

## A FILOSOFIA DO DIREITO: ENTRE DESCRIÇÃO E PRESCRIÇÃO

### THE PHILOSOPHY OF LAW: BETWEEN DESCRIPTION AND PRESCRIPTION

*Enoque Feitosa\**

*Lorena Freitas\*\**

Recebido em: 08/2019

Aprovado em: 10/2019

**Resumo:** O **objeto** do presente artigo (que aqui, apenas casualmente, guarda convergência temática com seu objetivo geral) é examinar a distinção no âmbito da filosofia e da teoria do direito entre uma abordagem descritiva da forma jurídica, isto é, como ela examina fatos, valores e normas, daquela outra, prescritiva, que trata de como eles deveriam ser. Portanto, a **problemática**, isto é, aquele campo de questões que demarcam um campo de reflexão, se expressa num **problema** pelo qual o objeto será inquirido, qual seja, o de saber se a transposição do mundo dos fatos para o dos valores, sem mais justificação, é possível ou se a navalha humeana segue sendo metodologicamente adequada para o exame da forma jurídica. A **hipótese**, reiterada nas pesquisas independentes quer do autor quer da co-autora, aponta no sentido de ser metodologicamente mais eficaz, para se fazer filosofia do direito tratar esse objeto como ele é, efetivamente, e não como deveria ser, ainda que, num campo específico da filosofia moral, possa ele ser tratado de forma prescritiva, mas ao custo de examinar o seu ser, o que só se pode fazer em abordagem filosoficamente descritiva.

**Palavras-chave:** Filosofia e teoria do direito. Descrição e prescrição. Fatos e valores.

**Abstract:** The object of the present article is to examine the distinction within the philosophy and theory of law between a descriptive approach to legal form, that is, as it examines facts, values and norms, of that other, prescriptive one, which deals with how they should be. The problematic is expressed in a problem by which the object will be inquired, namely, whether the transposition of the world of facts into that of values, without justification, it is possible or whether the humean razor is still methodologically appropriate for the examination of the legal form. The hypothesis, reiterated in independent research by both the author and the co-author, points to its being methodologically more effective in making philosophy of law treat this object as it really is, and not as it should be, even if, in a specific field of moral philosophy, it may be treated prescriptively, but at the cost of examining its being, which can only be done in a philosophically descriptive approach.

**Keywords:** Philosophy and theory of law. Description and prescription. Facts and values.

## Introdução

---

\* Professor Associado na Universidade Federal da Paraíba, docente nos Programas de mestrado e Doutorado em Filosofia e em Direito da UFPB. Coordenador do GT Ética e Cidadania da ANPOF.

\*\* Professora Associada na Universidade Federal da Paraíba, membro do núcleo de sustentação do GT ética e cidadania – ANPOF.

Este artigo se propõe como um ensaio<sup>1</sup> ao perseguir as características da liberdade e de variedade às quais Hume recorre sem dispensar a unidade. A síntese da proposta ensaística perpassaria a “perspicuidade de estilo” de que fala Adam Smith nas primeiras linhas da sua “2ª Conferência Sobre Retórica e belas-letas”<sup>2</sup>, mas centralmente tal liberdade estaria em ser “um gênero que tem a conversa por modelo”<sup>3</sup>.

É neste sentido estrito que a liberdade estaria situada na reflexão despreocupada em trazer conclusões, do que decorre a característica da variedade. Esta por sua vez está no fluxo discursivo em oposição ao espírito monotemático no sentido de “lucubrações detidas e extenuantes sobre um assunto só”<sup>4</sup>, todavia não significando dispersão.

E sobre tal unidade, Hume diz que:

Even in our wildest daydreams and night dreams we shall find, if we think about it, that the imagination doesn't entirely run wild, and that even in imagination the different ideas follow one another in a somewhat regular fashion. If the loosest and freest conversation were written down, you would be able to see something holding it together through all its twists and turns. Or, if not, the person who broke the thread might tell you that he had been gradually led away from the subject of conversation by some orderly train of thought that had been quietly going on in his mind.<sup>5</sup>

Com esse argumento Hume tenta elidir a obscuridade e difícil compreensão de que sua obra principal foi alvo. Ao redigir um resumo para *O Tratado da Natureza Humana*, assim expressa sua preocupação com o estilo de escrita, que norteia a perspectiva da arte do ensaio:

Readers will more readily apprehend a chain of reasoning, that is more single and concise, where the chief propositions only are linkt on to each other, illustrated by some simple examples, and confirmed by a few of the more forcible arguments.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Literalmente, nas palavras de um filólogo: “an essay is a short formal piece of writing on a particular subject”, cf: ESSAY. **Essential english dictionary**. Chambers Harrap publishers: 1999. Para Adorno (sem que isso signifique um endosso de suas demais opiniões desenvolvidas no artigo), “o ensaio não almeja uma construção fechada (...) e se revolta contra a doutrina segundo a qual o mutável e o efêmero não seriam dignos da filosofia”. ADORNO, Th. W. El ensayo como forma. In: **Notas sobre literatura** (Obra completa, vol. 11). Madrid: Akal, 2007, p. 97.

<sup>2</sup> SMITH, Adam. **Conferências sobre retórica e belas-letas**. Topbooks: Rio de Janeiro, 2008, p. 79.

<sup>3</sup> SUZUKI, Márcio. O ensaio e a arte de conversar. Pós-fácio. In: HUME, David. **A arte de escrever ensaio e outros ensaios**. Iluminuras: São Paulo, 2011, p. 319.

<sup>4</sup> Idem, *ibidem*, p. 315.

<sup>5</sup> HUME, David. **Enquiry Concerning Human Understanding**. Jonathan Bennett, 2017, p. 10, disponível em <<http://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/hume1748.pdf>>.

<sup>6</sup> HUME, David. **An abstract of a book lately published, entitled “A Treatise of Human Nature”**. Gale ECCO, Print Editions, UK: 2010, p. 26.

Além de referência para o estilo ensaístico do artigo, Hume é ponto de partida para a reflexão sobre descrição e prescrição, especificamente considerando a falácia naturalista que no *Tratado*, livro III, Parte I, secção II, na qual afirma que em todo sistema moral sempre fica evidente que o autor segue durante algum tempo o modo comum de raciocinar quando de repente em vez das cópulas proposicionais usuais como *é* e *não é*, não encontra uma só proposição que não seja *deve* ou *não deve*.

Hume reclama a falta de qualquer justificativa ou explicação desta transposição para a nova relação ou afirmação que o *deve* ou *não deve* expressa e questiona como tal nova relação pode ser deduzida de outras inteiramente diferentes.

Pela centralidade do argumento humeano, o transcrevemos na íntegra:

Em todo sistema moral de que se tenha notícia até agora é possível observar que o autor segue durante certo tempo o modo de falar ordinário, estabelecendo a existência de deus ou realizando observações sobre a atividade humana e, de repente, me encontro ante a surpresa de que, em vez das cópulas habituais das proposições “*é*” e “*não é*” não se segue nenhuma proposição que não esteja conectada por um “*deve*” ou “*não deve*”. Esta mudança é imperceptível, mas resulta, sem dúvida, da maior importância. Com efeito, na medida em que este “*deve*” ou “*não deve*” expressa alguma nova relação ou afirmação faz-se necessário que seja explicada e observada e que, ao mesmo tempo, se dê justificação de algo que parece absolutamente inconcebível, a saber: como é possível que esta nova relação se deduza de outra completamente diferente. Como os autores não fazem uso desta precaução me atrevo a recomendá-la aos leitores pois estou seguro de que uma pequena reflexão sobre isso subverteria todos os sistemas correntes de moralidade<sup>7</sup>.

Assim, e pela relevância de tal problemática, é que o objeto aqui proposto se restringe à questão da intransponibilidade entre descrição e prescrição no debate jurídico, que é do que se passa a tratar na parte seguinte.

Já na **terceira parte** busca se enfatizar o ponto de vista que aponta o caráter cético da atividade retórica no direito, que centralmente permite que se o caracterize enquanto discurso de justificação. Isso implica que tal perspectiva preocupa-se quase que unicamente em lidar com o direito como ele efetivamente sem *é* e *não* como deveria ser, o que resulta num indiferentismo moral ou, no máximo, numa moralidade cujo eixo é voltado quase que

---

<sup>7</sup> HUME, David. **Tratado da natureza humana**: Uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais (1739). São Paulo: Unesp, 2001, p. 509. Na edição inglesa da Clarendon Press, 1986, pp. 469-470, Book III, 1st part, Seccion 1, *fine*.

inteiramente para obtenção de persuasão, aproximando-a, em nossa hipótese, da abordagem humeana.

## **O criticismo humeano e a impossibilidade lógica de passagem do descrever para o prescrever**

É de se referenciar que, quando se trata de investigação científica há que se distinguirem os fatos de crenças. Seria diferente no direito? Numa carta a Lafargue, em 11/08/1884, Engels caracteriza a sua atitude e a de Marx sobre a questão primeira com a seguinte afirmação: Marx protestaria contra o ‘ideal político-social e econômico’ que vós lhes atribuíis. Quando se faz ciência não se elaboram ‘ideais’: elaboram-se resultados científicos. E quando, além de cientista se é um homem de partido, combate-se para levar os ideais que se tem à prática. Quando se parte, pretendendo fazer ciência, de um ‘ideal’, não se a faz porque não se constrói ciência com posições *a priori*.<sup>8</sup>

Ora, não se trata – para Engels - de uma separação mecânica e absoluta e sim de um esforço metodológico visto que ele tinha conhecimento pleno que a confusão entre uma esfera e outra fora examinada pelo nosso autor-objeto, Hume, no já mencionado no tópico anterior, “*Tratado da natureza humana*”.

Assim, trata-se, aqui, de compreender que - no que concerne à teoria e a filosofia do (e sobre o) direito – que a tensão entre descrever (ontologicamente) um fenômeno ou prescrever (axiologicamente) como ele deve ser expressaria uma enorme confusão teórica entre instâncias claramente distintas.

Tal confusão está presente, por exemplo, naquela concepção apologista do direito natural que se expressa na “Antígona” de Sófocles<sup>9</sup> que retrata o direito a partir de valores transcendentais, imutáveis e universais, tal como identificar o direito com a realização da justiça.<sup>10</sup>

Kelsen, em sua Teoria do direito, lembra que “ninguém pode negar que a afirmação pela qual algo é - isto é, o enunciado com o qual se descreve um fato real – seja essencialmente

---

<sup>8</sup> ENGELS, Friedrich. **Correspondence Engels - Lafargue**. Paris: Éditions Sociales, 1975, p. 325-326.

<sup>9</sup> SOFOCLES. **Antígona**. Porto Alegre: L&PM, 2006, p. 35

<sup>10</sup> FREITAS, Lorena; FEITOSA, Enoque. As ilusões referenciais do juspositivismo e do jusnaturalismo a partir de uma leitura marxista-realista da “Antígona” de Sófocles. *In*: RUBIO, David Sánchez; OLIVEIRA, Liziane; COELHO, Carla. **Teorias críticas e direitos humanos: Contra o sofrimento e a injustiça social**. CRV: Curitiba, 2016, p. 365.

diferente daquele outro enunciado que afirma que algo deve acontecer, isto é, do enunciado com o qual se descreve uma norma e que, em consequência, de algo que existe não pode deduzir-se que algo deva existir ou do mesmo modo, de que algo deva ser não pode seguir que algo seja”.<sup>11</sup>

Ou, nos termos postos, clara e diretamente, por Austin, a existência do direito é uma coisa, seu mérito ou demérito é outra, completamente diferente<sup>12</sup>. E tais pontos de vista nada têm a ver e não implicam nenhum deles, em tratar a neutralidade do direito não como aspecto formal-processual, mas como uma característica essencial.

Ou seja, não reconhecer essa separação onto-gnosiológica e negar (ou se recusar a ver, o que dá no mesmo) que a forma jurídica é contextualmente estabelecida para definição e manutenção de certos interesses e que, assim sendo, é expressão de poder para manter o próprio poder, só contribui para ilusões quanto a supostas virtudes emancipatórias do direito.

Daí tratar o direito no plano prescritivo sob a rubrica de o está descrevendo é incorrer na falácia naturalista que Hume critica e na qual - no mesmo sentido - o fez, contemporaneamente, Moore<sup>13</sup>.

Há quem, por outro lado e em contrapartida, como John Finnis, que não obstante partir da tese central pela qual está correto Hume ao criticar o erro de inferir proposições deônticas a partir de uma que seja ôntica, isto é, de pretender deduzir um dever - que é uma proposição valorativa ou normativa, de um ser - proposição de fato ou avalorativa - embora reconheça que haja “muitas interpretações para a falácia naturalista”, nos termos em que é formulada pelo autor do “Tratado” propõe duas como principais:

Pela primeira interpretação que aponta a *standard* e em conformidade com a exegese majoritária acerca da aludida passagem “Hume estaria certo ao enunciar a verdade lógica pela qual de um conjunto de premissas não morais ou não valorativas não se pode seguir uma conclusão moral ou valorativa”.<sup>14</sup>

Já a segunda interpretação que ele traz coloca a passagem em seu ‘contexto histórico e literário’ e vê-la enquanto uma peça d embate que Hume travava contra os racionalistas de então, notadamente Samuel Clarke, e no interior do qual se explicaria a tese pela qual “a

---

<sup>11</sup> KELSEN, Hans. **Teoría Pura del Derecho**. Mexico: UNAM, 1991, p. 19.

<sup>12</sup> AUSTIN. **The province of jurisprudence determined**. London: Library of ideas, 1954, p. 184-185. Literalmente: “the existence of law is one thing; its merit or demerit is another; whether it be or be no is one enquiry; whether it or not be conformable to na assumed standard, is a different enquiry”.

<sup>13</sup> MOORE, G.E. **Principia Ethica**. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1993, especialmente a secção 24, capítulo II, que trata do naturalismo ético.

<sup>14</sup> FINNIS, John. **Natural Law and Natural Rights**. New York: Oxford University Press, 2011, p. 37.

percepção das qualidades morais das ações não pode proporcionar por si mesma uma orientação que para a própria ação”.<sup>15</sup>

Por isso, pensar o status da forma jurídica descritivamente através de prédicas como ele deveria ser (isto é, de forma até pré-Kelseniana, na medida em que, para esse autor, o dever-ser tem sentido absolutamente diverso) não significa, para nem para os marxistas, nem para os positivistas e nem para quem tenha o mínimo de mentalidade científica, prestar-se reverência aos fatos sociais como fatos brutos.

O marxismo não é uma variante de um mero praticismo e nem os positivistas jurídicos podem ser confundidos com positivistas filosóficos. Os primeiros veem a própria prática social enquanto práxis reflexiva e não toscamente reiterativa, o que a confundiria com uma forma de *poiesis*<sup>16</sup>, já os segundos, por sua vez, ou por limites ideológicos, ou por lugar de classe ou mesmo por horizontes culturais, têm como estratégia (consciente ou não, pouco importa) a estabilização do status quo e das relações jurídicas. Só que, com isso e, talvez, apesar disso, causam menos mal à teoria e a filosofia do direito do que as crenças jusnaturalistas.

Assim, a inversão entre o que o direito representa em sua exterioridade (aparência) e a sua essência leva as confusões dignas de atenção e de superação dado que tal problemática não é supérflua visto que a convergência entre aparência e essência tornaria a ciência, enquanto atividade explicativa / compreensiva do mundo, desprovida de qualquer papel<sup>17-18</sup>.

E, no tocante a práxis jurídica, uma corrente filosófica que não se pode atribuir a pecha de marxista, caracterizada por certa vocação empirista, acaba dando uma contribuição para a reflexão sobre a atividade de decisão judicial, pelo que aporta às assim chamadas ‘razões do direito’. Referimo-nos ao pragmatismo.

---

<sup>15</sup> FINNIS, *idem, ibidem*, p. 37. É de se notar que a segunda exegese não se contrapõe, pelo contrário, à tese central da falácia naturalista, tal como formulada em Hume. Na obra de Finnis, uma defesa contemporânea do direito natural, tal como a de Ernst Bloch em “Direito natural e dignidade humana”, o seu ponto de vista teórico se sustenta perfeitamente ainda que não ofereça, de fato, resposta para o argumento humeano. O fato dele afirmar (p. 47) que “Aristóteles e Aquino já sustentariam que o dever-ser não é dedutível do ser” em nada afeta a tese da falácia.

<sup>16</sup> FEITOSA; FREITAS. **Para uma crítica ao moralismo jurídico sob a perspectiva da filosofia da práxis: A forma jurídica, entre descrição e prescrição.** VIII Colóquio Internacional Marx e Engels – CEMARX/UNICAMP, GT 3 Marxismo e Ciências Humanas. 2015, p.2. Disponível em <[https://www.ifch.unicamp.br/formulario\\_cemarx/selecao/2015/trabalhos2015/enoque%20feitosa%20e%20loren%20freitas%2010582.pdf](https://www.ifch.unicamp.br/formulario_cemarx/selecao/2015/trabalhos2015/enoque%20feitosa%20e%20loren%20freitas%2010582.pdf)>.

<sup>17</sup> MARX, Karl. **O Capital**. São Paulo: Abril Cultural, 1983, tomo 2, p. 271.

<sup>18</sup> FEITOSA; FREITAS. **Para uma crítica ao moralismo jurídico sob a perspectiva da filosofia da práxis: A forma jurídica, entre descrição e prescrição.** VIII Colóquio Internacional Marx e Engels – CEMARX/UNICAMP, GT 3 Marxismo e Ciências Humanas. 2015, p. 5. Disponível em <[https://www.ifch.unicamp.br/formulario\\_cemarx/selecao/2015/trabalhos2015/enoque%20feitosa%20e%20loren%20freitas%2010582.pdf](https://www.ifch.unicamp.br/formulario_cemarx/selecao/2015/trabalhos2015/enoque%20feitosa%20e%20loren%20freitas%2010582.pdf)>.

## A concepção pragmática de efeitos práticos enquanto categoria útil para a compreensão do paralogismo descrever-prescrever

Na perspectiva que aqui se defende - isto é, descritiva, retórica, cética e pragmática do direito - não se faz nem um pouco necessário para que se o opere de forma estratégica, que se assimile (a sério, já que o uso retórico pode ser eficaz) todo aquele compêndio de ilusões que caracterizam “as ilusões referenciais” e o “senso comum teórico dos juristas”<sup>19</sup>. Tais crenças podem até cumprir papel persuasivo no direito e, nesse sentido serem eficazes, se não fosse o fato (lamentável) de alguns as levarem a sério, coisa que a crueza dos fatos trata de negar cotidianamente.

Claro que uma opção cética (mais elegantemente, realista) de tratar o direito pode até deixar (e efetivamente deixa) o jurista sem a segurança das crenças jusnaturalistas, mas permite por outro lado - e com melhores vantagens metodológicas, científicas e estratégicas - que se aposse de um “ceticismo esclarecido” do qual falava Holmes<sup>20</sup> e no qual o próprio operador do direito assume as responsabilidades das escolhas que faz acerca de como dotar de maior eficácia a ferramenta (teórica e prática) com a qual lida.

Ora, é de se notar que tal perspectiva - e é disso que se trata nesta parte - implica em dar conta da necessária crítica aos que querem forçadamente conectar o que é e o que deve ser no direito. Para isso é que se faz uso, nesta secção, tanto do pragmatismo quanto da retórica e de suas relações com o direito a partir da perspectiva formulada por um dos teóricos do realismo jurídico americano, Benjamin Nathan Cardozo, em *A natureza do processo judicial*, bem como do Aristóteles da “Retórica”.

No primeiro caso, nos valeremos aqui, a título de paradigma, do conceito de abdução em Peirce e suas implicações descritivas numa análise realista do processo decisório. No segundo caso, das implicações céticas e relativistas, no que concerne ao direito, da abordagem retórica, que comparece não apenas quando trata por juristas por profissão, mas também é agudamente captada na cultura literária<sup>21</sup>.

A intensa influência destes e de outros pensadores não poderia ser desconsiderada se

---

<sup>19</sup> WARAT, L. A. **Introdução ao direito II**. Porto Alegre: SAFE, 1997, *passim*.

<sup>20</sup> HOLMES JR, O. W. **Collected legal papers**. New York: Harper, 1970, p. 73.

<sup>21</sup> Em “Os irmãos Karamázovi”, a propósito da discussão entre o *stáriets* (espécie de monge ortodoxo) e “uma dama sem muita fé” (que dá título ao capítulo 4 do Livro II) ela indaga, de forma perfeitamente aplicável ao aspecto persuasivo do direito: “Como me convencer? (...) Como persuadir? De acordo com que provas? (...) Onde nada se pode provar, pode se persuadir”. DOSTOIÉVSKI, F. M. **Os irmãos Karamázovi**. São Paulo: Nova Cultura, p. 49.

temos como objetivo trabalhar a concepção pragmática de efeitos práticos como uma categoria útil para a compreensão das normas jurídicas e da distinção entre ser e dever-ser.

Após esta análise prospectiva procuraremos dar conta de uma das vicissitudes do pragmatismo frente a um dos problemas-chaves do direito e da teoria do conhecimento: a interpretação dos fatos e como neles se faz uso jurídico da abdução que, no caso, não atropela com contorcionismos hermenêuticos a intransponibilidade de que trata Hume.

E é exatamente na discussão da interpretação dos fatos, sob ótica da teoria e da filosofia do direito, que o ensaio, a essa altura, pretende expor e investigar como a interpretação judicial desenvolvida na construção da sentença ou na natureza do processo judicial, nas palavras de Cardozo, expressa o raciocínio abduutivo de Peirce por introduzir ideias novas acerca do processo decisório enquanto manifestação do resultado de uma previsão normativa resultante do fato e que não põe em dúvida e nem em crise a mencionada separação ontológica aqui tratada.

Partindo do pressuposto que as ideias do realismo jurídico são um desenvolvimento da filosofia pragmática aplicadas ao direito<sup>22</sup>, apesar da teoria tradicional desconhecer este raciocínio abduutivo e apenas conceber a dedução como operação lógica de subsunção da norma ao caso e insistir em que o dever-ser da norma derivaria de um suposto ser da mesma.

Assim, analisar a lógica da decisão judicial é perceber dois principais momentos: o contexto da descoberta e o da justificação<sup>23</sup>. Este segundo é o exercício formal da dedução, pois a *ratio decidendi* parte de uma premissa geral (a norma) até a premissa particular (o caso), assim, a conclusão é um silogismo apresentado na sentença.

Entretanto, a interpretação se desenvolve mesclada com elementos subconscientes – nas ideias de Cardozo – e se realiza no contexto da descoberta, momento em que se estudam fatos e se cria uma teoria para explicá-los, muitas vezes, especialmente nos *hard cases*, de forma abduitiva e sem nenhuma preocupação – vã – de tentar extrair o *ought* de um suposto ser da norma, quando não dos próprios fatos.

A forma de apresentação da decisão toma a estrutura de dedução apenas e tão somente enquanto raciocínio de justificação *a posteriori* para cumprir requisito dogmático fundamental

---

<sup>22</sup> FREITAS, Lorena. **Realismo jurídico como pragmatismo**: Acerca da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. João Pessoa: Ed UFPB, 2016, cap. 1.

<sup>23</sup> WRÓBLEVSKY, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Madrid: Civitas, 1985. Para um exame mais detalhado dessas categorias explicativas remete-se o leitor para as páginas 97ss da obra mencionada, visto que é em nome da distinção entre contexto de descoberta e de justificação, metodologicamente mais relevante para compreender a argumentação judicial, que Wróblevsky abandona a teorização que distinguia a justificação interna da justificação externa.



da inegabilidade dos pontos de partida.

Ora, a teoria tradicional do direito (presa à ilusão que do ser pode se extrair um dever) ensina que a decisão judicial é um silogismo lógico, pois temos uma premissa maior, a menor e a conclusão. A apresentação da tomada de decisão como um silogismo, toma a forma pelo conteúdo e assim o dever ser pelo ser, pelo que incorre na falácia humeana.

Para entender a expressão consequências práticas que aparece na definição peirceana de pragmatismo<sup>24-25</sup> e sua relevância para o raciocínio jurídico, o primeiro passo é refletir sobre o significado do raciocínio abduutivo na medida em que ele consiste em estudar fatos e, rigorosamente, inventar (*inventio*) uma teoria para explicá-los, sendo, pois, a única operação lógica que introduz ideias novas.

Daí é que todas as ideias (hipóteses explicativas) da ciência vêm através da abdução, dispensando inteiramente contorcionismos filosóficos devidamente refutados por uma tradição filosoficamente estabelecida que vem de Hume até Kelsen.

Note-se também, como já se mencionou em outro momento, que o fato do raciocínio jurídico ser estruturado de modo diverso de outras formas deve-se muito mais a especificidade de seu caráter coercitivo e sancionador do que de uma suposta ininteligibilidade (herança teológica dos ‘designios’?).

Trata-se, pois, de um raciocínio entimemático, algo como um “silogismo encurtado” o qual, como lembra Aristóteles, é o modo mais eficaz de persuasão na medida em que, se algumas dessas premissas forem conhecidas é retoricamente eficaz não enunciá-las visto que o próprio ouvinte a supre<sup>26</sup>. Diz-se, nesse caso (e assim, na maioria deles, funciona a forma jurídica) que uma verdade construída foi sancionada pelo direito, que ela faz parte do raciocínio judicial e sequer precisa ser evidenciada por ser parte daquele senso comum supra mencionado dos que operam o direito (e dos demais utentes, diga-se).

Tais premissas são também não-explicitadas por pelo menos dois motivos interessantes: a) por ser disfuncional sua menção e, b) para, deixando lacunas propositais no raciocínio (quase

---

<sup>24</sup> PEIRCE, Charles Sanders. How to make our ideas clear. In: **Popular Science Monthly**. (January 1878). < <http://www.peirce.org/writings/p119.html>>.

<sup>25</sup> Entretanto, é necessário lembrar, de acordo com Ibri, que a expressão aparece novamente quando Peirce tenta explicar o que significa a verdade, em artigo escrito em 1905. IBRI, Ivo Assad. As conseqüências de conseqüências práticas no pragmatismo de Peirce. In: **Cognitio**. Centro de Estudos do Pragmatismo – Dept. Filosofia PUC-SP. N. 1. Nov. São Paulo: EDUC; Palas Athena, 2000, p. 30-31; IBRI, Ivo Assad. **Kósmos noëtós**: arquitetura metafísica de Charles S. Peirce. São Paulo: Perspectiva, 1992, p. XV, 19ss.

<sup>26</sup> ARISTOTLE. **Rhetoric**. New York: Dover, 2004, 1355<sup>a</sup>6, p. 5. Na “Retórica” aristotélica, a teoria do entimema como forma de demonstração comparece em vários momentos, como, por exemplo, em 1355<sup>a</sup>8, 1400b36, 1356b, 1394<sup>a</sup>9, 1395b23, 1396b25, 1400b36, entre outros.

que causal em certas circunstâncias) criar no interlocutor a crença ou efeito de ter se chegado a tal ou qual conclusão por meios próprios e não a de que foi conduzido, retoricamente, a ela, algo que não agradaria a ninguém saber.<sup>27</sup>

## Considerações finais

A decisão é uma expressão formal de um raciocínio dedutivo, porém nossa tese é que na natureza do processo judicial está um raciocínio abduutivo, logo, abdução legal, se assim se puder chamar.

Para ser mais preciso, imagine uma situação em que um caso “X” apresenta as características C1, C2, C3, e o conceito jurídico “N” corresponde a tais características existentes; o caso X será classificado como uma instância daquele conceito. Esta classificação não é dedução, porém abdução, pois temos uma hipótese no sentido lógico dado por Peirce para este termo, o qual significa uma inferência classificatória ao substituir a premissa mais geral por outros predicados menos gerais.<sup>28</sup>

De acordo com Tuzzi, dois tipos de abdução legal podem ser distinguidos: um *explanatório*, ao objetivar a reconstrução dos fatos relevantes e outro *classificatório*, ao objetivar a conceituação legal daqueles fatos. Se nós observarmos o processo de pensamento, primeiro nos sugerimos uma hipótese, uma idéia possível, um tipo de *insight*, porque é apenas provável; depois determinamos as conseqüências concebíveis das hipóteses, para então expor os resultados.

Ainda, conforme Tuzzi, nos tipos de abdução - explanatória e na classificatória:

- (i) o sentido explanatório é a inferência que vai dos efeitos para a causa, a partir dos fatos conhecidos para o desconhecido, criando uma hipótese sobre o que aconteceu.
- (ii) O sentido classificatório é a inferência que classifica alguns fatos reais ao abrigo de um tipo de fato, ela parte das características dos contabilizados (i) para a regra, ou melhor, a abdução classificatória encontra a regra ou o princípio que articula esse tipo de fato e suas conseqüências normativas.

A abdução jurídica, em sentido lato, é a combinação de abdução (i) e (ii).

Porém, os teóricos do direito trabalham a decisão como um meio da premissa maior

---

<sup>27</sup> Sobre esse relevante problema da teoria da decisão, ver também: SOBOTA, K. Não mencione a norma. In: **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, nº 7. Recife: EDUFPE, 1995, p. 251-273.

<sup>28</sup> TUZZI, Giovanni. **Legal abductions**. Disponível em <<http://www.jurix.nl/pdf/j03-05.pdf>>. Acesso em 20 ago 2008.

para a premissa menor. No entanto, os juízes decidem e, depois, eles buscam normas para justificar suas decisões.

Podemos identificar dois momentos na decisão: contexto da descoberta e da justificação. Estas expressões foram usadas em 1938 por Hans Reichenbach, um epistemólogo alemão, mas a distinção entre os termos é mais antiga, em 1830, Johannes Herschel escreveu como se obter conhecimento e como produzir induções.<sup>29</sup>

A primeira é o contexto da descoberta, onde temos os fatores psicológicos que levam alguém a uma decisão. A segunda simboliza as razões que foram apresentadas. Assim, em primeiro lugar, temos decisões, eles são criados por uma variedade de infinitas razões que não podemos saber quais são; eles promovem e contribuem para um momento criativo que se revela no raciocínio abduutivo.

O segundo momento é formalmente uma maneira de mostrar a decisão, a justificação, aqui se apresentam as bases normativas que fundamentaram a decisão, conforme a lei, ou melhor, de acordo com a principal condição dogmática que é a inegabilidade dos pontos de partida, os quais são as normas.

Assim, e por fim, explicar tais razões é argumentação visto que, no que aqui se tratou, argumentar é apresentar a estrutura lógica que proporciona as conclusões, as razões com as quais se convenceu quem era relevante convencer, não por um suposta confusão sobre um dever-ser do direito derivado do nada e transposto arbitrariamente de um suposto e intransponível ser, mas porquê as conclusões aparecem como se fosse um raciocínio rigorosamente dedutivo, mas que é o caminho formal de se mostrar e fazer valer o raciocínio abduutivo.

## Referências

ADORNO, Th. W. El ensayo como forma. *In: Notas sobre literatura* (Obra completa, vol. 11). Madrid: Akal, 2007

ARISTOTLE. **Rhetoric**. New York: Dover, 2004

EMPÍRICO, Sexto. **Contra os retóricos** (edição bilíngüe. Tradução e comentários: Rafael Huguenin; Rodrigo Pinto de Brito). São Paulo: UNESP, 2013

ENGELS, Friedrich. **Correspondence Engels - Lafargue**. Paris: Éditions Sociales, 1975

---

<sup>29</sup> PESSOA JR., Osvaldo. Contexto de descoberta e de justificação. *In: Filosofia da física clássica*. São Paulo: USP, 2007, p. 40.

FEITOSA; FREITAS. **Para uma crítica ao moralismo jurídico sob a perspectiva da filosofia da práxis**: A forma jurídica, entre descrição e prescrição. VIII Colóquio Internacional Marx e Engels – CEMARX/UNICAMP.

FINNIS, John. **Natural Law and Natural Rights**. New York: Oxford University Press, 2011

FREITAS, Lorena; FEITOSA, Enoque. As ilusões referenciais do juspositivismo e do jusnaturalismo a partir de uma leitura marxista-realista da “Antígona” de Sófocles. *In*: RUBIO, David Sánchez; OLIVEIRA, Liziane; COELHO, Carla. **Teorias críticas e direitos humanos**: Contra o sofrimento e a injustiça social. CRV: Curitiba, 2016

FREITAS, Lorena. **Realismo jurídico como pragmatismo**: Acerca da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. João Pessoa: Ed UFPB, 2016

HUME, David. **Enquiry Concerning Human Understanding**. Jonathan Bennett, 2017

\_\_\_\_\_. **A arte de escrever ensaio e outros ensaios**. Iluminuras: São Paulo, 2011

\_\_\_\_\_. **An abstract of a book lately published, entitled “A Treatise of Human Nature”**. Gale ECCO, Print Editions, UK: 2010

\_\_\_\_\_. **Tratado da natureza humana**: Uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais (1739). São Paulo: Unesp, 2001

\_\_\_\_\_. **A Treatise of Human Nature**. London: Clarendon Press, 1986

IBRI, Ivo Assad. As conseqüências de conseqüências práticas no pragmatismo de Peirce. *In*: **Cognitio**. Centro de Estudos do Pragmatismo – Dept. Filosofia PUC-SP. N. 1. Nov. São Paulo: EDUC; Palas Athena, 2000, p. 30-31; IBRI, Ivo Assad. **Kósmos noëtós**: arquitetura metafísica de Charles S. Peirce. São Paulo: Perspectiva, 1992

JAMES, William. **Pragmatism**. New York: Dover, 1995

KELSEN, Hans. **Teoría Pura del Derecho**. Mexico: UNAM, 1991

MARX, Karl. **O Capital**. São Paulo: Abril Cultural, 1983

MONTAIGNE, Michel de. **Os ensaios**. São Paulo: Companhia de Letras, 2010

MOORE, G.E. **Principia Ethica**. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1993

PEIRCE, Charles Sanders. How to make our ideas clear. *In*: **Popular Science Monthly**. (January 1878).

< <http://www.peirce.org/writings/p119.html>>.

PESSOA JR., Osvaldo. Contexto de descoberta e de justificação. *In*: **Filosofia da física clássica**. São Paulo: USP, 2007

SOFOCLES. **Antígona**. Porto Alegre: L&PM,

SMITH, Adam. **Conferências sobre retórica e belas-letas**. Topbooks: Rio de Janeiro, 2008

SOBOTA, K. Não mencione a norma. *In: Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*, nº 7. Recife: EDUFPE, 1995

TUZZI, Giovanni. **Legal abductions**. Disponível em <<http://www.jurix.nl/pdf/j03-05.pdf>>. Acesso em 20 ago 2008