

O RACIOCÍNIO DEDUTIVO COMO POSSÍVEL ESTRUTURA LÓGICA DA ARGUMENTAÇÃO JUDICIAL: silogismo *versus* entimema a partir da contraposição entre as teorias de Neil MacCormick e Katharina Sobota¹.

Pedro Parini²

INTRODUÇÃO.

O presente trabalho se propõe ao debate sobre a possibilidade de se aplicar ao discurso jurídico um modelo lógico-dedutivo de se argumentar com base em silogismos a partir de uma contraposição entre duas correntes teóricas antagônicas. De um lado, em defesa do uso do silogismo jurídico, tem-se o escocês Neil MacCormick, enquanto, de outra parte, coloca-se a pensadora alemã Katharina Sobota propondo uma análise assaz casuística sobre a justificação no direito que seria de modo entimemático. Por trás das duas diferentes formas de se pensar a argumentação no direito, surgirá a inevitável discussão sobre o pano de fundo da lógica formal que servirá de arcabouço para a sustentação de ambas as teses. De um lado defende-se o silogismo enquanto método dedutivo e, de outro, o entimema, que, mesmo sendo uma espécie do gênero silogismo, é uma ferramenta retórica com características estruturais próprias.

A discussão parte de basicamente duas questões preliminares: em primeiro lugar, se é possível a existência de uma lógica especificamente jurídica; e, em segundo lugar, se a argumentação lógico-dedutiva se destina a justificar ou a encontrar o direito (*Rechtsfindung*).

O termo alemão *Rechtsfindung* suscita desde já uma questão metodológica que gira em torno de toda a pesquisa sobre a lógica do discurso e a argumentação retórica. Não parece haver uma tradução pacífica para o português da expressão que, em alemão, significa algo como “o processo de encontrar o direito” (*finden* significa “achar”) que não aparenta muita relevância teórica. Certamente há alternativas como algo entre “aplicação do direito” e “criação do direito” ou mesmo “identificação do direito”. Percebe-se, entretanto, que entre “aplicar” e “criar” existe um considerável fosso que

¹ Produzido com auxílio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq.

² Mestrando em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco.

separa, diga-se como exemplo, de um lado, a Escola da Exegese no início do positivismo jurídico e, de outro, a Metodica Estruturante do direito às beiras com as teorias pós-positivistas. Dessa dificuldade de apreensão do termo alemão, percebe-se como não é tão claro qual seja o principal método de trabalho do jurista e qual o papel que realmente desempenha ao manipular as regras jurídicas: se apenas aplica aos casos concretos, por um processo lógico-dedutivo, algo já pré-ordenado; ou se cria normas através de um processo retórico-argumentativo nos limites de um discurso apoiado em *tópoi*.

Um exemplo da importância que se dá à lógica como meio legitimador do modo de pensar jurídico pode ser tirado do que fala Holmes sobre o treinamento do jurista enquanto um treinamento de lógica. Segundo ele pensar juridicamente seria pensar logicamente e uma evidência disso seria a corrente aplicação de deduções, analogias, e de outros instrumentos lógicos. Para o jurista norte-americano, a própria linguagem do direito seria a linguagem da lógica³. Subsidiariamente ao tema, coloca-se a discussão sobre a possibilidade de uma lógica própria do direito, especializada em relação à lógica formal geral. Quando Ulrich Klug, por exemplo, critica a existência de diferentes lógicas especiais para cada disciplina, defende a tese de que os princípios lógicos gerais também se aplicam aos campos particulares, negando a esses qualquer possibilidade de existência de lógicas autônomas⁴. Isto é, o primeiro argumento contra a divisão entre uma lógica geral e lógicas específicas decorre da necessidade de se evitar que haja contradições entre os princípios gerais e os supostos princípios particulares. O segundo argumento sustenta que os vários âmbitos científicos se diferenciam entre si não pela aplicação de lógicas especiais, mas porque partem de premissas distintas as quais estão sempre submetidas às leis da lógica geral que valem da mesma forma para os diferentes campos. Destarte, o que leva os autores a equivocadamente – segundo a opinião de Klug – falar em lógicas especiais, seria uma ignorância genérica sobre o real significado do termo “lógica”.

Ao se discorrer mais detidamente sobre uma lógica jurídica, portanto, o único significado possível para o termo seria de uma lógica geral aplicada especificamente ao direito. Por outro lado, Klug coloca um fator limitador para a lógica jurídica, pois apenas uma parte da lógica geral se aplicaria à ciência do direito, o que pareceria um

³ HOLMES, Oliver. W. The path of law. In: MARKE, Julius J. (org.). **The holmes reader**. New York: Oceana Publications, 1955. p. 68.

⁴ KLUG, Ulrich. **Lógica jurídica**. Trad. J.C. Gardella. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1998. pp. 5 e 6.

tanto contraditório diante dos argumentos por ele colocados contra a existência de lógicas especiais.

Diante dessas discussões mais recentes sobre as características especiais de uma lógica especificamente jurídica, é mesmo surpreendente que se discuta ainda sobre a utilização no direito de um instrumento lógico, como o silogismo, que remonta à época de Aristóteles. Sabe-se que a importância da aplicação do silogismo ao direito surge apenas com a modernidade e o sucesso do positivismo científico. A defesa do uso do silogismo decorre da preocupação havida pelos teóricos iluministas do século XVIII com a justa e segura aplicação das normas. Nesse momento histórico, surge um positivismo ingênuo, no qual prevalece a idéia de que, uma vez sendo o texto normativo rigorosamente elaborado, permitir-se-ia a univocidade das decisões. De acordo com essa teoria silogística, o juiz deveria considerar a lei geral como sendo a premissa maior, a ação conforme ou não à lei como a premissa menor, e a conclusão como a liberdade ou a pena⁵. Escolas, como a da Jurisprudência dos Conceitos, foram de extrema relevância para a afirmação do método dedutivo no direito.

Os estudos de lógica promovidos por Aristóteles tiveram grande poder de influência durante toda a Idade Média. A sua doutrina dos silogismos foi durante quase dois mil anos a única fonte informadora da lógica formal. Mesmo após o abandono das suas teses sobre a metafísica pela Igreja Católica no século XIII, a autoridade do seu sistema lógico permaneceu intacta, sendo as novas descobertas no domínio da lógica moderna rejeitadas. O que poderia à primeira vista parecer um indício de consistência da lógica aristotélica diante do seu sucesso por quase dois milênios, para Bertrand Russell, entre os lógicos modernos, por exemplo, é uma prova de que o momento em que surgem essas teorias era de declínio da criatividade grega e, conseqüentemente, uma vitória do argumento de autoridade durante a Idade Média, o que traduziria um verdadeiro período de estagnação no desenvolvimento da lógica. Russell considera todas as teorias lógicas de Aristóteles falsas, sendo a única exceção a teoria dos silogismos que, para os estudos de lógica, seria completamente desprovida de importância⁶.

O maior expoente, talvez, do pensamento aristotélico na Idade Média, representado pela Escolástica de Tomás de Aquino, ao eleger o direito como um dos

⁵ BECCARIA, Cesare. **Dei delitti e delle pene**. Milano: Giuffrè, 1964. p. 18.

⁶ RUSSELL, Bertrand. **History of western philosophy**. London: Routledge, 1996. pp. 188 e 194.

objetos mais importantes de suas reflexões, se preocupou também com a racionalidade dos processos dedutivos das normas jurídicas que, para ele, eram um reflexo das leis que governavam todo o universo a partir de uma razão preexistente na mente divina no Criador, a que ele chama *lex aeterna*. Essas normas que perfazem a lei eterna chegariam aos seres apenas parcialmente de forma intuitiva. Por conseguinte, a participação de todas as criaturas na lei eterna seria a *lex naturalis*. No ser humano, criatura racional por excelência, a lei natural se verificaria de modo excelente pela sua possibilidade de participação na razão eterna e na divina providência. A lei natural seria uma versão imperfeita e parcial da lei eterna que pode ser conhecida racionalmente. No entanto, os princípios da lei natural seriam muito genéricos e pouco precisos, levando aos seres humanos a estabelecerem regras mais particulares destinadas a regular as condutas humanas, constituindo as *lege humanæ*, ou o direito positivo. As leis humanas deveriam, portanto, se adequar necessariamente à lei natural. Essa derivação das leis humanas a partir da lei natural se daria, segundo o filósofo medieval, de duas formas: pela aplicação do silogismo em que o preceito particular está contido implicitamente no preceito geral; ou pela determinação da lei natural que é indeterminada. Ou seja, o recurso à idéia da dedução silogística como ferramenta jurídica foi sempre recorrente tanto entre as teses jusnaturalistas, quanto entre as teses juspositivistas.

No entanto, mesmo depois do surgimento – com a modernidade – e da superação – com a pós-modernidade – das primeiras teorias do positivismo jurídico, a proeminência da teoria silogística não parece ter sido olvidada. O atual sistema jurídico parece conferir ainda uma certa continuidade à prevalência das teses silogísticas inspirando-se no método dedutivo de se pensar a aplicação das normas. É nesse diapasão que se propõe o presente trabalho com o escopo de, a partir de um debate entre duas correntes opostas de pensadores, se conseguir avaliar qual seja a função mais apropriada – se é que ela existe – para o silogismo na *Rechtsfindung*.

1. A justificação jurídica lógico-dedutiva segundo Neil MacCormick.

Ao falar sobre “justificação dedutiva”, MacCormick inicia ponderando, logo no primeiro parágrafo de seu texto, a existência de teses opostas à sua que – como a de Katharina Sobota – rejeitam qualquer possibilidade de se desenvolver raciocínios de

forma dedutiva na aplicação de normas jurídicas. No entanto, apesar do reconhecimento de tais objeções, defende ele que em alguns casos as decisões são juridicamente justificáveis por meio de silogismos. Para comprovar seu posicionamento, MacCormick propõe como exemplo a análise de um caso concreto, expondo silogisticamente, por meio do cálculo proposicional, os argumentos utilizados na decisão judicial baseada no texto normativo⁷.

O que torna a discussão um tanto mais interessante é o fato de que a defesa do uso de silogismos proposta por MacCormick não deixa de ser uma crítica à posição casuística adotada por Sobota, que, por sua vez, também é uma atitude crítica voltada aos que defendem o uso da lógica na fundamentação judicial. Isto talvez demonstre uma presumível carga ideológica que fundamenta a sustentação teórica de ambos os lados.

A maior preocupação dos que defendem a aplicação da teoria silogística no direito parece ser em evitar o perigo da irracionalidade das decisões judiciais. Observações teóricas como a de Sobota, que se propõem a analisar a realidade do judiciário, são vistas como casuístas ou mesmo irracionaisistas.

Decidir contra a conclusão lógica, isto é, não seguir a validade formal dos argumentos e optar por uma decisão diversa, seria, na opinião de MacCormick, no mínimo estranho, pois o juiz estaria adstrito a declarar publicamente as razões que o levaram a decidir de determinada maneira, incluindo-se aí a pressão institucional decorrente da opinião de outros magistrados, a possibilidade de recurso, ou mesmo pressões externas da imprensa. Ou seja, institucional e psicologicamente o juiz estaria adstrito aos argumentos lógicos obtidos de maneira dedutiva a partir das normas e dos fatos⁸. As teorias de cunho casuístico duvidam preliminarmente dessa possibilidade de se encontrar uma conclusão lógica adotando a norma jurídica como premissa maior e o fato como premissa menor. Pelo contrário, para Sobota as verdadeiras premissas maiores nunca seriam reveladas por uma impossibilidade sistêmica e estratégica como se verá mais adiante.

De qualquer forma, mesmo reforçando que a lógica dedutiva é de extrema relevância para a justificação no direito tanto na decisão de um juiz singular quanto de um júri popular, MacCormick admite que é possível que o juiz decida contra a inferência lógica não se justificando em normas jurídicas, mas em normas morais, já

⁷ MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Clarendon Press, 1997. p. 19.

⁸ MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Clarendon Press, 1997. pp. 33 e 34.

que considera que os “atos não são determinados pela lógica, mas pelas escolhas dos agentes”⁹. E, mais gravemente, em determinados casos em que a conclusão lhe seja inconveniente, o juiz, pelo seu profundo conhecimento das regras processuais, pode simplesmente não aceitar a validade das premissas menores, isto é, quando considera que não há prova suficiente dos fatos¹⁰. Desse modo, a escolha da conclusão seria apenas uma racionalização *a posteriori* de uma decisão tomada arbitrariamente.

Para os autores que defendem a importância do estudo da lógica no direito subsiste correntemente a idéia de que a lógica jurídica é mesmo um pressuposto da ciência do direito, principalmente para a sua parte sistemática, já que o conceito de sistema é um termo próprio da lógica. De acordo com Klug, “na fundamentação de qualquer sentença judicial se utilizam as regras da lógica jurídica”. Ou seja, a lógica seria, nesse caso, um instrumento que possibilitaria a *Rechtsfindung*: a aplicação das normas aos fatos e as inferências das pautas a serem aplicadas aos casos particulares determinados a partir de diretivas genéricas. A tarefa da lógica jurídica, portanto, se resumiria propriamente em uma análise formal das inferências conclusivas da aplicação do direito¹¹.

Uma discussão que permeia todo o debate sobre a dedução no direito é, talvez propositalmente, negligenciada por Neil MacCormick. No seu texto, o jurista não se questiona sobre a diferenciação entre o tempo da decisão e o da justificação. Se se entende que a decisão é um processo inferencial muito mais complexo que envolve inúmeras variáveis praticamente não contabilizáveis e, só posteriormente, traduzido pela justificação, significa dizer que esta é posterior àquela. Não se está afirmando que não haja uma vinculação entre a decisão e a justificação. Pelo contrário, as conexões são óbvias. O que é olvidado por MacCormick e resgatado por Sobota são as diferentes funções atribuídas a cada momento. A justificação silogística seria apenas um modo de apresentação de uma decisão obtida por um procedimento não silogístico. O texto apresentado numa decisão judicial tomaria para si a forma silogística, fazendo uso inclusive de seus conectores lógicos, como uma metáfora representativa de um processo incompreensível a uma mente humana pelo seu alto grau de complexidade. A

⁹ MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Clarendon Press, 1997. p. 35. “acts are not determined by logic, they are determined by the choices of agents”.

¹⁰ MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Clarendon Press, 1997. p. 36.

¹¹ KLUG, Ulrich. **Lógica jurídica**. Trad. J.C. Gardella. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1998. p. 6 e 8.

justificação seria, por outro lado, escrita em linguagem inteligível e logicamente coesa, satisfazendo as emoções de seus interlocutores.

No entanto, para fundamentar a importância do uso dos silogismos, MacCormick põe como pressuposto a necessidade de o juiz declarar e expor publicamente as razões justificadoras para a sua decisão. Não basta apenas deduzir logicamente uma conclusão, seria preciso explicitar passo a passo como se chegou a tal decisão. MacCormick é explícito ao afirmar que uma decisão é “justificada legalmente por meio de um argumento puramente dedutivo”¹². A partir dessa colocação, é possível admitir que MacCormick entende o uso do silogismo como modo de justificação *a posteriori*, e não como o procedimento dedutivo realmente utilizado para se encontrar a decisão correta para um determinado caso.

A regra processual que determina a necessidade de fundamentação das decisões judiciais tem como escopo garantir a possibilidade de contraditório a partir da publicidade atribuída às razões justificadoras. Seria um meio de controle da atividade jurisdicional a partir da análise da cadeia dedutiva ao se verificar se as conclusões são extraídas necessariamente das premissas articuladas. A função da argumentação dedutiva, porém, não se limita a este objetivo democrático. O discurso lógico é tido como racional e, portanto, satisfatório no que tange a sua carga de veracidade e aceitação. Por outro lado, o convencimento do auditório é de fundamental importância para a legitimação da decisão judicial, pois que, a partir do convencimento fundado em uma cadeia argumentativa coerente, a aceitação das premissas leva à aceitação imediata da conclusão. No entanto, é possível observar que o argumento quase-lógico ou o aparentemente lógico bastam para atingir o objetivo do convencimento do auditório. Ou seja, neste caso, não seria de muita significância a diferença entre o raciocínio lógico-dedutivo formalmente perfeito e a argumentação apenas verossímil mas persuasiva, principalmente se emaranhados em uma longa cadeia argumentativa de um discurso do tipo macrológico sobre o qual se falará mais adiante.

No que diz respeito à validade lógica de um argumento, MacCormick enfatiza que a verdade da conclusão depende de uma questão empírica. Se as premissas são verdadeiras, então também o será a conclusão, mas a “lógica por si só não pode

¹² MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Clarendon Press, 1997. p. 19. “It is sometimes possible to show conclusively that a given decision is legally justified by means of a purely deductive argument”.

estabelecer ou garantir a verdade das premissas”¹³. Os sentidos atribuídos às proposições que servirão de premissas maiores representam um ato performativo que não pode ser avaliado como verdadeiro ou falso. O que estará sob análise será exclusivamente a sua validade. Quanto à premissa menor, restar-lhe-ia ser provada enquanto relato de um momento histórico particular. Assim, cada elemento factual deverá ser acomodado em um determinado conceito normativo a partir de um processo de produção de provas em que se estabelece que determinadas proposições devam ser consideradas verdadeiras para propósitos legais.

Neste aspecto, vale ressaltar que MacCormick acolhe o uso do entimema na argumentação lógica quando reconhece que alguns elementos são assumidos sem prova (lógica) enquanto considerados assuntos de conhecimento ordinário¹⁴. Vê-se aqui uma abertura à lógica retórica, mas claramente distinta da concepção de Sobota. Mesmo assim, é valioso destacar que os dois autores se preocupam em não estigmatizar suas teses ao fazer concessões de ambos os lados. Enquanto MacCormick reconhece que nem sempre se pode utilizar o modelo dedutivo na argumentação jurídica, Sobota admite que o silogismo é uma ferramenta útil ao direito, mesmo que apenas de função estratégica.

De fato, MacCormick reconhece que a decisão resultante do processo dedutivo decorrente do exemplo por ele sugerido pode ter sido equivocada diante das expressões de arrependimento do juiz. Mas parece que não poderia ser de outra forma já que a conclusão foi formalmente inferida a partir de premissas válidas, a saber, a norma jurídica e a descrição dos fatos. Para que a decisão fosse diversa, seria necessário modificar a premissa maior que previa abstratamente a consequência para o caso particular. No exemplo fornecido por MacCormick, o litígio se desenvolve entre um demandante e dois demandados. O demandante sentiu-se ofendido por ter ingerido limonada contaminada com ácido carbólico adquirida em um estabelecimento comercial do primeiro demandado e confeccionada na indústria do segundo demandado. A norma previa que seria responsável o vendedor do produto que não fosse de qualidade comerciável. MacCormick identifica a injustiça da decisão ao condenar o vendedor e inocentar o produtor, pois a bebida já viera contaminada desde seu engarrafamento. No

¹³ MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Clarendon Press, 1997. p. 25. “logic itself cannot establish or guarantee the truth of the premises”.

¹⁴ MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Clarendon Press, 1997. p. 26. nota 4.

entanto, não haveria como escapar da necessária subsunção dos fatos ocorridos aos elementos normativos que previam a responsabilização do comerciante e não do produtor.

Para os defensores da aplicação das leis da lógica ao raciocínio jurídico, existe uma verdadeira dependência daquelas à idéia de coerência da argumentação e conseqüentemente de segurança jurídica das decisões¹⁵.

É, assim, que modelos de teoria da argumentação propostos, como, por exemplo, o de Robert Alexy, tentam solucionar o abismo entre a proposição normativa e a descrição de fatos a serem subsumidos. Na verdade, ocorre uma expansão do modelo lógico do cálculo de predicados $[(x) (Tx \rightarrow ORx); Ta; ORa]$, incluindo-se aí (entre a proposição normativa e a conclusão) uma cadeia argumentativa, cujo desdobramento deverá ser suficiente para justificar cada elemento normativo requerido para a configuração dos fatos. Os argumentos utilizados na justificação de uma subsunção à proposição normativa estão mais próximos dos fatos, enquanto descrição destes, do que está a própria norma ideal. Ou seja, os argumentos do discurso jurídico têm o escopo de aproximar a idéia do fato. A seqüência de argumentos pode ser interrompida quando a descrição dos fatos é levada a um determinado nível em que não há mais dúvidas de que corresponda aos elementos requeridos pela norma. A argumentação, neste modelo proposto, parte tanto do desdobramento dos elementos da norma em direção ao fato, quanto da descrição dos fatos em direção à norma. Partindo desse modelo argumentativo, é possível perceber como o verdadeiro processo de desenvolvimento silogístico é muito mais complexo do que aparenta ser. O abismo entre norma e fato é evidenciado a partir do momento em que se vislumbra a necessidade de um encadeamento de proposições (tanto sobre os fatos quanto sobre a norma) que vão de encontro umas em direção das outras¹⁶.

2. A concepção de um ambiente retórico para a justificação no direito segundo Katarina Sobota.

¹⁵ SCHREIBER, Rupert. *Lógica del derecho*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. México: Fontamara, 1999. p. 9.

¹⁶ GANTNER, Felix. Forms and Legal Informatics. *European Journal of Law, Philosophy and Computer Science*. v. 1-2, pp. 305-313. pp. 308 e s.

Katharina Sobota certamente pode ser considerada uma pensadora de ideologia retórica. Defende de forma voraz um ceticismo forte com relação a toda sustentação teórica de cunho lógico-dedutivo acima exposta. Ajustando-se ao pensamento de Ottmar Ballweg¹⁷, rechaça a idéia de que atribuições universais ou regras instrumentais componham a estrutura principal do discurso jurídico¹⁸. Para tanto, utiliza-se do conceito de regularidades para explicar o processo decisório jurídico. As regularidades, segundo Sobota, seriam formações cibernéticas dinâmicas que constituem padrões mutáveis e auto-organizados construídos por um observador interno ao sistema. Enquanto padrões flexíveis, as regularidades opõem-se à idéia de estruturas permanentes, o que proporcionaria uma análise retórica dentro de um contexto específico¹⁹.

Sob esse aspecto, Sobota não ignora a eficácia do direito como realidade – concebida, porém, de modo artificial. Desse ponto de vista, não se descarta a pujança da argumentação estrategicamente estruturada de modo silogístico. Para a filósofa, no entanto, o arcabouço lógico é apenas uma fachada. A esse ponto, se voltará mais adiante. O uso estratégico derivado da forma silogística atribuída às regras jurídicas, contudo, seria apenas uma forma de camuflar a verdadeira rede de regularidades que são produzidas pelas ações que elas próprias regulam. Ou seja, o estudo da lógica formal em quase nada contribuiria para entender os padrões básicos da comunicação normativa. O meio mais eficaz de compreensão dessa comunicação normativa se daria, ao contrário, no exame da retórica material dos juízes pela retórica analítica²⁰.

Para Sobota, o uso de silogismos na argumentação judicial foi um fator de extrema relevância para o fortalecimento da crença na existência de normas explícitas²¹. Como se as normas por si só se revelassem aos seus aplicadores – evitando-se mesmo falar em “intérpretes” – de maneira apofântica.

¹⁷ BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. Trad. João Maurício Adeodato. In: **Revista Brasileira de Filosofia**, v. XXXIX, fasc. 163, julho-agosto-setembro. São Paulo, 1991. p. 180.

¹⁸ SOBOTA, Katharina. Não Mencione a Norma! Trad. João Maurício Adeodato. In: **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, n. 7. Recife: Universitária, 1995, pp. 251-273. p. 254.

¹⁹ SOBOTA, Katharina. Não Mencione a Norma! Trad. João Maurício Adeodato. In: **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, n. 7. Recife: Universitária, 1995, pp. 251-273. p. 256.

²⁰ SOBOTA, Katharina. Não Mencione a Norma! Trad. João Maurício Adeodato. In: **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, n. 7. Recife: Universitária, 1995, pp. 251-273. p. 255.

²¹ SOBOTA, Katharina. Não Mencione a Norma! Trad. João Maurício Adeodato. In: **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, n. 7. Recife: Universitária, 1995, pp. 251-273. p. 253.

Descartando então a possibilidade de argumentação silogística na atividade jurisdicional, Sobota propõe a compreensão das cadeias argumentativas por meio dos entimemas²² – os silogismos retóricos – que por sua vez são estruturas lógicas dedutivas próprias da retórica. Os entimemas, desse modo, se ajustariam melhor ao raciocínio jurídico, ou, até mesmo, a sua apresentação.

Para defender seu posicionamento, Sobota recorre a exemplos de decisões de tribunais alemães, algumas mais complexas, outras menos.

Os principais argumentos de Sobota contra a tese silogística parecem ser dois: em primeiro lugar, a demonstração de todas as premissas contidas em uma decisão judicial seria impossível em sua fundamentação pelo enorme número de normas a que se subsumiriam os fatos; em segundo lugar, tal atitude extremamente analítico-dialética seria contraproducente, dado que se tornaria mais vulnerável a críticas ao revelar todos os passos seguidos. Seria “sem sentido e destrutivo para o sistema tornar explícitas essas construções normativas implícitas”²³.

O entimema se tornaria a real estrutura lógica por trás da argumentação judicial visto que textos de julgamentos raramente contêm qualquer silogismo completo ou explícito. Uma explicação retórica para isso decorre da auto-evidência de algumas normas, não sendo necessária a sua verbalização. Neste caso, a sensação de completude da cadeia argumentativa só seria possível a partir do uso de conectores lógicos mesmo diante de silogismos incompletos²⁴. Os silogismos são sempre explícitos no que toca a suas premissas (diferentemente dos entimemas), mas, mesmo assim, podem ser falhos no momento da sua interpretação. A forma da argumentação judicial garante a sensação de completude e coerência pela sua relativa certeza, conquanto possua um conteúdo relativamente incerto.

A partir desses postulados, é aberto o caminho para que se admita o uso da retórica dentro da argumentação judicial.

²² Para uma definição de entimema cf. ARISTÓTELES. **Retórica**. I, 1355a, 1356b; BARTHES, Roland. **La retórica antiga**. Alle origini del linguaggio letterario e delle tecniche di comunicazione. Trad. Paolo Fabbri. Milano: Bompiani, 2000. pp. 66 e s.

²³ SOBOTA, Katharina. Não Mencione a Norma! Trad. João Maurício Adeodato. In: **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, n. 7. Recife: Universitária, 1995, pp. 251-273. p. 259.

²⁴ SOBOTA, Katharina. Não Mencione a Norma! Trad. João Maurício Adeodato. In: **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, n. 7. Recife: Universitária, 1995, pp. 251-273. pp. 261 e 262.

Assim como a dialética, enquanto processo analítico de demonstração, a retórica se apresenta como uma metalinguagem, um discurso sobre o discurso. O modelo dialético de raciocínio, porém, apresenta-se quase que impossível para o direito. As longas cadeias de dedução da lógica demonstrativa são, no mínimo, pouco funcionais. Mesmo considerando-se a necessidade de justificação dos argumentos utilizados no discurso jurídico, não significa que o método a ser empregado seja o lógico dialético. Decerto o discurso jurídico é “influenciado pela idéia de estruturas universais e permanentes”²⁵, mas isso confessaria o aspecto estratégico da argumentação judicial.

O método retórico de pensar e de trabalhar está voltado à experiência, à prática, o que leva a um maior enfoque aos eventos reais em contrapartida aos conceitos ideais. A retórica é subsidiada primeiramente pela teoria tópica no que se refere à busca pelos argumentos. Grosseiramente, pode-se conceituar a tópica como um modo de procura pelos argumentos. Isto é, o enfoque tópico recai sobre as premissas, dando um maior valor à invenção. Desse modo, extremamente relacionado com a realidade, o repertório de tópicos é sempre provisório e elástico, capaz de se adequar a situações as mais diversas, sempre mais comuns diante do alto grau de complexidade das sociedades ditas pós-modernas. Os tópicos, desse modo, representam um meio funcional ao método retórico de argumentação, pois se destinam a raciocínios curtos²⁶.

Em contrapartida, o discurso retórico também pode se revelar formalmente um discurso confuso, por vezes obscuro, formado por um entrelaçado de argumentos sempre recorrentes e descontinuados. A dispersão, neste caso, é um efeito de uma contínua descontinuidade da lógica retórica. Pode-se qualificar esse tipo de discurso como macrológico, isto é, cheio de digressões, formado por proposições longas, permeado de intrusões de elementos estranhos ao tema²⁷.

Por um lado, portanto, o discurso retórico pode, acentuando-se o seu caráter macrológico, a partir da mistura de elementos de diversos gêneros que se imiscuem na argumentação, criar uma espécie de caos proposital, isto é, estratégico, o que levaria mais facilmente a uma conclusão manipulada, como o faz um ilusionista que distrai a atenção do público, levando-se a crer que o resultado final (a conclusão da cadeia

²⁵ SOBOTA, Katharina. Não Mencione a Norma! Trad. João Maurício Adeodato. In: **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, n. 7. Recife: Universitária, 1995, pp. 251-273. p. 256.

²⁶ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica. São Paulo: Landy, 2000. p. 66.

²⁷ BARILLI, Renato. **Retórica**. Trad. Graça Marinho Dias. Lisboa: Presença, 1985. p. 18.

pretensamente dedutiva) é uma decorrência lógica de determinado procedimento, quando, na verdade, o real artifício lógico ficou fora do alcance dos olhos do público (a ocultação das premissas realmente utilizadas). Já em uma segunda hipótese, o discurso retórico pode servir para facilitar a compreensão do homem comum sobre determinados temas por partir de premissas derivadas do senso comum, possibilitando o mútuo entendimento. Percebe-se como, em ambos os casos, é possível ao retórico chegar a conclusões e persuadir conquistando o interlocutor e obtendo uma aceitação dos seus argumentos. Dois caminhos, contudo, podem ser seguidos: o do discurso macrológico, levando à aceitação de suas teses como algo fantástico e inexplicável, sem revelar os caminhos seguidos até a persuasão; e o caminho da simplificação, utilizando-se de omissões e alegorias de forma estratégica. Diante desse quadro, talvez a ligação entre a magia e a retórica em Empédocles²⁸ não seja algo casual. Nos primórdios da arte retórica, cujo nascimento é atribuído a Córax, Tísias e Empédocles na Sicília (então Magna Grécia), o discurso e as palavras tinham um tanto de misticismo, pois proviam o seres humanos que detinham o seu controle de um poderoso instrumento de manipulação das outras mentes. Na moderna argumentação judicial parece se dar um fenômeno semelhante: o discurso extremamente técnico dos juristas impede até qualquer manifestação em contrário do que é pronunciado nos tribunais.

É assim, pois, que a questão central do trabalho de Sobota não parece ser a sobre a possibilidade ou não de se argumentar dedutivamente, mas por outro lado, parece se referir à preocupação estratégica dos juízes em não explicitar todas as normas utilizadas na subsunção dos fatos. Dessa forma, ela elabora uma espécie de catálogo dos argumentos possivelmente omitidos (e provavelmente utilizados veladamente) nas decisões dos magistrados. Ou seja, a discussão não desemboca em um questionamento sobre a possibilidade de conhecimento ou não, mas sobre a forma de apresentação das provas lógicas. Para isso, parte da distinção entre a função acadêmica do silogismo e a sua abordagem retórica.

Retoricamente “o silogismo não é um método de decisão, mas sim um estilo de apresentação da decisão legal”²⁹. Para que o silogismo seja um instrumento lógico faz-se mister que represente um verdadeiro *modus ponens* em que a premissa menor caiba por inteiro na premissa maior. Sobota vê a atitude acadêmica de conceber o silogismo nas

²⁸ BARILLI, Renato. **Retórica**. Trad. Graça Marinho Dias. Lisboa: Presença, 1985. p. 13.

²⁹ SOBOTA, Katharina. Não Mencione a Norma! Trad. João Maurício Adeodato. In: **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, n. 7. Recife: Universitária, 1995, pp. 251-273. p. 257.

faculdades de direito – a teoria de MacCormick aí compreendida – como um reflexo da crença no espírito iluminista e nos princípios de racionalidade e transparência. Para ela deveria ser ensinado o contrário aos futuros juristas já que considera como sendo um bom juiz aquele que “nunca verbaliza qualquer premissa maior”³⁰.

Neste contexto, Sobota visualiza algumas vantagens para o uso de normas tácitas. Em primeiro lugar, ao não se mencionar todas as premissas maiores alegadas, seria possível “ocultar a inconsistência de todo o sistema normativo”. Em segundo lugar, “um orador pode modificar o significado alegado da norma e adaptá-lo a cada situação”. Por último, “as normas tácitas podem formar um elo entre o mundo arcaico das regularidades emotivas, não-verbalizadas, e a racionalidade verbalizada do ocidente clássico”³¹. A principal vantagem de se admitir o uso da retórica no direito é a inclusão de contradições no discurso sem que este se torne inválido. Para Sobota, a complexidade do sistema jurídico e a falta de um método próprio permitem um elenco praticamente ilimitado de potenciais fontes do direito.

3. Conclusões.

Uma primeira crítica retórica que se pode vislumbrar dirigida à teoria silogística da argumentação judicial diz respeito ao número de premissas maiores realmente utilizadas em uma decisão. Seria mesmo uma questão metodológica que se colocaria antes da discussão propriamente sobre a possibilidade de aplicação dos silogismos ao raciocínio jurídico. Sobota verifica que para fundamentar uma sentença, um bom juiz pode se servir de várias dezenas de premissas apesar de explicitar somente algumas poucas dessas³².

Os ataques ao uso do silogismo podem ser atenuados se se entende que o silogismo não é a cadeia dedutiva que representa de modo lógico todas etapas do pensamento até uma conclusão, mas tão somente uma formalização aproximativa do raciocínio analógico que leva a uma escolha sobrecarregada de ideologia.

³⁰ SOBOTA, Katharina. Não Mencione a Norma! Trad. João Maurício Adeodato. In: **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, n. 7. Recife: Universitária, 1995, pp. 251-273. p. 258.

³¹ SOBOTA, Katharina. Não Mencione a Norma! Trad. João Maurício Adeodato. In: **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, n. 7. Recife: Universitária, 1995, pp. 251-273. pp. 268 e 269.

³² SOBOTA, Katharina. Não Mencione a Norma! Trad. João Maurício Adeodato. In: **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, n. 7. Recife: Universitária, 1995, pp. 251-273. p. 258.

A dogmática jurídica parece funcionar dessa forma. O discurso positivista é uma tentativa de se encobrir as ideologias por trás da argumentação. O discurso volitivo se camufla assumindo a forma lógica do verdadeiro ou falso. Nada obstante, há uma estrutura retórica velada que legitima o discurso como se não dependesse das esferas de poder.

A tese de MacCormick em defesa da lógica dedutiva na argumentação jurídica parece ser uma decorrência do receio de que o discurso judicial seja tomado por uma irracionalidade vítima de um casuismo de conseqüências negativas. Contudo o maior problema da teoria silogística é achar que a justeza das decisões possam ser derivadas de um procedimento inferencial, que seja essa a salvação para o direito. Sobota não consegue vislumbrar o sucesso de uma teoria desse tipo e diz que a única saída seria contar com a “integridade pessoal de cada indivíduo”³³.

Um ponto em comum, porém, entre os dois autores cujas teses foram aqui discutidas é o uso de exemplos de decisões judiciais. Tanto MacCormick quanto Sobota, ilustram seus posicionamentos a partir de discursos proferidos em casos concretos por juízes. É precioso enfatizar que os exemplos de ambos os lados não podem ultrapassar a função meramente ornamental que possuem. Isso se deve ao fato de que existem realmente decisões que se pretendem mais analíticas que outras, isto é, que procuram explicitar todos os elementos normativos que figuram como premissa maior como também há decisões em que prevalece a tese retórica do uso exclusivamente estratégico do modelo silogístico. A discussão ganha relevância no plano teórico quando parte para a análise do aproveitamento da lógica formal como instrumento garantidor de conclusões necessárias para as lides judiciais.

Como visto, para MacCommick a argumentação silogística seria um meio legitimador da decisão judicial, garantindo inclusive o seu caráter democrático frente a pressões internas derivadas do controle exercido pelo judiciário e externas exercidas pela imprensa. O uso da justificação dedutiva evitaria o caráter contingente das decisões dos magistrados levando a uma conclusão única e necessária decorrentes diretamente da cadeia lógico-argumentativa. Para Sobota seria diferente. A decisão nunca resultaria de um processo lógico a partir de um raciocínio dedutivo, mas seria tomada a partir

³³ SOBOTA, Katharina. Não Mencione a Norma! Trad. João Maurício Adeodato. In: **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, n. 7. Recife: Universitária, 1995, pp. 251-273. p. 272.

unicamente de elementos ideológicos e apresentada estrategicamente de modo retórico sob a forma de silogismo.

No entanto, o principal problema sobre a possibilidade de se adotar um processo dedutivo no direito se resume mesmo à estrutura de aplicação do direito aos fatos, ou seja, a um problema hermenêutico. É assim, portanto, que se pode falar em dois momentos distintos na aplicação ou criação do direito em situação fáticas: de um lado a decisão e de outro a justificação. Para os juristas práticos, não haveria distinção entre essas duas etapas. A justificação seria apenas a exteriorização de uma conclusão a que se chegara previamente. Entendendo, porém, a decisão como um processo inferencial muito mais complexo do que os meios de justificação que são passíveis de serem comunicados, será possível falar apenas em uma representação silogística de um procedimento lógico constituído de inúmeras premissas praticamente incontáveis. Ou seja, o silogismo seria mesmo apenas um modo de apresentar em linguagem inteligível a decisão a partir de elementos como os conectores lógicos que garantam coesão entre as proposições fáticas e normativas.

Referências.

ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. Marco Dorati. Milano: Mondadori, 1996.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica. São Paulo: Landy, 2000. p. 66.

BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. Trad. João Maurício Adeodato. In: **Revista Brasileira de Filosofia**, v. XXXIX, fasc. 163, julho-agosto-setembro. São Paulo, 1991.

BARILLI, Renato. **Retórica**. Trad. Graça Marinho Dias. Lisboa: Presença, 1985.

BARTHES, Roland. **La retorica antica**. Alle origini del linguaggio letterario e delle tecniche di comunicazione. Trad. Paolo Fabbri. Milano: Bompiani, 2000.

BECCARIA, Cesare. **Dei delitti e delle pene**. Milano: Giuffrè, 1964.

GANTNER, Felix. Forms and Legal Informatics. **European Journal of Law, Philosophy and Computer Science**. v. 1-2, pp. 305-313.

HOLMES, Oliver. W. The path of law. In: MARKE, Julius J. (org.). **The holmes reader**. New York: Oceana Publications, 1955.

KLUG, Ulrich. **Lógica jurídica**. Trad. J.C. Gardella. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1998.

MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Clarendon Press, 1997.

RUSSELL, Bertrand. **History of western philosophy**. London: Routledge, 1996.

SCHREIBER, Rupert. **Lógica del derecho**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. México: Fontamara, 1999.

SOBOTA, Katharina. Não Mencione a Norma! Trad. João Maurício Adeodato. In: **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, n. 7. Recife: Universitária, 1995, pp. 251-273.