

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

TEORIAS DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

ELOY P. LEMOS JUNIOR

LORENA DE MELO FREITAS

JERÔNIMO SIQUEIRA TYBUSCH

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

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

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

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

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

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

Conselho Fiscal

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

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

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

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

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Eloy P. Lemos Junior, Jerônimo Siqueira Tybusch, Lorena de Melo Freitas –
Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-069-5

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

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria da decisão. 3. Realismo jurídico. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

PREFÁCIO

Profa. Dra. Lorena Freitas

Prof. Dr. Eloy Jr.

Prof. Dr. Jerônimo S. Tybusch

O CONPEDI, Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, na realização de seus Encontros e Congressos, tem um papel fundamental de integração e conhecimento do estado da arte das diversas temáticas jurídicas com as apresentações no âmbito dos Grupos de Trabalho que o compõem. Estes trabalhos expressam o andamento dos estudos dos pesquisadores das pós-graduações em Direito e afins de todo país revelando os GTs como a principal dinâmica no evento.

O GT Teoria da Decisão e Realismo Jurídico foi proposto originalmente no Congresso realizado em Novembro de 2014 no PPGCJ da UFPB, expressando as preocupações teóricas do único grupo de pesquisa cadastrado no CNPq com título e objeto sendo o Realismo Jurídico. A manutenção do GT nesta edição do CONPEDI contou com a experiência na coordenação dos trabalhos dos professores signatários deste prefácio e que por ora pretende apresentar aos leitores o resultado agora em forma de livro da discussão científica apresentada no encontro.

Como nosso objeto não é apresentar cada pesquisa/artigo em si que compõem este livro, cuja multiplicidade de temas e abordagens enriqueceram o debate científico, deixamos para o julgamento do leitor a busca do conteúdo no próprio resumo que cada artigo traz.

A qualidade dos trabalhos ali apresentados permite certamente perceber este GT como uma especialidade em comparação aos tradicionais GTs de Filosofia e Hermenêutica Jurídicas, por exemplo, dando sede própria à problemática em torno da Teoria da norma x teoria da decisão, pragmatismo filosófico e jurídico, Realismo jurídico norte-americano e Realismo jurídico escandinavo, discurso jurídico, judicialização, ativismo judicial e decisionismo.

Assim, apresentamos ao público este livro com 12 capítulos agrupando exatamente os melhores trabalhos submetidos, aprovados e apresentados no XIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado em Aracaju, entre 3 e 6 de junho de 2015, cujo expressivo número de inscritos e trabalhos apresentados só vem ratificar este compêndio da doutrina nacional em Teoria Geral do Direito.

Os Coordenadores

METODOLOGIA DA CIÊNCIA DO DIREITO: ENTRE CRENÇA E ILUSÃO NO MÉTODO JURÍDICO SILOGÍSTICO DA DECISÃO JUDICIAL

METODOLOGIA DELLA SCIENZA DEL DIRITTO: FRA FEDE E ILLUSIONE NEL METODO SILLOGISTICO DELLA DECISIONE GIURISDIZIONALE

Elias Canal Freitas

Resumo

A construção de um método jurídico que conferisse o caráter científico ao direito teve contribuição da Escola da Exegese francesa, da Escola Histórica e da Jurisprudência dos Conceitos alemãs. A crença numa operação silogística de subsunção do caso à lei como método científico-racional de solução de conflitos foi superada pelo reconhecimento de sua fragilidade prática. A crítica retórica apresenta o entimema como forma de decisão judicial, em que são ocultas as premissas maiores do raciocínio jurídico. A ignorância jurídica sobre quais os argumentos mobilizados para a decisão favorece a manutenção das estratégias básicas da organização social e reforça o ideal de ataraxia.

Palavras-chave: Positivismo jurídico, Método jurídico, Silogismo, Entimema, Decisão judicial, Retórica jurídica.

Abstract/Resumen/Résumé

La costruzione di un metodo giuridico che fornisce carattere scientifico al diritto è stato il contributo della Scuola di Egesi francese, la Scuola Storica e la Giurisprudenza dei Concetti tedeschi. La credenza nel funzionamento sillogistico della sussunzione del caso per la legge come metodo scientifico e razionale di risoluzione dei conflitti è stata superata dal riconoscimento della sua fragilità pratica. La critica retorica presenta il entimema come decisione giurisdizionale, in cui sono nascosti i principali locali del ragionamento giuridico. L'ignoranza illegale di quali argomenti mobilitato alla decisione favorisce il mantenimento delle strategie di base di organizzazione sociale e rafforza l'ideale di atarassia.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Positivismo giuridico, Metodo giuridico, Sillogismo, Entimema, Decisione giurisdizionale, Retorica giuridica.

INTRODUÇÃO

Tema intrigante para os juristas é a fundamentação das decisões judiciais. A proposta de uma metodologia da ciência do direito ocupou diversos teóricos num esforço de controlar as decisões arbitrárias e viabilizar a administração da justiça na sociedade.

A construção de um método para guiar o julgador entre a norma geral e abstrata e o caso individual e concreto foi uma conquista moderna, com a ascensão do positivismo jurídico e o ideal de ciência típico do século XIX.

Destacam-se duas razões para que esse tipo de pensamento fosse transferido para o campo jurídico. Primeiro, a incredulidade na metafísica, era necessário um conhecimento que garantisse objetividade e a única via possível para apagar a subjetividade era oferecida pelas ciências empírico-analíticas. Segundo, a radical separação entre ciência e política conduziu a cisão entre o momento da criação do direito, como tarefa política, e o momento da sua aplicação científica, como atividade jurídica.

Assim, o pensamento jurídico passou a ser direcionado exclusivamente a um objeto normativo pré-dado, cujo compromisso era tão somente de conhecimento e aplicação. Essas ideias, entretanto, foram concretizadas a partir de duas influências metodológicas europeias, que serão trabalhadas a seguir.

1. ENTRE ALEMÃES E FRANCESES: A CONSTRUÇÃO DO MÉTODO JURÍDICO PARA A CIÊNCIA DO DIREITO

1.1 DO MOVIMENTO CODIFICADOR À ESCOLA DA EXEGESE: O IDEAL ILUMINISTA PÓS-REVOLUCIONÁRIO NA FRANÇA

A Escola da Exegese¹ se fortaleceu com a codificação pós-revolucionária.² Sua razão política decisiva era a necessidade de superar os privilégios e decisões arbitrárias do antigo regime.³

¹ Aroso Linhares (2010, p.138) aponta como integrantes desta Escola: Delvincourt, Duranton, Demolombe e Bugnet.

Os códigos pretendiam ser obras definidas (sistema auto-suficiente, todo fechado e sem contradições) de tal modo que o conhecimento da lei, por parte dos juristas, autorizava a aplicação lógico-dedutiva da solução prevista aos problemas que surgiam posteriormente.

Nesse contexto, Franz Wieacker (2010, p.379) afirma que “é precisamente a crença juracionista na possibilidade de um direito justo em absoluto (numa certa situação histórica) que faz crer ao legislador que é possível regular uma vez por todas qualquer situação pensável. Com isto, ele acaba por se sobrecarregar com o peso de uma casuística tuteladora e com o permanente controlo do futuro”.

Consoante o que afirma Katharina Sobota (1996, p.251), o convencimento de que o direito é um sistema constituído de normas explícitas elevou a ideia de um código que definiria todas as relações jurídicas existentes, isto é, seria completo, racional e para sempre vinculatório.

Esta pretensão terá sido ingenuamente assumida por codificações anteriores; pense-se nos cerca de... 19.000 (dezanove mil!) parágrafos de uma versão preliminar do *Allgemeines Landrecht für die PreuBischen Staaten*, de 1794, inspirado em Thomasius, que entrou em vigor com mais de... 17.000 (dezassete mil!) §§ (alguns dos quais dedicados a problemas tão... singulares como o das razões justificativas da “recusa do ‘débito conjugal’ ou [o da determinação da] idade em que os cônjuges deveriam retirar o filho pequeno da cama do casal”. (BRONZE, 2010, p.776-777)

Assim, a tarefa do jurista consistia na exegese, isto é, na interpretação, basicamente filológico-gramatical da lei, razão pela qual se vincou o nome da *École de l'exégèse*. Note-se que sob esta perspectiva – positivismo legalista – o direito era reduzido ao próprio enunciado das leis, jamais se cogitando de um sentido material trans-textual. No máximo, a interpretação da lei poderia ser complementada pela estrita consideração do seu espírito, ficção esta que buscava na intenção do legislador a coerência do sistema lógico-formal.⁴

² O movimento codificador começou no século XVIII, como por exemplo, o *Codex juris Bavaraci judicialis* de 1753, o *Codex Maximilianus Bavaricus Civilis* de 1756, o *Gerichts-Ordnung* prussiano de 1793, o ALR de 1794, o *Code Civil* de 1804 e o *ABGB* austríaco de 1811. (SOBOTA, 1991, p.2)

³ Para João Maurício Adeodato a razão filosófica do extraordinário desenvolvimento do legalismo na era moderna encontra-se no idealismo e na sedução que a lógica e as matemáticas em geral exercem sobre os filósofos. A esse respeito conferir seu livro: *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. pp. 45-51.

⁴ Tudo o que [a jurisprudência francesa] ia criando imputava-o à lei, como se fossem as suas decisões inovadoras apenas a «interpretação» desta, e foi necessário fazer o balanço do «centenário» do Code Civil para se ver claramente que aquela imputação era apenas um expediente de legitimação, pelo uso das fórmulas ortodoxas, do que era na verdade uma autêntica e notável criação. (NEVES, 1993, p.221)

Esta concepção parece cristalizada no art.4º do Código Civil Francês que dispunha: “Le juge qui refusè de juger, sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice”.⁵ Preocupados com a certeza do direito, os comentadores do código extraem duas normas desta disposição: “a proibição da denegação da justiça, e a obrigatoriedade de julgar apenas com base na lei positiva (auto-integração).” (MARQUES, 2007, p.172)

Por fim, pode-se dizer que a Escola da Exegese estava caracterizada essencialmente na afirmação de Bougnnet (*apud* NEVES, 2010, p.190): “Je ne connais pas le droit civil, je n’enseigne que le code de Napoleón.”⁶

1.2 O ESPÍRITO DO POVO E A FORMAÇÃO DA CIÊNCIA DO DIREITO NA ALEMANHA: A ESCOLA HISTÓRICA E A JURISPRUDÊNCIA DOS CONCEITOS

Em linha contra revolucionária, o pensamento jurídico alemão se opôs ao francês. Fortemente influenciada pela Escola Histórica⁷, que concebia o direito como produto histórico do *Volksgeist*, a Alemanha prorrogou em cem anos a codificação proposta por Thibaut, fazendo prevalecer o entendimento de Savigny.⁸ Este autor, conhecido como aquele que inaugurou o pensamento metodológico superador do Jusnaturalismo⁹, afirmava que a normatividade jurídica estava fundada nas instituições culturais do povo.

Dessa maneira, caberia ao jurista cognitivamente recolher em meio às instituições culturais uma objetividade normativo-jurídica. Nesses termos, a formação da “ciência do direito”, segundo Savigny, possuía três dimensões: uma *histórica*, que buscava a essência do espírito

⁵ O juiz que se eximir de julgar, sob pretexto do silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei, poderá ser processado como culpado de denegação da justiça. (Tradução livre)

⁶ Eu não conheço direito civil, eu ensino nada mais do que o Código de Napoleão. (tradução livre)

⁷ Segundo Wieacker (2010, p. 430 e ss.), os precursores e principais figuras da Escola Histórica do direito são Gustav Hugo, Friedrich Carl von Savigny e Georg Friedrich Puchta (romanistas), Karl Friedrich Eichhorn, Jacob Grimm e Georg Beseler (germanistas).

⁸ O juízo de Savigny (1816) – que, de acordo com as opiniões de hoje, é dificilmente aceitável e certamente parcial – pesou durante muito tempo sobre o Código e atrasou a sua evolução. “É revoltante a arrogância da carta de Savigny a Arnim: «... na forma e no conteúdo uma... *porcaria*» (!)” (WIEACKER, 2010, p.380, nota de rodapé nº 34)

⁹ O primeiro autor a ser estudado na parte história do livro de Karl Larenz (1997, p.6) é Savigny, e a razão pela qual este marco foi escolhido é explicada logo na introdução da obra: “Mas a metodologia de Savigny é a primeira após o ocaso do Direito natural (moderno); ele não se limitou a expô-la por diversas vezes, mas empreendeu a sua própria aplicação. A sua metodologia influenciou duradouramente a literatura juscientífica do século XIX, mesmo onde se intentava a sua refutação.”

prussiano basicamente em textos de direito romano; uma *sistemática*, que elevava o direito a uma unidade com sentido histórico coerente; e outra *prático-normativa*, que traduzia a autonomização do momento da aplicação concreta. (BRONZE, 2010, p.782)

Partindo do pressuposto de que o direito seria o mais justo possível por ser fruto do espírito do povo, o historicismo de Savigny abriu espaço para uma teoria jurídica meramente descritiva, na qual o jurista deveria abster-se de fazer qualquer consideração valorativa acerca do seu objeto de estudo, limitando-se a descrevê-lo da maneira mais objetiva possível. (COSTA, 2008, p.266)

O esforço por construir a “ciência do direito” se diluiu numa tal elaboração dogmática que o “espírito do povo” foi transformado em des-vitalizados conceitos jurídicos.¹⁰ Daí em diante a Escola Histórica se degenerou na conhecida Jurisprudência dos Conceitos.¹¹

Traço característico desta orientação metodológica é a dedução de princípios jurídicos a partir de meros conceitos. Seu método serviu para provar que a lei seria fecunda por si mesma, sem recurso às situações da vida. (KAUFMANN, 2009, p.168). O seu maior expoente foi Georg Friedrich Puchta que concebeu um sistema lógico no estilo de uma pirâmide de conceitos. Nas palavras de Karl Larenz (1997, p.23) este processo é visto assim:

À medida que subimos da base para o vértice, vai-se estreitando a largura dos estratos; de estrato para estrato, perde a pirâmide em largura o que ganha em altura. Quanto maior a largura, ou seja, a abundância da matéria, tanto menor a altura, ou seja a capacidade de perspectiva – e vice-versa. À largura corresponde a compreensão e à altura a extensão (o âmbito da aplicação) do conceito «abstracto». O ideal do sistema lógico é atingido quando no vértice se coloca o conceito mais geral possível, em que se venham a subsumir, como espécies e subespécies, todos os outros conceitos, de sorte a que de cada ponto da base possamos subir até ele, através de uma série de termos médios e sempre pelo caminho da eliminação do particular.

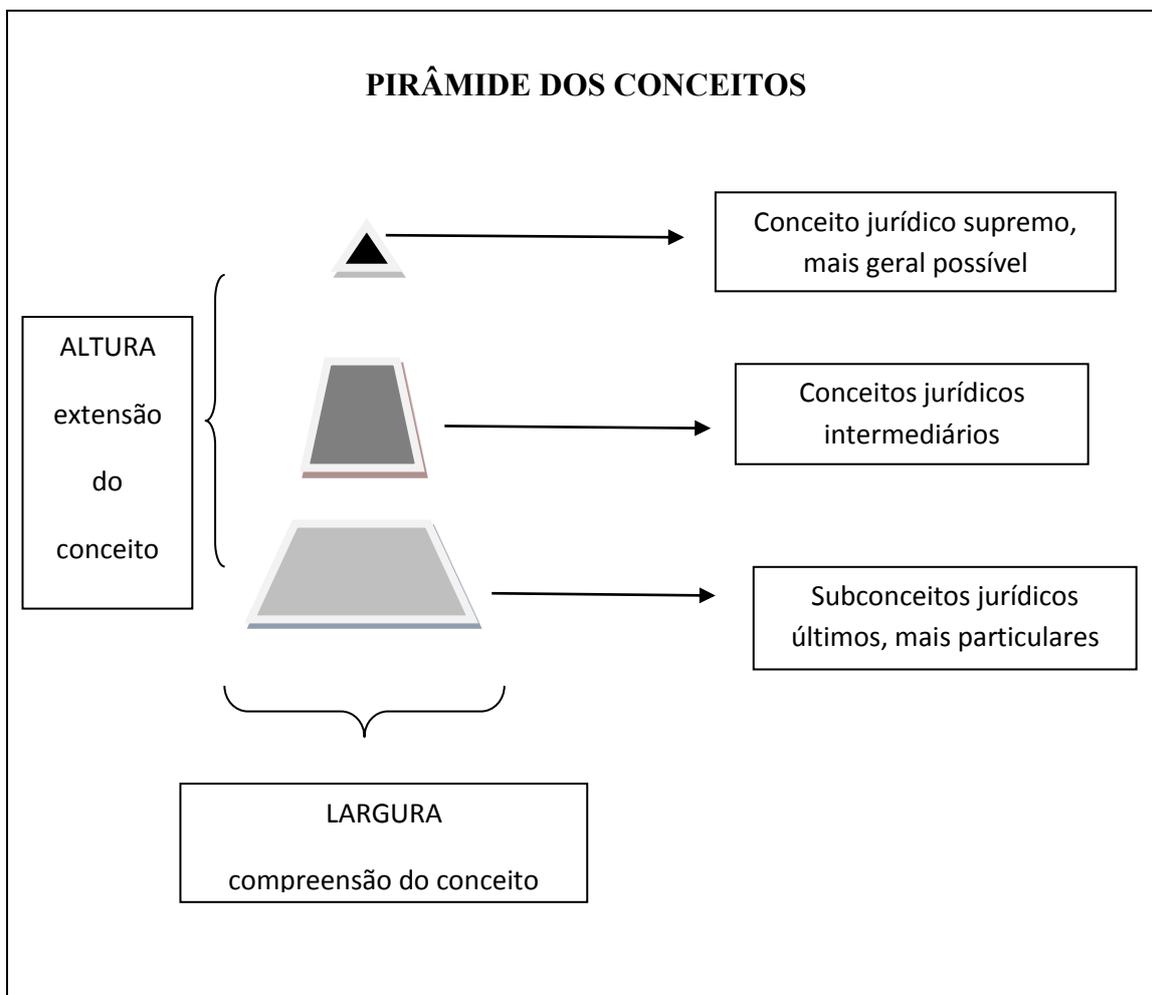
A genealogia dos conceitos ensina que o conceito supremo, de que se deduzem todos os outros, codetermina os demais por meio do seu conteúdo. A fim de não se transformar num círculo vicioso (o conteúdo do conceito-chave derivar do conteúdo dos conceitos dele inferidos), o vértice é constituído por um firmamento filosófico e ético, (v.g. liberdade) do

¹⁰ A ideia central da Escola Histórica e a sua progressiva tendência ao objetivismo está evidenciada com particular clareza em José de Oliveira Ascensão (2001, p.170. Grifo nosso): “A escola histórica representa uma reação ao racionalismo de tal modo radical que vai cair no extremo oposto. A subserviência perante um espírito do povo, que acaba por ser não menos imaginoso e não menos deificado que a razão humana contra a qual se reagir, ameaça trazer a impossibilidade de crítica da situação historicamente existente e a conseqüente sujeição ao que efetivamente existe. Neste aspecto, tem sido justificadamente observado que a escola histórica é uma das responsáveis pela situação a que no século passado se chegou, *de enclausuramento no direito vigente*, sem preocupação pelos princípios materiais estruturadores do ordenamento jurídico.”

¹¹ Para a Escola Histórica, o maior nome é de Savigny. Já da Jurisprudência dos Conceitos, destacam-se Puchta, Jhering (da primeira fase) e Windscheid. Preferimos trabalhar apenas com a genealogia dos conceitos do primeiro autor.

qual se extraem conceitos jurídicos (sujeito de direito e direito subjetivo) progressivamente até se visualizar apenas o Direito Positivo, isto é, as proposições jurídicas.

Esquemáticamente, pode-se alcançar a seguinte visualização:



O que importa destacar é que tanto a Escola da Exegese quanto a Escola Histórica e a *Begriffsjurisprudenz*, devidamente apurada por Puchta, fizeram, cada uma ao seu modo, uma teoria da interpretação substancialmente semelhante.

Em outras palavras, quer na escola de matriz francesa, quer nas de matriz alemã, a interpretação da lei era fundamentalmente ligada ao sistema conceitual pleno, coerente e fechado, para posteriormente se aplicar lógico-dedutivamente.¹² Consequentemente, o encontro destas compreensões elevou o conhecido Método Jurídico.

¹² É que, se no historicismo então surgido (com a *escola histórica*) o direito se concebia histórico-socialmente *pressuposto*, no pensamento jurídico que assumiu o legalismo contratualista e pós revolucionário (a *escola da*

2. O SILOGISMO JUDICIÁRIO COMO MÉTODO DA CIÊNCIA DO DIREITO: PREVISIBILIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA NA APLICAÇÃO DA LEI

Foi com o Método Jurídico que o princípio da dedutividade e o princípio da obediência à lei encontraram abrigo. A herança deixada pelo positivismo jurídico foi a de que ao jurista cabe o conhecimento prévio do objeto direito (plenamente identificado nas leis) para em seguida o aplicar lógico-dedutivamente sobre os problemas jurídicos.¹³

O princípio dedutivo se apresenta na forma de um silogismo, cuja mecânica de operação garantiria o sucesso da aplicação do direito. Por sua vez, o princípio da obediência à lei nada mais representava senão a impossibilidade de o julgador arbitrariamente modificar aquilo que estava previsto no funcionamento objetivo da subsunção. Numa mistura de racionalismo e cientificismo, toda teoria positivista alcançava sua projeção prática mediante a lógica-dedutivista.

Como é sabido, a *lógica formal* centra-se, desde Aristóteles, no pensamento (*rectius*, nas relações susceptíveis de se estabelecerem entre os conteúdos do pensamento) e joga com as categorias *conceito* (a abstracto-especulativa representação de um objecto), *juízo* (a afirmação de um facto como existente ou não existente) e *conclusão* (o raciocínio que impõe a necessária aceitação de uma proposição, quando se pressupõe(m), em determinados termos, outra(s) proposição(ões)). O próprio Estagirita reconheceu ser a “teoria da conclusão o núcleo da lógica”. (BRONZE, 2010, p.770)

exegese) tinha-se ele simplesmente por já *feito* («já feito», uma vez que para esse pensamento o direito estaria exclusiva e totalmente «posto» ou imposto pela lei estadual). Daí que, apesar das origens distintas (de origem cultural o historicismo alemão, de origem directamente política o legalismo francês) e de sentidos intencionalmente contrários (se o legalismo imputava o direito inteiramente ao voluntarismo político, o historicismo pretendia justamente subtrair-lo a esse voluntarismo), os dois movimentos jurídicos capitais de oitocentos viessem a convergir, pelos seus posteriores desenvolvimentos, no estatuto epistemológico de conhecimento positivo de um direito também positivo. O direito era positivo porque histórico-culturalmente pressuposto ou porque legalmente prescrito, e ao pensamento jurídico competia, num caso, o conhecimento hermenêutico-dogmático desse direito pressuposto, no outro caso, tão-só a interpretação e aplicação exegético-analítica da lei. Foi assim que o pensamento jurídico pôde ser designado por *positivismo* (*positivismo jurídico*), nos dois sentidos que a expressão denota – quanto ao direito, reconhecia-o só como o *direito positivo*; quanto ao pensamento jurídico, compreendia-o unicamente como *conhecimento* (como «ciência») desse direito positivo. (NEVES, 2010, pp.297-298)

¹³ Também o método da construção sistemática e conceitual, bem como a dedução lógica da decisão jurídica a partir do sistema e dos conceitos, foi copiado pela Escola Histórica do «método demonstrativo» dos primeiros trabalhos de Christian Wolff. A herança do racionalismo de Wolff manifesta-se com a máxima clareza na «pirâmide conceitual» de Puchta. Mas já Savigny postulava na «*Methodenlehre*» uma «estrutura» interna, uma «unidade do tratamento... um conteúdo comum, tarefa comum para uma ciência jurídica que não esteja submetida a qualquer acaso». A jurisprudência tem, nesta medida, «fronteiras directas com a filosofia que, através de uma *dedução* integral, deve indicar os limites desta tarefa comum». Tratava-se já, portanto, de uma tarefa de ordem formal, de uma elaboração lógica, da ligação de várias normas e da construção do seu sistema (o «sistema específico»). (WIEACKER, 2010, p. 426)

A partir destes elementos básicos pode ser formado o silogismo que representa a forma mais racional de se apresentar argumentos verdadeiros. Bastava utilizar dois juízos categóricos como premissas para necessariamente se alcançar um juízo categórico conclusivo.

Alaôr Caffé Alves (*apud* BRASIL JR., 2007, p.48) define silogismo como “uma forma de argumentação *dedutiva*, pela qual de um *antecedente* (duas premissas), relacionado com *dois termos* (extremos) a um *terceiro* (o médio), tiramos um *consequente* (conclusão) que *une* esses termos (extremos) entre si. *A argumentação é a disposição correta de premissas para uma conclusão*”. Ao se transferir esta racionalidade para o Direito, o silogismo judiciário pode ser apresentado desta maneira:

Premissa Maior	« <i>Lei</i> »: a hipótese prevista na norma com a correspondente consequência jurídica
Premissa menor	« <i>Caso</i> »: o problema juridicamente relevante
<hr/>	
Conclusão	« <i>Solução</i> »: a resposta para o caso com a necessária aplicação da consequência jurídica

De acordo com Norbert Horn (2005, p.180)

A tarefa específica da subsunção consiste em constatar se uma certa situação de vida (= premissa menor) é abrangida pela descrição geral e abstrata do tipo legal (como parte da norma = premissa maior). Essa aproximação intelectual de caso (premissa menor) e norma (premissa maior) geralmente submete-se a questões de interpretação da norma. A situação da vida deve ser abrangida de tal forma que possam ser reconhecidas as características que falam contra ou a favor da abrangência pelo tipo legal (e, com isso, contra ou a favor da aplicação da norma).

As regras da lógica apofântica ocupariam o jurista na sua atividade. Por esta razão era importante a identificação das figuras e dos modos da lógica anunciada. De acordo com Samuel Meira Brasil Jr. (2007, p. 48) pode-se visualizar as seguintes figuras e modos¹⁴:

¹⁴ Para uma exposição mais elucidativa sobre o pequeno *Collegium Logicum*, vide *Introdução à Lógica e à Metodologia da Ciência do Direito – O Processo do Conhecimento Jurídico*. In: *Filosofia do Direito*. Arthur Kaufmann. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. p. 101-114. Caso queira o leitor se aprofundar nos estudos da Lógica Clássica, recomenda-se a leitura de William Kneale e Martha Kneale, em *O desenvolvimento da Lógica*. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

1ª figura	2ª figura
O termo médio se encontra no Subjeito da PM e no Praedicado da Pm; (<i>Sub-Prae</i>)	O termo médio se encontra no Praedicado da PM e no Praedicado da Pm; (<i>Prae-Prae</i>)
Todo homem é mortal. (sub)	Todo animal é ser vivo. (prae)
Sócrates é homem. (prae)	O mineral não é ser vivo. (prae)
Logo, Sócrates é mortal.	Então, o mineral não é animal.
3ª figura	4ª figura
O termo médio se encontra no Subjeito da PM e no Subjeito da Pm; (<i>Sub-Sub</i>);	O termo médio se encontra no Subjeito da PM e no Praedicado da Pm; (<i>Prae-Sub</i>)
Todo animal é racional. (sub)	Pedro é homem. (prae)
Algum animal é ignorante. (sub)	Todo homem é mortal. (sub)
Portanto, algum racional é ignorante.	Assim, algum mortal é Pedro.

AFFIRMO	NEGO
A – afirmativa universal (Todo é)	E – negativa universal (Todo não é)
I – afirmativa particular (Algum é)	O – negativa particular (Algum não é)

A partir da identificação dos modos e figuras dos silogismos, é necessário saber o passo seguinte na identificação de sua validade. Para tanto, foram lançados 64 modos de silogismo possíveis e, dentre estes, apenas 19 são válidos, conforme se nota na tabela abaixo:

1ª figura	2ª figura	3ª figura	4ª figura
<i>Barbara</i> – AAA	<i>Camestres</i> – AEE	<i>Darapti</i> – AAI	<i>Bamalip</i> – AAI
<i>Celarent</i> – AII	<i>Baroco</i> – AOO	<i>Datisi</i> – AII	<i>Camenes</i> – AEE
<i>Ferio</i> – EAE	<i>Cesare</i> – EAE	<i>Felapton</i> – EAO	<i>Fesapo</i> – EAO
<i>Darii</i> – EIO	<i>Festino</i> – EIO	<i>Ferison</i> – EIO	<i>Fresion</i> – EIO
		<i>Disamis</i> – IAI	<i>Dimatis</i> – IAI
		<i>Bocardo</i> – OAO	

Para efeitos meramente exemplificativos, tomamos a representação feita por Ulfrid Neumann (2009, p.329) sobre o modo *barbara*:

Todos os assassinos devem ser condenados
T é um assassino
T deve ser condenado

A mobilização das categorias previstas num silogismo acarretaria numa sentença legitimamente proferida pelo juiz. Se o resultado obtido no juízo¹⁵ fosse diferente do concebido pelo sistema positivo, significa dizer que o juiz não operou nos moldes propostos e, por isso, agiu arbitrariamente. Assim, “o operador jurídico não tem liberdade para expressar sua vontade pessoal, devendo manifestar uma vontade imposta pelo dever ser jurídico e fundamentar qualquer decisão, *indicando* as normas que a justificam.” (DIMOULIS, 2013, p.128)

Ademais, se analisado da perspectiva semiótica, o método jurídico consistia na operação exclusivamente sintático-semântica do direito. Os elementos ligados à linguagem pragmática eram excluídos, pois não eram considerados aptos para um trabalho científico que se pretendia plenamente objetivo.

Tudo o que foi dito, portanto, pode ser sintetizado nas seguintes categorias do Método Jurídico, devidamente trabalhadas por Castanheira Neves (2010, p.307-308):

- O direito é uma entidade racional subsistente em si próprio, autônomo, sem relevar qualquer consideração heterônoma, seja ela axiológica, política, econômica, etc;
- O direito constitui um sistema normativo unitariamente consistente (sem contradições), pleno (sem lacunas) e fechado (auto-suficiente);
- O pensamento jurídico pertence à razão teórica, cuja índole objetivo-intelectual e lógico-teorética desemboca em termos lógico-analíticos e sistemático-conceitualmente dedutivos;
- A validade dos juízos jurídicos e a fundamentação jurídica são aferidas apenas formal e analiticamente;

¹⁵ Toma-se a distinção técnica entre juízo (não há poder algum por parte de quem ajuíza) e decisão (tudo é poder, manifestação de uma vontade de quem decide). Esta divisão justifica porque no sistema da dedução, visualizado no Método Jurídico, o que há na figura do juiz é apenas a aplicação da lei, isto é, a sentença é um puro juízo, e não uma decisão, pois esta seria considerada não científica e arbitrária.

- A realização do direito é reduzida a uma aplicação subsuntiva, ou seja, aplicar uma norma consiste em atribuir ao *fato*, que realiza a *hipótese*, os *efeitos* de direito que a disposição enuncia.

Evidenciadas estas notas, pode-se entender porque Wilhelm Sauer (*apud* NEVES, 1993, p.11) afirmou que “no princípio de qualquer ciência está o método.” Ora, qual a via que se pretendesse científica ousaria discordar da racionalidade do método construído sobre todo este arcabouço teórico?

A esta pergunta será dedicado o próximo capítulo.

3. A ILUSÃO DO SILOGISMO E A ESTRUTURA ENTIMEMÁTICA DO RACIOCÍNIO JURÍDICO

Para as críticas retóricas de Katharina Sobota (1996), este ideal tornou-se parte do estoque de ilusões sociais, pois a prática jurídica não é governada nem pelas premissas maiores nem por normas instrumentais.

A convergência do racionalismo, do iluminismo e do positivismo na construção de um método aparentemente dotado de certeza e previsibilidade, sob a perspectiva retórica, nada mais representa senão uma técnica altamente funcional de criar a ilusão de certeza em uma esfera de incerteza.

Ao invés da engenharia lógica e artificial das construções teóricas, se for observada a retórica dos juízes e advogados em sua prática cotidiana, a pretensão silogística de método de decisão jurídica é afastada em favor da argumentação essencialmente entimemática.

De acordo com Adeodato (2012, p.368), se o entimema é formalmente definido como uma estrutura silogística à qual falta um dos três elementos, logo, é logicamente possível construir três entimemas a partir de um silogismo completo, como a seguir:

Silogismo completo:	(Premissa 1) Todos os homens são mortais. (Premissa 2) Sócrates é homem. (Conclusão) logo, Sócrates é mortal.
Entimema 1 (faltando a P1):	(P2) Sócrates é um homem. (C) logo Sócrates é mortal.
Entimema 2 (faltando a P2):	(P1) Todos os homens são mortais. (C) logo, Sócrates é mortal.
Entimema 3 (faltando a conclusão):	(P1) Todos os homens são mortais. (P2) Sócrates é um homem.

A utilização dos entimemas no discurso jurídico funciona para “evitar repetições enfadonhas e a afirmação tediosa de verdades triviais” (SOBOTA, 1996, p. 6). “O entimema deverá consistir de poucas proposições, ou seja, menos do que a quantidade necessária de um silogismo normal. Pois, caso qualquer dessas proposições seja um fato familiar, não há necessidade de mencioná-la; os ouvintes a acrescentarão por conta própria.” (ARISTÓTELES, 2007, p.26)

Entretanto, a ideia de que as normas são auto-evidentes acaba por mascarar as reais motivações que conduziram o raciocínio até a conclusão apresentada. Normalmente, as premissas ocultas estão calcadas em normas morais, religiosas, econômicas ou políticas, para além das tipicamente jurídicas.

Isso constitui o que Sobota (1996, p.12) denomina “valorações sociais subjacentes”, porque “as normas utilizadas no processo de decisão judicial são na maior parte alusões, às vezes recheadas de informações sobre a realidade social, mas às vezes também reduzidas a uma atribuição geral, a qual pode ser preenchida com sentimentos inexpressáveis, afirmações casuais de valores e realizações também casuais de modelos estimativos tradicionais”.

A crença na estrutura racional e científica do método jurídico gera a falsa segurança de coerência, previsibilidade e imutabilidade; e a ignorância das premissas maiores articuladas nos silogismos incompletos é extremamente funcional para a decisão (muitas vezes arbitrária e não “científica”) dos problemas sociais.

Não se deve ignorar que “os conflitos têm de ser resolvidos com o menor índice possível de perturbação social” (FERRAZ JR. 1994, p. 88), daí que a confiança na estrutura jurídica seja um importante elemento para a manutenção das estratégias básicas da organização social. Assim, a simulação de conhecimentos científicos desvia a atenção dos “fundamentos decisórios ocultos” ou até mesmo dos “fundamentos ilusórios”¹⁶ que as decisões judiciais contêm.

Katharina Sobota (1996, p. 10-11) aponta vantagens da ignorância jurídica, tais como: (i) o **ocultamento da inconsistência** de todo o sistema normativo; (ii) a possibilidade de invocar qualquer premissa que pareça apropriada àquela situação particular, com a **adaptação casuística do significado da norma**; (iii) a utilização de **valorações sociais subjacentes**, que por vezes colidem com regras legais, mas no caso particular ganham sentimento de justiça e equidade; (iv) a **invisibilidade de contradições flagrantes** dos argumentos com as regras da lógica, da sistematização legal, da igualdade, da legalidade.

É certo que quando se desconstrói o discurso jurídico, especialmente o judicial, revelam-se os efetivos fundamentos alopoéticos da decisão. É assim que os subsistemas económico, ideológico, sexual, ou de relações de amizade interferem no subsistema jurídico, o que pode representar uma ameaça ao efeito legitimador da decisão concreta e até às bases da sociedade. Só sistemas sociais mais primitivos, em termos de complexidade social, podem manter esse carácter alopoético e dar-se ao luxo de explicitar claramente o conteúdo valorativo das regras de controle social; mesmo assim, nunca o de todas elas. (ADEODATO, 2012, p.375)

Nessa linha, a perspectiva retórica evidencia que, ao invés de um **método de decisão**, o silogismo representa apenas mais um **estilo de apresentação** da decisão judicial. Desse modo, o decididor passeia entre a explicitação verbal e o completo silêncio da motivação jurídica, situando-se na esfera de implicação, que se caracteriza por uma forma relativamente certa e um conteúdo relativamente incerto.

Como se não bastasse o problema interno do método subsuntivo, a decisão judicial é produto também das interferências externas, como o reconhecimento, importância ou poder de

¹⁶ Apesar de reconhecer o carácter entimemático das decisões judiciais, Kaufmann (2010, p. 87) sustenta que a premissa “tem que ser expressa, reflectida, incluída na argumentação e tem de se estar disposto, se for o caso disso, a corrigi-la. A credibilidade das decisões jurisdicionais não é posta em causa pelo facto de na decisão serem expostas, para além das razões legais, também os juízos pessoais do julgador, para além dos fundamentos legais, também os seus fundamentos pessoais. Mas, evidentemente, se nos ativermos a um conceito objectivista do conhecimento, ao esquema cognitivo sujeito/objecto e a um conceito de direito ontológico-substancial, então uma tal exigência aparece como um sacrilégio.” Percebe-se que esta perspectiva (ontológica) confronta àquela adotada por Adeodato e Sobota (retórica).

«quem» apresenta os argumentos de uma posição jurídica (*ethos*) ou ainda os artifícios de convencimento pelo apelo às simpatias ou ojerizas do julgador, numa influência sentimental e ativa para captar reações no ouvinte (*pathos*).

O engodo e a formulação de falácias também são fortes ataques à estrutura formal do discurso silogístico, como bem provou Arthur Schopenhauer através de sua “Arte de Vencer um Debate sem Precisar ter Razão”¹⁷, com a utilização de 38 estratagemas, sem contar as inumeráveis outras formas de convencimento enganoso. “Tudo isso, pode se dar de modo real ou apenas aparente, com motivos legítimos ou ilegítimos: e porque não é fácil determinar com segurança algo a respeito é que os debates são tão longos e obstinados.” (2009, p.16)

A propósito, é interessante a observação de Samuel Meira Brasil Jr. (2007, p.51) de que as falácias podem ser cometidas *involuntariamente* e são chamadas ‘paralogismos’ ou ‘equivocos’; ou *voluntariamente*, estas denominadas ‘sofismas’, buscando iludir o interlocutor com um argumento formal ou materialmente incorreto, com aparência de verdade.

O reconhecimento de que o silogismo representa uma ilusão artificialmente arquitetada, para a postura retórica reforça o ideal de ataraxia, como tentativa de se manter impassível diante dos acontecimentos, por meio da convicção de que as coisas acontecem aleatoriamente (ADEODATO, 2011, p. 71).

POSTURA RETÓRICA DIANTE DA ILUSÃO METODOLÓGICA

O problema da fundamentação das decisões judiciais preocupa filósofos e dogmáticos do direito, mas, aparentemente entre todos, o silogismo jurídico ainda goza de confiança científica na construção da decisão judicial.

Na premissa maior, o debate gira em torno da hermenêutica jurídica, ou ainda, sobre a teoria da norma jurídica. Na premissa menor, surgem dúvidas sobre a redução linguística do evento único e irrepitível em matéria de prova e a sua demonstração no processo. Na conclusão,

¹⁷ Esse título se deve à tradução de Daniela Caldas e Olavo de Carvalho, na tradução para a editora Topbooks também citada na bibliografia final.

polarizam-se em tipos ideais: de um lado, a decisão puramente arbitrária e voluntarista do decisor; de outro lado, o juiz como boca da lei, em que um simples juízo subsuntivo do fato à norma é suficiente para resolver os casos, sem qualquer interferência valorativa.

Nesse contexto de divergências teóricas e práticas, com Kaufmann (2010, p. 92) pode-se refletir, afinal, “a questão que importa é precisamente esta: será a ciência jurídica verdadeiramente uma ciência ou apenas se chama assim? E antes de mais: haverá um *método jurídico racional*?”

A postura retórica, entretanto, parece indiferente a eventuais conclusões verdadeiras, pois ainda que criado um novo método jurídico a decisão judicial sempre estará sujeitas às influências extra-dogmáticas.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria dogmática jurídica*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011

_____. *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. (Em contraposição à Ontologia de Nicolai Hartmann) 4. Ed. Saraiva: São Paulo, 2009

ARISTÓTELES. *Retórica*. Trad. Marcelo Silvano Madeira. Coleção Biblioteca Clássica. São Paulo: Rideel, 2007.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral, uma perspectiva luso-brasileira*. 2.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

BRASIL JR. Samuel Meira. *Justiça, Direito e Processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*, Coleção Atlas de Processo Civil. Carlos Alberto Carmona (coord.) São Paulo: Atlas, 2007

BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao direito*. 2.ed. reim. Coimbra: Coimbra, 2010

COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. Tese de doutoramento em direito da Universidade de Brasília – UnB. 2008

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 5 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994

HORN, Norbert. *Introdução à Ciência do Direito e à Filosofia Jurídica: Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*. Trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005

KAUFMANN, Arthur. *A problemática da filosofia do direito ao longo da história*. In: KAUFMANN, A. HASSEMER, W. (org.) *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. António Manuel Hespanha. 2.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Trad. António Ulisses Cortês. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997

LINHARES, José Manuel Aroso. *Sumários desenvolvidos de introdução ao direito*. Policopiado. Coimbra, 2010 [s.n.]

NEUMANN, Ulfried. *Lógica jurídica*. In: KAUFMANN, A. HASSEMER, W. (org.) *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. António Manuel Hespanha. 2.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009

MARQUES, Mário Reis. *Introdução ao direito*. Vol I. Coimbra: Almedina, 2007

NEVES, A. Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Vol I, II, III. reim. Coimbra: Coimbra, 2010

_____. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Col. Studia iuridica do Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra. Vol.1. Coimbra: Coimbra, 1993

SCHOPENHAUER, Arthur. *A arte de ter razão: exposta em 38 estratagemas*. Trad. Alexandre Krug. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009

_____. *Como vencer um debate sem precisar ter razão: em 38 estratagemas (Dialética Eristica)*. Trad. Daniela Caldas e Olavo de Carvalho. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997

SOBOTA, Katharina. *Não mencione a norma!* Trad. João Mauricio Adeodato. Recife: UFPE, 1996

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 4. ed. Trad. António Manuel Lisboa Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2010