

# 1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação pretende analisar um setor específico da teoria do raciocínio jurídico (*legal reasoning*) de Donald Neil MacCormick.<sup>1</sup> O foco será o estudo do aspecto lógico-formal do raciocínio usado pelos magistrados na justificação das decisões judiciais, e o modelo adotado é a dedução. Para tanto, segue uma divisão proposta pelo próprio autor escocês entre justificação de primeira ordem (*first-order justification*) e justificação de segunda ordem (*second-order justification*). O estudo analisará apenas a justificação de primeira ordem, que está relacionada com a aplicação do modelo dedutivo e com a avaliação da correção formal do raciocínio dos magistrados. A justificação de segunda ordem representa a etapa não-dedutiva do raciocínio jurídico e está relacionada com a correção material dos argumentos utilizados pelos juízes.

Em 1978, MacCormick publicou o livro *Legal Reasoning and Legal Theory*<sup>2</sup> com o principal objetivo de oferecer uma teoria do raciocínio jurídico descritiva e normativa<sup>3</sup> que fosse compatível com o positivismo jurídico de H. L.

---

<sup>1</sup> Para uma apresentação dos dados biográficos do autor escocês atualizados até 2004, conferir: “Neil MacCormick” In: *Contemporary Authors (Biography)*, Belmont, CA: Thomson Gale, 2004: “Born May 27, 1941, in Glasgow, Scotland; son of John MacDonald (a lawyer) and Margaret (a social worker; maiden name, Miller) MacCormick; Education: University of Glasgow, M.A. (philosophy and English literature; with first class honors), 1963; Balliol College, Oxford, B.A. and M.A. (jurisprudence; with first class honors), both 1965; University of Edinburgh, LL.D., 1982. Memberships: Association for Legal and Social Philosophy (president, 1976-78), Society of Public Teachers of Law (vice-president, 1982-83; president, 1984-85), British Academy (fellow, 1986), Royal Society of Edinburgh (fellow, 1986), Aristotelian Society. Called to the Bar at Inner Temple; University of St. Andrews, Dundee, Scotland, lecturer in jurisprudence, 1965-67; Oxford University, Oxford, England, fellow of Balliol College, 1967-72; University of Edinburgh, Edinburgh, Scotland, Regius Professor of Public Law, beginning 1972, dean of faculty of law, 1973-76 and 1985-86. Member of national executive committee of Scottish National Party, 1978-81. Honorary degree from Uppsala Universitet, 1986”.

<sup>2</sup> Cf. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978. Em 1994, o autor acrescentou um importante prefácio à edição de 1978. No presente trabalho, foi consultada essa nova versão do livro reimpressa em 2003.

<sup>3</sup> Cf. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. *Op. cit.*, p. 13: “(...) a question immediately poses itself as to the type of inquiry upon which we are embarked: is it *about* norms, or itself normative? (...) There is a middle road between these two possibilities, and it is the one which I shall pursue. (...) My conclusions therefore present a double face: they are both in their own right normative and yet I believe them to describe norms actually operative within the systems under study”.

A. Hart.<sup>4</sup> A necessidade de desenvolver uma teoria do raciocínio jurídico ligada à tradição positivista que complementasse as teses do professor de Oxford tornou-se ainda mais evidente após os ataques de Ronald Dworkin ao conceito de direito de Hart.<sup>5</sup> MacCormick aceitou o desafio e escreveu *Legal Reasoning and Legal Theory* para tentar preencher essa lacuna de *The Concept of Law*,<sup>6</sup> e também para oferecer algumas respostas às críticas de Dworkin.<sup>7</sup> A influência do pensamento de Herbert Hart sobre a concepção de direito de MacCormick pode ser constatada no livro *H. L. A. Hart*, escrito pelo autor escocês na série *Jurists: Profiles in Legal Theory*.<sup>8</sup>

No entanto, atualmente, MacCormick está se afastando da matriz hartiana e procurando utilizar a teoria institucional do direito (*Institutional Theory of Law*)<sup>9</sup> para descrever o ordenamento jurídico e o funcionamento do raciocínio

---

<sup>4</sup> Cf. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. *Op. cit.*, p. XIV (Prefácio, 1994): “(...) [*Legal Reasoning and Legal Theory*] is something of a companion volume to H. L. A. Hart’s classic *The Concept of Law*. The account it gives of legal reasoning is represented as being essentially Hartian, grounded in or at least fully compatible with Hart’s legal positivistic analysis of the concept of law. The analytical positivist approach to legal theory espoused by Hart is open to challenge, and has been challenged, for an alleged inability to give a satisfactory account of legal reasoning, especially reasoning-in-adjudication. This book took up the challenge”.

<sup>5</sup> O ataque de Dworkin ocorreu em uma série de artigos publicados entre os anos de 1966 e 1977, reunidos posteriormente em: DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977 (conferir, especialmente, os Capítulos 1 ao 4, 12 e 13). Além de *Taking Rights Seriously*, é necessário consultar as seguintes obras de Dworkin: (i) *A Matter Of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985; e (ii) *Law’s Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. A resposta de Hart às críticas de Dworkin está no pós-escrito do livro: HART, H. L. A. *The Concept of Law*. Second Edition. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 238-276. Em 2004, Dworkin apresentou uma réplica: DWORKIN, Ronald. Hart’s postscript and the character of political philosophy. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 24, n. 1, 2004, p. 1-37.

<sup>6</sup> O próprio Hart reconheceu ter escrito muito pouco sobre o raciocínio jurídico no livro de 1961: “I certainly wish to confess now that I said far too little in my book about the topic of adjudication and legal reasoning and, in particular, about arguments from what my critics call legal principles. I now agree that it is a defect of this book that principles are touched upon only in passing”. Cf. HART, H. L. A. *The Concept of Law*. *Op. cit.*, p. 259 (Postscript).

<sup>7</sup> O autor escocês dedicou o Capítulo IX, e o seu respectivo *excursus*, de *Legal Reasoning and Legal Theory* (p. 229-264) para enfrentar algumas objeções de Dworkin. Em 1978, MacCormick também publicou uma crítica (*review*) extensa sobre *Taking Rights Seriously*: Cf. MACCORMICK, Neil. Dworkin as pre-benthamine. *The Philosophical Review*, LXXXVII/04, p. 585-607.

<sup>8</sup> Cf. MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. Stanford: Stanford University Press, 1981, p. 7: “My own view of jurisprudence is within the same school as Hart’s and derives in the greatest measure, though by no means solely, from reflection on his work. (...) Hence, the present work, though critical, aims at friendly and constructive criticism”. Para uma crítica (*review*) deste livro, conferir: SUMMERS, Robert. Comments: Professor MacCormick on H. L. A. Hart’s legal theory. *American Journal of Comparative Law*, v. 31, p. 481-488.

<sup>9</sup> A teoria institucional do direito é o resultado da união de 02 (dois) juristas: Neil MacCormick e Ota Weinberger. Cf. MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. *An Institutional Theory of Law*:

judicial.<sup>10</sup> Não pertence ao escopo da presente dissertação tentar explicar quais são as principais diferenças e semelhanças entre o positivismo jurídico hartiano e o pós-positivismo da teoria institucional do direito, ou mesmo como este último influencia a teoria do raciocínio jurídico de MacCormick. Tais temas seriam suficientes para um trabalho independente. A teoria institucional do direito será brevemente avaliada quando discutirmos o problema da verdade das normas no Capítulo 5, *infra*.

A dissertação foi estruturada da seguinte maneira. O Capítulo 2 analisa o método da reconstrução racional utilizado por MacCormick com o objetivo de comprovar empiricamente as suas teses. A avaliação do método oferece uma passagem importante para se discutir de que maneira os valores relacionados com o conceito de Estado de Direito (*Rule of Law*) influenciam a opção pelo modelo dedutivo enquanto elemento central do raciocínio jurídico. O Capítulo 3 apresenta as principais características deste modelo, tais como: os seus pressupostos, limites e funções, com ênfase na análise do conceito de regra jurídica e a sua estrutura condicional (hipotética) situada na premissa maior do raciocínio dedutivo.

O Capítulo 4 da dissertação responde inicialmente às seguintes perguntas: por que a decisão judicial estruturada dedutivamente tem força justificatória? De onde provém a atratividade deste modelo? Em seguida, o capítulo analisará o silogismo hipotético misto e a sua aplicação no direito, que

---

*New Approaches to Legal Positivism*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1986, em especial p. 1-30 (“Introdução”). Este livro foi publicado originalmente em alemão: *Grundlagen des Institutionalistischen Rechts Positivism* (1985). O artigo mais significativo de MacCormick sobre a teoria institucional do direito denomina-se “Law as Institutional Fact” (Capítulo 2 do livro). Sobre esse assunto, conferir também: (i) WEINBERGER, Ota. Institutional theories of law. In: AMSELEK, Paul; MACCORMICK, Neil (eds.). *Controversies About Law's Ontology*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1991, p. 43-53; e (ii) LA TORRE, Massimo. Institutionalism old and new. *Ratio Juris*, v. 6, n. 2, 1993, p. 190-201.

<sup>10</sup> Cf. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. *Op. cit.*, p. XV: “I no longer accept nearly as much of his [Herbert Hart] theses about law as I did in 1978. Carrying on the debate about legal reasoning and related issues has carried me well beyond the already muted version of legal positivism to which I subscribed in 1978. In fair measure, it has been response to criticisms of *Legal Reasoning and Legal Theory* that has led me to my present stance in what might be called a post-positivist institutional theory of law. Rather than put the old wine into the new bottle, it seems fairer to reissue it as still a statement of the Hartian case, redable alongside Hart’s main work, and in opposition to the critique by the Ronald Dworkin of the 1970s”. Cf. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 1-11 (Prologue).

acaba exigindo algumas adaptações nas regras e limitações lógicas estabelecidas originalmente. O Capítulo 5 investiga a mudança de posição de MacCormick com relação à preferência pelo uso da lógica predicativa no lugar da lógica proposicional quando se trata de formalizar as decisões judiciais. Por fim, o Capítulo 6 discute a possibilidade de se aplicar a lógica ao direito, tendo em vista que inúmeros autores importantes sustentam a tese de que as normas carecem de valor-verdade (*lack truth-value*), e que, portanto, as mesmas não podem ser usadas como premissas ou conclusões de um raciocínio dedutivo, uma vez que a lógica pressupõe esse valor para aplicar noções básicas (p. ex: conseqüência, consistência) e usar os conectivos lógicos (p. ex: negação, conjunção, disjunção). O objetivo deste capítulo é investigar como o autor escocês responde a esta difícil objeção e avaliar se ele consegue (ou não) legitimar o uso do modelo dedutivo em sua teoria do raciocínio jurídico.

O tema da presente dissertação de mestrado pode ser considerado interdisciplinar porque procura combinar a teoria do direito com a análise lógica, tomando como referência a obra de um autor específico. A razão para a escolha deste tema decorre do fato de que MacCormick é um autor importante,<sup>11</sup> porém pouco estudado no Brasil. A sua teoria do raciocínio jurídico é considerada, ao lado da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, como um exemplo de teoria padrão sobre a justificação das decisões judiciais,<sup>12</sup> no entanto esses autores têm origens filosóficas distintas e partem de lugares opostos na teoria do direito – o primeiro é positivista e o segundo um não-positivista.<sup>13</sup> Enquanto Robert Alexy

<sup>11</sup> Cf. SCHIAVELLO, Aldo. Neil MacCormick teorico del diritto e dell'argomentazione giuridica. *Analisi e diritto*, 1998, p. 307: “[*Legal Reasoning and Legal Theory*] è probabilmente il libro più importante ed illuminante di MacCormick e, senza dubbio, può essere considerato un classico della teoria dell'argomentazione giuridica e, più in generale, della teoria del diritto”.

<sup>12</sup> Cf. ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 132: “De entre las diversas teorías que han aparecido en estos últimos años, dos de ellas – las elaboradas por Neil MacCormick y por Robert Alexy – son, en mi opinión, las que tienen un mayor interés y quizás también las que han sido más discutidas y han alcanzado una mayor difusión. En este capítulo y en el próximo me ocuparé, respectivamente, de estas dos concepciones que, de alguna manera, vienen a constituir lo que podría llamarse la teoría estándar de la argumentación jurídica”. Conferir também: ABELLÁN, Marina Gascón; FIGUEROA, Alfonso García. *La Argumentación en el Derecho*. 2ª ed. Lima: Palestra Editores, 2005, p. 174-175.

<sup>13</sup> Cf. ALEXY, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho y Otros Ensayos*. Barcelona: Gedisa, 1994, em especial p. 13-85. Para uma análise crítica da posição de Robert Alexy Cf. FIGUEROA,

encontrou uma enorme receptividade no meio acadêmico brasileiro, contando, inclusive, com traduções para o português e espanhol de sua obra *Theorie der Juristischen Argumentation. Die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung*,<sup>14</sup> além de outras obras traduzidas para o espanhol;<sup>15</sup> Neil MacCormick não teve a mesma sorte, já que a principal obra do autor (*Legal Reasoning and Legal Theory*) apenas recentemente foi traduzida para o português,<sup>16</sup> e, até o presente momento, não existe tradução para o espanhol.<sup>17</sup> Um dos objetivos deste trabalho é tentar preencher parte deste vazio ao estudar um setor específico da teoria do raciocínio jurídico do autor escocês.

Outra razão para a escolha do tema está relacionada com o fato de que as teorias padrão da argumentação jurídica tendem a simplificar a análise do aspecto formal do raciocínio jurídico, declarando genericamente que o silogismo se aplica ao direito sempre que as premissas do raciocínio forem incontroversas. No entanto, é necessário esclarecer algumas escolhas, em especial aquelas que envolvem: (i) o modelo lógico mais apropriado (p. ex: dedução ou indução); (ii) a espécie de silogismo que deve ser privilegiada (p. ex: categórico, hipotético ou disjuntivo); (iii) o tipo de silogismo hipotético mais adequado (p. ex: puro ou misto); e (iv) uma vez assumido que o silogismo hipotético misto é o modelo

---

Alfonso García. *Principios y Positivismo Jurídico: El No Positivismo Principialista en las Teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, em especial p. 327 e ss.

<sup>14</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001. A primeira edição de 2001 foi revisada e deu origem à 2ª edição publicada em 2006. Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica: La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

<sup>15</sup> Conferir, por exemplo, as seguintes obras: (i) *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993; (ii) *Derecho y Razón Práctica*. Cidade do México: Fontamara, 1993; (iii) *El Concepto y la Validez del Derecho y Otros Ensayos*. Barcelona: Gedisa, 1994; (iv) *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995; (v) *La Institucionalización de la Justicia*. Granada: Editorial Comares, 2005; e (vi) ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. *La Pretensión de Corrección del Derecho. La Polémica Alexy/Bulygin sobre la Relación entre Derecho y Moral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

<sup>16</sup> Cf. MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

<sup>17</sup> No entanto, é importante ressaltar que existem traduções para o francês e italiano. Cf. MACCORMICK, Neil. *Raisonnement juridique et théorie du droit* Paris: Presses Universitaires de France – PUF, 1996; e Cf. MACCORMICK, Neil. *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*. Torino: Giappichelli Editore, 2001.

padrão do raciocínio judicial, é fundamental avaliar se as formas válidas e as falácias formais descritas pela lógica tradicional se aplicam ao direito (*modus ponens*, *modus tollens*, “negação do antecedente” e “afirmação do conseqüente”), ou se as mesmas precisam ser adaptadas às peculiaridades deste domínio de conhecimento.

Há, portanto, uma série de etapas que precisam ser esclarecidas e justificadas. MacCormick, por exemplo, considera o argumento na forma *modus ponens*, cuja premissa maior reflete uma relação condicional baseada na implicação material ( $p \rightarrow q$ ), como o modelo padrão de aplicação das regras jurídicas;<sup>18</sup> porém, ao mesmo tempo, o autor sustenta a ocorrência da falácia da negação do antecedente no campo do direito.<sup>19</sup> No entanto, o que se quer dizer com isso? E as demais formas válidas e inválidas de silogismo hipotético misto descritas pelos lógicos tradicionais? As mesmas devem ser ignoradas ou precisam ser adaptadas ao direito? A presente dissertação pretende analisar essas questões levando em consideração o contexto jurídico. A obra de Neil MacCormick é particularmente interessante nesse aspecto porque o autor escocês recebe inúmeras críticas com relação à maneira com que descreve e aplica o modelo dedutivo, e, conseqüentemente, acaba desenvolvendo uma literatura complementar para justificar a escolha deste modelo. Desta forma, a presente dissertação também pode ser considerada como uma tentativa de elucidar alguns tópicos relacionados com a aplicação do silogismo ao campo do direito.

---

<sup>18</sup> Cf. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. *Op. cit.*, p. 24.

<sup>19</sup> Cf. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. *Op. cit.*, p. 44.