

4 A FORÇA JUSTIFICATÓRIA DO MODELO DEDUTIVO

Conforme analisado anteriormente, MacCormick atribui um papel central ao raciocínio dedutivo na compreensão da estruturação e do funcionamento do raciocínio jurídico.¹²⁶ O autor sustenta a tese de que é possível, em determinadas situações, mostrar conclusivamente que uma decisão judicial está justificada apenas com base em argumentos dedutivos (*deductive thesis*).¹²⁷ Nesse caso, a força justificatória da decisão decorreria (em parte) da própria estrutura formal dos argumentos utilizados.¹²⁸

Algo completamente distinto, e que precisa ser diferenciado, é a determinação do conteúdo das premissas (normativas e fáticas) envolvidas no processo decisório. A apreciação da validade formal do raciocínio não deve ser confundida com a qualificação das premissas. Esse, por sua vez, é um processo independente e externo à lógica.¹²⁹ No entanto, não deixa de ser importante, pois é a partir da atribuição de valor-verdade (*truth-value*) às premissas, que a conclusão

¹²⁶ Cf. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978 (Foreword, 1994, p. IX): “Despite recurrent denials by learned persons that law allows scope for deductive reasoning, or even logic at all, this book stands four-square for the idea that a form of deductive reasoning is central to legal reasoning”. No livro *Rhetoric and the Rule of Law* (2005), MacCormick reitera a tese de que o raciocínio jurídico é em parte dedutivo (p. 75) e que o silogismo hipotético dos lógicos tradicionais é central para a sua compreensão (p. 32).

¹²⁷ Cf. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. *Op. cit.*, p. 19: “It is sometimes possible to show conclusively that a given decision is legally justified by means of a purely deductive justification”.

¹²⁸ Entre os motivos para se afirmar que os argumentos dedutivos possuem “força justificatória” merecem destaque os seguintes: (i) eles são argumentos que preservam a verdade (*truth-preserving arguments*) mediante a realização de testes para aferir a aceitabilidade das inferências; (ii) as premissas, tomadas em conjunto, forçam o resultado do raciocínio (conclusão). Cf. WELLMAN, Vincent. Practical reasoning and judicial justification: toward an adequate theory. *University of Colorado Law Review*, v. 57, 1985, p. 67-69 e 74-75. Além disso, (iii) os argumentos dedutivos promovem a autoconsistência (*self-consistency*) do raciocínio. Cf. TAMMELO, Ilmar. Logic as an instrument of legal reasoning. *Jurimetrics*, v. 10, 1970, p. 93.

¹²⁹ Cf. COPI, Irving. *Introdução à Lógica*. 2ª ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978, p. 39. “Determinar a verdade ou falsidade das premissas é uma tarefa que incumbe à ciência, em geral, pois as premissas podem referir-se a qualquer tema. O lógico não está tão interessado na verdade ou falsidade das proposições quanto nas relações lógicas que entre elas existem, sempre que por relações “lógicas” entre proposições entendemos aquelas que determinam a correção ou incorreção dos argumentos em que podem ocorrer. Determinar a correção ou incorreção dos raciocínios está inteiramente dentro do domínio da lógica. O lógico está interessado na correção até daqueles argumentos cujas premissas possam ser falsas”.

também será qualificada como verdadeira.¹³⁰ A tarefa da lógica, nesse ponto, é estudar a relação formal entre as premissas e a conclusão dos argumentos, e não a determinação do conteúdo das premissas.¹³¹

É por esses motivos que Ilmar Tammelo afirma que o papel da lógica no direito é modesto, na medida em que a mesma atua como mero instrumento destinado a assegurar a autoconsistência (*self-consistency*) do raciocínio jurídico,¹³² devendo ser conjugada com considerações de natureza zetética, em qualquer de suas subdivisões: (i) *induction* (indução) – forma de raciocínio na qual a conclusão é mais genérica do que as premissas; (ii) *eduction* (analogia); e (iii) *paraduction* (justificação de juízos de valor) – forma de raciocínio cuja teorização é realizada principalmente pela tópica, retórica e dialética.¹³³ MacCormick reconhece as limitações inerentes ao raciocínio lógico-dedutivo na seguinte passagem:

It is important therefore to emphasize that the logical validity of an argument does not guarantee the truth of its conclusion; that the argument is valid entails that if the premisses are true, the conclusion must be true; but logic

¹³⁰ Existe uma discussão importante com relação à possibilidade de se atribuir valor-verdade (*truth-value*) às normas jurídicas. Retomaremos essa discussão mais adiante (ver Capítulo 6).

¹³¹ Cf. GUEST, A. G. *Logic in the Law*. In: GUEST, A. G. (ed). *Oxford Essays in Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 1961, p. 178-179: “(...) logic does not purport to determine the content of the premisses on which it works; nor does it purport to decide from which premisses we should begin or in any way disable our choice; it does not seek to provide us with a self-sufficient and self-perpetuating system liberated from all contradictions; it does not even purport to determine the truth or falsity of the propositions advanced. Logic is concerned merely to demonstrate the correctness or incorrectness of the deductions or inferences made, and, although it may be necessary for this purpose to inquire into the logical form of the propositions advanced, it is not necessary to assert their truth or to define the sources from which they are to be drawn. There may, for example, be correct deductions from untrue premisses (...)”.

¹³² Cf. TAMMELO, Ilmar. *Logic as an instrument of legal reasoning*. *Jurimetrics*, v. 10, 1970, p. 89-94. Em especial as seguintes citações: (i) “Logic, wherever it may be used, provides only an instrumentality for rational discourse, not a source of material content outside its own bounds.” (p. 91); e (ii) “Logic plays an admittedly limited role in legal reasoning. In this context, logic serves only one purpose, namely, achieving self-consistent legal thought.” (p. 93).

¹³³ Cf. TAMMELO, Ilmar. *Op. cit.*, p. 91: “Legal reasoning as a rational procedure is not limited to formal aspects of legal thought. Attempts to reduce legal reasoning to logical reasoning are not only doomed to failure but they are completely ill-conceived. Another essential part of legal reasoning is the discovery and substantiation of material contents of applicable law and of the law to be applied. The totality of this latter kind of reasoning may be called “zetetic”, to introduce for a useful purpose a rarely used word of Greek origin stemming from “*zetein*”, which means “to search” or “to inquire”. Hence legal reasoning can be divided into logical reasoning and zetetic reasoning.”

itself cannot establish or guarantee the truth of the premisses. Whether or not they are true is (or at least may be) an empirical question.¹³⁴

Para o autor escocês, o raciocínio lógico-dedutivo oferece um modelo fidedigno da maneira como os juízes e tribunais raciocinam de um modo geral. Esse modelo não é utilizado apenas como uma ferramenta para organizar e expor a estrutura dos argumentos empregados nas decisões judiciais (função expositiva), mas também, e talvez principalmente, para sustentar a tese de que o raciocínio lógico-dedutivo aplicado no campo do direito é capaz de agregar força justificatória¹³⁵ às decisões judiciais (função justificante), contribuindo, desta maneira, para o cumprimento de um dever essencial à atividade jurisdicional que é decidir fundamentadamente.

MacCormick está preocupado com a consistência formal do raciocínio dos magistrados – entendida como a não-contradição entre as premissas e a conclusão dos argumentos utilizados na decisão judicial. A estruturação do raciocínio na forma dedutiva contribui para a justificação judicial na medida em que orienta e comprime o órgão julgador¹³⁶ a evitar conclusões inconsistentes (contraditórias) com as premissas adotadas, sendo certo que essa é uma finalidade

¹³⁴ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. *Op. cit.*, p. 25.

¹³⁵ MacCormick não utiliza a expressão “agregar força justificatória”, ele prefere dizer diretamente “justificar”. A opção pela primeira expressão no lugar da segunda decorre da necessidade de se fixar uma distinção importante, já mencionada anteriormente, qual seja: a lógica estuda a forma dos argumentos e não os conteúdos das premissas, portanto afirmar que uma decisão judicial está justificada, no sentido pleno dessa palavra, pressupõe a integração entre o aspecto formal (lógico) e o substantivo (influenciado e estabelecido por outras formas de raciocínio como, por exemplo: o raciocínio zetético – para utilizar uma expressão de Ilmar Tammelo). Por outro lado, seria um equívoco afirmar que MacCormick ignora essa distinção (cite-se, por exemplo, os problemas de interpretação, relevância e prova que atacam as premissas dos argumentos jurídicos; os requisitos da consistência e coerência, bem como o trecho transcrito na página anterior), ele só não teve o cuidado de deixar suficientemente claro, nesse tópico, que o raciocínio dedutivo justifica apenas parcialmente as decisões judiciais e que o mesmo necessita de sua face substantiva para fazer jus ao qualificativo de “plenamente justificado”. Entretanto, no livro *Rhetoric and the Rule of Law* (2005), já é possível identificar um maior cuidado por parte do autor ao expor o seu ponto (p. 33): “(...) syllogism plays a fundamental structuring part in legal thought, though not all of such thought is exhausted by the structure alone. Formal logic and deduction do matter in law. Certainly, to acknowledge this does not require one to deny the massively important part played in law by informal reasoning, probalistic reasoning, rhetoric in all its senses and modes.”

¹³⁶ Talvez seja mais adequado compreender a lógica dedutiva como uma ferramenta crítica na mão de advogados e comentadores de decisões judiciais do que dos próprios magistrados. No entanto A. G. Guest apresenta um ponto importante: “(...) a judge is not, of course, guided by logic. He is guided by insight and experience. But in his application of the proposition selected, and in his testing of its implications before he adopts it, he uses a deductive form of reasoning in order to discover its potentialities”. Cf. GUEST. A. G. *Logic in the Law*. *Op. cit.*, p. 188.

digna de ser perseguida.¹³⁷ Desta forma, o pronunciamento do órgão jurisdicional que descumprir postulados lógicos será uma decisão contraditória e irracional, e, portanto, não justificada juridicamente. O direito é um empreendimento racional e a lógica garante a consistência formal dos raciocínios produzidos em seu domínio.¹³⁸

4.1 Natureza Cogente e Impositiva da Conclusão Dedutiva

Outra razão para se afirmar que o raciocínio dedutivo contribui para a justificação das decisões judiciais está relacionada com a natureza cogente e impositiva da conclusão,¹³⁹ vale dizer, a partir do estabelecimento das premissas a conclusão segue necessariamente.¹⁴⁰ Isto ocorre porque a informação contida na conclusão resulta da combinação das informações que a originaram (premissas), ou seja, cada premissa contribui parcialmente para o resultado do raciocínio. A conclusão é considerada cogente porque não há como se afastar da mesma sem que se incorra em uma inferência do tipo *non sequitur*. A atração provocada por essa forma de raciocínio pode ser confirmada por meio de um simples exemplo: (i) todo ladrão deve ser punido; (ii) João é um ladrão; (iii) logo, João deve ser punido. Nesse caso é fácil constatar que a informação contida na conclusão (“João deve ser punido”) é o resultado da combinação das informações das premissas. Esse é um dos motivos para se afirmar que as premissas “forçam” o resultado do raciocínio, perpetuando uma sensação de inevitabilidade e decorrência. Afinal,

¹³⁷ Cf. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. *Op. cit.*, p. 14: “At the most basic level, one might also observe, the rules of formal logic function as criteria distinguishing the unsound-because-self-contradictory from that which is valid as being undeniable without self-contradiction: that we ought to reject illogical arguments follows only if or because we recognize that there are good reasons for avoiding self-contradiction”.

¹³⁸ Cf. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. *Op. cit.*, p. 41: “Since legal reasoning is a form of thought it must be logical, i. e. must conform to the laws of logic, on pain of being irrational and self-contradictory. That is, law must be ‘logical’ in the technical sense”.

¹³⁹ P. F. Strawson prefere a expressão “ameaça” (threat): “A deductive argument is a sort of threat, which takes the form: if you accept these premises as true, then you must accept this conclusion as true as well, on pain of self-contradiction”. Cf. STRAWSON, P. F. *Introduction to Logical Theory*. London: Methuen & Co. Ltd, 1974, p. 2.

¹⁴⁰ Cf. WELLMAN, Vincent. Practical reasoning and judicial justification: toward an adequate theory. *Op. cit.*, p. 69 (grifo no original): “Philosophers and logicians commonly express this feature by saying that the premises of a valid deductive argument *necessitate* the conclusion.”

questiona-se se é possível imaginar uma conclusão com conteúdo distinto daquele resultante da combinação das informações constantes das premissas.¹⁴¹

Jaap Hage denomina essa característica do raciocínio dedutivo de noção semântica de validade lógica (*semantic notion of logical validity*) e utiliza a metáfora do contêiner (*container metaphor*) para explicá-la.¹⁴² A idéia central dessa metáfora é que toda premissa de um argumento contribui com um pedaço de informação para um contêiner. Quando consideradas em conjunto, as premissas disponibilizam um compartimento cheio de informações. Se o conteúdo da conclusão estiver inserido no contêiner, o argumento será válido; caso contrário trata-se de um argumento inválido.¹⁴³ Para Hage, a noção semântica de validade lógica é uma especificação da metáfora do contêiner. A afirmação de que a conclusão do raciocínio dedutivo sempre será verdadeira quando as premissas forem verdadeiras nada mais é do que uma versão mais precisa e qualificada da idéia de que a informação contida na conclusão deve necessariamente estar presente nas premissas.

A noção de validade lógica é classificada como semântica porque parte da possibilidade de se atribuir valor-verdade a sentenças com base em mundos possíveis (*possible worlds*).¹⁴⁴ Esses, por sua vez, representam uma coleção de estados de coisas (*collection of state of affairs*) que serve como referencial para definir se determinado caso pertence ou não ao mundo possível em questão. Conseqüentemente, produz-se uma grande divisão: de um lado, as sentenças classificadas como verdadeiras porque se relacionam com a coleção de estados de

¹⁴¹ Para uma discussão desse assunto: Cf. MORESO, José Juan. On relevance and justification of legal decisions. *Erkenntnis*, v. 44, 1996, p. 73-100.

¹⁴² Cf. HAGE, Jaap. *Reasoning with Rules: An Essay on Legal Reasoning and its Underlying Logic*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1997, p. 1-10 e 245-254.

¹⁴³ Cf. HAGE, Jaap. *Reasoning with Rules: An Essay on Legal Reasoning and its Underlying Logic*. *Op. cit.*, p. 247: “The idea behind the container metaphor is that an argument is valid if the information contained in the conclusion is part of the information contained in the premises. In other words, the information of the conclusion should be in the container”.

¹⁴⁴ Cf. HAGE, Jaap. *Reasoning with Rules: An Essay on Legal Reasoning and its Underlying Logic*. *Op. cit.*, p. 246. A semântica é um dos três ramos que compõem o estudo da semiótica (sintática, semântica e pragmática), com ênfase no estudo da relação das palavras com o mundo extralingüístico (*extra-linguistic world*), ou seja, com os significados (*meanings*). Normalmente, a semântica é construída com referência a mundos possíveis (*possible worlds*). Cf. SINCLAIR, Michael. The semantics of common law predicates. *Indiana Law Journal*, v. 61, 1986, p. 373-378.

coisas de determinado mundo possível; de outro lado, situam-se as sentenças falsas exatamente pela razão oposta – tais sentenças não se relacionam com a coleção de estado de coisas.¹⁴⁵ Portanto, a semântica dos mundos possíveis (*possible worlds semantics*) disponibiliza um critério binário de identificação e pertencimento capaz de qualificar as sentenças como verdadeiras ou falsas em razão das relações estabelecidas com determinado estado de coisas (contêiner de informações).¹⁴⁶

A metáfora do contêiner e a noção semântica de validade lógica procuram oferecer um modelo explicativo para a característica cogente do raciocínio dedutivo e para a convicção tão difundida entre os lógicos de que se as premissas de um argumento dedutivo forem verdadeiras a conclusão necessariamente será verdadeira. No entanto, esta afirmação pressupõe alguns requisitos que precisam ser esclarecidos: (i) as premissas devem ser organizadas e apresentadas de determinada maneira (aspecto externo); e (ii) existem regras que disciplinam o arranjo e as relações entre os componentes das premissas (aspecto interno). De fato, para que a conclusão seja cogente, é fundamental que as premissas sejam apresentadas e relacionadas entre si corretamente. Portanto, é legítimo afirmar que a força justificatória derivada da natureza cogente e impositiva da conclusão é dependente do arranjo (interno e externo) das premissas. Não basta alegar que a conclusão esteja inserida no contêiner de informações formado a partir das premissas, é necessário que os “fornecedores de informações” (as premissas) estejam relacionados entre si de acordo com

¹⁴⁵ Cf. SINCLAIR, Michael. The semantics of common law predicates. *Indiana Law Journal*. *Op. cit.*, p. 376: “Propositions [are what results from the use of a sentence in a particular context] thus have truth values at possible worlds at which the proposition is true. The question is whether this, the world at which the proposition is expressed, is a member of the set of possible worlds at which the proposition is true. In terms of the descriptive approach (...) a given proposition (use of a sentence) is judged to be true or false according to whether this world, the world in which it occurs, is one at which it is assigned the value True or False.”

¹⁴⁶ Cf. HAGE, Jaap. *Reasoning with Rules: An Essay on Legal Reasoning and its Underlying Logic*. *Op. cit.*, p. 246 (grifo no original): “That the conclusion of a valid argument can only contain information that was also contained in its premises becomes in possible world terminology: *An argument is valid if and only if its conclusion is true in all possible worlds in which all of its premises are true*. The notion of logical validity expressed by means of possible worlds is essentially *semantic*. It makes use of the truth values of sentences in possible worlds to determine whether an argument is valid or not.”

determinadas regras lógicas capazes de assegurar a consistência e o resultado cogente do raciocínio.

4.2 O Silogismo Hipotético Misto

Para corroborar e ilustrar a afirmação anterior é oportuno analisar a estrutura e as regras lógicas que governam a relação entre as premissas do silogismo hipotético misto – espécie de argumento dedutivo.¹⁴⁷ A escolha do silogismo hipotético não é aleatória e pode ser justificada por, pelo menos, duas razões: (i) trata-se de uma forma clássica de argumento e bastante difundida (ex: *modus ponens* e *modus tollens*); e (ii) MacCormick sustenta que o silogismo hipotético dos lógicos tradicionais é central para o raciocínio jurídico.¹⁴⁸ É importante ressaltar que o silogismo hipotético tem regras próprias e precisa ser diferenciado de outras espécies de silogismo, em especial, do silogismo categórico de forma típica.¹⁴⁹

¹⁴⁷ Irving Copi classifica o silogismo hipotético em duas espécies: (i) o silogismo hipotético puro; e (ii) o silogismo hipotético misto. O modelo dedutivo de MacCormick está relacionado apenas com o silogismo hipotético misto, que envolve uma premissa condicional (se x , então y) e uma premissa categórica (no presente caso, x). Cf. COPI, Irving. *Introdução à Lógica. Op. cit.*, p. 215-217 (grifo no original): “Um silogismo que tem uma premissa condicional e uma premissa categórica chama-se *silogismo hipotético misto*. Há duas formas de silogismo hipotético misto que receberam nomes especiais.” Tais formas são as seguintes: (i) o modo afirmativo ou *modus ponens* (do latim *ponere*, que significa “afirmar”) – a premissa menor categórica afirma o antecedente e a conclusão afirma o conseqüente; e (ii) o *modus tollens* (do latim *tollere*, que significa “negar”) – a premissa menor categórica nega o conseqüente e a conclusão nega o antecedente.

¹⁴⁸ Cf. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law. Op. cit.*, p. 32: “Has reasoning of a syllogistic kind any place in law? In the last chapter I depicted legal rules as taking the form ‘Whenever *OF* then *NC*’. Given this depiction, you would think law application must be an intellectual simple procedure. All you have to do in any case is establish that the fact situation *OF* obtains, and then *NC* must follow. This is nothing more than the ‘hypothetical syllogism’ of traditional logicians. (...) This chapter will develop arguments for thinking that reasoning in this form (which will be developed in a somewhat more elaborate way) is indeed central to legal reasoning”. Conferir também: MACCORMICK, Neil. *The nature of legal reasoning: a brief reply to Dr. Wilson. Legal Studies*, v. 2, 1982, p. 289.

¹⁴⁹ Com relação ao silogismo categórico de forma típica, Cf. COPI, Irving. *Introdução à Lógica. Op. cit.*, p. 167 (grifo no original): “O *silogismo* é um argumento em que uma conclusão é inferida de duas premissas. Um *silogismo categórico* é um argumento que consiste em três proposições categóricas que contêm exatamente três termos, cada um dos quais ocorre exatamente em duas das proposições constituintes. Diz-se que um silogismo categórico é de *forma típica*, quando suas premissas e conclusão são todas proposições categóricas de forma típica e estão dispostas numa ordem específica.” Além do silogismo categórico de forma típica, merecem destaque: o silogismo disjuntivo e o silogismo conjuntivo.

No silogismo hipotético misto, a premissa maior é formada por uma proposição condicional (Se A , então B)¹⁵⁰ e a premissa menor por uma proposição categórica afirmativa ou negativa (A ou B , $não-A$ ou $não-B$). Uma proposição condicional (premissa maior) é formada por 2 (dois) componentes: o antecedente (A) e o conseqüente (B). Se o antecedente for verdadeiro, o conseqüente também o será. Em outras palavras, a verdade do conseqüente (B) está vinculada à veracidade do antecedente (A). Portanto, o valor-verdade decorre da relação lógica de dependência entre os 2 (dois) componentes (A e B) da proposição condicional. Por exemplo: “Se (x) é um ladrão, então (x) deve ser punido”. Nesse caso (x) somente deverá ser punido se (x) for um ladrão, ou seja, o dever de punir (x) depende do enquadramento de (x) na classe dos ladrões. Logo, a verdade de (B) depende da verdade de (A).¹⁵¹

A premissa menor do silogismo hipotético misto é formada por uma proposição categórica que afirma ou nega a inclusão de classe, vale dizer, tal proposição afirma ou nega que determinados membros (todos, alguns ou apenas um) de uma classe estão totais ou parcialmente incluídos entre os membros de outra classe, por exemplo: “João é um ladrão”. É correto interpretar essa proposição da seguinte maneira: “João pertence à classe dos ladrões” (proposição categórica particular afirmativa). A situação oposta (“João não é um ladrão”) é uma proposição categórica particular negativa. Uma proposição categórica pode ter duas “qualidades”: (i) ser afirmativa – quando declara a inclusão (total ou parcial) de classe ou (ii) ser negativa – quando declara a exclusão (total ou

¹⁵⁰ No presente estudo, não serão analisadas as seguintes formulações referentes à premissa maior: (i) se $não-A$, então B ; (ii) se A , então $não-B$; e (iii) se $não-A$, então $não-B$. As justificativas para o afastamento dessas formulações são de, pelo menos, 02 (duas) ordens: (i) as regras, de um modo geral, são representadas ou podem ser reconstruídas por meio de uma proposição condicional cujos componentes (antecedente e conseqüente) são afirmados (Se A , então B); e (ii) MacCormick se interessa apenas por essa forma de proposição condicional quando descreve a premissa maior do silogismo hipotético misto.

¹⁵¹ Cf. COPI, Irving. *Introdução à Lógica*. *Op. cit.*, p. 235: “Um enunciado condicional afirma que seu antecedente implica seu conseqüente. Não afirma que seu antecedente seja verdadeiro, mas unicamente que, se seu antecedente for verdadeiro, então seu conseqüente também será verdadeiro. Tampouco afirma que o conseqüente é verdadeiro, mas apenas que o conseqüente é verdadeiro se o antecedente o for. O significado essencial de um enunciado condicional reside na relação de implicação que afirma existir entre o antecedente e o conseqüente nesta ordem.” Conferir também: MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. *Op. cit.*, p. 23 (grifo no original): “All that ‘In any case, if p then q ’ says is that whenever p is true q is also true; p cannot be true without q being in consequence, true as well”.

parcial) de classe. Por outro lado, uma proposição categórica pode ter duas “quantidades”: (i) ser universal; ou (ii) ser particular, caso o termo sujeito da proposição se refira a todos os membros ou apenas a alguns dos membros da classe mencionada.¹⁵² No presente estudo, o enfoque será dado às proposições categóricas particulares (afirmativas ou negativas) utilizadas como premissa menor de um silogismo hipotético (condicional) misto.¹⁵³

Existem 2 (duas) falácias formais relacionadas com o modelo descrito acima: (i) a falácia da negação do antecedente, quando a premissa menor afirma “*não-A*”; e (ii) a falácia da afirmação do conseqüente, quando a premissa menor afirma “*B*”. No primeiro caso, a premissa menor do silogismo nega o antecedente, vale dizer, afirma que o mesmo é falso (“*x* não é um ladrão”) e, portanto, a conclusão do raciocínio afirma que a conseqüência não deve ser implementada (“*x* não deve ser punido”). Negar o antecedente é uma falácia porque não é válido inferir a não-aplicação do conseqüente a partir da não-aplicação do antecedente. Não há parâmetros para discutir se (*x*) deve ou não ser punido. Somente a verdade de (*A*) determina a verdade de (*B*), a falsidade de (*A*) não autoriza qualquer conclusão com relação à (*B*). Esse, por sua vez, pode ser verdadeiro ou falso em razão de outros motivos que a relação condicional prevista na premissa maior não é capaz de excluir.¹⁵⁴

¹⁵² Cf. COPI, Irving. *Introdução à Lógica. Op. cit.*, p. 143.

¹⁵³ Cf. COPI, Irving. *Introdução à Lógica. Op. cit.*, p. 139-142.

¹⁵⁴ Cf. COPI, Irving. *Introdução à Lógica. Op. cit.*, p. 217. No livro *Legal Reasoning and Legal Theory*, MacCormick faz menção à falácia da negação do antecedente (*não-A*) e aduz um exemplo: “Suppose the relevant rule of law to be something like ‘If a manufacturer of goods breaks the duty of care which he owes to a consumer thereby injuring him, then the manufacturer is liable in damages to the consumer’. That certainly exhibits the form $p \supset q$: but in the given case *p* is not proven - the manufacturer is not, so far as the law is concerned, in breach of his duty. If we try to set out an argument in the logical form previously discussed, the premisses are $p \supset q / \sim p$ [i.e. ‘it is not the case that *p*]. But from these premisses no conclusion follows. Such premisses neither establish that *q* is the case, nor that *q* is not the case. They leave it undetermined. (That no conclusion follows from premisses having that form is obvious, and can be confirmed by the following example: it is a general truth that if a person swallows 5 grams of arsenic, he will die; of a given individual, Smith, it is at this moment true that he has not swallowed 5 grams of arsenic. But can we say that he will not die? Although taking arsenic is a certain cause of death, abstaining from it is hardly a recipe for immortality”. Cf. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory. Op. cit.*, p. 44.

É uma estratégia bastante comum entre os advogados sustentar que a ausência de determinada prova implica a inocência do seu cliente, por exemplo: a vítima P desapareceu e todas as evidências sugerem que Q teria matado P, entretanto o corpo de P ainda não foi encontrado. Um advogado malicioso pode alegar que o seu cliente (Q) não pode ser acusado de homicídio porque o cadáver não foi encontrado. Em uma estrutura formal, teríamos o seguinte argumento: (i) se o cadáver da vítima P for encontrado, então pode ser que o meu cliente tenha matado P; (ii) o cadáver de P não foi encontrado; (iii) logo, o meu cliente não pode ter matado P. Nesse exemplo, a conclusão simplesmente não decorre das premissas (*non sequitur*), na medida em que as evidências apontam exatamente para a direção contrária, ou seja, para a condenação de Q independentemente de o cadáver ter sido encontrado ou não. Sendo assim, a conclusão de um silogismo hipotético misto cuja premissa menor nega o antecedente não é válida do ponto de vista da lógica formal.

Outros exemplos podem ser aduzidos para ilustrar a falácia da negação do antecedente: (i) se Peter tiver leucemia (*A*), então ele estará seriamente doente (*B*); (ii) Peter não tem leucemia (*não-A*); (iii) logo, Peter não está seriamente doente (*não-B*). É fácil constatar que esse argumento não é válido. A partir da afirmação de que “Peter não tem leucemia” é incorreto inferir que ele não está seriamente doente. O argumento não pode pretender afastar todas as outras causas de doenças sérias que, porventura, possam comprometer a saúde de Peter. Por fim, o último exemplo: (i) se John está dormindo, então os seus olhos estão fechados; (ii) João não está dormindo; (iii) logo, os seus olhos não estão fechados. O fato de John não estar dormindo (premissa menor) não afasta a possibilidade de que os seus olhos possam estar fechados enquanto estiver acordado, pelo contrário, é bastante provável que John feche os seus olhos nessa situação. Em outras palavras, a afirmação de que os olhos de John estão fechados sempre que ele estiver dormindo (premissa maior) não exclui a possibilidade de John fechar os olhos quando estiver acordado.

A outra falácia que pode ocorrer nos argumentos estruturados na forma do silogismo hipotético misto denomina-se falácia da afirmação do conseqüente. Esta ocorre sempre que a premissa menor do silogismo afirma o conseqüente, vale dizer, quando a premissa menor declara que o mesmo é verdadeiro (“(x) deve ser punido”) e, portanto, a conclusão do argumento afirma que o antecedente também é verdadeiro (“(x) é um ladrão”). No entanto, é incorreto deduzir a verdade do antecedente (conclusão) a partir da afirmação da veracidade do conseqüente (premissa menor). A relação condicional estabelecida na premissa maior é unidirecional, ou seja, somente o antecedente determina a verdade do conseqüente, jamais o contrário. Presumir que o antecedente é verdadeiro em razão da afirmação do conseqüente é subverter a própria estrutura da sentença que estabeleceu a relação entre ambos (se *A*, então *B*) e, por isso, constitui um equívoco do ponto de vista da lógica formal.¹⁵⁵

Para ilustrar e corroborar o que foi afirmado acima, é conveniente apresentar um exemplo de falácia da afirmação do conseqüente: (i) se John for um ladrão, então John deve ser punido; (ii) John deve ser punido; (iii) logo, John é um ladrão. Esse simples exemplo demonstra porque é inválido afirmar a verdade do antecedente a partir da afirmação da veracidade do conseqüente. A alegação de que “John deve ser punido” não é suficiente, e muito menos cogente, para classificá-lo como ladrão e, portanto, enquadrá-lo no antecedente da premissa maior. De fato, o dever de punir John pode decorrer de qualquer outra causa não especificada (por exemplo: John pode ser um seqüestrador ou um estelionatário – sendo necessário assumir que tais hipóteses também geram um dever de punir). Conforme mencionado anteriormente, a estrutura da relação condicional é unidirecional, isto é, o antecedente determina a verdade do conseqüente (jamais o contrário) e, dessa forma, estabelece o resultado do raciocínio (conclusão). Quando o conseqüente é afirmado no lugar do antecedente, nenhuma conclusão pode ser inferida com relação à causa que o gerou. É incorreto alegar que a única causa possível é aquela indicada no antecedente da premissa maior (“ser um ladrão”) na medida em que a própria proposição condicional não estabelece a

¹⁵⁵ Cf. COPI, Irving. *Introdução à Lógica. Op. cit.*, p. 216.

exclusão necessária para que se chegue a essa conclusão. Sendo assim, a invalidade do argumento torna-se evidente.

Portanto, o silogismo hipotético misto, no qual a premissa maior é uma proposição condicional com a seguinte estrutura: “Se A , então B ”, admite apenas 2 (duas) formas válidas de argumento: (i) o antecedente é afirmado na premissa menor e, portanto, o conseqüente também é afirmado na conclusão (*modus ponens*); e (ii) o conseqüente é negado na premissa menor e, portanto, o antecedente também é negado na conclusão (*modus tollens*).¹⁵⁶ Por outro lado, o silogismo hipotético misto proporciona duas formas inválidas de argumento: (i) a premissa menor nega o antecedente e a conclusão nega o conseqüente (falácia da negação do antecedente); e (ii) a premissa menor afirma o conseqüente e a conclusão afirma o antecedente (falácia da afirmação do conseqüente). As duas formas válidas do silogismo hipotético misto (*modus ponens* e *modus tollens*) resultam da relação de dependência unidirecional existente entre os componentes (antecedente e conseqüente) da proposição condicional. As duas falácias, por sua vez, sugerem conclusões de raciocínio que a relação condicional estabelecida na premissa maior não é capaz de garantir.

4.3 O Silogismo Hipotético Misto Aplicado ao Direito

Ao estruturar as regras jurídicas compostas por fatos operativos (*OF*) seguidos de conseqüência normativa (*NC*),¹⁵⁷ MacCormick estabelece um paralelo com a proposição condicional (premissa maior) do silogismo hipotético misto. Os fatos operativos (*OF*) representam o antecedente (A) enquanto que a conseqüência normativa (*NC*) representa o conseqüente (B). Da mesma forma que as proposições condicionais, as regras jurídicas também figuram como a premissa maior do argumento. A premissa menor, por sua vez, poderá afirmar ou negar a

¹⁵⁶ Cf. HURLEY, Patrick. *A Concise Introduction to Logic*. Belmont, CA: Thomson Wadsworth, 2005, p. 322: “*Modus tollens* is a little harder to understand than *modus ponens*, but it can be understood by the following reasoning process: The conclusion states that we do not have p , because if we did have p , then (by the first premise) we would have q , and we do not have q (by the second premise. Any argument that has the form of *modus tollens* is a valid argument”.

¹⁵⁷ Conferir item 2.1., *supra*.

inclusão de determinados fatos concretos na instância operativa da regra (*OF*). Além disso, é importante recordar que a relação entre os componentes das proposições condicionais é unidirecional, vale dizer, somente o antecedente determina a verdade do conseqüente, jamais o contrário. Sendo assim, o mesmo raciocínio deve ser aplicado à relação estabelecida entre os fatos operativos e a conseqüência normativa, ou seja, somente os fatos operativos determinam a verdade da conseqüência normativa, nunca o contrário.¹⁵⁸

No entanto, a aplicação do silogismo hipotético misto ao campo do direito demanda algumas acomodações nas regras e limitações lógicas. A primeira delas está relacionada com a compreensão da falácia da negação do antecedente

¹⁵⁸ Cumpre observar que a descrição da relação condicional estabelecida na premissa maior em termos de valor-verdade (*truth-value*) é fiel à lógica tradicional, na qual a relação condicional é interpretada de maneira absoluta (se o antecedente for verdadeiro e o conseqüente falso, então a relação condicional será sempre falsa). MacCormick, por exemplo, adota essa posição ao aplicar o silogismo hipotético dos lógicos tradicionais (*modus ponens*) na reconstrução dos casos concretos. No entanto, Douglas Walton, representante da lógica informal, critica o uso da relação condicional absoluta dos lógicos tradicionais (*committed formal logician*) quando se trata de estudar a lógica aplicada, e sustenta a existência de 03 (três) tipos de relações condicionais (e suas respectivas generalizações), que devem ser diferenciados entre si: (i) a relação condicional absoluta (*absolute conditional*), na qual a verdade do antecedente é transferida para o conseqüente; (ii) a relação condicional probabilística (*probabilistic conditional*), que, ao invés de ser analisada em termos de valor-verdade, é definida em termos de valor-probabilidade, vale dizer, a probabilidade do antecedente é transferida para o conseqüente; e (iii) a relação condicional plausível (*plausibilistic*), superável (*defeasible*) ou *abductive* definida em termos de valor-plausibilidade, ou seja, o peso de plausibilidade (*weight of plausibility*) do antecedente é transferido para o conseqüente. Conferir: WALTON, Douglas. Are some *modus ponens* arguments deductively invalid? *Informal Logic*, v. 22, n. 1, 2002, p. 28-31. O objetivo dessa classificação é chamar a atenção para a necessidade de se estudar a relação condicional estabelecida na premissa maior do silogismo hipotético aplicado priorizando a relação condicional superável (*defeasible*) no lugar da relação condicional absoluta, essa última adotada pelos autores filiados à lógica tradicional (p. ex: MacCormick). Além disso, é conveniente ressaltar que as críticas de Walton ocorrem em um contexto que procura superar a rigidez do dogma da validade dedutiva, representada emblematicamente pela forma de argumento *modus ponens* (p. 40): “My reason for critically questioning the dogma is try to loosen up formal logic a little, so the subject can extend to the study of argumentation schemes that do not conform to the deductive model. Deductive logic deals with absolute conditionals and absolute generalizations. It represents a simple and precise but absolutistic way of thinking. There is nothing wrong with that. But much of the thinking used in everyday conversational argumentation is not absolutistic. It requires flexibility, and openness to retraction of commitments as new information comes into a case (nonmonotonic reasoning). A logic that is applicable to thinking in real cases must deal with conditionals that are not absolute. Although the applied part of logic is often categorized or dismissed as ‘informal’”. A discussão travada com os lógicos tradicionais é extensa e alguns dos principais opositores podem ser encontrados entre os autores de inteligência artificial (AI), lógica não-monotônica, *informal logic and critical thinking, computer law*, tais como: Henry Prakken, Jaap Hage, Douglas Walton, John Pollock, Giovanni Sartor, Bart Verheij, David Makinson, Arno Lodder, David Hitchcock, Trevor Bench-Capon. Para uma defesa da lógica monotônica em face da lógica não-monotônica aplicada ao direito, conferir: SOETEMAN, Arend. Legal logic? Or can we do without? *Artificial Intelligence and Law*, v. 11, 2003, p. 197-210.

(*não-A*). Essa ocorre sempre que o antecedente é negado na premissa menor e, portanto, o conseqüente também é negado na conclusão. Como visto anteriormente, diante dessa situação não é possível inferir conclusão alguma – o resultado do raciocínio continua aberto na medida em que a relação condicional (Se *A* então *B*) prevista na premissa maior não é capaz de excluir todas as outras causas que podem influenciar no resultado do raciocínio. De fato, a relação condicional da premissa maior é unidirecional (apenas *A* determina *B*), logo a negação de *A* não produz qualquer desfecho conclusivo com relação à *B*, que pode ser afirmado ou negado com base em outras razões não excluídas pela relação estabelecida na premissa maior.

Se aplicada ao direito, a falácia da negação do antecedente teria a seguinte estrutura: a premissa maior seria a regra jurídica (se *OF* então *NC*); a premissa menor negaria a inclusão de determinados fatos concretos no fato operativo da regra (“*a*” \notin *OF*) ou, mais diretamente, negaria os próprios fatos operativos (*não-OF*),¹⁵⁹ e, por fim, a conclusão do raciocínio negaria a conseqüência da regra (*não-NC*). No entanto, diferentemente do que ocorre no plano puramente lógico, o resultado desse raciocínio (que nega a conseqüência normativa da regra) é conclusivo, ou seja, é correto afirmar, sob o ponto de vista jurídico, que a regra (Se *OF* então *NC*) não se aplica ao caso concreto em análise. Conseqüentemente, no plano jurídico, parece não fazer sentido invocar a falácia da negação do antecedente como razão para invalidar formalmente um argumento jurídico. Resta a pergunta: por que isso ocorre no direito?

Maarten Henket enfrenta esse problema.¹⁶⁰ O autor afirma que a relação condicional estabelecida na premissa maior do silogismo hipotético misto (regra jurídica) normalmente é interpretada e analisada como uma implicação material com a seguinte forma: “se *p* então *q*” ou “ $p \rightarrow q$ ”, na qual o significado

¹⁵⁹ Embora tenha sido conferido tratamento idêntico aos atos que afirmam (“*a*” \notin *OF*, leia-se: “*a*” não pertence à *OF*) e simplesmente (*não-OF*), tais atos refletem maneiras distintas de se aproximar do problema do estabelecimento da premissa menor. No primeiro caso, o problema da subsunção recebe um tratamento explícito, já no segundo caso o problema é ocultado, embora também ocorra. Por razões de rigor e transparência, a primeira representação deve ser privilegiada (“*a*” \notin *OF*).

¹⁶⁰ HENKET, Maarten. On the logical analysis of judicial decisions. *International Journal for the Semiotics of Law*, V/14, 1992, p. 153-164.

da palavra ‘se’ simboliza apenas uma condição suficiente (“sempre se”).¹⁶¹ No entanto, existem três possibilidades de significados que podem ser atribuídos à palavra “se”: (i) no primeiro caso, a palavra “se” pode ser compreendida como uma condição suficiente (“sempre se”) – implicação material; (ii) no segundo caso, a palavra “se” pode ser entendida como uma condição necessária (“somente se”) – replicação material; e (iii) no último caso, a palavra “se” pode ser entendida como uma condição suficiente e necessária (“sempre e somente se”) – equivalência material. Em notação lógica, as três possibilidades de significados da palavra “se” podem ser representadas, respectivamente, da seguinte forma: (i) $p \rightarrow q$; (ii) $p \leftarrow q$; e (iii) $p \leftrightarrow q$.¹⁶²

A partir da visualização dos três significados da palavra “se”, é possível questionar qual deles é o mais competente para descrever a relação condicional (*se...então*) existente entre o antecedente da regra jurídica (fato operativo) e o conseqüente (conseqüência normativa). Nesse caso, trata-se de uma relação (i) suficiente; (ii) necessária; ou (iii) suficiente e necessária? A diferença entre as situações (i), (ii) e (iii) pode ser explicada a seguir. Na estrutura “ $p \rightarrow q$ ” (implicação material), a relação é suficiente porque basta ocorrer o antecedente “ p ” para que se verifique o conseqüente “ q ”, em outras palavras, “*sempre que ocorrer p segue q* ”. No entanto, na relação de suficiência, “ q ” poderá ocorrer ainda que “ p ” não ocorra, uma vez que “ q ” pode ser a conseqüência de “ r ”, “ s ” ou “ t ”. Na situação (ii), a estrutura “ $p \leftarrow q$ ” (replicação material) simboliza uma relação necessária na qual sempre que o antecedente “ p ” estiver ausente o conseqüente “ q ” não ocorre; em outras palavras, “*somente se p então q* ”. Ressalte-se que, nessa hipótese, o antecedente é necessário, mas não suficiente para o conseqüente. Desse modo, embora “ q ” não possa ocorrer sem “ p ”, “ q ” poderá não

¹⁶¹ Cf. HENKET, Maarten. On the logical analysis of judicial decisions. *Op. cit.*, p. 154: “In jurisprudential literature, legal rules and principles are commonly analyzed as (material) implications. In this article, I shall defend the view that a legal rule or principle serving as a premise in a judicial decision should very often not be interpreted as a material implication, but as a *replication* or as a *equivalence*. In any case, I shall argue, it is wrong to use the material implication as the standard interpretation of the legal rule.” MacCormick certamente é um dos representantes desse grupo de autores que analisam as regras jurídicas como implicações materiais. Cf. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. *Op. cit.*, p. 28; e MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. *Op. cit.*, p. 32 e ss.

¹⁶² Cf. HENKET, Maarten. On the logical analysis of judicial decisions. *Op. cit.*, p. 155-157.

ocorrer a despeito de “*p*” em razão da ausência de outra condição necessária e não suficiente “*r*”, “*s*” ou “*t*”. Por fim, na situação (iii), a estrutura “ $p \leftrightarrow q$ ” (equivalência material) representa uma relação suficiente e necessária na medida em que não existe “*p*” sem “*q*” e vice-versa, ou seja, “*sempre e somente se p então q*”. Pela equivalência material, as outras condições “*r*”, “*s*” ou “*t*” simplesmente não existem.

Segundo Henket, a decisão de interpretar a relação condicional prevista na regra jurídica (premissa maior do silogismo hipotético misto) como implicação ($p \rightarrow q$), replicação ($p \leftarrow q$) ou equivalência material ($p \leftrightarrow q$) não é uma questão afeta à lógica. A escolha será determinada em razão dos significados e propósitos que melhor puderem ser defendidos juridicamente.¹⁶³ Logo, o importante é estar atento à possibilidade de que algumas relações condicionais estabelecidas nas regras jurídicas não devem ser interpretadas pura e simplesmente como implicações materiais.¹⁶⁴ Henket justifica a afirmação anterior sustentando que tanto a interpretação quanto a análise lógica das regras jurídicas são influenciadas pelo contexto fático, na medida em que as variáveis do caso concreto (partes, circunstâncias, etc.), em conjunto com os argumentos trazidos pelas partes e os procedimentos judiciais (p. ex: regras processuais), atuam como inibidores dos possíveis contextos de incidência das regras jurídicas porque excluem uma série de hipóteses (outras partes, outras circunstâncias, outros argumentos, etc.) que não são pertinentes ao caso concreto em análise, e que, portanto, não devem ser consideradas.¹⁶⁵ Ao excluir tais hipóteses, a relação condicional da regra jurídica que antes era interpretada como relação de

¹⁶³ Cf. HENKET, Maarten. On the logical analysis of judicial decisions. *Op. cit.*, p. 157.

¹⁶⁴ Cf. HENKET, Maarten. On the logical analysis of judicial decisions. *Op. cit.*, p. 159: “My conclusions so far can be summarized as follows. The material implication should not be considered the standard interpretation of the legal rule. Each case should be examined upon its merits, and quite often the equivalence or the replication should be preferred.”

¹⁶⁵ Cf. HENKET, Maarten. On the logical analysis of judicial decisions. *Op. cit.*, p. 161: “The context of a case is partly determined by the facts and other arguments brought forward by the parties, and these are thereby in the end relevant for the meaning of the rule or principle in that particular case. In a concrete judicial opinion, eventualities which are not pertinent to the case do not have to be considered. In a civil case, the judge restricts himself to the questions that keep the parties divided; a criminal judge does not cross the boundaries set out in the charge. This should have its consequences for any critical analysis of the judicial argumentation, including a logical analysis of the applied rule.”

suficiência (“*sempre se p então q*”) passa a ser interpretada como relação de necessidade (“*diante do presente caso, somente se p então q*”).

Esse “ajuste” interpretativo ocorre porque, no plano abstrato, as regras jurídicas são genéricas e fazem referências a classes ou categorias.¹⁶⁶ Tais classes ou categorias disponibilizam um conjunto de possibilidades (mundo possível) amplo – porém não irrestrito –, concretizável em inúmeras ocasiões, o que acaba determinando a interpretação da relação condicional da regra jurídica como suficiente (“*sempre se*”). De fato, a regra jurídica deve ser aplicada *sempre* que as classes ou categorias forem pertinentes. Entretanto, em um plano concreto, essas mesmas classes ou categorias são confrontadas com o contexto fático, isto é, com as variáveis do caso concreto (partes, circunstâncias, argumentos, limitações processuais), e isso provoca uma restrição significativa no conjunto de possibilidades (mundo possível) daquelas classes ou categorias. Essa redução do mundo possível é ocasionada pela exclusão imediata das hipóteses que não guardam qualquer relação de pertinência com o caso concreto em análise, ou, se guardam, não foram suscitadas pelas partes. Sendo assim, a relação condicional da regra que antes era interpretada como meramente suficiente (“*sempre se*”) passa a ser interpretada como necessária (“*diante do presente caso, somente se*”), já que, diante do caso concreto específico, a regra jurídica deve ser aplicada *somente se* as classes ou categorias puderem ser instanciadas.¹⁶⁷

¹⁶⁶ Cf. HART, H. L. A. *The Concept of Law. Op. cit.*, p. 124: “In any large group general rules, standards, and principles must be the main instrument of social control, and not particular directions given to each individual separately. (...) Hence the law must predominantly, but by no means exclusively, refer to *classes* of persons, and to *classes* of acts, things, and circumstances; and its successful operation over vast areas of social life depends on a widely diffused capacity to recognize particular acts, things, and circumstances as instances of the general classifications which the law makes.”

¹⁶⁷ Para ilustrar as teses apresentadas acima, é oportuno transcrever o seguinte exemplo: “Section 307 of the Dutch criminal code reads as follows (...): *He to whose fault the death of another person is attributable, shall be punished with a maximum of nine months imprisonment or a fine of the fourth category.* If we look at this provision apart from a concrete procedure, it clearly should be interpreted as a sufficient, not as a necessary condition. The intention clearly is not to reserve this particular maximum penalty exclusively for this particular criminal offence. But in a concrete trial where the defendant is charged with this particular offence, the provision quoted above becomes a replication, a necessary condition: *only* if someone else’s death is attributable to the defendant’s fault can he be punished. And if nothing special happens (the defendant does not, for example, plead the statute of limitation or self defence), the provision counts as an equivalence in the context of that particular setting”. Cf. HENKET, Maarten. On the logical analysis of judicial decisions. *Op. cit.*, p. 160-161.

Outro argumento que pode ser usado para reforçar a necessidade de se interpretar a relação condicional das regras jurídicas como replicação ou equivalência material está relacionado com o respeito ao ideal regulativo da consistência,¹⁶⁸ vale dizer, diante de um conflito entre fatos operativos (“ $p \rightarrow q$ ” vs. “ $\sim p \rightarrow q$ ”) ou entre conseqüências normativas (“ $p \rightarrow q$ ” vs. “ $p \rightarrow \sim q$ ”) de duas regras jurídicas, os magistrados reconhecem o dever de sanear a inconsistência através da declaração da validade de uma delas em detrimento da outra.¹⁶⁹ Trata-se de estabelecer uma preferência justificada entre regras que se excluem mutuamente. Normalmente, o ordenamento jurídico disponibiliza critérios para solucionar esse tipo de conflito (p. ex: *lex posterior derogat priori*; *lex superior derogat inferiori* e *lex specialis derogat generali*), no entanto a decisão final sempre competirá ao juiz. O importante é notar que, uma vez solucionado o conflito, o magistrado confere à regra privilegiada o *status* de válida, sendo correto assumir, para aquele caso específico, que não há no ordenamento jurídico em questão outro fundamento legal aplicável (seja porque não foi suscitado pelas partes oportunamente, seja porque o juiz o rejeitou expressa ou tacitamente). Sendo assim, a decisão judicial garante a exclusividade da regra para o caso concreto em questão e afasta as demais regras jurídicas conflitantes, contribuindo para a compreensão da relação condicional da premissa maior (regra jurídica) como necessária e suficiente em relação àquele caso específico.¹⁷⁰

¹⁶⁸ Cf. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. *Op. cit.*, p. 196-197: “judges recognize an obligation not to controvert established rules of law, not to institutionalize conflicting rules; but rather to give only such rulings as can be fitted without inconsistency into an already established body of rules”, em conjunto com MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. *Op. cit.*, p. 53: “According to my way of looking at it, the requirement of consistency (...) is a governing ideal of legal reasoning and interpretation, not a pre-accomplished fact of the system.”

¹⁶⁹ Cf. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. *Op. cit.*, p. 27: “If two rules conflict, one of them cannot be a valid rule. The decision as to which is valid, and which must be abandoned or recast, must be made by appealing to considerations beyond the rules themselves. A legal system might regulate such conflicts by other rules, which prefer the rule enacted by the higher authority, or the rule enacted later, or the more specific rule, or something of that sort.” Conferir também: MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. *Op. cit.*, p. 54: “Judicial decision-making includes the task of seeking to resolve contradictions as they emerge. It cannot therefore presuppose that there already are none, or that they are merely apparent.”

¹⁷⁰ Note-se que não estamos discutindo a aplicação de regras que tenham o mesmo fato operativo, porém conseqüências normativas díspares, e, até certo ponto, incomensuráveis (“ $p \rightarrow s$ ”, “ $p \rightarrow t$ ”, “ $p \rightarrow u$ ”), ou regras que tenham a mesma conseqüência normativa, porém fatos operativos distintos (“ $r \rightarrow q$ ”, “ $s \rightarrow q$ ”, “ $t \rightarrow q$ ”), mas tão-somente hipóteses de contradição. Uma vez

Ao defender a tese de que a maior parte das relações condicionais estabelecidas nas regras jurídicas deve ser interpretada como replicação ou equivalência material no lugar da implicação material,¹⁷¹ Maarten Henket consegue explicar porque a falácia da negação do antecedente (*não-A*) não se

decidida qual é a regra competente para o caso concreto em análise (p. ex: “ $p \rightarrow q$ ”), é necessário afastar todas as regras contraditórias porventura suscitadas em juízo (“ $\sim p \rightarrow q$ ” e “ $p \rightarrow \sim q$ ”).

¹⁷¹ Há um debate entre Maarten Henket e Hendrik Kaptein envolvendo o argumento *e contrario* e a falácia da negação do antecedente. Diferentemente de Henket, Kaptein defende que as regras jurídicas não precisam ser “ajustadas” (interpretadas) em face do caso concreto para refletir uma relação condicional necessária (replicação) ou suficiente e necessária (equivalência material) no lugar da relação condicional suficiente (implicação material) estabelecida em abstrato. Para o autor, o importante é tornar explícito no argumento a informação de que não há no ordenamento jurídico em análise outro fato operativo além de “ p ” (p. ex: “ r ”, “ s ”, ou “ t ”) que possa resultar na mesma consequência normativa “ q ”. Dessa forma, quando se trata de reconstruir logicamente o argumento, o correto é acrescentar uma premissa que simbolize a exclusão de todas as outras causas possíveis de “ q ” (p. ex: “ r ”, “ s ”, ou “ t ”), ou melhor, que afirme tão-somente “ p ” como causa de “ q ”, introduzindo a característica da “necessidade” na relação entre “ p ” e “ q ” (“ $q \rightarrow p$ ”). Com o acréscimo da premissa (“ $q \rightarrow p$ ”), o argumento que antes era falacioso (falácia da negação do antecedente) é transformado em um argumento válido, senão vejamos: (i) “ $p \rightarrow q$ ” (implicação material); (ii) “ $\sim p$ ” (fato operativo é negado); (iii) “ $q \rightarrow p$ ” (premissa incluída que afirma a inexistência no ordenamento jurídico de outro fundamento para “ q ” senão “ p ”); logo (iv) “ $\sim q$ ” (a consequência normativa é negada na conclusão). Note-se que a soma da premissa maior (“ $p \rightarrow q$ ”) com a premissa incluída (“ $q \rightarrow p$ ”) resulta em uma equivalência material (“ $p \leftrightarrow q$ ”). De acordo com Kaptein: “Still, Henket’s position and mine are not poles apart. Like Henket, I take it that (equivalence or) replication is essential to *e contrario* argumentation. But deduction from the legal norm of equivalence or replication cannot but rely upon the context of the application of the norm in a given case. It cannot be found within the norm itself, by way of interpretation or otherwise. The legal norm need not at all be an equivalence or replication in general. It may well be material implication, and lead to replication in specific cases only.” Cf. KAPTEIN, Hendrik. *E contrario arguments in law: from interpretation to implicit premisses. A reply to Henket, with some Addenda. International Journal for the Semiotics of Law*, VI/18, 1993, p. 321. O erro de Kaptein é confundir os fatos operativos das regras jurídicas (“ p ”, “ r ”, “ s ” ou “ t ”) com as variáveis do caso concreto que poderão ser subsumidas nos respectivos fatos operativos (esse erro foi evitado por Henket ao defender a exclusão das variáveis concretas potencialmente subsumíveis e não dos fatos operativos *per se*). De fato, se a característica comum de “ p ”, “ r ”, “ s ” ou “ t ” é ter a mesma consequência normativa “ q ” (p. ex: ser punido com prisão), a única conclusão possível é que a combinação de cada um desses fatos operativos (“ p ”, “ r ”, “ s ” ou “ t ”) com a mesma consequência normativa “ q ” formará regras jurídicas distintas (p. ex: “ $p \rightarrow q$ ”, “ $r \rightarrow q$ ”, “ $s \rightarrow q$ ” e “ $t \rightarrow q$ ”), as quais podem estar relacionadas com diferentes áreas do direito (p. ex: direito administrativo, penal, civil, etc); ou, caso sejam aplicadas na mesma área (p. ex: direito penal), o próprio ordenamento se encarrega de estabelecer critérios para solucionar o acúmulo de consequências normativas (p. ex: concurso formal). Não faz sentido sustentar que tais fatos operativos (“ p ”, “ r ”, “ s ” ou “ t ”) precisam excluir-se mutuamente para validar a falácia da negação do antecedente, na medida em que cada um deles forma uma regra jurídica distinta com propósitos e contextos de aplicação diferenciados. Com relação aos fatos operativos, a única exclusão desejável é a hipótese que afirma “*não-p*” (“ $\sim p$ ”) e que está conectada com a mesma consequência “ q ”, ou seja: “ $\sim p \rightarrow q$ ”. No plano abstrato, a formulação suficiente e necessária das regras jurídicas deve excluir “ $\sim p \rightarrow q$ ” e “ $p \rightarrow \sim q$ ”, já no plano concreto a suficiência e a necessidade das regras são garantidas pela exclusão de todas as variáveis potencialmente subsumíveis no fato operativo da regra (o que também inclui a variável concreta que afasta a aplicação do fato operativo). Conferir também: JANSEN, Henrike. *E contrario reasoning: the dilemma of the silent legislator. Argumentation*, v. 19, 2005, p. 485-496.

aplica ao direito, ou melhor, porque a falácia da negação do antecedente deve ser entendida como um argumento válido e não como um argumento falacioso no campo do direito. Conforme visto, isso ocorre em razão do acréscimo da característica da necessidade na relação condicional suficiente estabelecida na premissa maior (regra jurídica), cujo efeito é afirmar que o antecedente da regra jurídica (fato operativo) está de tal modo vinculado ao conseqüente (conseqüência normativa), que a negação do fato operativo na premissa menor (ou melhor: a negação da subsunção de fatos concretos no fato operativo da regra) conduz necessariamente à negação da conseqüência normativa como conclusão do argumento; em outras palavras, diz-se que a regra jurídica simplesmente não se aplica àquele caso concreto:

It should be realized, however, that affirming the consequent ('q') or denying the antecedent ("not p") only leads to an invalid argument if the first premise ("if p then q") is a material implication. If, on the contrary, the first premise is a replication or an equivalence, affirming the consequent and denying the antecedent lead to two perfectly valid argument forms. The outcome for legal reasoning is that it depends upon the logical interpretation of a legal rule which inferences can validly be based on it.¹⁷²

No entanto, deve ser ressaltado que a interpretação da relação condicional da premissa maior como replicação ou equivalência material válida não só a falácia da negação do antecedente, mas também a falácia da afirmação do conseqüente, como observado corretamente por Henket. Essa afirmação exige uma análise mais detalhada, em especial porque converter a falácia da afirmação do conseqüente em uma forma válida de argumento para fins de justificação de decisão judicial parece não fazer muito sentido. Imagine a decisão judicial que tenha como premissa maior a seguinte regra jurídica (relação condicional suficiente): “*sempre se (x) roubar, então (x) deve ser punido*”. O próximo passo do raciocínio é confrontá-la com as variáveis do caso concreto e excluir as demais regras jurídicas conflitantes, convertendo a relação condicional da regra em necessária e suficiente: “*no presente caso, sempre e somente se (x) roubar, então (x) deve ser punido*”. A premissa menor, por sua vez, deverá afirmar a conseqüência normativa (“*João deve ser punido*”), e a conclusão, por fim, o fato

¹⁷² Cf. HENKET, Maarten. On the logical analysis of judicial decisions. *Op. cit.*, p. 157-158.

operativo (“*João roubou*”). À primeira vista, é contra-intuitivo aceitar que a consequência normativa figure como premissa menor (premissa categórica) do silogismo hipotético misto aplicado ao direito. Há uma certa dose de arbitrariedade na fundamentação que parte da consequência normativa para depois afirmar o fato operativo na conclusão. Nesse caso, cabe a pergunta: é correto validar a falácia da afirmação do conseqüente no direito? É legítimo justificar uma decisão judicial dessa maneira?

A resposta deve ser negativa, na medida em que a “afirmação do conseqüente” não é uma estrutura legítima de organização das decisões judiciais, em especial porque essa estrutura é incompatível com o atual estágio de constitucionalização e compreensão da atividade jurisdicional. De fato, os textos constitucionais prescrevem o dever dos magistrados de sempre fundamentar as suas decisões¹⁷³ e a legislação infraconstitucional procura concretizar o comando constitucional estabelecendo e organizando os requisitos essenciais das decisões judiciais terminativas de mérito: o relatório, os fundamentos (questões de fato e de direito), e o dispositivo.¹⁷⁴ As exigências constitucionais e legais ora referidas condicionam a aplicação da consequência normativa à existência de fundamentos (justificativas) que lhe dêem suporte, ou seja, a fundamentação (justificação) é um pressuposto necessário para a aplicação de qualquer consequência normativa e, portanto, precisa ser estabelecida antes da mesma e não depois, como ocorre na “afirmação do conseqüente”.

Por outro lado, os magistrados reconhecem o dever de julgar os casos concretos com base em regras jurídicas válidas. Esse dever situa no centro da

¹⁷³ Conferir, por exemplo, o artigo 93, inciso IX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

¹⁷⁴ Conferir, o artigo 458, *in fine*, da Lei Federal nº 5.869, de 11.01.1973: “Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem”.

disputa processual a necessidade de relacionar as regras jurídicas com os seus respectivos contextos de incidência. Essa exigência, por sua vez, confere destaque às discussões referentes à prova e à subsunção dos fatos concretos nos fatos operativos das regras. Dessa forma, solucionar a disputa envolvendo a determinação dos fatos operativos é um elemento central e preponderante para o cumprimento do dever de julgar com base em regras jurídicas válidas, logo, ela deve preceder à discussão referente à implementação da consequência normativa. Sendo assim, a decisão judicial deve sempre partir da apreciação da relação entre os fatos operativos e os fatos concretos em direção à afirmação da consequência normativa e nunca o contrário, como nos faz supor a “afirmação do consequente”.¹⁷⁵

Se os argumentos anteriores forem levados à sério, é correto assumir que o direito não admite uma decisão judicial estruturada na forma do silogismo hipotético misto que tenha como premissa menor categórica a consequência normativa, ainda que essa forma de argumento seja válida (ou tenha sido validada, de alguma forma). A decisão judicial que afirmar ou negar a consequência normativa na premissa menor, inferindo como conclusão os fatos operativos, é ilegítima e não está justificada juridicamente. Nesse ponto, é importante recordar a forma do silogismo hipotético misto denominada *modus tollens*, na qual a premissa maior afirma “ $p \rightarrow q$ ”, a premissa menor afirma “*não-q*” (“ $\sim q$ ”) e a conclusão afirma “*não-p*” (“ $\sim p$ ”). Conforme visto, os lógicos consideram essa forma de silogismo válida, no entanto, os mesmos argumentos usados para afastar a aplicação da “afirmação do consequente” do campo do direito devem ser usados para afastar a “negação do consequente”, em especial porque partir da consequência normativa para justificar uma decisão judicial contrária as exigências constitucionais e está em desacordo com o dever dos juízes de julgar os casos concretos com base em regras jurídicas válidas.

¹⁷⁵ Tais afirmações, entretanto, não deve ser compreendida como uma diminuição da importância da avaliação da consequência normativa para o processo de justificação judicial. Cf. MORESO, José Juan. On relevance and justification of legal decisions. *Op. cit.*, p. 73-100.

Em resumo, é possível afirmar que o direito admite duas formas de silogismo hipotético misto na estruturação das decisões judiciais: (i) o *modus ponens*; e (ii) a “negação do antecedente”, validada pela conversão da implicação material em replicação ou equivalência material. Por outro lado, e considerando as razões expostas, o direito não admite duas formas de silogismo hipotético misto: (i) o *modus tollens*; e (ii) a “afirmação do conseqüente”. Diante desse quadro, fica clara a necessidade de se adaptar as regras e limitações lógicas às peculiaridades do direito. Se por um lado, os lógicos consideram válidas as formas de silogismo hipotético denominadas *modus ponens* e *modus tollens*, e classificam como falácias a negação do antecedente e a afirmação do conseqüente; por outro lado, no direito faz-se necessário validar a negação do antecedente e declarar a inaplicabilidade do *modus tollens* com fundamento na incompatibilidade constitucional e no desacordo com os deveres relacionados à atividade jurisdicional.

4.4 Conclusão

Não pertence ao escopo do presente estudo ingressar em uma análise pormenorizada das regras e limitações lógicas relacionadas com o silogismo e das falácias que são geradas a partir do descumprimento das mesmas. O fundamental é reter a idéia de que o raciocínio dedutivo, estruturado na forma do silogismo hipotético misto (conforme sustentado expressamente por MacCormick),¹⁷⁶ exige do formulador do argumento que enuncie as premissas (condicional e categórica) de acordo com certas regras lógicas e as organize interna e externamente de determinada maneira para que a conclusão seja válida e cogente. Além do mais, as peculiaridades do direito exigem que se façam algumas acomodações nas regras do silogismo hipotético, o que apenas destaca as dificuldades de se trabalhar com a lógica aplicada. Mesmo assim, a decisão judicial estruturada na forma dedutiva (silogismo hipotético misto) que observar essas restrições lógico-formais

¹⁷⁶ Conferir nota de rodapé nº 148, *supra*.

desenvolverá parte importante de sua força justificatória, na medida em que estará formalmente protegida contra eventuais impugnações.¹⁷⁷

No entanto, é importante ressaltar que a blindagem formal do argumento não representa uma proteção absoluta e definitiva, já que o mesmo continua aberto a questionamentos relacionados à sua correção material, os quais, por sua vez, estão direcionados ao processo de seleção e estabelecimento das premissas. A separação da justificação judicial em dois níveis (*two-level procedure*) pretende refletir exatamente essa diferença entre a etapa formal e a etapa material do raciocínio jurídico: a justificação de primeira ordem (*first-order justification*) diz respeito a considerações de natureza lógico-formal, enquanto que a justificação de segunda ordem (*second-order justification*) está relacionada com a escolha das premissas (normativas e fáticas) e a determinação do conteúdo material das mesmas. É por isso que a justificação de segunda ordem representa o momento não-dedutivo do raciocínio judicial.¹⁷⁸

Em síntese, é possível afirmar que o modelo dedutivo (silogismo hipotético misto) contribui para a justificação das decisões judiciais não só porque oferece um padrão de organização do raciocínio já consagrado pela tradição,¹⁷⁹ mas, principalmente, pela característica cogente e impositiva da conclusão. Coube à metáfora do contêiner e à noção semântica de validade lógica tentar oferecer uma explicação para essa característica do raciocínio dedutivo. Entretanto, a conclusão do raciocínio somente será cogente e impositiva se o formulador do argumento observar determinadas regras e limitações lógicas ao estruturar o argumento (arranjo interno e externo das premissas), as quais precisam ser adaptadas às peculiaridades de direito. A decisão judicial que cumprir tais

¹⁷⁷ Recorde-se a necessidade de separar a correção formal da correção material (ver nota de rodapé nº 135, *supra*, p. 53, na qual se discute o uso da expressão “agregar força justificatória”).

¹⁷⁸ Conferir Capítulo 3.

¹⁷⁹ Cf. WELLMAN, Vincent. Practical reasoning and judicial justification: toward an adequate theory. *Op. cit.*, p. 68: “Deduction looks like a particularly fruitful model for judicial reasoning because it offers a rich and already well-developed theory of argument. It is a reliable and powerful form of reasoning. In many contexts valid deductive inferences are regarded as the paradigm form of justification. Given our general respect for deduction as a justifying form of argument, legal conclusions would seem to deserve a similar respect when they are warranted by deductive logic. (...) Deductive logic, in short, is an attractive foundation for a theory of legal reasoning because it appears intellectually elegant and well-established.”

exigências estará formalmente protegida contra eventuais impugnações e, portanto, apta a promover a consistência formal do raciocínio jurídico, considerada por MacCormick como uma finalidade digna de ser perseguida.