

FUNÇÃO E FUNDAMENTO DA JUSTIFICAÇÃO POR DEDUÇÃO NA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE NEIL MACCORMICK

Fabrício Diesel Perin

Fabrício Diesel Perin

Graduado em Ciências
Jurídicas e Sociais pela
Faculdade de Direito da
Universidade Federal
do Rio Grande do Sul,
Porto Alegre, RS.
fabriciodp@hotmail.com.br

Recebido: março 2, 2017

Aceito: dezembro 21, 2017

The function and grounds of deductive justification in Neil MacCormick's theory of legal reasoning

RESUMO

O propósito deste trabalho é explicar a função e o fundamento da justificação por dedução na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick. Argumenta-se que a justificação por dedução, em primeiro lugar, desempenha função estrutural na argumentação jurídica, ou seja, apresenta a estrutura pela qual os argumentos são dispostos em vista de justificar uma decisão judicial. Além disso, argumenta-se que o fundamento da justificação por dedução muda conforme o conceito de direito empregado por MacCormick é alterado. Em sua primeira fase, MacCormick fundamenta a justificação por dedução em um conceito de direito fundado em regras, de modo que a justificação por dedução evidenciaria a vinculação de uma decisão judicial às regras fundantes do direito. Porém, em uma segunda fase, seu conceito de direito indica que a argumentação jurídica deve estar centrada nos valores encarnados pelo Estado de Direito, de modo que a vinculação de uma decisão judicial a uma regra jurídica por meio da justificação por dedução fundamenta-se no respeito pelo Estado de Direito.

Palavras-chave: Neil MacCormick; Argumentação Jurídica; Justificação por Dedução; Silogismo; Estado de Direito.

The purpose of this paper is to explain the function and the grounds of deductive justification in Neil MacCormick's theory of legal. It is argued that deductive justification, first, plays a structural role in legal argumentation, that is, it presents the structure by which the arguments are arranged in order to justify a judicial decision. Moreover, the ground of deductive justification changes as MacCormick's concept of law is changed. In his first phase, MacCormick grounds deductive justification on a rule-based concept of law, so that the deductive justification would demonstrate the binding of a judicial decision to the founding rules of law. However, in a second phase, your concept of law indicates that the legal reasoning must be centered on the values embodied by the Rule of Law, so that the binding of a judicial decision to a legal rule by deductive justification is based in the respect for the Rule of Law.

Keywords: Neil MacCormick; Legal Reasoning; Deductive Justification; Syllogism; Rule of Law.

*Se você ler algo com simpatia e interesse (...),
você estará disposto, de tempos em tempos, a reconhecer uma
alteração, uma mudança de posição, porque você sentiu que algum
argumento sobre o qual você não tinha refletido era forte e você
precisou reconhecê-lo e adaptar-se a ele ou adotá-lo¹.*

INTRODUÇÃO

No presente artigo procura-se explicar a função e o fundamento da justificação por dedução de decisões judiciais na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick. Trabalhar-se-á com a hipótese interpretativa de que a justificação por dedução possui função estrutural na argumentação jurídica, ou seja, apresenta a estrutura pela qual os argumentos são dispostos em vista de justificar uma decisão judicial, e que funda-se nos valores intrínsecos ao Estado de Direito. Quanto à função, a justificação por dedução torna claro que a prática judicial trata da relação entre casos particulares e regras gerais, vez que o silogismo, ou seja, forma de argumento dedutivo formada pela relação entre premissas maior e menor, reflete a estrutura da regra jurídica, qual seja, uma premissa geral que, relacionada a uma premissa particular, importa uma consequência

¹ MACCORMICK, 2011, p. 17, tradução livre.

(conclusão). Com relação ao fundamento, ele muda conforme o conceito de direito de MacCormick é alterado de um positivismo hartiano para um pós-positivismo. No primeiro caso, a justificação por dedução, ao evidenciar que a decisão tem como base uma regra jurídica, funda-se na perspectiva de que o direito é formado por um sistema de regras, em especial pela união de regras primárias e secundárias. No segundo caso, a teoria argumentação jurídica de MacCormick tem como fundamento valores caros ao direito, em especial ao Estado de Direito, como a certeza e a segurança jurídica, o que exige que as decisões judiciais sejam baseadas em regras, de modo que a justificação por dedução é a maneira que possibilita demonstrar que uma decisão judicial encontra fundamento em regras jurídicas.

Este texto seguirá as seguintes etapas: em primeiro lugar, será esclarecido que, para MacCormick, a função da argumentação jurídica é a justificação de decisões judiciais, não funcionando, pois, em vista do processo volitivo/cognitivo da tomada de decisões judiciais. Essa função, primordial, segundo MacCormick, para o direito, possui relação íntima com um conceito de direito. Nesse sentido, o passo seguinte do trabalho são apontamentos sobre mudanças internas à obra de MacCormick. Em sua primeira fase, dois aspectos essenciais serão vistos: um conceito de direito positivista, baseado em Hart, e na distinção entre casos claros e difíceis que funda um modelo dedutivista de teoria de argumentação jurídica. Na segunda fase, contudo, seu conceito de direito passa a abarcar uma pretensão implícita de justiça, enquanto que sua distinção entre casos claros e casos difíceis perde importância prática diante de um interpretativismo em sua teoria da argumentação jurídica.

O passo seguinte é compreender o que MacCormick entende por silogismo jurídico com sua relação com a estrutura de uma regra jurídica para, em tópico posterior, esclarecer a função que a justificação por dedução desempenha na argumentação jurídica, qual seja, como estrutura, destacando-se a passagem de MacCormick de um dedutivismo para um interpretativismo. Após, é apresentado mais detalhadamente como a justificação por dedução funda-se, em um primeiro momento da obra de MacCormick, no conceito de direito fundado em regras para, após, em um segundo momento da obra de MacCormick, fundar-se no caráter valorativo do Estado de Direito. Por fim, os limites da justificação por dedução são analisados.

As teorias positivistas que precederam MacCormick deixaram de lado o caráter prático do direito, ou seja, forneceram pouca ajuda para aquele que deve tomar decisões judiciais.

Tendo função estrutural, não podendo resolver por si só os casos jurídicos, a justificação por dedução necessita ser coligada com formas argumentativas dela independentes. Sabendo da necessidade de se buscar justificações exteriores à lógica formal, MacCormick aponta os limites que esta possui, os quais são objeto de análise do último tópico deste artigo.

1. NOÇÕES PRELIMINARES

1.1 Argumentação Jurídica como Justificação

As teorias positivistas que precederam MacCormick deixaram de lado o caráter prático do direito, ou seja, forneceram pouca ajuda para aquele que deve tomar decisões judiciais². Tanto Kelsen, em sua *Teoria Pura do Direito*, quanto Hart, em seu *O Conceito de Direito*, pouco escreveram sobre a aplicação do direito³. MacCormick, em um primeiro momento, busca colmatar essa insuficiência do positivismo, de modo a fornecer uma teoria da argumentação jurídica que o complementa, em especial o positivismo jurídico como estabelecido por Hart⁴.

O primeiro tópico deste trabalho deve ser destinado a explicitar, na visão de MacCormick, a função da argumentação jurídica. Para ele, a argumentação jurídica trata de estudar os meios de justificação das decisões judiciais, ou seja, não visa o processo intelectual de descoberta ou tomada de uma decisão judicial, mas sim, uma vez havendo uma decisão, procura justificá-la de modo racional.⁵ Nesse sentido, ele afirma que “a noção essencial é a de dar (o que se entende por, e é apresentado como) boas razões justificatórias em defesa de reivindicações ou decisões. O processo que vale estudar é o processo de argumentação como processo de justificação”⁶.

² MICHELON, 2010, p. 54.

³ Kelsen, no último capítulo da *Teoria Pura do Direito* fala sobre a interpretação, mas apenas desenvolve que o direito fornece um quadro moldura ao julgador, sendo que este escolhe uma das opções deste quadro, ou mesmo fora dele, sendo a interpretação autêntica (aquela realizada pelo operador autorizado do direito) um ato de vontade, bastando apenas que seja autorizado (KELSEN, 2009. Cap. VIII). Hart, por sua vez, afirma que há a textura aberta do direito, ou seja, é possível que haja casos situados em uma zona de penumbra, em oposição a casos fáceis, sendo que naquela o julgador é abandonado a seu arbítrio (HART, 2007. p. 148-149 HART, 2010. p. 53-96. pp. 68-78).

⁴ MACCORMICK, 2011, p. 20; LA TORRE, 2011, p. 55-67. Sobre a necessidade de uma teoria da argumentação jurídica em relação à uma teoria do direito MACCORMICK, 2006. p. 345.

⁵ “O ponto inicial da teoria da argumentação jurídica de MacCormick é a identificação de sua função, a saber: a função de justificar uma ação.” MICHELON, 2010. p. 57. Tradução livre.

⁶ MACCORMICK, 2008a, p. 19.

A citação acima refere-se ao livro *Legal Reasoning and Legal Theory*, publicado originalmente em 1978 (com uma segunda edição em 1994, a qual é utilizada para o presente trabalho). Em seu outro livro sobre o tema, *Rhetoric and the Rule of Law*, publicado em 2005, MacCormick não deixa claro, da forma como faz no livro anterior, o caráter justificatório da argumentação jurídica. Porém, como salienta Torben Spaak, resta claro que o intento de MacCormick continua sendo a justificação de decisões judiciais⁷. Essa intenção tem origem em sua pretensão de dar racionalidade à aplicação do direito. Para tal, ele procura demonstrar que é possível que a argumentação jurídica e a aplicação do direito possam ser racionalmente estruturadas e reconstruídas⁸. O propósito da teoria da argumentação jurídica de MacCormick não é clarificar o que motivou o julgador a tomar determinada decisão, mas sim quais argumentos são bons argumentos para justificar tal decisão⁹.

1.2 Justificação Jurídica e Teoria do Direito: mudanças de perspectivas internas à obra de MacCormick

Como já foi mencionado acima, MacCormick dá enorme importância a uma teoria da argumentação jurídica, tendo noção que uma teoria do direito, por si só, é insuficiente para dar conta do fenômeno jurídico. Nas suas próprias palavras, “as teorias da argumentação jurídica e do direito se exigem e são exigidas mutuamente”¹⁰. Dito isso, nota-se, então, que havendo uma alteração em seu conceito de direito, haverá também em sua teoria da argumentação jurídica, e vice-versa, pois ambas complementam-se.

A compreensão de MacCormick sobre a teoria da argumentação jurídica, assim como seu conceito do que é o direito, durante o curso de

⁷ SPAAK, 2006, p. 101-117; No mesmo sentido LUCY, 2006. p. 614.

⁸ PINO, 2010, p. 2. Em ambos os textos citados, MacCormick entende ser a argumentação jurídica um caso especial da razão prática, buscando neste arcabouço distinguir entre razões capazes de justificar e razões incapazes de justificar uma decisão jurídica, pois, segundo ele, é nela que pode-se visualizar os limites à justificação judicial. MACCORMICK, 2006, p. 345 e 348; MACCORMICK, 2008a, p. 23; SCHIAVELLO, 2011, p. 143. Para uma análise detalhada da “tese do caso especial” ver ALEXY, 2011, p. 210-217. Michelin aponta que a consideração de MacCormick de que tanto uma teoria da argumentação jurídica quanto uma teoria do direito devem ser entendidas no contexto de uma teoria geral da razão prática é que o leva a ser um pós-positivista. MICHELON, 2010. p. 59.

⁹ SPAAK, 2006, p. 105. No mesmo sentido: LUCY, 2006, p. 614.

¹⁰ MACCORMICK, 2006, p. 345.

sua obra, passa por significativas alterações¹¹, de modo que é possível falar em ao menos duas fases de MacCormick: a primeira centrada nos anos 70 e 80, tendo como centro o livro, *Legal Reasoning and Legal Theory*, e outra fase a partir dos 90, em especial com a obra *Rhetoric and the Rule of Law*¹².

A primeira fase, como já apontado anteriormente, é fundada na teoria do direito positivista de Herbert Hart. Um dos aspectos marcantes de sua teoria é o entendimento do direito como fundado em regras sociais, porém com duas características que as diferenciam das outras regras sociais: concernem a obrigações e deveres e possuem uma qualidade sistêmica que dependem da inter-relação entre dois tipos de regras, as regras primárias e secundárias¹³. Ou seja, o conceito de direito de Hart como exposto em *O Conceito de Direito* é fundado na noção de regra¹⁴.

Outro ponto que merece ser ressaltado refere-se a doutrina de Hart quanto a discricionariedade judicial. Para ele, a linguagem das regras possui, algumas vezes, textura aberta, ou seja, gera indeterminação em sua aplicação, apesar de que na maioria das situações, segundo ele, as regras podem ser claramente entendidas. Contudo, nos casos que ele chamará posteriormente de zona de penumbra, há um campo para a discricionariedade judicial¹⁵. MacCormick adota, em parte, essa posição, entendendo que há casos claros e difíceis¹⁶, o que irá, como se verá, influenciar seu entendimento sobre a justificação por dedução.

Porém, não só MacCormick utilizou o projeto de Hart para o desenvolvimento de sua teoria da argumentação jurídica, como também

¹¹ Para uma interpretação de MacCormick em suas fases, em especial sob dois aspectos particulares – o abandono gradual do positivismo em prol de um pós-positivismo em vista da aceitação da implícita pretensão de justiça do direito e, também, uma aproximação ao ultraracionalismo de Dworkin fundado na tese da única resposta correta-, realizando uma defesa da primeira fase, ver SCHIAVELLO, 2011. Para uma visão do próprio MacCormick sobre suas mudanças de pensamento, consultar MACCORMICK, 2011. Para uma análise crítica quanto à evolução no pensamento de MacCormick do conceito de positivismo jurídico, conferir VILLA, 2009, p. 45-64. Ainda, em vista de uma abordagem do ponto de vista metodológico, ver LA TORRE, 2011.

¹² PINO, 2010, p. 3.

¹³ MACCORMICK, 2008b, p. 31; HART, 2007, Caps. V e VI.

¹⁴ MACCORMICK, 2008b, p. 38. Esse ponto é, em suas linhas principais, mantido por MacCormick, que a ele se refere por tese da validade, derivada de uma regra de reconhecimento, a qual é uma regra secundária que indica quais regras pertencem a um determinado ordenamento jurídico. MACCORMICK, 2006, p. 68-69; PINO, 2010, p. 6.

¹⁵ MACCORMICK, Neil. 2008b, p. 38-39; HART, 2007, p. 148-149; HART, 2010, p. 68-78.

¹⁶ MACCORMICK, 2006, Cap. VIII.

em alguns pontos desenvolveu este projeto. Pode-se citar que o papel dos princípios na argumentação jurídica, como a entende MacCormick, tem em vista o desenvolvimento do direito como sistema¹⁷. Além disso, nos casos difíceis que se encontram na zona de penumbra, MacCormick vai além de deixá-los à discricionariedade do julgador, entendendo que mesmo neles há a possibilidade de o direito guiá-lo em vista de uma decisão¹⁸.

Na segunda fase, todavia, MacCormick, influenciado pelo pós-positivismo, revê sua teoria da argumentação jurídica em alguns aspectos, destacando-se dois para os fins pretendidos neste artigo. Em primeiro lugar, MacCormick adota a tese de que o direito possui uma pretensão implícita à justiça, de modo que uma teoria da argumentação jurídica deve ter em conta esta pretensão para o estabelecimento da justificação de uma decisão judicial¹⁹.

Outro aspecto é a revisão na distinção entre casos fáceis e casos difíceis, como uma guinada ao interpretativismo, ao entender que toda situação jurídica exige interpretação, a qual deixa influências marcantes na justificação por dedução²⁰.

A breve exposição agora realizada teve como objetivo deixar assentado:

- i) que a teoria da argumentação jurídica de MacCormick é uma teoria da justificação de decisões judiciais;
- ii) que esta teoria influencia e é influenciada por uma teoria do direito;
- iii) que, em um primeiro momento, MacCormick funda sua teoria no direito no conceito de direito de Hart, em especial em seu conceito de direito vinculado a uma regra de reconhecimento (de modo que o direito é formado por uma união de regras primárias e secundárias), e, também, em seus apontamentos sobre a textura aberta do direito; e,
- iv) que, em um segundo momento, no qual MacCormick aproxima-se do pós-positivismo, seu conceito de direito é alterado em

¹⁷ PINO, 2010, p. 13; MACCORMICK, 2006, Capítulo VII e p. 302

¹⁸ PINO, 2010, p. 14; MACCORMICK, Neil. 2006, pp. 321-332.

¹⁹ MACCORMICK, 2007, p. 270 e 276; SCHIAVELLO, 2011, p. 146.

²⁰ MACCORMICK, 2008a, p. 56-57; PINO, 2010, p. 7.

vista de entender que há uma pretensão implícita de justiça no direito, assim como há uma alteração em sua visão sobre a distinção entre casos fáceis e difíceis (para entender que há interpretação é inerente à argumentação jurídica).

2. O SILOGISMO JURÍDICO EM MACCORMICK

John Dewey, em artigo intitulado *Logical Method and Law*²¹, trabalha a noção de lógica em relação a sua aplicação no direito. Para ele, não cabe falar no âmbito jurídico de uma lógica concentrada em aspectos formais. Aduz que a lógica deve estar atada aos aspectos concretos, empíricos, não ligada a aspectos antecedentes. Essa noção ele intitula lógica experimental, oposta à lógica silogística, a qual, segundo ele, é o raciocínio que possui formas fixas, anteriores e independentes de matérias concretas, e às quais estas devem se adaptar²².

A ideia apresentada no parágrafo anterior é a de que na argumentação jurídica a lógica formal não desempenha papel importante. Isso é decorrência de o direito se caracterizar por ser uma disciplina voltada à aplicação prática, à tomada de decisões concretas. Dewey introduz uma concepção de lógica experimental para a justificação de decisões judiciais, contraposta ao silogismo. Essa modalidade lógica que ele propõe é uma “lógica *relativa a consequências ao invés de antecedentes*, uma lógica de previsão de probabilidades ao invés de uma lógica de dedução de certezas”²³. Esta afirmação, interpreta MacCormick, é um abandono de “formalismos antigos e equivocados”²⁴.

Por outro lado, MacCormick afirma que há razões para que não se desconsidere o papel do silogismo na argumentação jurídica. As opiniões formadas em sentido contrário, como a de John Dewey, ignoram que a lógica formal e a dedução são partes integrantes fundamentais da justificação de decisões judiciais. Nesse sentido, ele procura desenvolver melhor a ideia de silogismo jurídico como parte basilar da argumentação jurídica.

²¹ DEWEY, 1924, p. 17-27.

²² *Ibid.*, p. 21.

²³ *Ibid.*, p. 26 (grifos no original).

²⁴ MACCORMICK, 2008a, p. 44; MACCORMICK, 2005, p. 33.

No Direito, a aplicação do silogismo pode ser visualizada a partir do estudo da estrutura da regra jurídica. Esta comumente indica uma certa situação fática, a qual, caso ocorra, gera certas circunstâncias jurídicas.

Como primeiro passo para que tal tese seja demonstrada, é necessário fornecer o conceito de silogismo empregado por MacCormick. Segundo ele, o raciocínio dedutivo se propõe a demonstrar que uma conclusão está implícita dadas outras proposições ('premissas'), ou seja, considerando pressupostas certas premissas, uma proposição conclusiva pode ser atingida independentemente de outras afirmações. Também quer dizer que, se as premissas forem aceitas, a conclusão não pode ser negada, por estar implícita naquelas.

Uma argumentação dedutiva é uma argumentação que se propõe a demonstrar que uma proposição, a conclusão da argumentação, está implícita em alguma outra proposição ou proposições, as 'premissas' da argumentação. Uma argumentação dedutiva será válida se, não importa qual seja o teor das premissas e da conclusão, sua forma for tal que suas premissas de fato impliquem (ou acarretem) a conclusão. Com isso, o que se quer dizer é que seria uma contradição que alguém afirmasse as premissas e ao mesmo tempo negasse a conclusão²⁵.

No Direito, a aplicação do silogismo pode ser visualizada a partir do estudo da estrutura da regra jurídica. Esta comumente indica uma certa situação fática, a qual, caso ocorra, gera certas circunstâncias jurídicas. Dada tal estrutura da regra jurídica, o silogismo no âmbito do direito é apresentado por MacCormick da seguinte maneira: Premissa A (norma jurídica): Se p (situação fática), então q (consequência jurídica). Premissa B (ocorrência da situação fática): p . Proposição conclusiva: q ²⁶.

Vistos tais conceitos, MacCormick introduz um exemplo para tornar claro o que pretende dizer. Ele apresenta o caso *Daniels e Daniels v. R. White & Sons e Tarbard*, apresentando-o da seguinte maneira:

²⁵ MACCORMICK, 2006, p. 26-27; MACCORMICK, 1978, p. 21-22.

²⁶ MACCORMICK, 2006, p. 29; MACCORMICK, 1978, p. 24. Na *Retórica*, MacCormick utiliza símbolos diferentes para a ideia apresentada. Nesta, a formulação do silogismo jurídico se dá da seguinte maneira: "Se FO então CN. FO. Portanto CN." MACCORMICK, 2008a, p. 43. MACCORMICK, 2005, p. 32. Não há nada que seja alterado no dito até aqui apenas com tal mudança de formulação. MacCormick, ao formular o silogismo jurídico, não faz uso de quantificadores, ou seja, a premissa maior 'Se p , então q ' deveria ser formulada como 'Se Px , então Qx ', de modo que a premissa menor traria um particular (' Pa ') que satisfaz ' P ', levando a conclusão ' Qa ' (um particular que satisfaz ' Q '). Isso pode ser visto logo abaixo quando MacCormick, na premissa maior, deixa claro o uso do quantificador ao escrever "Em qualquer caso" (ver nota 28).

O sr. Daniels foi a um bar e ali comprou uma garrafa de limonada (da marca R. White) e um caneco de cerveja. Levou-os para casa, onde bebeu um pouco da limonada e deu um copo para sua mulher, que também bebeu. Os dois tiveram sensações de ardência e adoeceram. Mais tarde foi determinado que a causa da enfermidade estava no fato de que a limonada que haviam consumido estava fortemente contaminada por ácido carbólico. Exames do conteúdo restante na garrafa de limonada comprovaram a existência de uma grande proporção de ácido carbólico²⁷.

O que ocorreu em seguida foi que o sr. e a sra. Daniels processaram o fabricante da limonada e o comerciante que a vendeu. Aquele foi absolvido, enquanto este foi condenado ao pagamento de indenização. A pergunta que resta trata de saber qual a justificação de tal decisão.

A norma aplicada em tal questão é o artigo 14 (2) da Lei de Venda de Mercadorias de 1893. Essa, conforme considerada em decisão anterior, é formulada da seguinte maneira:

(A) Em qualquer caso, se as mercadorias vendidas a uma pessoa por outra tiverem defeitos não aparentes em um exame normal que as tornem impróprias para seu único uso devido, então elas não são de qualidade própria para comercialização²⁸.

O juiz Lewis, no caso, considerou a garrafa com ácido carbólico como imprópria para comercialização. Isto ocorreu, pois, para o juiz Lewis, a existência de ácido carbólico na garrafa de limonada claramente se enquadra no significado da norma como formulada em (A). Tal asserção do juiz Lewis é reformulada por MacCormick como:

(B) No caso em questão, a mercadoria vendida por uma pessoa a outra tinha defeitos que a tornavam imprópria para seu único uso devido, mas que não eram aparentes em um exame normal²⁹.

Com a afirmação de (A) e (B), resta impossível não afirmar ao mesmo tempo (C), ou seja, que

(C) Portanto, no caso em questão, a mercadoria vendida não é de qualidade própria para comercialização³⁰.

²⁷ MACCORMICK, 2006, p. 24; MACCORMICK, 1978, p. 19-20.

²⁸ MACCORMICK, 2006, p. 27; MACCORMICK, 1978, p. 22.

²⁹ MACCORMICK, 2006, p. 27; MACCORMICK, 1978, p. 22.

³⁰ MACCORMICK, 2006, p. 28; MACCORMICK, 1978, p. 22.

A dedução alcança somente uma justificação argumentativa válida formalmente. Caso verdadeiras as premissas, então a conclusão logicamente implicada é verdadeira.

Este exemplo demonstra a tese exposta acima, de que consideradas duas premissas (no caso (A) e (B)), a conclusão (C) está implicitamente contida nelas, de modo que é justificada formalmente pelo raciocínio dedutivo³¹.

3. FUNÇÃO ESTRUTURAL DO SILOGISMO JURÍDICO NA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Nada, ainda, se afirmou sobre a verdade das premissas, apenas que, se forem verdadeiras, então, em um argumento dedutivo, a conclusão necessariamente também o será. MacCormick deixa claro tal ponto (de que o raciocínio dedutivo nada afirma sobre a verdade das premissas), ao afirmar:

(...) é importante destacar que a validade de um argumento não garante a veracidade de sua conclusão. Do fato de ser válida a argumentação decorre que, se as premissas forem verdadeiras, a conclusão deverá ser verdadeira; mas a própria lógica não tem como determinar ou garantir a veracidade das premissas. Se elas são ou não verdadeiras é (ou pelo menos pode ser) uma questão empírica³².

A dedução alcança somente uma justificação argumentativa válida formalmente. Caso verdadeiras as premissas, então a conclusão logicamente implicada é verdadeira.

Quando alguém ingressa em juízo com alguma demanda, deve indicar em qual regra jurídica seu pedido encontra subsídio, além de ter o dever de indicar quais os fatos que tornam seu pedido procedente (fatos estes que devem, durante o curso do procedimento legal, serem provados). Para que os fatos alegados sejam relevantes para a questão legal, devem ter relação com a regra jurídica a qual pretende-se que seja aplicada³³.

Pelo dito no parágrafo acima, nota-se como a formulação de uma demanda judicial tende a tomar a forma de um silogismo como apresentado no primeiro tópico deste trabalho. A indicação da regra

³¹ Essa maneira de entender a questão faz uso da lógica de implicação, na qual há um antecedente e um conseqüente. Sobre silogismos hipotéticos, enunciados condicionais e implicação material ver COPI, 1978. p. 214-217 e 234-240. “As normas jurídicas, enquanto preposições, têm estrutura implicacional.” VILANOVA, 1977, p. 75.

³² MACCORMICK, 2006, p. 30-31; MACCORMICK, 1978, p. 25.

³³ MACCORMICK, 2008a, p. 45-46; MACCORMICK, 2005, p. 33-34.

jurídica a ser aplicada é a premissa maior do modelo dedutivo³⁴, a qual costuma tomar a forma indicada “Se p , então q ” (esta é uma formulação simplista que liga certos fatos a uma consequência jurídica, porém uma regra jurídica pode ser apresentada em elementos menores devido a sua maior complexidade, o que não é estritamente necessário para os fins pretendidos aqui).

Por sua vez, “as alegações de fato nas petições iniciais representam um conjunto de premissas menores que são necessariamente particulares”³⁵. A indicação dos fatos em uma demanda, como exposto pela citação, representa a premissa menor na construção de um silogismo.

É nesta relação que reside o motivo central do silogismo jurídico ocupar papel central na argumentação jurídica. Ele possibilita que se torne claro como o direito deve ser aplicado, ou seja, que é necessário ter em mente a relação entre uma regra e um caso particular. Como exposto no tópico anterior, a forma de uma regra jurídica, se dá a partir de uma hipótese legal conectada a uma consequência jurídica. No momento da aplicação, é a verificação da hipótese legal que é central, sendo que isso se torna claro com a utilização de um silogismo. É neste sentido que McCormick afirma que “A forma silogística é realmente importante porque mostra que a aplicação do Direito está enraizada na ideia de aplicação de regras universais a casos particulares”³⁶.

Mas como todo o assunto foi tratado até agora, as alegações sobre o direito e sobre os fatos não foram consideradas com as possíveis dúvidas que podem apresentar. Além do já mencionado acima sobre o silogismo ser incapaz, por si só, de estabelecer a verdade das premissas, é possível que controvérsias sejam apresentadas.

A ocorrência de fatos ou uma certa interpretação do direito podem estar sujeitas a controvérsias, de modo que o raciocínio dedutivo se mostre insuficiente para resolver uma questão jurídica (neste âmbito já se fala de limitações do papel do silogismo na argumentação jurídica, mas tratar superficialmente deste assunto é fundamental para se entender como o silogismo funciona estruturalmente para o raciocínio jurídico).

³⁴ MACCORMICK, 2008a, p. 48; MACCORMICK, 2005, p. 36.

³⁵ MACCORMICK, 2008a, p. 49; MACCORMICK, 2005, p. 36.

³⁶ MACCORMICK, 2008a, p. 329; MACCORMICK, 2005, p. 254.

A suposição até aqui tem sido de que todos os pontos do pleito respectivo devem demonstrar-se incontrovertidos e que todas as questões que envolvem prova devem ter sido de fato provadas. Mas isso é o que não pode jamais ser suposto de antemão³⁷.

Antes que se aprofunde mais no tema das limitações, basta que se considere aqui que a aplicação do direito envolve questões muitas vezes controversas. Por exemplo, em um processo judicial há duas partes que apresentam teses contrapostas sobre a interpretação de alguma regra jurídica ou sobre a ocorrência ou não de certos fatos. Diante disto, devemos nos perguntar como um silogismo pode funcionar para a argumentação jurídica.

Já foi afirmado que uma pretensão trazida a juízo tende a ser formada como um silogismo: uma regra jurídica (ou, ao menos, a interpretação de uma) como premissa maior, certos fatos (que podem ser controversos diante das alegações da outra parte, mas são passíveis de serem provados) como premissa menor, e o que se espera conseguir ao ingressar em juízo como conclusão.

O afirmado no último parágrafo pode ser demonstrado através de um caso de antitruste envolvendo a Microsoft. O juiz da corte distrital concluiu assim:

Os Estados Unidos, dezenove estados individuais, e o distrito de Columbia ('os autores') apresentaram ações civis posteriormente reunidas contra a ré Microsoft Corporation ('Microsoft') com fundamento no Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. §§ 1 e 2. Os autores afirmam, em resumo, que a Microsoft lançou uma campanha ilegal em defesa de sua posição de monopolista no mercado de sistemas operacionais concebidos para funcionar em computadores pessoais baseados em processadores Intel ('PCs'). Especificamente, os autores afirmam que a Microsoft violou o parágrafo segundo do Sherman Act ao praticar uma série de atos predatórios, anticompetitivos e de exclusão de concorrentes, de sorte a manter seu poder de monopólio. Eles também afirmam que a Microsoft tentou, ainda que sem sucesso até esta data, monopolizar o mercado de navegadores para internet, igualmente violando o mesmo parágrafo segundo. Finalmente, eles afirmam que certas providências tomadas pela Microsoft como parte de uma campanha destinada a proteger seu poder de monopólio, nomeadamente a vinculação de seu navegador ao

³⁷ MACCORMICK, 2008a, p. 53; MACCORMICK, 2005, p. 39.

sistema operacional e o estabelecimento de acordos de exclusividade, violaram o parágrafo primeiro da mesma lei.

Mediante análise das Conclusões de Fato da Corte ('Conclusões'), publicadas em 5 de novembro de 1999 e aditadas em 21 de dezembro de 1999, das conclusões de Direito protocoladas pelas partes, das intervenções de *amici curiae*, e dos argumentos apresentados pelos advogados, esta corte conclui que a Microsoft manteve seu poder de monopólio através de meios anticompetitivos e tentou monopolizar o mercado de navegadores para internet, ambas as condutas em violação do parágrafo segundo. A Microsoft também violou o parágrafo primeiro do Sherman Act ao vincular ilegalmente seu navegador para internet ao seu sistema operacional³⁸.

Em tal situação, se pode bem notar a alegação de uma norma jurídica (Sherman Act), para após serem apontados os atos que a violaram para, por fim, uma conclusão ser atingida, dadas tais premissas. Esta é a apresentação de uma decisão jurídica que utilizou da estrutura silogística para alcançar uma conclusão.

Mas há ainda uma parte da decisão que merece ser destacada para ilustrar o que se quer dizer aqui:

Como o elemento-chave para a conduta ilícita definida na sessão 2 é a 'posse de poder de monopólio no mercado relevante', a Corte precisa primeiro determinar as fronteiras da atividade comercial que pode ser chamada de 'mercado relevante'.

Neste caso, os autores postularam que o mercado relevante fosse considerado como sendo o mercado mundial de licenças para sistemas operacionais aplicados em PCs compatíveis com processadores Intel. Saber se essa zona de atividade comercial de fato caracteriza-se como um mercado 'cuja monopolização pode ser ilegal' depende de saber se ela inclui todos os produtos 'razoavelmente substituíveis pelos consumidores com a mesma finalidade'³⁹.

Nesta passagem, pode-se perceber a necessidade de que certos elementos no caso Microsoft necessitaram de clarificação, de uma interpretação que não poderia ser dada pelo modelo dedutivo. Inegável que o raciocínio do caso em sua estrutura foi um silogismo do

³⁸ MACCORMICK, 2008a, p. 49-50; MACCORMICK, 2005, p. 37.

³⁹ MACCORMICK, 2008a, p. 53-54. MACCORMICK, 2005, p. 40.

modo como construído no primeiro tópico deste artigo, mas também demonstrou-se que este modelo é insuficiente para que a conclusão em tal caso pudesse ser atingida. “Então, no final das contas, não é o silogismo jurídico sozinho que determina o resultado de um caso”⁴⁰. Continua MacCormick:

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 nos termos da lei. Razões podem e devem ser dadas para preferir uma interpretação em relação à outra quando isso for decisivo no caso⁴¹.

Vistos tais fundamentos, percebe-se, então, que o silogismo fornece uma estrutura para a argumentação jurídica, ou, nos termos de MacCormick, “a moldura dentro da qual os outros argumentos fazem sentido enquanto argumentos jurídicos”⁴². Ele, por si só, é insuficiente para a solução de diversos problemas que surgem na aplicação do direito, pois isso não possibilita por sua própria conta a aferição da verdade de suas premissas. As limitações que o raciocínio dedutivo apresenta na argumentação jurídica serão detalhadas em momento posterior, mas antes faz-se necessário analisar como MacCormick entende o silogismo jurídico em suas duas principais obras nas quais trata sobre o tema.

3.1 Diferenças na concepção de MacCormick em *Legal Reasoning and Legal Theory* e *Rhetoric and the Rule of Law* sobre o Silogismo Jurídico

Como afirmado no início deste trabalho, em 1978 MacCormick publica um de seus principais livros, *Legal Reasoning and Legal Theory*, no qual estabelece sua teoria da argumentação jurídica. Anos mais tarde, especificamente em 2005, ele publica outro importante livro,

⁴⁰ MACCORMICK, 2008a, p. 56. MACCORMICK, 2005, p. 42

⁴¹ MACCORMICK, 2008a, p. 56-57. MACCORMICK, 2005, p. 42.

⁴² MACCORMICK, 2008a, p. 57. MACCORMICK, 2005, p. 42. Torben Spaak também entende que o silogismo jurídico desempenha um papel estruturante, enfatizando que é através dele que os argumentos fazem sentido como argumentos jurídicos, ou seja, ao vincular os argumentos a estrutura de uma regra jurídica, possibilita que eles sejam entendidos no seu aspecto jurídico. SPAAK, 2006, p. 105. No mesmo sentido, contudo ressaltando o silogismo jurídico como instrumento de reconstrução racional da argumentação jurídica PINO, 2010, p. 9. Outro que afirma que o silogismo fornece a estrutura da argumentação jurídica é Giovanni Sartor. SARTOR, 2006, p. 3.

Rhetoric and the Rule of Law, revisando vários pontos de sua teoria. Em ambos os livros o silogismo ocupa parte relevante da argumentação jurídica, mas não o fazem de maneira exatamente igual.

Deve-se ter em mente o já afirmado, ou seja, que entre suas duas fases, MacCormick alterou seu modo de ver a distinção entre casos claros e casos difíceis. Na primeira fase, ele entende que há casos claros nos quais o modelo silogístico basta para a justificação jurídica, de modo que podemos entender este período como dedutivista⁴³, o qual é fundado, como também já dito, na tese de Hart da casos claros e casos da zona de penumbra.

Porém, na segunda fase, MacCormick passa por uma guinada interpretativista, a qual não acaba com a distinção de MacCormick entre casos claros e casos difíceis, mas tira seu significado prático, uma vez que estabelece que a justificação por dedução é sempre insuficiente na argumentação jurídica⁴⁴. É nesse contexto da passagem de um dedutivismo para um interpretativismo que o restante deste tópico deve ser lido.

O ‘primeiro’ MacCormick estabelece que um silogismo, pelo menos em algumas situações específicas, pode, por si só, justificar uma decisão jurídica. Nestas situações, não há necessidade de se apelar a outras formas de argumentação além de um argumento dedutivo.

Como mencionarei em breve, há quem negue que a argumentação jurídica consiga ser estritamente dedutiva. Se essa negação é feita no sentido mais rigoroso, com a implicação de que a argumentação jurídica nunca é, ou nunca pode ser, exclusivamente dedutiva em sua forma, nesse caso é claro e demonstrável que essa negação é falsa. Às vezes é possível demonstrar em termos conclusivos que uma determinada decisão é legalmente justificada por meio de um argumento puramente dedutivo⁴⁵.

A demonstração de tal tese é feita por MacCormick a partir do caso Daniels e Daniels v. R. White & Sons e Tarbard, já analisado no primeiro tópico deste trabalho. Este caso é, para ele, um exemplo de

⁴³ PINO, 2010, p. 4 e p. 6. Pino estabelece com mais detalhes a distinção entre casos claros e casos difíceis em MacCormick, contudo, o que é necessário ressaltar é que, no primeiro momento da obra de MacCormick, aqueles casos exigem tão somente a justificação por dedução.

⁴⁴ PINO, 2010, p. 8.

⁴⁵ MACCORMICK, 2006, p. 23; MACCORMICK, 1978, p. 19.

que a aplicação exclusiva de um raciocínio dedutivo pode fornecer uma resposta a uma questão jurídica.

Mas, mesmo em tal caso, é possível que uma das partes alegue alguma interpretação distinta da norma, ou ainda que leve ao juízo da causa evidências que direcionem a averiguação dos fatos em outra direção. Estas possibilidades forçam o magistrado a justificar suas escolhas, tanto no que se refere à interpretação da norma jurídica, quanto à averiguação dos fatos. É percebendo tal possibilidade que MacCormick afirma:

A suposição até aqui tem sido de que todos os pontos do pleito respectivo devem demonstrar-se incontrovertidos e que todas as questões que envolvem prova devem ter sido de fato provadas. Mas isso é o que não pode jamais ser suposto de antemão.

(...)

É sempre possível que uma pretensão seja problematizada com base em uma questão geral de interpretação desse tipo⁴⁶.

A citação refere ao já dito, ou seja, que é possível que se apresente a necessidade de buscar justificações externas ao silogismo para o estabelecimento das premissas. Isso coaduna com o estabelecido no primeiro ponto deste tópico, no qual foi afirmado que MacCormick coloca o silogismo jurídico como moldura ou estrutura da argumentação jurídica, possuindo, assim, caráter estritamente formal. Sendo a forma da argumentação jurídica, o uso de argumentos dedutivos exige que se recorra a formas de justificação externas para o estabelecimento de suas premissas.

A mudança de entendimento sobre o papel do silogismo na argumentação jurídica ocorrida entre as duas obras citadas de MacCormick mostra-se relevante. De uma noção de questões que podem ser resolvidas unicamente com o apelo ao raciocínio dedutivo, passou-se a entender este como parte de toda a argumentação jurídica, mas como estrutura, trazendo à tona a necessidade de que a argumentação jurídica se desenvolva para além de uma noção puramente dedutiva de justificação.

Há, entretanto, uma passagem em *Rhetoric* na qual parece haver uma reafirmação da tese apresentada em 1978.

⁴⁶ MACCORMICK, 2008a, p. 53; MACCORMICK, 2005, p. 39-40.

Um caso concreto pode fornecer sem controvérsia as premissas de um silogismo, mas uma teoria da argumentação deve ter em conta que a possibilidade de que afirmações contrárias das partes tornam insuficiente um modelo lógico-formal.

Mas, às vezes, nenhuma objeção mais séria é apresentada, e nenhuma resposta em termos de justificação externa é necessária. É isso, em minha opinião, que ocorreu em *Daniels v White and Tarbard*. Não obstante as objeções de meus respeitados colegas, eu adiro portanto à visão de que esse caso mostra como pode ser possível justificar uma decisão de um modo puramente dedutivo (após retificar o modelo de apresentação lógica) quando as questões são pragmaticamente claras. Isso ocorre quer elas sejam igualmente claras em um sentido mais profundo e ontológico, quer não⁴⁷.

Como entendê-la à luz do exposto no restante deste trabalho? Deve-se ter em mente a afirmação no início da citação de que “às vezes, nenhuma objeção mais séria é apresentada”. A questão ser clara parece se referir às situações nas quais as partes não trazem conflitos quanto ao estabelecimento das interpretações de normas e fatos. Esta, porém, é uma pressuposição que não pode ser feita em termos teóricos. Um caso concreto pode fornecer sem controvérsia as premissas de um silogismo, mas uma teoria da argumentação deve ter em conta que a possibilidade de que afirmações contrárias das partes tornam insuficiente um modelo lógico-formal. É neste sentido a já citada afirmação de MacCormick de que “A suposição até aqui tem sido de que todos os pontos do pleito respectivo devem demonstrar-se incontroversos e que todas as questões que envolvem prova devem ter sido de fato provadas. Mas isso é o que não pode jamais ser suposto de antemão”⁴⁸.

O assunto torna-se mais claro pela introdução por MacCormick da distinção entre clareza pragmática e clareza ontológica. O exposto no parágrafo anterior se refere ao conceito de clareza pragmática, ou seja, a definição de que “casos ‘claros’ são aqueles que ninguém problematizou, seja em bases concretas, seja no contexto mais teórico próprio aos juristas”⁴⁹. Clareza ontológica, por sua vez, se refere aos casos nos quais não é possível que alguma problematização seja introduzida. Esses são claros por sua própria formulação, independentemente de que alguém levante problemas concernentes a ele.

⁴⁷ MACCORMICK, 2008a, p. 95; MACCORMICK, 2005, p. 71-72.

⁴⁸ MACCORMICK, 2008a, p. 53; MACCORMICK, 2005, p. 39.

⁴⁹ MACCORMICK, 2008a, p. 69; MACCORMICK, 2005, p. 51-52.

No caso *Daniels v White and Tarbard*, o que é apresentado é uma questão na qual há clareza pragmática, já que nenhuma questão passível de problematização foi explicitada. Ao analisar o silogismo jurídico, MacCormick utiliza a noção de clareza pragmática para afirmar a possibilidade de, por si só, a lógica formal fornecer uma solução para uma questão jurídica.

Provavelmente, há alguns casos que ninguém poderia problematizar com base em fundamento algum de modo útil a alguma das partes interessadas, mas o fato de ninguém ter problematizado um caso não justifica supor que ninguém poderia fazê-lo. A falta de utilidade para as partes na problematização do caso apenas demonstra que a clareza do caso continua sendo tratada como um conceito pragmático⁵⁰.

Reafirmado o papel que o silogismo apresenta na argumentação jurídica, nota-se a conseqüente necessidade de modos de justificação externas. MacCormick apresenta uma teoria da argumentação jurídica que pretende responder à questão de como justificar decisões que resolvam controvérsias no que se refere ao estabelecimento das premissas de um silogismo.

Então, no final das contas, 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 nos termos da lei. Razões podem e devem ser dadas para preferir uma interpretação em relação à outra quando isso for decisivo no caso. O resto deste livro explora a questão relativa a 'Quais tipos de razão são apropriados para essa tarefa?'⁵¹.

4. FUNDAMENTO DA JUSTIFICAÇÃO POR DEDUÇÃO

Como já dito anteriormente, em *Legal Reasoning and Legal Theory* MacCormick é fortemente influenciado por Hart, destacando-se a adoção de sua tese da validade fundado em uma regra de reconhecimento. Nesse sentido ele se refere que

todo sistema jurídico compreende, ou pelo menos inclui, um conjunto de normas identificáveis por referência a critérios comuns reconhecimento.

⁵⁰ MACCORMICK, 2008a, p. 69; MACCORMICK, 2005, p. 52.

⁵¹ MACCORMICK, 2008a, p. 56-57; MACCORMICK, 2005, p. 42.

E o que constitui esses critérios como critérios de reconhecimento para um sistema jurídico é a aceitação geral, pelos juízes daquele sistema, de que seu dever consiste em aplicar normas identificáveis por referência a eles. Essa tese é apresentada em termos muito semelhantes por H. L. A. Hart e Joseph Raz; e revela uma relação reconhecível com opiniões propostas por muitos outros teóricos⁵².

Como visto no tópico anterior, a justificação por dedução possui função estrutural na argumentação jurídica, deixando claro que a aplicação do direito se dá através da relação entre uma hipótese legal e uma situação fática. Porém, o fundamento da justificação por dedução vai mais além. A importância de se justificar a partir da regra jurídica tem um motivo. Esse é, no primeiro momento da obra de MacCormick, a centralidade que a adoção do conceito de Hart de teoria do direito dá para as regras jurídicas. “A importância crucial da argumentação baseada em regras neste livro era análoga à importância crucial da ‘união de regras primárias e secundárias’ na teoria do direito de Hart”⁵³.

Nota-se, desse modo, que o fundamento para a justificação por dedução é a importância que as regras têm no conceito de direito adotado por MacCormick, ou seja, a justificação por dedução deixa clara a aplicação das regras jurídicas por sua estrutura, evidenciado a situação fática e a consequência normativa, e como estas são o centro do conceito de direito fundado na regra de reconhecimento de Hart uma decisão judicial nelas fundada encontra-se justificada⁵⁴.

Em um segundo momento, todavia, MacCormick afasta-se da teoria do direito de Hart. No início deste trabalho foi esclarecido que este afastamento se deu, em especial, pela aceitação de uma pretensão implícita de justiça do direito. Isso significa que no processo de justificação das decisões judiciais, deve-se ter em conta tal pretensão de justiça, de modo que a argumentação jurídica deve ter em conta certos valores caros ao sistema jurídico⁵⁵.

⁵² MACCORMICK, 2006, p. 68-69.

⁵³ Aqui a tradução brasileira do texto de MacCormick peca ao traduzir *rules* por normas e *jurisprudence* por jurisprudência. Os termos corretos para não deturpar o sentido da frase de MacCormick é a tradução como realizada no corpo do texto. MACCORMICK, 2006, p. XVII. Com a mesma interpretação sobre a centralidade das regras na teoria do direito de Hart e do ‘primeiro’ MacCormick LA TORRE, 2011, p. 61.

⁵⁴ MACCORMICK, 2006, p. 79.

⁵⁵ MACCORMICK, 2007, p. 276.

Com carga valorativa está o Estado de Direito. Na concepção de MacCormick, este caracteriza-se substancialmente por ser fundado em regras concebidas como determinações e concretizações de um corpo de valores e princípios. Nessa situação, o julgador funciona como um guardião do Estado de Direito. Ou seja, o intérprete deve ser guiado pelos valores do Estado de Direito⁵⁶.

Mas quais valores se identificam com o Estado de Direito? MacCormick aponta, em primeiro lugar, a garantia do cidadão contra arbitrariedades por parte do governo e de seus agentes⁵⁷. Ou seja, o Estado de Direito garante a segurança jurídica para seus cidadãos. Além disso, encarna a igualdade entre seus cidadãos devida a universalidade da lei, algo que, aponta MacCormick, possui profundo valor moral⁵⁸.

Para assegurar que o Estado de Direito seja cumprido, é necessário que as normas jurídicas nele estabelecidas sejam observadas. A isso MacCormick contrapõe o caráter argumentativo do direito, ou seja, por estar o direito sujeito a interpretação, a questão que se impõe trata de compreender como garantir que as normas jurídicas possam efetivar o ideal de certeza jurídica que pretendem no âmbito do Estado de Direito⁵⁹. Com esse objetivo é que MacCormick propõe uma teoria da argumentação jurídica em vista de entender a justificação das decisões judiciais.

Ora, se “onde há, em uma dada comunidade, um corpo de normas jurídicas estabelecido e reconhecido, destinado a governar os arranjos entre todas as pessoas nessa dada comunidade, a estrita observância dessas normas jurídicas por aqueles que detêm poder de governo é de valor inestimável”⁶⁰, então as decisões judiciais devem poder ser mostradas como refletindo esse corpo de normas. Como dito acima, a justificação por dedução, por espelhar a estrutura das regras jurídicas, é uma maneira adequada de demonstrar que uma decisão judicial é fundada em uma regra jurídica. Assim, pode-se notar como o fundamento, nesse momento, para a justificação por dedução está na necessária observância das regras jurídicas imposta pelo Estado de Direito, oriundo de

⁵⁶ PINO, 2010, p. 13-14.

⁵⁷ MACCORMICK, 2008a, p. 22.

⁵⁸ MACCORMICK, 2008c, p. 143.

⁵⁹ MACCORMICK, 2008a, p. 22-23.

⁶⁰ MACCORMICK, 2008a, p. 21-22.

um conceito de direito que entende haver uma necessidade que a justificação das decisões judiciais seja orientada por um corpo de valores encarnados pelo direito.

5. LIMITES DA JUSTIFICAÇÃO POR DEDUÇÃO

Como salientado, o silogismo fornece uma estrutura para o direito, sendo insuficiente por si só para exaurir o âmbito da argumentação jurídica. Isso ocorre, pois, no processo da montagem da estrutura dedutiva, problemas podem aparecer, tanto no momento de se apresentar a premissa maior quanto no momento de se apresentar a premissa menor. Sendo as limitações do silogismo oriundas de problemas que podem surgir no seu processo de constituição, MacCormick aponta que “os problemas que podem surgir nesse processo, que requerem para sua solução o uso de argumentação em princípio não dedutiva (ou seja, retórica ou persuasiva), se apresentarão em um número limitado de formas”⁶¹.

5.1 Problema da Validade

Este problema pode ser introduzido com a afirmação já realizada acima de que a premissa maior de um silogismo deve ser uma norma válida de direito. Porém, para que um juiz possa identificar as normas válidas de direito pertencentes a um determinado ordenamento jurídico, algo mais do que um modelo dedutivo é necessário.

O problema da validade exige para a argumentação jurídica que se pressuponha uma teoria do reconhecimento de quais são as normas válidas. A norma é válida desde que seja reconhecida como válida em um sistema jurídico particular. Para que assim o seja, é necessária a existência de certos critérios que funcionem como divisor entre o válido e o não válido⁶².

⁶¹ MACCORMICK, 2008a, p. 57. MACCORMICK, 2005, p. 43. Em *Rhetoric and the Rule of Law*, MacCormick apresenta os problemas da prova, da interpretação, da classificação e da relevância. Nesta obra, ele deixa de lado o problema da validade, apresentado em *Legal Reasoning and Legal Theory*. Neste trabalho todos estes limites serão analisados. Ver nota 34.

⁶² O problema da validade é tratado expressamente no livro *Legal Reasoning and Legal Theory*, porém não é apresentado por MacCormick entre os problemas que o silogismo jurídico pode apresentar em seu livro *Rhetoric and the Rule of Law*. O motivo disso parece ser que o silogismo jurídico, uma vez já sendo apresentado como parte da argumentação jurídica, toma como pressuposto a existência de um critério de reconhecimento de normas jurídicas. Porém, mesmo assim, é um limite ao silogismo uma vez que este não fornece tal critério de reconhecimento. Por tal motivo optou-se por apresentá-lo aqui como um dos limites do silogismo jurídico.

A norma é válida desde que seja reconhecida como válida em um sistema jurídico particular. Para que assim o seja, é necessária a existência de certos critérios que funcionem como divisor entre o válido e o não válido.

Independentemente de que se considere uma teoria do reconhecimento das normas válidas ligada ao positivismo ou a alguma espécie de jusnaturalismo, é necessário que exista uma para que a premissa maior de um silogismo jurídico seja posta. Escreve MacCormick:

É, portanto, compartilhada entre o pensamento do direito natural e o pensamento do direito positivista a tese de que os sistemas jurídicos dispõem de critérios, sustentados pela ‘aceitação’ da sociedade na qual o sistema se insere, sendo o cumprimento desses critérios no mínimo presumivelmente suficiente para a existência de uma norma como ‘norma válida’ do sistema. (Para fins de concisão, doravante ela será chamada de ‘a tese da validade’.) É essa ‘tese da validade’ compartilhada que é pressuposta quando tratamos da justificação por dedução de decisões judiciais como algo suficiente e conclusivo: dada uma norma válida *se p então q*, e dado que houve uma ocorrência de *p*, uma decisão jurídica que ponha *q* em vigor (que expresse uma consequência legal) é uma decisão justificada⁶³.

Nesta mesma linha de pensamento, Atienza aponta o que foi dito até aqui como dois pressupostos necessários para o silogismo na argumentação jurídica⁶⁴. O primeiro pressuposto seria a obrigação do juiz de aplicar as normas jurídicas válidas. O segundo pressuposto seria a possibilidade dos juízes identificarem quais são as normas válidas⁶⁵. Ambos são variações do que já foi dito, ou seja, de que a premissa maior deve ser uma norma jurídica válida, a qual necessita de uma teoria do reconhecimento para que seja identificada.

Em suma, somente a dedução não justifica a adoção de uma norma como válida. Como a dedução necessita de uma norma válida, ela precisa de razões justificatórias que validem a norma, sendo, por isso, um primeiro limite a justificação por dedução. “(...) a justificação por dedução ocorre dentro de uma estrutura de razões de sustentação que ela não explica. Esse é um dos limites da justificação por dedução”⁶⁶.

⁶³ MACCORMICK, 2006, p. 78-79. MACCORMICK, 1978, p. 62.

⁶⁴ Para o problema da validade, MacCormick também utiliza o termo pressuposto, porém, como mostrado acima, a necessidade de que se pressuponha uma tese da validade para que se possa utilizar a estrutura dedutiva constitui uma limitação a ela, já que por si só ela não consegue distinguir quais são as normas válidas de um sistema.

⁶⁵ ATIENZA, 2006. p. 123.

⁶⁶ MACCORMICK, 2006, p. 83; MACCORMICK, 1978, p. 65.

5.2 Problema de Interpretação

Este problema trata da possibilidade de que a norma *se p, então q* possa ser interpretada de mais de uma maneira. Se existe mais de uma interpretação juridicamente possível para uma norma válida do sistema, então antes que se possa construir o modelo dedutivo, é necessário que meios de interpretação de normas jurídicas sanem a dúvida interpretativa existente.⁶⁷ Atienza coloca em termos claros tal situação:

Um problema de interpretação existe quando não há dúvidas quanto qual seja a norma aplicável (quer dizer, temos uma norma da forma $p \rightarrow q$), mas a norma em questão admite mais de uma leitura (por exemplo, ela poderia ser interpretada no sentido de $p' \rightarrow q$, ou então $p'' \rightarrow q$)⁶⁸.

MacCormick apresenta um exemplo para ilustrar o problema de interpretação. A Lei de Relações Raciais de 1968 do Reino Unido proíbe a discriminação com base na origem étnica ou nacional em relação à disponibilização de moradia. MacCormick se questiona sobre uma situação na qual uma autoridade municipal, “ao selecionar entre inscritos para receber moradia da prefeitura, aplicar uma norma de que somente súditos britânicos, de acordo com o significado da Lei de Nacionalidade Britânica de 1948”⁶⁹, são aptos a participar de tal programa. Para tal situação, duas são as possíveis interpretações da lei citada: “(a) que a discriminação ‘com base nas origens nacionais’ inclui a discriminação com base na nacionalidade oficial de um indivíduo; e (b) que ela não inclui a discriminação com base na nacionalidade oficial de um indivíduo”⁷⁰.

Esse exemplo é retirado de um caso real, *Ealing London Borough Council v. Race Relations Board* ([1972] A.C. 342), no qual os juízes discordaram sobre qual a interpretação a ser dada para tal norma. Independentemente da interpretação a ser dada, a constituição do silogismo em tal caso depende de que uma decisão seja tomada, o que necessita de critérios exteriores ao raciocínio dedutivo. “A divergência prática entre as partes poderia ser solucionada e a decisão justificada por meio de dedução somente *depois* de ter sido tomada uma decisão

⁶⁷ MACCORMICK, 2008a, p. 58; MACCORMICK, 2005, p. 43.

⁶⁸ ATIENZA, 2006, p. 124.

⁶⁹ MACCORMICK, 2006, p. 84; MACCORMICK, 1978, p. 66.

⁷⁰ MACCORMICK, 2006, p. 84; MACCORMICK, 1978, p. 66.

O problema da relevância surge, diferentemente do problema da interpretação, não nas situações em que a interpretação de uma determinada norma jurídica é dúbia, mas sim quando se questiona se há uma norma jurídica que regule alguma determinada circunstância fática.

de interpretar a norma promulgada de acordo com a interpretação (a) ou (b) acima.”⁷¹ Como a escolha entre diferentes interpretações não pode ser tomada com base no raciocínio dedutivo, mas requer justificativas outras que não silogísticas, questões sobre interpretação constituem o segundo limite da justificação por dedução.

5.3 Problema da Relevância (ou Pertinência)

O problema da relevância surge, diferentemente do problema da interpretação, não nas situações em que a interpretação de uma determinada norma jurídica é dúbia, mas sim quando se questiona se há uma norma jurídica que regule alguma determinada circunstância fática. Novamente, Atienza é claro em sua formulação: “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”⁷².

Como exemplo, MacCormick apresenta o caso *Donoghue v. Stevenson* ([1932] A.C. 562: 1932 S.C. (H.L.) 31). Este trata de demanda de responsabilidade civil por danos causados por uma bebida vendida que estava inapropriada para o consumo. Não existia nenhuma lei que cobrisse dano de tal espécie, nem precedentes vinculantes, mas somente precedentes análogos a tal caso. Em tal situação, foi necessário que se avaliasse a existência de uma norma jurídica pertinente ao caso. Este juízo se tornou necessário para estabelecer a premissa maior de um raciocínio dedutivo. “De fato, o problema é saber se no direito é justificável afirmar, ou negar, alguma proposição do tipo *se p, então q*, para qualquer *p* que cubra os fatos do caso em foco e qualquer *q* que cubra a específica reparação pretendida”⁷³. Como no problema anterior, o modelo silogístico é incapaz de fornecer qual a norma pertinente a um determinado caso.

5.4 Problema da Prova

Agora o problema tem relação com a premissa menor, ou seja, com os fatos do caso. Escreve MacCormick: “Pessoas que não questionam a existência de uma lei *Se p, então q*, nem qual seja sua interpretação correta, bem podem questionar se *p* ocorreu ou não”⁷⁴.

⁷¹ MACCORMICK, 2006, p. 85. MACCORMICK, 1978, p. 67.

⁷² ATIENZA, 2006, p. 124.

⁷³ MACCORMICK, 2006, p. 89; MACCORMICK, 1978, p. 70.

⁷⁴ MACCORMICK, 2006, p. 112; MACCORMICK, 1978, p. 88.

Neste problema, a ocorrência ou não dos fatos é duvidosa, devido ao problema na avaliação das provas produzidas. Neste âmbito, MacCormick propõe que o modelo que deve ser aplicado para verificar as afirmações sobre o passado é o teste da coerência. Neste,

Tomando tudo o que nos foi apresentado à guisa de prova real ou testemunhal, elaboramos uma história que tem coesão, que faz sentido como um todo coerente. E naturalmente isso envolve interpretar as apresentações das testemunhas, diretamente visíveis e audíveis, a aparição de documentos apresentados e aspectos semelhantes, dentro de uma rede de pressupostos, crenças e teorias gerais – teorias sem dúvida bastante inexatas e pouco científicas⁷⁵.

Se houver a existência de duas versões conflitantes, porém ambas coerentes, dos fatos, MacCormick afirma que os julgadores deverão julgar a credibilidade das provas produzidas para a aferição dos fatos que aconteceram⁷⁶.

O que deve ser ressaltado do dito neste tópico é que uma teoria para aferição das provas não pode ser feita no âmbito do raciocínio dedutivo. Este não tem nada a afirmar sobre a veracidade das premissas, incluindo aí a premissa menor sobre os fatos (como já afirmado acima). Diante de tal impossibilidade, um silogismo necessita de uma justificação externa para que a premissa menor possa ser provada.

5.5 Problema da Classificação

O problema concernente à prova se questiona sobre a ocorrência ou não de fatos passados no mundo “sensível”. O problema da classificação, por sua vez, não reflete sobre se determinados fatos ocorreram ou não, mas sobre se os fatos ocorridos pertencem à classe de uma determinada norma jurídica (neste sentido, MacCormick chama a avaliação de se fatos pertencem a uma determinada categoria jurídica de fatos secundários, enquanto sua ocorrência no mundo “sensível” como no problema da prova de fatos primários). Atienza esclarece:

Finalmente, os problemas de qualificação ou ‘fatos secundários’ são suscitados quando não há dúvidas sobre a existência de determinados

⁷⁵ MACCORMICK, 2006, p. 115; MACCORMICK, 1978, p. 90.

⁷⁶ MACCORMICK, 2006, p. 117; MACCORMICK, 1978, p. 92.

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 norma⁷⁷.

Diante desse problema, MacCormick formula a seguinte questão:

Existe uma norma que dispõe que, se ocorrerem certos acontecimentos, determinada consequência jurídica há de sobrevir – *se p, então q*. Com base nas provas no caso, *r, s, t* podem ser comprovadas; mas será que essas proposições factuais equivalem a ou contam como um exemplo de *p* para acionar a norma?⁷⁸

Em vista de ilustrar tal questionamento, MacCormick apresenta um caso prático. Em *Maclennan v. Maclennan* é perguntado se o fato (considerado comprovado) de ter ocorrido inseminação artificial é considerado um caso de adultério para efeitos de concessão de divórcio⁷⁹. Neste caso, não restam dúvidas sobre a ocorrência da inseminação artificial sem o conhecimento do marido, mas o modelo dedutivo é insuficiente para afirmar se tais fatos fazem parte da categoria jurídica da norma que autoriza a concessão de divórcio diante de adultério.

5.6 Derrotabilidade

Por fim, cabe registrar o caso da derrotabilidade (*defeasibility*). A *defeasibility*, aceita como parte da argumentação jurídica expressamente por MacCormick, é a noção de que um arranjo jurídico, ou seja, a aplicação de uma regra jurídica de uma determinada maneira, pode ser excepcionada por eventos invalidantes. O objeto da derrotabilidade não é, diz MacCormick, propriamente uma regra jurídica, mas sim um pleito fundado em uma interpretação ou formulação de uma regra. Assim, a excepcionalidade tem lugar na relação entre certos eventos fáticos e o significado de uma determinada regra⁸⁰.

“O que é relevante sobre a *defeasibility* é que um arranjo construído com base em regras jurídicas, ou algum estado de coisas jurídico que

⁷⁷ ATIENZA, 2006, p. 125. No mesmo sentido, afirma Lima Lopes: “Nesses termos, o julgador fica diante de uma questão de fatos secundários, ou seja, a respeito de saber se os fatos ocorridos são fatos que contam para a regra (que chama de questões de classificação).” LIMA LOPES, 2003, p. 49-64. p. 53

⁷⁸ MACCORMICK, 2006, p. 119; MACCORMICK, 1978, p. 93-94.

⁷⁹ MACCORMICK, 2006, p. 119-120; MACCORMICK, 1978, p. 94.

⁸⁰ MACCORMICK, 2008a, p. 327.

emerge a partir de um conjunto de regras e eventos, pode ter uma aparência de validade e, no entanto, este arranjo ou ‘fato institucional’ pode ainda estar sujeito a algum tipo de intervenção que o invalide. Aquilo que inicialmente era reconhecida ou aparentemente válido, torna-se aberto à contestação e passível de perder sua validade, ou mesmo revelar-se como inválido desde sempre, apesar de todas as aparências. Em outras palavras, o arranjo (ou seja lá o que for) em questão é excepcionável (defeasible), e os eventos invalidantes provocam a exceção (defeasance)”⁸¹.

Essa característica da argumentação jurídica, diz MacCormick, se deve à existência de valores e princípios subjacentes à aplicação do direito. Estes possibilitam a formação de condições implícitas, as quais invalidam um arranjo que teria aplicação em um determinado caso, devido a particularidades deste. “Exceções são formuladas quando eventos particulares põem em operação algum princípio ou valor jurídico de suficiente importância para revogar a suficiência presumível das condições expressamente afirmadas para a atribuição do direito (right)”⁸². Porém, como conciliar a possibilidade de derrotabilidade com a lógica implicacional, uma vez que acarretaria a combinação falsa de antecedente verdadeiro e conseqüente falso? Giorgio Pino observa tal situação problemática, percebendo como ela afeta a aplicação da lógica no direito⁸³. MacCormick, porém, atento a isso, afirma que não é estritamente a implicação lógica que é derrotável, mas a conclusão de um argumento que o é diante de circunstâncias derrotantes. Assim, entende-se que na situação da derrotabilidade há uma combinação de antecedente verdadeiro e conseqüente verdadeiro, e não de antecedente verdadeiro e conseqüente falso, o que contrariaria a lógica implicacional, sendo que o que é derrotável é a conclusão, não propriamente a implicação⁸⁴.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, portanto, vê-se que a teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick, em especial quanto à justificação por

⁸¹ MACCORMICK, 2008a, p. 311; MACCORMICK, 2005, p. 240.

⁸² MACCORMICK, 2008a, p. 316; MACCORMICK, 2005, p. 244. Para análise crítica detalhada da defeasibility em MacCormick ver SARTOR, 2006.

⁸³ PINO, 2010, p. 9.

⁸⁴ MACCORMICK, 1995, p. 99-117 e p. 114.

dedução, é influenciada pela teoria do direito. A relevância da distinção entre casos claros e difíceis, em primeiro lugar, fez com que MacCormick abandonasse um dedutivismo, ou seja, a ideia de que, ao menos algumas vezes, a justificação por dedução basta para justificar uma decisão judicial, em nome de um interpretativismo, ou seja, a ideia de que a interpretação é inerente à argumentação jurídica, de modo que a justificação por dedução passa a desempenhar função estrutural, sendo incapaz, por si só, de justificar uma decisão judicial.

Além disso, notou-se que, no caso de um conceito de direito que entenda que regras são a fundação do sistema jurídico, a justificação por dedução funda-se na vinculação da decisão judicial com as regras fundantes do sistema, sendo esta a concepção das obras iniciais de MacCormick, em especial *Legal Reasoning and Legal Theory*. Porém, nas obras posteriores de MacCormick, em especial *Rhetoric and the Rule of Law* e *Institutions of Law*, o conceito de direito engloba uma pretensão implícita a justiça. Isso reflete na argumentação jurídica, de modo que a justificação por dedução funda-se nos valores do Estado de Direito, quais sejam, a certeza e a segurança jurídica, além da igualdade de todos perante a lei, os quais são efetivados a partir de decisões judiciais que se vinculem às regras jurídicas, o que pode ser justificado através da justificação por dedução.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: Teorias da argumentação jurídica – Perelman, Viehweg, Alexy, MacCormick e outros*. São Paulo: Landy Editora, 2006.
- COPI, Irving Marmer. *Introdução à Lógica*. São Paulo: Mestre Jou, 1978.
- DEWEY, John. *Logical Method and Law*. 10 Cornell L. Rev. 17 (1924). pp. 17-27.
- HART, Herbert. *O conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- _____. *O Positivismo e a separação entre o Direito e a Moral*. In: *Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. pp. 53-96.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- LA TORRE, Massimo. *Reform and Tradition: Changes and Constitutives in Neil MacCormick's Concept of Law*. In: John Erik FOSSUM (Org). *Law and Democracy in Neil MacCormick's political and legal theory*, 2011, pp. 55-67.
- LIMA LOPES, José Reinaldo de. *Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e regras*. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 40 n. 160 out./dez. 2003. pp. 49-64.
- LUCY, William. *Book Review: Neil MacCormick, Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning*. In: *Legal Studies*, v. 26, n. 4, pp. 613-616, December 2006.
- MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978.
- _____. *Argumentação jurídica e teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. *Defeasibility in Law and Logic*. In: *Informatics and the foundations of legal reasoning (BANKOWSKI, Zenon. WHITE, Ian. HAHN, Ulrike. Eds.)*. Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 1995. pp. 99-117.
- _____. *Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- _____. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008a.

_____. *Institutions of Law: an essay in legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

_____. *H.L.A. Hart*. Stanford: Stanford University Press, 2008b.

_____. *Practical Reason in Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 2008c.

_____. *MacCormick on MacCormick*. In: MENÉNDEZ, Agustín José. FOSSUM, John Erik (Orgs). *Law and Democracy in Neil MacCormick's political and legal theory*. Dordrecht/Heidelberg/London/New York: Springer, 2011, pp. 17-24.

MICHELON, Claudio. *MacCormick's Institutionalism between Theoretical and Practical Reason* (April 7, 2010). University of Edinburgh School of Law Working Paper No. 2010/12. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1585894> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1585894>.

PINO, Giorgio. *Neil MacCormick on Interpretation, Defeasibility, and the Rule of Law*. Paper presented at the conference *Legal Reasoning and European Laws: the Perspective of Neil MacCormick* (2010). Disponível on-line em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1737045.

SARTOR, Giovanni. *Syllogism and Defeasibility: A Comment on Neil MacCormick's Rhetoric and the Rule of Law* (September 1, 2006). EUI Law Working Paper N^o. 2006/23. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=963324>.

SCHIAVELLO, Aldo. *Neil MacCormick's Second Thoughts on Legal Reasoning and Legal Theory. A Defence of the Original View*. In: *Ratio Juris*. 2011 24 (2): 140-155.

SPAAK, Torben. (2006). *Deduction, Legal Reasoning, and the Rule of Law*. Book review of: *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*. By Neil MacCormick. University of Minnesota Law School. Retrieved from the University of Minnesota Digital Conservancy, <http://hdl.handle.net/11299/170105>. 2006, pp. 101-117.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

VILLA, Vittorio. *Neil MacCormick's Legal Positivism*. In: Zenon Bankowski (Org). *Law as Institutional Normative Order*, 2009. pp. 45-64.