

AS LIMITAÇÕES DO SILOGISMO LÓGICO-DEDUTIVO E DO RECURSO À SUBSUNÇÃO NA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

THE LIMITATIONS OF THE LOGICAL-DEDUCTIVE SYLLOGISM AND THE USE OF SUBSUMPTION IN LEGAL ARGUMENT

Maria Eduarda Andrade e Silva¹

João Costa Neto²

<https://doi.org/10.55839/2318-8650RevParRPv34n1pa111-133>

RESUMO

O artigo pretende tratar das dificuldades que comprometem o uso irrestrito da subsunção e do silogismo lógico-dedutivo no direito. Aborda-se a insuficiência do critério de validade lógico-formal no que diz respeito à garantia de veracidade das premissas dentro de um silogismo e enfoca-se a necessidade de que o direito se preocupe com as justificativas de conteúdo do argumento. O artigo trata de aspectos que devem ser compreendidos como limitadores na tarefa de fixação das premissas do silogismo, como a dependência em relação às convenções linguísticas na delimitação dos predicados, a submissão a regras de direito probatório e a juízos interpretativos, o caráter adversarial do processo judicial, além de indicar a analogia e da ponderação como duas outras operações básicas do direito, ao lado da subsunção. O artigo ainda expõe como formalizações de raciocínio construídas a partir de encadeamentos lógico-dedutivos podem carregar uma expectativa de completude do ordenamento jurídico e de racionalidade do julgador, encobrindo a complexidade do fenômeno jurídico e do processo de tomada de decisão.

¹ Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, na linha de pesquisa Constituição e Democracia (2020). Graduação em Direito pela Universidade de Brasília, Advogada da União. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Civil (ABPC) e da Associação Norte Nordeste de Professores de Processo (ANNEP). Possui interesse de pesquisa na área de deliberação judicial; cortes judiciais; acesso à justiça; relação entre judiciário e política; e direito processual. E-mail: mmariaeduarda5000@gmail.com

² Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) e Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), na graduação e na pós-graduação (mestrado e doutorado). É Doutor e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Doutorando em Direito Público pela Humboldt-Universität zu Berlin. Mestre em Direito Romano pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Bacharel e Licenciado em Filosofia pela Universidade de Brasília (UnB). Foi Juiz Auxiliar em gabinete de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Foi também Advogado, Parecerista e Procurador Federal. É autor dos livros: "Liberdade de Expressão: o Conflito do Legislador e do Juiz Constitucional" (São Paulo: Saraiva, 2017); "Iudex qui litem suam facit: responsabilidade civil objetiva em Roma" (Saarbrücken: NEA, 2016); "Dignidade Humana na visão do Tribunal Constitucional Federal alemão, do STF e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos" (São Paulo: Saraiva, 2014). E-mail: joacostaneto@outlook.com

Palavras-chave: Argumentação. Silogismo. Subsunção. Lógica. Dedução.

ABSTRACT

This paper aims to show the limits of the use of logical-deductive syllogism and subsumption as unrestrictedly valid legal arguments. It addresses the insufficiency of the criterion of logical formal validity to guarantee the veracity of the premises; and focuses law's need to be concerned with the content justifications of the argument. The article deals with the limiting task of the premises, the dependence on linguistic conventions, the submission to rules of evidence and to interpretative reasoning, the adversarial character of the judicial process. It also considers analogy and balancing as two basic operations of law, besides subsumption. The article also exposes how reasoning formalizations built from logical-deductive chains may carry an expectation of completeness of the legal order and of the judge's rationality, hiding the complexity of the legal phenomenon and the decision-making process.

Keywords: Argumentation. Syllogism. Subsumption. Logic. Deduction.

1. INTRODUÇÃO

O direito é marcado por disputas argumentativas. Processos judiciais são campos de batalhas argumentativas. Basta a instauração de uma controvérsia jurídica e são costurados argumentos e erigidos contra-argumentos, que se combatem na expectativa de serem reconhecidos como respostas adequadas ao sistema jurídico. Argumentos, em geral, giram em torno da interpretação e vigência do próprio Direito, de questões probatórias a respeito da ocorrência dos fatos³ e da aplicação de precedentes. Nesse embate, apelos argumentativos são testados, contrastados e mensurados para, ao fim, cederem em favor de argumentos entendidos pelos julgadores como mais bem afinados ao ordenamento jurídico. Por sua vez, argumento é discurso intencionalmente vocacionado ao convencimento. “Argumentar é a arte de procurar, em situação comunicativa, os meios de persuasão disponíveis”⁴.

A efetividade da persuasão depende fundamentalmente de seu emissor, desde a escolha dos elementos de convencimento até a capacidade de articulá-los. Para o caso em que o Estado-Juiz é o emissor do discurso argumentativo, há nítidos aspectos de legitimação democrática e de obediência legal diretamente envolvidos na resposta argumentativa apresentada. O escrutínio

³ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Theory of legal reasoning. New York: Oxford University Press:2005, p.14.

⁴ RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. *Argumentação jurídica*. Técnicas de persuasão e lógica informal. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 13.

da própria atividade judicial passa pela inspeção dos argumentos. ATIENZA afirma que a argumentação dos advogados, por ser partidária, não acopla em si pretensões de correção⁵. Caso contrário, poder-se-ia minar a própria estratégia eleita.

Numa demanda processual, a contenda entre os litigantes pode produzir a crença de que apenas um dos lados possui razão frente ao Direito. Sob essa ótica, a justiça será operada desde que confira ao injustiçado o reconhecimento da correção de suas condutas e desde que se submeta o violador da norma ao reproche e às penas da lei. Tal conclusão é superficial por não levar em conta a possibilidade de múltiplas e recíprocas violações ao direito, a existência de leis contraditórias e de lacunas⁶. Esse quadro aumenta a dificuldade de precisar-se a melhor colocação argumentativa em termos de adequação ao direito.

O juiz também pratica um exercício argumentativo quando fundamenta suas decisões. A justificativa decisória implica a escolha entre argumentos expendidos pelos litigantes ou a tessitura de razões inéditas, de terceira via. No caso particular do Estado-juiz, o discurso argumentativo veiculado em suas decisões é proferido em meio às exigências de sua função público-democrática. Ao fundamentar, o juiz exterioriza o raciocínio empregado, que, em tese, deve ser capaz de subsidiar as conclusões alcançadas⁷. Paralelamente, também as partes conjugam invocações teóricas sobre os fatos e o direito, as quais se congregam sinergicamente, em favor de seus interesses. Logo, no campo do processo, há argumentos de acusação, de defesa e de justificação. Em todo caso, deve existir uma lógica mínima entre as proposições argumentativas e sua conclusão. Mas falar-se em argumento jurídico amparado em uma estrutura de lógica formal demanda maior esforço reflexivo.

2. O ARGUMENTO LÓGICO-DEDUTIVO NO DIREITO

⁵ “Pero en todo caso (y aunque en grados distintos), el carácter ‘partidario’ de la función de los abogados hace que en relación con sus argumentaciones (salvo en casos excepcionales) no tenga mucho sentido hablar de «pretensión de corrección» [...] Y no lo supone porque en la defensa de esa tesis (eventualmente correcta), la argumentación de los abogados no está regida por los principios que caracterizan el discurso racional: por ejemplo, no se aplica el principio de sinceridad, o sea, el abogado no tiene la obligación de decir toda la verdad, aunque tenga ciertos deberes al respecto, como el de no introducir pruebas falsas en el proceso; ni tiene, naturalmente, la obligación de exponer los posibles argumentos que debilitarían su postura (y, si lo hace, no será para presentarlos en su mejor luz); etcétera.” ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madri: Ed. Trotta, 2013, pp. 706-707.

⁶ Vide RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. *Argumentação jurídica*. Técnicas de persuasão e lógica informal. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 19.

⁷ RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. *Argumentação jurídica*. Técnicas de persuasão e lógica informal. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 41.

No caminho argumentativo percorrido juridicamente, é extremamente comum o uso de argumentação dedutiva. MACCORMICK explica que a argumentação dedutiva se propõe a demonstrar que “one proposition, the conclusion of the argument, is implied by some other proposition or propositions, the ‘premisses’ of the argument”⁸. Há, por trás desse raciocínio, uma lógica de inferência dedutiva⁹, porquanto a conclusão é derivação necessária das premissas apresentadas.¹⁰

O termo “lógico” é usado, nesta perspectiva, para designar a implicação entre proposições e a ilação delas decorrente. Em uma segunda acepção, denominada por MACCORMICK de “uso diário”, ser lógico ou ilógico relaciona-se com a “the presence or absence of over-all consistency in the values and principles pursued by the law”¹¹. Ou seja: vincula-se à estipulação ou não de normas irracionais, contraditórias, sem sentido ou injustas¹². Há ainda a concepção de “lógica” como equivalente a metodologia¹³⁻¹⁴.

Retomando a análise do argumento lógico-dedutivo, tem-se que a formulação positivada do direito costuma ser resumida em um modelo “se *a*, então *b*”, sendo *a* o conjunto de fatos com repercussão e influência na atração da consequência jurídica *b*. Fatos operativos da norma, para MACCORMICK, seriam aqueles que deveriam ser descritos e provados como condição de aplicação de uma determinada consequência jurídica¹⁵.

MACCORMICK sustenta que “a legal rule is a normative provision stated in or constructed from a recognized legal source that has the form of linking a determinate normative consequence to determinate operative facts”¹⁶. Nesse esquema, há uma subsunção dos fatos a

⁸ MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. New York: Oxford University Press, 2003, p.21. Na tradução do trecho por Waldéa Barcelos, ev. Marylene Pinto Michael: “uma preposição, a conclusão da argumentação, está implícita em alguma outra proposição ou proposições, as ‘premissas’ da argumentação. MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 26.

⁹ MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. New York: Oxford University Press, 2003, p. 35.

¹⁰ MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. New York: Oxford University Press, 2003, p.35-36.

¹¹ MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. New York: Oxford University Press, 2003, p.39. Em tradução livre: a presença ou ausência de uma coerência geral nos valores e princípios perseguidos pela lei.

¹² MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. New York: Oxford University Press, 2003, p. 38.

¹³ NEUMANN, Ulfried. Lógica jurídica. In: KAUFMANN, Arthur. HASSEMER, Winfried [Org.]. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian: 2015, p. 327.

¹⁴ Este artigo não examina outras abordagens lógicas e não critica o argumento que pressupõe lógica no sentido de coerência.

¹⁵ MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. New York: Oxford University Press, 2003, p.45.

¹⁶ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Theory of legal reasoning. New York: Oxford University Press:2005, p.24. Em tradução livre: uma regra legal é uma disposição normativa estabelecida ou construída a partir de uma fonte jurídica reconhecida que tem a forma de relacionar uma determinada consequência normativa a determinados fatos operativos.

uma hipótese legal. Mesmo que haja a concatenação de mais premissas ou a combinação de mais de um silogismo, o raciocínio básico não se altera.

ABBAGNANO esclarece que o termo “silogismo” se tornou, a partir do pensamento de Aristóteles (*Analíticos anteriores*, 24b, 18–20)¹⁷, designativo do raciocínio dedutivo, em que, postas algumas afirmações, outras lhes sucedem de forma necessária¹⁸. Na dedução, parte-se do universal para o concreto, do geral para o particular.

A premissa maior veicula a hipótese universalizável e genérica, enquanto que a menor é construída pelos fatos concretos particulares¹⁹. O raciocínio de subsunção fática à lei é proclamadamente descritivo e demonstrativo.

Há um cálculo proposicional que envolve as preposições e os operadores que as relacionam²⁰. Portanto, a função do argumento lógico-dedutivo aplicado ao direito serviria ao propósito de: (a) pinçar os fatos operativos como merecedores de atenção jurídica; (b) identificar uma consequência para sua ocorrência; (c) resolver casos concretos.

A lógica somente garante a validade formal do argumento, mas não a veracidade das premissas. A uma argumentação lógico-dedutiva formalmente válida não importa se os fatos operativos *a* concretamente ocorreram ou se existe uma regra jurídica que sustente a ilação *b*²¹, porquanto se depende de diversas outras áreas do saber para aferir se uma determinada premissa é verdadeira ou falsa.

Um argumento pode ser válido (critério lógico-formal), mas estar embasado em premissas falsas e, por sua vez, pode ser incorretamente formulado sob a ótica da lógica, mas conter premissas verdadeiras²². No argumento válido, se as premissas forem verdadeiras, a conclusão forçosamente será verdadeira. Foi Aristóteles o primeiro a estabelecer que a validade lógica se edifica sobre a relação necessária ou forçosa (em grego antigo, *ἐξ ἀνάγκης*) entre

¹⁷ ARISTOTLE. *Prior Analytics*. Trad. H. P. Cooke e Hugh Tredennick (edição bilíngue). Cambridge, MA: Harvard University Press, 1938.

¹⁸ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Coord. Alfredo Bosi. Rev. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 896.

¹⁹ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Theory of legal reasoning. New York: Oxford University Press:2005, p.36-37. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. Jose Lamego. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 351.

²⁰ NEUMANN, Ulfried. Lógica jurídica. In: KAUFMANN, Arthur. HASSEMER, Winfried [Org.]. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira.3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian: 2015, p. 332.

²¹ MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. New York: Oxford University Press, 2003, p.24. REÑÓN, Luis Vega; GÓMEZ, Paula Olmo [ed.]. *Compendio de lógica, argumentación y retórica*. Madri: Ed. Trotta, 2011, p. 169.

²² ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho*. Teorias de la argumentación jurídica. Universidad Nacional Autónoma de Mexico: Mexico, 2005, p. 13.

premissas e conclusão (*Analíticos anteriores*, 24b, 20)²³. Mas o argumento só será sólido, caso as premissas efetivamente sejam verdadeiras.

Imagine o seguinte argumento: “Todo francês é brasileiro. Todo brasileiro é chinês. Logo, todo francês é chinês.” Esse argumento é válido. Se suas premissas fossem verdadeiras, a conclusão forçosamente o seria também. Todavia, o argumento não é sólido, porque suas premissas são falsas: nem todo francês é brasileiro e nem todo brasileiro é chinês. Mas não é a lógica formal que me fornece essa informação. É a geografia ou o direito de nacionalidade de cada país que o faz. A lógica apenas apresenta uma estrutura formal e garante que, dada a veracidade das premissas, a conclusão necessariamente será verdadeira. Perquirir sobre a veracidade das premissas não é tarefa da lógica formal.

Suponha, ainda, o seguinte argumento: “Todo paulistano é paulista. Todo carioca é fluminense. Todo paulistano é brasileiro.” Esse argumento não é sólido. As premissas e a conclusão até são verdadeiras. Mas a conclusão não decorre forçosamente das premissas. Das premissas não se pode concluir que todo paulistano seja brasileiro.

Por sua vez, a resolução de litígios judiciais depende, para a concretização da justiça, de que o Estado-juiz esteja comprometido em investigar a verdade dos fatos. Também deve sujeitar-se a uma inspeção de validade acerca do argumento jurídico por ele invocado. Portanto, na argumentação jurídica, não basta a forma do argumento, mas também seu conteúdo.

A lógica formal dedutiva e silogística, até os presentes dias, é corrente e espaciosamente difundida na prática do discurso argumentativo jurídico²⁴ – sejam citados

²³ ARISTOTLE. *Prior Analytics*. Trad. H. P. Cooke e Hugh Tredennick (edição bilíngue). Cambridge, MA: Harvard University Press, 1938.

²⁴ “En todas las culturas jurídicas modernas, y en particular en la nuestra, la aceptación de la ideología positivista ha conllevado no solo la aceptación — en línea de máxima — del principio según el cual todo el derecho es identificable solo en el conjunto de todas las leyes según la jerarquía de las fuentes que la ley misma establece, sino que ha conllevado también la aceptación — siempre en línea de máxima — de que el discurso del legislador ha de desarrollarse mediante todas las inferencias lógicas teóricamente posibles. En este sentido, puede bien decirse que en la cultura jurídica moderna, y en particular en la cultura jurídica de los países de Europa continental de derecho codificado, como es el nuestro, las reglas de inferencia lógica están incluidas entre las normas que disciplinan el comportamiento de los órganos de aplicación de la ley. Sin embargo, el campo de la inferencia lógica — en el efectivo operar de tales órganos y por tanto también en el efectivo operar de aquellos sujetos que a tales órganos dirigen propuestas — es un campo muy circunscripto a causa del hecho de que todas las operaciones de atribución de significado a los documentos que constituyen el discurso de la ley (incluidas las operaciones de elección de los documentos relevantes y de los modos de su combinación) escapan a la ‘lógica’, cuyo empleo presupone más bien que tales operaciones ya hayan sido llevadas a cabo.” TARELLO, Giovanni. *La interpretación de la ley*. Trad. Diego Dei Vecchi. Lima: Palestra Editores, 2013, p. 96.

especialmente os campos do direito penal e tributário, esse último com suas noções de fato gerador e hipótese de incidência.

3. AS LIMITAÇÕES DO ARGUMENTO SILOGÍSTICO

De início, é preciso diferenciar razões justificadoras de razões explicativas. Enquanto as primeiras se inserem no contexto de justificação, as segundas tratam do contexto de descoberta, em que se enfocam os fatores causais e modelos que explicam a forma pela qual ocorre a tomada de decisão²⁵. Em tal âmbito se inserem considerações sobre elementos psicológicos, cognitivos e sociais, prévios à justificação explícita da decisão tomada. São, portanto, diferentes perspectivas de análise da motivação judicial.

No que se refere ao contexto de justificação, cabe registrar que JERZY WRÓBLEWSKI, em 1971, formulou a ideia de justificação interna e externa para tratar do discurso judicial²⁶.

Uma decisão justifica-se internamente se decorre forçosamente das premissas postas. A justificação interna equivale à validade lógico-formal. Na justificação interna (ou de primeiro nível) é essa correlação entre regras de inferência e premissas que necessita constar demonstrada de modo consistente.

A racionalidade está relacionada à coerência entre a conclusão e suas premissas argumentativas, no sentido lógico-formal. Nesse ponto, o silogismo jurídico é um instrumental de construção do raciocínio. O acoplamento abstrato de fatos a um plano normativo (enunciados fático e normativo) constitui o aspecto de justificação ou racionalidade interna da decisão judicial.²⁷

Já em termos de justificação externa (ou de segundo nível) está envolvida a própria justificativa das premissas sob a ótica de seu crítico. Vale dizer: “una decisión está

²⁵ ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho*. Teorias de la argumentación jurídica. Universidad Nacional Autónoma de México: México, 2005, p. 4-6. STRUCHINER, Noel. Contexto de descoberta: uma análise filosófica de aspectos psicológicos da argumentação jurídica. In: REIS, Isaac. *Diálogos sobre retórica e argumentação*. Curitiba: Alteridade, 2018, 4 v. p. 44-45.

²⁶ WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal decision and its justification. *Logique Et Analyse*, v. 14, n. 53/54, 1971, p.411-412; ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madri: Ed. Trotta, 2013, p. 103. Cf. WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal syllogism and rationality of judicial decision. *Rechtstheorie*, Berlin: Duncker and Humblot, 1974, v. 5, p.33-46, *passim*.

²⁷ TARELLO, Giovanni. *La interpretación de la ley*. Trad. Diego Dei Vecchi. Lima: Palestra Editores, 2013, p. 25.

externamente justificada cuando sus premisas están calificadas como buenas según los estándares utilizados por quienes hacen la calificación”²⁸. A avaliação das premissas é realizada a partir de padrões aceitos pelo avaliador.²⁹ O argumento externamente justificado equivale ao argumento sólido. Ou seja: é não apenas válido, como também tem premissas verdadeiras.

Disso deflui que uma decisão judicial justificada internamente não necessariamente atenderá ao requisito de justificação externa. Não será necessariamente convincente ou correta perante o direito.

ATIENZA descreve concepções formais, materiais e pragmáticas de argumentação. Nesse sentido, a concepção formal de argumentação enfoca a abstração do raciocínio e os aspectos formais de sua construção, sem ater-se aos problemas relacionados à correção das premissas e da conclusão.³⁰

A concepção material de argumentação não se prende a problemas de ordem formal ou aos processos de inferência, mas aos fatos aos quais os enunciados argumentativos aludem, no sentido de inspecionar sua verdade ou correção. Envolve, portanto, critérios substanciais de justeza, como os relacionados à avaliação da prova, à própria interpretação do texto da lei e à adequação da decisão ao ordenamento enquanto um sistema.³¹

A concepção pragmática de argumentação privilegia a dimensão linguística e compreende a argumentação enquanto atividade social voltada ao convencimento de um auditório (enfoque predominantemente retórico) ou à interação humana com o objetivo de obter um acordo em relação a algum problema teórico ou prático (enfoque eminentemente dialético)³².

Portanto, uma argumentação formalmente válida não necessariamente terá sido aprovada sob os testes de validade substancial ou persuasiva.

²⁸ ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madri: Ed. Trotta, 2013, p. 104.

²⁹ ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madri: Ed. Trotta, 2013, p. 103-105.

³⁰ “[...] la lógica (la lógica estándar o clásica) no describe cómo la gente argumenta, sino que señala ciertas condiciones que tienen que respetarse para que el razonamiento pueda considerarse válido. Esos criterios de validez o de corrección vienen dados por lo que se llama reglas de inferencia, pero en el sentido formal de la expresión. Se trata, en definitiva, de la concepción característica de la lógica, de la lógica formal. Esa disciplina nos suministra esquemas o formas de los argumentos, como, por ejemplo, el *modus ponens* o silogismo subsuntivo; si un razonamiento asume esa forma, entonces cabe decir que es lógicamente, formalmente, correcto, aunque no por ello resulte ser un razonamiento sólido o persuasivo.” ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madri: Ed. Trotta, 2013, p. 110.

³¹ ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madri: Ed. Trotta, 2013, p. 111.

³² ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madri: Ed. Trotta, 2013, p. 111.

Além disso, o erro de conhecimento, a vagueza e a indeterminação do texto legal também interferem na afirmação a respeito da existência da premissa maior. Por exemplo, o direito utiliza-se de categorias como dignidade, razoabilidade, moralidade, negligência, intuito, abuso, justiça, etc., as quais não contam com prévio fechamento de sentido e possuem mais de um uso possível, dependendo de uma escolha, ou seja, de “um juízo que expresa una preferencia”, segundo ATIENZA³³.

ALCHOURRON e BULYGIN entendem que o problema da subsunção não é especificamente jurídico, mas decorrente do uso empírico da linguagem em geral. Refere-se à aplicação de termos genéricos de linguagem a objetos concretos. Segundo os autores, “se trata del viejo problema filosófico de la relación entre palabras (generales) y cosas”³⁴.

Os autores explicam que todo uso empírico da linguagem implica a existência de regras semânticas que especificam a existência de um objeto particular e, sobre eles, um atributo (propriedade ou relação), que é designado por um termo geral ou predicado. Nesse contexto, cada propriedade determina uma classe de objetos. Logo, quando se afirma que um objeto contém uma determinada propriedade (ou que A é homicida), a verdade da assertiva depende, primeiro, das convenções linguísticas, ou seja, das regras de semântica da linguagem (pois a relação entre palavras e coisas é uma construção artificial), e de certos fatos (no caso, a própria ocorrência do homicídio)³⁵.

Segundo os autores, o termo “subsunção” é usado indistintamente para tratar de dois temas diferentes, quais sejam, as hipóteses de “subsunção individual” e de “subsunção genérica.”

No primeiro caso, tem-se a pesquisa de veracidade a respeito de enunciados individuais. Ilustrativamente, a subsunção individual preocupa-se em definir se um objeto particular detém uma certa propriedade, descrita no predicado³⁶.

³³ ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho*. Teorias de la argumentación jurídica. Universidad Nacional Autónoma de México: México, 2005, p. 137.

³⁴ ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 305.

³⁵ ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 305.

³⁶ ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 308.

Já na subsunção genérica se tem o próprio estabelecimento das relações que existem entre dois predicados³⁷. Ilustrativamente, ATIENZA traz a definição sobre o fato de uma bebida conter ou não ácido carbólico como um exemplo de subsunção individual; e, como subsunção genérica, a determinação em torno de definir se as bebidas que contêm ácido carbólico são ou não de qualidade comercializável³⁸.

De todo jeito, há circunstâncias que comprometem o raciocínio subsuntivo, indicadas por ALCHOURRON e BULYGIN como lacunas de conhecimento ou de reconhecimento. As primeiras dizem respeito à incompletude das informações fáticas; as segundas, à indeterminação e à vagueza dos predicados³⁹.

Já se expôs o caráter formal da lógica como estrutura despreocupada com a verdade das premissas e de caráter instrumental.

A conceituação mais conhecida e tradicional de verdade trata da correspondência ou adequação entre o discurso e a essência das coisas⁴⁰, o que implica considerações de ordem ontológica e idealista sobre o objeto investigado, bem como a crença em respostas atemporais. A esse respeito, para que haja uma “relação entre uma enunciação sob a forma preposicional e uma coisa, ambos deveriam ter existência substancial independentes”⁴¹.

É complexa e multifacetada a discussão filosófica acerca do problema da verdade⁴². No campo do direito, também se controverte sobre a possibilidade de seu descobrimento pela via do processo judicial.⁴³ Nesse âmbito, costuma ter lugar a discussão sobre o posicionamento ativo ou passivo do juiz na condução da produção probatória.

³⁷ ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 309.

³⁸ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. Teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003, p. 142.

³⁹ ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 309.

⁴⁰ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Coord. Alfredo Bosi. Rev. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 994.

⁴¹ CARNEIRO, Wálber Araújo. O direito e as possibilidades epistemológicas do paradigma hermenêutica. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio [org]. *Hermenêutica e epistemologia*. 50 anos de verdade e método. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 136.

⁴² HAACK, Susan. *Evidence matters*. Science, proof and truth in the law. New York: Cambridge University Press, 2014, p.294, 298-300.

⁴³ HAACK, Susan. Of truth, in science and in law. *Brooklyn Law Review*. New York, v.,73, issue 3, 2008. p.985-986; HAACK, Susan. Epistemology legalized: or truth, justice, and the american way. *American Journal of Jurisprudence*, n. 49, 2004. p. 44-45, 50.

Na ausência total de provas, é natural que não haja operação subsuntiva. Porém, uma vez aportado material probatório, tem ensejo uma miríade de dificuldades relacionadas à afirmação quanto à existência e aos contornos de fixação da premissa menor.

A preferência pela ausência total de iniciativa probatória do julgador transfere para a invocação das regras de ônus da prova grande parte do encargo de determinação do desfecho da controvérsia. Neste caso, distancia-se da argumentação em torno do que é ou não verdadeiro, para se imbricarem presunções legais, invocações em torno de notoriedade de fato e máximas de experiência.⁴⁴

E, mesmo nos casos em que se aceita a gerência da prova sob a destra judicial, com conferência de papel ativo ao julgador⁴⁵, não se alijam as regras de distribuição do encargo da prova.

A busca pela verdade no âmbito de um processo estará sempre influenciada pelas limitações relativas ao direito probatório, como, por exemplo, a aceitação ou não de uma prova considerada ilícita. Portanto, não se tem um caminho livre para a recuperação dos fatos desenrolados. Demais disso, grande parte do material probatório é exposto por meio de textos e, por isso, estarão sempre subordinados à atividade interpretativa⁴⁶.

E mais: também as peças processuais produzidas pelas partes são construídas a partir de tentativas de convencimento e, por isso, são abertamente tendenciosas quanto a uma versão dos fatos, além de poderem contar com distorções intencionais⁴⁷. Há, ainda, a limitação

⁴⁴SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. A new introduction to legal reasoning. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009, p.224-225.

⁴⁵ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.163. Taruffo defende que, na relação jurídico-processual, o juiz detém melhores condições de lançar-se na tarefa de descobrimento da verdade, o que implica a necessidade de lhe conceder poderes de instrução hábeis a esse propósito, porquanto o magistrado não estaria subordinado aos interesses que naturalmente informam a atuação das partes e que podem torná-las adversárias da clarificação dos fatos. Taruffo ainda afirma que “a verdade que se pode conseguir no processo representa em realidade uma *aproximação* àquela que se poderia considerar como correspondência perfeita dos enunciados aos fatos reais que esses descrevem. De outro lado, essa verdade é *relativa* – e, por portanto, o grau de aproximação de maior o menor conforme a qualidade das informações sobre as quais se funda volta e meia o conhecimento dos fatos dos quais se trata.” (itálico no original). TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado*: ensaios. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p.46.

⁴⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. Jose Lamego. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 283-284.

⁴⁷ TARUFFO, Michele. *Simplesmente la verdad*. El juez y la construcción de los hechos. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 232. “For an advocate's goal is to win; so counsel for each party is motivated to seek out evidence favoring his side of the case, and to bring out the flaws in evidence pointing the other way. To be sure, the process isn't perfect; but it is a reasonable substitute for the ideal, as something not dissimilar might be in the case of an urgent medical or intelligence decision” HAACK, Susan. Epistemology legalized: or truth, justice, and the american way. *American Journal of Jurisprudence*, n. 49, 2004, p.51.

temporal a respeito da produção de provas. Ou seja: as dúvidas probatórias devem ser solvidas dentro dos marcos de tempo fixados pelas normas jurídicas⁴⁸.

Aliada a isso, a definição a respeito do que foi ou não provado passa pelo crivo de um ato revestido de autoridade no processo judicial. Em outras palavras: a decisão sobre as provas não ocorre em qualquer ambiência. Diferentemente do que ocorre no contexto científico, há sempre uma autoridade destinada a decidir se um enunciado foi provado.⁴⁹ Nesse cenário, a falibilidade do juízo de veracidade do decisor a respeito dos fatos, embora não torne, em princípio, a decisão inválida, permite que lhe sejam opostas críticas substanciais⁵⁰.

A busca pela verdade, no processo judicial, enfrenta limitações que não estão presentes no ambiente científico em geral. ALCHOURRON e BULYGIN pontuam que “esto ocorre porque la ciencia está casi exclusivamente interesada en establecer la verdad, mientras que el derecho está interesado primordialmente en solucionar conflictos sociales”⁵¹.

Ademais, o interesse que leva à valoração da prova não é de unicamente natureza cognoscitiva, mas, sobretudo, prática, ante as consequências que advirão da decisão judicial.⁵² ALCHOURRON e BULYGIN sustentam que a verdade de uma premissa fática (premissa menor) não depende do que sobre ela dirá o juiz, mas apenas das regras semânticas da linguagem usada e dos fatos extraídos do enunciado⁵³. Se a verdade dependesse apenas do que é assim definido pelo juiz, isso pressuporia que os julgadores são infalíveis⁵⁴.

Por todos esses influxos, a determinação quanto à própria existência dos fatos operativos não é assegurada pelo argumento silogístico. No âmbito da tentativa de reconstrução

⁴⁸ ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 310. Cf. HAACK, Susan. Epistemology legalized: or truth, justice, and the american way. *American Journal of Jurisprudence*, n. 49, 2004.

⁴⁹ ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 310-311.

⁵⁰ ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 312-313.

⁵¹ ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 312.

⁵² ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 312.

⁵³ ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 310.

⁵⁴ “El carácter final de la decisión no implica infalibilidad del juez. Pero, si – como MacCormick y muchos juristas parecen creer – la verdad dependiera de lo que el juez decide mediante un acto revestido de autoridad (“verdade es lo que los tribunales dicen que es verdad”), entonces los jueces serian efectivamente infalibles” ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 312.

dos fatos, momento prévio à afirmação a respeito da conformação da premissa menor, há o emprego de deduções, induções, presunções e inferências.

Todavia, uma vez estabelecida a narrativa vitoriosa – e aqui não se está a falar em narrativa verdadeira – o encaixe dos fatos operativos na premissa maior é meramente formal. Noutras palavras: o fato de ser invocado um raciocínio subsuntivo não gera nenhuma garantia de correção de conteúdo⁵⁵.

E ainda: quando se está diante da premissa maior, pode ser inadequado falar-se em verdade ou falsidade. Isso porque a própria indeterminação semântica, a possibilidade de antinomias e lacunas e o caráter interpretativo dos textos, incluídos os legais, podem tornar controversa qualquer afirmação em torno do caráter verdadeiro ou falso da premissa. Além disso, concluir pela derrogação, ab-rogação ou recepção de um texto de lei também pode entrar em jogo.

A partir de premissas falsas, é possível argumentar validamente, sob a ótica da lógica formal. Por outro lado, um argumento inválido (critério lógico-formal) pode conter premissas verdadeiras ou altamente plausíveis, como objeta ATIENZA⁵⁶. Por essas razões, um argumento não lógico, no sentido de não dedutivo, pode ser um bom argumento⁵⁷.

Há ainda o problema das falácias, entendidas como o argumento que aparentemente é válido e correto, mas que contém um erro de raciocínio⁵⁸. ATIENZA destaca que a lógica dedutiva não provê meios capazes de fazer frente às falácias não formais, ou seja, aquelas em que não há atinência lógica entre premissas e conclusões (falácias de *atinência*) ou em que há problemas de ambiguidade, em que algumas palavras ou frases, tomadas em uma parte do

⁵⁵ ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho*. Teorias de la argumentación jurídica. Universidad Nacional Autónoma de Mexico: Mexico, 2005, p. 13-14.

⁵⁶ ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho*. Teorias de la argumentación jurídica. Universidad Nacional Autónoma de Mexico: Mexico, 2005, p. 14.

⁵⁷ “En otros casos es posible que la lógica – la lógica dedutiva – no permita ni siquiera establecer requisitos necesarios en relación con lo que debe ser un buen argumento: como luego veremos, un argumento no lógico – en el sentido de no dedutivo – puede ser, sin embargo, un buen argumento”. ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho*. Teorias de la argumentación jurídica. Universidad Nacional Autónoma de Mexico: Mexico, 2005, p. 14.

⁵⁸ COPI, Irving M; COHEN, Carl; MCMAHON, Kenneth. *Introduction to logic*. 14.ed. Harlow: Pearson New International Edition, 2014, p. 109.

argumento, possuem um significado diferente em relação ao seu uso em outra parte do argumento⁵⁹ (falácias de ambiguidade)⁶⁰.

Para PERELMAN, a argumentação não visa à adesão a uma tese exclusivamente em função de seu caráter verdadeiro, porquanto os motivos de convencimento podem prestigiar outros valores, como razoabilidade, equitatividade ou utilidade.⁶¹ Por isso, o argumento silogístico a partir da lógica-formal é apenas um, dentre tantos outros tipos de argumentos existentes.

O raciocínio via subsunção também não é capaz de resolver adequadamente casos em que há relevantes razões em favor de cada uma das posições em conflito. Se *hard cases* implicam decisões a respeito de direitos fundamentais, a justificativa decisória deve levar em conta um juízo de proporcionalidade, o que, por sua vez, se opera por raciocínio via ponderação, na teoria de ALEXY:

There are, of course, many cases that can be solved simply by means of subsumption. Hard cases, however, are defined by the fact that there are reasons both for and against any resolution under consideration. Most of these collisions of reasons have to be resolved by means of balancing. This general reason for the ubiquity of balancing is reinforced by a reason based on the structure of the constitutional state. If the constitution guarantees constitutional rights, then many or even all legal decisions restricting the freedom of individuals have to be understood as interferences with constitutional rights. Interferences with constitutional rights are admissible, however, only if they are justified, and they are justified only if they are proportional. Proportionality judgments, however, presuppose balancing⁶²

ALEXY compreende que o esquema dedutivo compõe a estrutura formal da subsunção, enquanto que a ponderação se vale da fórmula do peso⁶³. No cálculo da fórmula de peso, também há subsunção do caso aos princípios concorrentes, e, ao final, à regra resultante da aplicação da fórmula de peso.⁶⁴

⁵⁹ COPI, Irving M; COHEN, Carl; MCMAHON, Kenneth. *Introduction to logic*. 14.ed. Harlow: Pearson New International Edition, 2014, p. 111. “The incorrect reasoning in fallacies of ambiguity arises from the *equivocal use of words or phrases*. Some word or phrase in one part of the argument has a meaning different from that of the same word or phrase in another part of the argument.”

⁶⁰ “Las segundas, por el contrario, ‘aprecen en razonamientos cuya formulación contiene palabras o frases ambiguas, cuyos significados oscilan y cambian de manera más o menos sutil en el curso del razonamiento’ (Copi, 1986, p. 104). Naturalmente, la lógica formal deductiva sólo nos provee instrumentos plenamente adecuados para hacer frente a las falacias formales” (ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho*. Teorias de la argumentación jurídica. Universidad Nacional Autónoma de Mexico: Mexico, 2005, p. 14)

⁶¹ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 156.

⁶² ALEXY, Robert. On balancing and subsumption. A structural comparison. *Ratio Juris*. v. 16 n. 4 dez. 2003 (433–49), p. 436.

⁶³ ALEXY, Robert. On balancing and subsumption. A structural comparison. *Ratio Juris*. v. 16 n. 4 dez. 2003 (433–49), p. 272.

⁶⁴ ALEXY, Robert. Dois ou três? In: *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 275.

Segundo ALEXY, a analogia (ou comparação entre casos), ao lado da subsunção e da ponderação, constitui a terceira operação básica de aplicação do direito. Toda operação básica, para ALEXY, deve ter caráter formal, necessário e específico⁶⁵. A natureza formal diz respeito ao fato de o esquema de raciocínio analógico nada mencionar quanto às características que podem ser qualificadas como antecedentes das regras.

Particularmente em relação às características que antecedem as regras, ALEXY menciona um exemplo hipotético, paralelo ao antes concebido por HART⁶⁶, no qual há uma regra legal segundo a qual veículos não podem entrar em parques⁶⁷ e, por outro lado, um precedente em ordem a permitir que bicicletas possam fazê-lo, tendo em conta a ausência de poluição e barulho, o baixo grau de perigo aos pedestres e a qualificação da atividade como lazer. Nesse cenário, o motorista de uma *scooter*, ao ser autuado pelo desrespeito à regra de proibição de veículos, pode argumentar semelhanças em relação ao caso da bicicleta, como o baixo perigo aos pedestres e o fato de se tratar de uma atividade de lazer (A1). Já seu possível oponente pode invocar o barulho e a poluição como semelhanças em relação aos veículos em geral (A2).

Portanto, apontar características como fundamentos de aplicação de certa consequência jurídica implica considerar que essas mesmas características funcionam como antecedentes da regra. O caso por trás da regra pode reforçar a regra ou ameaçá-la; por isso, a compreensão das regras que são usadas no raciocínio por analogia depende fundamentalmente da análise dos casos⁶⁸. Ademais, muitas vezes as razões que embasam as regras têm a natureza de princípios⁶⁹, segundo ALEXY.

ALEXY entende que o esquema da analogia nada menciona sobre qual argumento deve prevalecer e não indica quais as características antecedentes serão ou não decisivas⁷⁰. Por isso, possui natureza formal.

⁶⁵ ALEXY, Robert. Dois ou três? In: *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 274.

⁶⁶ HART, Herbert. *The concept of law*. 2.ed. New York: Oxford University Press, 1994, p. 128-129.

⁶⁷ Sobre esse exemplo clássico, amplamente debatido por HART e LON FULLER, cf. SCHAUER, Frederick. A critical guide to vehicles in the park. *New York University Law Review*. v. 83, n. 3 out. 2008, p. 1009-1134.

⁶⁸ ALEXY, Robert. Dois ou três? In: *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 279-280.

⁶⁹ ALEXY, Robert. Dois ou três? In: *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 281

⁷⁰ ALEXY, Robert. Dois ou três? In: *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 284.

O caráter específico das operações básicas decorre do fato de elas se desenvolverem de acordo com um tipo específico de regra, a saber, regras de lógica, para a subsunção; regras de aritmética, para a fórmula de peso da ponderação; e dialética de referências a características de outros casos, no caso da comparação (analogia)⁷¹. A necessidade implica que a operação deva ser aplicada em todos os casos em que regras jurídicas, princípios e analogia devam ser aplicados.

ALEXY compreende que a analogia não pode, sozinha alcançar a coerência e que a dialética de referência a características de outros casos depende da ponderação. Para ele, as comparações estão necessariamente conectadas a ponderações. Todavia, o fato de haver conexões entre os esquemas básicos não retira a especificidade de cada um deles. Basta lembrar, por exemplo, que também a fórmula do peso se utiliza de subsunções⁷².

Portanto, a subsunção, sozinha, não constitui a única operação básica do direito, ao menos para o pensamento alexyano.

4. O PAPEL PRESCRITIVO E IDEOLÓGICO DO ARGUMENTO JURÍDICO SILOGÍSTICO

TARUFFO indica duas categorias de distorção decorrentes do uso inadequado do silogismo judicial. A primeira centra-se no reducionismo com que os fatos e o direito são tratados no contexto de encadeamento de conclusões lógicas intermediárias, ligadas por elos de necessidade e imperatividade e dos quais resulta uma conclusão final reconhecida como a única correta e viável. O juiz seleciona, portanto, apenas os elementos que servem à formalização dedutiva, não se levando em conta diferentes perspectivas a respeito de cada proposição, a qual pode funcionar em premissa de mais de uma conclusão ou como consequência de mais de uma premissa.⁷³

⁷¹ ALEXY, Robert. Dois ou três? In: *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 284.

⁷² ALEXY, Robert. Dois ou três? In: *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 285.

⁷³ “Las distorsiones que se desprenden de un uso inadecuado del instrumento silogístico se pueden reconducir a dos grandes categorías (incluso cuando es posible individuar una tipología más vasta): la primera tiene que ver con la estructura de la motivación, que tiende a configurarse como una cadena cerrada de pasajes lógicos necesarios e indispensables, en la cual toda conclusión intermedia, por no hablar de la conclusión final en la que consiste la decisión, tiende a presentarse como la única consecuencia correcta posible a partir de las premisas de las cuales se deriva. Una motivación que tiende a construirse con base en una estructura de este tipo implica una visión simplificadora y reductiva de los fenómenos fácticos y jurídicos, de los cuales retoma únicamente los aspectos

A segunda categoria de distorções decorrentes do uso inadequado da lógica dedutiva deflui do fato de a estrutura de motivação silogística encobrir as escolhas interpretativas, cognitivas e os juízos de valor subjetivos que informam a realidade da tomada de decisão. Esses fatores são ofuscados por uma roupagem de formalizações e constatações indiscutíveis, apresentadas como consequências necessárias do encadeamento lógico⁷⁴:

El resultado de todo lo anterior es que la motivación deductiva no sólo no expresa el verdadero iter que recorre el juez para llegar a la decisión, sino que termina por no expresar siquiera el procedimiento lógico y valorativo que realiza el juez en el momento en el que racionaliza a posteriori los fundamentos de la misma decisión: en los límites en lo que ello se realiza, la motivación se reduce a un mal ejercicio de lógica formal.⁷⁵

Em consequência, transmite-se a imagem de um juiz neutro e passivo, conforme assinala TARUFFO⁷⁶, para quem, “a doutrina do silogismo judicial, mais do que descrevê-lo, constrói um modelo abstrato e ideal de juízo”, segundo o qual a norma é um dado prévio, componente de um ordenamento positivo completo, a partir do qual podem ser operadas aplicações sistemáticas e essencialmente cognitivas de interpretação.⁷⁷

Prossegue o autor: “é, portanto, um juiz que não cria a decisão, mas a ‘encontra’ – e não encontra uma decisão mais ou menos justa, mas sim a decisão idealmente justa no quadro de conceitos que o ordenamento dá de um lado e a lógica dá de outro, fechando-o inexoravelmente.”⁷⁸

idóneos para ser formalizados de manera deductiva. Lo que tiende a ser anulada del todo es, por el contrario, la polivalencia lógica de toda proposición, que puede ser la premisa de conclusiones diversas, o consecuencia de premisas diferentes, dependiendo la elección respectiva del uso de uno o de otro tipo de inferencia” TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Trad. Lorenzo Córdova Vianello. México : Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 148.

⁷⁴ TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Trad. Lorenzo Córdova Vianello. México : Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 149.

⁷⁵ TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Trad. Lorenzo Córdova Vianello. México : Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 149.

⁷⁶ “Todavía, se todas as formulações da doutrina do silogismo judicial são realizadas de forma descritiva, não é menos verdadeiro que semelhantes descrições, na medida em que esquecem toda verificação empírica e buscam o momento ideal do juízo, acabam por desenvolver uma função prescritiva, de modo que pressupõem a descrição da estrutura ótima a que os juízos concretos deveriam aproximar-se. Então, entender semelhantes formulações como meras descrições significa colher apenas um aspecto secundário do problema. Essas deveriam ser consideradas, pelo contrário, como ideologias do juízo, isso porque, independentemente da intenção de seus formuladores, esse foi o efetivo papel histórico que essas desempenharam e em larga medida continuam desempenhando. Falar de função ideológica da teoria silogística do juízo significa colocar em evidência que essa tende acreditar em uma determinada imagem do juízo, destinada não tanto a delinear uma realidade concreta, mas sim a indicar como deveria ser essa realidade.” TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 157-158.

⁷⁷ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.158.

⁷⁸ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.160. Segundo TARUFFO, “Evidentemente, não se trata apenas do juiz bouche de la loi que pensavam os iluministas, que visavam

Por essas razões, segundo TARUFFO, a utilidade do silogismo dedutivo tende a reduzir-se ao momento subsuntivo, de encaixe dos fatos provados à norma já selecionada:

En esencia, la utilidad de la deducción silogística en la estructura del juicio tiende a reducirse a la fase en la cual se instaura el vínculo entre la norma ya seleccionada para solucionar la litis y los hechos comprobados, de donde se deriva la tendencia de hacer coincidir el momento operativo del silogismo con el de la subsunción⁷⁹.

TARUFFO denuncia que a invocação do argumento silogístico – tão difundida – não é acidental nem ingênua. Tampouco deriva da falta de compreensão a respeito da realidade quanto ao modo de ser da atividade cognitiva do juiz. Serve justamente para reforçar a ideia subjacente quanto à prescrição (não apenas descrição) do que deve ser o direito e de como deve agir o julgador⁸⁰. Atende, ainda, a uma necessidade de reduzir o dissenso e reforçar a autoridade da decisão:

La motivación, en la medida en la que está rígidamente estructurada según una combinación de pasos lógicos indudables, se presenta más bien como un modo para imponer la decisión, reforzando su autoridad formal y sustancial, en el sentido de que tiende a demostrarla, más que a justificarla, poniendo en evidencia sus características

codificar a proibição de interpretação da lei, nem da imagem simplificada do juiz slot-machine contra a qual foram canalizadas as ironias dos realistas estadunidenses. A imagem juspositivista do juiz que decide mediante um sistema concatenado de silogismos é mais complexa e os seus aspectos peculiares estão ligados a uma determinada concepção do ordenamento e do Estado, bem como da justiça e da função do processo”. TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.159.

⁷⁹ TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Trad. Lorenzo Córdova Vianello. México : Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006,p.146.

⁸⁰ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.160. Nas palavras de TARUFFO: “La función ideológica de la imagen deductiva de la motivación se evidencia además también si se considera el problema desde el punto de vista de la exigencia, a la cual responde la motivación, de permitir un control externo sobre la validez de la decisión. Una motivación en la cual domina el elemento lógico formal evidentemente no permite otra cosa más que un control de coherencia lógico formal, que abarca sólo la validez de las operaciones deductivas en las cuales el juez articula su propia demostración. De hecho, en tanto más estrecho sea el nexo deductivo que vincula la decisión con los presupuestos de hecho y de derecho fijados por el juez, más formal se vuelve el control, y resulta más claro y necesario el paso de las premisas a la decisión. De esta manera, la intensidad de la formalización sistemático-deductiva de la motivación establece los límites del control que se tiene sobre los fundamentos reales de la decisión, y determina el grado de eficacia de la motivación como instrumento de imposición autoritativa de la decisión misma. Ese grado de eficacia que será mayor en la medida en la que más difícil sea superar el nivel de una verificación meramente formal de la coherencia lógica de la decisión iuxta propria principia. La función ideológica de la doctrina que estamos examinando en relación con la motivación se concretiza, por lo tanto, en la tendencia a hacer que la motivación se base en vínculos deductivos, excluyendo en la mayor medida posible los momentos de elección discrecionales, de incertidumbre teórica y de valoración contingente; el objetivo es el de presentar a la decisión como necesaria e inevitable, volviendo a su fundamento inatacable al menos desde el perfil —que por lo demás es de un dominio más fácil por parte del juez, y tiene, además, una menor relevancia políticosocial— de la mera coherencia formal. La función prevaleciente de la motivación tiende a ser, por lo tanto, la de restringir el eventual disenso en relación con los criterios de juicio y de su aplicación, que la misma motivación no permite conocer, y la de inducir automáticamente el consenso en torno a una decisión que tiende a presentarse como la única consecuencia posible de las condiciones existentes en el caso concreto”. TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Trad. Lorenzo Córdova Vianello. México : Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006,p. 153.

de necesidad racional. En sustancia, una motivación concebida de esta manera, tiende a demostrar que la decisión es la única solución posible de la controversia: es un medio para eliminar el posible disenso, más que para suscitar un consenso crítico⁸¹.

A forma de conceber o silogismo judicial pode carregar consigo uma ideologia a respeito do ordenamento jurídico e do papel do juiz. Pode-se pretender adotar um modelo em que o direito é completo, inequívoco, apreensível cognitivamente de modo mecânico e racional; e em que os fatos podem ser adequadamente conhecidos e regidos por leis gerais causais⁸². Seu uso indiscriminado pode conduzir a uma distorção a respeito da automaticidade das conclusões e do reforço de falsas certezas⁸³.

Amplificada a conclusão, mais que conceber uma imagem ideal de julgador e do direito, o recurso ao silogismo judicial projeta uma ideologia a respeito do próprio Estado⁸⁴. PERELMAN destaca que o uso do raciocínio dedutivo foi acentuado desde a Revolução Francesa e funcionava como um instrumento de subordinação da atividade dos juízes ao direito positivado e, em consequência, ao legislador⁸⁵, embora seu desenvolvimento provenha da antiguidade grega. A tranquilizante sensação de segurança jurídica, neutralidade e racionalidade transmitidas pelo uso do argumento silogístico atendia à ideia de que o reconhecimento de qualquer potencial criativo à atividade judicial na aplicação da lei seria perverter a separação dos poderes, verdadeiro dogma liberal-burguês,⁸⁶ e desconsiderar sua proclamada completude e exatidão.

⁸¹ TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Trad. Lorenzo Córdova Vianello. México : Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p.152-153.

⁸² TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.158.

⁸³ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.155-156.

⁸⁴ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.159.

⁸⁵ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 185. TARELLO pontua que “En su forma primitiva más simple el positivismo jurídico presuponía a) que toda la legislación fuera clara y no requiriese particulares actividades de «interpretación»76; b) que la legislación fuera coherente, esto es, que no hubiere disposiciones de ley entre ellas em conflicto que requiriesen por parte del órgano de aplicación una elección. Pues bien, toda esta concepción del derecho y de su aplicación llevaba a ver en esta última una simple tarea lógica, esto es, la correcta aplicación de las reglas del silogismo, reglas que funcionan incluso si las premisas mayores son normas y las conclusiones son sentencias. En esta concepción, implícitamente, las reglas de la lógica formal devenían parte integrante del sistema jurídico y la tarea de la ciencia jurídica quedaba configurada como la de pre-constituir silogismos prácticos configurando en abstracto hipótesis de casos, que sirviesen luego a los jueces cuando los casos hipotéticos se verificasen y fueran llevados a juicio; en línea de máxima, todas las argumentaciones dirigidas a proponer o a motivar aplicaciones del derecho eran reconducidas, por quien compartía la ideología jurídica positivista, al razonamiento analítico, ocultando aquellas operaciones intelectuales y prácticas que al razonamiento analítico no podían reconducirse.” TARELLO, Giovanni. *La interpretación de la ley*. Trad. Diego Dei Vecchi. Lima: Palestra Editores, 2013, p. 94.

⁸⁶ MAZOTTI, Marcelo. *As escolas hermenêuticas e os métodos de interpretação da lei*. São Paulo: Manole, 2010, p. 46-48. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi [et al]. São Paulo: Ícone, 1995, p. 77.

Beccaria, ilustrativamente, defendia que o juiz deveria fazer um silogismo perfeito, sob pena de abrir as portas à incerteza, pois o legítimo intérprete da lei não seria o juiz, cujo dever consistiria em apenas examinar se um indivíduo realizou um ato contrário à lei, sem qualquer pesquisa sobre qual seria o “espírito da legislação”.⁸⁷ Caso contrário, teriam lugar julgamentos injustos, arbitrários, desiguais e imprevisíveis.⁸⁸

Porém, o fato de a sentença ser conclusão de um raciocínio não implica que a atividade judicial seja verdadeiramente mecânica. Segundo ALCHOURRON e BULYGIN, salvo em casos muito simples, não existem procedimentos mecânicos que permitam inferir uma determinada conclusão a partir de um conjunto de premissas dadas.⁸⁹ Por isso, o silogismo atende mais a um modelo de apresentação da decisão que de sua construção efetiva⁹⁰.

E, embora a validade e a lógica formal sejam úteis e importantes, não são suficientes. Nos grandes debates jurídicos, a controvérsia não gira em torno da validade do argumento ou da concatenação lógica entre premissas e conclusão; mas sim em torno do acerto, substantivo, das premissas. São argumentos morais e jurídicos que podem amparar uma ou outra premissa controvertida. É a justificação externa que desempenha o papel decisivo, portanto, na maioria dos casos juridicamente interessantes.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Justificativas lógico-dedutivas e argumentos subsuntivos são invocados no campo processual, seja para fins de defesa de uma dada posição jurídica pelas partes, seja como motivação, pelo magistrado, ao decidir. Esse mesmo fenômeno repete-se no ensino da dogmática jurídica.

⁸⁷ “Chi sarà dunque il legittimo interprete della legge? Il sovrano, cioè il depositario delle attuali volontà di tutti, o il giudice, il di cui ufficio è solo l’esaminare se il tal uomo abbia fatto o no un’azione contraria alle leggi? In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev’essere la legge generale, la minore l’azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all’incertezza.” BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Roma:Castelvecchi, 2017, p. 54-55.

⁸⁸ BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Roma: Castelvecchi, 2017, p. 54-56.

⁸⁹ Os autores, porém, admitem tais procedimentos para verificação se uma dedução já feita é válida ou não perante o sistema. “Salvo en casos muy sencillos no existen procedimientos mecánicos que permitan inferir una determinada proposición (conclusión) de un conjunto de proposiciones dadas (premisas); sólo hay tales procedimientos para verificar si una deducción (ya hecha) es válida o no, es decir, si cada uno de los pasos efectuados está justificado por las reglas del sistema” ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 350.

⁹⁰ PARINI, Pedro. As estruturas lógico-retóricas do raciocínio judicial. In: REIS, Isaac. *Diálogos sobre retórica e argumentação*. Curitiba: Alteridade, 2018, 4 v. p. 99-100.

Todavia, a operação do raciocínio jurídico mediante subsunções não é a única forma de aplicação do direito. A argumentação pelo silogismo lógico-dedutivo não se volta para a veracidade das premissas. Logo, não explica totalmente casos em que é preciso raciocinar por analogia ou resolver conflitos entre direitos assegurados por princípios.

A argumentação jurídica supera a lógica aplicada ao direito. Argumentos jurídicos podem ser explicados a partir de perspectivas múltiplas – ilustrativamente, a psicológica, a retórica, a tópica, a dialética⁹¹ – ou podem revelar-se como argumentos de base histórica, teleológica, econômica, autoritativa, sistemática, naturalista, equitativa, apagógica (*ab absurdo*) ou por princípios gerais.⁹²

Um argumento lógico-formal preocupa-se com aspectos internos de justificativa que não suprem a preocupação com a fundamentação substancial da decisão.

Há ainda limitações relacionadas à dificuldade em precisar o que é verdadeiro ou falso em termos de normatização, ante o natural caráter interpretativo dos textos, incluídos os jurídicos, e dos debates a respeito da sua vigência. As disputas de sentido tornam controversas as assertivas sobre a delimitação da própria regra e o caráter humano do ordenamento permite a existência de ambiguidades ou lacunas, capazes de escurecer a pretendida clareza que envolveria o manejo de premissas. Também a definição do que é ou não verdadeiro no campo dos fatos está sob o prejudicial influxo do direito probatório e de suas limitações, com reflexos na definição da premissa menor.

Embora possa ser qualificado como um dos tipos possíveis de argumento, o silogismo convive com outras formas de raciocínio jurídico, sendo também falso pressupor que seu esquema reproduza, com completude e precisão, o real e completo processo de tomada de decisão. O silogismo não é uma demonstração inequívoca do que ocorre no caminho decisório.

É preciso ainda enfocar a possibilidade de seu reducionismo, diante da sensação de que respostas automáticas e imediatistas resolvem a complexidade do direito, o que traz um interessante elemento retórico ao fazer parecer que as conclusões alcançadas seriam inevitáveis ou inescapáveis frente ao ordenamento e aos fatos ocorridos. Há um discurso determinista a

⁹¹ ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho*. Teorias de la argumentación jurídica. Universidad Nacional Autónoma de Mexico: Mexico, 2005, p.26

⁹²Exemplos de argumentos jurídicos, a partir de uma tipologia de quinze espécies, concebida por Giovanni Tarello. Cf. TARELLO, Giovanni. *La interpretación de la ley*. Trad. Diego Dei Vecchi. Lima: Palestra Editores, 2013, p. 313-314 e 350

respeito das premissas postas que deve ser descoberto, sendo função da crítica acadêmica seu desvelamento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Coord. Alfredo Bosi. Rev. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALEXY, Robert. Dois ou três? In: *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- ALEXY, Robert. On balancing and subsumption. A structural comparison. *Ratio Juris*. v. 16 n. 4 dez. 2003 (433–49).
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schield Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- ARISTOTLE. *Prior Analytics*. Trad. H. P. Cooke e Hugh Tredennick (edição bilingue). Cambridge, MA: Harvard University Press, 1938.
- ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madri: Ed. Trotta, 2013.
- ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho*. Teorias de la argumentación jurídica. Universidad Nacional Autónoma de Mexico: Mexico, 2005.
- BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Roma: Castelvechi, 2017.
- BOBBIO, Noberto. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi [et al]. São Paulo: Ícone, 1995.
- CARNEIRO, Wálber Araújo. O direito e as possibilidades epistemológicas do paradigma hermenêutica. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio [org]. *Hermenêutica e epistemologia*. 50 anos de verdade e método. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- CHIASSONI, Pierluigi. *Técnicas de interpretación jurídica*. Breviario para juristas. Trad. Pau Luque Sánchez. Maribel Narváez Mora. Madri: Marcial Pons: 2011.
- COPI, Irving M; COHEN, Carl; MCMAHON, Kenneth. *Introduction to logic*. 14.ed. Harlow: Pearson New International Edition, 2014.
- HAACK, Susan. Epistemology legalized: or truth, justice, and the american way. *American Journal of Jurisprudence*, n. 49, 2004. p. 43-61.
- HAACK, Susan. *Evidence matters*. Science, proof and truth in the law. New York: Cambridge University Press, 2014.
- HAACK, Susan. Of truth, in science and in law. *Brooklyn Law Review*. New York, v., 73, issue 3, 2008. p.985-1008.
- HART, Herbert. *The concept of law*. 2.ed. New York: Oxford University Press, 1994.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. Jose Lamago. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. New York: Oxford University Press, 2003.
- MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Theory of legal reasoning. New York: Oxford University Press: 2005.

- MAZOTTI, Marcelo. *As escolas hermenêuticas e os métodos de interpretação da lei*. São Paulo: Manole, 2010.
- NEUMANN, Ulfrid. Lógica jurídica. In: KAUFMANN, Arthur. HASSEMER, Winfried [Org.]. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian: 2015.
- PARINI, Pedro. As estruturas lógico-retóricas do raciocínio judicial. In: REIS, Isaac. *Diálogos sobre retórica e argumentação*. Curitiba: Alteridade, 2018, 4.v.
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- REÑÓN, Luis Vega; GÓMEZ, Paula Olmo [ed]. *Compendio de lógica, argumentación y retórica*. Madri: Ed. Trotta, 2011.
- RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. *Argumentação jurídica*. Técnicas de persuasão e lógica informal. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- TARELLO, Giovanni. *La interpretación de la ley*. Trad. Diego Dei Vecchi. Lima: Palestra Editores, 2013.
- TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Trad. Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.
- TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- TARUFFO, Michele. *Simplesmente la verdad*. El juez y la construcción de los hechos. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- SCHAUER, Frederick. A critical guide to vehicles in the park. *New York University Law Review*. v. 83, n. 3 out. 2008, p. 1009-1134.
- SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. A new introduction to legal reasoning. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009.
- STRUCHINER, Noel. Contexto de descoberta: uma análise filosófica de aspectos psicológicos da argumentação jurídica. In: REIS, Isaac. *Diálogos sobre retórica e argumentação*. Curitiba: Alteridade, 2018, 4 v.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal decision and its justification. *Logique Et Analyse*, v. 14, n. 53/54, 1971, p. 409-419.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal syllogism and rationality of judicial decision. *Rechtstheorie*, Berlin: Duncker & Humblot, 1974, v. 5, p.33-46.

Submetido em 04.06.2021

Aceito em 08.10.2024