

LIMITES LÓGICOS E MATERIAIS DOS ARGUMENTOS JURÍDICOS

LOGICAL AND MATERIAL LIMITS OF LEGAL REASONING

Rafael Dalsecco Braga Arcuri¹

RESUMO: O presente artigo discute os limites da argumentação jurídica, com o objetivo de munir o jurista de um instrumental e uma crítica desse ferramental, para que se possa melhorar a qualidade dos produtos jurídicos. A primeira parte discute conceitos de lógica formal e sugere uma alternativa metodológica de justificação das decisões judiciais que poderá ser usada quando a lógica formal não for suficiente. A segunda parte do trabalho foca em como a linguagem possui limites próprios quando se busca uma maior objetividade no direito. São apresentados freios à compreensão de natureza política, semiótica e pragmática.

Palavras-chave: Argumentação Jurídica; Linguagem; Justificação.

ABSTRACT: The present essay discusses the limits of legal reasoning with the intention of providing the jurist with a set of tools and a criticism to those tools so that he may improve the quality of his legal products. The first part discusses concepts of formal logic and suggests a methodological alternative to the justification of legal decisions that may be used when formal logic does not suffice. The second part of the essay focusses in the fact that language possesses its own limits in the search for a greater objectivity in law. Limits of political, semiotic and pragmatist natures will be presented

Keywords: Disarmament Statute; Social effects; PL 3722/2012.

Sumário: Introdução - 1 A dependência lógica da argumentação jurídica – 1.1 Conceitos básicos de lógica aplicados ao direito – 1.2 Argumentação jurídica e a lógica – 2 O Consenso como produtor de sentido - 2.1 Objetividade e Política – 2.2 Objetividade e Linguagem – 2.3 Objetividade e pragmatismo – Considerações finais – Referências.

¹ Advogado, mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCeub. Bolsista CAPES. E-mail: rafaeldbarcuri@gmail.com.

Limites lógicos e materiais dos argumentos jurídicos

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo explicar e criticar algumas ferramentas argumentativas usadas pelos juristas, com foco na justificação de uma decisão. O artigo está dividido em dois capítulos. O primeiro lida com uma argumentação jurídica mais tradicional e o segundo tenta desconstruir algumas das conclusões alcançadas.

O primeiro capítulo está dividido em duas partes. A primeira introduz conceitos básicos de lógica formal – principalmente a estrutura lógica de uma proposição jurídica e a estrutura de um silogismo dedutivo, que é amplamente usado na fundamentação das sentenças judiciais. A segunda parte do primeiro capítulo introduz um método de justificação que é utilizado quando o silogismo não basta – a justificação de segunda ordem.

O segundo capítulo trabalha com as insuficiências das argumentações anteriores. A primeira parte do segundo capítulo argumenta que a justificação de segunda ordem não será suficiente ou legítima sem um consenso político sobre a verdade das premissas. A segunda parte propõe uma forma de se extrair sentido de uma proposição, independentemente de consenso político, mas mostra como essa forma seria descartada pela lógica formal. A terceira parte sugere que a objetividade no direito deve ser considerada a partir de um ponto de vista pragmatista para que ela possa existir no contexto jurídico.

1 A DEPENDÊNCIA LÓGICA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

1.1 CONCEITOS BÁSICOS DE LÓGICA APLICADOS AO DIREITO

Para argumentar dentro das fronteiras jurídicas, o direito normalmente usa uma forte carga de lógica formal. Para entendermos até onde nos é útil a lógica, devemos ver alguns conceitos básicos.

Podemos usar as palavras “lógico”, “ilógico”, “razoável” e “irrazoável” em linguagem natural e elas terão um significado claro para a maioria das pessoas, mesmo que não se tenha estudado lógica formal (COPI, 1974). Mas, para entender a relevância do silogismo para o direito é preciso ir um pouco além e explorar alguns

conceitos. A lógica “é o estudo dos métodos e princípios usados para distinguir o raciocínio correto do incorreto”, parte do seu estudo se dedica aos métodos incorretos do raciocínio – das falácias – e a pergunta que guia seu estudo é: “a conclusão a que se chegou deriva das premissas usadas ou pressupostas” (COPI, 1974, p.19)?

Para a lógica, duas sentenças – orações declarativas – escritas de formas diferentes podem representar apenas uma proposição: João comprou um carro, tem o mesmo significado que um carro foi comprado por João – se elas têm o mesmo significado, apesar de serem duas frases diferentes, são a mesma proposição (COPI, 1974). A preocupação do lógico é a relação entre dois tipos de proposição; (i) as premissas são provas ou razões para se aceitar a conclusão e (ii) a conclusão é a proposição que depende das outras proposições (COPI, 1974). Essa relação é chamada de argumento – que é “qualquer grupo de proposições tal que se afirme ser uma delas derivada das outras, as quais são consideradas provas evidentes da verdade da primeira” (COPI, 1974, p. 23). E a inferência é técnica pela qual se extrai uma conclusão da, ou das, premissa(s) (COPI, 1974, p. 148).

Existem, entre outros, argumentos dedutivos e indutivos. Um argumento dedutivo válido relaciona as premissas e a conclusão de forma que, se as premissas são verdadeiras, a conclusão também será – as “premissas fornecem provas decisivas para a verdade de sua conclusão” (COPI, 1974, p 139). A verdade das premissas é transmitida para a conclusão caso a relação entre as premissas e a conclusão seja válida (COPI, 1974).

Os argumentos indutivos, porém, não se preocupam com a transmissão da verdade das premissas para a conclusão. Eles se preocupam com verossimilhança ou probabilidade, podendo ser melhores ou piores (COPI, 1974). Para o direito, por razões não tão claras, o argumento dedutivo ganhou uma imensa relevância doutrinária, quase que abandonando o argumento indutivo – poucos exemplos de indução são encontrados, como no realismo jurídico com influências behavioristas (SCOFIELD, 2005). E o tipo de argumento dedutivo utilizado pelo direito é o silogismo.

O silogismo é composto necessariamente de premissa maior, premissa menor e conclusão. Sua validade ou invalidade não dependem do conteúdo das premissas, mas somente da sua forma – dependem somente da relação entre as premissas e a

Limites lógicos e materiais dos argumentos jurídicos

conclusão (COPI, 1974). Ou seja, mesmo que as proposições de um silogismo sejam absurdas, claramente falsas, ele ainda pode ser válido. E o inverso também é correto. Mesmo que as premissas e a conclusão sejam verdadeiras, o silogismo pode ser inválido caso sua forma esteja equivocada (COPI, 1974). As premissas podem simplesmente não guardar relação nenhuma entre si.

A proposição categórica é um tipo de proposição que, geralmente, compreende asserções sobre classes – sendo “classes” as coleções dos objetos que compartilham pelo menos uma característica em comum (COPI, 1974, p. 139). Numa proposição categórica se afirma ou se nega “que uma classe esteja incluída em outra, seja no todo ou em parte” (COPI, 1974). Um silogismo categórico simples possui três proposições categóricas – as duas premissas e a conclusão – que são proposições simples (COPI, 1974). Por outro lado, uma proposição composta não contém só uma proposição categórica – como é o caso da proposição condicional (COPI, 1974). Um exemplo de proposição composta condicional é: Se você matar alguém, então você será preso. Assim, a proposição condicional é formada por uma proposição antecedente e por uma proposição conseqüente – a antecedente é a que vem depois da palavra “se”, e a conseqüente é a que vem depois da palavra “então” (COPI, 1974).

Esses conceitos são um mínimo necessário para entender um dos principais papéis da lógica no direito, assim como para entender seus limites e a necessidade de encontrar respostas alternativas.

O silogismo hipotético misto, necessariamente, contém uma premissa maior, uma premissa menor e uma conclusão; a premissa maior é uma premissa condicional e a menor é uma premissa categórica, e o silogismo assume a seguinte forma: se você matou uma pessoa, então você será preso; você matou uma pessoa; logo, você será preso (COPI, 1974).

Nesse silogismo, como a premissa maior é uma proposição composta condicional, a proposição antecedente é “você matou alguém”, a proposição conseqüente é “você será preso” e a conclusão é uma afirmação da proposição conseqüente – e é a esse tipo de argumento válido que se chama de *modus ponens* (COPI, 1974).

Quando aplicado ao direito, o *modus ponens* geralmente implica em uma argumentação subsuntiva, onde se aplica uma regra de ação – que é aquela que estabelece que: “se acontecerem determinadas condições de aplicação (um caso

genérico) então alguém deve, pode ou está obrigado a realizar uma determinada ação” (ATIENZA, 2012, p. 164). É um tipo de argumento no qual se chega à conclusão mediante a subsunção de um caso concreto à classe (ATIENZA, 2012) do antecedente da proposição condicional – à classe expressada na primeira parte da premissa maior do silogismo hipotético misto (ATIENZA, 2012, p. 165):

- Se acontecerem uma série de propriedades, X (que configuram um caso genérico), então é obrigatório (proibido, permitido) realizar a ação Y.
- Neste caso aconteceram as propriedades de X (ou seja, o caso concreto se subsume no caso geral).
- Por tanto, é obrigatório (proibido, permitido) realizar a ação Y.

Essa é só uma forma mais complexa de se expressar “se P, então Q. P, logo, Q”, ou:

$$\begin{array}{l} P \supset Q \\ P \\ \hline \therefore Q \end{array}$$

E essa também é a forma mais comum de se fundamentar uma sentença judicial. Uma decisão que condena alguém a uma pena, ou declara a propriedade em nome de alguém, possui uma conclusão que é um enunciado normativo singular – e.g., fulano deve ficar tantos anos preso ou; a propriedade pertence à sociedade empresária tal –, sua premissa maior é um enunciado “normativo de caráter geral ou universal” – e.g., quem realizar a conduta P será preso ou; quem provar os fatos P será o proprietário – e sua premissa menor é uma proposição categórica que confirma a primeira parte do enunciado normativo – e.g., se realizou a conduta P ou; se provaram os fatos P (ATIENZA, 2012, p. 149). P seriam um fato operativo e Q a consequência jurídica (MACCORMICK, 2006).

Agora que já se tem uma ideia mínima do papel da lógica na estrutura da norma e na forma de argumentação jurídica, pelo menos na fundamentação da sentença judicial, a parte seguinte aprofundará a maneira como a dedução pode ser usada na argumentação jurídica.

1.2 ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E A LÓGICA

O presente estudo tem como objetivo levantar algumas dúvidas sobre quais são os critérios que compõem uma argumentação jurídica válida e o que é aceitável

Limites lógicos e materiais dos argumentos jurídicos

ou inaceitável para o direito (MACCORMICK, 2006), para que se possa, talvez, além de entender, mapear algumas fronteiras do que é, ou não, jurídico.

Sendo a justificação dos juízes formada pelas razões que oferecem como fundamento, como motivação de suas decisões (ATIENZA, 2012, p. 13), é difícil, ou impossível, traçar a linha que defina uma justificação que realmente esclareça os motivos da decisão de uma que somente os oculta. Uma justificação ostensiva não necessariamente representa o verdadeiro motivo da decisão de um juiz, mesmo sendo correta perante a lei – um juiz pode ter uma preferência sobre a aparência ou classe social de uma das partes e decidir com base nisso, mas justificar de acordo com a lei e com um argumento formalmente correto (MACCORMICK, 2006)². O que também não quer dizer que não existam fortes pressões para que os juízes decidam de acordo com a lei.

Como se mostrou nos exemplos acima, podemos justificar certas decisões numa forma silogística sem grandes problemas – são os casos fáceis. Podemos verificar a relação entre as premissas e a conclusão e a estrutura das premissas, apesar de não podermos atestar a veracidade das próprias premissas com as ferramentas da lógica formal (MACCORMICK, 2006). Existe uma série de situações que ocorrem no mundo e que possuem um significado claro e compartilhado. Assim como normas claras, que tratam de fatos e sanções que, normalmente, não geram dúvidas interpretativas. Não existe muito problema – ou problema algum – na norma que declara a maioria civil daqueles que completam 18 anos. Não existe dúvida sobre como transpor um fato ocorrido – a idade cronológica da pessoa – à linguagem jurídica estipulada no antecedente da premissa maior que é a regra – “completar 18 anos”.

O real problema da argumentação jurídica aparece quando a subsunção, sozinha, não é suficiente. As premissas tradicionalmente tratadas como jurídicas são insuficientes para lidar com a realidade – e.g., um fato não é abordado por nenhuma norma, ou a norma possui uma linguagem polissêmica e deve-se escolher entre os possíveis significados. Para se resolver o caso, outras premissas devem entrar em

² O autor, porém, faz uma ressalva contra o Realismo Jurídico – mas sem citar esse nome – dizendo que há uma forte tendência dos juízes para que eles pareçam ser o que eles deveriam ser: julgadores imparciais que somente são a boca da lei. Afirma que, apesar de juízes e advogados serem “capazes de eventuais ataques de hipocrisia ou impostura”, é “mais comum que eles sejam honestos e honrados, capazes de verdadeiros esforços de pela imparcialidade e objetividade, mesmo que nunca cheguem a alcançá-las totalmente”. Mas o autor não deixa claro os fatos que o fazem acreditar nessa tendência não-hipócrita (MACCORMICK, 2006, p. 22).

jogo. E, quando elas o fizerem, a argumentação provavelmente tomará uma forma silogística – mas a lógica formal será apenas a roupagem do argumento final, não uma maneira própria de obtenção das novas premissas necessárias.

Esse problema aparece tanto para os juspositivistas como para os jusnaturalistas, sendo que ambos criaram formas para tentar resolvê-lo. Para os positivistas, a tese de validade do direito, também chamada de teoria do formalismo jurídico, determina que a validade do direito depende de critério puramente formais, sem importar seu conteúdo (BOBBIO, 2006). Em uma abordagem puramente formal, como a da lógica, o positivismo não se preocupa com a relação premissa-realidade. As regras são válidas se cumprem um processo de elaboração pré-determinado, independentemente daquilo que prescrevem. Para os jusnaturalistas, a tese de validade juspositivista não está errada, só é incompleta – os critérios positivistas são necessários, mas não suficientes, sendo necessário que o conteúdo daquilo que pode ser considerado direito esteja também de acordo com os princípios básicos do direito (MACCORMICK, 2006). Com isso, ambos os sistemas têm seus critérios mínimos para a existência de uma norma válida e (MACCORMICK, 2006, p. 79):

É essa 'tese da validade' compartilhada que é pressuposta quando tratamos da justificação por dedução de decisões judiciais como algo suficiente e conclusivo: dada a 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 justificada.

Mas a tese de validade deve, ela própria, ser justificada. Sua aceitação e consequências na formulação e verificação das normas válidas não é auto evidente. É uma doutrina jurídica que pode ou não ser aceita por uma sociedade que a considera útil ou inútil. E, independentemente de sua aceitação, ela apresenta limites. Esses limites vêm à tona exatamente nos casos onde a subsunção pura e simples não é suficiente, nos casos difíceis. Apesar da vasta maioria dos casos poderem ser considerados como casos fáceis, é nos casos difíceis que a justificação da tese de validade se manifesta explicitamente – pois ela se manifesta implicitamente em todas as justificativas dos casos fáceis, que se bastam com uma subsunção formalmente correta onde a premissa maior é uma norma válida e a menor um caso previsto na norma: “existem razões justificatórias pressupostas para aceitar a justificação por dedução” (MACCORMICK, 2006, p. 83).

Um problema recorrente com o qual o jurista deve lidar é a polissemia das palavras. Se a norma é posta em linguagem e a linguagem varia de sentido em

Limites lógicos e materiais dos argumentos jurídicos

função do contexto, como fixar um sentido à proposição “se P, então Q”, quando tanto “P” como “Q” podem variar de sentido? Não se pretende dizer que qualquer proposição em qualquer contexto pode significar qualquer coisa, num absoluto relativismo. Nem se pretende afirmar que as fronteiras de um dado contexto são bem definidas ou poderiam ser bem definidas com o esforço necessário. Toma-se como lugar comum que a linguagem, por maiores os esforços de quem se expressa ou interpreta, pode gerar dúvidas. Apesar de isso não gerar grandes problemas em vários aspectos da vida, é de vital importância no direito. Dizer que a linguagem é polissêmica significa dizer que o direito polissêmico. Que a mesma conduta pode ser considerada ilegal ou não pela mesma regra, caso julgada por mais de um juiz. Ou seja, “P” pode ser composto de fatos 1, 2 e 4 ou de fatos 1, 3 e 6.

Quando se tem uma regra ambígua, ela só poderá ser aplicada ao caso concreto quando se escolha qual dos sentidos rivais deve prevalecer, quando se resolva a ambiguidade (MACCORMICK, 2006). Mas é exatamente essa escolha que extrapola os limites daquilo que é tido como jurídico. Não há razão puramente lógica que decida entre essa rivalidade linguística. O problema jurídico da interpretação não é o que significa “p”, mas: como justificar, juridicamente, que um sentido deva prevalecer sobre o outro (MACCORMICK, 2006)?

Outro problema jurídico, também chamado de problema da pertinência, é saber o que fazer quando nenhuma norma jurídica cobre o caso concreto – deve-se conceder o pedido do autor ou não e por quê (MACCORMICK, 2006)? Se, por exemplo, eu devo usar a analogia para resolver o caso, como justificar que P é igual a F? Como justificar que o antecedente da premissa maior de uma norma existente deve ser tratado como a classe de um fato – ou conjunto de fatos – que, por nenhuma interpretação linguística, podem ser considerados como significando aquilo que está previsto na norma? Seria o mesmo dizer que:

$$\begin{array}{l} P \supset Q \\ F \\ \hline \therefore Q \end{array}$$

Para que essa proposição faça sentido, eu preciso de uma justificativa que ultrapasse a fundamentação jurídica e lógica. Eu preciso dizer que P é igual a F. Mas, se a norma não previu F, porque eu devo considerá-la como igual a P? Ao fazer isso, o juiz legislará, sem a menor sombra de dúvida. Ele construirá uma regra

jurídica com a forma se P ou F, então Q. O que é exatamente a mesma coisa que dizer que ele criou uma regra se F, então Q.

Mas, se o juiz tem o dever de fazer justiça de acordo com a lei, como ele resolve o problema da interpretação ou o problema da pertinência? Um pressuposto para conseguir resolvê-los é aplicar o princípio da justiça formal, que é coercitivo ao juiz, e que (MACCORMICK, 2006, p. 126):

[E]xige que a justificação de decisões individuais seja sempre fundamentada em proposições universais que o juiz esteja disposto a adotar como base para determinar outros casos semelhantes e decidi-los de modo semelhante ao caso atual.

Para que um caso concreto que enfrenta um dos problemas mencionados seja resolvido de maneira não-arbitrária, é necessário que suas conclusões – aquelas que decidem a lide e resolvem o caso das partes individuais – sejam extrapoladas em enunciados universais. É necessário que se faça isso para que outros casos futuros semelhantes possam ser resolvidos segundo a nova norma e a justiça formal seja cumprida – a universalização da conclusão tem como objetivo vincular os casos futuros exatamente para que se possa evitar a arbitrariedade. Se a solução do caso não for universalizada, a arbitrariedade da decisão será garantida a partir do momento de sua realização – a não ser que uma decisão futura corrija a singularidade, transformando-a em universalidade. Para criar essa norma de forma não arbitrária, uma justificação “forte” é necessária. Essa justificação é chamada de justificação de segunda ordem (MACCORMICK, 2006).

É uma característica desse tipo de justificação a escolha entre possibilidades rivais, que decidirão tanto o sentido como a pertinência – deve-se entender a norma tal como tendo um antecedente P que abarca também o sentido de F?; deve-se entender o antecedente polissêmico de outra norma como sendo composto de fatos 1, 4 e 7 ou 2, 3 e 5 (MACCORMICK, 2006)? Como na lógica jurídica existem, sempre que há conflito, pelo menos, dois posicionamentos conflitantes sobre, pelo menos, uma norma, pode ser feito um paralelo à teoria popperiana de justificação científica (MACCORMICK, 2006). Mas o paralelo entre a teoria do método dedutivo de Karl Popper e a justificação de segunda ordem de Niel MacCormick – paralelo esse feito pelo próprio MacCormick – é apenas uma aproximação útil entre duas formas de justificação do conhecimento. Não se pretende realizar uma

Limites lógicos e materiais dos argumentos jurídicos

correspondência completa; não se pretende espelhar a teoria de Popper ao direito. Feita essa importante ressalva, passamos ao método científico clássico.

Uma teoria nasce de uma ideia nova que ainda não foi testada ou justificada, mas que passará por alguns testes para garantir, pelo menos temporariamente, seu lugar como conhecimento científico válido (POPPER, 2013). Ela será científica se falseável: deve ter uma forma lógica que permita sua refutação pela experiência (POPPER, 2013). Os testes podem ser a “comparação lógica das conclusões umas com as outras, com o que se põe à prova a coerência interna do sistema”; “a investigação da forma lógica da teoria” para determinar se é científica ou tautológica; “a comparação com outras teorias” para saber se ela será um avanço científico; e a “comprovação da teoria por meio de aplicações empíricas das conclusões que dela se possam deduzir” – se ela for testada e não falseada, estará comprovada (POPPER, 2013, p. 31-32). O objetivo do método dedutivo de Popper “não é salvar a vida de sistemas insustentáveis, mas, pelo contrário, o de selecionar o que se revele, comparativamente, o melhor, expondo-os todos à mais violenta luta pela sobrevivência” (POPPER, 2013, p. 39-40).

Apesar de o direito não poder usar esse método, a justificação jurídica e a científica compartilham duas características: (i) as decisões jurídicas tratam, também, do mundo real³ e; (ii) ambas dependem de um contexto, uma estrutura de conhecimento – o sistema de direito normativo e uma teoria descritiva e explanatória, no caso das ciências naturais (MACCORMICK, 2006). Ou seja, as escolhas jurídicas que decidem entre significados conflitantes ou entre pertinência e não-pertinência devem fazer sentido no mundo dos fatos e na estrutura lógica do direito (MACCORMICK, 2006). Com isso, a justificação de segunda ordem, que determinará o resultado da proposição jurídica válida, é um conjunto de testes pelo qual as hipóteses jurídicas devem passar – deixando que somente uma sobreviva à luta.

A justificativa de segunda ordem possui três critérios, ou tipos de teste, para que a proposição jurídica inovadora possa ser considerada devidamente justificada – ela deve ser coesa, coerente e consequencialista (MACCORMICK, 1978). Ser coesa significa que nenhuma decisão pode ser contraditória com nenhuma norma válida que seja obrigatória, tornando possível que a tese da validade (MACCORMICK,

³ O direito não deixa de ser normativo para começar a descrever a realidade, mas ele tem que lidar com a realidade. Não pode fechar seus olhos às consequências que causará.

1978) funcione como forma de controle da produção normativa – é basicamente uma análise de lógica formal entre as regras jurídicas. A regra inovadora, extrapolada da decisão do caso concreto, não pode contrariar nenhuma norma que já exista naquele ordenamento jurídico. O critério de coerência implica que a nova regra deve ser compatível com os princípios relevantes do sistema (MACCORMICK, 2006); “as normas de um sistema jurídico desenvolvido deveriam ‘fazer sentido’ quando consideradas em conjunto” – esse conjunto visa garantir objetivos gerais, considerados valiosos (MACCORMICK, 2006, 197):

Conjuntos de normas podem ser de tal natureza que todas elas sejam compatíveis com alguma norma mais geral, podendo, portanto, ser consideradas como manifestações mais específicas ou ‘concretas’ dessa norma. Se alguém considerar essa norma mais geral uma norma sólida e sensata, ou justa e desejável para a condução de relações, essa pessoa poderá com acerto tratar essa norma como um ‘princípio’ que tanto explica como justifica todas as normas mais específicas em questão ou qualquer uma delas.

Aqui não se trata mais de uma simples análise lógica da estrutura de normas possíveis e concretas. A norma tida como um valor positivo, algo bom a ser seguido, para MacCormick, é considerada como um princípio e a norma inferior que siga o mesmo fim que este princípio é uma norma coerente (MACCORMICK, 2006) – além de coesa.

Havendo regras possíveis não contraditórias com as outras já existentes – coesas – e coerentes com os princípios do sistema, o juiz do caso deve decidir aplicar aquela que terá o melhor resultado prático – não se trata aqui de um utilitarismo hedonista, mas de critérios como justiça, sentido comum e políticas públicas, por exemplo (MACCORMICK, 1978). Não existem freios possíveis que eliminem totalmente um mínimo grau de arbitrariedade na decisão – e talvez isso nem seja interessante. O caso concreto pode apresentar peculiaridades materiais onde uma análise extremamente formalista seria desnecessariamente prejudicial. Mas pode-se levantar a seguinte questão: “Como, em qualquer caso, podem os juízes começar a estruturar alguma deliberação adequada para se encaixar no caso concreto quando está em aberto um leque tão amplo de possibilidades” (MACCORMICK, 2006, 154)? E a resposta é mais do que simples: “Os advogados apresentam deliberações em potencial” (MACCORMICK, 2006, 152). Como a decisão judicial escolherá uma entre as possibilidades trazidas pelos advogados, a arbitrariedade do juiz é novamente limitada – ao mesmo tempo que os argumentos

Limites lógicos e materiais dos argumentos jurídicos

trazidos pelos advogados funcionam como o ponto de partida necessário da justificação de segunda ordem (MACCORMICK, 2006). As argumentações dos advogados, resguardadas as devidas proporções, funcionam como hipóteses científicas que devem passar por testes para que se defina qual será a sobrevivente. Se a hipótese sobrevivente é a melhor das duas e os embates jurídicos nunca cessarão, é correto acreditar que justificações de qualidade aumentarão continuamente a qualidade do direito.

Com isso, estabelecemos o papel da lógica dedutiva, seus limites e, com a justificação de segunda ordem mostramos uma argumentação jurídica que expande alguns dos limites da lógica pura. Mas a justificativa de segunda ordem também possui limites claros, que são consequência da essência linguística do direito. O capítulo seguinte continuará a desconstrução que foi começada no primeiro capítulo, mas o fará com uma abordagem filosófica e semiótica. A intensão é que se possa ter consciência dos limites da argumentação jurídica, mas ressaltar a importância de uma boa justificação dos argumentos.

2 O CONSENSO COMO PRODUTOR DE SENTIDO

2.1 OBJETIVIDADE E POLÍTICA

O problema até aqui foi a construção de sentido jurídico por meio da lógica e da argumentação jurídica. A argumentação jurídica – aqui, na forma da justificação de segunda ordem – entra em jogo quando a lógica já não basta. Mas a forma como se argumenta quando se exaure a lógica não é uma realidade do mundo descrita pela teoria jurídica. É uma prescrição sobre como deve ser a argumentação jurídica.

Agora, se a justificação jurídica não é propriamente jurídica, como no caso da justificação de segunda ordem, nem tão objetiva, como no caso da lógica dedutiva que depende da verdade das premissas, mas o direito praticamente não tem ferramentas para averiguá-la, isso não seria um ataque direto à legitimidade da decisão judicial (POSNER, 2007)? Somente será assim se ainda se conceber que o juiz deve ser uma simples máquina computacional, onde há uma separação arbitrária e impossível entre fatos e a percepção dos fatos em todos os contextos. Perdido esse fetiche – mas sem ignorar que existem significados sólidos o suficiente para que se permita a comunicação entre as pessoas – podemos aceitar que é

papel do juiz utilizar seus critérios “não objetivos” de avaliação e percepção dos fatos e das normas. Mas, sempre, de uma forma justificada o suficiente para que se permita uma discussão racional sobre os motivos que o levaram a determinada escolha de sentido/decisão.

Um problema dessa não-objetividade do direito é que só se farão verdades jurídicas por meio de consenso político (POSNER, 2007). O que difere, até certo ponto, da ciência empírica de aplicação técnica, onde se pode dizer que ela possui uma linguagem que falha perante a realidade – consegue, ou não consegue, o resultado empírico previsto pela teoria aplicada (HABERMAS, 2014). Se se pretende alterar a realidade e a forma prevista para fazê-lo não é bem-sucedida, aquilo que previu o modo da alteração não pode ser verdadeiro. Por outro lado, a má consequência de uma decisão judicial não é, por si só, capaz de demonstrar que ela estava juridicamente errada. O critério para definir o acerto ou o erro de uma decisão jurídica não é – independentemente de se deveria ser – a sua contraposição com o mundo empírico⁴. A linguagem jurídica só é capaz de falhar perante ela mesma, segundo suas regras convencionadas – e, por regras, nos referimos às convenções pelas quais se permite dizer que o uso de uma linguagem foi feito correta ou incorretamente.

Se a objetividade no direito vem do consenso político, o juízo mais objetivo é aquele que deduz “as implicações das relações de poder na sociedade” – se a objetividade do direito dependesse de um caminho claro a ser seguido que pudesse ser corrigido sempre que desviado, não fariam sentido as regras de impedimento por conflito de interesses impostas aos juízes de uma causa (POSNER, 2007, p. 169). A objetividade do direito afeta exatamente um dos problemas que para ele é mais difícil de resolver: a determinação das premissas decisórias (POSNER, 2007). Como já vimos, a parte mais difícil é encontrar premissas que correspondam aos fatos – ou se aproximem disso – para que se possa extrair uma maior utilidade da lógica.

Em sociedades em que há uma heterogeneidade política, aumenta-se a probabilidade de ser necessária a justificação de uma decisão com critérios não consensuais, como a justiça, ética, equidade, aumentando sua indeterminabilidade (POSNER, 2007).

⁴ Não se pretende, aqui, defender um empirismo lógico. Muito pelo contrário. Quando, neste artigo, se fala de realidade ou mundo compartilhado, refere-se às proposições que tratam sobre os fatos. Se algo falha perante a realidade, falha perante uma proposição que trata sobre a realidade.

Limites lógicos e materiais dos argumentos jurídicos

Assim, a justiça formal se faz extremamente pertinente nesse processo de homogeneidade. Uma vez estabelecido o critério que determina o acerto jurídico e que este tenha sido aplicado, uma estabilização do entendimento é uma forma de construir objetividade no direito, por mais que isso se diferencie do que é feito nas ciências exatas, onde objetividade possui outro significado.

2.2 OBJETIVIDADE E LINGUAGEM

Se a busca do direito por objetividade não é lastreada num *a priori* compartilhado e identificável inequivocamente por um processo “descobridor de sentido”, mas ainda assim continua como um valor a ser alcançado, algum ferramental será necessário. Independentemente do caminho jurídico que se percorra – direito natural, positivo, etc. – o problema da construção de sentido no direito continua sendo um problema linguístico. Um empirismo lógico não dará conta da complexidade das relações entre as proposições com que o direito tem de trabalhar e uma metafísica hipertrofiada garantirá uma incerteza muito grande numa sociedade heterogênea. Mas, se aceitarmos que o direito é, pelo menos, uma linguagem, podemos avançar no problema da construção de sua objetividade.

Não se pode dizer que a linguagem seja só uma forma de comunicação entre as pessoas; ela é “o fundamento de toda a comunicação”, é o fundamento da própria cultura e, em “relação à linguagem, todos os outros sistemas de símbolos são acessórios ou derivados” (ECO, 2015, p. 103). Para tentar entender como não se perder dentro da linguagem, pode-se começar por uma explicação semiótica.

Uma dicotomia que será útil para que entendamos melhor nosso problema linguístico é: (i) a função referencial e a (ii) função emotiva; a função referencial compõem uma mensagem que “indica algo univocamente definido” e a função emotiva “visa suscitar reações no receptor, a estimular associações, a promover comportamentos de resposta que vão além do simples reconhecimento da coisa indicada” (ECO, 2015, p. 104-105).

Como exemplo de função referencial podemos usar a proposição “aquele homem vem de Milão” (ECO, 2015, 106-109):

[A] expressão é um puro coacervo de termos convencionais que, para serem compreendidos, pedem uma colaboração de minha parte, e exigem precisamente que eu faça convergir sobre cada termo uma soma de experiências passadas que me permitam esclarecer a experiência em

processo. Bastaria que eu nunca tivesse ouvido pronunciar o termo Milão e desconhecesse que ele se refere a uma cidade, para que a comunicação que recebo resultasse infinitamente depauperada.

Assim, um primeiro passo para uma comunicação bem-sucedida será um compartilhamento de experiências passadas pelas pessoas que pretendem comunicar-se. As palavras não são detentoras de um significado auto evidente contido em seu som ou na combinação das letras em determinada ordem – um significado que precisaria ser apenas desvelado no processo de compreensão do signo. Porém, ainda que todos os termos sejam compreendidos pelo receptor, isso não implica que as informações que ele recebeu foram as mesmas que qualquer outra pessoa que tenha recebido a mesma proposição (ECO, 2015). Isso quer dizer que a simples transmissão de informação, por si só, não implica que exista um lastro de significado daquilo que foi transmitido.

Mas, como foi dito, a abertura da linguagem não é absoluta. Existem formas⁵ – não absolutas ou “objetivas” num sentido muito forte – de se reduzir, para controle, o que as pessoas entenderam frente um determinado estímulo, construindo-se um *pattern* unitário (ECO, 2015):

A expressão ‘O trem para Roma parte às 17:45 da Estação Central, portão n. 7’ (dotada da mesma univocidade referencial da expressão anterior) pode, sem dúvida, provocar emoções diferentes em dez ouvintes diversamente interessados em empreender viagem para Roma, conforme se trate de uma viagem de negócios, de correr à cabeceira de um moribundo, de ir receber uma herança, ou perseguir uma esposa infiel: mas que subsiste um esquema unitário de compreensão, redutível aos mínimos termos, é algo verificável exatamente na base pragmática, pela averiguação de que até 17:45 cada uma das dez pessoas chegou, por caminhos diversos, a seu lugar no trem designado. A reação pragmática das dez pessoas estabelece uma base de referencialidade comum [...].

Dois pontos podem ser levantados. Existem categorias de afirmação que possuem um certo tipo de controle sobre o compartilhamento do significado. Existem certos tipos de informação que não podem ser controladas pragmaticamente. A manifestação dos comportamentos pode servir de termômetro para a produção de sentido. Mas é um termômetro imperfeito, que pode ser visto como uma falácia – a falácia da afirmação do consequente, que será tratada mais adiante.

⁵ Essa não é uma afirmação sobre uma forma que “de fato” funciona. Não é uma das opções, retirada de um *pool* de opções certas, que descrevem a linguagem. É apenas um exemplo dado por Umberto Eco no início de sua obra e não pretendemos nos vincular a esse modelo. Mas aceitamos que ele pode ser útil e, conseqüentemente, válido para auxiliar certos problemas comunicacionais que ocorrem com o uso da linguagem.

Limites lógicos e materiais dos argumentos jurídicos

Já a função emotiva, mais do que gerar uma denotação precisa e pragmaticamente verificável, ela conota um significado que independe da mera descrição – assim como no exemplo da proposição sobre o homem que vem de Milão, pode-se dar como exemplo “Aquele homem vem de Baçorá” (ECO, 2015, p.107-108). Diferentes pessoas com diferentes experiências terão percepções diferentes dos limites do significado dessa proposição. Aqueles que conhecem a cidade poderão se lembrar de suas experiências lá; aqueles que não a conhecem mas sabem que é uma cidade no Iraque, podem tentar inferir como ela deve ser; quem é completamente ignorante ou tem uma imaginação muito fértil terá uma reação fluida e indefinida de contornos incertos (ECO, 2015). É por isso que o a Obra é Aberta e que a “a diferente referencialidade da expressão não reside, portanto, na expressão em si, mas no receptor” (ECO, 2015, p.109).

Porém, o sentido não variará somente por conta de quem recebe a informação e suas experiências pessoais. A pessoa que enuncia a frase também será responsável por alterar seu sentido pelo simples fato de ser quem ela é, por exemplo: se a frase é enunciada por um agente de viagens ou pelo autor de um livro, seus resultados serão completamente diferentes (ECO, 2015). Além da proposição pura e simples, o significado será alterado pelo campo de sugestividade, que é composto pelo lugar, momento do pronunciamento, pela audiência e que limitam o sentido, provendo uma certa unidade (ECO, 2015). Ou seja, o sentido será produzido numa combinação proposição-contexto.

Se a função emotiva, que é conotativa por natureza, só pode ser explorada com uma grande carga informacional – as experiências de quem ouve, a proposição, mais a constituição do contexto – sua objetividade é extremamente reduzida. Se o nosso problema é buscar por um mínimo de objetividade no direito pelo uso da linguagem, devemos evitar justificar as decisões com base em proposições puramente conotativas. Se devemos evitar essas proposições, nossos problemas seriam resolvidos ao enfatizar o uso de proposições com funções referenciais.

Como dissemos anteriormente, um mínimo de sentido pode ser extraído de uma verificação pragmática – e acreditamos que essa seja realmente uma boa forma de criar um lastro mínimo sobre o significado de alguns tipos de proposição. Se todos chegaram à estação a tempo de pegar o trem que parte de Brasília, como consequência de terem sido informados que o trem sairia numa hora determinada,

podemos dizer que estas pessoas entenderam a mensagem. Mas essa inferência se sustenta de um ponto de vista lógico?

A estrutura lógica do parágrafo anterior é:

$$\begin{array}{l} P \supset Q \\ \underline{Q} \\ \therefore P \end{array}$$

O antecedente da premissa condicional (P) é: se todos entenderem a hora da chegada do trem. O conseqüente (Q) é: todos chegarão a tempo de pegar o trem. Mas a premissa menor, a premissa categórica, não afirma o antecedente, como antes se disse que era preciso para ter um silogismo dedutivo válido, ou *modus ponens*. Ela afirma o conseqüente e conclui que o antecedente aconteceu. Isso é um raciocínio inválido, chamado de falácia de afirmação do conseqüente (COPI, 1974).

Se concordarmos com a afirmação de que um mínimo de sentido pode ser extraído da verificação pragmática do comportamento das pessoas, devemos negar que a lógica formal nos será útil na verificação de sentido. Os limites da lógica já foram longamente debatidos, mas esta é uma afirmação de que determinado conhecimento não é válido de um ponto de vista lógico, mesmo sendo útil.

2.3 OBJETIVIDADE E PRAGMATISMO

A dificuldade de produção de sentido no direito nos leva a aceitar a afirmação dos pragmatistas sobre o conceito de verdade: “‘verdade’ é apenas o nome de uma propriedade que todas as afirmações verdadeiras partilham” (RORTY, 1999, p. 13). Se a objetividade no direito tem qualquer relação com o conceito de verdade, ela dependerá de uma estrutura conceitual compartilhada, não de uma relação de correspondência com a realidade. O direito deverá se preocupar com a uniformização de suas opiniões se quiser ser mais objetivo.

Se temos um ferramental que nos permite explorar melhor os problemas jurídicos, devemos usá-lo: “deixa cair completamente a noção de verdade como correspondência com a realidade, e diz que a ciência moderna não nos torna capazes de enfrentar os problemas porque há correspondência, apenas nos torna capazes de enfrentar os problemas, sem mais (RORTY, 1999, p. 17)”. Isso é possível porque a linguagem não é um meio pelo qual se representa a realidade, é

Limites lógicos e materiais dos argumentos jurídicos

um comportamento humano – e como tal, o comportamento de proferir frases é algo que as pessoas fazem para interagir com o ambiente (RORTY, 1999), não meramente transmitir informação. Seria inócuo, para o pragmatista, diferenciar conveniência com verdade (RORTY, 1999) – e essa parece ser uma verdade inafastável para o direito. A busca por verdade necessariamente concorrerá com a busca por justiça, formal ou material.

Se verdade não é sinônimo de justiça e ela for mais um critério necessário para a fundamentação de uma decisão, por óbvio que existe a possibilidade de haver uma decisão justa, mas não verdadeira num sentido de correspondência com a realidade. Com isso, essa decisão deverá ser descartada por não cumprir seus critérios necessários de fundamentação. A escolha que o jurista deverá fazer é: deve-se ter a verdade – um conceito extremamente complicado e que se discute a mais de dois mil anos seu significado – como um dos critérios de fundamentação de uma decisão? Esse critério tornaria o direito mais objetivo? Essa objetividade traria benefícios sempre, sem que se precise ponderar sobre sua conveniência?

Acreditamos que a busca pela verdade no direito deve ser justificada quando for útil, não assumida como necessária. E, até o momento, não se encontra correlação evidente entre a verdade jurídica e seu benefício.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pretende-se que o leitor tenha concluído que a argumentação jurídica necessária para a justificação de uma decisão não é uma atividade que possa ser resumida à lógica formal, mas que as outras ferramentas disponíveis não serão perfeitas ou capazes de prover uma resposta necessariamente correta ou objetiva. Uma constante nas diferentes formas de resolver os problemas decisórios é que os freios necessários para que se tenha uma decisão objetiva não são, muitas vezes, jurídicos. Enquanto o jurista não se sentir confortável em extrapolar a argumentação propriamente jurídica por considerar o direito autônomo, ele diminuirá a qualidade do resultado do seu trabalho – seja um juiz ou um advogado.

REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. **El Derecho Como Argumentación**. Barcelona: Ariel, 2012.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

COPI, Irving M. **Introdução à Lógica**. São Paulo: Mestre Jou, 1974.

ECO, Umberto. **Obra Aberta**. 10. ed. São Paulo: Perspectiva, 2015.

HABERMAS, Jürgen. **Técnica e Ciência como “Ideologia”**. São Paulo: Unesp, 2014.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria Do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACCORMICK, Neil. **Dworkin as a Pre-Benthamite**, 1978. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2184462?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 29 Set. 2016.

POPPER, Karl Raimund. **A Lógica da Pesquisa Científica**. São Paulo: Cultrix, 2013.

POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RORTY, Richard. **Consequências do Pragmatismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

Artigo recebido em: Agosto/2017

Aceito em: Setembro/2017