *as interpretation in the strict sense*, o que mobiliza de imediato as dúvidas *acerca do sentido* relativas à premissa maior do silogismo e com estas também a tipo de *hard case* que tais dúvidas provocam²⁸¹. É na perspectiva deste *tipo*²⁸² (e com o alcance que já pudemos

²⁷⁷ «[T]he focus of such justification is on the consequences of rival rulings (in the form of universal propositions of law), not on the consequences for the particular parties of the particular decision...» (*Ibidem*, p. 115)

²⁷⁸ *Rhetoric and the Rule of Law*, cit., p. 110.

²⁷⁹ Na síntese lograda de Torben Spaak, «[w]hat is important is the legal qualification of that which may or may not happen, not the likelihood of its happening...» («Guidance and Constraint: the Action-Guiding Capacity of Neil MacCormick's Theory of Legal Reasoning», *Law and Philosophy*, vol. 26, 2007, p. 355)

²⁸⁰ MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 105-106.

²⁸¹ *Rhetoric and the Rule of Law*, cit., pp.121-142 («Arguing about Interpretation»). Este capítulo indispensável retoma, com uma concentração e apuramento terminológico visíveis, o percurso pela *second order justification* já assumido em *Legal Reasoning and Legal Theory*.

²⁸² Sem prejuízo embora de considerar também as questões interpretativas postas pelos outros problemas, muito especialmente pelo problema da qualificação: ver especialmente *Rhetoric and the Rule of Law*, cit., pp. 123-124, 141-142.

evocar) que se compreende, com efeito, por um lado, a conciliação da interpretação *em abstracto* com a atenção ao contexto singular (*disputes may always arise concerning the proper meaning to be ascribed to the text, both in general terms and with particular regard to particular situations*), por outro lado a resposta ao problema do texto-objeto, com uma representação do *texto* que se objetiva modelarmente na prescrição legislativa, mas que não deixa por isso de se estender a todo e qualquer critério-*ruling* universalmente pressuposto ou universalmente obtido (*rules, principles, standards, individual decisions, and other individual norms*)²⁸³.

A solução a ter em conta cumpre-se, na verdade, em primeiro lugar, associando à interpretação legislativa e constitucional (ou ao modelo que estas definem) uma «máxima» (se não *Golden Rule*) de hierarquização-*ranking* de possíveis argumentos interpretativos²⁸⁴: hierarquização esta com uma sequência que, sem surpresa, nos faz passar dos (delimitadores) argumentos linguístico-literais — sustentados nas «convenções sintáticas e semânticas» da «linguagem ordinária» ou da «linguagem técnica» em que «o texto foi formulado»²⁸⁵ — para os «argumentos sistémicos» — nos quais, entre outros, se incluem os *arguments from precedent, from analogy, from general principles, from history*²⁸⁶ —... e só depois (se persistirem ainda dúvidas)²⁸⁷ para os argumentos teleológico-avaliativos — estes enquanto *local manifestations*, concentradas no plano da *statutory interpretation* (ou do seu *Zweckprogramm*), da argumentação consequencialista de que falámos (assumida, precisamente em última instância, pela *justificação de segundo grau*²⁸⁸)²⁸⁹.

²⁸³ *Rhetoric and the Rule of Law*, cit., p. 122.

²⁸⁴ “[I]t is not really a rule. It is better considered as a maxim of practical interpretative wisdom, indicating how the various types of argument may be handled in cases of real interpretative difficulty arising from conflicts among relevant elements...” (*Rhetoric and the Rule of Law*, cit., p. 139).

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 126.

²⁸⁶ *Ibidem*, pp. 127-132.

²⁸⁷ Os apelos à *intentio auctoris* (nos quais a teoria tradicional baseia a sua opção subjetivista) aparecem, segundo MacCormick a constituir um tipo de argumento transcategorial, capaz de diversas acentuações e assim mesmo susceptível de se relacionar com (e de se integrar nas) outras três categorias de argumentos (linguística, sistémica e teleológica): *ibidem*, pp. 124-125.

²⁸⁸ E assim suscetível de ser convocada para todos os *universals* prático-normativos: neste sentido ver *Rhetoric and the Rule of Law*, cit., p. 134. «Whereas MacCormick asks the judge to choose the universalized ruling that yields the best consequences on the whole, the teleological approach asks the judge to choose the universalized ruling that yields the best consequences in light of the statutory purpose. The consequentialist argument is thus essentially a moral argument, which is less determinate than the teleological argument...» (Torben Spaak, «Deduction, Legal Reasoning, and The Rule of Law», *Constitutional Commentary*, vol. 23, cit., p.113).

²⁸⁹ «If there is some interpretation that is clearly favoured by a reading of the text in the light of syntactic or semantic conventions of ordinary language (or special registers in special settings), and if this is confirmed by a reeding of the text in its whole systemic context, there is no need for

Sendo certo que só a corroboração (teleologicamente sustentada) do «absurdo» que se produz em certas circunstâncias (não obstante a mobilização concertada ou sobreposta dos argumentos linguístico e sistemático) — ora deste «absurdo» enquanto «conflito» com a «justiça» ou outro valor jurídico... mas também com os fins adequadamente sustentados pelas boas políticas públicas! — permitirá, ao fim e ao cabo, superar o *constrangimento* (mais ou menos sistemicamente contextualizado) do elemento gramatical²⁹⁰...

Mais relevante para o nosso problema é no entanto um segundo aspecto desta *solução*, no qual o enquadramento a ter em conta é já diretamente o da realização jurisdicional do direito exposta ao desafio dos casos difíceis — e esta muito especialmente experimentada a partir do problema dos precedentes judiciais e da *declaratory theory* que alimenta a sua presunção de vigência (*the declaratory theory presupposes that there is some way of achieving a right answer (...) [,] not because there is in existence some item of law that can be «read off», so to speak, but because appropriate arguments applied to the established body of law can persuasively establish one conclusion on the given problem as more acceptable than any other*²⁹¹). A consideração das possibilidades desta *teoria* e, muito especialmente, a rejeição da alternativa, identificada com uma opção *decisionista*, se não com a defesa da infalibilidade dos juízes²⁹² (*rightness lies in the decision by the person with authority to decide*²⁹³), impõem a MacCormick uma revisão muito significativa do modelo de *discricionariedade* (nem «forte», nem «fraca») que (invocando o «espaço ineliminável do desacordo prático») sustentara (*versus* Dworkin) em *Legal Reasoning and Legal Theory*²⁹⁴ — uma revisão que, sem o levar a alterar o esquema metódico proposto para o patamar da *second-order justification* (e a sequência de argumentos que o traduz, na sua relação estruturante com o silogismo subsuntivo), o autoriza precisamente a aproximar-se de Alexy...

recourse to further evaluative or teleological arguments...» (*Rhetoric and the Rule of Law*, cit., p. 138)

²⁹⁰ *Ibidem*, pp. 138-139.

²⁹¹ *Ibidem*, pp.265-266.

²⁹² *Ibidem*, p. 276

²⁹³ *Ibidem*, p. 275.

²⁹⁴ «I certainly agree (...) that judges do not have “strong” discretion (...), [!]et us not suppose that the only possible alternative to that is to say that judges only have discretion in Dworkin’s “weak” sense...» (*Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 249-250).

(a)... desde logo para admitir a inseparabilidade entre a «ideia» da *Rule of Law* e a pretensão de (ou à) *correção (claim to correctness)*²⁹⁵,

(b) depois para, na relação com as alternativas de decisão plausíveis, defender um processo de determinação *em degraus* — capaz de sucessivamente explorar as possibilidades do *discurso jurídico* como *discurso prático especial (specifically legal reasoning)*, do *discurso prático geral (general practical reasoning as common sense of the reasonable)* e (só no limite) da decisão-*voluntas* como causa de si própria (*the authority of an authoritative opinion*), nem por isso menos suscetível de ser discutida e corrigida²⁹⁶—,

(c) enfim, *last but not least*, para acolher uma tradução (puramente) *regulativa* da tese da *única resposta* e exigir que os julgadores — mesmo quando (ou sobretudo quando) enfrentam casos difíceis (sem qualquer garantia embora de que *não cheguem* a uma pluralidade de respostas discursivamente possíveis²⁹⁷...) — possam ser prático-normativamente conduzidos por esta intenção regulativa e pela procura que a projeta (*this means that in hard cases too the judges' task is to discover the correct answer*²⁹⁸).

2.2.1.2.3. Divergências e convergências relevantes

Este *excurso* pelas propostas de Alexy e de MacCormick é decerto suficiente para surpreendermos diferenças de distribuição apreciáveis²⁹⁹...

Não só aquelas que resultam da fidelidade do primeiro à «metáfora» *interno /externo* consagrada por Wróblewski, mas também e muito especialmente aquelas que dizem respeito à relação entre argumentos sistémicos e argumentos teleológico-consequenciais. Com Alexy a contrapor *subsunção* e *ponderação* — a inscrever nas possibilidades da *primeira* os problemas da justificação

²⁹⁵ *Rhetoric and the Rule of Law*, cit., pp. 277-278.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 279.

²⁹⁷ «There can be inconclusiveness not because reasonableness and rightness cannot be objective, but because it can be actually inconclusive between rival opinions...» (*Ibidem*, p. 278).

²⁹⁸ Para o dizermos com o Aldo Schiavello, sem podermos acolher embora o *pathos* de transformação que, na sua reconstrução do pensamento de MacCormick, atribui à inflexão de *Rhetoric and the Rule of Law* (inflexão esta de que se distancia, numa defesa assumida da superioridade das soluções propostas em *Legal Reasoning and Legal Theory*): Aldo Schiavello, «*Legal Reasoning and Legal Theory Revised: A Defence of the Original View*», cit., p. 12.

²⁹⁹ Outras seriam ainda seguramente reconstituídas se admitíssemos alargar o espectro dos interlocutores a ter em conta.

interna e externa, na mesma medida em que autonomiza plenamente a segunda... — e com MacCormick a assumir dois degraus sucessivos da *justificação de segunda ordem* — e a exigir assim que, em contraste com uma *ponderação* autónoma, livre da distribuição imposta pelas premissas da dedução, os argumentos consequencialistas preservem a sua conexão estruturante com o modelo do silogismo...

Este *excurso* é, no entanto, também indispensável para reconhecermos *convergências* e identificarmos um território partilhado. Em relação ao «aglomerado» de pressupostos que nos ocupa e aos binómios que os equilibram, tais convergências correspondem certamente a três planos principais (planos que fomos encontrando, mas que agora importará distinguir). Refiro-me (a) à identificação do discurso jurídico com um discurso prático especial, (b) à pretensão de reconhecer neste (enquanto discurso *argumentativo*) uma *terceira via* — capaz de rejeitar pretensões de racionalização integral, vinculadas a um qualquer *ultrarracionalismo*, e opções decisionistas, iluminadas pela equivalência das alternativas —, (c) *last but not least*, ao reconhecimento de que a especialidade-especificidade jurídicas desta *argumentação* (capaz assim mesmo de a distinguir de outras práticas argumentativas) encontra a sua condição de sentido numa relação estruturante com as possibilidades de distribuição do silogismo normativo — relação decerto com significados e extensões diversas, mas que passará sempre pela *perspetiva* garantida pela premissa maior ou por esta enquanto paradigma da *universalidade* exigida pelo direito.

Não será preciso acentuar a *sveltezza* de uma tal condição de terceira via: capaz de (pela negativa) conjugar-concentrar na linha «decisionista» um *continuum* de riscos diversos (que poderão ir da pura afirmação da *voluntas* às seduções de uma semiose ilimitada), mas não menos capaz de submeter os oponentes ultrarracionalistas a máscaras distintas (e incompatíveis entre si), máscaras que correspondem quer ao estrito método da aplicação (na sua prescritividade *formalista*), quer à radicalização da tese da resposta única (enquanto supressão do «desacordo prático»)³⁰⁰. Mais relevantes são decerto as consequências que, para a conformação da pretendida *via di mezzo*, se retiram destes exercícios de

³⁰⁰ «For all this, it must be conceded that in many hard cases, in which interpretation based on logic and analysis “is not sufficient”, and in which one does not wish to apply relativistic (to a greater or lesser degree) hermeneutics, the only method that guarantees certainty and objectivity is argumentation. It is, in our view, one of the most important methodological alternatives for humanities as a whole and (above all) for jurisprudence...» (Jerzy Stelmach/ Bartosz Brożek, *Methods of Legal Reasoning*, Dordrecht, Springer Verlag, 2006, p. 113).

rejeição plurilocalizados: refiro-me à contextualização pragmática da distinção *casos fáceis/casos difíceis* (*casos claros / casos problemáticos*) e ao *continuum* que, no horizonte deste mesmo contexto, importa estabelecer entre a determinação (interpretativa) da demarcação em causa e o tratamento juridicamente relevante do segundo tipo de casos, mas refiro-me ainda às condições de assimilação quer da *one right answer thesis*, quer do dedutivismo formalista, nos termos exemplares que já pudemos suficientemente acentuar — com esta tese a poder impor-se-nos apenas como intenção regulativa (orientadora da procura do julgador) e com o dedutivismo a sobreviver como padrão de distribuição e de relevância jurídicas, na mesma medida em que se mostra compossível com intervenções explícitas da *viragem finalista*. Compossibilidade esta não menos exemplar, já que, independentemente de o enquadramento *universalizante* (justificado pela referência à norma-*ratio*) actuar *como uma intenção conformadora* (a determinar todos os patamares) ou *como um limite* (a abrir e a *circumscrever* patamares autónomos), o conteúdo assimilado nos restitui invariavelmente para um teleologismo pragmático-empírico (não «deontológico») e para as exigências de maximização (ou pelo menos de ordenação transitiva das preferências) que a sua justificação autoriza³⁰¹. Como se a argumentação juridicamente relevante (não certamente por acaso ou como produto de uma contingência histórica mais ou menos superável, mas como pressuposto desta relevância e dos traços que *categorialmente* a identificam³⁰²) se visse enfim constitutivamente condicionada por *conclusions-claims* que, embora contrárias, se inscrevem aproblematicamente no eixo *episteme-techné* (tanto nas suas determinações analíticas como nas suas implicações hipotético-explicativas). Mas então também como se este condicionamento impedisse a argumentação em causa de assumir em pleno um pensamento prático *sujeito/ sujeito* — e os desafios de superação da racionalidade lógico-dedutiva abertos pelas propostas fundadoras de Viehweg, Perelman e Toulmin³⁰³. O que não só nos autoriza a perceber as críticas invariavelmente dirigidas a estas propostas, mas também

³⁰¹ Invoque-se neste sentido a conhecida crítica de Habermas a Alexy: «Anhang zu “Faktizität und Geltung”: Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardoso Law School», *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt, Suhrkamp Verlag, 1996, cit. na edição de bolso de 1999, pp. 366-370.

³⁰² Tudo isto numa persistência aproblemática do tema do *conceito de direito*, persistência a que me referi detidamente em *O direito como mundo prático autónomo: “equivocos” e possibilidades*, cit., pp. 17 (notas 30-31), 62 e ss., 74 e ss., 83 e ss., 104 e ss. 116 e ss. 120 e ss., 166 e ss.

³⁰³ Para uma alusão pertinente (e insuspeita!) ao *non-deductive account of legal reasoning* assumido por Viehweg, Perelman e Toulmin («affirming that the logical approach is inadequate in the legal domain, even when its preconditions hold, to wit, when pre-established standards, sufficient for deriving a legal conclusion for the case at hand, are available...»), ver exemplarmente Sartor, *Legal Reasoning: a Cognitive Approach to the Law*, cit., pp. 398-401.

a tendência para esgotar as possibilidades da argumentação *não dedutiva* nos núcleos de inteligibilidade fornecidos pela justificação *indutiva* e *abdutiva*, com um tratamento exemplarmente redutor do discurso *retórico* (mas também do discurso *dialéctico*)... e ainda (*et pour cause*) com um esvaziamento horizontal das possibilidades do discurso *analógico* (possibilidades que diríamos distribuídas pelos candidatos positivos da *dedução*, da *indução* e da *abdução*)...

2.2.2. Casos *difíceis* e argumentos *baseados em princípios*

Partimos de um *cluster* em que mobilizámos como elementos nucleares os binómios *casos fáceis / casos difíceis*, *justificação interna /justificação externa*, *argumentação dedutivamente válida / argumentação não dedutiva* (os dois últimos de resto na perspetiva do primeiro ou em função do esclarecimento que lhe proporcionam). Vimos em que termos a sua sobreposição plena (consagrada pela síntese de Atienza) foi sendo desafiada por outros binómios, alguns deles a exporem-se-nos como correções daqueles ou dos seus modos de equilíbrio (*casos claros/ casos problemáticos*, *justificação de primeira ordem/ justificação de segunda ordem*³⁰⁴), outros a sustentarem enquadramentos mais amplos (*subsunção/ponderação*). Pudemos ainda experimentar algumas implicações destes desafios, suscetíveis de questionar o êxito da sobreposição enquanto tal, mas também de fragilizar o equilíbrio (e no limite de perverter a dinâmica) da conjugação que a sustenta. A última questão (não certamente por acaso) concentra-nos numa componente do *cluster* até agora deliberadamente não explorada: a dos *princípios*, ou mais rigorosamente, a dos *argumentos baseados em princípios*. Duas palavras nos bastam para esboçar um percurso paralelo (circunscrito aos mesmos interlocutores).

2.2.2.1. ALEXY *versus* MACCORMICK

Trata-se, com efeito, de nuclearmente reconhecermos as *diferenças*. Diferenças que dizem respeito à conceção dos princípios — ou mais

³⁰⁴ Aos quais poderíamos acrescentar o binómio *L(logical)-rationality/ D(discursive)-rationality* (na sua especificação do contraponto *internal justification /external justification*), tal como o vemos proposto por Aarnio: ver especialmente *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, D. Reidel Publishing Company, 1987, pp. 188 e ss.

rigorosamente, à tese de demarcação (*forte* ou *fraca*) que nos permite distinguir regras e princípios³⁰⁵ —, mas que dizem também muito especialmente respeito ao modo como os argumentos correspondentes se relacionam com a justificação das decisões relativas aos casos difíceis ou problemáticos.

Com a linha cultivada por Alexy a assumir uma *demarcação forte* e a «diferença qualitativa» que esta exige, na mesma medida em que reconduz o núcleo da reflexão metodológica sobre os princípios (concentrado nos *casos difíceis* de concorrência-*colisão*) ao território da *ponderação*³⁰⁶...

O que significa por sua vez admitir que toda e qualquer colisão entre princípios (levados a sério como *Optimierungsgebote*) pode exprimir-se como uma colisão entre valores (e vice-versa), ou, mais rigorosamente, defender que o problema das relações de *prioridade* entre princípios (na sua inteligibilidade *deontológica*) e o problema de uma hierarquia de *valores* (na sua perspectiva *axiológica*) correspondem nuclearmente um ao outro (*Prinzipien und Werten unterscheiden sich also nur wegen ihres einerseits deontologischen und andererseits axiologischen Charackters*³⁰⁷). Sendo certo que desta correspondência — se não também já do «conteúdo moral» que (sem prejuízo da sua «forma jurídica») distingue a tarefa de «otimização dos princípios» — resulta por sua vez a necessidade de conjugar a exigência de uma demarcação *qualitativa* entre *normas como regras* e *normas como princípios* com a impossibilidade de representar a ordem dos valores juridicamente relevantes como uma «ordem estrita» (uma «ordem» que predeterminasse em abstrato todos os «pesos» e «intensidades de realização», garantindo assim que a cada caso correspondesse apenas uma solução única). O que nos autoriza a partir de uma conceção *forte* da exigência de demarcação *regras / princípios* — com as regras «fechadas» nas alternativas do cumprimento/não cumprimento (e na tipificação exaustiva das suas «exceções») e os princípios a exigirem (na sua relação com as possibilidades jurídicas e fáticas) a «maior medida possível de cumprimento»³⁰⁸ — para, sem paradoxo, chegarmos a uma teoria *débil* dos princípios e a esta iluminada pelo problema da *colisão*: uma teoria *débil* que, ao rejeitar a exclusividade da perspectiva do caso-problema (e o tratamento

³⁰⁵ Para uma sistematização do contraponto entre *strong* e *weak demarcation thesis*, ver exemplarmente o mesmo Aarnio, «Two Types of Norms», *Essays on the Doctrinal Study of Law*, cit., pp. 119-130.

³⁰⁶ Remetemo-nos evidentemente para o desenvolvimento proposto por Alexy no capítulo III da *Theorie der Grundrechte*, cit., pp.71 e ss., sem esquecer a síntese proposta em «Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica» (conferência de San Sebastián publicada em castelhano), *Doxa*, número 5, 1988, pp. 139 e ss., 145 (2.2.2.), 146 e ss. (2.2.4).

³⁰⁷ *Theorie der Grundrechte*, cit., p.133.

³⁰⁸ *Ibidem*, pp.77 e ss. («Prinzipienkollisionen und Regelkonflikte»).

dos princípios como meros *topoi*), se distingue precisamente por disponibilizar um ensemble de recursos sistémicos (e os argumentos racionais que estes provocam) — aqueles que exemplificam condições de prioridade, que estabilizam prioridades *prima facie*, mas também (e muito especialmente) aqueles que generalizam (universalizam) estruturas de ponderação e o princípio da proporcionalidade (se não a *lei de ponderação*) que lhes dá sentido³⁰⁹.

Com a linha exemplificada por MacCormick a persistir na *demarcação fraca* de uma mera «diferença de grau» entre *universais práctico-normativos* (*the principles of a legal system are the conceptualized general norms whereby its functionaries rationalize the rules which belong to the system in virtue of criteria internally observed*³¹⁰), mas também a reconduzir os argumentos correspondentes ao patamar da *justificação de segundo grau* — justificação esta que, na sua tradução horizontal e sem prejuízo do carácter *não dedutivo* dos seus argumentos, Alexy associa, como vimos, ao eixo metódico da *subsunção*!

Importa ter presente que a lição de *Legal Reasoning and Legal Theory* (nuclearmente confirmada pelo percurso posterior)³¹¹ é a de identificar a diferença *quantitativa* dos princípios tanto pelo grau de *generalidade* com que a universalidade da sua *ratio* é assumida quanto pelas *funções* de *explicitação* e de *justificação* que, em relação às (menos *gerais* ou mais *específicas*) normas-regras vigentes, os seus enunciados estão em condições de desempenhar (*when we ask what gives a principle legal quality, we must give the answer in terms of its actual or potential explanatory and justificatory function in relation to law as already established*³¹²). Se esta relação *regras/princípios* se pensa invariavelmente em *continuum* (*sets of rules may be such that they are all consistent with some more general norm, and may therefore be regarded as more specific or “concrete” manifestations of it*³¹³) — assumindo sem reservas a contingência das (ditas) nor-

³⁰⁹ «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», cit., pp. 144 e ss. («Teoría de los principios y única respuesta correcta»).

³¹⁰ MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 155.

³¹¹ MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 152-194 (VII. «The Requirement of “Coherence”: Principles and Analogies»), 229- 246 («Principles and Positivism»), 259 e ss. («Principles and Policies»). Ver também *Rhetoric and the Rule of Law*, cit., pp. 88 e ss. («Universalizing Particulars»), 127 e ss. («Systemic Arguments»), 194- 201 («Principles and Coherence in Justification: Some Examples»), e *Institutions of Law*, cit., pp. 28-30 («Discretion: Values and Principles»), 243 e ss. («Positive Law and Moral Autonomy»).

³¹² *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 238.

³¹³ *Ibidem*, p. 152.

mas *mais gerais* (*the principles can indeed be changed by changing the rules*³¹⁴) e a sua obtenção através das regras *menos gerais* (*principles (...) are not found but made (...), [expressing] the underlying reasons for the specific rules which exist*³¹⁵), bem como a relação indireta daquelas primeiras normas com a *regra de reconhecimento* (*principles belong to the legal system because of their relationship to valid rules*³¹⁶) —, a convergência das funções desempenhadas (*explicitação-justificação*) — pese embora a relativa flexibilidade-variabilidade na construção dos enunciados que (em simultâneo) as cumprem (*there may be more than one set of normative generalizations which can be advanced in rationalization of the rules which «belong» to the system concerning a certain subject matter*³¹⁷) —, essa confere aos princípios a índole de uma concentração-determinação (se não revelação) *teleologicamente* explícita, capaz de iluminar (com êxito) as possibilidades normativas das regras e de reconhecer nestas regras especificações plausíveis de um *fim* ou *fins* desejáveis³¹⁸. Como se objetivar «no princípio *p* a “razão subjacente” da regra *r*, ou das regras *r1*, *r2*, *r3*, etc» significasse, numa palavra, identificar uma *general policy*... e então... não só reconhecer que as regras em causa a introduziram (e que esta é assim mesmo *subjetivamente* imputável aos seus reais *autores*) mas também que o horizonte-património dos *standards-warrants* atualmente vigentes — *objetivamente* invocáveis pelos operadores jurídicos em geral e pelo juiz em particular como «*commonsense*» *values* (*the contemporary standards of received values (...), [] what judges call «common sense»*) — continua a beneficiar tal programa de fins ou as suas intenções com o *reconhecimento de um valor positivo* (*only what is conceived good or desirable can count as a policy whose furtherance by the introduction or maintenance of legal rules can be propounded as the underlying justification and rationalization of the rules in question*)³¹⁹. Ora isto ao ponto de se poder concluir que os princípios jurídicos (e os argumentos que os traduzem) não são senão as expressões normativas (*deontologicamente* determináveis) deste(s) reconhecimento(s) (*to explicate the principles is to rationalize the rules*³²⁰) ou da consagra-

³¹⁴ *Ibidem*, p. 155.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 166.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 235.

³¹⁷ *Ibidem*, pp. 234-235.

³¹⁸ «My opinion is that legal rules (...), singly, or much more commonly, in related groups may be conceived of as tending to secure, or being aimed as securing, some end conceived as valuable, or some general mode of conduct conceived to be desirable: to express the policy of achieving that end, or the desirability of that general mode of conduct, in a general normative statement, is, then, to state the “principle of the law” underlying the rule or rules in question... » (*Ibidem*, p. 156)

³¹⁹ *Ibidem*, pp. 166-167. Ver também (a propósito dos «commonsense» values), pp. 188-189.

³²⁰ *Ibidem*, p. 157.

ção trans-subjetiva que o(s) sustenta (*[n]ormative expressions of the desirability of attaining these policies are statements of principle*³²¹).

Representação esta por sua vez que, não retirando aos princípios a sua força regulativa (*once formulated, such principles provide a permissive ground for further development of law*³²²)³²³, está decerto longe de ser discursivamente negligenciável, por um lado porque permite a MacCormick experimentar *in action* a dinâmica consequencialista e os seus limites — estes dominados pela exigência de universa(bi)lidade racional e pela categoria *norma* que as consagra³²⁴ —, por outro lado porque, não menos eloquentemente — em nome da concertação plausível de *razões de correção* e de *razões de finalidade* (se não de uma aproximação entre *Wert-* e *Zweckrationalitäten*) —, o autoriza ainda³²⁵ a vencer o fosso que separa *principles* e *policies* (*to state a principle is to frame a possible policy-goal*³²⁶, [a] «*policy argument*» *for a given decision is an argument which shows that to decide the case in this way tend to secure a desirable state of affairs*³²⁷, *principles [are not] (...) only concerning rights*³²⁸). Opção que não retira aos princípios a sua identidade *deontológica* imaculada: muito simplesmente porque... se a atribuição às normas-regras de fins desejáveis e valiosos é inequivocamente alimentada pela relação com os valores (e com os *standards* que os traduzem), os enunciados que consagram juridicamente tal atribuição (cuja «observância» nos ajuda a garantir as exigências valorativas correspondentes), esses impõem-se-nos agora invariavelmente como «normas» ou «generalizações normativas», com uma *juridicidade* que resulta tanto da relação com as

³²¹ *Ibidem*, p. 166.

³²² *Ibidem*, p. 160.

³²³ Força meramente regulativa (não constitutiva) que nos autoriza a perceber a sua «concludência» relativamente mais limitada e sobretudo a plausibilidade do seu «afastamento» pelas «regras». «[P]rinciples can never be conclusive in the way (...) mandatory rules may be...» (*Ibidem*, p. 180). «Principles can be excluded from consideration by a decision-maker who is charged with applying rules of absolute application, or limited in effect to a greater or lesser degree in the case of rules of strict application...» (Id., *Institutions of Law*, cit., pp. 29-30).

³²⁴ É evidentemente o compromisso *formalismo/finalismo* (*constraint of formal justice/policy arguments*), o qual, através dos *arguments from general principles*, se reflete agora exemplarmente na própria teoria da interpretação: como se a opção pela interpretação da regra mais em conformidade com o princípio (*Rhetoric and the Rule of Law*, cit., p.130) se cumprisse sempre iluminando uma *policy* e então e assim sobrepondo argumentos dogmáticos e teleológicos — sem esquecer que nos primeiros destes argumentos se sobrepõem por sua vez intenções associáveis quer ao subjetivismo histórico quer ao objetivismo atualista (*Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 166).

³²⁵ *Versus* Dworkin ou pelo menos rejeitando uma «oposição» que entende «artificial» e que é, ao fim e ao cabo, construída *de toutes pièces* pelo binómio *direitos individuais/fins colectivos*: *ibidem*, pp. 263-264.

³²⁶ *Ibidem*, p. 264.

³²⁷ *Ibidem*, p. 263.

³²⁸ *Ibidem*, p. 264.

regras vigentes (e através dela, com a regra de reconhecimento) quanto da *ratio* universal que *normativamente* exprimem ([a]round each (...) [of the values] we are able to cluster some normative generalizations³²⁹). Acentuação tanto mais relevante quanto é certo que nos autoriza a concluir que nem a (maior) indeterminação partilhada com os valores nem a ausência habitual de uma estrutura hipotético-condicional (*se... então /sempre que... então*) condenam a experiência dos princípios, na sua relação com as regras, a uma autêntica demarcação *qualitativa*: se a presença de tal estrutura está longe, só por si, de impor necessariamente uma *all or nothing quality* ou uma *all or nothing applicability to contested cases* (basta pensar no papel que as normas-regras desempenham no argumento de analogia!)³³⁰, a ausência da mesma, habitual nos princípios, deve-se muito simplesmente ao grau de *generalidade* (e de *abstração*) da universalidade racional que os caracteriza³³¹. O qual, reforçado pelo caráter globalmente «disseminado» (*pervasive*) dos valores que normativamente traduzem (válidos-vigentes *in almost all circumstances of life*), torna inútil ou improdutivo (se não redundante) construir-isolar uma hipótese, capaz de antecipar-prever tipos de situação circunscritos (*general principles (...) are norms that bear on decision-making in almost any circumstance, so there is no point in singling out particular circumstances of application*)³³².

2.2.2.2. A *weak thesis* de ATIENZA: o papel da *perspetiva dos princípios* na determinação dos *casos fáceis*

Diferenças a que nos bastaria decerto atender (desde logo pelo espectro de possibilidades que os seus interlocutores-guias exemplarmente polarizam), se não importasse fechar o *arco* que quisemos abrir com a reconstituição de Atienza. E assim mesmo aludir (ainda que apenas aludir!) à *resposta* que este

³²⁹ *Institutions of Law*, cit., p. 29.

³³⁰ *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 155-156, 231-232

³³¹ Lembremos o esclarecimento introduzido em *Rhetoric and the Rule of Law* a propósito dos binómios *universal/particular, geral/específico*: tanto os princípios como as regras, enquanto normas, serão universais, correspondendo a *generalidade/especificidade* a degraus no interior desta universalidade (os princípios são mais gerais do que as regras). Ver *supra*, 2.2.1.2.2. γ)''.

³³² *Institutions of Law*, cit., pp. 28-29 «Since they are, like the values in question, pervasive, we do not normally find it helpful to structure them in accordance with the formula “Whenever OF, the NC”...» (*Ibidem*, p. 29).

propõe. É como se voltássemos a insistir no desafio recorrente do «cluster» *casos fáceis / casos difíceis, justificação interna / justificação externa, argumentação dedutivamente válida / argumentação não dedutiva*, já acrescido dos binómios que o «corrigem» e (ou) amplificam (*casos claros / casos problemáticos, justificação de primeira ordem / justificação de segunda ordem, subsunção / ponderação*), mas agora e por fim para o submeter à perspetiva condutora do outro binómio (até aqui deliberadamente silenciado), precisamente aquele que distingue *regras e princípios*.

O que a resposta de Atienza (aqui sempre com Ruiz Manero³³³) oferece à demarcação em causa é, à partida, uma *weak thesis*, tanto mais explícita quanto disposta a admitir que a pureza deontológica assim reafirmada corresponda sem exceções a uma autêntica unidade estrutural de *se... então (a conditional structure, relating a case (...), [i.e.], a set of conditions of application (...)) [] to a normative solution, (...) [i.e.] a behaviour qualified by the deontic operators of obligation or prohibition*³³⁴. Ao contrário do que acontece com a proposta de MacCormick, a distribuição em degraus está longe, no entanto, de favorecer a sobreposição-convergência dos *principles* e das *policies*. A solução passa, com efeito, antes por uma demarcação no interior dos *princípios*: uma demarcação-classificação que, tanto na «perspetiva da estrutura» propriamente dita quanto na das «razões para a ação» — sem prejuízo embora das zonas de *penumbra* —, nos autoriza a exigir que, ao patamar das normas-regras (ditas, com MacCormick, *mandatory rules*³³⁵), se acrescentem mais dois (ambos de resto a admitirem distintos graus de generalidade ou de indeterminação) — o dos princípios *em sentido estrito (princípios (...)) [en el sentido de] normas que expressam los valores superiores de un ordenamento jurídico, principles in the strict sense* e o dos princípios como *programas de fins (normas programáticas, diretrizes, policies)*³³⁶.

³³³ Manuel Atienza/ Juan Ruiz Manero, «Sobre principios y reglas», *Doxa*, nº 10, pp. 101-120 e «Permissions, Principles and Rights. A Paper On Statements Expressing Constitutional Liberties», *Ratio Juris*, vol. 9, nº 3, 1996, pp. 236-247. Estes dois contributos principais aparecem integrados (e enriquecidos com respostas aos críticos) em *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, que citamos na trad. inglesa *A Theory of Legal Sentences*, Dordrecht, Kluwer, 1998.

³³⁴ «Permissions, Principles and Rights», cit., p. 237.

³³⁵ *Ibidem*. Repare-se de resto que Atienza e Manero mobilizam exemplarmente a formulação *mandatory norms* para identificar o *continuum* regras/princípios sempre que estão em causa *normas que impõem deveres* (em contraponto com as *normas que conferem poderes* e as *normas permissivas*): assim em «Sobre permisos en el derecho», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nºs 15-16, vol. II (1994), pp. 815-844 [p.815 («normas de mandato»)]... e sistematicamente em *A Theory of Legal Sentences*, cit., pp. 1 e ss. («Mandatory Norms: Principles and Rules»). A reflexão que nos importa concentra-se no tratamento do primeiro tipo de normas, pelo que irei prescindir de cruzar este com os restantes.

³³⁶ «Sobre principios y reglas», cit., pp. 105-106, 108-110, «Permissions, Principles and Rights», cit., pp. 237-240, *A Theory of Legal Sentences*, cit., pp. 1-19, 27 e ss.

A gradação cumpre-se de resto insistindo no programa condicional e na permanência extruturante deste (*the difference between rules, principles and policies lies in the way in which both the conditions of application and the prescribed behaviour are shaped*³³⁷):

(a) com as normas-regras a mobilizarem uma hipótese e uma estatuição constitutivamente *fechadas* (*shaped in a closed way*) e a oferecerem «razões perem-tórias» ou «razões protegidas» (de primeira e de segunda ordem) para a ação³³⁸ (*excluding (...) their addressees' own judgement on the balance of relevant reasons as a basis for their behaviour*³³⁹)³⁴⁰;

(b) com os princípios em sentido estrito a fazerem corresponder uma estatuição *fechada* a uma hipótese *aberta* (*the principle in the strict sense (...) shapes in an open way (...) its own conditions of application, but it does determine (...) [i.e.] it shapes in a closed way (...), the pattern of behaviour which is forbidden*³⁴¹)... e a constituírem assim razões apenas de primeira ordem para a ação (*reasons whose strength with regard to other reasons (...) must be weighed up by the addressee*³⁴²), ainda que (muito significativamente!) *razões de correção* ou *rightness reasons*³⁴³ (*a certain pattern of behaviour is commanded to be followed, [reasons] are imposed by themselves (...) [working] as final reasons*³⁴⁴, *in a subject's deliberation rightness reasons operate as ultimate reasons*³⁴⁵);

(c) com as *normas programáticas* ou *policies* a relacionarem enfim uma previsão e uma provisão *abertas* (*the peculiarity of policies is that this kind of guide-*

³³⁷ «Permissions, Principles and Rights», cit., p. 237.

³³⁸ *A Theory of Legal Sentences*, cit., pp. 12-14, 34 e ss. (estas última a propósito da crítica de Peczenik).

³³⁹ «Permissions, Principles and Rights», cit., p. 239.

³⁴⁰ Em *A Theory of Legal Sentences*, Atienza e Manero autonomizam ainda um segundo tipo de regras, que designam precisamente por *regras de fim* (*end rules*). Trata-se de, no território das normas-regras, reconhecer um *pendant* inevitável das *policies* (*policies* que, como já sabemos, integram o território das normas-princípios): o que distingue estas regras das outras regras é precisamente uma qualificação deontica dirigida à prossecução-consumação de um determinado *state of affairs* (e já não de um *comportamento*) [*ibidem*, p. 7] — se quisermos também a ausência (partilhada com as *policies*) de uma determinação-articulação *ex ante* dos interesses em conflito [*ibidem*, pp. 17-18]; o que as distingue das *policies* (garantindo a sua qualificação como *regras*) é por sua vez o modo fechado como estabelecem as suas condições de aplicação, bem como a exigência de atingir em pleno (*fully*) — e não apenas na maior medida possível (*to the greatest possible extent*) — o fim intencionado [*ibidem*, p. 12].

³⁴¹ «Permissions, Principles and Rights», cit., pp. 237-238. «[N]o se trata solo de que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación tengan una periferia mayor o menor de vaguedade, sino de que tales condiciones no se encuentran siquiera genericamente determinadas...» («Sobre principios y reglas», cit., p. 108)

³⁴² «Permissions, Principles and Rights», cit., p. 239.

³⁴³ *A Theory of Legal Sentences*, cit., pp. 15, 24.

³⁴⁴ «Permissions, Principles and Rights», cit., p. 240.

³⁴⁵ *A Theory of Legal Sentences*, cit., p. 15.

*lines shape in an open way both the conditions of application and the prescribed pattern of behaviour*³⁴⁶) ... e a oferecerem por sua vez também razões apenas de primeira ordem, só que agora (*et pour cause!*) razões instrumentais ou estratégicas³⁴⁷ (*reasons of a utilitarian kind*³⁴⁸, *goal or purposive reasons*, [where] *a certain state of affairs is commanded to be achieved, leaving the suitable patterns of behavior unprejudiced*³⁴⁹), limitadas no plano da validade pelas razões de correção dos princípios (*the strategic reasons deriving from policies can and must be evaluated (...) and eventually overridden (...) by reasons of correction deriving from principles in the strict sense, whereas the opposite cannot happen*³⁵⁰). Convergência no programa condicional que assim nos aparece indissociada do modelo de *universalidade/juridicidade* a que acabámos de aludir — um modelo determinado pela pressuposição estruturante do silogismo normativo (se não pela *forma* geradora justificada pela premissa maior)³⁵¹... — e que, neste sentido, reforça (e excede) a representação de MacCormick: não se trata, com efeito, apenas de (*contra* o diagnóstico de improdutividade por este assumido) admitir que a estrutura «se... então» informa sempre os enunciados das normas-princípios (*en nuestra opinión, los principios en sentido estricto pueden formularse siempre como enunciados que correlacionam casos com soluciones*³⁵²), trata-se também de — numa improvável conjugação de *Zweck-* e *Konditional-programme*, se não de diluição dos primeiros nos segundos³⁵³ — impor tal estrutura aos programas de fins e aos *standards* que os iluminam.

³⁴⁶ «Permissions, Principles and Rights», cit., p. 238.

³⁴⁷ «La diferencia, pues, entre un principio en sentido estricto y una directriz, desde la perspectiva desde la que estamos ahora contemplando las normas, parece ser la siguiente: de los principios en sentido estricto cabe decir que son mandatos de optimización únicamente en el sentido de que, al estar configuradas de forma abierta sus condiciones de aplicación, la determinación de su prevalencia o no en un caso individual determinado exige su ponderación, en relación con los factores relevantes que el caso presente, con principios y reglas que jueguen en sentido contrario; pero una vez determinado que en ese caso prevalece el principio, éste exige un cumplimiento pleno. Las directrices, por el contrario, al estipular la obligatoriedad de utilizar medios idóneos para perseguir un determinado fin, dejan también abierto el modelo de conducta prescrito: las directrices sí pueden, en efecto, ser cumplidas en diversos grados...» («Sobre principios y reglas», cit., p. 110).

³⁴⁸ *A Theory of Legal Sentences*, cit., p.24.

³⁴⁹ «Permissions, Principles and Rights», cit., p. 240.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 238.

³⁵¹ *Supra*, nossas pp. 59 e ss.

³⁵² «Sobre principios y reglas», p. 108. «En cuanto la descripción del modelo de conducta calificado deonticamente, [reglas y principios en sentido estricto] (...) presentan un grado de determinación semejante...» (*Ibidem*, p. 109)

³⁵³ Sem que tal diluição comprometa no entanto a especificidade e a prioridade das razões de correção dos princípios na sua relação com as razões estratégicas das *policies*.

O que seria porventura um pormenor (mais ou menos produtivamente mobilizável) ... se não culminasse num esclarecimento significativo do binómio *casos fáceis / casos difíceis*. Este esclarecimento envolve porém a entrada em cena de uma terceira proposta de classificação dos princípios, precisamente aquela que distingue princípios e *policies* «no contexto do sistema primário» (*en cuanto dirigidos a guiar la conducta de la gente que no consiste en el ejercicio de poderes normativos*) e princípios e *policies* «no contexto do sistema secundário» — sistema este último também dito «dos órgãos jurídicos em geral» e «do juiz» em particular (*en cuanto dirigidos a guiar el ejercicio de poderes normativos, [i.e.] (...) la creación o aplicación de normas (...) [,] de los órganos de producción jurídica*)³⁵⁴. É esta relação privilegiada com o *modus operandi* do juiz (com o «raciocínio justificatório dos órgãos judiciais») que sobretudo nos importa. Podemos dizer que se trata de rejeitar que os «princípios só entrem em jogo» (*come into play*) quando a *justificação* judicial enfrenta *casos difíceis*... para antes e em contrapartida se defender que tais princípios intervêm já decisivamente na determinação dos *casos fáceis* — determinação esta para a qual as normas-regras, autossubsistentemente consideradas, afinal não bastam³⁵⁵. O mais interessante em tal acentuação não está no entanto no modo como se consegue evitar a separação aproblemática (quando não estanque) de dois núcleos duros — com o primeiro a conjugar as componentes *casos fáceis ou claros, argumentação dedutivamente válida e normas-regras* e o segundo a vincular *casos difíceis ou problemáticos e a argumentação não dedutiva às normas-princípios* em sentido amplo —, está antes e muito significativamente na exigência metodológica de tratar as normas-regras *na perspectiva dos princípios (a la luz del sistema de principios*³⁵⁶, *in the light of the system of principles*³⁵⁷)...

E isto quer se trate de invocar o «sentido» que as normas-princípios em sentido estrito conferem a tais regras, quer se trate de mobilizar aquele que as normas programáticas e as suas estratégias lhes impõem (*puede tratarse de los valores cuya realización viene asegurada por el cumplimiento de la regla, o bien de los objetivos sociales para cuya consecución el cumplimiento de la regla aparece como medio*³⁵⁸). Sendo certo que esta é apenas uma diferença de grau, já que as

³⁵⁴ «Sobre principios y reglas», cit., p. 106. Ver também *A Theory of Legal Sentences*, cit., pp. 5, 12, 19 e ss.

³⁵⁵ «Sobre principios y reglas», cit., p. 117, *A Theory of Legal Sentences*, cit., p. 22.

³⁵⁶ «Sobre principios y reglas», cit., p. 117.

³⁵⁷ *A Theory of Legal Sentences*, cit., p. 23.

³⁵⁸ «Sobre principios y reglas», cit., p. 117. Ver também (exatamente nos mesmos termos) *A Theory*

razões disponibilizadas por estas estratégias e os seus *Zweckprogramme* não de encontrar sempre um limite nas razões de correção oferecidas por aqueles princípios.

A insuficiência das normas-regras na consideração dos casos fáceis manifesta-se de resto imediatamente na identificação destes: como se das *razões dos princípios* (consideradas na sua autonomia) dependesse invariavelmente a obtenção da premissa menor do silogismo, entenda-se, a deliberação que nos autoriza a enunciá-la ou a justificação *externa* correspondente (*un caso es fácil precisamente cuando la subsunción de unos determinados hechos bajo una determinada regla no resulta controvertible a la luz del sistema de principios que dotan de sentido a la institución o sector normativo de que se trate, (...) la consideración de un caso como fácil, esto es como subsumible en una determinada regla a adoptar como razón perentoria para la resolución del mismo, sólo puede hacerse teniendo en cuenta principios*³⁵⁹)³⁶⁰. O que é por sua vez mais do que defender uma contextualização pragmática da demarcação *casos fáceis / casos difíceis* (nos termos que vimos exemplarmente assumidos por MacCormick³⁶¹), porque é já oferecer a esta contextualização um *tertium comparationis* plausível... e um *tertium comparationis* que, só por si (ainda que sem impor uma verdadeira diferença *qualitativa*), determina uma efetiva autonomização dos princípios — capaz de os libertar da contingência das regras e de os levar a sério como limites de tal contingência e da *voluntas* que a traduz (autonomização que se reforça ainda quando se acentua que os argumentos de correção dos princípios impõem limites de *validade* aos argumentos estratégicos). Sem ficarmos por aqui: é que se trata ainda de reconhecer que tanto a demarcação-distribuição quanto o tratamento dos casos (sejam estes fáceis ou difíceis) se cumprem nuclearmente invocando *razões sistémicas* e os *warrants* jurídicos que as sustentam (*they must be reasons contained in the law itself*³⁶²)... — e de tal modo que só excepcionalmente (e na medida em que os materiais jurídicos vigentes assim o admitam) possam tais justificações judiciais (enquanto

of Legal Sentences, cit., p. 23.

³⁵⁹ «Sobre principios y reglas», pp. 117-118, também em *A Theory of Legal Sentences*, cit., pp. 22-23.

³⁶⁰ Neste sentido, acentuando o contributo de Atienza e Manero, veja-se também Santiago Sastre Ariza, «Sobre la dificultad de los llamados casos fáciles, difíciles y trágicos», *Derecho y opinión*, 1, 1993, pp. 295 e ss., 301-302 (2.A.3). «Desde este enfoque la facilidad o dificultad se desplaza de la norma o de los hechos [dentro de la norma] a los principios. (...) Entonces el papel fuerte que desempeñan los principios hace que en relación com los casos fáciles exista una previa deliberación...» (*Ibid.*, pp.301-302)

³⁶¹ *Supra*, 2.2.1.2.2. β).

³⁶² *A Theory of Legal Sentences*, cit., p. 23.

«deliberações normativamente guiadas») estar em condições de mobilizar razões *não jurídicas* (salvo que *el Derecho faculte en algún caso al órgano jurisdiccional para atender a razones distintas de las que él mismo contiene, ha de tratarse de razones contenidas en el propio Derecho, esto es, de principios explícitos o implícitos*³⁶³). Ora tudo isto (mais ou menos surpreendentemente!) sem que se abdique da referência estruturante ao silogismo e da *weak thesis* que esta justifica... e então (e por maioria de razão) sem que se questionem o binómio *casos fáceis / casos difíceis* e o «continuum» *normas / princípios*...

2.2.2.3. O discurso de *fronteira* de BYDLINSKI ou a iminência de uma rutura (não consumada) com o binómio *relativo aos casos* e com a «visão binária» que *divide* as normas

É a acentuação deste «continuum» (se não da problematicidade com que este é preservado) que nos impõe uma anotação conclusiva, já no limite do percurso pela (dita) «teoria» *standard da argumentação*.

Trata-se por um lado decerto (ainda!) de insistir no *traço «fisionómico»* por excelência que — sem prejuízo das diferenças que acabámos de reconhecer (e que resultam de representações ou de experiências inscritas em tradições distintas³⁶⁴) — esta «teoria» atribui ao *rostro* dos princípios e aos argumentos que diretamente os mobilizam: precisamente aquele que, ao invocar tais princípios como *more elastic legal norms*³⁶⁵, faz corresponder às suas significações normativamente relevantes (ou à projeção metodológica destas ou do seu núcleo duro) a exigência de uma determinação (determinabilidade) *autossubsistente*, capaz de as conter e dominar como *universais* (ou de lhes conferir uma inteligibilidade deontológica *descontextualizada*).

³⁶³ «Sobre principios y reglas», cit., p. 118.

³⁶⁴ A distinção que mobilizo e as correspondentes formulações (*ratio/intentio*) — acrescidas daquela de que viremos a falar *infra* (princípios normativos como *jus*) — devem-se inteiramente a Castanheira Neves, que as tem mobilizado desde a sua fundadora lição-síntese sobre os princípios [ver *Sumário de uma lição-síntese sobre «Os princípios jurídicos como dimensão normativa do direito positivo (a superação de positivismo normativista)»*, policop., Coimbra, 1976]. Para um desenvolvimento, veja-se a reconstituição que tentei em «Na “coroa de fumo” da teoria dos princípios: poderá um tratamento dos princípios como normas servir-nos de guia?», in Alves Correia, Jónatas Machado, João Loureiro (ed.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. III, *Direitos e inter-constitucionalidade: entre dignidade e cosmopolitismo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 395 e ss.

³⁶⁵ Aarnio, «Two Types of Norms», *Essays on the Doctrinal Study of Law*, cit., p. 119.

Com a tese *forte* da demarcação (que exemplificámos com Alexy) a salvaguardar esta autossubsistência enquanto se inscreve (e porque se inscreve) na tradição (inaugurada por Stammler) dos princípios como *intentio*: entenda-se, enquanto defende o contraponto *intencional-regulativo (prejurídico) /autoritário-constitutivo (jurídico)*... ou enquanto traduz-especifica este num outro, capaz de distinguir *princípios «morais» com carácter regulativo e princípios jurídico-constitucionais vinculantes* — de tal modo que os primeiros correspondam às exigências (se não *pragmata*) de uma moralidade universal «descontextualizada», procedimentalmente concebida (capaz assim mesmo de racionalizar as manifestações contingentes)³⁶⁶.

Com a tese *fraca* (que exemplificámos com MacCormick e Atienza/Manero) a defender a universalidade-incondicionalidade dos enunciados de *dever-ser* partindo de uma outra tradição — daquela precisamente que (aberta pelo normativismo de oitocentos) nos permite invocar os princípios como *ratio*³⁶⁷ —, mas nem por isso menos a permitir que tal tradição conviva com elementos espúrios, tanto mais relevantes quanto capazes de conferir uma dinâmica autónoma (mais ou menos evidente) às *razões dos princípios*. Elementos espúrios estes que diríamos assimilados da tradição dos princípios como *intentio* (do vasto espectro de possibilidades que esta autoriza) e que assim se mostram em condições de libertar os princípios quer da pureza *ateleológica* das suas formulações, quer da relação de dependência construtiva imposta pelas normas-regras. Sendo certo que tais possibilidades correspondem por sua vez (como vimos!) a dois degraus diferentes, com a primeira a abrir a oportunidade de tratar os princípios como *policies* — sem deixar no entanto ainda de os ver como *Ideen* ou *Gedanken* implicados nos materiais autoritariamente vigentes (MacCormick) — e com a segunda a defender que as *razões de correção* neles nuclearmente consagradas (reconhecidas como «reflexos de uma certa forma de vida»³⁶⁸) devem impor-se a tais materiais como autênticos limites de validade (Atienza/Manero).

Trata-se por outro lado (já) de antecipar que a perda de clareza do contraponto *casos fáceis/casos difíceis* suscitada pela progressiva *juridicização* das respostas aos *hard cases*, que é também *juridicização* da própria demarcação — uma *juridicização* ou tratamento jurídico que se cumpre explicitamente *na perspectiva do sistema* (das *razões sistémicas* em geral e dos princípios em

³⁶⁶ Linhares, «Na “coroa de fumo” da teoria dos princípios: poderá um tratamento dos princípios como normas servir-nos de guia?», cit., pp. 406-412 (2.2.).

³⁶⁷ *Ibidem*, pp. 399-406 (2.1.).

³⁶⁸ Atienza/ Manero, «Sobre principios y reglas», cit., p. 104.

particular) ... —, essa só poderá vir a ser superada se, em vez de ensaiarmos uma fuga para a frente (agravando sobreposições e equívocos, se não mantendo um imaculado silêncio), admitirmos renunciar a esta demarcação (quer se trate de a defender no plano «ontológico», quer de assumir no plano «pragmático»³⁶⁹). O que só será possível se simultaneamente rompermos com a «visão binária» que *divide* as normas (em *normas-regras* e *normas em forma de princípios*), exigindo que uma *outra* (decisiva) conceção dos *princípios* —acompanhada por uma outra compreensão das possibilidades dos critérios juridicamente relevantes, irreduzível esta à antecipação-previsão cumprida pelas normas — seja levada a sério nas suas implicações metodológicas.

É a iminência da rutura com estes dois binómios e simultaneamente a dificuldade (a impossibilidade!) de a consumir (pondo em causa representações aporofematicamente predeterminadas) que podemos reconhecer aludindo a um exemplar discurso de fronteira: já *para além* (ainda que *não suficientemente para além ou para fora*) da referida «teoria» *standard*³⁷⁰! Refiro-me ao de Bydliniski... e a este enquanto mobiliza os recursos da «interpretação objetivo-teleológica» (e muito especialmente da argumentação teleológico-sistemática) para enfrentar o problema das «questões complexas» (*complexe Streitfragen*) — assim significativamente concentrado num problema-modelo de «interpretação em casos (especialmente) difíceis» («Die Auslegung in besonders schwierigen Fällen»³⁷¹).

α) Trata-se na verdade de, num dos lados da moeda (e sempre a propósito do problema da interpretação), preservar imaculadamente os dois binómios em causa.

α) Significa isto desde logo reconhecer que os «casos» ou «elementos de casos» ditos «fáceis» (*bei einfach gelagerten Fällen oder Fallelementen*) — mais frequentes do que o discurso académico parece admiti-lo! —, serão aqueles em que a «apreciação» exigida (traduzida num juízo que, não sendo imediato, se deve dizer *de interpretação*) se realiza logradamente através de uma «dedução

³⁶⁹ Ariza, «Sobre la dificultad de los llamados casos fáciles, difíciles y trágicos», cit., p. 301.

³⁷⁰ Estou evidentemente a parafrasear as famosas divisas de Jhering e de Bergbohm, respetivamente «Durch das römische Recht, aber über desselbe hinaus!» e «Durch die Historische Schule, aber über die Historische Schule hinaus!». Para uma contextualização destas divisas, ver o desenvolvimento que propus em «Os desafios-feridas da *Allgemeine Rechtslehre*. Um tempo de teoria do direito reconhecido (reencontrado?) pela perspectiva de outro tempo de teoria», cit., pp. 261-267.

³⁷¹ Bydliniski, *Grundzüge des juristischen Methodenlehre*, Wien, Facultas Verlags- und Buchhandels AG, 2005, pp. 44 e ss. (V).

simples»³⁷² («Der einfache Fall und die schlichte Subsumtion»³⁷³)... ou se quisermos através da determinação de um sentido capaz de se nos oferecer como um *candidato positivo* (inscrito no *núcleo* do conceito pressuposto)...

Reconhecimento que se apoia por sua vez numa distinção estruturante entre a inferência (puramente lógica) do silogismo subsuntivo e o processo (metodológico-juridicamente relevante) de preparação das suas premissas³⁷⁴, bem como na defesa de uma demarcação indispensável entre interpretação e desenvolvimento integrante (*Auslegung* versus *ergänzende Rechtsfortbildung*³⁷⁵), se não já entre interpretação e aplicação analógica (*Abgrenzung von Auslegung und analoger Rechtsanwendung*³⁷⁶) — esta(s) sem surpresa garantida(s) pela função delimitadora da interpretação gramatical, entenda-se, pelo «número e modos das variantes de significado linguístico» que tal interpretação permite «fixar» (*die wörtliche Auslegung (...) bedeutsam und notwendig (...) bleibt (...), da sie Zahl und Art der sprachlich möglichen Bedeutungsvarianten fixiert*³⁷⁷). É esta delimitação dos sentidos possíveis (conjugada com a primeira distinção entre a *obtenção das premissas* e a *inferência* propriamente dita) que nos autoriza com efeito a associar os *casos fáceis* a uma determinação de candidatos positivos (inscritos no *Begriffskern*)...

De tal modo que, sem surpresa, os *casos difíceis* possam por sua vez corresponder a uma exploração tanto de candidatos *neutros* (associáveis, ainda por interpretação, à *auréola* do conceito) quanto de candidatos negativos

³⁷² «Auch bei einfach gelagerten Fällen oder Fallelementen, die es in der Jurisprudenz glücklicherweise auch und in großer Zahl gibt (was aber von hochtheoretischen Standpunkten aus häufig vergessen wird), kann man insoweit von “Auslegung” sprechen, als auch das Ergebnis (...) nicht von Selbst entsteht. Es bedarf jedenfalls einer Beurteilung, die hier freilich sehr einfach durch schlichte Deduktion (Subsumtion im Rahmen einer Syllogismus) erfolgt...» (*Ibidem*, pp.12-13)

³⁷³ *Ibidem*, pp.12-16 (4.).

³⁷⁴ Para reconstituir esta distinção importa voltar a *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien/New York, Springer-Verlag, 1982, pp. 395-402 («Deduktive Rechtsanwendung: Subsumtion»). «Die Problematik der Rechtsanwendung liegt jedoch nicht in diesem Schlußverfahren, sondern in der Vorbereitung des Ober- und des Untersatzes, bis der Schluss endgültig gezogen (oder verneint) werden kann...» (*Ibidem*, p. 396).

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 441.

³⁷⁶ *Ibidem*, pp. 467-471 (IX.).

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 441 (7.). Trata-se de defender que, muito embora não seja possível determinar a interpretação «adequada» com «meios linguísticos», não deixa a interpretação gramatical de se nos impor como «significativa e necessária» ... impondo limites insuperáveis às possibilidades de interpretação justificadas pela relevância do caso (obtidas pelo método da *Fallbildung* e da *Fallvariation*).

(assumidos ou imputados, *para além das possibilidades da interpretação*, por «mera» *aplicação analógica*³⁷⁸)³⁷⁹.

α)» Significa isto depois persistir numa compreensão dos princípios que, inscrita nas possibilidades de um «sistema flexível», se não de um «sistema em movimento»³⁸⁰ — possibilidades que são também nuclearmente as da *interpretação objetivo-teleológica*³⁸¹ —, nos apresenta estes princípios (*allgemeine Rechtsgrundsätze*) sempre como um *tipo* explícito de normas, com uma «especificidade» qualitativamente «estrutural» (*eine strukturelle Besonderheit* (...), *die sich inhaltlich von dem anderen Normentyp (...) unterscheidet*)³⁸²³⁸³.

Normas que se obtêm por «indução» a «partir das regras e institutos do direito positivo» (*Grundgedanken* na linha dos *princípios como ratio*) ... e que nos reconduzem (em inferências sucessivas) até ao patamar dos *princípios mais universais*³⁸⁴. *Normas* que se descobrem também reconhecendo («observando») certas ordens de «preferências valorativas» (*Wertungenpräferenzen*) vigentes na «vida em comum» (*im Zusammenleben der betreffenden Sozietät*) — preferências estas em si mesmas *independentes* da inteligibilidade intersubjetiva especificamente *jurídica* (*[die] man aus dem zunächst rechtsunabhängigen Verhalten der meisten bzw. einflussreichsten Mitglieder einer Sozietät (...) entnimmt*)³⁸⁵... mas que depois nos aparecerem filtradas na sua relevância... e assim

³⁷⁸ Ainda que a referência estruturante ao silogismo leve Bydlnski a defender que a *aplicação* analógica juridicamente relevante (sem prejuízo da sua inteligibilidade nuclearmente teleológica e da sua relação constitutiva com o caso) integra precisamente uma fase dedutiva: *ibidem*, p. 399 (5.).

³⁷⁹ *Grundzüge des juristischen Methodenlehre*, cit., pp. 14-15. «Für die Unterscheidung einfacher Fälle oder Fallelemente von schwierigeren gibt vielmehr ein anderer Ansatz die entscheidende Orientierung, nämlich die Unterscheidung von “Begriffskern”, “Begriffshof” und selbstverständlich, meist unausgesprochen, einem Bereich jenseits der möglichen Anwendung des Begriffes...» (*ibidem*, p. 14)

³⁸⁰ O *bewegliches System* de Wilburg, *corrigido* embora no sentido matricialmente causal-sociológico do seu *teleological turn*, bem como reinventado nas suas possibilidades (desenvolvido menos como uma «técnica legislativa» do que como uma recompreensão global do jurídico, com decisivas projeções nos planos da dogmática doutrinal e da metodologia da realização em concreto): *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, cit., pp. 527-547 (III./IV.)

³⁸¹ *ibidem*, pp. 538-539 (5.).

³⁸² *Grundzüge des juristischen Methodenlehre*, cit., p. 72.

³⁸³ *ibidem*, pp. 71-75 (2. «Ermittlung und Beschaffenheit von Prinzipien»)

³⁸⁴ *ibidem*, pp. 72-73. Reparemos, no entanto, que estes princípios mais universais se nos expõem aqui como *fins-Zwecke*, numa relação explícita com a *Rechtsidee* que nos afasta das propostas da *allgemeine Rechtslehre* em geral e de Bierling em particular (e que nos situa assim na tradição de Stammler). Sem esquecer que decifrar estas tradições significa poder invocar as concepções dos *princípios como ratio* e *como intentio*: veja-se a reconstituição que propus em «Na “coroa de fumo” da teoria dos princípios...», cit., pp. 399-412 (2.).

³⁸⁵ Bydlnski, *Grundzüge des juristischen Methodenlehre*, cit., pp. 73, 75.

mesmo seletivamente determinadas por um *wertbezogener Rechtsbegriff*³⁸⁶ (numa conceção que, heterodoxamente embora, ao levar a sério que uma das dimensões deste conceito é constituída pela *Rechtsidee*, nos aproxima decerto da tradição dos princípios como *intentio*).

Especificidade que Bydlinski (assimilando agora a lição daquela «teoria» que muito simplesmente qualifica como *die neuere Prinzipienlehre* ou *die neuere Rechtstheorie*) reconduz ao núcleo de uma «estrutura de mais ou de menos» («*mehr-oder-weniger*» *Struktur*), quando não explicitamente às possibilidades de um *Optimierungsgebot*³⁸⁷ (*Prinzipien bedürfen daher im Kollisionsfall abwägender Ausgleichung bereits durch den Gesetzgeber oder sonst in der Rechtsanwendung*³⁸⁸).

β) Trata-se também no entanto de, na outra face, expor a experiência da *dificuldade* ou *complexidade* invocada pelo primeiro binómio (*einfaches Fall/complexes Fall*) a um «método» de determinação que encontra o seu estímulo decisivo na realidade dos *factos* (depois *casos*) juridicamente relevantes (*die besonders umstrittenen juristischen Probleme schon auf der Ebene des Sachverhalts sehr differenziert und komplex liegen*³⁸⁹) — se não, mais rigorosamente, na dinâmica de «ir e vir» (*Hin- und Herwandern des Blickes*) que tal *realidade* por um lado e as *normas-regras* ou *normas-princípios* do direito vigente por outro lado reciprocamente alimentam³⁹⁰. Assim sendo, a *dificuldade-complexidade* em causa deixa de se confundir com a indeterminação da norma-regra ou da norma-princípio *a interpretar* (ou, no limite, com o problema da *ausência de norma*) para passar antes a corresponder à pluralidade de *variantes do caso* que a referida dinâmica de «ir e vir» vai construindo, cujo espectro reduz ou amplia (ou a esta pluralidade tratada como uma *série-Reihe* de casos hipotéticos ou de elementos de casos, que assim mesmo se nos oferecem em alternativa). Mudança de acentuação que está longe por sua vez de ser negligenciável, uma vez que da especificação em concreto

³⁸⁶ Para um desenvolvimento do que se espera deste conceito valorativo (também nas suas implicações estritamente metodológicas) importa voltar a *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, cit., pp. 317 e ss. («Der wertbezogene Rechtsbegriff als juristische Grundhypothese»), 369 e ss. («Vorläufige Prüfung der methodischen Fruchtbarkeit des wertbezogenen Rechtsbegriffs»).

³⁸⁷ *Grundzüge des juristischen Methodenlehre*, cit., pp. 52-54 («Prinzipien und Prinzipienkollisionen»), 72, 75 e ss. («Die Prinzipienlücke»).

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 72.

³⁸⁹ *Ibidem*, p. 46.

³⁹⁰ *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, cit., pp. 417-427 (VI. «Sachverhaltsermittlung, Auslegungshypothesen und die Methode der Fallvariation»).

(relativamente autónoma) de tais *variantes* (*die juristischen Probleme [werden] «nicht von den Texten, sondern von den Fällen her» gestellt*³⁹¹) dependem metodologicamente não apenas respostas às questões da relevância «factual» e da comprovação «referencial» (ditos de *Feststellung des Sachverhaltes*), mas também uma consideração lograda dos problemas da interpretação (*die fall-relevanten Auslegungsprobleme der Norm*) e do desenvolvimento integrante (*Rechtsfortbildungsprobleme*). Como se em todos estes planos se tratasse afinal de convocar esferas de *realização* plausíveis e estas como campos-elencos de problemas possíveis ou da «ordem do possível» (*[d]ie gedankliche Bildung von Fällen, Fallvariationen und Fallreihen ist nach all eine unentbehrliche Methode, um — im Rahmen des Möglichen — die Vollständigkeit des festgestellten, rechtlich relevanten Sachverhaltes zu gewährleisten und um die Auslegungs- und Fortbildungsproblem in möglichst präziser Weise herauszuarbeiten*³⁹²), problemas estes que, referindo-se embora sempre a critérios normativos — a saber, ao enquadramento (*Grundfrage*) normativo-jurídico que suscita (delimita) as *questões de facto*³⁹³, ao domínio-*Bereich* da norma que seleciona as questões de interpretação³⁹⁴ ou à *ratio* que sustenta a admissibilidade-inadmissibilidade da expansão analógica³⁹⁵ —, não deixam por isso de se nos dirigir autonomamente (alimentados por uma dinâmica intrínseca). A verdade, porém, é que esta autonomia relativa do *concreto* e o tratamento metodológico que a leva a sério (enquanto adequação concreto-material) não conseguem aqui cumprir-se sem gerar tensões permanentes. Ora tensões que nos atingem com uma clareza inexcedível sempre que se trata de conferir à dinâmica de «ir e vir» o seu campo de actuação mais concentrado, aquele em que os pólos a ter em conta são afinal o da norma-regra já selecionada e o dos problemas de interpretação que, a partir do seu *campo de vigência* histórico-social (dito *Normbereich*), tal norma suscita³⁹⁶.

Não podemos esquecer que Bydlinski assume o primeiro destes pólos protegendo-o com uma compreensão tradicional da interpretação gramatical — levando a sério a pressuposição de um quadro linguístico vinculadamente

³⁹¹ *Ibidem*, p. 425.

³⁹² *Ibidem*, p. 427

³⁹³ *Ibidem*, p. 420.

³⁹⁴ *Ibidem*, p. 425 e ss. (2).

³⁹⁵ *Ibidem*, p. 427.

³⁹⁶ *Grundzüge des juristischen Methodenlehre*, cit., pp. 46 e ss.

delimitador, cuja violentação constituirá um «erro metódico»³⁹⁷ —, na mesma medida em que reconduz o segundo a uma exploração (como que em *continuum*) de perguntas *circundantes*, invariavelmente concentradas em efeitos possíveis e na inteligibilidade argumentativamente plural com que estes nos aparecem traduzidos (*die Lösung der gerade aktuellen Auslegungsfragen auch von jener zusammenhängender Vor-, Seiten- und Folgenfragen abhängt, die schon für sich schwierig genug sein und Meinungsverschiedenheiten provozieren*³⁹⁸).

A atenção simultânea a estes dois pólos autoriza Bydlinski, por um lado, a rejeitar as possibilidades da *tópica*, afastando assim o «risco» das «discussões livres, ilimitadas e infinitas» («*Topik*» (...) *bringt die Gefahr der Ufer- und Endlosigkeit mit sich*) — o que significa ainda aproximar-se de Alexy... ou (pelo menos) de uma «variante da teoria do discurso» atenta às especificidades da vinculação normativo-jurídica (*[d]ie Variante der Diskurstheorie, die den juristischen Diskurs wegen der zu respektierenden Verbindlichkeit des Rechts als “Sonderfall” auffasst und auch sonst auf begrenzenden Argumentationsregeln besteht, nähert sich jedoch stark dem für besonders schwierigen Problemlagen üblichen Vorgehen der Jurisprudenz, wie es eben beschrieben wurde*)³⁹⁹. Tal atenção autoriza-o ainda sobretudo, por outro lado, a admitir que, não sendo possível evitar as colisões com os «conteúdos jurídicos», a solução a considerar há-de passar pelo método da «*gedankliche*» *Fallbildung* ou *Fallvariation*⁴⁰⁰ — primeiro enquanto *reconstituição-determinação* tão extensa quanto possível dos «argumentos» ou «teias de argumentos» autónomos (identificadores do *Sachverhalt* concreto interpretativamente relevante), depois (e muito especialmente) enquanto *seleção-escolha* daqueles destes «argumentos» (ou «teias de argumentos») que menos «colidam» com o «conteúdo indiscutível» das «regras e princípios» do «direito vigente», muito especialmente com estes últimos (*[a]m besten begründet ist dann jener Auslegungsansatz, der am wenigsten mit gesicherten Elementen des Rechts und hier insbesondere mit dem tieferen, systemtragenden Prinzipiensichten des Rechts kollidiert*)⁴⁰¹. Sendo certo que uma tal seleção e a solução a que esta chega pressupõem os recursos de uma *interpretação objetivo-teleológica* — entenda-se, uma mobilização contextualizada, referida a problemas de interpretação *em concreto*, das chamadas *hipóteses*

³⁹⁷ *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, cit., p. 441 (7.) [ver nota 63].

³⁹⁸ *Grundzüge des juristischen Methodenlehre*, cit., p. 46.

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 48.

⁴⁰⁰ Ver *supra*, nota 391.

⁴⁰¹ *Grundzüge des juristischen Methodenlehre*, cit., p. 47.

dos fins ou *hipóteses dos princípios* (*Zweck- oder Prinzipienhypothese*⁴⁰²) —, na mesma medida em que só serão possíveis (ou só garantirão resultados juridicamente plausíveis) com o contributo decisivo das «teorias» dogmáticas» e com a reconstituição da *unidade* que estas asseguram, precisamente enquanto integram *sistémico-normativamente* (na perspetiva dos fins e em conformidade com os princípios) as respostas aos *casos difíceis* (*die rechtsdogmatische “Theorien” (...) müssen dabei danach trachten, den klaren Rechtsinhalt zu respektieren, die entsprechenden Lösungen aus den Prinzipien- und Zweckschichten des Rechtes zu erklären und aus diesen auch für die offenen und streitigen Probleme möglichst konsistente und brauchbare Lösungen zu entwickeln*⁴⁰³).

Significa isto defender uma proposta de *Hin und Herwandern des Blickes* que, embora atenta à problematidade autónoma do caso, nem por isso se mostra menos comprometida com a prioridade do esquema metódico da norma (e com o padrão de universalidade que esta consagra)... e que assim mesmo, não obstante a perturbação que introduz, preserva aproblematicamente os binómios que nos preocupam (*casos fáceis/ casos difíceis, normas-regras/normas-princípios*). Trata-se, na verdade, de, num exemplar *borderline*, sustentar uma compreensão do *problema concreto* que, por se nos expor acriticamente hipertrofiada na realidade empírica da sua dinâmica e no *continuum* de efeitos que esta produz, acaba por resistir a uma conformação normativo-jurídica autónoma (capaz de compreender a «concreta problematidade jurídica do caso»⁴⁰⁴). Resistência tanto mais significativa esta última quanto é certo que, num aparente paradoxo — aparente porque o significado que lhe corresponde não é senão o de uma variação subtilmente distanciada do contraponto *formalista factos empíricos* (e *discretos*) /*normas!* —, as suas possibilidades autorizam tal compreensão do *concreto* a harmonizar-se em pleno com uma certa conceção, também ela só aparentemente *pluridimensional*, do sistema jurídico «em movimento». Só aparentemente pluridimensional decerto, porque invocando embora diferentes «camadas» (*Schichten*), encontra o seu modelo de coerência dogmática na *norma* e na pré-determinada autossubsistência em abstrato do seu esquema de solução: o que nos reconduz a uma experimentação da *unidade* não apenas insensível à distinção *fundamentos/critérios* (incapaz de superar o continuum *normas/ princípios*), mas também em

⁴⁰² *Ibidem*, pp. 21, 26-27, 30-32, 48-49. Sem esquecer os desenvolvimentos propostos em *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, cit., pp. 268 e ss., 330 e ss., 453-455.

⁴⁰³ *Grundzüge des juristischen Methodenlehre*, cit., p.47

⁴⁰⁴ A formulação é de Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 144.

grandes dificuldades para conferir à mobilização dos critérios do *Juristenrecht* em geral e das *Richterrechtsregeln* em particular — mesmo quando se trata de explicitamente defender a «vinculatividade jurídica subsidiária» destas últimas⁴⁰⁵ (uma «subsidiariedade» que não certamente por caso nos aparece ligada aos *casos difíceis*⁴⁰⁶) — um sentido metodologicamente autónomo⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ Veja-se desenvolvidamente a defesa desta *mittlere Linie* (situada entre os extremos da resistência legalista ao *Richterrecht* por um lado e da *Theorie der Fallnorm* de Fikentscher por outro lado) em *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, cit., pp. 501 e ss. («*Richterrecht* (...) und seine subsidiäre Verbindlichkeit»), 515 e ss. («Verhältnis der Lehre von der “subsidiären Verbindlichkeit” des Präjudizienrechts zur “Theorie der Fallnorm”»). A síntese, muito clara, desta proposta, encontramos-a uma vez mais em *Grundzüge des juristischen Methodenlehre*, cit., pp. 95 e ss. («Die Bedeutung und Anwendung von “Richterrecht”»).

⁴⁰⁶ Aos *casos difíceis*, entenda-se, aqui, explicitamente, a casos de *non liquet*, casos que admitiriam jurídico-substantivamente mais do que uma resposta... e que a vinculatividade normativa do pré-juízo vai contribuir decisivamente para solucionar: «Nach dem Gesagtem interessiert der Rechtsquellencharakter des Richterrechts besonders im Bereich des “non liquet”. Denn hier bietet nur die Beachtung der Präjudizien den Ausweg aus der sonst rechtlich kriterienlosen Wahl zwischen mehreren Lösungsmöglichkeiten (...). Das gilt nicht etwa nur “faktisch” (...), sondern normativ. Es entsteht auch in unserem “kontinentalen” Rechtssystem echtes “Richterrecht”...» [*Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, cit., p. 506 (d)]. Para uma síntese desta proposta de Bydlinski, em confronto com as de Kriele, Alexy e Fikentscher, ver Alexy/Dreier, «Precedent in the Federal Republic of Germany», in McCormick/Summers (ed.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, cit., pp. 44-46.

⁴⁰⁷ Veja-se a tentativa (relativamente frustrada) de determinar as «especificidades» metodológicas das *Richterrechtsregeln* partindo de um esquema hermenêutico pensado para a norma — a concluir por exemplo que, no que diz respeito às *Richterrechtsätze*, o papel desempenhado pela «interpretação histórica e sistemática» há de ser confiado ao «processo» concreto de «argumentação das partes» —, tal como a vemos assumida em *Grundzüge des juristischen Methodenlehre*, cit., pp. 117-119 («Einige Einzelheiten»).

3.

CONCLUSÕES PARADOXAIS E TENTATIVAS DE AS SUPERAR:

A EXPANSÃO *CENTRÍFUGA* PELA PRAGMÁTICA DA *INDETERMINAÇÃO* E A ESPECIFICAÇÃO *CENTRÍPETA* DOS EXERCÍCIOS DE *TIPIFICAÇÃO*

Os exercícios de *demarcação* entre casos fáceis e difíceis que, mobilizando uma certa *teoria da argumentação* (e as suas fronteiras interiores), acabámos de reconstituir [2.2.] não se limitam a perturbar⁴⁰⁸ o núcleo duro desenhado (em simultâneo) pela consagração do binómio e pela rejeição da categoria de inteligibilidade *sistema* (com o alcance que começámos por reconhecer) [2.1.], subvertem radicalmente o equilíbrio e a *dinâmica de oposição* que dá sentido a este núcleo: desde logo porque admitem um tratamento *jurídico* dos *casos difíceis* (pondo em causa a pureza da *área aberta* e a equivalência das suas alternativas), depois e muito especialmente porque permitem que a própria *demarcação fácil/*

⁴⁰⁸ Como acontece porventura com o positivismo crítico de Hart e de alguns dos seus herdeiros (*supra*, 2.1.4.).

difícil e os exercícios que a cumprem passem a depender determinantemente de *razões sistêmicas* (e do *tertium comparationis* agregador que estas mobilizam). Que *razões*? Já sabemos quais. As de um *sistema de normas-regras e de normas-princípios*, sistema este que, na pureza deontológica dos seus enunciados e no modelo de universa(bi)lidade racional que estes consagram (mas também na perspectiva da sua estrutura binária), há de ser levado a sério (com gradações embora diferenciadas) como um padrão inexcedível de unidade *por coerência*. Reconhecimento que o breve diálogo com Bydlinski [2.2.2.3.] nos permitiu reforçar, autorizando-nos não só a corroborar uma convergência harmónica dos dois binómios em causa (o binómio *relativo aos casos*, o binómio *relativo às normas*), mas também a concluir que a plausibilidade pragmática do primeiro binómio cessa, sem remissão, a partir do momento em que esta compreensão do sistema e a sua conceção dos princípios (bem como a prioridade do esquema metódico da norma) — todos estes elementos enquanto condições de inteligibilidade do segundo binómio! — sejam explicitamente questionados... e questionados na perspectiva do problema ou da experimentação (metodologicamente autónoma) que este exige.

Os paradoxos (aparentes) não ficam, no entanto, por aqui. Este contributo da *teoria da argumentação*, ao reconciliar a perspectiva do sistema jurídico com a pragmática dos casos difíceis, inviabiliza decerto a possibilidade de um *common ground* com os restantes interlocutores, mas apenas se (e na medida em que) — como até agora pacificamente admitimos! — pretendermos procurar essa identidade na *dinâmica de oposição* que separa aquela perspectiva desta pragmática (entenda-se, se conferirmos às *razões sistêmicas* uma pura inteligibilidade *formalista*). Se, em alternativa, estivermos dispostos a procurar essa identidade comum num outro plano — indagando se (e até que ponto) a defesa aporética do binómio *relativo aos casos* é apenas uma coincidência ou se pelo contrário assenta em razões partilhadas (sejam elas quais forem) —, a experiência ensaiada com a teoria *standard* da argumentação — ao preservar um modelo normativístico de norma-*ratio* como uma das condições de possibilidade da institucionalização do discurso prático (enquanto discurso prático *especial*)... mas também e muito especialmente ao contentar-se com uma assimilação da singularidade constitutivamente limitada pela estrutura do *silogismo* (ou pelo enquadramento das suas premissas) — traz-nos só por si um esclarecimento precioso. Dir-se-ia, com efeito, que todas as tentativas de conferir um significado metodologicamente estruturante à demarcação que nos ocupa partem de um tratamento autossubsistente dos materiais jurídicos disponíveis (se quisermos, da exigência de pressupor e experimentar o direito vigente como

um acervo de materiais-*recursos*), na mesma medida em que pressupõem a norma-*regra* como modelo (positivo ou negativo⁴⁰⁹) desta *autossubsistência*. O que nos abre caminho para um segundo patamar de interpelação, no qual (ou a partir do qual) enfrentar em bloco todas as possíveis tentativas de demarcação entre *casos fáceis* e *casos difíceis* significa afinal (paradoxalmente?) reconhecer que o binómio *relativo aos casos*, independentemente da tradução com que se nos expõe (e da conceção que esta reflete), só há de tornar-se metodicamente inteligível se estivermos dispostos a abstrair da prioridade metódica do problema concreto ou se (em nome de um *isomorfismo de factos* explícito ou implícito⁴¹⁰) renunciarmos a compreender as dimensões deste problema que, na sua autonomia ou dinâmica específicas, excedam o enquadramento atribuído aos referidos materiais — entenda-se, se admitirmos (explícita ou implicitamente) que o *prius* da demarcação procurada está invariavelmente na possibilidade de tratar tais materiais-*recursos* (sejam estes quais forem) como objetos-dados de uma representação cognitiva autossubsistente.

Como se por um lado se tratasse de reconhecer a pluralidade destes materiais (normas-*regras* e normas-*princípios*, *rationes decidendi* e programas-*policies*, modelos dogmáticos e procedimentos canónicos), que é também afinal a das suas pretensões de vinculação e a dos seus modos de vigência (iluminados por regras de reconhecimento ou soluções de composição-equilíbrio não menos diversas). Como se por outro lado se tratasse de admitir que as significações *juridicamente relevantes* dos recursos assim pluralmente *ditos* e (ou) *adquiridos* — de cada um deles isoladamente, mas também das conjugações ou convergências que, no contexto de validade-vigência de uma ordem jurídica situada, indiscutivelmente os relacionam — não de estar em condições de ser reconduzidas à inteligibilidade autossubsistente de uma *totalidade* e a esta enquanto soma virtual de oportunidades de determinação.

O que finalmente nos leva a concluir que a *pre-ocupação* condutora com a controvérsia-caso, sendo embora indispensável⁴¹¹, nos aparece em todas estas propostas confinada a uma missão *heurística* — a de selecionar os referidos

⁴⁰⁹ Esta assimilação *negativa* refere-se privilegiadamente às reflexões críticas... e muito especialmente à já aludida «teoria» dos casos difíceis dos *Critical Legal Scholars*: *supra*, 2.1.2.

⁴¹⁰ Para uma reconstituição crítica do *isomorfismo* «correspondencial» (se não do *isomorphic judge*) ligado ao dualismo *normas/factos*, com importantes projeções na pragmática de demarcação *routine cases of law-application/ hard cases of legal adjudication*, ver exemplarmente Raimo Siltala, *Law, Truth, and Reason. A Treatise on Legal Argumentation*, New York: Springer, 2011, pp. 29-52 (ver especialmente pp. 30, 41-42, 43-45, 48-51).

⁴¹¹ Só não seria se, em nome de um rigoroso *paradigma da aplicação*, rejeitássemos a demarcação *casos fáceis/casos difíceis*! O que evidentemente significaria defender que, uma vez interpretada a premissa maior (uma vez concluída a tarefa da interpretação em abstrato), todos os casos são fáceis...

recursos e as suas articulações relevantes —, diluindo-se ou desaparecendo (sendo como que absorvida pelo *iter* metódico) logo que esta etapa é logradamente cumprida. Para que a perspetiva seja, inequivocamente, aquela que a referida *totalidade* oferece? Importa acentuá-lo. Sem esquecer que *conhecer* (interpretar) tal *totalidade* significa agora aceder a um círculo de alternativas legítimas.

Alternativas que, na perspetiva dos referidos materiais (autossubsistentemente reconstituídos), se nos impõem (e devem ser tratadas) como caminhos igualmente plausíveis? Bem o sabemos. Importando acrescentar que a *compossibilidade com os materiais vigentes* assim (*natural*, se não redundantemente) atribuída, num dos pólos, ao círculo ou círculos de alternativas permitidas nos aparece por sua vez também já, no outro pólo, a confundir-se (*et pour cause*) com a *capacidade de assimilação* (de *enquadramento racional*) do caso *sub judice* (ou deste na sua relevância jurídica). Acentuação que nos importa especialmente, insisto, já que é esta garantia de assimilação e o *salto* que reflexivamente a assegura (enquanto reafirmação da prioridade autossubsistente dos materiais-recursos) que nos aparecem consagrados no binómio *relativo aos casos* e nos enunciados que o defendem: consagração-especificação tanto mais significativa quanto é certo que o *papel metodicamente produtivo* de um tal binómio (o único que, ao fim e ao cabo, lhe permite desenhar um contraponto inteligível e evitar a contingência de uma pragmática *in action*) se esgota no esclarecimento destes pressupostos e das expetativas de *enquadramento racional* que lhes correspondem. Trata-se, com efeito, de apostar numa qualificação dos casos (*fáceis* ou *difíceis*, *mais fáceis* ou *mais difíceis*) que, ao impor-se-nos em exclusivo determinada pelo *número das alternativas* permitidas (*uma* única ou *diversas* alternativas/*poucas* ou *muitas* alternativas)⁴¹², especifica as expetativas em causa distinguindo *enquadramento racional* e *desimplificação lógica*. Uma coisa é, com efeito, confirmar que o(s) círculo(s) das alternativas (e cada uma das suas componentes) enquadram a solução a obter (ou estão em condições de a assimilar racionalmente), outra completamente diferente postular que a solução do caso se obtém por *desimplificação lógica* dos enunciados que sustentam tais alternativas (e destes tratados como premissas). Tal *desimplificação* só acontecerá (ou só estará mais próxima de acontecer!) nos ditos *casos fáceis* — sempre que a perspetiva dos materiais-dados nos expõe a uma única «possibilidade legítima»! Logo que estas possibilidades se multiplicam — e é

⁴¹² Dir-se-ia com efeito que todas as tentativas para exceder esta qualificação, desviando-nos para a dinâmica autónoma dos problemas (para uma configuração destes que não seja diretamente enquadrada pelas alternativas disponíveis ou pelo tratamento prioritário destas), condenam a pragmática de demarcação a dificuldades insuperáveis.

esta multiplicação (e apenas esta!) que sustenta a demarcação *em abstracto* dos casos difíceis (*I casi difficili sono quelli (...) in cui il giudice è posto di fronte ad un certo numero di possibilità, tutte legittime nell'ambito dell'ordinamento*⁴¹³) —, a determinação cognitiva das alternativas ou das suas fronteiras exteriores (iluminada pelas possibilidades da ordem jurídica vigente) deixa de constituir a última palavra, antes exigindo uma nova etapa. Uma etapa construída por atos de vontade (a começar por aquele que impõe autoritariamente uma das alternativas legítimas)? Parece evidente. Mas então também uma etapa cujas opções de determinação — mesmo quando se mostram capazes de mobilizar (argumentativamente) referentes normativo-jurídicos — estão longe de se poder dizer contidas nos materiais previamente pressupostos e nas alternativas que os especificam. Como se o espectro da *Rahmentheorie* de Kelsen — esta sim a garantir, com toda a coerência, uma determinação *cognitivista* (referida às possibilidades de produção-aplicação que cada norma oferece à norma do degrau inferior) — pairasse enfim sobre o *découpage* do discurso dos casos difíceis, quer se trate de o assumir na perspetiva da *área aberta*, livre de um tratamento jurídico, quer se trate de o compossibilitar com uma argumentação juridicamente institucionalizada...

Acentuação esta última que nos permite compreender que o patamar de interpelação ensaiado (na sua deliberada *parificação*) é menos uniformizador do que parece à primeira vista. Reconhecer a possibilidade de um tal patamar (bem como identificar produtivamente o *common ground* que este identifica) não significa com efeito esquecer que convivem aqui tratamentos metódicos polarizados (legitimados por distintas perspetivas de compreensão do direito) ...

Com um dos pólos a concluir que o papel dos materiais jurídicos se esgota no desenho da área aberta e do círculo que a protege (e a defender a imaculada equidistância das alternativas). Com o outro pólo, em contrapartida, a exigir que tais materiais e as suas intenções desempenhem um papel decisivo no interior do círculo e nas escolhas que conduzem à solução.

Como não significa por fim também ocultar que, quer em função da diversidade dos materiais e dos seus equilíbrios (institucionalizados nas respetivas *rules of recognition*), quer em função dos referidos tratamentos metódicos (e das concepções que os alimentam), tais alternativas possam ser levadas a

⁴¹³ Barak, *Shikul da`at shiputi*, cit. na trad. italiana da versão inglesa *La discrezionalità del giudice*, Milano, Giuffrè Editore, 1995, p. 45.

sério como oportunidades tanto de interpretação quanto de retextualização, tanto de execução tática quanto de realização-performance⁴¹⁴.

Estará a celebração desta pluralidade, no entanto em condições de alargar o papel produtivo do binómio e de atenuar as tensões que o desfiguram (ou que o condenam a um desempenho paradoxal)? Aparentemente dir-se-ia que está. *Por um lado*, porque considerar tal pluralidade admitindo uma dinâmica *centrifuga* significa permitir que o discurso dos casos difíceis seja assimilado por uma (se não convertido numa) reflexão sobre o sentido e os limites da *indeterminação* juridicamente relevante [3.1.]. Por outro lado porque considerá-la *centripetamente* significa estimular diferenciações no próprio binómio, permitindo que a consideração *em abstrato* dos casos se enriqueça com novos tipos (e outras tantas possibilidades analíticas) [3.2.]. Permitam-se-me apenas algumas breves notas sobre estes dois caminhos.

3.1. A pragmática da *indeterminação* e as propostas de substituição (*subdeterminação, incerteza e indecidibilidade*)

A expansão aberta pelo primeiro caminho promete o regresso a um contexto *originário* e ao debate que o ilumina. A verdade, porém, é que esse regresso se cumpre em termos menos radicais do que seria de esperar. E por razões que fundamentalmente já conhecemos. Admitir que a *soma* das oportunidades de interpretação-concretização — enquanto totalidade virtual de alternativas — convive harmonicamente com a *diferença* (com a *diferença* que sustenta cada uma delas) significa, com efeito, admitir (implicitamente embora) que as questões dos *casos difíceis* e da *incerteza* juridicamente relevante (assim exemplarmente confundidas) se situam numa etapa (cronológica e /ou analiticamente) específica do *iter* metódico. Uma etapa que pressupõe resolvida a questão prévia da *seleção* dos materiais e que assim mesmo abstrai desta (suspendendo a consideração eventualmente autónoma da problematicidade-*concreteness* do caso *decidendo*)? Já o sabemos. Importando acrescentar que, se se trata de considerar em simultâneo as questões da *dificuldade* e

⁴¹⁴ Para um esclarecimento, veja-se o desenvolvimento que propus em «Jurisdição, diferendo e “área aberta”. A caminho de uma “teoria” do direito como moldura?», cit., pp. 465-471 (2.).

da *incerteza*, é decerto para conferir a ambas (ou à sua convergência) um sentido explicitamente *hermenêutico*... e ainda (*et pour cause*) para beneficiar (proteger) o tratamento metodicamente relevante destas (por uma vez globalmente sobrepostas) com a presunção de uma suspensão cognitiva e com o «modelo» de isolamento (ou de autossustentância) racional que esta exige — um «modelo» de isolamento que, socorrendo-me das formulações de Frederic Kellogg, diria *sincrónico* (*a synchronic model of legal difficulty (...) and legal uncertainty*)⁴¹⁵).

Que sentido explicitamente *hermenêutico*? Precisamente aquele que, emancipando-se embora (em termos mais ou menos conseguidos) da teoria da interpretação do século XIX, identifica as duas questões em causa com problemas (se não com o problema) suscitado(s) pela *textura aberta* do *recurso* linguagem — do *recurso* linguagem que os materiais pressupostos mobilizam, quer se trate de o conter num plano meramente expressivo (o que acontece frequentemente com o tratamento dos pré-juízos jurisdicionais e dos modelos dogmáticos), quer se trate de o levar a sério num plano já integralmente constitutivo (o que acontece quase sempre com as prescrições legislativas)⁴¹⁶.

E que modelo *sincrónico* de compreensão da *dificuldade* e/ou da *incerteza*? Aquele que, ao esquecer o «caso na sua *singularidade*» e ao abstrair da «relação *diacrónica*» deste caso com uma cadeia de casos análogos (ou com um reconhecimento do núcleo problemático *in action* que é comum a todos eles) — mas também ao cultivar uma «epistemologia individualista» (ou solipsista)⁴¹⁷! —, se ocupa menos dos problemas da concorrência entre materiais jurídicos (entre materiais que disputem a assimilação de um problema concreto) do que das diferentes possibilidades de interpretação (se não do *semantischer Spielraum*) que a linguagem mobilizada por cada um desses materiais autossustententemente permite — *semantischer Spielraum* que por sua vez há de enquadrar (e legitimar racionalmente) uma posterior especificação pragmática (e a decisão que a sustenta). Sem esquecer que a atenção *situada* àqueles problemas de concorrência *implicaria* invocar uma certa representação *local* da incerteza (*focused on (...) the immediate ambiguity of fact and alternative rules*

⁴¹⁵ Frederic R. Kellogg, «What Precisely is a “Hard” Case? Waldron, Dworkin, Critical Legal Studies, and Judicial Recourse to Principle» (2013), disponível em [http:// dx.doi.org/10.2139/ssrn.2220839](http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2220839), p. 8.

⁴¹⁶ Bastará lembrar a solução exemplar de Posner — contrapondo o *written law* (se não *textual system*) do *statutory law* ao *unwritten law* (ou *conceptual system*) mobilizado pelas *common law decisions* — proposta em *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge Mass., Oxford University Press, 1993, pp. 247-261 («Common Law versus Statute Law»).

⁴¹⁷ Kellogg, «What Precisely is a “Hard” Case?...», cit., pp. 2 e 4.

in the context of individual cases) e que a preocupação com a predeterminação deste enquadramento semântico *impõe*, em contrapartida, que se sacrifique a uma representação *global* (*[emphasizing]* (...) a «*global*» *indeterminacy*)⁴¹⁸.

Como se, ao fim e ao cabo, se tratasse de «confinar a indeterminabilidade» juridicamente relevante (na sua assimilação lograda do problema de demarcação dos casos difíceis) ao problema dos «“interstícios”» que, com maior ou menor extensão ou intensidade (e projetando-se tanto nos planos *intensional* quanto *extensional*), *separam* ou *ferem* «as significações verbais»⁴¹⁹. Num regresso (aos legados originários) menos radical do que seria de esperar? Importa repeti-lo. Não se trata, com efeito, de regressar a Holmes (e à conjugação de *indeterminabilidade interna* e de *previsibilidade-explicabilidade externas* que sustentam a sua compreensão da decisão judicial), como não se trata de reabilitar a mediação do *legal realism* (enquanto confere a uma tal *indeterminabilidade* uma projeção *microscópica*, abrindo assim as portas a uma experimentação *diacrónica*). Trata-se (surpreendentemente?) de ficar pela *herança* da perspectiva ou do patamar estabilizados por Hart, entenda-se, pela consideração prioritária dos materiais, na sua insuperável *abertura* — uma *abertura* que, ao expor-se-nos como ponto de partida, admitirá assim ser *sincrónica* e *globalmente* tematizada (e como tal metodicamente convertida num enquadramento racional)...

Ainda que se reconheça (e sem prejuízo de se reconhecer) que os fatores (*sources*) que provocam tal abertura (concentrados no problema-desafio da classificação *under general terms*) dizem respeito quer às dificuldades a que o *recurso* linguagem globalmente nos expõe («*open texture*» (...) *as a general feature of human language*⁴²⁰) quer às dificuldades geradas pelas *regras* e pelo problema de as seguir e aplicar⁴²¹. Ou ainda que se admita que estas últimas identificam menos questões pontuais (suscitadas por opções-prescrições teleologicamente deliberadas)⁴²² do que razões globalmente intrínsecas, inseparáveis das

⁴¹⁸ *Ibidem*, p. 14.

⁴¹⁹ *Ibidem*, p. 12.

⁴²⁰ Hart, *The Concept of Law*, cit., p. 128.

⁴²¹ Ver *supra*, 2.1.4.

⁴²² Embora também identifiquem tais questões e as correspondentes opções. É para incluir estes «tipos de casos» (de consagração deliberada de uma fórmula aberta) que Hart fala de *avowed discretion* (ou de um «express or avowed use of discretion»), distinguindo-a assim da *tacit or concealed or disguised discretion* (que seria por sua vez dominante nos problemas comuns da interpretação dos *statutes* e do uso dos precedentes): «Sometimes the limitation imposed by [those] factors (...) [i.e., Relative Ignorance of Fact (...) and Relative Indeterminacy of Aim] (...) is so patent at the outset

instâncias envolvidas (difficulties involving instances of rules) e assim também indissociáveis das dificuldades a que a delimitação e «classificação» dos «particulares» invariavelmente nos expõe (particular fact-situations do not await us (...) labelled as instances of the general-rule)⁴²³.

Importando ainda acrescentar que *ficar* pela perspectiva-patamar consagrada por Hart não significa ter que aceitar o seu *argument for indeterminacy* enquanto solução de *tratamento* — com a reinvenção dos binómios a que já aludimos (*core of settled meaning/penumbra of debatable cases, certainty/doubt*) —, muito menos dever assumir a demarcação *casos fáceis/casos difíceis* que esta solução impõe — com a defesa de indeterminações parciais (relativas à linguagem em geral e relativas às regras) a corresponder a um diagnóstico de que existem casos paradigmaticamente claros (*clear or plain cases [as those where there is] «general agreement» in judgements as to the applicability of the classifying terms⁴²⁴, the paradigm clear cases⁴²⁵*). Ficar por este patamar — admitir uma tematização autossubsistente dos materiais na sua textura aberta (e reconduzir a esta a temática dos *casos difíceis*) — significa antes, e em contrapartida, estar em condições de acolher um espectro diversificado de possibilidades de tratamento, espectro este que, ao relativizar a solução de Hart — ao convertê-la numa proposta possível (entre outras também possíveis) —, se polariza entre o reforço do território da *certeza positiva* (com um número mínimo de *casos difíceis*) e a renúncia explícita a este território... O que de imediato consagra uma assimetria...

Com a expansão do domínio da certeza a cumprir-se sem poder rejeitar a incerteza (o que significaria ceder às exigências do paradigma formalista da aplicação) ... e com a intensificação da indeterminação a poder rejeitar a possibilidade de casos fáceis (*there are no easy cases!*) — sendo certo que se trata assim de

that we do not attempt to lay down specific rules but ab initio confer a discretionary jurisdiction on some official or authority: these are cases of Avowed Discretion. In other spheres where these limitations are not so patent, we do attempt to lay down rules, and though we may proceed happily with them over a wide area, cases arise where in offense the rules break down and supply no unique answer in a given case: this is the case of Tacit or Disguised Discretion...» («Discretion», cit., p. 661). Para além da *avowed discretion* confiada aos *administrative bodies*, teríamos assim as seguintes possibilidades de *avowed discretion* confiada aos tribunais: «(a) Application of standards by Courts... (1) by Judge, e.g., “reasonable or proper cause” in malicious prosecution, (2) by Jury under control of Judge, [e.g.,] “reasonable care” in negligent cases. (b) Discretionary remedies, e.g., injunction and specific performance. (c) Sentencing in criminal cases...» (*Ibidem*, p. 655).

⁴²³ *The Concept of Law*, cit., p. 126.

⁴²⁴ *Ibidem*, p.126.

⁴²⁵ «Discretion», cit., p. 662.

vincular a textura aberta à inevitabilidade de alternativas ou à plausibilidade (se não equivalência *em abstracto*) das razões correspondentes.

O que, no entanto, também muito especialmente se nos impõe como uma oportunidade para tratar o problema da dificuldade dos *hard cases* explorando uma sequência de distinções analiticamente plausíveis. Que distinções? Admitamos convocar quatro, *globais* as duas primeiras — enquanto dizem respeito respetivamente aos *tipos de imperfeição (significativa)* da linguagem e aos «objetos» da discricionariedade do juiz (enquanto se referem *global-classificatoriamente* aos problemas da *interpretação textual* e da «*criatividade*» *jurisdicional*) —, específicas as restantes, já que concentradas na extensão (*quantitativamente* apreciada) dos *casos difíceis* e na *intensidade* da indeterminação que é possível fazer corresponder (*qualitativamente*) a tal extensão.

Se em relação à primeira destas distinções nos basta invocar o conhecido *contraponto de base* entre as conotativo-*intensionalmente* relevantes *ambiguidades* (equivocidades ou plurivocidades) e *inconsistências* e as denotativo-*extensionalmente* relevantes *vaguidades* e *porosidades* (estas últimas a integrem uma dimensão *diacrónica*)⁴²⁶ — e invocar este contraponto como ponto de partida para processos de distribuição mais complexos (capazes de dar atenção às especificidades da linguagem jurídica explorando *subtipos* no interior de cada um destes *tipos nucleares*)⁴²⁷ —, já no que diz respeito à segunda importa dizer que se trata de *situar* as decisões do juiz (sempre que estas envolvam alternativas *legítimas*), *inscrevendo-as* no contexto relacional *realidade juridicamente relevante /materiais-critérios*⁴²⁸, ou mais rigorosamente, de as *distinguir* (ainda que apenas *analiticamente*) em função da componente ou componentes que, neste mesmo contexto, tais decisões privilegiam...

O que nos autoriza a uma remissão para a proposta exemplar de Ahrom Barak e para o modo como esta, mobilizando embora uma conceção de base assumidamente teleológica, preserva aproblematicamente o binómio *normas /factos*

⁴²⁶ Ver por todos Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais*, cit., pp. 109-115 e 127-141, «O princípio da legalidade criminal...» (1988), *Digesta*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, vol. 1º, pp. 435-441 e *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 173-184.

⁴²⁷ Assim por exemplo (distinguindo três tipos de *vaguidade*), Aharon Barak, *Purposive Interpretation in Law*, New Jersey, Princeton University Press, 2005, pp. 100-101 («Vague Language»).

⁴²⁸ Um contexto que, como sabemos, nos traz a compreensão daquela *realidade* que é consentida pela perspetiva destes *materiais* (e destes *materiais* iluminados pelo modelo de autossustentação da norma-rule).

(se não a composição estruturante do *silogismo*)⁴²⁹: trata-se, na verdade, de distinguir três *tipos* possíveis — a «discricionariedade relativa às normas» (na sua autossubsistência e na relação *sistémica* com as outras normas), a «discricionariedade» relativa aos «factos» (envolvendo uma conceção assumidamente *não jurídica* do problema da prova) e a «discricionariedade relativa à aplicação da norma aos factos» (esta a exigir uma «escolha entre um certo número de possibilidades de aplicação», se não já a opção pelos «recursos metódicos» que as legitimam⁴³⁰) —, sendo certo que a primeira e a terceira destas discricionariedades se cumprem associando práticas e cânones *linguísticos* e *jurídicos*, com a *linguistic discretion* a «estabelecer» a *area-range* dos sentidos semanticamente plausíveis e a *legal discretion* a entregar-se a uma determinação ou sequência de determinações *teleológicas* (*judges will sometimes need discretion to determining (...) purposes*)⁴³¹...

Acentuação esta última que, ao estabelecer uma ponte indispensável com a primeira das classificações (relativa aos tipos de insuficiências linguísticas), nos aproxima decerto da distribuição de MacCormick — distribuição que vimos já explicitamente oferecer-se-nos como uma tipificação dos *casos difíceis* e não menos claramente mobilizar a autossubsistência racional das normas (e a *forma* estruturante do silogismo), distribuição que podemos assim invocar como o exemplo primeiro (e o exemplo maior) de uma série de outros possíveis (todos eles aproblematicamente alimentados pela mesma perspectiva-*patamar*).

Sem que as condições de inteligibilidade se alterem significativamente, a terceira possibilidade de distinção-distribuição concentra-se já diretamente na experiência dos casos difíceis. Trata-se, na verdade, de mobilizar representações prioritariamente *quantitativas* e estas quer como respostas assumidas ao problema da extensão relativa dos *casos fáceis* e dos *casos difíceis* — no mundo prático do direito em geral e nos diferentes domínios do direito em particular —, quer como tentativas de esclarecer o *nível* da *dificuldade* presente nos segundos — nível este que se reconhece *contabilizando* o número de alternativas legítimas.

⁴²⁹ Barak, *Shikul da' at shiputi*, na trad. italiana *La discrezionalità del giudice*, cit., pp. 21-26 («L'oggetto della discrezionalità del giudice»).

⁴³⁰ Barak vai mesmo ao ponto de dizer que o «juiz seleciona, dentro dos vários métodos de aplicação previstos, aquele que ele considera o mais adequado» (p. 21).

⁴³¹ Este desenvolvimento têm-lo com efeito já em *Purposive Interpretation*, cit., pp. 214-217 («Situations of Judicial Discretion»). Recordemos de resto que, em «Discretion», Hart distingue explicitamente *two handicaps* (suscetíveis de «justificarem» o uso legítimo da discricionariedade no discurso jurídico): «The first I will call Relative Ignorance of Fact, and the second I will call Relative Indeterminacy of Aim...» («Discretion», cit., p. 661).

Façamos corresponder a cada um destes planos um exemplo eloquente: respetivamente, o da distinção entre *indeterminação ilimitada ou global* e *indeterminação limitada ou local* explorada por Postema a propósito dos *Cls writers* (*it is unlimited or global if the indeterminacy infects all or nearly all the law (...), [i]t is limited or local if only some portion or domain of law is characterized by indeterminacy*⁴³²)... e o da distinção entre *discricionariedade restrita* e *discricionariedade vasta* (ou *discricionariedade em sentido lato*) assumida pela analítica de Barak⁴³³ (*la differenza riguarda il numero di opzione legittime che si prospettano al giudice (...) [,] nel primo caso, esso è ridotto, sebbene mai inferiore a due (...) [,] nel secondo, invece, è maggiore*⁴³⁴).

Sem esquecer, no entanto, que qualquer um destes dois contrapontos, na reflexão dos respetivos Autores, se cruza produtivamente com um outro — este outro com uma inteligibilidade mais complexa, sustentada em fatores de ordem prático-normativa (alguns internamente jurídicos, outros exteriores ao direito). Com que *outro* ou que *outros*? Na proposta de Postema, com o contraponto entre *indeterminação estreita* e *indeterminação contra-factual* — sendo certo que este segundo tipo (*counterfactual indetermination*) se autonomiza ao invocar uma experiência diacrónica e pontos de vista *extrajurídicos* (se não explicitamente *ideológico-políticos*) estranhos ao primeiro e à sua inteligibilidade sincronicamente interna (*law is narrowly indeterminate on a given issue when, under relevant existing conditions, legal materials and methods are insufficient to yield a unique and conclusive solution to the issue / law is counter-factually indeterminate on an issue (...) when it is determinate under existing conditions (...) [but becomes] indeterminate if certain conditions (...) exterior to law (...) change*⁴³⁵). Na analítica de Barak, com o contraponto entre *discricionariedade limitada* e *discricionariedade absoluta* — acontecendo agora que a primeira revela uma interferência direta de «orientações e limites jurídicos» e que a segunda prescinde plenamente destes (*[p]iù che il numero delle opzioni, qui è importante il margine di libertà di cui gode la parte autorizzata all'esercizio della discrezionalità — relativamente alla forma e al contenuto*⁴³⁶). Mas sem esquecer também que

⁴³² Postema, *Legal Philosophy in the Twentieth Century: the Common Law World*, cit., p. 226.

⁴³³ Barak, *La discrezionalità del giudice*, cit., pp.18, 26.

⁴³⁴ *Ibidem*, cit., p. 26.

⁴³⁵ Postema, *Legal Philosophy in the Twentieth Century: the Common Law World*, cit., pp. 226 e ss. Este cruzamento-sobreposição de distinções é precioso para Postema, enquanto lhe permite concluir que os *Cls* privilegiam uma *global and counter-factual indeterminacy*: *ibidem*, pp.234-235.

⁴³⁶ Barak, *La discrezionalità del giudice*, cit., p. 26. Este cruzamento-sobreposição de distinções é por sua vez indispensável para Barak, permitindo-lhe concluir que a *discricionariedade* do juiz nunca é absoluta: *ibidem*, pp. 27 e ss. O que nos aproxima da teoria *standard* da argumentação (da possibilidade-exigência de mobilizar argumentos sistémicos na escolha das alternativas) ... mas

é ainda uma demarcação de *extensões*, descritivo-explicativamente sustentada — menos preocupada de resto com o número das *alternativas* (com o *grau da dificuldade*) do que com o o número dos *casos* (e com o equilíbrio relativo dos tipos em confronto) — que constitui a *base de informação* de diagnósticos *positivos* tão exemplarmente distintos como aqueles que Posner, Schauer e D’Amato constroem⁴³⁷. Convergência que não se nos imporá por acaso, uma vez que cruzá-la com o problema da demarcação dos casos difíceis significa afinal estar em condições de responsabilizar o primeiro destes diagnósticos por uma posição intermédia⁴³⁸ (*há casos fáceis e difíceis, mas há muito mais casos difíceis!*) ... e então e assim também pedir aos outros que exemplifiquem contra-pólos plausíveis (*há muitos casos fáceis e estes são indispensáveis para a compreensão do direito! / só há casos difíceis!*). Como se considerar o diagnóstico de *How Judges Think* — ou este enquanto confirma o número limitado de decisões que «o direito» está em condições de «determinar» satisfatoriamente⁴³⁹ — significasse precisamente situá-lo entre dois diagnósticos exemplares: com um deles a sustentar uma reinvenção *formalista* da racionalidade prática que valoriza a *determinabilidade* puramente jurídica (*understanding law requires awareness of (...) easy cases*⁴⁴⁰)⁴⁴¹... e com o outro a defender uma tese de *in-*

também de Hart e da dimensão de responsabilidade funcional que este autonomiza: «When we are considering the use of discretion in the Law we are considering its use by officials who are holding a responsible public office. It is therefore understood that if what officials are to do is not rigidly determined by specific rules but a choice is left to them, they will choose responsibly having regard to their office and not indulge fancy or mere whim, though it may of course be that the system fails to provide a remedy if they do indulge their whim. The position may perhaps be clarified by distinguishing between the following pair of expressions: (1) the expression “a discretion,” which means the authority to choose given on the understanding that the person so authorized will exercise discretion in his choice; and (2) the expression “discretion,” which means a certain kind of wisdom or deliberation guiding choice...» (Hart, «Discretion», cit., pp. 657-658).

⁴³⁷ A qualificação *positivo*, como sinónimo de *não normativo* ou *não regulativo*, é evidentemente de Posner: «The book emphasizes positive rather than normative analysis — what judges do, not what they should do...» (*How Judges Think*, Harvard University Press, 2008, 6).

⁴³⁸ Como intermédias são afinal, num outro contexto ou em função de outros pressupostos e exigências, as teorias da argumentação que nos ocuparam *supra*, 2.2.

⁴³⁹ Dando-nos conta da prevalência dos casos *não rotineiros, interessantes* ou *duros*...: ver a «Introduction» a *How Judges Think*, cit., pp. 1-15. Ver no entanto o texto que cito *supra* na nota 21 (dando atenção a algumas transformações significativas da proposta de Posner).

⁴⁴⁰ Frederick Schauer, «Legal Realism Untamed», *Texas Law Review*, vol. 91, p. 749.

⁴⁴¹ Para Schauer trata-se, com efeito, de reconhecer a *determinabilidade* nuclear do jurídico (*the routine determinacy of law, the routine operation of clear law*) e de assumir assim o amplo e luminoso domínio dos *unlitigated cases* em que esta *naturalmente* acontece: «Law is not only about hard cases. There are easy ones as well and understanding law requires awareness of not only litigated and then appealed disputes, but also the routine application of legal rules and doctrine...» (*Ibidem*) Esta acentuação importa-nos porque questiona a própria noção de *case*... — este um ponto a que voltaremos (*infra*, nota 462)!

determinabilidade pragmática e o «desconstrutivismo» *sui generis* que a torna possível (*every case is indeterminate*)⁴⁴².

Independentemente das possibilidades que explora ou que combina, esta representação privilegiadamente quantitativa é, por sua vez, um dos sinais (frequentemente mesmo o sinal) a ter em conta na última das distribuições a que nos importa aludir. A mais interessante de todas, uma vez que se cumpre enfrentando o problema da *intensidade* da *determinação-indeterminação* que afecta os *materiais jurídicos pressupostos* e distinguindo as *respostas* correspondentes: respostas estas que se dirigem globalmente a tais materiais e que assim mesmo acolhem e sobrepõem — mas sobretudo *interpretam* — as informações que as anteriores distribuições foram disponibilizando. Indissociado desta tematização da *intensidade* (se não sobrepondo-se a esta) está, na verdade, um problema de *sentido* (o *sentido* da indeterminação que fere os materiais jurídicos)... e a projeção deste (ou da *tese* que globalmente lhe responde) numa compreensão possível das práticas e dos discursos juridicamente relevantes... com *resultados* no entanto que (uma vez mais paradoxalmente?) parecem abalar o relevo da categoria de inteligibilidade *indeterminação*... ou pelo menos submetê-la a um elenco de especificações transformadoras...

É certo que as *interpretações* de uma tal *intensidade*, pelo menos no que diz respeito a um dos lados da moeda (o da *indeterminação-indeterminabilidade*), se vêem frequentemente classificadas como *conceções fortes e fracas* (*the «strong» indeterminacy thesis/ the «weak» indeterminacy thesis*)⁴⁴³ — classificação cuja

⁴⁴² Anthony d'Amato, «Pragmatic Indeterminacy», *Northwestern University Law Review*, vol. 85, 1990, pp. 148-189. Para D'Amato trata-se, com efeito (e em contrapartida!), de defender a indispensabilidade de um «degrau não trivial de regularidade e de previsibilidade judiciárias» (*some nontrivial degree of judicial regularity and predictability is required*) [*ibidem*, p. 180], concertando-o embora com o nível de *cepticismo* construtivo que, num plano também descritivo-explicativo, nos impede de garantir que um determinado caso possa ou deva ser tratado como um caso fácil (*we can never know whether any actual case is easy*) [*ibidem*, p. 170]. «Deconstructionism is, among other things, a way of looking at the world that challenges the psychological need to explain events by theories. (...) A skeptic does not know where, if anywhere, a line can be drawn between “easy” cases and “hard” ones, then every case is potentially indeterminate. (...) Pragmatic Indeterminacy not only regards each judicial decision as indeterminate, but also—if it were possible to exclude the normative dimension of justice or morality (...) from law and mean by “law” only the words of the law (statutes, precedents, etc.) —considers it to be a category mistake to use notions of “legally right” or “legally correct” in criticizing a given decision. Although we often use the words “correct” or “incorrect” in criticizing judicial decisions, the fact that any decision is a matter of probability combined with the fact that no case is “easy” means that either side can legitimately win any individual case. I maintain not only that our real world is one of probabilities and not certainties, as quantum theory has (...) amply demonstrated, but also that our legal world is made up only of probabilities and not certainties...» [*Ibidem*, pp. 157, 151, 184-185].

⁴⁴³ No texto que se segue socorremo-nos de Lawrence B. Solum, concentrando as formulações exemplares que (num diálogo indispensável com os *Cls*) o autor propõe em «On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma», *University of Chicago Law Review*, vol. 54, nº 462, 1987, pp. 462-503.

transparência depende explicitamente das referências ao binómio *casos fáceis/casos difíceis*...

Com as teses *fortes*⁴⁴⁴ a reivindicarem que «todos os casos são “difíceis”» (*all cases are «hard» cases, law is radically indeterminate*⁴⁴⁵) ou, mais rigorosamente a defenderem que «em todos os casos qualquer resultado (*any result*) é suscetível de ser extraído (*can be derived*)» dos «materiais jurídicos existentes» (a começar decerto pelas posições doutrinárias)⁴⁴⁶... e com as teses *fracas* a sustentarem, em duas versões alternativas (*the Important-Case Indeterminacy Thesis*⁴⁴⁷/*the Modally Weakened Indeterminacy Thesis*⁴⁴⁸), que «todos os casos interessantes são difíceis» (*all interesting or importante cases are indeterminate (...) [,] the only easy cases (...) turn out to be uninteresting or unimportant ones*⁴⁴⁹) ou que não existem «resultados determinados» que se possam dizer «necessariamente produzidos» pelos «critérios-regras» (*legal rules do not necessarily produce determinate results in particular cases*⁴⁵⁰) — podendo a ausência de tal *necessidade* (na relação *regra/caso*) ser entendida (num plano argumentativo *não trivial*, que alguns dos representantes desta última versão conjugam assim com argumentos de *cepticismo externo*) como uma representação diacronicamente plausível da *mudança política* (*a «shift in the direction of political winds» might alter the outcome of the application of a legal rule to any particular case*⁴⁵¹)...

Mas se é certo que às interpretações da intensidade e sentido da indeterminação corresponde habitualmente um tal contraponto — nada nos impedindo de resto de, como que *em espelho* (mantidos os mesmos pressupostos), o generalizar, alargando a gradação *forte/fraco* ao *common ground* habitado pelas possíveis teses de *determinação-determinabilidade* (com o «forte» aqui a corresponder à tendência *neoformalista* ou às aproximações que esta admite)! —, não é menos certo que uma exploração mais detida das distinções em causa nos obriga a fazer intervir outros elementos (e outros problemas) — estes significativamente perturbadores de uma tal *transparência*.

⁴⁴⁴ *Ibidem*, pp. 470-488 (II).

⁴⁴⁵ *Ibidem*, pp. 470-471.

⁴⁴⁶ *Ibidem*, pp. 470 [«“Law” means the legal materials taken as whole, including constitutions, statutes and case law...» (*Ibidem*, p. 473)].

⁴⁴⁷ *Ibidem*, pp. 488-491 (III - A)

⁴⁴⁸ *Ibidem*, pp. 491-495 (III - B)

⁴⁴⁹ *Ibidem*, p. 489.

⁴⁵⁰ *Ibidem*, p. 492.

⁴⁵¹ *Ibidem*, p. 494.

Já aludimos a um destes problemas, trazido para a discussão da «strong» *indeterminacy thesis* pela eloquente reconstituição de Dworkin: refiro-me à conhecida distinção entre argumentos de *cepticismo interno* (*within the enterprise of interpretation*) — apoiados numa certa conceção da interpretação e na pretensão de «justeza» ou de «acerto»-*soundness* que a distingue das outras e lhe permite questioná-las (*relying on the soundness of a general interpretative attitude to call into question all possible interpretation of a particular object*) — e argumentos de *ceticismo externo* (*outside and about the enterprise of interpretation*) — justificados por uma *metateoria* (se não por uma reflexão «metafísica» perspectivista ou emotivista) que vê nas pretensões interpretativas, sejam estas quais forem, puras posições-opiniões (se não expressões ou projeções de emoções), privadas de *objetividade* (*as a second-level theory about the philosophical standing or classification of the interpretative claims*)⁴⁵²; refiro-me no entanto sobretudo a esta distinção... já tal qual a vemos reinventada por Lawrence Solum e assim mesmo projetada na reconstituição crítica da tese da *indeterminação juridicamente relevante*⁴⁵³, permitindo-nos por um lado descobrir os *cépticos internos* a mobilizarem os argumentos jurídicos convencionais e muito especialmente as possibilidades da *interpretação teleológica* (*this skepticism is «internal» to the practices of law*⁴⁵⁴) para «demonstrarem» que todos os aparentes *casos fáceis* «são afinal difíceis» (*to demonstrate that results in an «easy» case are really indeterminate*)⁴⁵⁵ ... e autorizando-nos por outro lado a surpreender os *céticos externos*

⁴⁵² Dworkin explora já detidamente esta distinção em *Law's Empire* (Cambridge Mass., The Belknap Press of Harvard University Press, 1986, pp. 78-85, 266 e ss.) [os excertos citados no texto encontram-se nas pp. 78 e 79]. Vêmo-la porém enriquecida em «Objectivity and Truth: You'd Better Believe it», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 25, nº 2, 1996, pp. 87-139 — com a distribuição do ceticismo externo ou arqui-medico por duas versões, uma global, a outra seletiva («a limited, selective version that concedes objective truth to «descriptive» claims, including mathematical ones, but denies it to «evaluative»—moral or ethical or interpretive or aesthetic— ones...») [p. 88], sendo esta última versão explicitamente identificada com as posturas filosóficas emotivistas ou subjetivistas — e em «Interpretation, Morality and Truth» (2002), texto apresentado no *Colloquium in Law, Philosophy and Political theory*, New York University (até há bem pouco tempo disponível em <http://www1.law.nyu.edu/clppt/program2002/readings/dworkin/dworkin.rtf>.) — com a consideração detida da exigência de compreender o ceticismo interno como uma posição interpretativa. O desenvolvimento integrado das possibilidades deste contraponto (mobilizando significativamente várias formulações e argumentos dos dois últimos ensaios citados, expostos no entanto a especificações mais rigorosas) cumpre-se porém já em *Justice for Hedgehogs* [Cambridge Mass./ London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011], muito especialmente nos caps. 5 e 7: ver infra, notas 471 e 475.

⁴⁵³ Lawrence B. Solum, «On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma», cit., pp. 472-484 (II- B, C).

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p. 472.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, pp. 472-473.

⁴⁵⁶ «Internal skeptics believe that by demonstrating that easy cases are hard cases, they have also demonstrated that the law is indeterminate...» (*Ibidem*, p.475).

enquanto deslocam o núcleo da argumentação quer para uma representação global da *praxis* (se não da *praxis* como texto), vinculada à *filosofia da Desconstrução* (e a um elenco de traduções metódicas heterodoxas)⁴⁵⁷, quer para uma representação das insuficiências da linguagem normativa ou da sua especificação pragmática (iluminadas pelo *anything goes* de um «*strong*» *rule-scepticism*)⁴⁵⁸.

Em que sentido é que a mobilização desta distinção (e a revelação dos seus territórios) perturba o contraponto entre teses *fortes e fracas* e a inteligibilidade da categoria *indeterminação*, na sua associação transparente quer a estas quer ao nosso binómio condutor? O problema parece estar menos na revelação dos planos *discursivo* e *metadiscursivo* que os ceticismos *interno* e *externo* respetivamente assumem e nas exigências que globalmente os separam — com o primeiro a mobilizar a *indeterminação* como peça-instrumento de uma intervenção internamente lograda, capaz de «ameaçar» a própria «empresa do direito»⁴⁵⁹ (*[arguing] that our legal culture, far from having any shape amenable to a uniform and coherent justification of principle, can only be grasped through the infertile metric of contradiction*⁴⁶⁰) e o segundo a tratá-la como elemento de uma reflexão *praticamente* «descomprometida» (*[leaving] the actual conduct of interpretation untouched by its conclusions*⁴⁶¹) — do que nos esclarecimentos que tal separação exige em relação aos elementos temáticos que lhe são comuns. Trata-se, com efeito, de perguntar se será indiferente falar de *indeterminação dos casos*, de *indeterminação das decisões judiciais* ou de *indeterminação dos materiais jurídicos* (ou *do direito* como acervo destes materiais)... e se a experiência do caso juridicamente relevante invocada a propósito dos *casos fáceis*, com o peso esmagador que aqui é atribuído aos *unlitigated (unreported) cases*⁴⁶², é afinal a mesma que sustenta o tratamento dos *casos difíceis*, com a sua referência constitutiva ao resultado de uma disputa e à dinâmica de vitória ou de derrota, de perda ou de ganho que a alimenta (*outcomes that constitute victory or loss for each litigant*⁴⁶³).

⁴⁵⁷ *Ibidem*, pp. 481-484 («The Deconstructionist Defence»)

⁴⁵⁸ *Ibidem*, pp. 476-481 («The Rule-Skeptic's Defence»)

⁴⁵⁹ Dworkin, *Law's Empire*, cit., p. 79.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, p. 272 (já explicitamente a propósito da sobreposição de ceticismo interno e externo na proposta dos *CIs*).

⁴⁶¹ *Ibidem*, p. 80.

⁴⁶² « Upon leaving the courthouse and its domain of difficult controversies, we observe the everyday determinacy of law — the production of clear guidance and uncontested outcomes by the conventional devices of legal decision-making... » (Schauer, «Legal Realism Untamed», cit, p. 749)

⁴⁶³ Solum, «On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma», cit., p. 474.

Perguntas que *por um lado* nos confrontam com a impossibilidade de estabilizar uma noção de *indeterminação* ou, pelo menos, com a dificuldade de, de uma vez por todas, fixar a perspectiva (vinculada à *norma* ou ao *caso*, à autossustentação dos materiais ou à contingência e variabilidade problemáticas) em que importa situar a sua relevância no mundo prático do direito — e que assim mesmo nos obrigam a subscrever a ironia de D’Amato (*the word «indeterminate» cannot have a specific, bounded meaning*⁴⁶⁴)! —, perguntas que, por outro lado, abrem oportunidades de circunscrever ou de clarificar os *significados* — e o próprio contexto de significação (se não já de antecipar o esperado *contexto de realização*) — substituindo os *significantes*...

Vou aludir (e aludir apenas) a três destas propostas de *substituição*, com alcances exemplarmente distintos: trata-se, com efeito, de defender que o problema que afeta globalmente o discurso jurídico é... menos o da *indeterminação* do que o da *subdeterminação* [α], menos o da *indeterminação* do que o da *incerteza* [β], menos o da *indeterminação* do que o da *indecidibilidade* [γ].

α) A primeira proposta de *substituição* é convocada por Solum na sua reconstrução crítica dos discursos dos *Critical Legal Scholars* e explora uma distinção entre *determinação*, *indeterminação* e *subdeterminação* (*determinacy, indeterminacy, underdeterminacy*) que, ao qualificar os *materiais jurídicos pressupostos* — ou estes materiais enquanto e na medida em que estabelecem uma relação com cada um dos possíveis casos —, encontra uma correspondência plena na distinção entre decisões judiciais *vinculadas, desvinculadas e orientadas*, respetivamente *ao, do e pelo* critério-regra («*rule-bound*», «*unbound*», «*rule-guided*» *decisions*)⁴⁶⁵. Uma correspondência clarificadora... mas sem surpresa, uma vez que se cumpre submetendo à perspectiva dos *materiais pressupostos* (levados a sério na sua coerência e assim mesmo identificados com o *direito disponível*) os resultados (*results*) que as referidas decisões produzem (ou hão de produzir) para responder aos casos *sub judice*. De tal modo que nestes mesmos resultados se possam distinguir dois acervos-sets, um deles *global*, constituído por todos os «resultados imagináveis» (*the set of all the various orders that a judge could issue*), *juridicamente específico* o outro, já que circunscrito pelo enquadramento que os referidos materiais

⁴⁶⁴ D’Amato, «Pragmatic Indeterminacy», cit., pp. 161-162, nota 36. «Professor Kress asserts that he understands Indeterminacy because, after all, he is one of the few scholars who has taken the trouble to define it. I find this claim unintentionally humorous, for if Professor Kress actually thinks that Indeterminacy can be defined, then he cannot understand it!» (*Ibidem*).

⁴⁶⁵ Solum, «On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma», cit., pp. 472 e ss.

autossubsistentemente delimitam e assim mesmo constituído por todos os resultados *conformes ao direito* (*the set of (...) all the results that can be squared with the law, the set of (...) all the legally reasonable outcomes*)...

Significa isto esclarecer que os materiais jurídicos se nos apresentam... (a) *determinados em relação a um caso* sempre que exista um e apenas um resultado juridicamente plausível — com a decisão judicial a poder dizer-se *vinculada* (*if and only if a single outcome is consistent with the law*) —, (b) *indeterminados em relação a um caso* sempre que o acervo dos resultados conformes ao direito coincida com o (for idêntico ao) acervo global dos resultados imagináveis — com a decisão judicial a poder dizer-se *desvinculada* (*if and only if the law does not place any limit on the range of possible results*) —, (c) *subdeterminados em relação a um caso* sempre que o acervo dos resultados conformes ao direito, envolvendo embora várias alternativas, constitua um subconjunto do acervo global dos resultados imagináveis (*the set of results that can be squared with the legal materials is a nonidentical subset of the set of all imaginable results*) — com a decisão judicial a poder dizer-se apenas *guiada pelo critério-regra*, uma vez que a escolha do resultado final deverá basear-se em argumentos *não jurídicos* (*a decision is rule-guided if and only if the outcome must be chosen on grounds other than the law itself — for exemple, on grounds of policy, principle or even personal preference from a range of possible results that are consistent with and limited by the law*)⁴⁶⁶...

A novidade relevante está, no entanto, na exigência de questionar o modo como o eixo de correspondências definido pelos *materiais, tipos de decisões e modalidades de determinação* se relaciona com o binómio *casos fáceis/casos difíceis*. Não se trata apenas de acentuar o que a concertação de tal correspondência com o legado da *strong discretion* nos permite de imediato compreender como inevitável: a saber, que as experiências mais habitualmente identificadas com os *casos difíceis*, associadas a um tratamento *não jurídico* e ao exercício de uma *discricionariedade forte*, deixam de poder ser associadas a um autêntico problema de *indeterminação*, para antes e em contrapartida se nos oferecerem aqui e agora como os exemplos por excelência da *subdeterminação* juridicamente relevante. Trata-se ainda de reconhecer que entre os *tipos de casos* em causa e os referidos *tipos de decisões e modalidades de determinação* as correspondências estão longe de ser lineares (os casos difíceis

⁴⁶⁶ *Ibidem*, p. 473. Incluir os princípios nestes «fundamentos não jurídicos» não deixa de ser surpreendente!

podem corresponder às categorias da *indeterminação* ou da *subdeterminação*, há componentes dos casos fáceis em relação às quais os materiais jurídicos nos aparecem *subdeterminados*, se não *indeterminados*!) — o que não só atenua a eficácia da «retórica acerca dos casos fáceis e difíceis» enquanto argumento mobilizável no *indeterminacy debate*⁴⁶⁷, como também abre as portas para questionar a plausibilidade da própria demarcação (ou pelo menos a identidade unitária do problema que lhe está associado).

β) É também como um recurso argumentativo mobilizável no combate à *indeterminacy thesis* — este porém com um impacto significativamente maior, desde logo pelo modo como ilumina as perspetivas em confronto — que se nos impõe a distinção seguinte. Refiro-me à clarificação das *modalidades de determinação* que Dworkin introduz a partir do confronto com os argumentos do *cepticismo* (*interno e externo*) a que já aludimos, clarificação que o leva precisamente a defender que o *juízo de indeterminação* — aquele que, ao sustentar que *não existe resposta correta* para um determinado problema de ordem ética, estética, moral ou jurídica (para um problema onde se manifesta uma *evaluative claim*⁴⁶⁸), sustenta simultaneamente que *nenhuma* das (*outras*) respostas ensaiadas é afinal uma resposta correta — deve «contar» como uma manifestação inequívoca de *cepticismo interno* (*that is a form of skepticism, but it is internal skepticism*⁴⁶⁹), constituindo um «equivoco» (ou mesmo uma «falácia») defender que tal juízo pode ou deve ocupar o patamar da *default position* — daquela *posição* capaz de se sustentar a si própria e de neste sentido reivindicar uma localização *exterior*, metadiscursivamente

⁴⁶⁷ É só até aqui que vai Solum!

⁴⁶⁸ Em termos globais poderá mesmo muito simplesmente dizer-se: para um problema de *interpretação*! Trata-se na verdade de dar atenção à chamada *unity-of-interpretation thesis* [Solum, «The Unity of Interpretation», *The Boston University Law Review*, Vol. 90, pp. 558 e ss. («What Is Interpretation?»)], a tese que Dworkin defende quando invoca um discurso interpretativo global (repartido embora por géneros e tipos diferenciados) e quando opõe este ao discurso científico (acentuação que, tratando-se de discutir uma modalidade «seletiva» de *cepticismo*, tem decerto a maior importância) [Lembremos apenas que o *cepticismo seletivo* poupa o discurso científico, ferindo exclusivamente os discursos interpretativos: ver citação de «Objectivity and Truth: You'd Better Believe it», *supra*, nota 452]. Se tal oposição se baseia no contraponto *interpretação / ciência* (e neste como uma reformulação lograda do binómio *compreensão / explicação*), desenhar (ou *ouvir*) tal contraponto significa por sua vez reconhecer uma «dualidade» de experiências reflexivas irreduzíveis — «dualidade» esta sustentada em dois grandes territórios da *intellectual activity* e nos discursos de razões (se não nas pretensões de verdade) que lhes correspondem (*interpretation [stands] (...) as a full partner beside science in an embracing dualism of understanding*) [*Justice for Hedgehogs*, cit., pp. 123-124].

⁴⁶⁹ *Justice for Hedgehogs*, cit., p. 44. «[I]ndeterminacy is a substantive position and therefore counts as a case of internal rather than external skepticism about the more positive views it challenges...» («Objectivity and Truth: You'd Better Believe it», cit., p. 137)

protegida (verdadeira *por ausência*) e como tal equidistante de todas as outras respostas em discussão para o mesmo problema⁴⁷⁰.

A tal juízo de indeterminação corresponde sempre, com efeito, uma pretensão-exigência substantivamente positiva (*a substantive claim*⁴⁷¹), a qual, ao ser confrontada com outras posições alternativas (como uma resposta entre outras respostas possíveis), exige uma justificação-fundamentação argumentativamente plausível, ou pelo menos (como acontecerá privilegiadamente nos juízos estéticos) uma mobilização lograda (intersubjetivamente comunicável) de «instintos» ou de «convicções» que se objetivem «num plano mais abstrato» (*a belief in indeterminacy is a positive claim, and it needs a positive reason or assumption to support it*⁴⁷²).

O juízo que merece a qualificação de *true by default* (dispensando, enquanto tal, novos *warrants* ou *backings*) é assim um outro: aquele que, no termo de um processo reflexivo, nos autoriza a reconhecer não temos (ainda!) a certeza de qual das respostas em confronto é afinal a *correta* ou a *mais plausível* (estando na realidade qualquer uma delas em condições de o ser!): um juízo que não é de indeterminação (nem de incomensurabilidade⁴⁷³), mas de *incerteza* (*U-propositions do hold by default*⁴⁷⁴, *if I have no firm conviction either way, then I*

⁴⁷⁰ Esta identificação da *indeterminação em sentido lato* (compreendida como uma manifestação *positiva* de cepticismo interno) encontra em *Justice for Hedgehogs* uma especificação categorial significativa, que nos autoriza a distinguir as pretensões de indeterminação *stricto sensu* (aquelas que correspondem sem mais à *no-right answer thesis*) das pretensões de incomensurabilidade (que se autonomizam sempre que o problema é de *comparação* entre alternativas), bem como a distinguir estas duas formas de uma terceira, invocável sempre que há um *conflito moral* — entenda-se, um conflito entre dois valores, com a possibilidade de se sustentar que todas as respostas possíveis são incorretas (*this is a claim not of indeterminacy but, we may say, of too much determinacy*): ver nestes sentido *Justice for Hedgehogs*, cit., p. 90 e ss., 118-122 («Conflict in Value?»)

⁴⁷¹ *Ibidem*, p. 44. «Indeterminacy is a substantive view to be ranked alongside the other substantive views in the neighborhood...» («Objectivity and Truth: You'd Better Believe it», cit., p. 134)

⁴⁷² *Ibidem*, p. 131. «Claims of indeterminacy are not true by default: they need, if not argument, which may not be available at any impressive length, at least a basis in more abstract instincts or convictions. These must be convictions or instincts within the domain about which the judgment is made: in the case of aesthetics they must be (...) aesthetic instincts or convictions...» (*Ibidem*, p.134).

⁴⁷³ Ver *supra*, nota 470.

⁴⁷⁴ *Ibidem*, p.134. «If I see arguments on all sides of some issue, and do not find, even after reflection, one set of arguments stronger than the others, then I am entitled without more ado to declare that I am uncertain, that I have no view of the matter. I do not need a further, more substantive, reason, beyond my failure to be persuaded of any other view, for claiming uncertainty. But in all these respects indeterminacy differs from uncertainty. “I am uncertain whether the proposition in question is true or false” is plainly consistent with “It is one or the other,” but “The proposition in question is neither true nor false” is not. Once uncertainty is taken into account then the default thesis collapses because if one of the alternatives – uncertainty – holds by default, indeterminacy, which is different, cannot...» (*Ibidem*). Este texto encontra-se também depois em *Justice for Hedgehogs*, cit., p. 91.

*am uncertain*⁴⁷⁵, *confessions of uncertainty are indeed theoretically less ambitious than positive claims*⁴⁷⁶). Com esta distinção, Dworkin traz-nos decerto um esclarecimento decisivo, uma vez que, longe de condenar as *evaluative (interpretative) questions* ao dogmatismo fechado da «clareza absoluta» (*absolute confidence or clarity is the privilege of fools and fanatics*), tal distinção as abre antes, em contrapartida, ao desafio de uma *procura racional (asking which (...) amongst the substantive views on offer (...) strikes us, after reflection and due thought, as more plausible than the others)*, com a garantia ainda de evitar confundir a frustração eventual desta procura com um diagnóstico de indeterminação e de assim rejeitar a autossuficiência dogmática com que este habitualmente nos fere (*if none (...) of the views strikes us as more plausible (...), we must then settle for the true default view, which is not indeterminacy but uncertainty*)⁴⁷⁷.⁴⁷⁸

O que é por fim abrir o caminho para, agora no plano específico das *legal interpretative questions*, pôr em causa a relação aproblemática entre *casos difíceis e indeterminação dos materiais jurídicos*. Trata-se, na verdade, de esclarecer que a *tese de que «não há nenhuma resposta correcta» («no right answer» thesis)* — quer se trate de a exprimir diretamente num juízo de indeterminação, quer se trate de a especificar numa pretensão de incomensurabilidade — é uma autêntica *conclusion-claim* de ceticismo interno: o que *por um lado* a priva da proteção (frequentemente *taken for granted*) de uma *true by default thesis (this «no right answer» thesis cannot be true by default in law any more than in ethics or aesthetics or morals)* — cuja afirmação pudesse ser autossuficientemente («autoevidentemente») mobilizada para concluir que um critério legal ou jurisprudencial se nos oferece *indeterminado* (na sua relação com um caso) —, o que *por outro lado* nos obriga a tratá-la como uma pretensão *jurídica (a legal claim)*... e então e assim a exigir o desenvolvimento de um percurso argumentativo, se não o suporte de uma «conceção» ou «teoria»,

⁴⁷⁵ *Ibidem*, p. 34. «I may be uncertain whether abortion is wrong: I may think the arguments on both sides reasonable and not know which, if either, is stronger. But uncertainty is not the same as skepticism. (...) [S]kepticism is not a default position. I need as strong an argument for the skeptical thesis that morality has nothing to do with abortion as for any positive view of the matter...» (*Ibidem*, pp. 34-35). Para uma exploração analiticamente mais detida da distinção *incerteza/ceticismo* — com a recorrente qualificação das pretensões de *indeterminação*, de *incomensurabilidade* ou de *conflito moral* como manifestações de *ceticismo interno* positivo (e a atenção às diferenças que as especificam, como outras tantas formas deste ceticismo) — são, na verdade, indispensáveis os desenvolvimentos propostos no cap. 5 de *Justice for Hedgehogs*, cit., pp. 88-96 («Internal Skepticism»). Ver ainda *ibidem*, pp. 118-119, 126-127, 148-149, 314-317.

⁴⁷⁶ *Ibidem*, p. 91.

⁴⁷⁷ *Ibidem*, pp. 95-96. Também já (com uma pequeníssima variação) em «Objectivity and Truth: You'd Better Believe it», cit., p. 135.

⁴⁷⁸ «We are left only with uncertainty, not nihilism...» (*Justice for Hedgehogs*, cit., p.156).

«teoria» esta implícita ou explicitamente geradora de indeterminação (*since the no-right-answer claim about law is a legal claim — it insists that no legal reason makes the case for one side stronger than the case for the other—it must rest on some theory or conception of law*)⁴⁷⁹.

A denúncia desta «falácia», impedindo os juízos de indeterminação de se pretenderem livres de um ónus de fundamentação-argumentação (impondo-lhes antes e em contrapartida a inevitabilidade redentora de uma «teoria heróica»⁴⁸⁰!), coloca-os por sua vez em pé de igualdade com as outras pretensões jurídicas *possíveis* e com as teorias que as alimentam: como se tudo passasse a depender da fundamentação assumida e da plausibilidade que esta constitutivamente gera para cada uma das respostas (*once we distinguish uncertainty from indeterminacy, we see that we need as strong a positive case for claims of indeterminacy as for more positive claims*⁴⁸¹, *we see [also] that a skeptical interpretive claim (...) is itself an interpretive claim*⁴⁸²). O que significa evidentemente exigir que os ditos *casos difíceis* passem a relacionar-se nos mesmos termos com todas estas pretensões e «teorias», incluindo (*et pour cause!*) com aquela(s) (não menos «heróicas»!) que, explorando a «presunção» de que «nenhuma forma de ceticismo interno é correta»⁴⁸³, assume(m) (le-va(m) a sério) a possibilidade-exigência da *one right answer thesis*. *Everything is substantive here, and everything is therefore in play*⁴⁸⁴!

Disse há pouco que a distinção explorada por Dworkin (*uncertainty versus skepticism*) nos obriga a questionar a relação entre *casos difíceis* e *indeterminação*. Acabámos de ver em que sentido: exigindo que o binómio *casos fáceis/casos difíceis*, na sua autointeligibilidade juridicamente relevante, passe a estar associado a experiências de *certeza-incerteza* (e já não de *determinação-indeterminação* ou de *comensurabilidade-incomensurabilidade*) — ora a partir daqui, também irrenunciavelmente vinculado ao desafio (representado

⁴⁷⁹ «Objectivity and Truth: You'd Better Believe it», cit., pp. 136-137. «Because such indeterminacy-generating legal theories actually exist, in articulated and elaborate form, law provides a good illustration of my claim that indeterminacy (...) counts as a case of internal rather than external skepticism...» (*Ibidem*, p. 137). Tal como acontece com os anteriormente citados, este texto (remetendo-nos expressamente para a famosa proposta introduzida em «No Right Answer?», *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985 e para os desenvolvimentos de *Law's Empire*) reaparece-nos na íntegra em *Justice for Hedgehogs*, cit., pp.94-95.

⁴⁸⁰ «Global interpretive skepticism must be internal — a dramatically ambitious claim that could only be redeemed by a heroically ambitious theory...» (*Ibidem*, p.127).

⁴⁸¹ *Ibidem*, p. 92.

⁴⁸² *Ibidem*, p. 127.

⁴⁸³ «My positive claims about personal and political morality presume that no global form of internal skepticism is correct...» (*Justice for Hedgehogs*, cit., p. 34)

⁴⁸⁴ *Ibidem*, p. 179.

por cada caso-controvérsia e pelas suas condições institucionais) de superar a *default position* que o *juízo de incerteza* representa. Mas se assim é, o que fica por saber — agora também já *para além* das respostas de Dworkin (se não *contra* estas!) ... — é se tal associação às *proposições de incerteza* não implica antes esvaziar a categoria «casos difíceis» — ou ainda mais claramente, se a atenção àquele desafio (na sua autonomia) não nos obriga a prescindir do próprio *binómio* e a superar a demarcação que o sustenta. Pergunta ou perguntas que irei privilegiar já a seguir⁴⁸⁵.

γ) Se as duas propostas de substituição anteriores (não obstante os seus diferentíssimos impactos!) provêm de reflexões críticas dirigidas à *indeterminacy thesis*, é já do campo das «teorias» geradoras de *cepticismo* — e do mais *heróico* destes campos, iluminado pela *interpretação pragmatológica* de Derrida⁴⁸⁶... — que, em contrapartida, provêm a última. Trata-se, como já disse, de substituir o significante *indeterminação* pelo significante *indecidibilidade*, importando no entanto aqui distinguir um plano-patamar de representação global e um plano de especificação-experimentação jurídica.

O primeiro destes patamares leva-nos ao coração da resposta que Derrida constrói reagindo à acusação de *impotência crítica* (se não *crítico*- «*metódica*») que, associada às acusações de *relativismo* e *niilismo*, vemos recorrentemente dirigida à *Desconstrução enquanto filosofia*. Se tal acusação sustenta que a «interpretação da interpretação» associada à *pragmatologia* (e à vertigem da *différance*) nos condena a uma celebração indiscriminada (e como tal

⁴⁸⁵ *Infra*, 4.

⁴⁸⁶ «I propose calling “pragmatological” the space of an indispensable analysis “at the intersection of a pragmatics and a grammatology” (...). Grammatology has always been a sort of pragmatics, but the discipline which bears this name today involve too many presuppositions requiring deconstruction, very much like speech act theory, to be simply homogeneous with that which is announced in *De la grammatologie*. A pragmatology (to come) would articulate in a more fruitful and more rigorous manner these two discourses...» [Derrida, «Afterword: Toward an Ethic of Discussion», in G. Graf (ed.), *Limited Inc*, Northwestern University, 1988, p. 159, nota 16]. É este ensaio de Derrida que, ao contrapor indeterminação e indecidibilidade, aqui nos interessa especialmente. Recordo que o referido posfácio foi escrito propositadamente para a coletânea *Limited Inc* (e assim mesmo publicado diretamente em inglês). No que diz respeito à referida coletânea (organizada por Gerald Graf), importa ainda lembrar que esta reúne, pela primeira vez em conjunto (e em versões inglesas), os outros dois textos que Derrida dedicou à *speech act theory* [«Signature événement contexte» (1971) e «Limited Inc a b c...» (1977)]... bem como um resumo (apenas um resumo!) do ensaio de Searle (que desencadeou o segundo) [«Reiterating the Differences: a Reply to Derrida» (1977)]. Para um esclarecimento dos pressupostos desta «interpretação da interpretação» (com as indicações bibliográficas indispensáveis), remeto-me para a reflexão sobre Derrida que desenvolvi em «Autotranscendentalidade, desconstrução e responsabilidade infinita. Os enigmas de *Force de loi*» (2004), in *Ars Iudicandi. Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Castanheira Neves (Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, número especial) volume I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 551-667 [ver também «O dito do direito e o dizer da justiça. Diálogos com Levinas e Derrida» (2006), in *Themis - Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, VIII, nº 14, 2007, pp. 5-56].

trivial) da indeterminação da linguagem — celebração que será reflexivamente improdutiva, uma vez que se contenta em remeter-nos para um exercício de *discricionariedade* (cujas condições de relevância e modelos de seleção dos fins-efeitos se demite pura e simplesmente de estabelecer) —, a reposta de Derrida cumpre-se *por um lado* mostrando que o exercício de desconstrução se desenvolve sempre na imanência de contextos de significação e de realização reconhecíveis — e então e assim pressupondo «convenções»-critérios e «valores» autodisponíveis (estes enquanto convenções performativas menos «contingentes» ou assumidas como tal numa determinada circunstância histórica⁴⁸⁷)⁴⁸⁸ —, *por outro lado* defendendo que o problema nuclear está longe de ser o da mera construção de um juízo de indeterminação, porque é antes e significativamente o de uma autêntica prova-*épreuve* de indecidibilidade, provação esta que, ao ser assumida perante (e sob) a «violência» das referidas convenções performativas, se reconhece como a dimensão pragmaticamente constitutiva de toda e qualquer decisão responsável (*there can be no moral or political responsibility without this trial and this passage by way of the undecidable*⁴⁸⁹).

Invocar aqui a violência das convenções *performativas*⁴⁹⁰ significa, na verdade, concluir que a procura de um qualquer critério *extralinguístico* (capaz de hierarquizar-*demarcar* estas convenções e o seu jogo) está irremediavelmente condenada ao fracasso... mas também e muito especialmente esclarecer que a autorreferencialidade linguística assim defendida (*il n'y a pas de hors texte*) se reconduz ao reconhecimento pleno da inevitabilidade do *contexto* ou das

⁴⁸⁷ «Nevertheless, to the extent to which (...) [deconstruction] — by virtue of its discourse, its socio-institutional situation, its language, the historical inscription of its gestures, etc. — is itself rooted in a given context (but, as always, in one that is so differentiated and mobile), it does not renounce (it neither can nor ought do so) the “values” that are dominant in this context (for example, that of truth, etc.)...» (Derrida, «Afterword: Toward an Ethic of Discussion», cit., p.137)

⁴⁸⁸ De acordo com a defesa de Derrida, o que singulariza o exercício desconstrutivo não é, com efeito, a ausência de contexto ou a plausibilidade de um metacotexto (hipóteses que se confundiriam num *absolute overview*), mas a oportunidade de assumir pragmaticamente determinados contextos, dando-se permanentemente conta da instabilidade destes e das especificações correspondentes (se não descobrindo possíveis degraus de instabilidade e os limites que os condicionam). De tal modo que a toda a desconstrução se nos apresente sempre «situada» e livre da ameaça do *anything goes*.

⁴⁸⁹ «Afterword: Toward an Ethic of Discussion», cit., p. 116.

⁴⁹⁰ Trata-se de defender que todos os nossos discursos emergem de uma violência *assimétrica* irreductível (*urgence précipitative, violence irruptive, précipitation essentielle*) [Derrida, *Force de loi. Le «fondement mystique de l' autorité»*, Paris, 1994, pp. 59, 60], estabilizando-se depois em torno de convenções performativas (mais ou menos explícitas) e das especificações realizadoras que estas suscitam (ao ponto precisamente de podermos considerar todos os *speech acts*, se não as «ações tout court», como «atos de justiça ou de direito») [*Ibidem*, p.59]

práticas de contextualização (*there is nothing outside context*)⁴⁹¹. Acentuação que, afastando-nos das pretensões de Austin e de Searle, nos aproximaria da *conversação responsável* de Gadamer... se não tivéssemos em atenção que se trata assim menos de reconhecer a inevitabilidade do contexto do que de assumar (celebrar) a «abertura *indefinida* de todos os contextos»⁴⁹². Em que termos? Reconhecendo a fronteira ténue de *estabilidade /instabilidade* em que se movem todos os horizontes de significação? Antes experimentando uma circulação-substituição de significantes e significados⁴⁹³: aquela que nos entrega à dinâmica espacial da «repetição» e do «intervalo» (e da «distância agonisticamente sustentada) ... mas que também e muito especialmente nos faz mergulhar numa dinâmica de *temporalização* ou de historicidade constitutiva (num jogo de diferenças permanentemente diferidas)⁴⁹⁴.

De tal modo que a referida *responsabilidade de decidir* encontre na *indecidibilidade* menos uma hesitação-oscilação entre sentidos virtualmente possíveis (que de alguma forma admitam ser antecipados em abstrato) do que uma promessa de determinação contextual desses mesmos sentidos, se não mesmo uma discriminação de possibilidades de «realização» *pragmaticamente determinadas* — rigorosamente determinadas, porque assumidas na perspetiva-enquadramento de uma situação singular⁴⁹⁵. Acentuação esta última que nos conduz irresistivelmente ao segundo patamar, aquele em que — graças aos caminhos desbravados pela (chamada) segunda geração dos *Critical Legal Scholars* (Balkin, Hutchinson, Dalton) e pelas *Postmodern*

⁴⁹¹ «Afterword: Toward an Ethic of Discussion», cit., p. 136.

⁴⁹² *Ibidem*, p. 137.

⁴⁹³ «“Il n’y a pas de hors texte” ne veut pas dire que tout est papier, saturé d’écriture, mais que toute expérience est structurée comme un réseau de traces renvoyant à autre chose qu’elles-mêmes...» («Entretien avec Jacques Derrida - Penseur de l’événement», entrevista conduzida por Jérôme-Alexandre Nielsberg, *L’Humanité*, 28 de Janeiro de 2004, disponível em <http://www.jacquesderrida.com.ar/frances/evenement.htm>).

⁴⁹⁴ Como se sabe, é a conjugação destas duas dinâmicas que Derrida procura traduzir no neologismo *différance*: recuperando sentidos que, embora imputáveis ao verbo latino *differe* (diferir, semear, retardar, dilatar), não podem ser hoje já assimilados pelos usos (habituais) do lexema *différence* (este circunscrito a exprimir a qualidade do que é distinto, a diversidade, a falta de igualdade ou de semelhança). Ao ponto de se poder dizer que esta *différance* se nos oferece assim “já não como uma palavra ou como um conceito” mas como a “condição de possibilidade de *todos* os (sistemas de) conceitos e de *todos* os processos de conceitualização”: enquanto “produz” *todas* as diferenças — inscrevendo-as numa relação espacial e fazendo-as participar numa cadeia temporal insuperável [“La *différance*”, 1968, cit. cit. na tradução alemã “Die *différance*”, in Peter Engelmann (Hrsg.), *Postmoderne und Dekonstruktion*, Stuttgart, 1990, 76 e ss, aqui nas pp. 84 e 88].

⁴⁹⁵ «There would be no indecision or double bind were it not between determined (semantic, ethical, political) poles, which are upon occasion terribly necessary and always irreplaceably singular...» («Afterword: Toward an Ethic of Discussion», cit, p.148).

Jurisprudences (Douzinas, Warrington, Goodrich, Milovanovic) —este *êthos crítico* da *indecidibilidade* aparece enfim em condições de se projetar no universo do direito e do pensamento jurídico.

Se o discurso da *indecidibilidade* (na sua identidade ético-linguística e filosófico-cultural) se afirma rigorosamente incompatível com a *antecipação em abstracto* de um espectro de sentidos permitidos — porque incompatível também com a possibilidade de estabilizar-fechar um *ensemble* autossubsistente de materiais e de responsabilizar este por uma perspectiva delimitadora (capaz de beneficiar tais sentidos permitidos com uma presunção de equivalência) —, seria de esperar que esta projeção no mundo prático do direito, passando a associar *casos difíceis e indecidibilidade* — ou pelo menos desvinculando estes de uma associação aproblemática (tão autossuficiente quanto indiscriminada) com a *indeterminação* —, criasse enfim condições para reconstituir uma experiência plausível da situação singular e para compreender a necessidade de investir esta experiência (e as perguntas que esta gera) como perspectiva condutora, com o resultado certamente não negligenciável de uma superação reflexivamente justificada do binómio *casos fáceis/casos difíceis*.

Tal expectativa está, porém, longe de se cumprir. Não se cumpre com o *political use of grammarology* assumido por Douzinas e Warrington, nem se cumpre com a *transcendental deconstruction* defendida por Balkin, as propostas que, combinando embora influências e recursos muito distintos, mais longe levam esta assimilação da ética *desconstrutivista* da alteridade.

Em relação à primeira, o obstáculo parece estar no tratamento da *singularidade* ou nos recursos que aproblematicamente lhe correspondem. Ao concentrar a experiência desta singularidade num modelo ético-estético de narrativa (com um apelo ao assentimento universal que, numa especialíssima releitura da *Kritik der Urteilskraft*, passa pela pressuposição de uma comunidade estética-«promessa»), a tentativa de abandonar o «tempo» *sincrónico* da interpretação (*[which] turns to the past or measures up to the future as they inhabit the ever-present*) para aceder ao tempo eticamente *diacrónico* da violência ou da justiça (*the ethical time (...) which addresses the Other here and now and in each here and now (...) denies (...) or answers her or his call*)⁴⁹⁶ resulta significativamente frustrada. Dir-se-ia, com efeito, que o ponto de chegada se contenta em sustentar uma *default position*, metódico-reflexivamente improdutiva (protegida por um sentido trivial de indeterminação):

⁴⁹⁶ Douzinas/Warrington, «“A Well-Founded Fear of Justice”: Law and Ethics in Postmodernity», *Law and Critique*, vol. II n.º 2, 1991, p. 144.

como se responsabilizar o julgador por uma sequência de relatos, microscópica e infinitamente urdidos — condenando o leitor-*vítima* à surpresa de *recursos* sempre novos (*the spinner can always spin another tale, [t]here is always another precedent, another interpretation, another possibility*⁴⁹⁷) — significasse muito simplesmente pressupor um acervo de materiais-textos e celebrar as aberturas e os pontos cegos que invariável e insuperavelmente os ferem (*wounds, occasional insights, blind spots, points of rhetorical or argumentative loosening or condensation*⁴⁹⁸).

Já em relação a Balkin, assumido *critical legal scholar*, as razões parecem ser outras. Haverá desde logo a tentação de atribuir a dificuldade em causa ao peso da herança *realista* e ao modo como esta limita uma assimilação ou desenvolvimento logrados da conceção filosófico-existencial de Derrida. Mais do que o peso do «empirismo pragmático», estaria aqui sobretudo em jogo o postulado do *cepticismo relativo às regras* (que o é também o de um cepticismo quanto aos métodos ditos jurídicos) ... e este nas suas afinidades perigosas com a categoria de *indeterminação* (a a pretensão de autossustentação que a protege e que, por outra via, lhe garante também a imunidade de uma *default thesis*). Será assim, no entanto? O diagnóstico de Frederic Kellogg a que já aludi (e que mobiliza explicitamente argumentos de Waldron) aponta, com efeito, num sentido rigorosamente oposto, defendendo que não é a fidelidade aos *american realists* que impede os *Cls* de, ao considerarem o problema dos casos difíceis, darem a atenção devida ao *context of individual cases*, na sua inteligibilidade diacrónica — bem pelo contrário, os realistas terão aberto esta via! —, é antes, e em contrapartida, a surpreendente (e inconfessada) influência do positivismo crítico de Hart (na sua «perspetiva sincrónica» e na sua «epistemologia individualista») — influência tanto mais perturbante quanto é certo que condena os *critical* a partilhar um (muito mais surpreendente

⁴⁹⁷ «The modern trial is caught in the tangled web of its own meaning. It has indeed suffered the judgement of Athena on Arachne (...). All the courts can do thereafter is (...), spider-like, endlessly spin webs that will only trap the “innocent”, “the fool” and the “dupe”, in a word, the reader. Instead of a God-like truth, a pre-discourse which also is the end of all discourse, the perfect closure. The closure that the common law once made certain now endlessly slips away. The trial indeed comes to a conclusion (...). “The endless argumentation, the polysemia which characterises textuality has to be brought to a close in trial”. But in this closure, the only thing that guarantees the truth at which discussion aims, is forever lost» [Douzinas/Warrington, *Postmodern Jurisprudence: the Law of Text in the Texts of Law*, London, Routledge, 1991, p.157].

⁴⁹⁸ «Posting the Law: Social Contracts and the Postal Rule’s Grammatology», *International Journal for the Semiotics of Law*, vol. IV, nº11, 1991, p. 117. Para um desenvolvimento, cfr. *Postmodern Jurisprudence...*, cit., pp. 55 e ss. («Hermes versus Hercules»), 193-196 («The Books of Judges», 4), 238 e ss. («Suspended Sentences», (e)) e ainda «As a Dream doth Flatter...», in *Justice Miscarried*, New York/London, Harvester Wheatsheaf, pp. 250 e ss. (III-V).

e inconfessável) *common ground*, desta vez com a proposta de Dworkin⁴⁹⁹. Ainda que estas conclusões possam convencer-nos parcialmente (por razões no entanto distintas daquelas que Waldron e Kellogg invocam⁵⁰⁰), parece-me difícil sustentá-las em bloco *versus* Balkin: um dos traços que distingue o autor de *Cultural Software* (conferindo-lhe uma posição única no universo dos *critical scholars*) é precisamente o cuidado que manifesta em rejeitar o *abismo nihilista* da desconstrução-*trashing* e em opor a este (ou ao apelo que o protege) a reconstituição de um *modo* específico de leitura e de escrita de textos⁵⁰¹. Se nesta reconstituição, enquanto assimilação especialíssima da *filosofia da indecidibilidade*, Balkin se mostra (autorrefletidamente) infiel a Derrida, não é decerto para preservar sinais-rastos do ceticismo realista (e da sua desconfiança em relação aos métodos), é antes e em contrapartida para defender um tratamento «instrumental» da *desconstrução* — aquele tratamento instrumental que precisamente nos autorize a mobilizá-la como «método»⁵⁰², entenda-se, como um processo retórico suscetível de ser convocado para fins ideologicamente diversos, se não opostos, cujos argumentos (enquanto elementos decisivos de uma prática, comunitariamente reconhecida) possam e devem eles próprios ser desconstruídos. O que nos leva finalmente a admitir que o obstáculo a uma conexão produtiva entre *indecidibilidade* e *responsabilidade* — ou a tal conexão projetada na experiência do caso (ou da(s) *dificuldade(s)* do caso) *juridicamente relevante* — só pode afinal estar neste *método*. Um *método* que se esgota na antecipação de uma *atitude interpretativa* (dita de *rational deconstruction*)? Podemos dizê-lo. Sem esquecer que uma tal *atitude* (ao contrapor-se à *rational reconstruction*) se inscreve num movimento dialéctico irreduzível (*rational reconstruction and rational*

⁴⁹⁹ Kellogg, «What Precisely is a “Hard” Case?...», pp.12-16 («The Perception of Indeterminacy in Legal Realism, Hart, and CIs»).

⁵⁰⁰ E a que aludirei *infra*, 4.

⁵⁰¹ «Many persons who use the word “deconstruction” regard it as no more than another expression for “trashing”, that is, showing why legal doctrines are self-contradictory, ideologically biased, or indeterminate. By the term “deconstruction”, however, I do not have in mind merely stinging criticism, but specific techniques and philosophical ideas that Derrida and his followers have applied to various texts...» (Balkin, «Deconstructive Practice and Legal Theory», *Yale Law Journal*, vol. 96, 1987, pp. 743-744)

⁵⁰² Um contributo que se nos impõe na «série» constituída por «Deconstructive Practice and Legal Theory», *Yale Law Journal*, vol. 96, 1987, pp. 743 e ss., «The Domestication of Law and Literature», *Law and Social Inquiry*, 1989, vol. 14, pp. 787 e ss., «Tradition, Betrayal and the Politics of Deconstruction», *Cardozo Law Review*, vol. 11, 1990, pp. 1623 e ss., «Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice», *Michigan Law Review*, vol. 92, 1994, pp. 1131 e ss., «Being Just With Deconstruction», *Social and Legal Studies*, vol. 3, 1994, pp. 393 e ss., «Deconstruction», in D. Patterson (ed.), *A Companion to the Philosophy of Law and Legal Theory*, London, 1996, «Deconstruction’s Legal Career», *Cardozo Law Review*, vol.27, 2005, pp. 719-740 [o primeiro e os cinco últimos disponíveis na *Jack Balkin Home Page*, <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/>].

*deconstruction (...) [as] (...) interpretive attitudes we have about the legal system*⁵⁰³)⁵⁰⁴ ... e ainda e muito significativamente que a sua inteligibilidade última se manifesta numa *exigência* indeterminada *de justiça (as an indefinite, but not infinite, demand for justice)*⁵⁰⁵.

Ora esta acentuação abre-nos decerto o caminho para uma conclusão *comum*. Uma conclusão que não é uma mera reprodução ou desimplicação dos argumentos anteriores? Importa dizê-lo. Não se trata, com efeito, apenas de reconhecer que as duas vigorosas manifestações de *ceticismo interno* a que acabámos de aludir, uma vez privadas da máscara de uma *default thesis*, sossobram na sua missão argumentativa — uma missão empenhada em nos convencer que as «teoria» propostas, precisamente enquanto geram indeterminação (ou uma indeterminação trivialmente compreendida), gozam da pertinência categorial e da concludência reflexiva (se não, *recto itinere*, do horizonte de *fundamentação*) capazes de no-las oferecer como traduções racionalmente plausíveis da experiência do direito. Trata-se também de sustentar que as razões deste fracasso residem no facto de as ditas traduções corresponderem a projeções unilaterais de «teorias» puramente (resignadamente) *assimiladoras*: «teorias» que se alimentam de concepções da *praxis* e do *êthos* comunitário *exteriores* (quando não estranhas) ao mundo prático do direito e que se constroem abstraindo deste, mas também defendendo exigências de incomensurabilidade, de fragmentação e de infinitude incompatíveis com o seu problema. Discurso de razões este tanto mais relevante quanto é certo que aponta o dedo à própria concepção originária da *indecidibilidade*, mostrando-no-la (*et pour cause*) incompatível com a experimentação do *concreto* que corresponde aos problemas juridicamente relevantes⁵⁰⁶. O que no limite nos leva a um *resultado* convergente com aqueles que chegamos a propósito dos anteriores exercícios de substituição, justificados pelos significantes *subdeterminação* e *incerteza*. E então e assim à conclusão de que o alargamento *centrífugo* do binómio (iluminado pela plurívoca categoria da

⁵⁰³ Ver Balkin, «Understanding Legal Understanding: The Legal Subject and the Problem of Legal Coherence», *Yale Law Journal*, vol. 103, 1993, 105 e ss.

⁵⁰⁴ «(...) I believe that a transformation of deconstruction becomes inevitable when deconstructionists begin to confront real questions of justice and injustice. If deconstruction can have salutary effects for the study of legal theory, there are equally salutary effects that law can have for deconstruction...» («Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice», cit. na paginação do *pdf* disponível na *Jack Balkin Home Page*, p. 1136)

⁵⁰⁵ Não será preciso lembrar que, ao rejeitar o apelo a uma responsabilidade infinita ou à possibilidade de o testemunhar, se trata de assumir uma deliberada infidelidade a Derrida: «Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice», cit., pp. 23-29 [II, A. («The Infinite and the Indefinite»), *Cultural Software*, cit., toda a parte II, pp. 99 e ss. («Ideology»).

⁵⁰⁶ Ponto a que voltarei já a seguir, na secção 4.

indeterminação e pelas escapadelas que esta estimula) está longe de cumprir as suas promessas, antes nos condenando a uma sequência insuperável de aporias. Aporias que só serão vencidas se renunciarmos à demarcação... e se admitirmos tematizar esta renúncia!

3.2. As especificações *centrípetas* introduzidas pela tipificação dos casos intermédios (BARAK) e dos casos trágicos (ATIENZA)

É certo que nos falta considerar a especificação *centrípeta*: a qual, evitando a complexidade e a diluição da anterior, transforma a experiência da pluralidade num claro exercício de *tipificação*. Ora um exercício que não perturba o binómio, que antes e significativamente o preserva: decerto porque, pressupondo aporematicamente o seu equilíbrio — e os postulados que o alimentam (a começar pela relação harmónica entre o tratamento autossubsistente dos materiais e a assimilação racional do caso *sub judice*) —, se limita a introduzir novos degraus e as especificações internas que nos permitem reconhecê-los. Não sendo certamente por acaso que as especificações em causa nos aparecem a acentuar *particularidades* do contexto de realização (ou antecipações em abstrato destas particularidades)... e então e assim a conjugar-sobrepor duas propostas a que já aludimos: a de Barak e a de Atienza. Cabendo à «teoria» da *discrecionalidade* de Barak responsabilizar-se aqui e agora por uma distinção no eixo dos *casos fáceis* — aquela de que irá emergir o tipo dos *casos intermédios* (*legal intermediate cases*)⁵⁰⁷... —... e à «teoria» da *argumentação* de Atienza justificar uma *nova* reflexão crítica — uma reflexão que (em nome de uma perspetiva que se diz *instrumental*) se propõe autonomizar do eixo dos *casos difíceis* o tipo dos *casos trágicos*⁵⁰⁸.

α) A distinção introduzida por Barak inscreve-se com toda a naturalidade numa trama argumentativa cujas *conclusions-claims* são simultaneamente a «rejeição da existência de uma única resposta legítima para cada problema» e

⁵⁰⁷ Barak, *Shikul da'at shiputi*, na trad. italiana *La discrezionalità del giudice*, cit., pp. 39-48 («La discrezionalità del giudice in tutti i casi?»),

⁵⁰⁸ Atienza, «Sobre lo razonable en el derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 9, nº 27, 1989, pp. 93 e ss, 101-104 (6.), *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, cit., pp. 249 e ss. («Las funciones de la teoría de la argumentación jurídica»), «Los límites de la interpretación constitucional: de nuevo sobre los casos trágicos», *Isonomía*, nº 6, 1997, pp. 7-30.

a afirmação de que a «discricionariedade judiciária» reconhecida pelo direito «não existe em todos os casos»⁵⁰⁹.

Da conjugação destas *pretensões-exigências* resulta desde logo o reforço da perspetiva tradicional de compreensão dos *casos fáceis*, iluminada por duas afirmações recorrentes: a de que estes *casos* não dispensam um «exercício de interpretação», ainda que tal *exercício* se imponha quase sempre como um processo «inconsciente», *não tematizado* (*secondo la mia impostazione, il giudice conclude di non poter esercitare la discrizionalità soltanto dopo aver esaurito un processo interpretativo*⁵¹⁰, *text [is not] clear or nuclear (...), text becomes clear only at the end of the interpretive process*⁵¹¹)... e a de que estes casos «existem» não só quando o critério pressuposto é uma prescrição legislativa mas também quando este se objetiva num «precedente judicial» (*anche nel contesto del precedente esistono casi facili*⁵¹²).

Reforço da perspetiva tradicional na compreensão dos *casos fáceis* que se compreenderá se tivermos em atenção que aquela defesa de um processo «inconsciente» se consuma rejeitando a tese *in claris non fit interpretativo...* mas também preservando um esquema metódico de interpretação *em abstracto*, dominado pela seleção-pressuposição autossustentada dos materiais (*l'interprete raggiunge la sua inevitabile conclusione in seguito a un processo interpretativo inconscio, basato nella maggiore parte dei casi su una deduzione logica che si fonda sulla finalità esplicita espressa della legge*⁵¹³)... e que tal preocupa-

⁵⁰⁹ Ver os desenvolvimentos destas duas teses propostos por Barak em *La discrezionalità del giudice*, cit., pp. 34 e ss., 36-39 («Critica a Dworkin: la discrizionalità del giudice esiste»), 39-41, 47-48. Ver também *Purposive Interpretation in Law*, cit., pp. 209-210 («Does Judicial Discretion Exist?»), 290-301 («Purposive Interpretation and Dworkin's System of Interpretation») e *The Judge in a Democracy*, New Jersey, Princeton University Press, 2006, pp. 116-121 («Judicial Philosophy»), 164 e ss. («Balancing and Wheighing»). Sem esquecer que a *judicial philosophy* que esta última obra identifica corresponde precisamente ao «sistema de considerações que o juiz tem em conta ao exercer a sua discricionariedade», distinguindo-se neste sentido da *legal policy* (esta diretamente associada aos materiais selecionados e assim reconstituída a partir do modelo do critério-*norma*): «The judge has discretion. (...) Legal policy is the principles, social aims, and standards that lie at the basis of the norm that is employed (...). Legal policy changes from case to case. Judicial philosophy is an all-encompassing philosophy that guides the judge in choosing between legal options at his disposal in hard cases. (...) [T]his judicial philosophy—the fruit of the judge's personal experience—is relevant in the realm in which the judge has judicial discretion. It functions only within the realm of reasonableness. It works only in those cases where the legal problem has more than one legal solution. It is relevant only in the hard cases, in which the judge strives to achieve the optimal solution...» (*The Judge in a Democracy*, cit., pp. 117-118).

⁵¹⁰ *La discrezionalità del giudice*, cit., p. 42.

⁵¹¹ *The Judge in a Democracy*, cit., p. 150. Significa isto rejeitar os argumentos do que Barak diz o «velho textualismo».

⁵¹² *La discrezionalità del giudice*, cit., p. 43.

⁵¹³ *Ibidem*. Esta concertação dos esquemas tradicionais (respeitando nomeadamente a delimitação oferecida por *the possible semantic meanings of the text*) com uma abordagem nuclearmente

ção com o alargamento dos casos fáceis ao contexto das *common law decisions* se cumpre sem pôr em causa (antes reforçando) o modelo de inteligibilidade da norma-*ratio* (*in vasti ambiti del diritto e della vita, la norma giuridica (...) [,] contenuta in una legge scritta o nel common law [,] (...) e la sua applicazione non accordano al giudice alcuna libertà di scelta tra varie possibilità*⁵¹⁴)... mas também que a variabilidade a ter em conta (impedindo que os critérios-*rules* se possam dizer «claros em abstrato» ou que a sua aplicação possa ser integralmente antecipada) é devida quer à dinâmica temporal do sistema das normas, primárias ou secundárias (*un cambiamento nel sistema normativo (...), per esempio nuove leggi, nuova giurisprudenza o una diversa formulazione delle regole interpretative*), quer à contingência dos *factos*, estes (como o *nomen* escolhido exemplarmente consagra!) sempre exclusivamente vistos pela lente da premissa menor (*un cambiamento nei fatti o nelle prove può dar adito ad una situazione di discrezionalità*)⁵¹⁵. Opções que convergem por fim numa conclusão única (exemplar pelos círculos aporéticos que simultaneamente desenha e oculta): a de que estaremos perante um caso simples ou fácil se, depois da interpretação dos critérios em jogo (uma interpretação frequentemente não tematizada... mas a que não deverá faltar uma componente teleológica!), o juiz reconhece que não pode exercitar a sua discricionariedade. O que acontece sempre que à *situazione de facto* da controvérsia em questão corresponder, naquele ordenamento, uma única resposta legítima (*quindi, un caso è semplice se, dopo un processo interpretativo, il giudice conclude chiaramente che la controversia in questione comporta un'unica soluzione legittima*)⁵¹⁶.

Da conjugação destas *conclusions-claims* resulta no entanto também a autonomização do tipo *casos intermédios* (ou mais rigorosamente, *casos de dificuldade intermédia*). Casos fáceis em que este mesmo processo metódico se complica? Podemos dizê-lo. Trata-se, na verdade, de identificar aqueles casos (que serão no fundo a maioria dos «casos interessantes» enfrentados pelos tribunais superiores!) em que o dito processo interpretativo se cumpre

teleológica (cumprida sob o fascínio de Pound e Cardozo) é, como já vimos, uma das notas identificadoras da proposta de Barak: recorde-se o contributo (analiticamente precioso) dos caps. 4, 14 e 15 de *Purposive Interpretation in Law*, cit., pp. 97 e ss. («The Semantic Component of Purposive Interpretation»), 339 e ss. («Statutory Interpretation») e 370 e ss. («Constitutional Interpretation»). A propósito dos «limites impostos pelas significações semânticas do texto» na sua relação com a discricionariedade, tenhamos presente o que Barak nos diz sobre a *discretion in the field of language*: *ibidem*, p. 214 («Establishing the Range of Semantic Meanings»).

⁵¹⁴ *La discrezionalità del giudice*, cit., pp. 43-44.

⁵¹⁵ *Ibidem*, p. 44.

⁵¹⁶ *Ibidem*, p. 43.

explicitamente, confrontando-se conscientemente ora com a ambiguidade dos materiais selecionados (una norma giuridica (...) [—]testo di legge o common law [—](...) può dar adito di primo achito a due o più interpretazioni), ora com problemas de concorrência entre dois ou mais critérios incluídos nestes materiais (uno studio del sistema normativo applicabile indica che esiste una norma giuridica (...), un'analyse più approfondita , tuttavia, suggerisce che la norma invece non si applica) — ambiguidade ou concorrência estas (entre outras situações típicas possíveis) que bastam para criar a aparência de que «a posição de ambas as partes» se sustenta em «argumentações jurídicas legítimas»⁵¹⁷. Só no termo desse processo interpretativo — envolvendo um exercício consciente de «valoração» e «ponderação», cujos padrões deverão corresponder às exigências partilhadas da comunidade dos juristas⁵¹⁸ (these legal intermediate cases (...), [which] have no banal solution (...) might be compared to disputes between experts in other fields⁵¹⁹)... — estará o julgador em condições de reconhecer a clareza do caso e de simultaneamente rejeitar a possibilidade um exercício discricionário ([i]t is possible to «weigh» and «balance» without exercising judicial discretion)⁵²⁰! Sendo certo que reconhecer a clareza do caso significa sempre e sem exceção «encontrar a norma» adequada⁵²¹, a norma que o autorizará a defender que, em relação a este caso, existe uma única resposta (the assumption is that there is only one right answer to these questions, and that lawyerly expertise may find it⁵²²).

Conclusão que transparentemente confirma a preservação das mesmas hesitações construtivas e das tensões correspondentes — entre o processo de *clarificação* do caso e o processo de *clarificação* da norma (com o segundo a fornecer a perspectiva-quadro que assimila o primeiro)... —, na mesma medida em que introduz uma dinâmica de *continuum* (entre os elementos ou etapas metodicamente relevantes), dinâmica tanto mais exemplar quanto suscetível de se alargar aos *casos difíceis* — aqueles em que o mesmo esforço

⁵¹⁷ *La discrezionalità del giudice*, cit., pp. 44-45 («I casi di difficoltà intermedia»).

⁵¹⁸ Para além das pp. cit. na nota anterior, ver *Purposive Interpretation in Law*, cit., pp. 208-209 («Judicial Discretion and the Legal Community»).

⁵¹⁹ Ariel L. Bendor/ Zeev Segal, «The Judicial Discretion of Justice Aharon Barak», *Tulsa Law Review*, vol. 47, 2011, nº 2 (Symposium «Justice Aharon Barak»), p. 468.

⁵²⁰ Barak, *Purposive Interpretation in Law*, cit., p. 216. Significa isto que os outros tipos de casos em que também há explicitamente «ponderação» são os casos difíceis!

⁵²¹ Dizêmo-lo com Hillel Neuer, comentando explicitamente a tipificação de Barak: «In “intermediate” cases, a judge must work a bit to find the legal norm, but eventually he finds that here, too, there is really only one lawful solution...» (Neuer, «Aharon Barak’s Revolution», <http://www.daat.ac.il/daat/ezrachut/english/hillel.htm>).

⁵²² Bendor/Segal, «The Judicial Discretion of Justice Aharon Barak», cit., p. 468.

interpretativo, não obstante a intensificação consciente dos seus procedimentos (iluminados pela mesma referência condutora à comunidade interpretativa dos juristas!), conduz a diversas respostas legítimas, tornando inevitável um exercício de discricionariedade (*situations exist in which the judge is faced with the necessity of choosing between various legal options, without the legal system guiding this choice*⁵²³). Ao ponto de se poder dizer que, sem prejuízo da relativa solidez das *categorias* envolvidas (casos fáceis, intermédios e difíceis)⁵²⁴, as transferências entre elas (como autênticas passagens entre degraus) ocorrem em função de acentuações diversas e da contingência que as justifica (*un lieve cambiamento nei fatti o nel diritto può portare a trasferimenti da una categoria all'altra, ogni cambiamento nei fatti, nel diritto, nella concezione della comunità giuridica si ripercuote sulla categorizzazione*)⁵²⁵: o que nos obriga a reconhecer que a simplicidade e a dificuldade dos casos (ajuizadas no termo de um processo interpretativo com as mesmas exigências e critérios) são afinal sempre «relativas»...

β) É este *continuum* — na unidade metódica do seu momento interpretativo (e dos critérios-regras que o sustentam) — que é *aparentemente* rompido pela tipificação de Atienza. Não propriamente na etapa reflexiva (prévia) em que o Autor de *Las razones del derecho* se debruça sobre os tipos de casos que já conhecemos (sem esquecer os casos de dificuldade intermédia⁵²⁶), cruzando-os (pelo menos parcialmente) com um *novo* contraponto (*decisão racional / decisão razoável em sentido estrito*⁵²⁷)⁵²⁸... — e com as categorias que, através

⁵²³ Barak, *The Judge in a Democracy*, cit., p. 117.

⁵²⁴ Ou pelo menos do «núcleo» destas categorias, já que «a terminologia da comunidade jurídica não deixa espaço a distinções rigorosas»...: *La discrezionalità del giudice*, cit., p. 47.

⁵²⁵ *Ibidem* («La distinzione tra i tre tipi di casi»).

⁵²⁶ Trata-se de resto de mobilizar explicitamente Barak: Atienza, «Los límites de la interpretación constitucional: de nuevo sobre los casos trágicos», cit., p. 13.

⁵²⁷ Para explorar este contraponto (e perceber o caráter subsidiário da razoabilidade em sentido estrito), importa voltar a «Sobre lo razonable en el derecho», cit., pp. 93 e ss. «Por decisión jurídica racional (...) hay que entender aquí decisión jurídica susceptible de ser justificada racionalmente. (...) En un sentido estricto (...) la razonabilidad puede predicarse unicamente de cierto tipo de decisiones jurídicas: las que no podrían (o no deberían) adoptarse siguiendo criterios de estricta racionalidad (...). Esto quiere decir que sólo está justificado acudir a criterios de razonabilidad si se muestra la insuficiencia de los criterios de racionalidad estricta, y sólo en la medida en que éstos resulten insuficientes» (*Ibidem*, pp. 94, 96).

⁵²⁸ Esta convocação da razoabilidade ou do princípio da razoabilidade, se não do modelo do «juiz razoável» (ainda que sem o caráter sistemático diferenciador pensado por Atienza, antes como elemento do *continuum* metódico a que aludimos), encontra-se já significativamente presente na teoria da discricionariedade de Barak (e assim também nos degraus que nos permitem aceder dos casos mais fáceis aos casos mais difíceis, passando pelos casos de dificuldade intermédia). Trata-se, na verdade, de levar a sério a exigência de que «uma das obrigações do juiz é o exercício da discricionariedade com razoabilidade» e de assim mesmo poder tematizar o chamado *ambito*

do seu segundo termo, tal contraponto introduz (*compatibilidade-incompatibilidade entre valores fundamentais, compatibilidade-incompatibilidade entre exigências essenciais e não essenciais derivadas destes valores, soluções de equilíbrio mínimo e ótimo*⁵²⁹)⁵³⁰ —, antes já naquela outra etapa em que, com a intervenção direta de uma perspectiva «crítica» ou crítico-«instrumental» (preocupada em atribuir à teoria da argumentação uma função «política ou moral»⁵³¹), trata de conferir aos elementos do citado contraponto (*racional /*

ragionevole como um dos limites substanciais deste exercício: *La discrezionalità del giudice*, cit., pp. 31-34 [«La discrezionalità giudiziaria limitata: i limiti sostanziali (la ragionevolezza)»] 115-151 («L'ambito ragionevole»). Um importante tratamento do *principle of reasonableness* (associado a um dos traços institucionalmente identificadores do direito nos *common law countries*) aparece-nos também em *The Judge in a Democracy*, cit., pp. 67-75 («Reasonableness»).

⁵²⁹ As simples designações são suficientes para perceber que tais categorias correspondem a uma especificação formal (sustentada num método de *matrizes de compatibilidades*) de elementos e pretensões-exigências introduzidos pela dita *teoría estándar de la argumentación jurídica* (e por Alexy em particular): ver Atienza, «Sobre lo razonable en el derecho», cit., pp. 97-101 (5.). «[E]n los supuestos en que está justificado adoptar decisiones en base a criterios no estrictamente racionales, puede hablarse de la existencia de una contraposición entre valores o principios (pertenezcan todos o no al Derecho positivo), que deben sopesarse hasta llegar a un equilibrio. (...) [U]n caso es difícil cuando en relación con el mismo cabe encontrar (...) más de un punto de equilibrio entre exigencias contrapuestas, pero que necesariamente hay que tomar en consideración en la decisión y, por tanto, hay que efectuar (y justificar) una elección. (...) El equilibrio óptimo lo alcanzaría la decisión (o las decisiones) que satisficieran no sólo las exigencias esenciales, sino también otras exigencias no esenciales, de acuerdo con el distinto “peso” atribuido a cada una, y con los criterios o reglas de decisión que se utilicen...» (*Ibidem*, pp. 97, 99, 100).

⁵³⁰ O que significa abrir portas para que se possam explorar (se não enriquecer) as especificações caracterizadoras dos três tipos de casos (sem excluir, portanto, os casos intermédios). É esta oportunidade que justifica o exercício de «refinamento» desenvolvido exemplarmente por Frank Thomas Sautter e Clodoveo Ghidolin, «Sobre una taxonomía dos casos jurídicos», *Estudios Jurídicos*, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo (Porto Alegre), volume 38 n.º 3, 2005, pp 5-10. Veja-se por exemplo o modo como os referidos Autores (com uma mobilização das reflexões de Atienza que pode decerto ser discutida) esquematizam em síntese uma proposta taxinómica plausível (aqui já incluindo os casos trágicos): «a) Casos fáceis: uma única resposta jurídica correta - i. Casos fáceis resolvidos por recurso exclusivo a critérios de racionalidade; ii. Casos fáceis resolvidos por recurso a critérios de razoabilidade estrita (casos intermediários). /b) Casos difíceis: múltiplas respostas jurídicas corretas, na qual uma prevalece por uma operação de ponderação. /c) Casos trágicos: nenhuma resposta jurídica correta. - i. Casos trágicos por incompatibilidade na origem; ii. Casos trágicos por inexistência de equilíbrio acima do equilíbrio mínimo (poderiam ser também classificados como casos fáceis de tipo ii) ...» (*Ibidem*, pp. 9-10).

⁵³¹ *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, cit., p. 251. Para esclarecer o sentido desta abordagem «crítica» há que considerar decerto a proposta de demarcação perante as perspectivas tradicionais — estas reconduzidas ao *tríplico* perspectivas estruturais (normativísticas), funcionais (materialmente funcionalísticas) e valorativas (sustentadas em modelos ideais ou cânones valorativos, herdeiras da «atitude» *jusnaturalista*) —, proposta que leva Atienza a ensaiar um quarto tipo de perspectiva, a qual (restituindo criticamente o contributo imprescindível das anteriores) se diz precisamente *instrumental* (mas também «pragmática» e «dinâmica»), preocupada em reconduzir o jurídico a um complexo de «decisões e argumentações» (se não a considerar o *derecho como argumentación*): ver, neste sentido, *Derecho y argumentación*, Santa Fé de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, pp. 19 e ss. [«una visión eminentemente instrumental, pragmática y dinámica del derecho que presupone, utiliza y da sentido a las anteriores perspectivas teóricas y que conduce, en definitivo, a considerar al derecho como argumentación...» (*Ibidem*, p. 23)] e ainda *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, pp. 19 e ss. («Concepciones del Derecho: de los teóricos y de los prácticos»), 52 e ss. («Lo que queda») e 59 e ss. («Derecho, conflicto y argumentación»).

razoável) — ou pelo menos à mobilização da categoria *solução de equilíbrio* — um sentido significativamente distinto, dominado pela exigência de se demarcar de uma «ideologia» acriticamente «conservadora» (cujo «pressuposto último» seria o de que «no Estado de Direito contemporâneo é sempre possível “fazer justiça por meio do direito”») ⁵³²... mas também pela intenção «realista» de mostrar que o «Direito dos Estados democráticos», institucionalizando embora o «melhor dos mundos jurídicos existentes», não «configura necessariamente o melhor dos mundos imagináveis» ⁵³³: sentido que, sob a inspiração direta das *tragic choices* estudadas por Calabresi e Bobbit (mas também invocando os precedentes de Muguerza e de Ricoeur) ⁵³⁴ leva Atienza a autonomizar os chamados *casos trágicos*.

Casos onde à partida diríamos encontrar a *collision of reasons* diagnosticada por Alexy (e esta já explicitamente concebida como uma concorrência-*colisão* entre princípios ou valores fundamentais), nos quais no entanto (contra o otimismo racional da representação dos *Optimierungsgebote*) as promessas de tratamento atribuídas à *weight formula* (ou a qualquer outro processo metódico equivalente) — ao contrário do que acontece nos casos difíceis propriamente ditos — resultam implacavelmente frustradas. Casos de uma *dificuldade* máxima... ou cuja dificuldade se converte *qualitativamente* na impossibilidade de chegar a uma «resposta jurídica correcta» ⁵³⁵? Podemos dizê-lo. Importando, com mais rigor, acrescentar que se trata de identificar situações juridicamente relevantes nas quais a mobilização dos materiais pressupostos (muito especialmente dos *principles* e das *policies* prescritos legislativamente em *Zweckprogramme* ⁵³⁶) inviabiliza a autonomização de

⁵³² «La discusión en torno a los casos difíciles (...) supone dar por sentado que para todo caso jurídico existe al menos una respuesta correcta; (...) el presupuesto último del que parte el paradigma dominante (que incluye tanto a Dworkin como a lo que he llamado la teoría estándar de la argumentación jurídica (...)) es el de que en el estado de Derecho contemporáneo “siempre es posible ‘hacer justicia por medio del derecho’”(…). Ahora bien, una valoración tan positiva de nuestros derechos va ligada — como no podía ser menos — a una ideología de signo inequívocamente conservador y a la que no veo ninguna razón para adherirse...» («Los límites de la interpretación constitucional: de nuevo sobre los casos trágicos», cit., pp.13-14). Já assim parcialmente (e com as mesmas conclusões) em *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, cit., pp. 251-252.

⁵³³ *Ibidem*.

⁵³⁴ «Los límites de la interpretación constitucional: de nuevo sobre los casos trágicos», cit., pp. 16-19 («Juristas y filósofos ante los casos trágicos»).

⁵³⁵ «Creo que puede defenderse que los casos trágicos son también casos difíciles. Son casos difíciles -en el sentido cuantitativo- de que pueden tener varias respuestas. Pero a diferencia de los casos difíciles - en sentido cualitativo - tienen una desgracia añadida: en los casos trágicos no hay respuesta, o sí hay pero ninguna es correcta...» (Ariza, «Sobre la dificultad de los llamados casos fáciles, difíciles y trágicos», p. 302).

⁵³⁶ «Ahora bien, la posibilidad de que se planteen casos trágicos (desde el punto de vista de un sistema normativo) aumenta precisamente en la medida en que lo hace también el número de las

respostas *em alternativa*, antes nos condenando a uma estrutura dilemática (*la adopción de una decision (...) no significa ya enfrentarse com una simple alternativa, sino com un dilema*⁵³⁷): decerto porque no elenco das respostas antecipáveis não há nenhuma que se mostre capaz de compatibilizar as «exigências essenciais» dos «valores» em concorrência-*colisão* («que não sacrifique algum *elemento esencial* de um *valor* considerado como *fundamental* do ponto de vista jurídico e /ou moral»⁵³⁸), ou para o dizermos socorrendo-nos já das categorias disponibilizadas pelas *matrizes de compatibilidade*, nenhuma cuja «*solución* se situe acima do equilíbrio mínimo»⁵³⁹. O que de imediato nos condena a situar o problema num plano de *razoabilidad débil* (ou *mucho débil*) — precisamente aquele em que o julgador se vê constringido a escolher a resposta *menos má* num elenco de respostas todas elas *juridicamente discutíveis*⁵⁴⁰ (envolvendo a decisão por este *mal menor* o suporte argumentativo de uma hipótese de *consenso*⁵⁴¹).

normas de fin, y sobre todo en la medida en que éstas tiendan a ocupar más bien el vértice de la pirámide normativa. Ello es así porque las normas —o los principios— que indican que Z es un fin a lograr (y con independencia de que también ellas puedan analizarse o no lógicamente según el esquema clásico: supuesto de hecho/consecuencia jurídica) parecen implicar también que es obligatorio, o al menos que está permitido, realizar las acciones que puedan verse como necesarias para Z (...); es decir, tienen una mayor fuerza expansiva que las normas, que simplemente correlacionan un supuesto de hecho (determinado a partir de propiedades más o menos genéricas) con una consecuencia jurídica...» (Atienza, «Sobre lo razonable en el derecho», cit., p. 102). Neste mesmo sentido —acentuando o «paradoxo» aparente que resulta de os «Estados de direito com maior carga social e democrática» potenciarem a emergência de *casos trágicos* (pela proliferação de *standards* e regras expansivas e pela concentração na Constituição de «valores últimos de sinal contrário», mas também pelas especificidades do discurso teleológico, argumentativamente concludente, exigido da jurisdição), veja-se «Los límites de la interpretación constitucional: de nuevo sobre los casos trágicos», cit., p.27 (3).

⁵³⁷ *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, cit., p. 252.

⁵³⁸ «Sobre lo razonable en el derecho», cit., p.101. O equilíbrio mínimo é atingido quando as exigências essenciais dos valores fundamentais se mostram compatíveis entre si; o equilíbrio ótimo, em contrapartida, permite já satisfazer exigências essenciais e não essenciais. «El equilibrio óptimo lo alcanzaría la decisión (o las decisiones) que satisficieran no sólo las exigências esenciales, sino también otras exigências no esenciales, de acuerdo con el distinto “peso” atribuido a cada una, y con los criterios o reglas de decisión que se utilicen...» (*Ibidem*, p. 100).

⁵³⁹ «Sobre lo razonable en el derecho», cit., p. 101.

⁵⁴⁰ «Y ahora habría que plantear la cuestión de si, en relación con casos trágicos, puede hablarse de alguna manera de decisiones justificables o razonables. Mi respuesta sería que sólo podría hacerse en un sentido más bien débil. Ciertamente, en tales contextos podrían utilizarse las mismas reglas que en los casos simplemente difíciles (...), pero lo que cambia es que ahora la decisión no puede pretender ser equilibrada, en cuanto que se ha sacrificado algo esencial. En definitiva, una decisión en tales contextos sería razonable tan sólo en el sentido de que se pueden dar razones en favor de su adopción que son mejores que otras. La justificación sería, cabría decir, tan sólo relativa: la decisión en cuestión no es buena, pero es la mejor de las posibles...» (*Ibidem*, p. 104). Acentuado o caráter *transjurídico* do exercício da razão prática nos casos trágicos (ou dos critérios que a orientam), veja-se especialmente «Los límites de la interpretación constitucional: de nuevo sobre los casos trágicos», cit., pp. 26-27 (2)).

⁵⁴¹ Este apelo ao consenso combina critérios de consenso real e de consenso ideal (*el consenso fáctico y el consenso racional*), beneficiando embora o primeiro de uma presunção de justificabilidade (*una*

Admitir que as colisões que o «juiz pode viver como trágicas» envolvem valores considerados *fundamentais* «do ponto de vista *jurídico e/ou moral*» determina de resto ainda uma outra especificação, levando a acrescentar ao núcleo dos *casos trágicos* propriamente ditos (que acabámos de identificar) — provocados por uma colisão-«contradição» no interior do «ordenamento jurídico» (*el juez puede vivir como trágica (...) una situación en que el ordenamento jurídico no le permite alcanzar ninguna solución correcta*) — aqueles outros em que a concorrência-colisão insolúvel (e portanto também a passagem do caso difícil ao caso trágico) só se produz com a intervenção da *moralidade*, se não com o «contraste» entre o «ordenamento jurídico» e o «ordenamento moral» (*el juez puede vivir como trágica (...) una situación en que su ordenamento jurídico le provee al menos de una solución correcta (...), de acuerdo com los valores de esse sistema, pero que choca com su moral*)^{542, 543} Especificação que Atienza acaba por relativizar, ao admitir que «as razões morais são as razões últimas no raciocínio prático de qualquer sujeito», encontrando-se assim o julgador, em qualquer uma destas hipóteses, «numa situação em que lhe é impossível decidir sem infringir o ordenamento jurídico»^{544, 545}

presunción en favor de la justificabilidad del consenso fáctico: «Sobre lo razonable en el derecho», cit., pp. 104-108 (7.).

⁵⁴² «Los límites de la interpretación constitucional: de nuevo sobre los casos trágicos», cit., p. 19

⁵⁴³ É interessante notar que esta distinção já aparece claramente em «La conscience et la loi» de Ricoeur, com a especificidade certamente não negligenciável de (não obstante a preservação das categorias *norma e aplicação*) a vermos aí restituída ao território da *phronêsis* (e a um *encontro* prometedor... já não dos ordenamentos jurídico e moral, mas do juízo moral em situação e da realização do direito em concreto), com a conseqüente problematização dos diversos formalismos (incluindo aqueles que os procedimentalismos pós-convencionais alimentam): «Il faut d'abord considérer le cas où plusieurs normes s'affrontent (...). Ce tragique de l'action fait appel à ce que Sophocle appele *to phronein*, l'acte de "juger sagement"; c'est la vertu qu'Aristote élèvera à un rang élevé sous le nom de *phronesis*, terme que les Latins ont traduit par *prudentia*, et que l'on peut traduire par sagesse pratique ou mieux encore para sagesse du jugement. (...) C'est ce tragique de l'action qui a été évacué dans la conception toute formelle de l'obligation morale, réduite à l'épreuve d'universalisation de la maxime (...), dans la conception rawlsienne de la justice (...), [dans] la posture post-conventionnelle (...) [de l'] éthique de la discussion. / Les choses deviennent plus graves encore, lorsque ce ne sont plus seulement des normes qui entrent en conflit, mais lorsque s'affrontent d'un côté le respect dû à la norme universelle, et de l'autre le respect dû aux personnes singulières. (...) La sagesse de jugement consiste à élaborer des compromis fragiles où il s'agit de trancher moins entre le bien et le mal, entre le blanc et le noir, qu'entre le gris et le gris, où, cas hautement tragique, entre le mal et le pire...» («La conscience et la loi», *Le juste*, Paris, éditions Esprit, 1995, pp. 219, 220).

⁵⁴⁴ «Los límites de la interpretación constitucional: de nuevo sobre los casos trágicos», cit., pp. 19-25 («Tipos de casos trágicos...»).

⁵⁴⁵ Para uma exploração estimulante do contraponto entre *hard cases* juridicamente relevantes e *dilemas morais* — mostrando-nos, sem prejuízo das diferenças, que os juízes por vezes enfrentam autênticos *dilemas morais* (precisamente nas situações em que nenhuma das respostas juridicamente possíveis resulta moralmente aceitável)... mas mostrando-nos sobretudo que as «semelhanças» a estabelecer entre os casos difíceis (HC) e os dilemas morais (MD) dependem do modo como a concepção de direito mobilizada admite compreender a relação *juridicidade/moralidade* —, ver Daniel Statman, «Hard Cases and Moral Dilemmas», *Law and Philosophy*, vol. 15, nº 2, 1996, pp 117-148. «The various differences between HC and MD should not, however, blur the fact that at times judges do

Se a relevância do novo tipo de casos ensaiado por Atienza parece indiscutível, pelo menos pelos universos temáticos a que a sua perspetiva crítica nos expõe — confrontando-nos em geral com o problema do *gesetzliches Unrecht* (não apenas nos «sistemas ditatoriais, globalmente ilegítimos», mas também nos «sistemas jurídicos democráticos»⁵⁴⁶)... e em particular com o *debate* em torno da *juridicidade / moralidade* dos princípios e da integração-objetivação destes no *corpus iuris* (tal como o vemos justificado pelo legado do positivismo crítico)⁵⁴⁷ —, já em relação ao problema que nos ocupa, importa dizer que este «enriquecimento» (em termos muito semelhantes àqueles que pude invocar a propósito do contributo de Barak) está longe de atenuar as tensões (no limite da aporia) impostas pelo binómio principal (pelos eixos *fácil/difícil*), na mesma medida em que se mostra incapaz de, em relação ao degrau que autonomiza, esclarecer as permanentes mudanças de plano e os círculos que estas desenham. Como se a emergência do *trágico* só pudesse ocorrer nas situações concretas (graças à experiência do que, com Ricoeur, diríamos *le jugement en situation*⁵⁴⁸)... e simultaneamente tivesse que encontrar a sua *condição* identificadora (capaz de a distinguir dos outros *casos difíceis*) na antecipação *em abstrato* de uma colisão de *programas de fins* (e dos princípios ou valores que estes mobilizam)... se não já na «cobertura» totalizantemente virtual que esta assegura (cobertura tanto mais exemplarmente reconhecida quanto traduzida numa formalização simbólica, não apenas capaz de distinguir conjuntos e subconjuntos de exigências... mas também de os tratar como elementos autossubsistentes).

in fact face MD. (...) In fact, the question of whether, and to what extent, moral principles function (or should function) in legal reasoning is a central question in the philosophy of law. (...) [T]he more one imports, so to speak, moral principles, into the legal realm, as legitimate legal considerations, the closer the gap between one's attitude to a moral dilemma 'as a judge' and one's attitude 'as a moral agent'. And the more moral principles are 'exported' out of legal reasoning, the greater this gap grows. Thus, the similarity and closeness which obtain between HC and MD depend (partly) on the extent to which one's legal theory views morality as part and parcel of legal reasoning...» (*Ibidem*, pp. 146, 147)

⁵⁴⁶ Atienza, «Los límites de la interpretación constitucional: de nuevo sobre los casos trágicos», cit., pp. 19, 25 e ss.

⁵⁴⁷ Ocupei-me detidamente deste tema no relatório *O direito como mundo prático autónomo...*, cit.. Em relação á posição assumida por Atienza perante o debate em causa, ver muito especialmente Atienza / Manero, «Dejemos atrás el positivismo jurídico», *Isonomía*, nº 27, 2007, pp. 7-28.

⁵⁴⁸ Ricoeur, *Le juste*, cit., pp. 217 e ss.

3.3. A inconcludência destas duas tentativas de superação

Voltando à *tentative hypothesis* que legitimou os dois percursos anteriores [3.1., 3.2.], há uma conclusão que se impõe: nem as tentativas de considerar em simultâneo as questões da *dificuldade* e da *indeterminação* — projetando a primeira num «círculo» *exterior* (relativamente aberto) de *significados...* e garantindo à segunda possíveis significantes de substituição! —, nem as propostas de distribuição *interna* dos níveis (ou degraus) de *facilidade* e *dificuldade* dos casos («refinando» as possibilidades da tipificação destes e admitindo novos núcleos temáticos) — independentemente da relevância dos esclarecimentos que vão introduzindo! — conseguem superar as tensões que o *binómio relativo aos casos* provoca. Muito simplesmente porque, não admitindo renunciar ao *prius* de um enquadramento *em abstrato*⁵⁴⁹ — o qual, como sabemos, também o é (simultânea e inextricavelmente) o da determinabilidade *hermenêutica sincronicamente autossustentada* (com um núcleo de significações embora mais ou menos extenso) dos *materiais jurídicos* disponíveis (e destes, sem prejuízo da sua maior ou menor pluralidade, levados a sério numa relação estruturante, positiva ou negativamente considerada⁵⁵⁰, com a pretensão de universalidade da norma-*ratio*) —, não conseguem também evitar que a antecipação das alternativas de decisão exigidas por tal enquadramento (e recebendo deste uma indispensável «legitimidade»-«plausibilidade» *jurídicas*) se cumpra invocando experiências *situadas* de determinação (e a relação com o singular e o concreto que estas consomem), entenda-se, apelando (indiscriminadamente, ainda que em termos mais ou menos intensos) para a *novidade* dos elementos e recursos que tais experiências *naturalmente* incorporam ou não de incorporar (se não associando ao virtual *in action* uma não falsificável *afirmação de novidade*). Como se, em ambos os planos (*centrífugo* e *centrípeto*), se tratasse de ser fiel à perspetiva integrante de uma *moldura* e à pressuposição

⁵⁴⁹ Não o admitem as primeiras porque, associando a teia de indeterminações (ou subdeterminações, ou incertezas, ou indecidibilidades) a um acervo de materiais-textos, acabam por conferir ao problema da maior ou menor dificuldade dos casos (e à representação dos contextos em que estes se inserem, mobilizados embora em termos mais ou menos estáveis) um sentido aproblematicamente hermenêutico; não o conseguem as segundas porque, propondo-se encontrar a condição de identidade dos tipos que introduzem numa antecipação hipotética (pensada em abstrato ou pelo menos referida a uma unidade-totalidade, virtualmente testemunhada), convertem os exemplos que mobilizam em *exemplares* predeterminados.

⁵⁵⁰ Consideração positiva que encontra a sua manifestação mais evidente na dita teoria *standard* da argumentação, consideração negativa que nos remete para as teorias críticas que alimentam a «Desconstrução».

autossubsistente dos materiais que a tornam pensável, sem poder já ser fiel à exigência de uma especificação puramente cognitiva das suas alternativas e dos elementos que as distinguem — o que implica acumular *saltos* e *círculos* de determinação dificilmente tematizáveis. O que mais uma vez nos leva a concluir de que o *binómio relativo aos casos* só sobrevive (só preserva a sua inteligibilidade) se tais problemas de articulação entre o *enquadramento legitimador* e a *afirmação de novidade* forem ignorados. Ignorar (silenciar) tais problemas significa na verdade proteger os pressupostos da *pragmática de demarcação* (imunizar a *conclusion-claim* da determinabilidade hermenêutica dos materiais e a perspectiva-*prius* correspondente)... e, então e assim, atribuir ao *discurso das alternativas de decisão* (compatíveis com estes materiais e enquadradas por tal perspectiva) a indiscutibilidade, se não inevitabilidade (inseparável das práticas juridicamente relevantes e da correlativa pretensão de identidade) de um *doing what comes naturally*.

4.

A REJEIÇÃO DO BINÓMIO *CASOS FÁCEIS/CASOS DIFÍCEIS* E DAS CISÕES METODOLÓGICAS QUE ESTE IMPÕE

O ponto de chegada da secção anterior é o ponto de partida da presente. Reconhecer as condições de que depende a sobrevivência analítica do binómio *casos fáceis/casos difíceis* — denunciando os silêncios a que a correlativa pragmática de demarcação se condena (para não soçobrar às tensões, se não aporias, que constitutivamente a ferem) — significa na verdade aceder a um novo (um terceiro) patamar de interpelação, a partir do qual (ou na perspectiva do qual) esta pragmática e aquele binómio — tanto nas versões radicais que os vinculam à exploração de uma *transjurídica* área aberta, quanto nas versões moderadas que os harmonizam com *razões jurídico-sistémicas* — possam enfim ser plenamente recusados. Recusados decerto por dificuldades de construção e

pela improdutividade metódica que estas geram, mas recusados sobretudo *em nome* de uma certa concepção da juridicidade (e do modo como esta se propõe reabilitar o *originarium* do projeto prático-cultural que lhe corresponde). A que concepção me refiro? Mobilizando a sobreposição das três grelhas de distribuição a que aludi no início do nosso percurso (e começando pela última... para ensaiar um movimento de especificação descendente!), eu diria que a uma concepção do direito que (ao nível da camada superior) se qualifica de imediato como *juridicista*, antes de (no patamar intermédio) se especificar como *discurso da communitas* (ou da dialética *communitas /societas*)... e de por fim (já na *linha da base*) nos aproximar do núcleo duro da aposta *jurisprudencialista*. Dinâmica de especificação esta tanto mais relevante quanto é certo que, se nos basta uma compreensão integralmente *juridicista, seriously taken*, para rejeitar a plausibilidade metódica da «*teoria*» dos *casos difíceis*, em qualquer uma das suas versões (incluindo, *et pour cause*, as propostas de fronteira do *positivismo crítico* e da *teoria da argumentação*), é já a mobilização articulada das outras duas grelhas que nos permite distinguir este *juridicismo* de outros (ou dos outros) *juridicisms* possíveis... e destes precisamente enquanto, na consideração do nosso problema, permitem que recriações distintas do postulado da determinabilidade — e do modelo da *norma* como *programa condicional* (na sua concepção iluminista ou na sua assimilação sistémico-funcional) — se harmonizem em pleno com a representação (explícita ou implícita) da exclusividade dos *casos fáceis* (e com um esquema metódico de desimplicação lógico-dedutiva). Porquê a mobilização articulada das outras duas grelhas e das camadas que, como territórios partilhados, estas iluminam? Muito simplesmente porque... se a grelha da camada intermédia nos autoriza a caracterizar esses *juridicisms* outros como puros discursos da *societas*, a grelha de base (sem pôr em causa este *common ground*, antes o confirmando!) permite-nos especificar os seus traços distintivos... e então e assim distribuir tais discursos da *societas* pelas máscaras inconfundíveis do *formalismo normativista* e do *funcionalismo autopoietico*. De tal modo que o *juridicismo* iluminado como discurso da *communitas* e reconhecido a partir do núcleo irradiante do *jurisprudencialismo* (e das afinidades que este vai identificando) esteja em condições não só de rejeitar a inevitabilidade do *discurso das alternativas*, mas também de superar o postulado da determinabilidade autossistente dos materiais (e por maioria de razão a inteligibilidade lógico-dedutiva do juízo-julgamento), assumindo uma compreensão do *novo* e do *velho* no tratamento do caso-controvérsia que se pode dizer incompatível com a distinção *casos fáceis/casos difíceis* (ou pelo menos com um qualquer relevo metodicamente estruturante desta).

O que se segue é uma exploração do sentido desta rejeição-superação (com uma brevíssima alusão às possibilidades que esta nos abre). Uma exploração que, não certamente por acaso, me proponho considerar em dois momentos ou duas etapas (com um relevo no entanto exclusivamente analítico). Com a primeira a ocupar-se apenas com a rejeição do *discurso das alternativas* (com *alvos* que integram a categoria *discricionariedade* e o *binómio acerca das normas*) [4.1.]... e com a segunda a concentrar-se no postulado da determinação *sincrónica* dos materiais, menos de resto para lhe opor uma determinação *diacrónica* do que para recusar uma índole *hermenêutica* [4.2.]. Não certamente por acaso, uma vez que esta repartição analítica nos permite começar por *ouvir* Dworkin, antes de nos concentrar nas possibilidades do *jurisprudencialismo* de Castanheira Neves...

4.1. A rejeição do *discurso das alternativas*: ouvindo DWORKIN

I propose (...) the thesis that judicial decisions (...), even in hard cases (...), characteristically are and should be generated by principle not policy. Once we identify legal principles as separate sorts of standards, different from legal rules, we are suddenly aware of them all around us. Estas duas afirmações, assumidas respetivamente em «Hard Cases» (1975) e «The Model of Rules I» (1967)⁵⁵¹ — sem prejuízo dos desenvolvimentos bem conhecidos que, com uma excepcional coerência, virão a corresponder-lhe ao longo de todo o percurso reflexivo de Dworkin —, concentram já *in nuce* todos os elementos a ter em conta no nosso primeiro *exercício*.

É certo que se trata menos de rejeitar a «teoria» dos casos difíceis (em todas as suas frentes e possibilidades) do que de rejeitar *uma certa* teoria dos casos difíceis, precisamente aquela que, situada numa posição de fonteira, se dirá herdeira direta do positivismo crítico de Hart (*legal positivism provides a theory of hard cases*⁵⁵²)...

⁵⁵¹ Como é sabido, estes dois ensaios seminais estão hoje publicados em *Taking Rights Seriously* (1977), cit. na 4ª impressão (com o *appendix* de 1978), London, Duckworth, 1984, respetivamente nas pp. 81 e ss. (cap. 4) e 14 e ss. (cap. 2). As duas citações reproduzidas no texto encontram-se nas pp. 84 e 28.

⁵⁵² «Hard Cases», *Taking Rights Seriously*, cit. p. 81.

O que significa de resto (apenas!) que teremos que esperar por *Law's Empire* para reconhecer uma expansão lograda do espectro de interlocutores a ter em conta, ou pelo menos para dispor de um enquadramento sistemático das possibilidades envolvidas (com rostos embora que raramente se nos expõem explicitamente individualizados⁵⁵³). Enquadramento que não é alheio ao *mapping* de oponentes (de *rival theories*) privilegiado por Dworkin e que assim mesmo passa a distribuir o tratamento dos *casos difíceis* pelos territórios inconfundíveis do *convencionalismo*⁵⁵⁴ e do *pragmatismo*⁵⁵⁵: com o primeiro destes territórios (na sua vinculação ao *passado*) a confundir a ausência ou indeterminação de um critério convencional com a ausência ou a indeterminação insuperável do próprio direito (*law [is] a game with holes between the rules*⁵⁵⁶)... e a entregar-nos assim (paradoxalmente) a um exercício de criação cujos *standards* orientadores serão *transjurídicos* (*hard cases (...) will inevitably be cases in which the explicit extension of the various legal conventions contains nothing decisive either way, and the judge therefore must exercise his discretion by employing extralegal standards*⁵⁵⁷); e com o segundo (na sua preocupação com o *futuro*) a converter esta ausência-indeterminação na oportunidade de uma reflexão (ainda) mais desvinculada e flexível (*[with the judge thinking] himself free to decide as he thinks best, on a fresh slate*⁵⁵⁸), a qual, ao poder separar os casos *sub judice* de outros tantos aparentes (ou pelo menos discutíveis) precedentes-*exempla*, se abre à prossecução assumida de um programa estratégico e ao projeto de *sociedade-comunidade(?)* que este especifica (*judges should follow whichever method of deciding cases will produce what they believe to be the best community for the future*⁵⁵⁹)

⁵⁵³ Esta é por assim dizer uma das marcas de água de Dworkin, especialmente notável nos múltiplos diálogos de *Law's Empire*, no qual as propostas do *Law and Economics* ou dos *Critical Legal Scholars* são como que consideradas em bloco, sem distinguir nelas rostos ou posições internamente distintas.

⁵⁵⁴ *Law's Empire*, cit., pp. 114-117 («Its Structure»), 124-130 («Two Kinds of Conventionalism»). A projeção do convencionalismo (mais *estricto* ou mais *suave*) no problema dos casos difíceis aparece-nos sobretudo nas pp. 115-116 e 128-130.

⁵⁵⁵ *Ibidem*, pp. 154-160 («Does Pragmatism Fit?»). A consideração do tratamento dos casos difíceis imputado ao *pragmatist judge* aparece especialmente nas pp. 158-160 (ver também as pp. 163-164).

⁵⁵⁶ *Ibidem*, p. 157.

⁵⁵⁷ *Ibidem*, pp. 128-129. «A judge must find some other kind of justification beyond law's warrant, beyond any requirement of consistency with decisions made in the past, to support what he does. (...) Strict conventionalism claims that judges are liberated from legislation and precedent in hard cases because the explicit extension of these legal conventions is not sufficiently dense to decide those cases...» (*Ibidem*, pp. 115, 129).

⁵⁵⁸ *Ibidem*, p. 159.

⁵⁵⁹ *Ibidem*, p. 160.

Só que se trata também já de, de um modo explícito e definitivo, inscrever nesta rejeição (como sua primeira e decisiva frente) a denúncia crítica da categoria *discretionariedade*, assim mesmo exigindo que a *discretion in play*, quando projetada no *modus operandi* do julgador, nos apareça — pela evidente redundância dos seus *dois* sentidos débeis e pela inadequação, se não incorreção, do seu sentido *forte* — privada de uma qualquer relevância metodológica. O que significa rejeitar a interferência da categoria *discretion*... sempre que o seu uso, aspirando explícita ou implicitamente a exceder o plano de uma acentuação ou de um reforço *tautológicos*⁵⁶⁰, pretender identificar uma *escolha livre* (uma decisão em estado puro), na qual os *standards* ou critérios mobilizados (mesmo quando aparentemente gerados pela arena discursiva do direito⁵⁶¹) se apresentem privados de uma qualquer vinculação juridicamente efetiva (assim mesmo devendo dizer-se constitutivamente *não jurídicos*)...

Se aquele reforço «tautológico» nos permite na verdade reconhecer o exercício da *discretionariedade* em *dois* sentidos débeis (*[the first one using] «discretion» (...) merely to say that (...) the standards an official must apply (...) [,] the standards set him by authority [,] (...) cannot be applied mechanically but demand the use of judgment / [the second one using] «discretion» (...) to say only that some official has final authority to make a decision and (...) that this exercise of judgement (...) cannot be reviewed and reversed by any other official*), esta identificação de uma *escolha livre* corresponde já, por sua vez, a um uso *forte* da categoria (*[using] «discretion» (...) to say that (...) when a judge runs out of rules (...) he is not bound by any standards from the authority of law (...) [and] that the legal standards judges cite are not binding on them*)⁵⁶². Clarificação que nos permite perceber o alcance com que, atendendo ao plano de relevância que dissemos metodológico, Dworkin reconhece a redundância dos dois primeiros usos (compossíveis com qualquer esquema metódico que se venha a desenhar) ... e denuncia a incorreção do segundo, enquanto e na medida em que, pelo contrário, nos condena à inevitabilidade uma *no-right-(legal)-answer thesis*...

⁵⁶⁰ «The proposition that when no clear rule is available discretion in the sense of judgement must be used is a tautology» («The Model of Rules I», cit., *Taking Rights Seriously*, cit., p. 34).

⁵⁶¹ Assim acontecerá precisamente com a mobilização dos princípios jurídicos enquanto tal (quando não legalmente prescritos ou consagrados pela decisão de um precedente), princípios que uma *discretion thesis* dirá assim sempre *not binding (not obligatory)*: *ibidem*, pp. 34-35.

⁵⁶² *Ibidem*, pp. 31-32.

É precisamente a rejeição desta *no-right-(legal)-answer thesis*⁵⁶³ e do *ceticismo interno* que alimenta algumas das suas manifestações — o qual, como vimos⁵⁶⁴ (sob a aparência frequente, mais ou menos persuasiva, de um *ceticismo externo*) a pretende proteger ou imunizar como (autossuficiente) *default thesis!* —, que completa a cadeia de *refutations* dirigida à teoria dos casos difíceis, abrindo o correspondente juízo crítico a um luminoso reverso: um reverso desenhado *de toute pièces* pela conceção do *direito como integridade* e pelo *interpretivismo* que a torna possível... e por estes orientados pela autonomização dos *arguments of principle* — entenda-se, pela plausibilidade de uma *right answer*, que sendo baseada nos *legal rights* dos sujeitos da contro- vérsia, não é menos (indissociavelmente) iluminada pela *political hypothesis* do respeito pela «comunidade dos princípios» ou por esta «interpretada» na perspetiva da *melhor teoria possível* (*I have invented, for this purpose, a lawyer of superhuman skill, learning, patience and acumen, whom I call Hercules*⁵⁶⁵, *Hercules does not first find the limits of law and then deploy his own political convictions to supplement of law requires (...) [h]e uses his own judgement to determine what legal rights the parties have, and when that judgement is made nothing remains to submit to either his own or the public's convictions*⁵⁶⁶). Universo bem conhecido e que não iremos aqui e agora uma vez mais visitar, a não ser porventura para aludir ao cruzamento indispensável com alguns elementos do exercício de demarcação que nos ocupa...

Trata-se de resto fundamentalmente de querer saber se a mobilização dos *arguments of principle* autonomizados por Dworkin (na sua substancial *diferença* relativamente a todos os outros que fomos encontrando, nomeadamente os de Alexy, MacCormick ou Bydlinski) nos autoriza a voltar, como que *pela negativa*, à convergência harmónica do binómio *relativo aos casos* e do binómio *relativo às normas*, ou mais claramente, à *thesis* (se não *hypothesis*), que

⁵⁶³ Rejeição que enfrenta por sua vez duas versões desta *no-right-answer thesis*, ambas construídas em oposição à comum *tese da bivalência* dos chamados *dispositive concepts* («the thesis (...) that in every case either the positive claim that the case falls under a dispositive concept, or the opposite claim that it does not, must be true even when it is controversial which is true...»): a primeira versão a sustentar que a *judicial discretion in hard cases* resulta da «existência» de um «espaço lógico» entre as soluções em alternativa (validade ou invalidade de um negócio, responsabilidade ou não responsabilidade de uma pessoa, carácter criminoso ou não criminoso de um ato) — espaço que por sua vez abre a possibilidade de uma *outra* resposta; a segunda a defender muito simplesmente que, não existindo embora a possibilidade de uma terceira resposta, pode perfeitamente acontecer que nenhuma das respostas em alternativa se nos ofereça como correta. Ver neste sentido a tentativa de «desconstrução» *lógica* das duas versões (especialmente da segunda) em «Is There No Right Answer in Hard Cases?», *A Matter of Principle*, cit., pp. 119-145.

⁵⁶⁴ *Supra*, 3.1.

⁵⁶⁵ «Hard Cases», *Taking Rights Seriously*, cit., p. 105.

⁵⁶⁶ *Ibidem*, p. 125.

fui várias vezes ensaiando, de que a plausibilidade pragmática do primeiro binómio cessa, sem remissão, a partir do momento em que o «continuum» *normas/princípios* (constitutivo do segundo binómio) é (ou for) explicitamente questionado. À primeira vista dir-se-ia que a lição de Dworkin *corroborava* em pleno esta *hipótese*. Será assim, no entanto? Para o ser, não basta com efeito admitir que são *outros* (ou que têm um outro significado) os *right-based arguments of principle* aqui invocados. Mesmo que devamos reconhecer (como me parece indiscutível!) que estamos perante uma conceção do *forum of principles (as separated standards)* nuclearmente incompatível com a unidade deontológica (em estrutura binária) de um *sistema de normas-regras e de normas-princípios* — reconhecimento que confirma a superação irreversível do segundo binómio e nos aproxima de uma conceção dos *princípios como fundamentos...* —, pode na verdade continuar a perguntar-se se a opção por esta conceção, *seriously taken*, é em si mesma suficiente para abandonar (ou legitimar o abandono de) toda e qualquer pragmática de demarcação *casos fáceis/casos difíceis* — abandono este que nos permitisse concluir também (indiscutivelmente) pela superação lograda do primeiro binómio. Porque a verdade é que, sem prejuízo de uma superação eloquente do *binómio relativo às normas* e da cadeia de rejeições em que esta superação passa a inscrever-se — e na qual se invocam como oponentes (sucessivamente) as teses da *discricionariedade forte* e da *ausência de resposta correta* (bem como os argumentos do *cepticismo interno*)... e estas teses e argumentos projetados numa *discontinuous strategy of adjudication*⁵⁶⁷ —, sem prejuízo ainda da plausibilidade de uma rejeição *em bloco* do que se poderá dizer a teoria dos casos difíceis — enfim desenhada com a extensão que a autoriza a conviver com a sua própria pluralidade (e que inclui portanto quer a distinção *core case/ penumbral case* legitimada pelos «convencionalistas»⁵⁶⁸, quer o território do *law without rights* «produzido» pelo *pragmatic judge*⁵⁶⁹) —, a proposta de

⁵⁶⁷ Para o dizermos com as formulações de Simmonds (reconhecendo-se neste ponto muito próximo da proposta de Dworkin): «The distinction between the core case (where the rule can be straightforwardly applied) and the penumbral case (where it cannot) is a *continuous* distinction. That is to say, there is no clear boundary between the core and the penumbra. For that reason, the judge cannot adopt a *discontinuous* strategy of adjudication that requires core cases to be decided one way (by reference to the rules) and penumbral cases to be decided differently (by reference to justice). The judge must adopt a strategy of adjudication that addresses all cases in the same way...» («The Nature of Law: Three Problems with One Solution», *German Law Journal*, vol. 12 nº 2, 2011, p. 622).

⁵⁶⁸ Ver nota anterior.

⁵⁶⁹ «Pragmatism (...) does not take legal rights seriously. (...) According to pragmatism what we call legal rights are only the servants of the best future: they are instruments we construct for that purpose and have no independent force or ground...» (*Law's Empire*, cit., p. 160). A expressão «Law Without Rights» corresponde de resto ao título em que estes excertos se integram.

Dworkin está longe de renunciar ao apelo (se não sedução) que os significantes *casos fáceis/casos difíceis* (ou os seus rastros ou cicatrizes) suscitam... e constrói todos estes exercícios de rejeição *mobilizando-os...*

Será esta uma sobrevivência paradoxal... ou pelo menos perturbadora da justeza da hipótese que fui defendendo? Para esta pergunta, há dois planos de resposta a ter em conta (ambos a superar aquele paradoxo e a confirmar, ou pelo menos a deixar incólume, esta pretensão de justeza): aquele que é explicitamente assumido por Dworkin [α]... e aquele que podemos recriar a partir da sua proposta, distanciando-nos explicitamente desta... e justificando um novo passo [β]...

α) A resposta mais direta de Dworkin aparece-nos persuasivamente formulada em *Law's Empire*. Trata-se de, reagindo a uma crítica possível (hipoteticamente formulada), defender que os casos fáceis são apenas «casos especiais dos difíceis» (*easy cases are, for law as integrity, only special cases of hard ones*⁵⁷⁰), pelo que a possibilidade de os identificar enquanto tais (*[encountering] which we may call the easy-case problem*⁵⁷¹) não afeta nem o *continuum* das práticas de juízo-julgamento nem a *unidade* do esquema metódico que, em nome de uma conceção de *law as integrity*, se proponha internamente corresponder-lhes (*law as integrity explains and justifies easy cases as well as hard ones (...)* [.] *it also shows why they are easy*⁵⁷²/ *Hercules does not need one method for hard cases and another for easy ones (...)* [.] *his method is equally at work in easy cases*⁵⁷³).

Como se se concluísse que devemos estar em condições de aceitar as *cicatrizes* da demarcação *easy/hard* — e a categoria do «desacordo» prático-normativo para que estas nos remetem (cuja ausência ou presença iniludivelmente sinalizam)⁵⁷⁴ —, desde que a mobilização destes *sinais* se cumpra livre de uma qualquer pretensão de *descontinuidade metodológica*, antes servindo para reforçar a unidade da reflexão correspondente (*[w]hen there is no doubt, the statute is clear, not because Hercules has some distinction, outside his general method, for*

⁵⁷⁰ Dworkin, *Law's Empire*, cit., p. 266.

⁵⁷¹ *Ibidem*, p. 353.

⁵⁷² *Ibidem*, p. 266.

⁵⁷³ *Ibidem*, p. 354.

⁵⁷⁴ A distinção *easy/hard* ajudar-nos-ia assim a acentuar (tautologicamente?) que há casos que suscitam «discordâncias» (*when lawyers disagree whether some crucial proposition of law is true or false*) e outros que não suscitam (*[which] for lawyers and even for nonlawyers (...) [go] without saying except in very unusual circumstances*): *ibidem*, pp. 353-354.

*distinguishing clear from unclear uses of a word, but because the method he always uses is then so easy to apply*⁵⁷⁵). O que não significa apenas acentuar a flexibilidade das categorias... — e concebê-las livres de uma compartimentação estanque (*questions considered easy during one period become hard before they again become easy*⁵⁷⁶)⁵⁷⁷ —, o que significa também rejeitar que o problema da demarcação em causa (e da qualificação que o consuma) se ofereça ele próprio como uma questão metodologicamente prévia, inevitavelmente «difícil»⁵⁷⁸.

Preocupação que se torna ainda mais evidente (ou pelo menos mais significativa) se nos lembrarmos que essa unidade metódica, no plano nuclear da «justificação normativa das decisões concretas», se cumpre assumindo uma prática interpretativa de colaboração (*the chain of law*) e neste sentido exigindo que duas dimensões estruturantes (*the dimension of fit /the dimension of political morality*⁵⁷⁹) exponham a procura da *right answer* a um «continuum» de experiências-*tests* e aos juízos (respetivamente de consistência e de coerência⁵⁸⁰) que lhes correspondem. Levar a sério este «continuum» significa na verdade recusar que as *justificações* filtradas pelo primeiro destes juízos (e eventualmente também as *proposições descrevendo direitos* que, enquanto princípios-*warrants* as sustentam) possam ser metodologicamente pensadas numa relação fechada de concorrência ou de colisão — isto é, numa relação que (*alla maniera di Alexy*) nos obrigasse a reconhecer esgotadas as possibilidades de um primeiro ciclo metódico (e que assim nos condenasse a introduzir um novo discurso ou a socorreremo-nos de um outro tipo de racionalidade, numa palavra a convocar um *outro* método). É na verdade apenas uma gradação

⁵⁷⁵ *Ibidem*, p. 353.

⁵⁷⁶ *Ibidem*, p. 354.

⁵⁷⁷ Conclusões que, como vimos, Alexy e MacCormick (sobretudo este) não deixam também de sustentar!

⁵⁷⁸ «The critic will then announce a serious problem: it can be hard question whether the case at hand is a hard case or an easy case, and Hercules cannot decide by using his technique for hard cases without begging the question. This is a pseudoproblem... » (*Ibidem*, p. 354).

⁵⁷⁹ Ver especialmente «Is There No Right Answer in Hard Cases?», *A Matter of Principle*, cit., pp. 143-145 e depois os desenvolvimentos imprescindíveis assumidos no cap. 7 («Integrity in Law») de *Law's Empire*, cit., pp. 225 e ss., 228-238 («The Chain of Law»).

⁵⁸⁰ Para nos socorrermos das esclarecedoras formulações que Castanheira Neves usa para identificar as duas dimensões exploradas por Dworkin: «Excurso - Dworkin e a interpretação jurídica...», *O atual problema metodológico da interpretação jurídica*, I, cit., pp. 357-358 (e nota 1099). Reparemos de resto que estas formulações (sem o rigor das correspondências que esta clarificação introduz) encontram um apoio indiscutível nos desenvolvimentos de *Law's Empire*: ver pp. 219 e ss. («Integrity and Consistency»), bem como as constantes associações da *coherence* a uma dimensão substantiva [exemplarmente, pp. 176 («to try to make the total set of laws morally coherent»), 217 («coherent scheme of principle»), 255 («in some coherent set of principles about people's rights and duties »), enfim 405 e 407 («substantive coherence»)].

analítica (incompatível com qualquer ruptura metodológica) — e como tal explicitamente defendida (*it is analytically useful to distinguish diferente dimensions or aspects of any working theory*⁵⁸¹) — que, segundo Dworkin, nos autoriza a pôr o problema (relativamente raro⁵⁸²) de um *teste de consistência (fit)* inconclusivo — incapaz de hierarquizar (de optar entre) duas ou mais interpretações (igualmente) plausíveis de um determinado critério jurídico (*statute or line of cases*) —, bem como a reconhecer que a resposta para este problema se há de encontrar num autêntico *juízo de integridade* e na *hipótese política* que o sustenta e que lhe confere uma identidade material plena. Um juízo de integridade que se constrói assumindo *arguments of principle* e o «modelo de comunidade» que os consagra (*[where] each member accepts (...) that their political rights and duties are not exhausted by the particular decisions their political institutions have reached, [where] each member [accepts] that he has duties flowing from that scheme, even though these have never been formally identified or declared*⁵⁸³)? Bem o sabemos. Um juízo que, impondo-se-nos assim com uma integrante intencionalidade material, se não *substantive appeal*⁵⁸⁴ (*as coming as close to the correct ideals of a just legal system as possible*⁵⁸⁵), nem por isso nos expõe menos a um *intertwinement* indispensável de *questions of fit* e *questions of political morality (the formal and structural dimensions that dominate on the first dimension figure on the second as well*⁵⁸⁶). Sendo precisamente esta gradação analítica que, também sem surpresa (preservando uma unidade metódica imaculada), nos restitui ao território dos *casos difíceis* (ou aos sinais que preservam a sua identidade): agora precisamente como aqueles casos em que o *teste preliminar* (no seu núcleo formal-estrutural) se mostra inconclusivo, exigindo um integrador *teste substantivo* e o *coherent set of principles* que o torna possível. *Hard cases arise, for any judge, when his threshold test does not discriminate between two or more interpretations of some statute or line of cases. Then [the judge]*

⁵⁸¹ *Law's Empire*, cit., p. 255. «So the distinction between the (...) dimension of fit (...) and the dimension of value (...) is less crucial or profound than it might seem. It is a useful analytical device that helps us give structure to any interpreter's working theory or style...» (*Ibidem*, p. 231)

⁵⁸² «I do not mean it will be rare that lawyers disagree about which theory provides, even on that dimension, a better justification. It will be rare, I think, that many lawyers will agree that neither provides a better fit than the other...» («Is There No Right Answer in Hard Cases?», *A Matter of Principle*, cit., p. 143).

⁵⁸³ *Law's Empire*, cit., p. 211.

⁵⁸⁴ *Ibidem*, p. 231.

⁵⁸⁵ Dworkin, «Natural Law Revisited», *University of Florida Law Review*, vol. 34 (1982), p. 166. Trata-se de, na *chain entreprise* dos juizes, assumir a *hipótese* (de moralidade) *política* que é correlativa (sem prejuízo das diferenças que a separam) da *hipótese estética* dos *chain novelists*.

⁵⁸⁶ *Law's Empire*, cit., p. 231.

(...) *must choose between eligible interpretations by asking which shows the community's structure of institutions and decisions — its public standards as a whole — in a better standard from the standpoint of political morality*⁵⁸⁷.

β) Acentuação esta última inequívoca (no que diz respeito à continuidade da *adjudication* e à unidade do *método* do juiz Hércules), mas perturbadora. Não tanto porventura porque admita uma *escolha* entre possibilidades *equivalentes* quanto porque identifica estas como possibilidades *interpretativas*, se não já como resultados de processos interpretativos parcelares (*elegible interpretations*). É certo que a consideração descontextualizada daquela *equivalência* (e da *necessidade* da *escolha*) bastaria para invocar o espectro das *alternativas de decisão*, se porventura a tese da *right answer* (e esta como componente decisiva de uma conceção do direito *como integridade*) não se encarregasse de persuasivamente o esconjurar. O que esta tese parece pacificamente admitir é no entanto já a possibilidade de atribuirmos ao problema da *adjudication* uma inteligibilidade nuclearmente hermenêutica, com a correspondente pressuposição de critérios textuais e a compreensão destes na perspetiva de uma especialíssima *intentio operis* — decerto indissociável da *chain of law*, mas nem por isso menos alimentada por uma «*intenção semântica*»⁵⁸⁸ (se não mesmo por um *semantic originalism*⁵⁸⁹). E assim sendo,

⁵⁸⁷ *Law's Empire*, cit., pp. 255-256. «Judges who accept the interpretive ideal of integrity decide hard cases by trying to find, in some coherent set of principles about people's rights and duties, the best constructive interpretation of the political structure and legal doctrine of their community...» (Ibidem, p. 255).

⁵⁸⁸ «Any reader of anything must attend to semantic intention, because the same sounds or even words can be used with the intention of saying different things.(...) We do not know what Congress actually said (...) until we have answered the question of what it is reasonable to suppose, in all the circumstances including the rest of the statute, it intended to say in speaking as it did.(...) It does not mean peeking inside the skulls of people dead for centuries. It means trying to make the best sense we can of an historical event--someone, or a social group with particular responsibilities, speaking or writing in a particular way on a particular occasion (....) [W]e are trying to make the best sense of the Framers speaking as they did in the context in which they spoke.» [Dworkin, «Comment», in Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, 1997, p. 101]. Veja-se também o desenvolvimento proposto por Dworkin em «The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve», *Fordham Law Review*, nº 65, 1997, pp. 1249 e ss., 1256-1262 (III) [«But though interpretive claims about a group's semantic intention are properly reported in the language of intention, and though they draw on suppositions about beliefs and attitudes, they are not themselves phenomenological hypotheses. They are, as I have repeatedly said, constructions aimed at making best sense of a collective act of statesmanship that includes speech acts, and though it would be wrong, as I just said, to suppose that only one such construction is possible, or that one is demonstrably the best, it is often not wrong to think that one is, in fact, the best and to have a measure of confidence in the claim...» (Ibidem, p. 1259)].

⁵⁸⁹ Especificação esta última que (sustentada nas conhecidas polémicas com Scalia citadas na nota anterior) se baseia no contraponto entre dois tipos de *originalismo* («*semantic*» *originalism*, which insists that the rights-granting clauses be read to say what those who made them intended to say, and «*expectation*» *originalism*, which holds that these clauses should be understood to have the

parece possível voltar à pergunta de que partimos — porque é que a proposta de Dworkin não renuncia em pleno ao apelo dos significantes *casos fáceis/casos difíceis*? —... mas para ensaiar uma outra resposta: não renuncia... porque a fidelidade a uma experiência do *law as interpretation* a impede de problematizar o postulado da autossustentância dos materiais.

Será assim, no entanto? Não podemos esquecer — agora sobretudo mobilizando a reexposição integradora de *Justice for Hedgehogs* — que o *interpretivism* de Dworkin está longe de poder confundir-se com a proposta de um esquema metódico de *determinação* de objetos *textuais* (quer se trate de entender este como uma correcção da hermenêutica tradicional quer como uma viragem inspirada pela *nova hermenêutica*⁵⁹⁰), antes traduzindo uma *aposta* prático-existencial na *unidade do valor* e na força da integração (ou intercompreensão) que a sua projecção *in action* determina: reinventar esta unidade significa, com efeito, levar a sério o contraponto *ciência /interpretação*... e assim mesmo reconhecer uma «dualidade» de experiências reflexivas — sustentada em dois grandes territórios da *intellectual activity* e nos discursos de razões (se não nas pretensões de verdade) que lhes correspondem (*interpretation [stands] (...) as a full partner beside science in an embracing dualism of understanding*⁵⁹¹).

consequences that those who made them expected them to have), ou mais claramente, na rejeição (*versus Scalia*) do segundo («*expectation*» *originalism*)... e na defesa da plausibilidade do primeiro («*semantic*» *originalism*), bem como numa aproximação deste de alguns argumentos do que (no contexto europeu continental) se dirá um *objetivismo atualista* (ou um *objetivismo* predominantemente atualista, sensível a algumas dimensões do *objetivismo histórico*), se não, porventura em termos mais rigorosos (já preocupados em traduzir o peso da *integrity thesis*), um *objetivismo teleológico* ou *teleologicamente* corrigido: «[Just] as our judgment about what friends and strangers say relies on specific information about them and the context in which they speak, so does our understanding of what the framers said. History is therefore plainly relevant. But only in a particular way. We turn to history to answer the question of what they intended to say, not the different question of what other intentions they had. We have no need to decide what they expected to happen, or hoped would happen, in consequence of their having said what they did...» («Comment», cit., p. 103)]. Uma especificação que foi recebida como uma *viragem*, se não como uma cedência a algumas versões do *originalism*? Importa acentuá-lo [Ver por todos, de resto, Jeffrey Goldsworthy, *Parliamentary Sovereignty. Contemporary Debates*, Cambridge UK, Cambridge University Press, 2010, pp. 254-263 e muito especialmente «Dworkin as an Originalist», <http://www.thefreelibrary.com/Dworkin+as+an+originalist.-a061829602>, distinguindo pormenorizadamente um *early Dworkin* («*partial originalism*»), um *middle Dworkin* («*the non-originalism of Law's Empire*») e um *late Dworkin* («*semantic originalism*»)] Sem esquecer que Dworkin *lui-même* nos apresenta no entanto tal especificação, o mais persuasivamente possível, como um esclarecimento da proposta de *Law's Empire* (se não já de «*How Law is Like Literature*»). Polémica em que não entraremos, cuja clarificação exige, no entanto, uma exploração prévia das diferenças que (segundo Scalia e segundo Dworkin) separam a *statutory interpretation* da *constitutional interpretation*.

⁵⁹⁰ Ver neste sentido a desenvolvida reconstituição de Castanheira Neves, «Excurso - Dworkin e a interpretação jurídica...», *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, I, pp. 385 e ss, 437-444 (e nota 1310).

⁵⁹¹ Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, cit., pp. 123-124.

É certo que desta aposta resulta de imediato um esforço de integração, sendo este responsável quer por uma inserção da experiência do *law as interpretation* no território da *interpretation in general* (enquanto «fenómeno social» orientado por «tradições», cujas convergências e divergências mobilizam invariavelmente *communities of interpreters*⁵⁹²), quer pela arrumação das práticas normativo-jurídico relevantes num certo género de discurso (partilhado, graças a uma afinidade de *purposes* pelas práticas da interpretação artística e literária e pelas práticas conversacionais) — género este que, como se sabe, corresponde à chamada *interpretação colaborativa (collaborative interpretation)*⁵⁹³.

Não menos importante no entanto é um esforço simultâneo de especificação, preocupado com o «lugar» do Direito. Esforço que permite distribuir as diversas *occasions of interpretation* ditas colaborativas e chegar assim a uma compreensão da interpretação jurídica não apenas inconfundível com as modalidades de interpretação orientadas pela *intentio auctoris* (como são as interpretações conversacionais), mas também claramente distinta daquelas em que a procura coletiva da melhor interpretação (já vinculada a uma *intentio operis*) se desenvolve orientada por uma *hipótese estética* (como acontece com as interpretações artísticas e literárias): se a *chain of law* nos expõe também à procura de uma interpretação que possa aparecer como o melhor exemplo possível do seu *género* (não menos associável a uma *intentio operis*), a *hipótese* que a conduz (dita *política*) remete-nos já em pleno para a *integrity thesis* e para o compromisso axiológico-material com uma *community of principles...* na mesma medida em que proporciona às suas *interpretive practices* uma institucionalização *diferenciadora* (indissociável do sentido intencionalmente autónomo da *jurisdição*)⁵⁹⁴.

Mas se assim é, há que reformular a resposta anterior. Para que a pressuposição que favorece a sobrevivência dos sinais da demarcação *fácil /difícil* passe a reconhecer-se menos na pretensão da determinabilidade hermenêutica dos materiais, menos ainda no postulado da autossubsistência destes e da perspectiva que estes asseguram — pretensão aquela e postulado este também eles eloquentemente superados pela *integrity thesis* — do que no entendimento de que o desafio de reinvenção dos compromissos do mundo prático do

⁵⁹² *Ibidem*, pp. 130-132, 144 e ss.

⁵⁹³ *Ibidem*, pp. 135-138

⁵⁹⁴ Para uma atenção menos esquemática a estas distinções (bem como uma consideração de alguns pressupostos relevantes para a exposição que se segue, com as indicações bibliográficas indispensáveis), ver o desenvolvimento que propus em *O direito como mundo prático autónomo: "equivocos" e possibilidades*, cit., pp. 103-113 (2.3.).

direito (desafio muito justamente preocupado com a reconstituição de uma *perspetiva interna* e de uma unidade intencional *direito/pensamento jurídico*) se cumpre necessária e satisfatoriamente invocando uma alternativa global de *interpretação* e a racionalização construtiva que esta oferece. Invocar esta alternativa da *interpretação* — e inscrever nela as especificações indispensáveis, incluindo aquelas que, no âmbito da *interpretação colaborativa*, restituem ao jurídico o seu espaço institucional inconfundível (entenda-se, dando especial relevância ao papel da jurisdição... num tempo em que a legislação aparece esmagadoramente como um produtora de *policies*) — significa na verdade privilegiar uma «intenção à coerência»⁵⁹⁵ (ainda que coerência prático-normativa)... e então e assim permitir que o horizonte de enunciação-consagração dos *legal rights*, inscrito num fluxo de determinações valorativas *cada vez «mais gerais»*⁵⁹⁶, se nos imponha como a condição de identidade do jurídico (entenda-se, da *moralidade política* juridicamente institucionalizada).

Se a inscrição nesse fluxo (alimentado pela *unidade do valor*) nos expõe à pretensão de coerência de uma *estrutura em árvore* — aquela que nos incita a passar de uma moralidade política especial para uma moralidade política geral... e desta para a moralidade pessoal... e para a ética (*we can easily place the doctrinal concept of law in that tree structure: law is a branch of political morality, which is itself a branch of a more general personal morality, which is in turn a branch of a yet more general theory of what is to live well*⁵⁹⁷) —, a autonomização do jurídico (na perspectiva de um *doctrinal concept*⁵⁹⁸) cumpre-se na verdade reconhecendo os *traços característicos* de certas *práticas interpretativas* — traços estes capazes de as distinguir de todas as outras, desde logo daquelas que integram o mesmo território da moralidade política. Ora traços característicos que, sem prejuízo da sua emergência em todos os casos jurídicos (e da unidade metódica que reflexivamente a leva a sério), nos aparecem como que *exemplarmente* acentuados (e como tal especialmente evidentes) em certos casos, casos que *por um lado* mobilizam nuclearmente critérios jurisprudenciais — correspondendo assim à expectativa de uma *common law decision (when no statute figures centrally at the legal issue)* —, casos

⁵⁹⁵ Para o dizermos com Castanheira Neves, «Excurso - Dworkin e a interpretação jurídica...», *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, I, p. 367.

⁵⁹⁶ Cfr. o texto citado na nota seguinte.

⁵⁹⁷ Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, cit., p. 5. Ver o desenvolvimento proposto nas pp. 405 e ss. («A Tree structure»)

⁵⁹⁸ No sentido proposto em *Justice in Robes*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2006, pp. 9 e ss. (sentido que, a propósito da concepção de Simmonds, considerei criticamente no relatório *O direito como mundo prático autónomo: “equivocos” e possibilidades*, cit., pp. 115 e ss).

que *por outro lado* (pela especial complexidade da construção a que o seu processo interpretativo expõe o julgador) merecem preservar a qualificação de *difíceis* (*deciding hard cases is rather like [the] (...) strange literary exercise (...) of the novelists in the chain*)⁵⁹⁹.

Que traços característicos? Muito claramente aqueles que, sem prejuízo de uma dinâmica de reciprocidade constitutiva (se não já de circularidade) entre os *community's principled commitments* e as práticas que efetivamente os interpretam, resultam das exigências do *principle of integrity* (*the adjudicative principle of integrity instructs judges to identify legal rights and duties, so far as possible, on the assumption that they were all created by a single author —the community personified— expressing a coherent conception of justice and fairness*)⁶⁰⁰. Aqueles que nos permitem autonomizar tais práticas, sempre como práticas interpretativas (entre outras práticas interpretativas), respondendo inequivocamente a esta pergunta: «sob que condições» se adquirem «direitos e deveres da moralidade política» que se possam dizer «especificamente jurídicos»? Sendo certo que a resposta a uma tal pergunta (ao pressupor o contraponto entre *legislative rights* e *legal rights*)⁶⁰¹ se encontra, sem surpresa na categoria dos direitos e deveres genuinamente jurídicos (*legal rights*), aqueles *direitos e deveres* que, como sabemos, os seus titulares podem tornar eficazes recorrendo diretamente às instâncias judiciais (*without further legislative intervention*)... e cuja *consagração/não consagração* será criticamente refletida no quadro de uma *teoria do direito* — teoria do direito que, assim mesmo (não certamente por acaso), se nos imporá como a procura de uma *resposta normativa* para uma *questão política*⁶⁰².

Traços característicos que estaremos assim em condições de encontrar menos na experiência dos casos enquanto tais (na especificidade estrutural e intencional da *controvérsia prática* que estes reproduzem) do que nas respostas ou no sentido — se não no *purpose* (ou *value*) — das respostas que a estes reagem. Ou que só encontraremos na experiência dos casos se, levando a sério a prioridade de um tal *purpose* como perspetiva identificadora de toda e qualquer interpretação, reconduzirmos o núcleo duro destes casos (e circunscrevermos a sua relevância metodológica) às *situações (criativas) de*

⁵⁹⁹ «How Law is Like Literature», *A Matter of Principle*, cit., p. 159.

⁶⁰⁰ *Law's Empire*, cit., p. 224.

⁶⁰¹ Ver o desenvolvimento assumido em *Justice for Hedgehogs*, cit., pp. 405-407 (e a reconstrução crítica deste que propus no relatório *O direito como mundo prático autónomo*, cit., pp. 109-114).

⁶⁰² *Justice for Hedgehogs*, cit., p. 406.

leitura e de escrita que, como outras tantas oportunidades de construção de sentido, abrem (desencadeiam) tais respostas.

Levando a sério a prioridade do «fim»-*purpose* (e deste como *valor* ou *compromisso prático*)⁶⁰³? Importa acentuá-lo. Acentuação que nos permite iluminar um dos elementos decisivos da proposta de Dworkin — indissociável do contraponto *interpretation/science (in [the] (...) realm [of interpretation] justifying purpose is at the heart of success [,] (...) in interpretation (...) justifying and intrinsic roles merge*⁶⁰⁴) —, na mesma medida em que nos restitui ao horizonte integrador da *interpretation in general* e às etapas-*stages* que analiticamente lhe correspondem. Dar atenção a este horizonte — seguindo a orientação destas etapas — significa na realidade perceber porque é que a reflexão metódica associável à interpretação colaborativa juridicamente relevante (em plena consonância com a correlativa *political morality*, também ela distinta da *political morality* em geral) pode e deve concentrar-se na pretensão de coerência garantida pelos *principles-rights* (na determinabilidade prévia do *package of purposes* que lhes corresponde), remetendo para uma etapa de determinação *analiticamente* posterior (também ela justificada como uma prática interpretativa) a identificação das circunstâncias particulares em que tais exigências vão ser realizadas (*when we try to identify the best realization of that package of purposes on some particular occasion*)⁶⁰⁵. Não se trata certamente de recusar o papel destas circunstâncias e da *particular occasion* que estas criam, mas trata-se inequivocamente de as aproximar das ocasiões de construção de sentido de todas as outras práticas interpretativas... e de assim mesmo as privar dos traços dinamicamente específicos (estruturalmente dialécticos e intencionalmente dialógicos)⁶⁰⁶ que conferem ao caso-problema a sua autonomia inconfundível. Como se trata enfim de, muito significativamente, rejeitar a *perspetiva* condutora deste. Rejeição que só por si nos permite entender o modo muito especial como a *integrity thesis* convive harmonicamente com a categoria *casos difíceis*... ou com os sinais que a preservam!

⁶⁰³ *Ibidem*, p. 131.

⁶⁰⁴ *Ibidem*, p. 153.

⁶⁰⁵ «Interpretation can therefore be understood, analytically, to involve three stages. We interpret social practices, first, when we individuate those practices: when we take ourselves to be engaged in legal rather than literary interpretation. We interpret, second, when we attribute some package of purposes to the genre or subgenre we identify as pertinent and, third, when we try to identify the best realization of that package of purposes on some particular occasion...» (*Ibidem*, p. 131).

⁶⁰⁶ E eventualmente também da dimensão diacrónica, no sentido acentuado por Kellogg (o qual, como sabemos, entende que tanto Dworkin quanto os *CIs* assumem um «*synchronic*» *model of legal uncertainty*). Ver Kellogg, «What Precisely is a “Hard” Case?...», cit., passim.

4.2. A rejeição da *determinabilidade hermenêutica dos materiais* e do binómio *relativo às normas*: ouvindo CASTANHEIRA NEVES

Uma conclusão esta que nos conduz (agora em pleno) à perspectiva-patamar aberta pelo *juridicismo jurisprudencialista*? Uma conclusão que nos permite pelo menos reconhecer que uma rejeição *juridicista* da «*teoria*» dos casos *difíceis* — que o seja também inequivocamente da *exclusividade dos casos fáceis* — determinará, no plano da reflexão metodológica, uma superação plena do binómio *relativo aos casos* (incompatível com qualquer sobrevivência deste ou dos sinais de tensão que tal sobrevivência perpetua)... apenas se (e na medida em que), reconhecendo o *continuum* das práticas de realização do direito (e refletindo-o logradamente na *intensificação da atenção* que a referida reflexão exige), estiver em condições de ver no caso concreto (e nas suas exigências normativas) não só um objeto problemático decisivo mas também o *príus* metodológico («a perspectiva problemático-intencional que tudo condiciona e em função da qual tudo deverá ser interrogado e resolvido»⁶⁰⁷). O que, dando mais um passo, significa também reconhecer que, se a propósito do referido binómio fomos autonomizando *exercícios de rejeição* sucessivos (alguns sobreponíveis, outros experimentados em frentes distintas) — dirigidos por um lado, num percurso reflexivo mais linear, à *hipótese da discricionariedade forte* e ao *discurso das alternativas de decisão* (bem como à «tese» da *ausência de resposta correta*), dirigidos por outro lado (em planos partilhados com uma complexidade-variabilidade infinitamente maior) à defesa de um *modus operandi* lógico-dedutivo (ainda que argumentativamente enquadrado), à possibilidade de beneficiar os *materiais jurídicos* com uma *presunção de determinabilidade em abstrato*, bem como à sustentabilidade do binómio *relativo às normas* (e a conceção ou conceções dos *princípios* que este binómio acolhe) —, a possibilidade de mobilizar congruentemente estes *exercícios de rejeição*, concluindo pela incompatibilidade plena das categorias e esquemas reflexivos que estes denunciam com a especificidade inconfundível do mundo prático do direito — *congruência* que envolve também a rejeição *global* da possibilidade de uma concepção metodologicamente descontínua do juízo-julgamento (com intervenções estanques de diversos tipos de racionalidade) —, essa depende muito claramente desta aposta sem concessões

⁶⁰⁷ Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, cit., p. 142.

na *prioridade* metódica do *caso-problema concretamente julgando*⁶⁰⁸, se não na exigência de reconduzir o *respondere* juridicamente relevante a uma experiência (reflexivamente assimilada e unitariamente traduzida) de *justeza* prática ou de *justo concreto* (*in Wahrheit hat das Recht seine Realität in etwas anderem als in Gesetzen oder sonstigen Wörtern und Sätzen(...), [i]n Wahrheit hat das Recht seine Realität im konkreten Fall, der entschieden werden will (...) [u]nd was dort, in jedem einzeln Fall, erkannt werden muß, ist letztlich Gerechtigkeit, freilich in der zivilen Form juristischer Richtigkeit*⁶⁰⁹).

Não é este decerto o momento para explorar o reverso luminoso destes exercícios de rejeição ou da *congruência* que logradamente os inter-relaciona... tanto mais que o que está aqui em causa é menos a defesa do *jurisprudencialismo* como uma conceção do direito ou um modelo de pensamento jurídico entre outros possíveis do que a aposta na oportunidade reflexiva única de uma recuperação fundadora — uma recuperação que, assumindo as exigências da nossa circunstância, possa reconhecer no direito (num certo direito) um mundo prático autónomo, na mesma medida em que reassume o seu *originarium*⁶¹⁰. Tal como fiz em relação a Dworkin, vou agora apenas aludir ao sentido global da *resposta*⁶¹¹. Trata-se de resto muito simplesmente de perceber quais são os núcleos de identidade desta resposta (ou da sua compreensão do *modus operandi* do julgador) que nos autorizam a confirmar (se quisermos, a corroborar) a *série-sequenza* de exercícios de rejeição que acabei de considerar: confirmação que, como já antecipei, articula as peças desta sequência num *ensemble* indecomponível (transformando as categorias e esquemas de racionalização que estas fragmentadamente rejeitam em componentes inextricáveis de uma *grande tese oponente*), na mesma medida em que intensifica cada um destes exercícios (em que exige que cada um deles seja

⁶⁰⁸ *Ibidem*, pp. 144 e ss.

⁶⁰⁹ Joachim Lege, «Was Juristen wirklich tun. Jurisprudential Realism», in Brugger, Neumann, Kirste (Hg.), *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, cit., p. 208 e nota 7.

⁶¹⁰ Para além das indispensáveis páginas finais de *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003 (pp. 140-147), ver também «Uma reflexão filosófica sobre o direito — “o deserto está a crescer...” ou a recuperação da filosofia do direito?», *Digesta*, vol. 3º, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 93-94 e ainda «Pensar o direito num tempo de perplexidade», in João Lopes Alves et al., *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário. Estudos de Direito e Filosofia*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 4-5 (1.2. «Uma *Ursituation* e os problemas implicados»).

⁶¹¹ Para o esclarecimento da breve síntese proposta no texto (e uma indicação menos sumária da bibliografia indispensável) remeto-me para dois estudos (parcialmente coincidentes) já publicados: «Jurisprudencialismo: uma resposta possível num tempo de pluralidade e de diferença?», cit., pp. 109 e ss. e «Validade comunitária e contextos de realização. Anotações em espelho sobre a conceção jurisprudencialista do sistema», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, vol.1, nº 1, 2012, pp. 35-69 (disponível em <http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/2966>, passim).

assumido sem reservas) — o que, como também já sabemos, significa privar a pragmática da demarcação *casos fáceis/ casos difíceis* (em si mesma ou nos rastros ou cicatrizes que a prolongam) das condições que a tornam pensável.

Que núcleos de identidade são estes?

α) Posso dizer que o primeiro (o primeiro também no seu sentido gerador) corresponde à exigência de compreender a *validade jurídica* como um contexto-horizonte de sentido (normativamente condutor) e como um correlato (permanentemente reconstruído ou reinventado) de uma *praxis* de realização. Se a assunção desta *circularidade* nos convoca para uma «intencionalidade ao fundamento»⁶¹² levada a sério na sua autodisponibilidade⁶¹³ — identificando assim a procura-*projetar* culturalmente possível de uma comunidade de sujeitos-pessoas (e a vinculação civilizacional que permite pensá-la na sua continuidade histórica) —, não nos compromete menos na verdade com um modelo de pensamento jurídico⁶¹⁴ e com o discurso de razões que (como uma especialíssima especificação da *phronêsis*) este cumpre...

β) E se assim é, não nos causará surpresa que as duas dimensões por sua vez generativamente polarizadoras deste discurso de razões (correspondendo a outros tantos momentos estruturantes da emergência constitutiva da experiência da *juridicidade*) identifiquem por um lado a *validade trans-subjetiva* (no seu compromisso axiológico) e por outro lado a *controvérsia* concreta (na sua novidade irreduzível)⁶¹⁵. Se a estas duas dimensões (ditas *axiológica* e *problemática*) acrescentamos outras duas... e estas como condições de institucionalização daquelas (ou da identidade prático-comunicativa que as constitui, se não da dinâmica de objetivação-realização que *situacionalmente* as integra) — com a terceira a estabilizar a primeira numa mediação *dogmática* e a quarta a responder à segunda com uma mediação *judicativa* ou *judicativamente praxística*⁶¹⁶ — teremos na verdade identificado o núcleo duro da *resposta* que nos importa: o de uma compreensão da racionalidade jurídica

⁶¹² Castanheira Neves, «Uma reflexão filosófica sobre o direito — “o deserto está a crescer...” ou a recuperação da filosofia do direito?», cit., p. 98.

⁶¹³ Uma intencionalidade à validade precipitada numa *perspetiva*, num *sentido*, numa *estrutura*, numa *normatividade*: para um desenvolvimento, ver Castanheira Neves, «O direito interrogado pelo tempo presente na perspetiva do futuro», in Avelãs Nunes / Miranda Coutinho (ed.), *O direito e o futuro. O futuro do direito*, Coimbra, Almedina, 2008, pp.56-65 (3. a)).

⁶¹⁴ Dito jurisprudencialista *stricto sensu*: *ibidem*, pp. 58 e 66-67 (3.b)).

⁶¹⁵ Ver principalmente: «A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido (diálogo com Kelsen)», *Digesta*, volume 2º, cit., pp. 134-155 (2. «Os pressupostos»), «O atual problema metodológico da realização do direito», *ibidem*, pp. 251-256 (I, 2. e 3.), 272-281 (III 3.), *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, cit., pp.78-79 e «O direito interrogado pelo tempo presente na perspetiva do futuro», cit., pp. 59 e ss., 66-67 (b).

⁶¹⁶ Assim em «Pensar o direito num tempo de perplexidade», cit., pp.19-20 (IV.1.).

integralmente pensada como uma dialéctica entre *práticas de estabilização* e de *realização* — com as primeiras a oferecerem a condição de *terciabilidade-comparabilidade* indispensável às segundas e estas a proporcionarem a *perspetiva interrogante* que permite experimentar-determinar as primeiras. Práticas que, como sabemos (sem prejuízo de resto da dinâmica comum em que participam e dos «momentos» de criação de sentidos normativamente específicos em que se interpenetram), importará reconduzir aos eixos estruturantes respetivamente do *sistema* e do *problema* — *pluridimensional* e *aberto* aquele (construído ele próprio como prática-procura de um compromisso de unidade, com modos de vinculação-vigência institucionalmente inconfundíveis⁶¹⁷), «pré-síntese de um interrogativo sentido concreto» este⁶¹⁸ (construído como um irreduzível tratamento do *novo* mas nem por isso menos capaz de, ao assimilar o *tertium comparationis* de um *ius suum cuique tribuere*, converter o desafio da singularidade irrepitível num *concreto* judicativo-analogicamente comparável⁶¹⁹).

Basta-nos a invocação destes dois núcleos [α , β], na dinâmica de especificação que os articula, para entender que o esquema metódico, crítico-reflexivamente construído, que leva a sério a dialéctica *sistema/problema* — e esta como horizonte integrador de outras procuras circulares, se não já de outras *dialécticas* (com a institucionalização das possibilidades constitutivas correspondentes)⁶²⁰ — se nos impõe em condições privilegiadas não só de responsabilizar a *jurisdictio* (na identidade do seu discurso prático-prudencial) por uma *forma de vida* específica e pela procura «situada» da *humanitas* (enquanto validade comunitária) que esta institucionaliza, mas também de corresponder a um «continuum» normativo-prático de realização — integralmente levado a sério como um modo único de assimilação-*tratamento* do *particular* e de *novo* (se não da autonomia-diferença) afirmados no caso-*controvérsia* (esta

⁶¹⁷ Para uma reconstituição desta compreensão do sistema (com a identificação dos textos de Castanheira Neves aqui indispensáveis), remeto-me para o já citado «Validade comunitária e contextos de realização. Anotações em espelho sobre a conceção jurisprudencialista do sistema», cit., passim..

⁶¹⁸ Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, cit., p.162

⁶¹⁹ Este é um dos núcleos temáticos que desenvolvi em «Phronêsis und Tertialität: Die Behandlung des Neuen als Kern des “geworfenen Entwurfs” des Rechts», in Lothar Philipps und Rainard Bengez (Hrg.), *Von der Spezifikation zum Schluss: Rhetorisches, topisches und plausibles Schließen in Normen- und Regelsystemen*, Nomos Verlag, 2013, pp. 37-56. É ainda indispensável atender ao modo como Fernando José Bronze reconstitui uma radical «unidade analógica» enquanto «*tertium* assimilante» da dialéctica *problema/sistema*: ver muito especialmente «O jurista: pessoa ou androide?», *Analogias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 61-76

⁶²⁰ Ver Castanheira Neves, «A unidade do sistema jurídico...», cit., pp. 165-174. Ver também a reconstituição que propus em «Validade comunitária e contextos de realização», cit., pp. 53-55.

mesma a corresponder a um *artefacto* prático-culturalmente concebido⁶²¹). Levar a sério este «continuum» (ou este como correlato da dialética *sistema/problema*) não significa na verdade apenas reconhecer uma autêntica *unidade* metódica e a racionalidade *sujeito/sujeito* que esta institucionaliza (unidade que se assume como intenção e se renova como tarefa), significa também conceber a solução assimiladora do caso-problema — sejam quais forem as características diferenciadoras que se possam acrescentar à sua nuclear relevância como *concreto problema de direito*⁶²² (a começar por aquelas que, em função de critérios já previamente selecionados e autossubsistentemente trabalhados, pretendam diagnosticar a sua maior ou menor *dificuldade...* ou a sua maior ou menor *facilidade*) — como uma resposta integralmente *jurídica* (entenda-se, como uma resposta juridicamente determinável, garantida pelas possibilidades e exigências discursivas de uma *perspetiva interna* e pela experiência do sistema que esta permanentemente renova) — uma resposta que assim mesmo se dirá *decisão judicativa*⁶²³. Com a implicação evidente de também assim se rejeitarem sem remissão todas as tentativas de fragmentar o percurso metódico ou de institucionalizar intervenções *intencionalmente estanques* de outros discursos (lógico-dedutivos, pragmático-instrumentais, ético-filosóficos ou estético-narrativos)⁶²⁴, bem como, no limite, tanto a tese da *área aberta* quanto a da *ausência de resposta (juridicamente) correta*.

γ) Que dizer no entanto das outras componentes mobilizadas (experimentadas) pela pragmática da demarcação *casos fáceis/casos difíceis* (cuja especificidade fomos sucessivamente identificando)? Uma chamada de atenção esquemática

⁶²¹ Procuo mostrá-lo em *O direito como mundo prático autónomo: “equivocos” e possibilidades*, cit., pp. 180 e ss. (3.3.3.4.).

⁶²² Sem prejuízo de uma exploração atenta do problema dos limites da juridicidade: ver Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, cit., pp. 206-237 e ainda «Pensar o direito num tempo de perplexidade», cit., pp. 27-28.

⁶²³ Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, cit., 30-34.

⁶²⁴ O que não significa que o julgador não tenha que pontualmente apreciar a concludência de argumentos dedutivos, finalísticos, éticos ou estéticos. Esta apreciação não abrirá no entanto nunca territórios estanques, devendo as suas *conclusions-claims* inscrever-se em pleno na dinâmica imposta pela dialética *sistema/problema*, se não submeter-se aos *contrôles* prático-rationais, tanto de concordância dogmática quanto de justeza material (os *Stimmigkeitskontrolle* e os *Richtigkeitskontrolle* de Esser) que o «geral-concreto» da mediação judicativa proporciona [em relação a esta convocação de Esser, ver Castanheira Neves, «O atual problema metodológico da realização do direito», cit., pp. 276 e ss.; a associação do juízo a um geral-concreto encontra-se na *Metodologia jurídica*, cit., p. 33]. Para perceber que assim é, basta atender a dois exemplos possíveis: o do tratamento da norma legal, com a indispensável consideração das componentes pragmático-estratégicas exigidas pela tematização da *ratio legis* [*ibidem*, pp. 149-154, 184 e ss.]; o do problema da prova, com a mobilização não menos indispensável de elementos discursivos empírico-explicativos, ético-probabilísticos, narrativos *tout court* [neste sentido veja-se a proposta de unidade metódica que sintetizei em «Evidence (or Proof?) as Law’s Gaping Wound: a Persistent False Aporia?», *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 88. tomo 1 (2012), Coimbra, pp. 65-89].

para planos de determinação complementares — não menos exemplarmente abertos pelas possibilidades da conceção *jurisprudencialista* — ajudar-nos-á a perceber que a rejeição em causa se estende *uno actu* (e sempre com correspondências positivas indispensáveis) a todas as componentes envolvidas.

γ)' Assim desde logo quanto ao discurso das *alternativas equivalentes* e ao paradigma de *decisão* que o justifica (e que o vincula a um exercício, mais ou menos assumido, de *discrecionalidade forte*)... que vemos agora plenamente superados pela possibilidade de um *respondere* concreto *intencionalmente jurídico* (racionalmente alimentado pela *tercialidade* do sistema, mas não menos indispensável à experimentação constitutiva deste)... e pelo paradigma do *juízo* que o ilumina⁶²⁵ ...

Sem esquecer que um tal juízo identifica o «conteúdo normativo-racionalmente fundamentado da decisão concreta» ou a *inventio* que o constitui, correspondendo neste sentido (enquanto e na medida em que oferece à *potestas* da decisão-*voluntas* a fundamentação exigível) a um indispensável exercício de *mediação*⁶²⁶, expressão por excelência da *racionalidade prática* juridicamente específica (e neste sentido, «objeto intencional», se não «*punctum cruxis*», da reflexão metodológico-jurídica⁶²⁷).

γ)'' Já no que diz respeito ao *binómio relativo às normas*, a resposta superadora cumpre-se mobilizando uma compreensão dos princípios como autêntico direito vigente (princípios como *jus*⁶²⁸) — uma compreensão *axiológica* associada à reinvenção inconfundível de um teleologismo de *valores* e de *fins*⁶²⁹ (se

⁶²⁵ Para um confronto dos paradigmas da *decisão* e do *juízo*, veja-se Castanheira Neves, *Teoria do Direito Lições proferidas no ano letivo de 1998/1999*, cit., (versão em A4) pp. 102-105 e *Apontamentos complementares de teoria do direito – sumários e textos*, Coimbra, polic., 1999, (versão em A4) pp. 51-52.

⁶²⁶ «O juízo (juízo poiético) chamado a constituir o normativo-racionalmente fundamentado conteúdo da decisão concreta, enquanto mediação normativo-jurídica entre o sistema jurídico (a normatividade do sistema jurídico) e o problemático caso jurídico concreto. Juízo que, neste sentido, se diferencia tanto da aplicação própria do normativismo, como da decisão específica do funcionalismo material, e confere à decisão jurídica concreta a índole de uma decisão judicativa...» (*Ibidem*).

⁶²⁷ *Metodologia Jurídica*, cit., p. 33.

⁶²⁸ Remeto-me também aqui para o desenvolvimento que propus em «Na “coroa de fumo” da teoria dos princípios: poderá um tratamento dos princípios como normas servir-nos de guia?», cit., pp. 412-421 (3.).

⁶²⁹ Refiro-me a uma reinvenção do *teleologismo* que, superando a ameaça do instrumentalismo pragmático e outros funcionalismos materiais (assumindo neste plano a herança da *Wertungsjurisprudenz*) — superação nem sempre lograda em algumas das conceções que sacrificam a especificidade do jurídico a um holismo prático-poiético! —, se cumpre levando a sério a distinção entre *fins* e *valores*... e instalando assim uma polaridade irreduzível: «Se os valores referem uma transindividual vinculação ético-normativa que responsabiliza e que convoca a prática para o desempenho irrenunciável de “tarefas” (...) em que se projeta essa sua vinculação ou compromisso, os fins desvinculados pelo “mecanicismo” moderno da teleologia ontológica, são agora tão-só opções decididas pela subjetividade

não *teleonomologismo*⁶³⁰ —, compreensão esta que, levando a sério a distinção *fundamentos / critérios* (e tal distinção na sua relevância *metodológica*⁶³¹) reconhece nestes princípios os fundamentos constitutivos da validade do direito (em todos os planos de afirmação e experimentação da juridicidade), na mesma medida em que exige (e este é o ponto que aqui e agora sobretudo nos importa!) que ao problema do tratamento destes *fundamentos* corresponda uma experiência de constituição-manifestação-realização inconfundível (significativamente irreduzível ao modelo deontológico da norma-*ratio* e à *pretensão de universalidade* que lhe está associada).

Reconhecer isto não significa na verdade apenas testemunhar uma especialíssima *consonância* prática entre os princípios que se invocam como compromissos práticos e o «conteúdo normativo-concreto» da realização destes compromissos (indissociável dos problemas-controvérsias e do *novum* irreduzível que estes introduzem)⁶³², significa ainda e principalmente ter presente que o percurso de emergência e de objetivação *constitutiva* dos *princípios* (numa permanente reinvenção dos seus conteúdos que é também indissociável da for-

que programa os seus objetivos (...), decerto sempre condicionados por um certo contexto mas em último termo justificados por interesses e em vista deles – comunga-se nos valores, diverge-se nos fins e nos interesses...» [Castanheira Neves, *Teoria do direito* (versão em A4), pp.85-86].

⁶³⁰ «Entre o problema judicando e a (constituída ou constituenda) norma-critério que hipoteticamente se lhe adequa, cava-se uma distância que só poderá ser vencida por uma metodonomologicamente irrepreensível mediação judicativa (normativo-juridicamente constitutiva...), que por isso mesmo deve atender, em dialética correlatividade, ao mérito singular do caso e à exata relevância problemática (ao *telos*) e axiológica (à *arché*) da mencionada norma-critério, com o objetivo de a “trazer à correspondência”...» [Bronze, «A equação metodonomológica (as incógnitas que articula e o modo como se resolve)», *Analogias*, cit., pp.375-376]. Ver também a distinção entre «teleotecnologia» e «teleonomologia» explorada por Bronze nas *Lições de Introdução ao direito*, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 820-832 e explicitamente recordada em «Racionalidade e metodologia», *Analogias*, cit., pp. 161-162 (e nota 38) [ver também «Praxis, problema, nomos», *ibidem*, p. 250, notas 60 e 61]

⁶³¹ Trata-se de autonomizar no *fundamento* a racionalização justificativa da inteligibilidade de um certo domínio ou compromisso prático... e neste sentido de lhe atribuir o papel de um *warrant* argumentativo autonomamente pressuposto (o fundamento justifica uma conclusão racionalmente plausível, mas não nos propõe uma solução ou tipo de solução, não nos dispensando assim do esforço discursivo de a obter). Como se trata ainda de invocar o *critério* como «operador» («técnico») disponível, um operador que pode ser *imediatamente* convocado para resolver um determinado tipo de problemas e (ou) que pré-esquematiza a solução (exigindo não obstante um esforço discursivo de concretização-realização). Como se os critérios se nos oferecessem como «objeto(s) da interpretação» e os fundamentos como os «elementos de conclusão racional que possibilitam, condicionam ou sustentam a própria interpretação». O que nos permite reconhecer que os princípios normativos (prolongados por algumas explicitações-objetivações da doutrina) se nos ofereçam (e devam ser tratados metodologicamente) como *fundamentos*, devendo em contrapartida as normas, os precedentes ou prejuízos jurisdicionais e a maior parte dos modelos dogmáticos ser assumidos e experimentados como *critérios*. Veja-se o desenvolvimento que (mobilizando o contributo de Drucilla Cornell e Adela Cortina) proponho em «Jurisprudencialismo: uma resposta possível num tempo de pluralidade e de diferença?», cit., pp. 159-161 (3.3.1.1.)

⁶³² Castanheira Neves, *Metodologia jurídica*, cit., pp. 203-204

ça normativa ou da *justiciabilidade* que lhes corresponde) se cumpre sempre envolvendo distintas práticas de estabilização-realização (e a relação circular com o *novum* problemático que cada uma delas *distintamente* estabelece): práticas que não são evidentemente apenas aquelas que correspondem ao exercício contingente da *voluntas* legislativa (não obstante a importância exemplar da mediação constitucional!), que são também e decisivamente aquelas que as jurisprudências judicial e dogmática (com outros tempos e outras dinâmicas) vão assumindo... como o são também e ainda aquelas que as «situações institucionais» e os *cânones* das comunidades dos juristas (e estes como dimensões imprescindíveis de uma *realidade jurídica* levada a sério como estrato do sistema) permanentemente reinventam⁶³³.

γ) Faltando apenas aludir ao postulado da autosubsistência dos materiais (que nos traz de novo o modelo da norma-*ratio*)... ou a este na sua convergência parcelar com a pretensão de *determinabilidade hermenêutica*. Se a superação desta pretensão se cumpre restituindo a *interpretatio* ao seu «sentido integral» de «realização do direito» (plenamente normativo, *não hermenêutico*)⁶³⁴ — bem como levando a sério uma conceção de *norma-problema*⁶³⁵ (e o confronto analógico de relevâncias entre o «tipo de problema da norma e a índole do problema concreto do caso»⁶³⁶) —, a rejeição do *postulado da autossubsistência* impõe-se-nos levando a sério a pluridimensionalidade do sistema. Mais do que a distinção *fundamentos/critérios* (com a sua ruptura fundamental do «continuum» *princípios/normas*), importa-nos aqui sobretudo a pluralidade dos *critérios* — e muito especialmente a *irredutibilidade* dos esquemas de solução proporcionados pelos critérios da jurisprudência *judicial e dogmática* (enquanto exemplificam e reconstroem reflexivamente situações-problema) aos modelos criteriológicos de previsão assumidos pelas prescrições legislativas — sejam quais forem os programas (*condicionais, finais*

⁶³³ Também aqui me remeto para o desenvolvimento proposto nas secções 3.2. e 3.3. de «Validade comunitária e contextos de realização», cit., pp. 64-68.

⁶³⁴ Ver muito especialmente Castanheira Neves, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, I, cit., pp. 45-106. Para uma reconstituição crítica das exigências da *hermenêutica compreensiva* como «filosofia prática» e como «método» (nos seus cruzamentos exemplares com o discurso jurídico), ver ainda as pp. 362 e ss., 378 e ss. e *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 58-68.

⁶³⁵ Castanheira Neves, *Metodologia jurídica*, cit., pp. 151-152, 166 e ss; Bronze, «A equação metodonomológica (as incógnitas que articula e o modo como se resolve)», *Analogias*, cit., pp. 380-389 (12.).

⁶³⁶ Castanheira Neves, *Metodologia jurídica*, cit., p. 174.

ou *relacionais*⁶³⁷) que estas mobilizem. Acentuar esta irredutibilidade significa na verdade estar em condições de, na experiência do sistema, levar a sério a perspectiva do caso-problema sem condenar tal experiência à determinação de um catálogo de *topoi* (equivalentes em abstrato), antes exigindo que a *distinção* dos diversos estratos do sistema implique desde logo conferir-lhes modos de *vinculação-vigência* institucionalmente inconfundíveis. Trata-se, com efeito, de surpreender a regressividade problemático-constituenda deste sistema... ou de a surpreender reconhecendo um movimento *partilhado* (determinado pela prioridade metodologicamente constitutiva do caso-problema ou pela perspectiva que este assegura): aquele movimento que se cumpre levando a sério diversos tipos de presunções (ditas de *validade*, *autoridade*, *racionalidade* e *justeza*) e inscrevendo nelas (ou na assimilação dos tipos de problemas experimentáveis) outras tantas possibilidades (metodologicamente diferenciadas) de as refutar-*ilidir* (e de assumir os explícitos ou apenas implícitos *ónus de contra-argumentação*)⁶³⁸. Acentuação que nos autoriza a assumir um sentido amplo de *vinculação* — irredutível ao *modus* prescritivo-autoritário (político-constitucionalmente institucionalizado) que habitualmente (mas nem por isso menos aproblematicamente) se postula.

Esta brevíssima alusão basta-nos para perceber que a pragmática de demarcação *casos fáceis /casos difíceis* — irrecuperavelmente ferida em todas as suas frentes — não sobrevive às possibilidades-exigências de uma compreensão do direito que, concentrada na prioridade do acontecimento-*controvérsia*, torne a construção prático-cultural do *concreto* (juridicamente relevante desta controvérsia) circularmente indissociável de uma experiência de *tercialidade* (e do *sistema* plural e aberto que a torna possível)⁶³⁹. Admitida esta

⁶³⁷ Trata-se evidentemente de o dizer com Teubner, invocando o conhecido diagnóstico de «Reflexives Recht. Entwicklungsmoedelle des Rechts in vergleichender Perspektive», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, volume 68, 1982, pp.13 e ss.

⁶³⁸ Com os princípios a beneficiarem de uma *presunção de validade* e a vincularem-nos enquanto validade, as normas a beneficiarem de uma *presunção de autoridade* e a vincularem-nos enquanto autoridade (político-constitucional), o direito da jurisprudência judicial a beneficiar de uma *presunção de justeza* e a vincular-nos a uma realização *justa* (prático-concretamente adequada) e à *casuística* que a objetiva, o direito da jurisprudência doutrinal enfim a beneficiar de uma *presunção de racionalidade* e a vincular-nos prático-culturalmente nos limites discursivos da sua *concludência* ou *fundamentação* críticas. Ver neste sentido «Fontes do direito», cit., pp. 82-90 (4) e 5)), *Metodologia Jurídica*, cit., pp. 154 e ss., «O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro», cit., pp. 66-67(b)). Ver também. o desenvolvimento desta compreensão jurisprudencialista do sistema em geral e desta tectónica de presunções em particular assumido por Fernando José Bronze em *Lições de Introdução ao direito*, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 607-681... e ainda aquele que propus nos *Sumários desenvolvidos de Introdução ao Direito II*, polic., Coimbra 2009.

⁶³⁹ Possibilidades-exigências estas cuja *radicalidade* reflexiva se nos imporá de resto com a urgência de uma aposta (e de uma aposta consciente de si própria, capaz de se dar conta da *continuidade*

conclusão, fica no entanto por saber se o diagnóstico de superação em que esta se baseia tem como alvo exclusivo o *paradoxo* que, sem prejuízo da sua diversidade, vimos repetido pelas diversas tentativas de demarcação — o de querer chegar a uma taxinomia dos casos inteiramente dependente da perspetiva dos materiais (na sua autossubsistência normativa) —... ou se, excedendo este núcleo imeditamente vulnerável (e a denúncia das tensões e aporias que nele se manifestam), inviabiliza também toda e qualquer tentativa de, em termos reflexivamente pertinentes, se poderem assinalar no processo da realização do direito graus de *facilidade* /*dificuldade* metodologicamente relevantes. A resposta é relativamente simples. Há decerto graus de *facilidade* /*dificuldade* que se podem detetar assumindo em pleno o *prius* metodológico do *caso jurídico decidendo*, mas estes não só deixam intocado o sentido unitário do esquema metódico — e o modo como este assume ou deve assumir as coordenadas *sistémico-dogmática* e *problemático-praxística* do *judicium* jurídico (estas por sua vez como expressões da *ratio* de realização concreta culturalmente inventada pelo mundo prático do direito) — como também se inscrevem naturalmente em momentos diferenciados deste *iter*, limitando-se a *detecção* correspondente a assinalar a maior ou menor complexidade com que as questões nucleares atribuídas a esses momentos se nos apresentam. O que priva tais sinais (ou a sua conjugação plausível⁶⁴⁰) da homogeneidade que, nos planos intencional e objetivo-material, seria indispensável para podermos reconhecer produtivamente a questão metodológico-jurídica da *dificuldade* dos casos — e isolar transversalmente a pergunta que a identifica (quer se tratasse de a associar às perguntas pela *indeterminação* ou pela *incerteza* ou a quaisquer outras possíveis) —, na mesma medida em que nos impede de converter a apreciação correspondente (assinalando o referido grau de complexidade) numa qualificação ou num rótulo que possa ser autossubsistentemente (referencialmente, se não *onticamente*) atribuído aos casos concretos reais (*distinguindo* os fáceis dos difíceis ou os mais fáceis dos mais difíceis)... e condicionar a partir dali — a partir deste prévio momento de identificação — o processo de construção dos seus *juízos*.

Para perceber que assim é, basta-nos aludir exemplarmente a duas questões que o «momento» da seleção do critério mobilizável, associado a uma

histórica em que se inscreve) se estivermos em condições — como me parece que estamos! — de defender que delas depende a procura-projetar da juridicidade de que a nossa circunstância precisa. Ver o desenvolvimento proposto no relatório *O direito como mundo prático autónomo*, cit., passim.

⁶⁴⁰ Entenda-se, a sua conjugação num diagnóstico global, que esteja em condições de atender aos vários momentos do esquema metódico.

tematização dos limites *normativos* das prescrições legislativas⁶⁴¹, nos permite projetar no percurso de realização subsequente — envolvendo tal projeção uma tematização plausível, inscrita no *doing what comes naturally* da tarefa em causa, de graus de dificuldade menores ou maiores (e das diferenças que estas gradações geram).

(a) Refiro-me em primeiro lugar à *diferença* que, naquele tratamento judicativo-decisório do caso que se sucede à *seleção lograda de uma norma legal* (hipoteticamente adequada), decorre de a «*co-respondência* desta norma-critério àquele caso problema» se revelar «mais ou menos transparente e pacífica, ou mais ou menos periclitante e duvidosa»⁶⁴² — diferença que por um lado nos expõe ao problema dos *limites intencionais* que a perspetiva do caso (com o «estímulo do histórico concreto») está em condições de reconhecer na norma (expondo-nos a uma permanente experiência de historicidade *intensiva*)⁶⁴³ e que por outro lado (atendendo aos momentos imprescindíveis da «relevância material do caso», da «determinação problemática da norma» e da «mobilização dos fundamentos da validade sistemática») se projeta no espectro de «resultados» a que a experimentação normativo-judicativamente exigível (dita *questão de direito em concreto*) poderá chegar⁶⁴⁴.

(b) Refiro-me em segundo lugar à *diferença* que, no mesmo tratamento judicativo, resulta de se ter ou não conseguido selecionar uma norma legal (de ter tido ou não êxito a «procura e seleção», no sistema jurídico vigente, de um critério hipoteticamente adequado ao problema jurídico-situacional-concretamente específico) — diferença que por sua vez nos expõe por um lado ao problema dos *limites objetivo-extensionais* que a perspetiva do caso está em condições de reconhecer na norma⁶⁴⁵ e que por outro lado se manifesta em pleno no contraponto que, na resposta àquela *questão de direito em concreto*, passa a estabelecer-se entre a *realização do direito por mediação da norma* e a

⁶⁴¹ Como se sabe, este é um dos temas decisivos da reflexão de Castanheira Neves: ver especialmente «Fontes do direito», *Digesta*, vol. 2º, pp. 75-79 (limites normativos objetivos, intencionais, temporais e de validade), *O Instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais*, cit., pp. 197 e ss. (distinguindo historicidade extensiva e intensiva). Ver ainda Bronze, *Lições de Introdução ao direito*, cit., pp. 724-743.

⁶⁴² Bronze, «A equação metodonomológica (as incógnitas que articula e o modo como se resolve)», *Analogias*, cit., p. 376.

⁶⁴³ Ver *supra*, nota 641.

⁶⁴⁴ Castanheira Neves, *Metodologia jurídica*, cit., pp.176 e ss.

⁶⁴⁵ Ver *supra*, nota 641.

realização do direito sem a mediação da norma (ou por *autónoma constituição normativa*)⁶⁴⁶.

Para além da heterogeneidade evidente das *dificuldades* envolvidas nestes dois tipos de *diferenças*, importa sobretudo acentuar que o reconhecimento dos graus (se não espectros) de dificuldade em causa deixa intocada a dialética totalizante *sistema/problema* assumida pelo tratamento judicativo.

A *sinalização da facilidade /dificuldade* só teria uma relevância metódica estruturante se de alguma forma pudéssemos admitir que os degraus *mais fáceis* se nos impõem livres de tal dialética:

(a)' se em relação ao primeiro tipo de *diferenças* que considerámos pudéssemos exemplarmente admitir a possibilidade de selecionar *normas legais* que se nos expusessem (ou que se experimentassem) integralmente livres de *limites intencionais*, poupando-nos assim à tarefa de convocar os outros critérios do sistema, ou mesmo mais do que isso, à de as relacionar com os princípios (e de assim tematizar a sua *ratio juris*)... — para além evidentemente de nos autorizarem a reconhecer uma hipotética identificação (capaz, na sua plenitude, de dispensar uma concretização!) entre a *relevância material típico-abstrata da norma* e a *relevância material do caso*;

(b)' ou se em relação ao segundo tipo de *diferenças*, todos os fatores de *qualificação* que acabámos de identificar em (a)' constituissem por assim dizer a *regra* para a *realização do direito com a mediação da norma*...

Não haverá, no entanto, ainda a possibilidade de, num movimento contrário, se defender que são os degraus mais difíceis que nos obrigam a romper a unidade metódica? Claro que há. Só que isto implica entregarmo-nos aos argumentos da *discricionariedade* (se não ao discurso das *alternativas*) ... dando um novo fôlego à pragmática de demarcação (mas também perpetuando aproblematicamente as suas aporias). Caminho que, como sabemos, é eloquentemente rejeitado pelo *pari do juridicismo jurisprudencialista*⁶⁴⁷

⁶⁴⁶ Castanheira Neves, *Metodologia jurídica*, cit., pp.205-286.

⁶⁴⁷ Veja-se o modo como, considerando explicitamente o binómio *relativo aos casos*, Castanheira Neves conclui: «[N]ão há casos fáceis e casos difíceis, há simplesmente *casos jurídicos*...» («Pensar o direito num tempo de perplexidade», cit., p. 24). É de resto aqui indispensável a leitura de todo o número IV.4.: *ibidem*, pp. 22-25.

5.

CONCLUSÃO

É tempo de concluir voltando à pergunta principal [1.]: estará o *testemunho* da *dinâmica de oposição* imposta pelo *binómio relativo aos casos* e pela *categoria sistema* em condições de contribuir para um tratamento reflexivamente logrado da *pragmática de pluralidade* que caracteriza o discurso jurídico contemporâneo? A resposta que o percurso entretanto ensaiado [2.-4.] nos autoriza a defender é inequivocamente positiva. Não decerto porque as perplexidades iniciais tenham sido definitivamente eliminadas. Antes e em contrapartida porque a oportunidade de as enfrentar — iluminando os pressupostos (quase sempre aproblemáticos, quando não ocultos) que alimentam as diversas «teorias» *dos casos difíceis...* e sobretudo reconstituindo as fronteiras (relativamente estreitas) em que tais pressupostos jogam em pleno a *dinâmica de oposição* identificada pela terceira «grelha» (*discursos da área aberta/discursos juristicistas*) — nos expôs a um exercício precioso de reconhecimento das possibilidades e das exigências (no limite também das opções!) a que a experiência do mundo prático do direito hoje implacavelmente nos condena. Ao ponto de, sem paradoxo, podermos concluir que a produtividade

reflexiva das «grelhas» propostas (e dos mapas que estas permitem traçar) se manifesta... não só quando o exercício correlativo nos conduz a uma «corroboração» inequívoca das suas categorias e dinâmicas (e das hipóteses que linearmente as alimentam)... mas também e muito especialmente quando as vozes *a reconhecer* (a *identificar*) — impondo-nos mudanças vertiginosas de perspectiva-*camada* (e com estas a circularidade luminosa de percursos ascendentes e descendentes) — nos aparecem a resistir (mais ou menos logradamente) aos esforços de arrumação. Só esta «falsificação» exemplar das *tentative theories* previamente esboçadas nos permitirá com efeito escapar à vertigem intertextual das formulações (nas suas tendências contrárias para a diferenciação esotérica e para a homogeneização redutora), abrindo-nos enfim a um autêntico (a um implacável) discurso de problemas. O discurso de que precisamos para que as *apostas* com que a nossa circunstância permanentemente nos responsabiliza possam ser conscientemente assumidas...

Coimbra, Fevereiro de 2014

Nascido na Póvoa de Varzim, cumpre todo o seu percurso académico na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, onde é Professor Associado com Agregação. Doutorase em Março de 2001 (em Ciências Jurídico-Filosóficas), com uma dissertação intitulada *Entre a narrativa pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de passagem nos limites da juridicidade*. As provas de Agregação foram prestadas em Julho de 2014. É autor de vários estudos no âmbito da Teoria e da Filosofia do Direito. Tem proferido conferências, participado em colóquios e orientado seminários na Alemanha, na Áustria, em Espanha, no Brasil, em Timor Leste, na China, em França, em Angola, na Polónia, em Itália e nos Estados Unidos da América. Foi Vice-Presidente do Conselho Pedagógico da Faculdade de Direito de Coimbra nos anos lectivos de 2002/3 e 2003/4 e Vice-Presidente do Conselho Diretivo entre Julho de 2004 e Fevereiro de 2007. É actualmente membro do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (investigador-responsável pelo grupo «O direito e o tempo») e membro do Conselho Científico do *Centre for the Theory and Philosophy of Human Rights at the Łódź University* [Institute of the Theory and Philosophy of Law (Faculty of Law and Administration, Łódź)]. É também Vice-Presidente da ATFD (*Associação Portuguesa de Teoria do Direito, Filosofia do Direito e Filosofia Social*), a secção portuguesa do IVR, Presidente da Direcção da ALUMNI (*Associação dos Antigos Estudantes da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*) e membro (*corresponding member*) da ISLL (*Italian Society for Law and Literature*). É ainda coordenador do Programa de Pós-Doutoramento do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, coordenador científico do Programa de Doutoramento FDUC/FEUC *Direito, Justiça e Cidadania no século XXI* e coordenador da Comissão Científica do Mestrado em Direito da Universidade Nacional de Timor Leste (UNTL).

COIMBRA
JURÍDICA

2017

9 789892 614601



REF: 20004791

• U



C •

