

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

LORENA DE MELO FREITAS

MARIA ODERLÂNIA TORQUATO LEITE

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teorias do direito e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/ UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Lorena de Melo Freitas, Maria Oderlânia Torquato Leite – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-206-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teorias do Direito. 3. Realismo Jurídico.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

O XXV ENCONTRO DE BRASÍLIA reuniu pela quarta vez o Grupo de Trabalho (GT) "Teorias do Direito e Realismo Jurídico", proposto inicialmente no CONPEDI UFPB. O núcleo da discussão no GT toca em vários temas como se pode perceber pela exposição dos artigos que compõem este livro.

Basicamente o leitor encontrará aqui os seguintes âmbitos de desenvolvimento do debate, inicialmente os artigos de cunho mais puramente teórico, e nestes também incluídos aqueles que concentram a análise a partir de um marco teórico, no caso são destaques Hart, Dworkin, Gadamer e Alexy. Ainda no plano da teoria do direito temos alguns artigos com foco no debate entre linguagem e direito, estes porém já transitam do âmbito mais abstrato para o concreto e preparam o terreno para o diálogo de viés constitucional, aí destacando-se o protagonismo do Judiciário, o ativismo judicial etc como temas afins.

Assim, o debate sobre o realismo jurídico, expressando na sua versão norte-americana o foco no protagonismo do poder judiciário e na sua versão escandinava o cerne linguístico para percepção do jurídico, ambas vertentes encontram guarida nos dezenove capítulos que compõem este livro resultado do GT ocorrido no XXV Encontro Nacional do CONPEDI entre os dias 6 e 9 de julho de 2016, na Capital Federal, numa parceria com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília, com a Universidade Católica de Brasília – UCB, com o Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP.

Em apertada síntese, compõe o primeiro momento do livro os artigos com as seguintes abordagens teóricas do direito: "TEORIA DA NORMA: UMA FORMA ESTRUTURADA DE ANÁLISE DO DIREITO", que propõe a conciliação de dois postulados para o modelo teórico de norma jurídica que permite uma compreensão ampla e estruturada do Direito. De um lado, a semiologia permite compreender o processo de interpretação e a formação de sentido para o jurista, e, de outro, a ideia de norma como mandamento condicional hipotético possibilita sua análise estrutural; "A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO E A CONSTRUÇÃO DO PÓS-POSITIVISMO" no presente trabalho o objetivo é explorar as mudanças ocorridas no direito contemporâneo, sobretudo, no pós-guerra, destacando o papel ocupado pela teoria crítica da sociedade, nos moldes da Escola de Frankfurt, quanto à leitura da estrutura jurídica no contexto das sociedades plurais e complexas que marcam os tempos hodiernos; "AS

BASES E OS DESAFIOS DA CIÊNCIA DO DIREITO : UMA ANÁLISE DA NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS" cuja análise proposta visa compreender a maneira pela qual os princípios adquiriram tal característica e, especialmente, o papel cumprido por eles quanto à sua eficácia jurídica; "A DISTINÇÃO CONCEITUAL DOS DIREITOS POSITIVOS E NEGATIVOS, E O CONFLITO ENTRE O SIGNIFICADO CLÁSSICO E O SIGNIFICADO CONTEMPORÂNEO DE SEUS CONTEÚDOS" neste o estudo resulta do intento de estabelecer um conceito que harmonize fundamentos jurídicos reconhecidamente opostos, demonstrando a separação essencial do conteúdo jurídico dos direitos positivos e negativos.

Ainda num âmbito teórico mas focado no aspecto linguístico-argumentativo, três artigos vêm em sequência: "FONTES DO DIREITO NO CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO E NA TEORIA COMUNICACIONAL DO DIREITO: DADO OU CONSTRUÍDO?" analisando a teoria das fontes do direito a partir da dogmática tradicionalista, da escola do Constructivismo Lógico- semântico e da Teoria Comunicacional do Direito, respondendo, para cada um desses paradigmas, se o direito é "dado" ou "construído"; "SIGNIFICADO, PROCESSO E LINGUAGEM" defendendo a tese que não há compreensão fora de seu contexto, e o contexto significa na medida em que uma comunidade determina e atua quando com ele defrontada. Dessas considerações busca-se analisar como a filosofia do direito reagiu a essas mudanças, e as saídas propostas na filosofia do direito contemporânea; e "O PAPEL DO ARGUMENTO SILOGÍSTICO NA JUSTIFICATIVA DA DECISÃO" que busca demonstrar o papel central e contemporâneo do silogismo na argumentação jurídica como importante instrumento para justificar uma decisão judicial.

Passando para o foco autoral e assim sendo o critério de agrupar temas, seguem os artigos: "DISCRICIONARIEDADE E DECISÃO JUDICIAL: ENTRE HART E DWORKIN" cujo trabalho se destina a analisar a teoria de Hart e de Dworkin no que diz respeito, principalmente, aos seguintes quesitos: regras, regras de reconhecimento, princípios e discricionariedade judicial; Ainda explorando a discricionariedade o artigo "CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA X NEOCONSTITUCIONALISMO: LIMITE À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL" objetiva traçar as semelhanças e distinções entre o garantismo e o (neo)constitucionalismo, aqui avaliado como um constitucionalismo principialista; e concentrado no debate entre aqueles autores, "O DEBATE JURÍDICO ENTRE DWORKIN E HART: UMA ANÁLISE DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E A MORAL EM “LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO” E “O CONCEITO DO DIREITO” tem como objeto de estudo a exposição do debate travado entre Ronald Dworkin, e de H. L. A Hart em especial, as três teses sobre o que seria o Positivismo Jurídico e contrastá-las com as ideais de Hart; Já cotejando Dworkin com Gadamer, o artigo intitulado "OS PRINCÍPIOS

NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: DIRETRIZES DE REGULAÇÃO A PARTIR DOS TRABALHOS DE RONALD DWORKIN E HANS-GEORG GADAMER" traz a questão da hermenêutica constitucional, na qual se possa ancorar a legitimidade jurídico-normativa dos Princípios e nesse caminho teórico, apresentam-se diretrizes para a delimitação de um núcleo objetivo de legitimação do Poder Jurisdicional, com base na "resposta correta" em Dworkin e na "correção da interpretação", proposta por Hans-Georg Gadamer; Passando para o referencial em Alexy, temos os artigos: "A TESE DO CASO ESPECIAL NA FORMA DA TEORIA DO DISCURSO: UM ESTUDO EM ROBERT ALEXY" cuja tese do caso especial desenvolvida na forma da teoria do discurso pode ser considerada o elemento de destaque da teoria do direito de Robert Alexy, uma vez em que nela já se encontram as bases de todo seu pensamento, inclusive a teoria dos princípios e o conceito de direito; e "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.856/RJ – UM ENSAIO CRÍTICO A PARTIR DO PENSAMENTO DE ROBERT ALEXY" ao abordar a "lei do sopesamento" de Robert Alexy que se propõe a determinar qual "deve ser" o princípio a ser utilizado em caso de colisão entre princípios e tenta demonstrá-lo na decisão dada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2011 na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.856/RJ, quando a Suprema Corte decidiu sobre o angustiante problema das "rinhas ou brigas de galo"; sobre a proporcionalidade, o artigo "MODELO CONSTITUCIONAL E A RACIONALIDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS A PARTIR DA TÉCNICA DA PROPORCIONALIDADE" estuda a ponderação dos princípios através da técnica da proporcionalidade, que visa atribuir racionalidade as decisões, mas não elimina o subjetivismo, pois não há uma aplicação objetiva com valores pré-definidos, ainda que propicie obrigatoriedade de uma forte argumentação jurídica na fundamentação da decisão.

Com cerne constitucional, o bloco final de artigos encerram o livro, são eles: "O NEOCONSTITUCIONALISMO E O MODERNO MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO DE NORMAS JURÍDICAS ATRAVÉS DA CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO, UMA OBRIGAÇÃO POSITIVA DOS JUÍZES DIANTE DAS LACUNAS LEGISLATIVAS" no qual se observa que um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito é a separação dos Poderes, mas atualmente se prefere falar em colaboração de poderes, pois uma corrente neoconstitucionalista ou pós-positivista vem impondo uma nova visão sobre as formas de relacionamento entre os Poderes; "CIRCUNSTÂNCIAS FAVORECEDORAS DO PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NO DEBATE E SOLUÇÃO DE QUESTÕES POLÍTICO-SOCIAIS" com um análise pontual sobre as circunstâncias que favorecem o importante papel atualmente desenvolvido pelo Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais, na proteção dos interesses das minorias e no debate político; "NORMAS DECLARATÓRIAS DE PRINCÍPIOS PROGRAMÁTICOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA" o

presente propõe uma análise dos impactos da classificação das normas constitucionais declaratórias de princípios programáticos, na visão da teoria tripartite do ilustre jurista José Afonso da Silva, no atual panorama de constitucionalização simbólica; "O CONSTITUCIONALISMO PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL E O CRESCENTE ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO PARA A EFETIVAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES SUBSTANCIALISTAS" tratando da evolução do constitucionalismo até o neoconstitucionalismo, com foco nas Constituições Brasileiras de 1946 e 1988 e a atuação do Supremo Tribunal Federal para a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, tem por objetivo principal compreender por que a Corte Constitucional pátria vem dominando o cenário político não obstante a atipicidade desse movimento; e continuando o debate sobre o protagonismo judicial "ATIVISMO JUDICIAL NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: UMA REALIDADE BRASILEIRA SOB O VIÉS CONSTITUCIONAL" parte da investigação da expressão "ativismo judicial" para analisar a interpretação judicial do tipo construtiva ou autorrestritiva tendo como objeto de estudo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre desaposentação.

Eis, pois, uma breve apresentação dos artigos com o fito de estimular o leitor a diretamente ir para os artigos. Boa leitura!

Profa. Dra. Lorena Freitas

Adjunta IV UFPB/PPGCJ - líder do Grupo de Pesquisa/CNPq "Realismo Jurídico"

Profa. Dra. Maria Oderlânia Torquato Leite

Adjunta I - URCA

O PAPEL DO ARGUMENTO SILOGÍSTICO NA JUSTIFICATIVA DA DECISÃO

THE ROLE OF SYLLOGISTIC ARGUMENT IN LEGAL REASONING

Francisco José Barrios Jansen Ferreira
Gabrielle Kolling

Resumo

São correntes na Teoria do Direito, e em particular na literatura acadêmica e jurídica brasileira, os posicionamentos de que a argumentação dedutiva, na forma de silogismo, foi superada pela adoção dos princípios jurídicos na decisão, tornando-se um método obsoleto. Contudo, essa análise não oferece uma descrição adequada da prática jurídica. Busca-se demonstrar, pelo presente artigo, o papel central e contemporâneo do silogismo na argumentação jurídica como importante instrumento para justificar uma decisão judicial.

Palavras-chave: Argumentação jurídica, Silogismo, Argumento dedutivo

Abstract/Resumen/Résumé

It is a trend in legal theory, and particularly in the Brazilian legal and academic literature, the positioning that deductive reasoning, in the form of syllogism, was overcome by the adoption of legal principles in the decision, becoming now an obsolete method. However, this analysis does not provide an adequate description of the legal practice. This paper intends to demonstrate the central and contemporary role of syllogism in legal argument as an important tool to justify a court decision.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal reasoning, Syllogism, Deductive reasoning

1 INTRODUÇÃO

No âmbito da hermenêutica jurídica, e na produção brasileira, tornou-se corrente a afirmativa de que “enquanto princípios são aplicados por ponderação, regras são aplicadas por subsunção”¹, sendo a subsunção uma espécie de silogismo que extrai sua conclusão (conclusão prevista na norma do direito) da conduta prevista na norma do direito (premissa maior) e do fato concreto (premissa menor). Segundo as mesmas produções jurídicas, e com pequenas variações, a incidência de princípios subjacentes às regras, no momento da interpretação, torna o silogismo obsoleto, ou, no mínimo, insuficiente (BRUM, 2013, p. 50-51).

É objetivo do presente demonstrar que a argumentação que justifica uma decisão não deve optar, alternativamente, pelo método silogístico *ou* por outro. Para tanto, será feita uma análise descritiva da argumentação dedutiva, bem como das objeções que poderiam ser feitas à sua utilização como mecanismo central para justificar decisões, observando-se, em última análise, que essas objeções acabam por consolidar a argumentação dedutiva como um método importante para a argumentação jurídica e para a prática dos tribunais.

2 CONTEXTUALIZANDO A ARGUMENTAÇÃO DEDUTIVA, DA LÓGICA FORMAL À ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Quando se contextualiza silogismo e argumentação dedutiva, corre-se o risco de falar o óbvio em mais de um momento. Isso acontece porque o argumento dedutivo válido é aquele em que a conclusão está completamente contida nas premissas². Assim, a conclusão *óbvia* é uma constante na argumentação dedutiva, ainda mais em formas simples como a silogística, tópico da lógica formal.

“A função específica da lógica como ramo do conhecimento consiste em estudar as formas de argumentação válidas” (MACCORMICK, 2009, p. 30). Assim, se o

¹ Também, corriqueiramente, como observa Lênio Streck (2010, p. 159), são apresentadas propostas similares pelas quais os *casos fáceis* seriam resolvidos através de técnicas dedutivistas-subsumtivas e *casos difíceis*, que exigem a presença de princípios jurídicos, deveriam ser respondidos por outros métodos.

² No argumento dedutivo, em oposição ao indutivo, a conclusão está contida, implícita ou explicitamente, nas premissas, não além delas. Daí sua força argumentativa distinta, uma vez que nos argumentos indutivos a conclusão é uma *provável* consequência das premissas (MORTARI, 2001, p. 23).

argumento dedutivo é aquele que busca demonstrar que uma proposição jurídica, de algum caso concreto, está implícita em outras proposições (premissas) da argumentação, então uma argumentação dedutiva é válida quando, independentemente do teor das premissas e da conclusão, a sua forma é tal que a conclusão não pode ser outra, pois seria contraditório que alguém afirmasse as premissas e ao mesmo tempo negasse a conclusão (MACCORMICK, 2009, p. 26-27).

Como pode se imaginar, pela apresentação preliminar, lógico/ilógico no contexto da lógica formal, e do presente trabalho, não é aquilo que se alia ao sentido não técnico (usual/corriqueiro), do senso comum (que frequentemente associa o “lógico” com o óbvio, e o “ilógico” com o inusitado). Tecnicamente, lógica é a conclusão que fatalmente deriva das premissas, e ilógica é conclusão atribuída a premissas que não são capazes de gerá-la. Assim, o uso da expressão “ilógico(a)” será reservada para tratar de argumentos defeituosos – com uma conclusão contraditória, ou impossível de se obter das premissas postas (BRUM, 2013, p. 57-58).

Isso posto, de volta ao direito: normalmente as regras do direito podem ser descritas como uma disposição de *atos operativos* (FO), que, caso ocorram, culminarão em uma *consequência normativa* (CN) (MACCORMICK, 2008, p. 33), em um formato que pode ser simplificado para “*Se FO então CN; FO, portanto CN*” (MACCORMICK, 2008, p. 43) (e.g. Aquele que, por ato ilícito [fato operativo], causar dano a outrem [fato operativo], fica obrigado a repará-lo [consequência normativa]; fulano ilicitamente causou dano a outrem [FO], portanto Fulano fica obrigado a indenizar [CN]).

De maneira geral, litigantes dirigem seus pedidos ao juízo amparados em uma estrutura similar. Sustentam sua argumentação pela nomeada (e específica) apresentação de uma ou mais normas jurídicas, que têm em seu bojo um conjunto de fatos operativos e uma consequência normativa. Além da norma de direito, as postulações serão acompanhadas de uma narração de fatos relevantes para a análise do juízo, esses normalmente alinhados àqueles que são os fatos operativos da norma invocada (MACCORMICK, 2008, p. 45-46).

Partindo do exemplo apresentado, se o intuito do(a) postulante é ver a outra parte condenada a responder pelos danos causados, em virtude de um ilícito cometido, a apresentação dos fatos deverá conter uma narração que descreva a ilicitude das ações da respectiva parte e os danos sofridos. Como suscitado anteriormente, parece óbvio que a

exposição a ser feita pelo advogado, no corpo de certo pedido, deva ser em um formato no mínimo análogo a este, em que os fatos narrados correspondam³ aos fatos operativos da norma cujas consequências normativas pretende ver aplicadas (MACCORMICK, 2008, p. 47).

É fácil verificar que as petições iniciais (normalmente) representam tentativas de reconstruir um silogismo jurídico. As leis lidam tipicamente com proposições universais (aquele que – todos que, qualquer um que –, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo), que na lógica formal ocupam a posição de premissa maior. De todos os elementos/fatos/eventos existentes, cabe às partes demonstrar e provar essencialmente aqueles fatos que são exemplos das proposições universais (houve fato ilícito, houve dano), alegações de fatos necessariamente particulares, que ocupam a posição de premissa menor (MACCORMICK, 2008, p. 47-48).

3 OBJEÇÕES À ARGUMENTAÇÃO DEDUTIVA

Identificar os fatos operativos de uma determinada norma, e verificar que a ocorrência desses fatos operativos implica uma consequência legal prevista, na forma de uma argumentação dedutiva, é o suficiente para justificar uma decisão? Na resposta para essa pergunta reside o mérito do argumento dedutivo como instrumento de justificação.

Para respondê-la, se propõe a análise dos limites e pressuposições, bem como das principais objeções, que podem ser levantados em face do silogismo enquanto instrumento justificatório.

3.1 Objeção da decisão como ato de vontade

A primeira objeção que se apresenta à argumentação dedutiva, como instrumento justificatório, é o caráter volitivo das decisões. Uma argumentação válida, de caráter dedutivo, não sentencia um processo. Isto é, concluir que os fatos trazidos a um processo correspondem perfeitamente àqueles enunciados entre os fatos operativos de uma norma,

³ Caso os fatos narrados não correspondam exatamente aos fatos operativos de uma norma, e o façam de maneira aproximada, ou análoga, o silogismo deverá ser amparado por outras formas de justificação (argumentação por analogia, interpretação, princípios, de coerência sistemática, etc.), que demonstre que a norma invocada deverá incidir sobre os fatos apresentados – ainda que não sejam exatamente aqueles contidos na dita norma. O emprego de outras formas argumentativas, nesse caso, não substitui o silogismo, porque serve apenas para consolidar/fixar/justificar as premissas (tomadas isoladamente), que continuam a compor um silogismo.

não implica a automática imposição da norma no caso concreto. A decisão continua sendo um ato de escolha (MACCORMICK, 2008, p. 52), e pode, eventualmente, ser contrária ao próprio direito positivo, cabe observar.

Ainda assim, se o argumento dedutivo parece justificar uma decisão em conformidade com sua conclusão, o mesmo não se pode dizer em relação a uma decisão que o contrarie. Um julgamento que contrarie uma dedução sólida levantaria sérias dúvidas em relação à sua legitimidade, pois equivaleria a contrariar o papel do juiz de aplicar as normas válidas do direito⁴. Ainda assim, existe essa pequena distância entre a conclusão dedutiva e a decisão, que equivale à de “o que deve ser feito” e o próprio “fazer” (MACCORMICK, 2008, p. 53).

A verdade de se afirmar que a decisão é um ato de vontade não torna o argumento dedutivo um motivo menor (ou justificativa pior) para se tomar uma decisão, uma vez que “mostrar que a decisão de alguém se conforma ao sistema assim considerado é demonstrar que o dever fundamental de um juiz está sendo cumprido” (MACCORMICK, 2008, p. 90).

3.2 Objeção da interpretação

Não se pode, contudo, perder de vista que cada um dos termos da proposição universal (como aquelas exemplificadas); “ilícito”, “dano”, “por ato”, “causar”, está sujeito à interpretação no contexto do ordenamento jurídico (do restante do direito). Tanto assim o é, que existem, por exemplo, teorias de rival aplicação sobre ilicitude, sobre ato, sobre dano, e sobre a causalidade. Ainda que a conclusão para o argumento decorra naturalmente das premissas, em cada sentença judicial estão implícitas decisões acerca de quais conceitos (causa, dano etc.) serão adotados (MACCORMICK, 2008, p. 55).

À dúvida quanto à real extensão, ou ao exato significado, de um dos conceitos desses que permitem identificar os fatos operativos previstos na norma e aqueles eventos narrados por uma das partes, se dá o nome de “problema de classificação” (MACCORMICK, 2008, p. 55-56), que é inerente a qualquer norma de direito que seja

⁴ Não se pretende sugerir que o juiz seja, ou deva ser, “a boca da lei”. Por outro lado, há de se reconhecer que por vezes o direito democraticamente legislado e estabelecido é claro, e deve ser aplicado de forma direta. Se o Código Processual estabelece o prazo de 10 dias para a interposição de um recurso, em contenda sobre direito disponível, a carga argumentativa que justifica o conhecimento do recurso no 15º dia, se justificar, deverá ser muito maior.

expressa em linguagem.

Mesmo que a lei descreva, por exemplo, o que é um ato ilícito, como faz o Código Civil⁵ vigente no Brasil, essa descrição, feita em termos universais, inevitavelmente trará mais conceitos sujeitos à interpretação (ação, omissão, voluntariedade, negligência, imprudência, titular de direito, exercício de direito, finalidade social dos bens, bons costumes etc.). A essa característica do direito se atribui seu manifesto caráter interpretativo, porque qualquer proposição (e o direito é proposicional), para sujeitar-se à estrutura da lógica, primeiro deve passar por uma interpretação semântica de seus elementos linguísticos (MORTARI, 2001, p. 120-121).

Em suma, o silogismo jurídico não dá, sozinho, resposta aos casos⁶. Isso acontece porque boa parte dos termos da lei, senão todos, deverão ser interpretados. Os fatos deverão ser interpretados e avaliados para se verificar o que interessa (quais eventos correspondem a fatos operativos da norma invocada ou de outras)⁷. “Em outras palavras: do fato de ser válida a argumentação decorre que, se as premissas forem verdadeiras, a conclusão deverá ser verdadeira” (MACCORMICK, 2009, p. 30). Por outro lado, a lógica, por si só, não dispõe de ferramentas para determinar ou garantir a veracidade das premissas (MACCORMICK, 2009, p. 30), por isso a interpretação.

Ainda assim, o silogismo oferece a moldura para a qual convergem os demais argumentos e interpretações, daí sua essencialidade (MACCORMICK, 2008, p. 56-57) e seu posto como argumento justificatório mais elementar (MICHELON, 2010, p. 7). Assim, se houvesse um “Hércules” dworkiniano, capaz de estabelecer uma teoria completa e inteiramente satisfatória da interpretação de todo um sistema jurídico, consistente e livre de contradições, ela poderia servir como base de conhecimento para um sistema, a partir daí, completamente dedutivo (MACCORMICK, 2008, p. 72).

Se o caráter interpretativo do direito, e da argumentação jurídica, impedisse a

⁵ Assim faz o Código Civil Brasileiro, por exemplo, que procura definir o ato ilícito nos artigos 186 e 187: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”; “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL, 2002).

⁶ Existem ainda outros problemas decorrentes da, ou ensejadores de, interpretação. E mesmo essas conclusões, dos processos de interpretação, podem ser justificadas através de variadas espécies de argumentação, de apelo à consistência interna do direito, da coerência legal aos seus princípios subjacentes e das consequências dessas conclusões ao mundo dos fatos (MACCORMICK, 2008, p. 56).

⁷ Sem olvidar, existem ainda os casos em que os fatos ocorridos podem não corresponder às provas apresentadas judicialmente, ou em que parte das provas apresentadas deve ser afastada da cognição judicial em virtude de alguma ilegalidade procedimental que acarrete sua nulidade.

utilização da lógica na argumentação, não apenas a lógica jurídica seria comprometida. Nesse caso, a lógica perderia seu espaço em qualquer domínio prático ou empírico⁸. A argumentação dedutiva é capaz de obter uma conclusão verdadeira de premissas verdadeiras, mas as premissas, que são afirmações por si só, estão sujeitas a verificação de verdade por meio de outros procedimentos, isso é inevitável em qualquer emprego de lógica (MACCORMICK, 2008, p. 91).

3.3 Objeção da escolha semântica

A primeira objeção apresentada foi no sentido de que decidir é um ato de vontade, e que, portanto, o argumento silogístico não apresentaria mais do que um bom motivo. A segunda, de que todos os dados linguísticos com valor semântico estão sujeitos ao “problema de classificação”, e devem ser interpretados. As duas foram respondidas satisfatoriamente, ainda que aceitando as respectivas afirmações centrais como verdadeiras (decidir é um ato de vontade e os dados semânticos realmente estão sujeitos a interpretação).

Uma terceira objeção, plenamente possível, assemelha-se ao que poderia ser uma combinação das anteriores: a solução para os problemas de classificação são, por si só, decisões – atos de vontade, para os quais uma argumentação não traz mais do que *um bom motivo*. Segundo esse posicionamento: se a atribuição do significado a cada conceito linguístico da norma exige uma determinação, essa determinação implica algum tipo de decisão que precisa ser justificada externamente ao argumento dedutivo. A dedução, por sua vez, só se aplica após solucionado o problema de classificação pela determinação de um significado a cada conceito do enunciado normativo (MACCORMICK, 2008, p. 93-94).

Essa objeção sofre de um problema similar àquela da interpretação: ela vai longe demais. Isso porque, se for consistente, deverá ser aplicada “a todos os domínios da lógica aplicada, não somente ao raciocínio jurídico ou normativo” (MACCORMICK, 2008, p. 94). E mesmo que se aceite a sua consistência, não é que decisões atributivas ou determinações afastassem a aplicação da lógica dedutiva, mas, ao invés disso, elas são um elemento anterior e necessário a qualquer raciocínio dedutivo; isto é, essa objeção não

⁸ A bem da verdade, mesmo no plano abstrato a lógica seria inutilizada, porque mesmo quando empregada em linguagens artificiais, essas dependem de interpretação.

substitui ou invalida a lógica dedutiva, mas, como a interpretação, converge em direção ao argumento dedutivo (MACCORMICK, 2008, p. 94).

3.4 Objeções da verdade

Existem pelo menos dois problemas relacionados à *verdade* que podem ser levantados em face da argumentação dedutiva. Um deles diz respeito ao valor-verdade das proposições normativas, o outro a respeito da verdade dos fatos do caso particular, que ajudarão a compor a premissa menor de um silogismo.

Normas podem ser verdadeiras? Na posição objetante, não. Normas são ato de vontade e, portanto, não são o tipo de entidade a respeito da qual juízos de verdade ou falsidade possam ser atribuídos de forma inteligível⁹. A atribuição da qualidade de *verdadeira* a uma proposição normativa seria, no melhor dos casos, inconsistente. De tal maneira, normas jurídicas não podem formar premissas para um raciocínio lógico¹⁰.

É mais fácil perceber a relevância dessa objeção quando se observa que existe, na argumentação, uma dimensão de correção. A validade argumentativa já foi exposta, como sendo a estrutura de argumento que deriva uma conclusão inevitável de suas premissas. Um argumento correto é aquele que, além de válido, é composto de premissas verdadeiras (MORTARI, 2001, p. 21). Uma forma de expor essa dimensão de maneira evidente, é apresentar um exemplo extremo: Todos os gatos são répteis, e Miau é um gato; logo, Miau é um réptil. A argumentação é válida, conquanto a conclusão é inevitável, dadas as premissas. No entanto, a premissa falsa compromete o argumento, resultando, também inevitavelmente, em uma conclusão falsa.

Se uma das premissas não pode ser classificada como verdadeira, ou tampouco como falsa, existe verdade/falsidade na conclusão do argumento? Essa é uma pergunta

⁹ Segundo Hans Kelsen (2009, p. 82), “as normas de dever-ser, estabelecidas pela autoridade jurídica – e que atribuem deveres e direitos aos sujeitos jurídicos – não são verídicas ou inverídicas mas válidas ou inválidas”, se opondo dessa maneira às proposições normativas formuladas pela ciência jurídica, que *descrevem* o direito e não estabelecem direitos ou deveres e podem, enquanto descrição, ser verídicas ou inverídicas.

¹⁰ Normalmente, como exemplos de um silogismo, faz-se uso de premissas que possam ser facilmente valoradas como verdadeiras ou falsas. E. g.: Todas as estrelas são quentes; o Sol é uma estrela; logo, o Sol é quente. Ainda que o argumentador não tenha a resposta, não se duvida que a premissa maior (todas as estrelas são quentes) pode ser, alternativamente, verdadeira ou falsa. Em contraposição é difícil qualificar como verdadeiro ou falso um enunciado normativo na forma de ordem ou de estipulação de consequência jurídica. E. g.: “Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos” (BRASIL, 1940).

interessante que, no entanto, não precisará ser respondida aqui, porque normas têm valor-verdade (MACCORMICK, 2008, p. 83).

Muito embora normas raramente descrevam fatos brutos¹¹, elas têm um conteúdo, que só é inteligível a partir de interpretação¹². A mesma interpretação que dá conteúdo de sentido à norma é aquela que descreve o seu conteúdo normativo¹³. Afirmar desse tipo, interpretativo-descritivo, podem ser consideradas verdadeiras ou falsas e, portanto, ter valor-verdade (MACCORMICK, 2008, p. 83), ressalvado que para isso deva ser feita a sua interpretação.

De forma mais clara: quando se faz uma afirmação sobre o mundo, descrevendo-o, supõe-se que as palavras (veículo da afirmação) descrevam o mundo e estejam corretas ou, alternativamente, que não estejam corretas e não se sustentem por sua incongruência com a realidade¹⁴. Afirmar a verdade dessa descrição é negar a sua falsidade. A verdade ou falsidade é definida pela correspondência do mundo em relação ao conteúdo *semântico* da afirmação, não ao *sintático*. Essa (necessária) flexibilização da estrutura de palavras apresentadas revela um conteúdo descritivo que pode ser qualificado como verdadeiro ou falso (MACCORMICK, 2008, p. 84).

Mais uma vez, para explicitar o ponto desenvolvido, exemplos extremos podem ser úteis: “provocar aborto, sem o consentimento da gestante: pena – um abraço e um saquinho de jujubas”, ou “será premiado aquele que pleitear de má-fé”. Em ambos os casos, há disposições normativas, e mesmo sem uma adaptação relevante dos seus textos,

¹¹ Cujas descrições poderiam ser verdadeiras ou falsas.

¹² Michelon delimita o problema da seguinte maneira: “todas as tentativas de interpretar enunciados jurídicos em termos de fatos brutos serão sempre malsucedidas, pois não será possível apreender a juridicidade de algo por sua posição no espaço e tempo [...]. Enunciados jurídicos não descrevem fatos brutos [...]”, o que implica a negação de que os enunciados jurídicos descrevam qualquer coisa *real*. Opondo, a esse problema, a “solução” implícita na teoria kelseniana: a constatação da validade de uma norma, de sua qualidade de “sentido objetivo de um ato de vontade”, é o resultado da *interpretação* de um ato de vontade segundo outra norma jurídica. A finitude dessa cadeia de validação fica condicionada à aceitação de sua tese de validade, através da norma fundamental, ou de outra que supra a necessidade de um fundamento de validade/objetividade para o sistema (MICHELON, 2004. p. 98-104 *passim*).

¹³ “Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos” passaria, por exemplo, a ter uma forma mais parecida com a seguinte: É proibida a prática de aborto, sem o consentimento da gestante, e aquele que o fizer estará sujeito a uma pena de reclusão de três a dez anos. Existe uma afirmação (que pode ser verdadeira) quanto à existência de uma proibição, e uma consequência normativa para o fato descrito na norma.

¹⁴ Uma afirmação doutrinária, por exemplo, de que existe um dever jurídico garantido por determinada lei federal é falsa se não existe, na dita lei federal, a estipulação do respectivo dever. A questão, nesse caso, está em saber se uma norma jurídica *vigora* ou não em uma determinada ordem jurídica. Não se afirma que a norma é verdadeira, mas que proposições de que “existe a norma” ou que “a norma em vigor estabelece tal dever” são, ou não, verdadeiras. As normas jurídicas, portanto, são *verificáveis*, não direta mas indiretamente (KELSEN, 2009, p. 83).

essas normas são evidentemente *falsas*¹⁵.

Há de se ir além, ainda, aqui. Negar essa estrutura é negar a existência de atos de legislação que estabelecem as normas, que vigoram durante certo tempo em certo lugar, condição de existência. Por sua vez, a afirmação de que algo existe, sem estranheza, pode ser considerada verdadeira ou falsa (MACCORMICK, 2008, p. 84). Se toda norma existente possui, portanto, um dado de valor-verdade, está afastado o primeiro aspecto da objeção da verdade. Porque uma afirmação geral/universal verdadeira pode, sem discussão necessária, ocupar o lugar de premissa maior em um silogismo/dedução¹⁶.

Outro aspecto diz respeito à verdade dos fatos, da premissa menor. Esse problema, no entanto, é mais simples (ao menos do ponto de vista teórico), porque não constitui real objeção ao silogismo, mas uma etapa externa e anterior à dedução, que deve ser enfrentada com diligência. Foi apresentado que uma premissa falsa, em uma argumentação válida, resultará em uma conclusão falsa (se, na verdade o réu não matou, evidentemente que a conclusão condenatória será falsa, inadequada, apesar da argumentação válida).

A partir do momento em que assim é decidido em juízo, uma alegação de fato transforma-se em fato institucional, no corpo de um processo judicial. Colocando-se o que foi dito de lado, sobre a verdade depender de uma correspondência entre a proposição testada e o mundo dos fatos, o caráter final das decisões exige que nela não se admita qualquer outra verdade senão aquela certificada pela autoridade responsável (normalmente, um juiz responsável por julgar com base nas evidências colhidas em uma fase de instrução, determinando “o que houve”) (MACCORMICK, 2008, p. 95-96).

Assim, os fatos brutos tornam-se fatos institucionais, e não mais importa o que aconteceu no mundo, pois o fato institucional é considerado verdade para todos os propósitos (MACCORMICK, 2008, p. 95-96), por força da decisão de um juiz que é confrontado por uma atribuição que exige a sua capacidade de julgar¹⁷. Isto é, a

¹⁵ Em verdade, esses exemplos não são mais falsos ou verdadeiros que qualquer norma – e poderiam hipoteticamente existir em uma sociedade imaginária -, mas a sua estranheza decorre da interpretação, do interlocutor, de que essas proposições normativas não podem corresponder à realidade, daí o seu valor-verdade.

¹⁶ É possível expandir a questão à possibilidade de aplicação de outros princípios lógicos, como os de não contradição e conclusão de raciocínio, que, tradicionalmente tomados, “apenas são aplicáveis a proposições ou enunciados que possam ser verdadeiros ou falsos”. A resposta para esse problema é a mesma: esse princípios podem ser aplicados, ainda que indiretamente, por meio de proposições jurídicas descritivas, que podem entrar num silogismo lógico (KELSEN, 2009, p. 83-84).

¹⁷ A “capacidade de julgar”, na determinação da premissa menor de uma argumentação por silogismo, se

capacidade de avaliar meios de prova, e determinar se dados fatos brutos contam como exemplos concretos dos fatos operativos de uma regra, atividades que exigem a capacidade humana de interpretar as formulações das regras à luz de valores humanos (MACCORMICK, 2008, p. 96).

4 PRESSUPOSIÇÕES DA ARGUMENTAÇÃO DEDUTIVA

Algumas observações relevantes, acerca da dedução, não foram feitas até agora. O poder de justificação da argumentação dedutiva é grande, e é possível, em alguns casos, que ela aja de maneira conclusiva (MACCORMICK, 2009, p. 23), no entanto, ela depende de algumas pressuposições, e não dá respostas acerca de como pode ser estabelecida, com segurança, a sua premissa maior, ou ainda, a legitimidade da decisão.

É preciso que se tenha consciência dessas limitações antes de prosseguir, pois elas serão o que ditará, essencialmente, a necessidade de uma justificação de segunda ordem, adicional ao silogismo, que deverá se servir de métodos argumentativos para o estabelecimento das premissas que compõem o argumento dedutivo¹⁸.

Em todos os exemplos tratados, bem como para toda a exposição acerca da argumentação dedutiva, implicitamente foi feita uma pressuposição, ou um postulado inicial: assume-se que a função judicial é a de aplicar as normas de direito¹⁹. Isso posto, se para aplicar as normas de direito é necessário definir quais são as normas de direito²⁰,

relaciona com conceito de “poder discricionário fraco”, apresentado por Ronald Dworkin (2002, p. 51-52), em que o encarregado de decidir tem a incumbência de tomar uma decisão em última instância, que não será revista/cancelada por alguém (e.g. a bola estava dentro ou fora da quadra? A decisão do árbitro não está sujeita a revisão). Por sua vez, esta análise do caso concreto, feita pelo julgador hipotético, dos fatos que poderão ser classificados ou não como fatos operativos da norma, é exigente de virtudes de decisão prática (MICHELON, 2010, p. 4), uma vez que é um problema de sabedoria prática (ARISTÓTELES, 2001, VI, 1140A 25-35).

¹⁸ Isto é, a necessidade de se buscar argumentos para identificar a validade da norma em questão, a sua pertinência ao caso, a verdade dos fatos e a possibilidade de que esses fatos correspondam aos fatos operativos da norma eleita, e não de outras concorrentes. Essas etapas devem ser superadas para que, após, possa-se adotar a argumentação por silogismo. Como observado, uma argumentação que fixe as premissas não substitui o silogismo, mas o antecede.

¹⁹ Frederick Schauer (2009, p. 318-319), por exemplo, observa que mesmo que algumas regras *pareçam* arbitrárias, quando postas de forma legítima e promulgadas, deveriam ser reconhecidas e aplicadas pelos juízes.

²⁰ Nesse ponto, convém esclarecer: não se postula que o direito seja simetricamente correspondente às normas positivadas, mas que *existam* normas positivadas que põe o direito de maneira clara em determinados casos. Assim, não se faz oposição à crítica de Streck, de que “‘descobrir’ hoje que o direito não é igual à lei e dar a isso um grau de invenção crítica é subestimar e ignorar o ponto central do positivismo normativista. Por certo Kelsen acharia uma tolice alguém sustentar que texto é igual à norma ou que a lei é a única e plenipotente fonte do direito. Quando Kelsen diz que lei vigente é válida, está se referindo ao plano da *ciência do direito*, e não ao plano da *aplicação do direito* feita por juízes,

o direito deve ser, ou ao menos incluir, um conjunto de normas identificáveis por referência a critérios comuns de reconhecimento (MACCORMICK, 2009, p. 68-69).

Isso acontece porque a argumentação dedutiva não explica *porque* os juízes *devem*²¹ aplicar *normas válidas de direito*. A argumentação apresentada pressupõe (a) uma “tese de validade”, de que o sistema jurídico dispõe de critérios, sustentados pela aceitação social, que atestam pela existência de uma norma como obrigatória, atribuindo-se a ela a qualificação de “norma válida” (MACCORMICK, 2009, p. 78-79); e pressupõe (b) o dever judicial de aplicar as normas válidas de direito, para solucionar controvérsias, como fundamento da legitimidade do poder judicial (MACCORMICK, 2009, p. 69).

Esses dois pressupostos, tese de validade e dever judicial, básicos da argumentação dedutiva (à qual convergem as demais), pertencem à teoria do direito e assim justificam a essencialidade desta para a argumentação jurídica. O argumento que justifica essas pressuposições, no entanto, está além da dedução (e do corte teórico enfrentado neste artigo).

5 LIMITES DA ARGUMENTAÇÃO DEDUTIVA

“É uma verdade muito óbvia que nem todas as normas jurídicas, nem mesmo todas as normas legisladas ‘em forma verbal fixa’, podem dar sempre uma resposta clara em cada questão prática que surja” (MACCORMICK, 2009, p. 83). Os inúmeros possíveis problemas estarão sujeitos a soluções interpretativas (que precederão a dedução), e serão abordados de forma exemplificativa.

Muitas vezes, uma norma pode parecer imediatamente aplicável ao caso, mas uma ambiguidade faz com que dela possam ser extraídos comandos normativos simetricamente opostos. Isto é, “quando a linguagem normativa começa a ser ambígua e a mostrar zonas de penumbra na interpretação, o que faz com que o intérprete não só deva deduzir, senão que também deva optar entre as diversas alternativas de interpretação (LORENZETTI, 2011, p. 172). A Lei nº 11.340, por exemplo, dispõe que “Esta Lei cria

promotores, advogados etc.” (STRECK, 2010, p. 169-173 *passim*).

²¹ Esse é um problema que não será enfrentado no presente artigo, e que será resolvido através do apelo aos critérios de identificação da normatividade de um dado ordenamento jurídico. Em um positivismo epistêmico, como o de Kelsen, por exemplo, se poderia dizer que há um “dever descritivo” do juiz em aplicar o direito – ainda assim sujeito a críticas sobre “como uma ordem jurídica [...] poderia emergir de fatos *sem nenhum conteúdo normativo intrínseco*” (FARIA, 2004, p. 12). Outras teorias jurídicas procurarão recorrer a outros instrumentos para fundamentar a normatividade, inclusive através do apelo a teorias morais ou políticas.

mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal [...]” (BRASIL, 2006) sendo que o referido parágrafo da Constituição é este: “§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (BRASIL, 1988).

Um marido, submetido a violência doméstica, está protegido por essa norma, por ser uma das pessoas que integra a família, ou não está protegido porque a norma não se presta a prevenir a violência contra o homem? São ambas possibilidades simetricamente opostas, que podem ser extraídas da ambiguidade contida no texto legal²². As normas só podem ser aplicadas (e submetidas à argumentação dedutiva) após a solução do problema de ambiguidade (MACCORMICK, 2009, p. 86).

No exemplo anterior, a norma é claramente associável à hipótese particular confrontada. Ou a norma cobrirá a agressão contra o homem pelas suas disposições, ou não. A dúvida sobre a relação entre a norma e o caso concreto depende exclusivamente da interpretação de seu alcance²³.

Outros casos, no entanto, oferecerão dúvidas mais amplas sobre a possibilidade de se aplicar uma regra geral, ou um conjunto de regras gerais, ao caso particular. Isto é, quando os conceitos normativos, abertos, não se referem a um suporte fático especial que permita sua direta dedução (LORENZETTI, 2011, p. 172). Caso um casal adquira, em conjunto, um gato, chamado Miau, sob qual fundamento jurídico poderia uma das partes, ao momento da dissolução, requerer a guarda de Miau? A outra parte poderia postular a partilha de Miau, como qualquer bem da vida, exigindo que um avaliador verifique o valor de mercado do gato²⁴?

Pode-se chegar à conclusão que nenhum dispositivo legal existente cubra adequadamente, ou sirva para justificar uma decisão no caso concreto. Uma decisão que ampare/rejeite os interesses desse casal litigante deverá envolver, em algum sentido, a

²² A questão ainda gera dúvidas no cotidiano judiciário brasileiro, e a dúvida se estende a outros gêneros, homossexuais, transsexuais etc. Fugiria ao escopo do trabalho aprofundar a questão, mas, ainda que houvesse um posicionamento majoritário conhecido, uma norma ambígua é capaz de dar certeza às pessoas para que pautem sua vida em conformidade com ela? O argumento que justificaria um posicionamento ou outro está além da mera dedução.

²³ Não por coincidência, Neil MacCormick (2009, p. 86) atribui a um exemplo de ambiguidade normativa a alcunha de “problema de interpretação”.

²⁴ A questão de guarda de animais está em uma zona não legislada do direito brasileiro, e frequentemente recebe tratamento análogo àquele destinado a crianças, muito embora o tratamento legal reservado a animais domésticos seja o de coisa/bem/patrimônio.

afirmação ou negação de uma proposição geral que sirva de fundamento jurídico para a decisão (MACCORMICK, 2009, p. 89), ou seja, deverá conter uma etapa (anterior à dedução) de interpretação da norma que permita sua posterior aplicação (LORENZETTI, 2011, p. 173).

Esse fundamento jurídico, contudo, não pode ser particular e individual para esse casal hipotético (MACCORMICK, 2009, p. 88). Casos futuros, idênticos ou muito similares, deverão estar sujeitos ao mesmo tratamento. Não obstante, a eleição de um *fundamento legal* para reger o caso, na inexistência de uma norma que prescreva determinada consequência legal para o caso concreto, não poderá ser justificada por meio de uma dedução (MACCORMICK, 2009, p. 91).

6 O QUE É JUSTIFICAR?

Como determinar, então, se uma decisão está *justificada*? “As idéias [sic] de justificação e justiça estão intimamente relacionadas, não apenas no nível etimológico. Justificar um ato *x* consiste em demonstrar que é certo e justo fazer *x*” (MACCORMICK, 2009, p. 93). Normalmente, no cotidiano dos tribunais não se procura responder o que é a coisa certa a fazer, mas sim o que é o certo a fazer de acordo com a lei (MACCORMICK, 2009, p. 94)²⁵.

No âmbito da justificação, portanto, está um sério ponto de contato entre teoria do direito, teoria da decisão e teoria da justiça, que não será aprofundado sob pena de desvirtuar o escopo do trabalho. Este ficará restrito a adotar (e pressupor) critérios mínimos de justiça formal, que sirvam para postular a obrigatoriedade das normas do sistema jurídico em circunstâncias normais (aí outro importante e delicado ponto de contato, entre filosofia moral e filosofia política).

Sob essa ótica, e pressupondo que as normas democraticamente produzidas sejam *suficientemente justas*²⁶, e de maneira geral as normas postas do direito realmente

²⁵ Nesse ponto, convém apontar que, para Lorenzetti (2011, p. 174), a lei injusta é um outro obstáculo à justiça formal e à justificação dedutiva. O obstáculo, contudo, não se opõe à argumentação esposada neste artigo conquanto a *justiça formal* ora postulada não exige, ou mesmo ampara-se em uma neutralidade moral em todo o processo de decisão (senão apenas no âmbito da dedução), e reconhece que a maioria dos sistemas jurídicos contemporâneos conta com sistemas institucionalizados de controle legislativo (e interpretação normativa) com base em postulados constitucionais fundamentais, razões de política ou de moral, que servem de guia para legisladores e intérpretes. A existência dessa etapa de controle ou interpretação antecede, mas de forma alguma afasta, a argumentação dedutiva.

²⁶ A adoção de normas postas por uma maioria, seja através de procedimentos de legislação democráticos, ou através da aceitação social de uma regra como obrigatória, em suma, através de critérios de

forneem bases razoavelmente sólidas de justiça²⁷, a preocupação passa a ser de que os juízes façam “justiça de acordo com a lei”. De fato, na maior parte das vezes, os debates travados nos processos dizem respeito justamente à observância (ou não) das normas de direito vigentes (MACCORMICK, 2009, p. 94).

Nesse diapasão, estaria justificada a decisão que, diante de um caso particular, concluísse pela consequência que o direito verdadeiramente prevê para o respectivo caso. Essa conclusão é expressa na forma de uma proposição jurídica, cuja veracidade pode ser testada por argumentos (MACCORMICK, 2008, p. 19-20). O argumento que cabe como justificação é aquele que deveria convencer um interlocutor racional e inteligente (MACCORMICK, 2008, p. 25), demonstrando adequadamente as razões de uma conclusão (MACCORMICK, 2009, p. 3).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como uma conclusão não pode ser mais convincente do que as suas premissas, o ponto sensível da argumentação dedutiva, portanto, está no estabelecimento das premissas. As normas válidas de direito (gerais/universais) deverão ser interpretadas, para que se determine seu sentido, pois serão parte do argumento, ocupando o espaço de premissa maior. O caso particular deve também ser interpretado, analisados os seus elementos e identificados aqueles que podem ser os fatos operativos de uma ou mais normas do ordenamento jurídico. Se as circunstâncias do caso particular corresponderem aos fatos operativos previstos na norma de direito, ou seja, se o caso particular for um exemplar da norma geral, a conclusão será a consequência normativa dessa norma.

A conclusão deve, para que se chame o argumento de dedutivo, estar contida nas premissas. Essa é a caracterização do argumento válido. Assim, se as premissas forem verdadeiras, a conclusão certamente será. Dizer que uma norma é verdadeira, que existe, equivale a dizer que é válida. Se o dever do juiz é aplicar normas válidas de direito, o

reconhecimento é, pressupostamente, a melhor forma disponível de garantir uma legislação justa e eficaz. Essas normas serão suficientemente justas (ou menos injustas) quando a maioria das pessoas que participam dessa democracia favoreceriam essa norma (RAWLS, 2002, p. 395-396). A posição de Rawls, ora apresentada, não serve para afirmar que cada aplicação de cada norma será um ato de justiça, mas serve para indicar que a aplicação da norma posta pela maioria é um *bom ponto de partida* para decisões justas.

²⁷ Pela existência de normas estabelecidas, viabiliza-se o Estado de Direito, virtude das sociedades civilizadas que permite aos cidadãos certeza jurídica, segurança, previsibilidade da ação estatal e previsão de anulação das atuações anormais, esses bens servem, conjuntamente como uma base de valores morais desejáveis (MACCORMICK, 2008, p. 17-22).

argumento dedutivo é capaz, eficaz e definitivamente, de gerar boas justificativas, demonstrando qual norma está sendo aplicada, e como.

O que não se pode perder de vista é que o argumento dedutivo exige, primeiramente, que sejam estabelecidas suas premissas (o que pode ser objeto de problematização pelos agentes envolvidos no processo), essa situação não nega a sua utilidade – ou mesmo sua essencialidade –, na verdade só demonstra que as outras formas de argumentação são *complementares* à argumentação dedutiva, ora que convergirão em direção a esta assim que cumprirem seus propósitos, de fixar as premissas do argumento “definitivo”, silogístico.

8 REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 08 dez. 2015.

BRASIL. **Lei Nº 11.340**, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <www.planalto.gov.br/civil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 07 dez. 2015

BRASIL., Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 dez. 2015.

BRASIL., Decreto-Lei No 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 08 dez. 2015.

BRUM, Guilherme Valle. **Discrecionariade Judicial e Políticas Públicas**: coerência, consistência e consequências na interpretação do direito. 2013. 151 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2013.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direito a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIA, Paulo. Prefacio a Claudio Fortunato Michelon Jr., '**Aceitação e Objetividade**'. São Paulo, 2004.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Armenio Amado, 1984.

_____. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MICHELON, Claudio. **Aceitação e Objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *MacCormick's institutionalism between theoretical and practical reason*. **Working Paper Series**. N. 12, 2010.

_____. *Practical wisdom in legal decision-making*. **Working Paper Series**. n. 13, 2010.

MORTARI, Cezar A. **Introdução à Lógica**. São Paulo: Unesp, 2001.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROCHA, Leonel Severo. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 163-186.

SCHAUER, Frederick. *Rules, rationality, and the significance of standpoint*. **Queen's Law Journal**, v. 35, p. 305-325, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a "Letra da Lei" é uma atitude positivista? **Revista Novos Estudos Jurídicos**, n. 1, v. 15, p. 158-173, jan./abr. 2010.

_____. Hermenêutica e (pos)positivismo: por que o ensino jurídico continua de(sin)formando os alunos? In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz;