DA SUBSUNÇÃO À ARGUMENTAÇÃO: PERSPECTIVAS DO RACIOCÍNIO JURÍDICO MODERNO*

FROM SUBSUNCTION TO ARGUMENTATION: PERSPECTIVES OF MODERN LEGAL REASONING

Walter Guandalini Jr.**

RESUMO: O artigo pretende expor uma breve história do raciocínio jurídico predominante na Modernidade. Assim, parte da situação em que se encontrava o Direito na Idade Média, quando se caracterizava como ciência prática marcada pela argumentação, para mostrar como ele se constrói como “ciência” jurídica eminentemente dedutiva a partir do jusnaturalismo, situação em que se encontra desde então. Por fim, mostra como a crise do Pós-Guerra provoca uma retomada da retórica jurídica, tornando necessário, no presente, um trabalho de compatibilização entre os seus aspectos dedutivos e os seus aspectos argumentativos – como pretende a teoria integradora de Neil MacCormick.

PALAVRAS-CHAVE: Raciocínio jurídico. Lógica dedutiva. Silogismo jurídico. Retórica. Argumentação jurídica.

ABSTRACT: This article presents a brief history of modern juridical thinking. Therefore, it starts from the situation of Law in Medieval Times, when it was considered a practical science, defined by argumentation, to show the way jusnaturalism turned it into a juridical “science”, mostly deductive. Finally, the article demonstrates how the post-war crisis makes juridical rhetoric once again important, which demands compatibilization between its deductive and argumentative aspects – as desired by Neil MacCormick’s theory of legal integration.

KEYWORDS: Juridical thinking. Deductive logics. Juridical syllogism. Rethorics. Juridical argumentation.

* Artigo redigido como requisito parcial de avaliação na disciplina *Filosofia do Direito*, ministrada pelo Prof. Dr. César Serbena no Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR (Doutorado).

** Advogado da Companhia Paranaense de Energia e professor da Faculdade de Direito Dom Bosco. Mestre e Doutorando em Direito do Estado (UFPR), membro do Núcleo de Pesquisa Direito, História e Subjetividade, do Instituto Brasileiro de História do Direito (IBHD) e do Instituto Latino-americano de História do Direito (ILAHd). Bolsista CAPES (PDEE) Processo BEX 1507/10-9. E-mail: prof.walter.g@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo, de caráter expositivo, pretende seguir o percurso do raciocínio jurídico moderno, apresentando sinteticamente o processo que o conduziu desde a organização do Direito como estrutura silogística até o reconhecimento da permeabilidade do modelo dedutivo a uma argumentação de caráter retórico.

Cabe, porém, uma ressalva de método: o objeto deste breve estudo não é o raciocínio jurídico *na* Modernidade, nem as várias concepções teóricas que se desenvolveram acerca do tema desde a formação do jusracionalismo. A utilização da expressão “moderno” como adjetivo pretende designar não somente o período histórico sobre o qual irá se debruçar a pesquisa, mas especialmente um *tipo específico* de raciocínio jurídico, que parte de um conjunto de pressuposições compartilhadas acerca do papel da verdade e da razão no Direito, e identifica apenas *uma forma*, dentre as várias possíveis, de compreensão do raciocínio jurídico neste contexto histórico – a forma predominante entre os juristas na Modernidade.

Trata-se, portanto, de um estudo sobre o que se convencionou denominar *teoria padrão* do raciocínio jurídico, também já alcunhada, de uma perspectiva crítica, o *senso comum teórico* dos juristas (STRECK, 2009). Assim, deixando de lado as perspectivas alternativas do irracionalismo e do voluntarismo, que se inclinam em direção à ideia da impossibilidade de uma razão jurídica, este trabalho irá abordar apenas as teorias mais aceitas sobre a racionalidade jurídica na Modernidade, apresentando o seu desenvolvimento histórico e a sua coerência interna no processo que conduziu do jusracionalismo clássico à teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick, passando pelo juspositivismo kelseniano e pelo raciocínio tópico do pós-guerra.

Nesse processo, marcado pela tentativa de construção de uma racionalidade adequada ao fenômeno jurídico, pode-se observar um duplo movimento, pelo qual se busca inicialmente a identificação da razão jurídica com um modelo geral de racionalidade lógico-matemática, para depois reconhecer-se a especificidade do fenômeno jurídico e a necessidade de incorporação de elementos retórico-argumentativos para a adequada compreensão do raciocínio judicial.

Esse movimento, que conduz da racionalidade lógico-dedutiva à incorporação da retórica e da argumentação ao discurso jurídico e jurídico-científico, permite uma maior sofisticação do raciocínio jurídico e da teoria que descreve o seu funcionamento, contribuindo simultaneamente, como pretende MacCormick, para a *compreensão* daquilo que os juristas efetivamente fazem, e para a *justificação* dos motivos pelos quais fazem o que fazem. O presente estudo tem por objetivo expor os caminhos percorridos pelos principais teóricos que resolveram trilhar esse percurso.

2 DO JUSRACIONALISMO AO JUSPOSITIVISMO – O RACIOCÍNIO JURÍDICO COMO SUBSUNÇÃO

A formação do jusnaturalismo racionalista foi um elemento de fundamental importância no processo de incorporação da lógica dedutiva pelo Direito. Deve-se recordar, primeiramente, que toda a tradição teórica pré-moderna do saber jurídico o reconhecia como caso especial de ciência, predominantemente argumentativa e voltada essencialmente à resolução do caso concreto, com o apoio de *topoi* argumentativos como as noções de ordem, equidade, justiça e equilíbrio.

A idéia nasce com Aristóteles, que ao classificar o saber jurídico entre as “ciências práticas”, voltadas à ação, ressalta o caráter flexível e provisório das verdades por ele produzidas, que devem ser sempre capazes de se adaptar às necessidades da realidade a que se aplicam – como a “régua de chumbo” dos arquitetos da ilha de Lesbos (ARISTÓTELES, 1985). No entanto, foi por meio do Direito Romano que se expandiu pelo Ocidente a noção da primazia das necessidades práticas em detrimento do direito material, com a construção do conceito de *actio* e a ideia de que o juiz deve estar voltado às necessidades do caso concreto ao resolver um conflito jurídico determinado.

Herdada pelos juristas medievais graças ao trabalho dos glosadores e pós-glosadores, a peculiar relação estabelecida no Ocidente entre o saber jurídico e o atendimento de necessidades práticas imediatas se reforça ainda mais a partir do século XIII, em um contexto marcado pela existência de uma ordem jurídica pluralista, não hierarquizada e flexível.

Como explica António Manuel Hespanha (2005, p. 101), a sociedade europeia medieval se organizava com base em várias ordens jurídicas inter-relacionadas: o direito comum temporal (romano), o direito comum espiritual (canônico) e a miríade de direitos próprios locais e corporativos conviviam em uma situação de pluralismo jurídico, na qual distintos complexos de normas, com legitimidades e conteúdos distintos, coexistiam no mesmo espaço social sem quaisquer relações de prioridade ou unificação. Assim, o universo jurídico medieval é concebido como um cosmo ordenado, em que o elemento singular só adquire sentido ao se referir a uma totalidade que o inclui e lhe prescreve uma destinação. Nesse contexto, a ordem é concebida como dom originário de Deus, mantendo-se pela existência de afetos que atraem as coisas entre si de acordo com sua simpatia natural. O Direito é apenas uma forma grosseira de correção dessa simpatia universal em casos patológicos de desarmonia, ao lado das noções de amizade, gratidão, honra, vergonha etc.

Os juristas são os guardiões desse mundo multi e auto-ordenado, tendo a função de extrair o justo da realidade em uma hermenêutica ilimitada de Deus, dos homens e da natureza. Não criam nem corrigem a ordem, portanto, mas apenas a descobrem e interpretam na natureza.

Nessa pluralidade de ordens normativas não há hierarquia preestabelecida, com a sua relação dependendo do contexto e de modelos de transferência, que geram uma ordem entrecruzada e móvel cujas particularizações não podem ser antecipadamente previstas, em uma geometria variável do direito comum. Em vez de um sistema fechado com relações definidas entre os elementos, o direito comum constitui uma constelação aberta e flexível de ordens cuja estrutura só pode ser fixada em face do caso concreto¹.

Percebe-se, então, como o raciocínio jurídico não se desenvolve, na Europa Medieval, como subsunção em uma estrutura lógico-dedutiva; pelo contrário, ele é obrigado a se basear em *topoi* preestabelecidos que podem ser convocados livremente pelos juristas, diante das necessidades específicas do caso concreto, a fornecer os argumentos úteis à sustentação de uma tese para a defesa de um litigante ou a fundamentação de uma decisão judicial (a justiça divina, a ordem natural, os privilégios de classes e corporações, a autoridade do Direito Romano, a racionalidade das tradições etc.).

A partir do século XVI, porém, a situação começa a se transformar. O advento de uma nova realidade normativa, aliado ao desenvolvimento interno do sistema de saber jurídico e às transformações econômicas, políticas e culturais ocorridas no Ocidente, provoca uma grande crise na doutrina europeia do direito, que vai se refletir também nas formas específicas de raciocínio jurídico.

A atividade teórica dos Comentadores promove a unificação dos *iura propria* ao *ius commune*, com o progresso do movimento de centralização do poder político assegurando a supremacia do direito local reinícola (mais adaptado às novas necessidades econômicas e sociais) em face do direito comum romano e canônico, relegado ao papel de direito subsidiário. A nova situação abala também a noção de ordem plural não hierarquizada, tornando absurdo e irrelevante o esforço de harmonização dos textos normativos de origem distinta. A doutrina jurídica é obrigada a justificar em outros termos o seu interesse pelo Direito Romano, que passa a ser estudado com preocupação apenas histórica (o *Mos Gallicus*), ou em uma versão adaptada às novas necessidades sociais (o *Usus Modernus Pandectarum*).

A modificação no conteúdo do Direito acaba reverberando na lógica interna do saber jurídico, que passa a trabalhar em um ambiente marcado pela unificação e pelo estabelecimento de uma estrutura hierárquica de validades fundantes. Se os Comentadores tinham obtido os princípios gerais do Direito por meio da análise de textos isolados, agora se torna viável o movimento de síntese, reunindo-se todo o direito em um sistema teórico orgânico, submetido a axiomas e regras gerais.

¹ Não há “antinomias”, no sentido moderno da expressão. Todas as normas existentes valem integralmente, podendo ter a sua aplicabilidade suspensa por decisão do próprio juiz, em vista das particularidades do caso concreto. Assim, não há hierarquia, especialidade ou relação de precedência temporal; normas superiores e inferiores, gerais e especiais, novas e antigas se acumulam em camadas sucessivas que devem ser harmonizadas sem qualquer exclusão, podendo ser chamadas conjuntamente a resolver um caso concreto determinado.

Organizado esse sistema, torna-se possível fazê-lo caminhar por seus próprios meios, sem necessidade do apoio permanente dos textos da tradição romanística. Torna-se possível, em outras palavras, compreender o fenômeno jurídico com os mecanismos do raciocínio dedutivo, aptos a encontrar a solução jurídica mais adequada a um caso concreto não por meio de uma rebuscada interpretação dos textos romanísticos, mas de uma especificação dos próprios axiomas jurídicos formulados. Abre-se a época do direito natural racionalista, em que os princípios superiores do direito são vistos como produto da razão humana, que, ao elaborá-los, revela uma lógica universal fundante.

Embora se trate, novamente, de um direito natural, é difícil enfatizar suficientemente a radicalidade das diferenças entre o direito natural racionalista desse período e os direitos naturais de caráter cosmológico ou teocêntrico da Antiguidade e da Idade Média. Em primeiro lugar, porque o papel atribuído ao jusracionalismo é completamente distinto do que se atribuía aos jusnaturalismos anteriores: não se trata, agora, de apenas mais um dentre os *topoi* disponíveis à argumentação jurídica, ao lado dos argumentos da tradição, da racionalidade ou dos direitos específicos; graças ao contexto em que é construído, que o torna a manifestação jurídica da racionalidade subjetiva universal, o jusracionalismo passa a ocupar uma posição no ápice da ordem jurídica, como ente unificador de todas as ordens jurídicas parciais ainda existentes.

Além disso, o direito natural que fundamenta a ordem jurídica não deriva, agora, da natureza cósmica ou da natureza da sociedade, mas da natureza do homem individual e da observação daqueles impulsos que o conduzem à ação. A natureza do indivíduo se torna o novo fundamento da organização jurídica, e ela pode ser compreendida pela pesquisa racional, o que gera o abandono da sabedoria prática, como instrumento por excelência da investigação jurídica, em prol de uma racionalidade subjetiva de caráter lógico-dedutivo.

Não é difícil compreender como ocorre essa transição. Afinal, com o jusracionalismo o direito se torna uma disciplina submetida a regras de valor necessário e objetivo. Os “direitos naturais” não são apenas ordens (como os mandamentos divinos), mas conclusões lógicas inquestionáveis descobertas pela investigação racional, a partir das quais devem ser extraídas as regras da convivência humana. O seu caráter “natural” não decorre mais de seu vínculo com o cosmos, mas de seu aspecto universal e necessário, como resultado inevitável de uma racionalidade subjetiva a que se atribuem as mesmas características.

Ora, verdades universais evidentes sobre as quais outros conceitos devem se apoiar são justamente o que define a noção de *axioma*, e a sua colocação no ápice da ordem jurídica possibilita a organização do raciocínio jurídico com base em um modelo lógico-dedutivo. Em consequência, a possibilidade de hesitação entre princípios contraditórios é extirpada do direito; as normas passam a estar unificadas em um sistema

conceitual isento de contradição, e o direito passa a ser aplicado a partir da lógica interna do próprio sistema jurídico.

Ao organizar racionalmente a ordem jurídica, o jusracionalismo faz com que o conteúdo do direito passe a ter apenas uma fonte filosófica, e com que a totalidade do ordenamento seja formada por deduções a partir dessa fonte básica. Além de unificar e hierarquizar, o direito natural atribui ao direito positivo uma legitimidade originária que torna desnecessário o recurso permanente aos *topoi* do bom senso, da tradição ou da justiça no momento de resolver um problema concreto. Na Modernidade a razão sozinha já é legitimidade suficiente para o Direito, bastando que o jurista tome o cuidado de se utilizar de um método adequado para extrair dela as consequências racionais aplicáveis aos casos empíricos sob debate judicial. O método apropriado à extração de consequências racionais da relação entre axiomas gerais e casos concretos é justamente o método do silogismo – que se converte, então, em *silogismo jurídico*.

O desenvolvimento do jusracionalismo constrói, assim, um novo método para o saber jurídico, que aos poucos se transforma em *Ciência* do Direito. O silogismo jurídico consiste na aplicação do método lógico-dedutivo ao saber jurídico, tomando-se os direitos naturais (ou a lei positiva racionalmente criada a partir dele) como premissa maior, o caso concreto sob análise como premissa menor, e extraindo-se da relação entre eles uma conclusão que consiste na consequência jurídica a ser aplicada ao caso (comumente uma sanção).

Mas a simplificação do saber jurídico se intensifica ainda mais com o desenvolvimento das teorias democráticas e o progresso da centralização do poder político nas mãos do Estado Nacional. O jusracionalismo sempre conviveu com um paradoxo, já que ao identificar como foco de origem dos direitos naturais as características imanentes do homem, observava nesse mesmo homem imanente a característica essencial da *autonomia da vontade* – ou seja, da liberdade de determinar livremente e racionalmente os rumos de sua existência. Diante dessa característica, o direito não poderia simplesmente concretizar um conjunto de princípios imutáveis alheios à vontade humana, como os mandamentos de Deus; ele deve se submeter ao comando dos homens, que detêm a capacidade racional de criar o direito positivo mais adequado à satisfação de seus impulsos básicos. A criação do direito positivo é realizada por meio do Estado, que representa a vontade geral com os debates no Parlamento ou a encarna na pessoa do Rei.

Com essas premissas não é difícil transferir a racionalidade dos direitos naturais também para o direito positivo, que passa a se autofundamentar como resultado racional da concretização da vontade geral. O direito natural desaparece do esquema, com o direito positivo assumindo o papel de garante de sua própria racionalidade. Após esse longo processo a lei se torna a principal fonte do direito, e as novas escolas do pensamento jurídico tendem a exigir o seu respeito como medida de garantia da racionalidade e da legitimidade da ordem jurídica.

Se a ideia surge no século XIX com a Escola da Exegese, preocupada em limitar o arbítrio dos juízes e garantir a efetivação legal das conquistas políticas das revoluções burguesas, ela atinge a sua plenitude no Positivismo Jurídico de Hans Kelsen, que passa a reivindicar não só a autonomia normativa do direito positivo, mas também a autonomia científica de sua Teoria Pura (KELSEN, 2000).

Com o juspositivismo o raciocínio jurídico se revela definitivamente como juízo de subsunção, atividade de enquadramento do fato concreto a uma norma abstrata determinada, de modo a se extrair dessa relação a consequência jurídica prescrita pelo sistema legal vigente. O saber jurídico realiza, assim, um antigo sonho: alcança o grau de certeza e previsibilidade do raciocínio matemático, reivindicando para si o título ao qual almejava desde o início da modernidade – o de *Ciência Jurídica*. Com isso, não só estabelece o vínculo definitivo entre o saber jurídico e a verdade objetiva, mas também acredita poder garantir, com a defesa do Estado de Direito, a manutenção dos direitos subjetivos conquistados pelas revoluções burguesas.

3 A RETOMADA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA – A RETÓRICA E O RACIOCÍNIO TÓPICO

Mas se o jusracionalismo e o juspositivismo promovem essa profunda transformação na prática e no saber jurídicos, com o desenvolvimento de um modelo de raciocínio jurídico lógico-dedutivo baseado na subsunção silogística e na imputação, eles não são capazes de enterrar definitivamente a retórica e a argumentação como partes constitutivas da atividade jurídica. A partir dos anos 50, um grupo de autores começa a questionar a capacidade da lógica formal como instrumento de análise dos raciocínios jurídicos, reivindicando o interesse, para a teoria e a prática jurídicas, na retomada do raciocínio tópico-retórico.

A experiência do nazismo promove, em resposta, uma tendência de aumento dos poderes dos juízes na elaboração do Direito. Embora a teoria jurídica do nazismo não fosse exegética, mas predominantemente historicista, o fato é que a barbárie legalizada cometida pelo Estado burocrático alemão faz cair por terra a crença nas garantias prometidas pelo Estado de Direito. Após a Segunda Guerra, os totalitarismos e especialmente o genocídio nazista, o papel civilizador da lei passa a ser visto com ceticismo, o que promove uma relativização da sua força como axioma lógico, e uma defesa da ampliação da responsabilidade dos juízes no momento de dizer o Direito. O contexto passa a exigir, então, o desenvolvimento de um arsenal teórico capaz de justificar e legitimar as decisões judiciais, na falta do critério legitimador até então fornecido pela racionalidade universal da lei representante da vontade geral.

A revalorização da tópica tem início com os estudos de Viehweg no início dos anos 50, caracterizando-se por três elementos básicos (ATIENZA, 2006, p. 49): do ponto

de vista de seu objeto, trata-se de uma técnica do pensamento problemático, que toma o problema concreto como ponto de partida do raciocínio (em vez das abstrações gerais que fundamentam o raciocínio dedutivo); do ponto de vista do seu instrumento, parte da noção de *topos*, ou “lugar-comum”, substituindo a própria noção de verdade pela ideia muito mais flexível de “consensos provisórios”, admitidos como convincentes por um grupo determinado de pessoas; e do ponto de vista do tipo de atividade, trata-se de uma busca e exame de premissas, caracterizando-se por se tratar de um modo de pensar que se contenta com a busca de conclusões apenas verossímeis, deixando de lado a cruzada interminável pelo objetivamente verdadeiro.

Viehweg ressalta que a tópica foi a forma distintiva do pensamento jurídico durante toda a Antiguidade e a Idade Média, apontando a Modernidade como o momento de seu abandono e substituição por um método axiomático-dedutivo. O problema decorre do fato de que essa substituição jamais pôde ser completa, por não ser faticamente possível a realização de uma completa axiomatização dos princípios de Direito. Diante da impossibilidade de se transformar o Direito em um conjunto de prescrições abstratas absolutamente verdadeiras, o autor insiste na necessidade de recuperação da essência histórica da técnica jurídica, que consiste justamente em seu caráter tópico – isto é, na utilização de grupos de argumentos aceitos como *topoi* (senso comum) por uma determinada comunidade na justificação de conclusões compreendidas como apenas verossímeis, tentativas de apresentação de resultados que satisfaçam provisoriamente a incessante busca pelo justo. Ressalta, assim, apesar de todas as limitações de sua teoria (apontadas por ATIENZA, 2006, p. 52), a necessidade de se conduzir o raciocínio jurídico também aonde não cabem fundamentações conclusivas, explorando aspectos ocultos a uma perspectiva exclusivamente lógico-dedutiva.

A revolução iniciada por Viehweg é continuada por Perelman, que encontra na retórica o instrumento adequado para o raciocínio sobre valores, considerado pelo autor fundamental para qualquer discussão séria sobre um conceito material de justiça (também tornada necessária após as barbáries cometidas pelo nazismo sob o manto da justiça formal). Concordando que os argumentos retóricos se diferenciam do raciocínio lógico por não estabelecerem verdades evidentes, limitando-se a expor o caráter razoável de uma opinião determinada, Perelman defende ser o raciocínio jurídico completamente incompatível com a lógica formal, pois nele a passagem das premissas para a conclusão não é inevitavelmente necessária (como no silogismo). O raciocínio jurídico não busca conclusões definitivas, mas soluções que sejam simultaneamente de acordo com a lei e equitativas, razoáveis e aceitáveis (percebe-se a indefinição dos atributos que caracterizam a decisão judicial).

Essa breve cronologia se completa com Toulmin, que vai além de seus colegas para sustentar uma tese ainda mais radical: a de que o único campo adequado para o

raciocínio lógico é o da matemática pura, já que mesmo as ciências “não-jurídicas” dependem da retórica em seu desenvolvimento.

Atuando em várias áreas, a atividade de argumentação se reveste de características especiais conforme o campo de que se trate. Assim, o que caracterizaria a argumentação jurídica seria o fato de o Direito proporcionar um foro para argumentos sobre diferentes versões dos fatos implicados num conflito, que não pôde ser solucionado pela conciliação. A essência da argumentação jurídica consiste, portanto, em seu caráter “litigioso”, no fato de que no Direito não se trata apenas de uma argumentação destinada a convencer uma comunidade, mas de duas ou mais argumentações conflitantes, que se embatem na arena judicial de modo a obter o convencimento da autoridade que deverá decidir o caso; e, além disso, em fazer com que essa decisão possa servir como orientação para o futuro.

Percebe-se, assim, como a partir da metade do século XX começa a ser questionado o cabimento da utilização de um raciocínio lógico-dedutivo para a prática e a compreensão do Direito. Considerado insuficiente, inadequado, limitado, e até mesmo perigoso para a proteção dos direitos e liberdades fundamentais, o silogismo jurídico perde a sua força como método de compreensão do Direito, na progressiva medida da revalorização das concepções retóricas da atividade jurídica.

Ressalta-se, então, o caráter provisório, flexível e meramente verossímil das conclusões obtidas pelo raciocínio jurídico, com a filosofia do direito se dedicando intensamente ao estudo dos elementos que tornam um argumento justo, correto, ou apenas eficaz. De qualquer modo, o enfoque da reflexão jurídica passa a estar na disputa argumentativa, na observação dos problemas do caso concreto, e na necessidade de estruturação racional de um argumento para a obtenção de uma conclusão jurídica confiável – ainda que não definitivamente. A lógica jurídica é deixada de lado; em seu lugar, a tópica.

4 A TEORIA INTEGRADORA DE NEIL MACCORMICK E A DUPLA JUSTIFICAÇÃO – O RACIOCÍNIO JURÍDICO COMO DEDUÇÃO-ARGUMENTAÇÃO

A situação muda novamente de figura com a concepção de raciocínio jurídico de Neil MacCormick, que com sua teoria integradora identifica com precisão a medida da relevância da tópica e da lógica na compreensão e na aplicação do Direito, combinando argumentação e subsunção, responsabilidade judicial e respeito à lei, aspectos dedutivos e não dedutivos, na explicação que fornece acerca do funcionamento do raciocínio jurídico nas sociedades ocidentais.

O autor parte de uma concepção de Direito como *ordem normativa institucional*, o que implica compreendê-lo essencialmente como estrutura estatal coercitiva capaz de

orientar as condutas humanas e de resolver conflitos. Ressalta, porém, que a construção do Direito como instituição dotada de poderes judicantes exige a fixação dos critérios gerais com base nos quais as ordens provenientes dessa instituição deverão ser criadas, o que corresponde justamente às leis e à ideia básica de um Estado de Direito – da qual não pretende abrir mão, apesar de suas insuficiências. Esses critérios orientam a conduta dos indivíduos tanto diretamente, ao gerar o dever de cumprimento das ordens por eles emanadas, quanto indiretamente, ao gerar expectativas de comportamentos por parte dos demais, fazendo com que os participantes de uma sociedade ostentem entre si uma ordem comum compartilhada.

A ordem comum equivale, assim, a uma moldura de interpretação e compreensão para a prática social, e por isso ela é inevitavelmente acompanhada de uma prática argumentativa e de um processo de tomada de decisões entre grupos rivais. Uma situação como essa acaba gerando um aparente conflito entre os dois principais *topoi* da teoria do Direito contemporânea: por um lado, promove-se uma valorização do Estado de Direito como garantia de certeza e segurança jurídica aos cidadãos (o que assegura previsibilidade na vida e proteção contra o arbítrio do Estado e de outros cidadãos); por outro lado, o reconhecimento do Direito como campo da argumentação e da retórica acaba por gerar incerteza e insegurança jurídica.

Porém, como esclarece o autor, a incerteza do Direito não é causada apenas por incertezas na aplicação da lei, mas pelo caráter dialético dos próprios procedimentos jurídicos, inerente à organização constitucional segundo a qual todos os cidadãos têm o direito de questionar a existência das alegações fáticas que possam fundamentar a intervenção dos órgãos estatais em suas vidas privadas. Desse modo, a disputa não é uma “excrecência patológica” (na expressão de MacCormick) em um sistema que deveria funcionar tranquilamente, mas um elemento integrante indispensável de uma ordem jurídica que esteja funcionando de acordo com os princípios do Estado de Direito. O próprio ideal de Estado de Direito depende do direito do cidadão de questionar e responder os fatos e interpretações jurídicas que fundamentam uma intervenção em sua liberdade privada. Isso faz com que nunca haja certezas definitivas no Direito, mas sempre certezas provisórias e excepcionáveis, que surgem a partir da resolução por meio da argumentação de questões levantadas sobre as certezas provisórias e excepcionáveis que imperavam anteriormente (MACCORMICK, 2008, p. 38).

Percebe-se, então, que a antítese aparente entre Estado de Direito e Argumentação Jurídica não é verdadeira, mas decorre de uma compreensão equivocada desses dois *topoi* do direito contemporâneo. Por um lado, porque o ideal do Estado de Direito não afirma a certeza e a segurança jurídica como valores absolutos do ordenamento, antes valorizando a possibilidade de que os cidadãos questionem as certezas estabelecidas de modo a proteger sua esfera de liberdade individual – o que faz com que toda certeza,

no Direito, seja provisória e excepcionável. Por outro lado, também porque o caráter argumentativo do Direito não implica a impossibilidade absoluta de se afirmar qualquer certeza com segurança, visto que a argumentação se compreende como caso especial da razão prática, devendo, por isso, ser justificada racionalmente para poder ser aceita como válida ou forte durante o julgamento de argumentos opostos.

Estabelecida a compatibilidade entre a previsibilidade do Estado de Direito Legalista e a insegurança gerada pela argumentação jurídica, pode-se compreender melhor as relações entre retórica e silogismo no raciocínio jurídico.

Para MacCormick, todos os sistemas jurídicos exigem que uma pretensão judicial se fundamente, de forma clara, em uma lei. Além disso, toda pretensão judicial deve se fundamentar também em questões de fato, que precisam ser obviamente relevantes em face dos trechos da lei em que o litigante baseia seu caso. Desse modo, toda petição inicial representa uma tentativa de se construir um silogismo jurídico, caracterizando-se a lei como a premissa maior de caráter universal, as alegações de fato como as premissas menores que deverão reproduzir no caso particular as proposições universais da lei, e a pretensão fundada nessas alegações como a conclusão do silogismo. Da mesma forma, justificar uma decisão é, essencialmente, mostrar que ela garante a justiça de acordo com o Direito, demonstrando logicamente a sua compatibilidade, como conclusão, com as premissas normativas que tomou como premissas.

Tal estrutura silogística não é, porém, incompatível com o caráter argumentativo do Direito. Isso porque as premissas normativas últimas não são produto de uma cadeia de raciocínio lógico, mas implicam uma referência à natureza afetiva, encerrando uma dimensão subjetiva ineliminável. O silogismo não determina sozinho o resultado de um caso; a própria justiça dedutiva também tem limites, já que nos “casos difíceis” podem surgir problemas tanto na esfera da premissa normativa da dedução lógica (a premissa maior) quanto na esfera de sua premissa fática (premissa menor).

Os casos difíceis o são justamente porque neles nos encontramos diante de uma impossibilidade de enquadrar imediatamente os elementos do raciocínio jurídico na estrutura formal do silogismo. Essa dificuldade, quer atinja a premissa normativa, quer atinja a premissa fática do silogismo, inviabiliza uma conclusão lógica que possa ser tomada como consequência jurídica válida e necessária.

Como explica Atienza (2006, p. 123), quando envolvem a premissa normativa os casos difíceis podem se referir a problemas de pertinência ou interpretação; quando envolvem a premissa fática os casos difíceis podem se referir a problemas de prova ou qualificação. Em suas palavras:

Os problemas de pertinência suscitam, de certo modo, uma questão anterior à interpretação, isto é, não como se há de interpretar uma determinada norma, mas se existe tal norma ($p \rightarrow q$) aplicável ao caso. [...]

Um *problema de interpretação* existe quando não há dúvida quanto a qual seja a norma aplicável (quer dizer, temos uma norma de forma $p \rightarrow q$), mas a norma em questão admite mais de uma leitura (por exemplo, ela poderia ser interpretado no sentido $p' \rightarrow q$, ou $p'' \rightarrow q$). [...]

Os *problemas de prova* se referem ao estabelecimento da premissa menor (q). Provar significa estabelecer proposições verdadeiras sobre o presente e, a partir delas, inferir proposições sobre o passado. [...]

Finalmente, os *problemas de qualificação* ou “fatos secundários” são suscitados quando não há dúvidas sobre a existência de determinados fatos primários (que se consideram provados), mas o que se discute é se os mesmos integram ou não um caso que possa ser subsumido no caso concreto da norma (ATIENZA, 2006, p. 124).

Assim, diante de um caso difícil não é suficiente que o jurista se limite a subsumir os fatos sob discussão a uma premissa normativa abstrata, obtendo como resultado uma consequência jurídica vista como conclusão necessária do raciocínio silogístico. Essa insuficiência decorre do fato de que em casos difíceis as premissas do silogismo não estão claramente pré-definidas; nessa situação, o jurista depende de um raciocínio anterior que as defina, como condição de possibilidade de sua estruturação em um silogismo dedutivo.

Isso faz com que nos casos difíceis o juiz deva efetuar uma “dupla justificação” para garantir a racionalidade de sua decisão: uma justificação de primeiro nível, interna, que diz respeito ao cumprimento do requisito de universalidade da decisão jurídica; e uma justificação de segundo nível, externa, que diz respeito ao cumprimento dos requisitos de sentido em relação ao sistema (consistência e coerência) e em relação ao mundo (argumento consequencialista).

O requisito de universalidade da justificação de primeiro nível já está implícito na justificação dedutiva, exigindo que para justificar uma decisão normativa se conte pelo menos com uma premissa que seja a expressão de uma norma geral ou de um princípio universal (ATIENZA, 2006, p. 126). Assim, pode ser facilmente cumprido pela própria lógica interna do sistema jurídico, na medida em que o raciocínio judicial se organiza como silogismo.

A justificação de segundo nível, porém, jamais pode ser feita apenas com o silogismo, já que não se refere à universalidade das premissas do raciocínio, mas à sua compatibilidade com o sistema jurídico a que se refere e com a realidade empírica a que a decisão se destina. Trata-se, em suma, de garantir a consistência, a coerência e a racionalidade das consequências da decisão judicial, critérios que Atienza define da seguinte forma:

Uma decisão satisfaz ao requisito de *consistência* quando se baseia em premissas normativas que não entram em contradição com normas estabelecidas de modo válido. [...] Pode-se entender que o requisito de consistência deriva, por um lado, da obrigação dos juizes de não infringir o Direito vigente e, por outro lado, da obrigação de se ajustar à realidade em termos de prova (ATIENZA, 2006, p. 128).

Uma série de normas, ou uma norma, é *coerente* se pode ser subsumida sob uma série de princípios gerais ou de valores que, por sua vez, sejam aceitáveis, no sentido de que configurem – quando tomados conjuntamente – uma forma de vida satisfatória (ATIENZA, 2006, p. 129).

As conseqüências são o estado de coisas posterior ao resultado (e relacionado com ele). [...] Mas] o que importa são as conseqüências no sentido de implicações lógicas. Mais que a previsão de qual conduta a norma provavelmente irá induzir ou desestimular, o que interessa é responder à pergunta de que tipo de conduta autorizaria ou proibiria a norma estabelecida na decisão; [...] a esse tipo de conseqüências, MacCormick denomina *conseqüências jurídicas* (ATIENZA, 2006, p. 134).

Percebe-se, então, a incapacidade do silogismo de realizar a justificação de segundo nível. Afinal, a sua estrutura dedutiva garante a universalidade da conclusão, mas sozinha não é capaz de demonstrar a consistência, a coerência ou a aceitabilidade das conseqüências de uma decisão judicial determinada – o que depende fatalmente de um raciocínio de tipo argumentativo.

Logo, ainda que o silogismo seja, segundo MacCormick, condição necessária de todo raciocínio jurídico, não é condição suficiente; afinal, fornece apenas a moldura dentro da qual os argumentos (retóricos) fazem sentido como argumentos jurídicos. Em outras palavras, o silogismo fornece um quadro de racionalidade dentro do qual os argumentos jurídicos devem se organizar, mas a lógica dedutiva jamais pode prescindir da razão prática argumentativa, instrumento necessário para preencher o conteúdo do quadro formal de racionalidade ao resolver um problema de pertinência, interpretação, prova ou qualificação com base em argumentos retóricos. Nas palavras do autor:

Não é o silogismo jurídico sozinho que determina o resultado de um caso. Alguns ou todos os termos da lei terão que ser interpretados, e os fatos do caso deverão ser interpretados e avaliados para verificar o que realmente conta, se eles realmente se enquadram no termo da lei. Razões podem e devem ser dadas para preferir uma interpretação em relação à outra quando isso for decisivo no caso. O resto desse livro explora a questão relativa a “Quais tipos de razão são apropriados para essa tarefa?” As razões para ler o silogismo de uma certa maneira são, é preciso que se diga, as reais razões para decidir um caso. Elas pertencem à lógica das probabilidades, não à das certezas, de maneira que é essa, no final das contas, a lógica decisiva para esse tipo de questão (MACCORMICK, 2008, p. 56-57).

Como já percebemos, isso não significa que toda decisão judicial seja puramente emocional; ainda que o elemento essencial na tomada de decisão seja afetivo, a própria decisão deve ser justificada racionalmente perante a comunidade a que se destina, o que lhe confere algo de racionalidade, apesar de tudo.

É claro que MacCormick também não pretende dizer, com isso, que todos os argumentos jurídicos devem estabelecer-se em termos silogísticos; afirma, no entanto, que a retórica é tanto mais eficaz quanto mais se enquadre na estrutura do silogismo. Dá, assim, mais um passo em sua tentativa de compatibilizar a incerteza e a insegurança típicas do caráter argumentativo do Direito com a necessidade de certeza e segurança

que acompanham a própria ideia de Estado de Direito. Ao analisar a estrutura lógica da argumentação jurídica, percebe que a argumentação mais eficiente é aquela que se organiza sob a forma de um silogismo jurídico, o que torna possível reforçar a *certeza* e a *segurança* que o autor erige como “valores fundamentais a serem defendidos” pelo Estado de Direito. Compatibilizam-se, assim, lógica dedutiva e argumentação retórica, raciocínio subsuntivo e raciocínio tópico, como componentes igualmente relevantes na prática jurídica e na sua compreensão pelo saber jurídico.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 2.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.
- ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica – Perelman, Viehweg, Alexy, MacCormick e outros* (trad.: Maria Cristina Guimarães Cupertino). São Paulo: Landy, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito* (trad.: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues). São Paulo: Ícone, 1995.
- CÉSAR, Pedro Navarro. *O Modelo Dedutivo na Teoria do Raciocínio Jurídico de Neil MacCormick* (dissertação de mestrado – PUC-RJ). Rio de Janeiro, 2006.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito* (trad.: A. Ribeiro Mendes). 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milénio*. Florianópolis: Boiteux, 2005.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito* (trad.: João Baptista Machado). 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 5.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica* (trad.: Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo). Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

Recebido: agosto 2011

Aprovado: julho 2012