

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 49 • nº 196
outubro/dezembro – 2012

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

O argumento *ad absurdum* na interpretação do direito

Seus usos e significado normativo

Thomas Bustamante

Sumário

1. Introdução. 2. A acepção estritamente lógica do *argumentum ad absurdum*. 3. O *argumentum ad absurdum* como um caso especial de argumento pragmático. 3.1. O problema da indeterminação dos argumentos pragmáticos e a nota distintiva do argumento *ad absurdum*. 3.2. A diferença entre o argumento *ad absurdum* e os argumentos consequencialistas em geral. 3.3. O contexto do argumento *ad absurdum*. 3.4. O fundamento do *argumentum ad absurdum*. 3.4.1. A natureza da hipótese do legislador racional. 3.4.2. Novas considerações sobre a natureza do argumento *ad absurdum*: o absurdo como ausência de razoabilidade. 3.4.3. Sobre o fundamento do argumento *ad absurdum* e da hipótese do legislador racional. 3.5. As exigências práticas da versão pragmática do argumento *ad absurdum*. 4. Considerações finais.

1. Introdução

Neste ensaio, busca-se explicar como o *argumentum ad absurdum* pode ser utilizado na argumentação jurídica e formular um conjunto de diretivas para auxiliar os juristas a justificar as suas pretensões ou decisões baseadas em tais argumentos. O principal propósito deste esforço é definir as principais *regras de interpretação* que podem ser derivadas de sua estrutura ou de suas pressuposições de fundo. Ao descrever essas regras, acredita-se ser possível compreender o significado normativo de tal forma de argumento, isto é, as exigências que derivam de tal argumento e as condi-

Thomas Bustamante é Professor Adjunto da Universidade Federal de Minas Gerais e *Honorary Lecturer* na Universidade de Aberdeen, Reino Unido. É doutor em Direito pela PUC-Rio, com período de investigação na Universidade de Edimburgo, Reino Unido, e mestre em Direito pela UERJ.

ções sob as quais se pode confiar nele como uma base sólida para uma decisão jurídica.

Na literatura recente sobre argumentação jurídica, há duas versões diferentes do argumento *ad absurdum* que são aceitas pelos teóricos como capazes de justificar uma pretensão jurídica. Primeiramente, ele pode ser entendido em um sentido estritamente lógico, ou seja, como uma forma de comprovação por contradição. Não obstante, como se arguirá na primeira seção, esse sentido do *argumentum ad absurdum* é de muito pouca utilidade para a argumentação jurídica, na medida em que ele apenas torna explícito um erro que pode ser facilmente identificável no argumento do falante. Em segundo lugar, em um sentido menos estrito, que é o sentido em que os juristas normalmente se referem a esta forma de argumentação, o argumento apagógico pode ser classificado como um argumento pragmático ou um argumento acerca da desejabilidade ou indesejabilidade de uma certa proposição. Não obstante, como pretendemos demonstrar, as interpretações correntes desta última versão do *argumentum ad absurdum* ainda não desenvolveram uma compreensão precisa de tal forma de argumento, já que elas não têm ciência de que a *reductio ad absurdum* é um caso especial de argumentação pragmática cuja força é sensivelmente superior à das formas gerais de argumentação pragmática. Portanto, a fim de se identificarem as condições sob as quais o argumento *ad absurdum* pode ser corretamente empregado no discurso jurídico, iremos determinar, na segunda seção deste ensaio, a natureza do argumento, como ele pode ser diferenciado dos argumentos consequencialistas em geral, seu contexto e as regras de interpretação que dele podem ser derivadas e que definem o seu significado normativo.

2. A acepção estritamente lógica do *argumentum ad absurdum*

O primeiro sentido em que o argumento *ad absurdum* pode ser entendido é a sua formulação estritamente lógica, que é a sua

forma mais forte. Nesse sentido, ele é um esquema argumentativo formal que ajuda a identificar uma conclusão inaceitável independentemente da plausibilidade do conteúdo das premissas, já que o argumento em questão é internamente defeituoso.

Nesta acepção, a *reductio ad absurdum* “consiste em se deduzir de uma proposição ou um complexo de proposições consequências que são inconsistentes umas com as outras ou com a proposição original” (RYLE, 1945, p. 6). Por conseguinte, em sua formulação estritamente lógica, a *reductio* está fundada no princípio da não contradição:

“Contradições são asserções absurdas ou logicamente falsas. Qualquer asserção que implique uma contradição ou uma falsidade lógica deve em si ser falsa; e é exatamente este fato que é explorado na aplicação da *reductio*; se uma contradição puder ser demonstrada como derivável de uma fórmula; então, com base apenas nesse fato, podemos validamente enunciar a negação de tal fórmula. Portanto, a *reductio* é frequentemente referida como uma ‘prova por contradição’” (TOMASSI, 1999, p. 102).

Em síntese, estabelece-se um silogismo ao demonstrar que a conclusão do oponente é inconsistente com as premissas.

Esse não é, entretanto, o tipo de argumento *ad absurdum* que normalmente atrai a atenção dos juristas e teóricos do direito, pois de fato ele nada mais afirma do que a exigência geral de consistência em qualquer tipo de discurso. Na argumentação jurídica, diferentemente da matemática, as premissas e as conclusões não são enunciadas de forma não ambígua, e portanto os juristas tendem a aplicar o argumento apagógico de modo muito menos rigoroso (DAUBE, 1969, p. 177-179).

3. O *argumentum ad absurdum* como um caso especial de argumento pragmático

Enquanto a versão estritamente lógica do *argumentum ad absurdum* aponta para uma in-

consistência *interna* em um argumento, já que o falante demonstra que o seu oponente está comprometido com visões contraditórias, a versão ordinária ou pragmática do argumento consiste em se deduzir da pretensão de um oponente uma falsidade ou um enunciado que leva a consequências inaceitáveis.

Um argumento pragmático pode ser definido como “uma argumentação defendendo a desejabilidade ou indesejabilidade [ou, podemos adicionar, a aceitabilidade ou a inaceitabilidade] de um ato específico ou um curso de ação” (KLOOSTERHUIS, 2007, p. 72). Nessa interpretação, que é a “construção mais geral” do argumento *ad absurdum*, pode-se defini-lo como “um processo de refutação sob o fundamento de que consequências absurdas – e patentemente inaceitáveis – iriam derivar da aceitação da proposição em questão” (RESCHER, 2005).

Essa parece ser, de fato, a forma como os juristas usam o *argumentum ad absurdum*. Golding, por exemplo, entende a “*reductio ad absurdum* prática” como o argumento segundo o qual “se uma dada regra, juízo, ou decisão levar a consequências inaceitáveis, então a regra, juízo ou decisão deve ser rejeitada” (GOLDING, 2001, p. 38). E Alexy, em sua famosa Teoria da Argumentação Jurídica, a descreve como um argumento empregado para “fundamentar a tese de que uma interpretação específica (I) de uma regra (R) através do uso semântico (W) é inadmissível” sob o fundamento de que esse uso “levaria a resultados inaceitáveis, sem sentido ou incompreensíveis” (ALEXY, 1989, p. 283). Este autor descreve o argumento *ad absurdum* como uma forma de argumento – ou seja, uma “estrutura que compreende uma proposição afirmada por um falante juntamente com outras proposições erigidas ou pressupostas como fundamentando diretamente essa proposição” (ALEXY, 1989, p. 92) – que poderia ser expressa da seguinte forma:

- (1) $O \neg Z$
- (2) $R' \rightarrow Z$
- (3) $\neg R'$

Nesse esquema, O é um operador deôntico que expressa a obrigatoriedade de fazer algo; \neg significa uma negação; Z é uma consequência considerada proibida pelo intérprete da norma; e R' é uma interpretação particular da regra R . Com a ajuda desse esquema formal, Alexy (1989, p. 280) descreve a estrutura lógica do *argumentum ad absurdum* e enfatiza o caráter não lógico do processo de determinar as premissas que nele estão compreendidas.

Para Alexy (1989, p. 283-284), uma vez que as premissas (1) e (2) no esquema acima estão dadas, é possível inferir a conclusão (3) por uma simples operação lógica. Não obstante, o passo mais difícil no processo de justificação de um argumento é o que Wróblewski denomina “justificação externa” de uma decisão, que denota o processo de se enunciar e justificar a premissa maior (1), que deve estar baseada em argumentos práticos gerais, e a premissa menor (2), que está baseada em argumentos empíricos¹.

Pode-se ver, portanto, que Alexy descreve o argumento *ad absurdum* como uma conjunção de um argumento prático na premissa maior e de um argumento empírico na premissa menor. Enquanto a primeira lida com um argumento interpretativo para estabelecer o significado de uma norma, a última lida com enunciados de fato.

Para concluir este tópico: o argumento *ad absurdum* na interpretação jurídica é um tipo especial de *argumentação pragmática* onde a principal razão para decisão é um juízo sobre a desejabilidade ou indesejabilidade da interpretação proposta para uma lei (FETERIS, 2005, p. 461).

¹ Wróblewski (1974, p. 39) diferencia, em um ensaio famoso, dois estágios da justificação de um silogismo jurídico. Enquanto a justificação *interna* é estritamente lógica e se refere à relação entre as premissas de uma forma de argumento, a justificação *externa* não é um processo lógico e consiste na justificação das próprias premissas, com base em considerações pragmáticas ou empíricas.

3.1. O problema da indeterminação dos argumentos pragmáticos e a nota distintiva do argumento *ad absurdum*

Há, no entanto, fortes objeções ao uso do *argumentum ad absurdum* se ele é entendido como um esquema para argumentação referida às consequências ou à deseabilidade de uma interpretação jurídica particular.

O maior problema é que há múltiplas razões que podem ser classificadas como “consequencialistas”. Como adverte MacCormick (1983, p. 255),

“Juizes frequentemente aludem à justiça, às políticas públicas e/ou ao bem comum da comunidade, à conveniência ou efetividade do direito e ao senso comum como fundamentos ou critérios de avaliação ostensivamente diferentes, que são aplicados para as consequências jurídicas e possíveis desenvolvimentos futuros de decisões em casos controvertidos.”

Ao mesmo tempo, Maximiliano (1992, p. 166) argumenta que as premissas compreendidas no argumento *ad absurdum* podem assumir um vasto campo de sentidos e configurações que podem se referir a “injustiça evidente”, “incoerências”, “autocontradições”, “impossibilidades”, “inequidade”, incompatibilidade com o “senso comum” etc.

À luz de tais incertezas sobre os conteúdos de razões pragmáticas e consequencialistas, muitos juristas são céticos quanto à força do argumento apagógico nos discursos jurídicos. Tarello, por exemplo, argumenta que o argumento *ad absurdum* é ao mesmo tempo frágil e capaz de levar a mal entendidos quando aplicado como um argumento independente para uma decisão jurídica. Ele é frágil porque a noção de absurdo é impregnada de argumentos históricos falseados e intrinsecamente mutável, e é capaz de levar a mal entendidos devido a sua ambiguidade natural (TARELLO, 1980, p. 371). Guastini, da mesma forma, sustenta que a ideia de absurdo é de fato

subjettiva, “e portanto sempre controversa”. Para esse autor, nos raros casos em que certa interpretação de uma disposição legislativa pode ser inequivocamente classificada como “absurda”, o argumento *ad absurdum* seria completamente inútil, já que ele iria “excluir apenas uma interpretação que ninguém jamais sonharia em sugerir” (GUASTINI, 2004, p. 177).

Embora talvez seja insensato simplesmente rejeitar o argumento *ad absurdum*, classificando-o como um mero truque retórico, essas objeções nos devem levar a restringir o âmbito de tal argumento.

É provável, portanto, que não seja suficiente definir o argumento *ad absurdum* como um argumento pragmático. Como Daube argumenta de forma convincente, se o argumento apagógico for concebido como “apoiando-se em uma decisão ao demonstrar que uma decisão alternativa seria inconsistente com o que é desejável, razoável, justo, jurídico”, então “qualquer decisão fundamentada é uma *reductio ad absurdum*, ao menos por implicação”, já que “qualquer decisão é escolhida em preferência à decisão oposta, tida como menos aceitável” (DAUBE, 1969, pp. 179-180). Por conseguinte, de acordo com o autor, devemos entender a *reductio ad absurdum* como significando que uma conduta é não apenas inconveniente ou indesejável, mas “flagrantemente incongruente, em conflito com o propósito óbvio, professado pelo próprio agente” (DAUBE, 1969, p. 180). Se este é o caso, então podemos dizer que o argumento significa algo mais do que um tipo de incompatibilidade pragmática, como é visível no seguinte excerto:

“Não se você simplesmente sair sem um guarda-chuva, mas se um valedutidário que carrega um guarda-chuva quando está chovendo sair sem um em meio a uma tempestade. Não se um comprador não pagar, mas se um homem que compra por caridade de um amigo empobrecido, com a finalidade de assisti-lo, não pa-

gar. Um caso particularmente claro é a conduta auto-incompatível, quando ao se levar um argumento ao extremo se chega exatamente ao pólo contrário, atingindo precisamente o oposto do planejado” (DAUBE, 1969, p. 180).

Como esses exemplos demonstram, Daube entende o *argumentum ad absurdum* como um ponto de vista normativo que exclui a possibilidade de qualquer decisão jurídica manifestamente incoerente, em vez de considerá-lo sempre como uma contradição no sentido lógico.

Comparado aos outros cânones da interpretação, o argumento *ad absurdum* caracteriza-se pelo fato de que ele implica uma *avaliação forte* contra uma interpretação proposta. Assim, o seu traço distintivo é que ele implica uma *desaprovação forte* das consequências de uma certa interpretação, garantindo um *grau especial* de certeza sobre a inaceitabilidade do ponto de vista do oponente.

No direito inglês, por exemplo, há duas regras básicas de interpretação da lei que não podem ser tidas como compatíveis a não ser que o argumento *ad absurdum* seja interpretado nesse sentido.

A primeira regra de interpretação da lei é a chamada “Regra Literal” (*Literal Rule*), segundo a qual “o juiz deve considerar o que a lei de fato diz, em vez de considerar o que ela poderia significar” (SLAPPER; KELLY, 2006, p. 196). O propósito da regra é que o juiz deve entender as palavras na lei, no seu “significado literal – ainda que o efeito disso seja o de produzir o que pode ser considerado um resultado injusto ou indesejado” (SLAPPER; KELLY, 2006, p. 196).

A segunda regra, por sua vez, é a “Regra de Ouro” (*Golden Rule*), que é utilizada para excluir uma interpretação que provavelmente levará a um resultado “obviamente absurdo” (SLAPPER; KELLY, 2006, p. 197). Como Lord Blackburn argumentou em *River Wear Commissioners v Adamson*, devemos interpretar as leis de acordo com o significado ordinário das palavras usadas

pelo legislador, a não ser que eles levem a uma inconsistência ou a “um absurdo ou inconveniência tão grande a ponto de convencer o Tribunal de que a intenção não poderia ter sido a de usá-las no seu significado ordinário”².

Como se nota claramente, a Regra de Ouro só pode ser compatível com a Regra Literal se o argumento *ad absurdum* for entendido no sentido descrito acima, isto é, como um tipo especial de argumento pragmático cujo traço distintivo é o grau especial de certeza quanto ao caráter absurdo de uma conclusão particular.

No que resta deste ensaio, tentaremos ressaltar as condições sob as quais o argumento *ad absurdum* pode adquirir o tipo de força que o distingue das espécies ordinárias de argumentação pragmática.

3.2. A diferença entre o argumento *ad absurdum* e os argumentos consequencialistas em geral

Nosso primeiro passo é distinguir o argumento *ad absurdum* dos argumentos consequencialistas em geral. Com efeito, pode-se classificar o argumento apagógico não apenas como um tipo de argumento pragmático, mas também como um tipo especial de argumento consequencialista. Tomemos um exemplo que Dworkin tornou famoso em seu grande ensaio intitulado “The Model of Rules”. Em *Henningsten v. Bloomfield Motors, Inc.*, um tribunal de Nova Jersey teve de decidir, em 1960, se “um fabricante de automóveis pode liminar a sua responsabilidade no caso de o automóvel ser defeituoso”³. Como Dworkin (1978, p. 23) sintetiza, “Henningsten comprou um

² *The River Wear Commissioners v William Adamson and Others*. [1876-77] L.R. 2 App. Cas. 743, 764 -765. A Regra de Ouro sobre a Interpretação da lei foi originalmente enunciada por Lord Wensleydale em *Becke v Smith* [1836] 2 M. &W. 195 e novamente enunciada com mais precisão em *Grey v. Pearson* [1857] 6 HL Cas 61, 106; 10 ER 1216.

³ *Henningsten v. Bloomfield Motors, Inc.* 32 N. J. 358, 161 A.2d [1960].

carro, e assinou um contrato que dizia que a responsabilidade do fabricante por defeitos no produto ficava limitada a ‘consertar’ as partes defeituosas. Ele sustentou que, ao menos nas circunstâncias do seu caso, o fabricante não deve ser protegido por essa limitação, e deve ser responsável pelas despesas médicas e de outra natureza sofridas por pessoas feridas em um acidente”.

Dworkin usa esse exemplo para sustentar que as fontes formais do direito não exaurem o conceito de juridicidade, já que sistemas jurídicos desenvolvidos necessariamente incluem princípios de moralidade política que são vinculantes na argumentação jurídica. Em tal caso, de fato, o tribunal confiou em ideias morais como a proibição de inequidade e injustiça como fundamentos para a decisão de que o fabricante era responsável apesar da literalidade do contrato (DWORKIN, 1978, p. 24).

Não obstante, podemos usar o mesmo exemplo para um propósito diferente. Podemos imaginar, por exemplo, argumentos hipotéticos a favor e contra a pretensão de Henningsten. Primeiramente, o juiz A poderia rejeitar a pretensão de Henningsten ao fundamento de que tal interpretação iria contra os interesses da comunidade, já que levaria a um aumento nos preços de automóveis e transferiria os custos da responsabilidade do fabricante para os demais compradores. Em segundo lugar, o juiz B poderia aceitar o argumento de Henningsten ao fundamento de que a responsabilidade contratual seria contra os princípios da justiça e da equidade porque ela imporia um ônus excessivo para o consumidor e deixaria desprotegidos os terceiros que sofressem com os defeitos na fabricação do produto.

Nesses dois argumentos hipotéticos, apenas o juiz B estaria empregando um argumento *ad absurdum* de forma genuína. Com efeito, um dos critérios importantes para distinguir entre um emprego plausível e um emprego falacioso de uma argumentação consequencialista é analisar a natureza

das consequências que são levadas em consideração pelo falante. No argumento do juiz A, estamos lidando com consequências probabilísticas que não se seguem logicamente da aceitação da interpretação em análise (já que a transferência dos custos do fabricante para o consumidor é um fenômeno econômico que pode nunca acontecer e não é uma implicação necessária da decisão), enquanto no argumento do juiz B estamos lidando com consequências lógicas ou hipotéticas que inevitavelmente se seguem da decisão do caso, já que os fatos de que “um ônus será imposto sobre o consumidor” e de que “a decisão irá constituir um precedente que deixa os consumidores desprotegidos” são consequências que necessariamente se seguem da decisão rejeitada pelo argumento.

É por isso que MacCormick restringe o âmbito do seu consequencialismo a fim de considerar primariamente relevantes apenas as *consequências jurídicas* de uma regra ou interpretação proposta (MACCORMICK, 1983, p. 249-254), as quais podem ser definidas como os fatos que *se seguem logicamente* de uma decisão particular e suas implicações jurídicas⁴.

Podemos dizer, portanto, que o principal critério para diferenciar um uso genuíno do *argumentum ad absurdum* de um argumento consequencialista genérico é o caráter hipotético, em vez de probabilista, do primeiro⁵.

⁴ Se MacCormick estiver correto, então uma argumentação consequencialista no direito envolve dois estágios. No primeiro estágio, pode-se estabelecer uma premissa fática anunciando que o curso de ação é considerado pelo falante como implicando a consequência C. Então, em um segundo estágio, deve-se subsumir C em uma norma universal que é tida como parte do sistema jurídico. O argumento é confiável somente se o falante pode provar que C está proibido por tal norma.

⁵ Para um argumento poderoso contra a proposta de consequencialismo jurídico de Dewey, que fala de uma “lógica de consequências como uma lógica de probabilidades ao invés de certezas”, veja MacCormick (1983, p. 251), em que ele sustenta

3.3. O contexto do argumento ad absurdum

Um segundo passo para se determinarem as condições sob as quais o argumento *ad absurdum* adquire sua força distintiva na argumentação é identificar os contextos em que ele pode ser empregado.

Como todo argumento pragmático, o argumento *ad absurdum* encontra lugar “no contexto de uma *disputa* em que uma parte sustenta que uma regra particular deve ser aplicada no caso concreto e a outra parte sustenta que essa regra não deve ser aplicada” (FETERIS, 2005, p. 462). O contexto típico do argumento, portanto, é a *comparação* de casos, conclusões e interpretações alternativas de uma provisão legal.

Nesse sentido, Jansen relembra que muitos dos exemplos na literatura sobre a *reductio ad absurdum* “dizem respeito a um uso específico do argumento comparativo” que é conhecido como *analogia refutacional* (“refutational analogy”). “A principal linha de argumentação seguida em tal argumento”, como observa a autora, “é que se alguém aceita uma certa forma de pensar, deve aceitar também uma forma comparável, mas absurda, de se pensar” (JANSEN, 2007, p. 253).

Os juristas romanos do período clássico, por exemplo, eram *experts* em retórica grega e usavam o argumento apagógico para comparar soluções alternativas aos problemas jurídicos⁶. A *reductio ad absurdum* era uma ferramenta metodológica chave para se escolher entre as alternativas que se seguiriam da aplicação analógica de uma regra jurídica ou de sua interpretação restritiva com base no argumento *a contrario* (WACKE, 2008, p. 477).

que apenas consequências hipotéticas podem ser relevantes na argumentação jurídica.

⁶ Sobre o *argumentum ad absurdum* no Direito Romano, ver Wacke (2008), Reggi (1974), Capone (1997) e Daube (1969). Este autor, por exemplo, sustenta que essa forma de argumento teve os seus dias de glória na era clássica do Império Romano (DAUBE, 1969, p. 193).

Ademais, o argumento tem sido utilizado desde antes do período clássico do Direito Romano a fim de superar a ambiguidade ou a indeterminação da linguagem utilizada para expressar um enunciado normativo. Em um interessante ensaio histórico, Reggi demonstra que, em casos de *ambiguitas*, retóricos latinos como Cícero e juristas romanos como Celso Filho construía os seus argumentos tentando demonstrar “o absurdo da visão do oponente” e, ao mesmo tempo, “sustentando as suas próprias teses ao demonstrar que elas escapam de tais vícios” e se conformam com o princípio da *aequitas* (REGGI, 1974, p. 163).

O contexto do *argumentum ad absurdum*, portanto, é determinado pela presença de interpretações diferentes de um dado enunciado, e com uma valoração forte contra as consequências de uma das soluções disponíveis. Ele é, portanto, sempre um *argumento comparativo*.

3.4. O fundamento do argumentum ad absurdum

O terceiro passo para construir um modelo com o objetivo de determinar as condições sob as quais o argumento apagógico, entendido como um caso especial de argumento pragmático, pode ser legitimamente aplicado na argumentação jurídica é identificar o fundamento de tal argumento.

Há consenso entre a maioria dos teóricos do direito da tradição continental europeia de que o fundamento do *argumentum ad absurdum* no raciocínio jurídico reside na *hipótese do legislador racional*, que exclui a possibilidade de se aceitar uma interpretação abertamente irracional de uma norma porque o legislador deve ser considerado como racional e razoável (TARELLO, 1980, p. 369; GUASTINI, 2004, p. 177; LA TORRE; PATTARO; TARUFFO, 1991, p. 222; MAXIMILIANO, 1992, p. 166; EZQUIAGA, 1994, p. 97; ZIEMBINSKI, 1978, p. 183).

Sem embargo, parece claro que a proibição de absurdo na interpretação (o

argumento *ad absurdum*) e a exigência de racionalidade na interpretação da legislação (a hipótese do legislador racional) têm uma importante área em comum e desempenham uma função semelhante na argumentação jurídica. Ambas são versões fortes de argumentos pragmáticos que repelem interpretações inaceitáveis de uma lei.

Nesse ponto, acreditamos que Bobbio está correto quando ele sustenta que as *regras de interpretação essenciais* que se seguem da ideia regulativa do “legislador racional” são somente aquelas que podem ser também deduzidas da proibição de “absurdo” no raciocínio jurídico” (BOBBIO, 1971, p. 245).

O núcleo do argumento *ad absurdum* é, pois, semelhante ao do argumento baseado na hipótese geral do legislador racional, o que torna difícil dizer que o último possa ser o fundamento do primeiro. Com efeito, nossa análise demonstra que não seria muito útil sustentar que o fundamento do argumento apagógico se encontra na presunção de racionalidade do legislador, pois seria igualmente possível mudar a direção do argumento e sustentar que é o último que fundamenta o primeiro. De fato, o que parece mais plausível é a tese de que ambos os *standards* de argumentação podem ser fundamentados pelo mesmo princípio.

Qual é, então, esse princípio que pode ser usado para fundamentar tanto o argumento *ad absurdum* quanto a “hipótese do legislador racional”?

Antes de responder a esse questionamento, devemos fazer uma pequena pausa e indagar sobre a natureza da presunção de racionalidade do legislador.

3.4.1. A natureza da hipótese do legislador racional

Em que pese o fato de a hipótese do “legislador racional” ser ambígua e poder ser interpretada em sentidos diferentes, para os fins deste ensaio iremos entendê-la como um “parâmetro normativo que prescreve

que os juristas devem interpretar o direito *como se* o legislador fosse racional” (NINO, 1989, p. 90). A hipótese do legislador racional, nesse sentido, não é uma hipótese empírica para ser testada, mas uma hipótese que é dogmaticamente assentada e aceita sem qualquer verificação empírica. Em outros termos, é uma “tese metodológica” que é “confessadamente contrafática”, mas que é necessária para criar uma obrigação de se diminuir a distância entre o direito “tal como ele é” e o direito “tal como ele deve ser” (IGUARTUA SALAVERRÍA, 1990, p. 115-116).

O ponto nodal da hipótese do legislador racional é criar uma “teoria modelo” cujo propósito não é epistemológico, mas *normativo* ou *crítico* no sentido de que ela pode ajudar os juristas e os cientistas do direito a “construir um sistema de normas que seja bem adaptado para desempenhar o papel de um sistema jurídico racional” (ZIEMBINSKI, 1978, p. 186). Ao invés de um enunciado fático sobre a natureza psicológica do legislador real, é uma “pretensão idealizante imposta sobre o poder legislativo, isto é, uma condição para a racionalidade do legislador” (NOWAK, 1987, p. 138). Ela é, portanto, um modelo desenvolvido pela dogmática jurídica. Como o autor explica,

“O traço distintivo do método de interpretação legal provido pela dogmática é que ele ambiciona otimizar a lei, é dizer, reconstruir a partir dos textos as melhores normas possíveis do ponto de vista das exigências das doutrinas morais e políticas dominantes” (NOWAK, 1969, p. 82).

A hipótese do legislador racional, portanto, é uma quase-hipótese dogmaticamente assentada pela dogmática jurídica, é um ideal normativo a partir do qual podemos derivar um conjunto de *regras de interpretação jurídica* (NOWAK, 1969, p. 67) ou meta-normas que podem guiar o processo de interpretação e excluir todas as possíveis interpretações que sejam ma-

nifestamente desarrazoadas e irracionais. Assim, a hipótese da racionalidade do legislador estabelece um parâmetro por meio do qual uma interpretação possível de uma lei pode ser avaliada: “que o legislador é racional significa que ele satisfaz certos critérios de racionalidade” (NOWAK, 1987, p. 138). Portanto, podemos defini-lo como uma estrutura normativa (ou um conjunto de critérios) para a argumentação jurídica.

3.4.2. *Novas considerações sobre a natureza do argumento ad absurdum: o absurdo como ausência de razoabilidade*

Como mencionado anteriormente, mesmo no seu sentido não estritamente lógico, o *argumentum ad absurdum* é uma espécie forte de forma de argumento, já que ele pressupõe um grau especial de certeza sobre a inaceitabilidade de uma asserção jurídica. Pode-se notar, portanto, que o conceito de absurdo pode ser entendido de modo semelhante à hipótese do legislador racional, ou seja, como uma estrutura normativa para a argumentação jurídica.

O argumento apagógico é uma exigência normativa de um grau mínimo de justificabilidade para qualquer enunciado jurídico. A noção de absurdo, aqui, é interpretada como aquilo que é contrário ao conceito básico de “razoabilidade” ou “aceitabilidade social”. Como Perelman argumenta de forma persuasiva, essa ideia “vaga, mas indispensável” funciona sempre como um ponto de vista normativo para a interpretação correta do direito. A distinção entre o “razoável” e o absurdo, sustenta o autor, tem a ver com as fronteiras entre o que pode ser compreendido como dentro da margem de apreciação das autoridades jurídicas e o que está fora dessa área, e pode portanto ser considerado como “socialmente inaceitável” (PERELMAN, 1978, p. 41). Sempre que um oficial do direito está numa posição em que ele pode pretender que certa norma ou solução jurídica pode ser universalmente descartada por sua marcante injustiça, ele pode contar com o *argumentum ad absurdum*

para rejeitar a interpretação que levar a tal norma. Podemos ver, assim, que para Perelman (1978) não é possível identificar o “razoável” sem determinar o “absurdo”.

Mais uma vez, pode-se perceber que a concepção de razoabilidade de Perelman, apesar de inspirada pelo uso de tal noção por juristas continentais, se amolda perfeitamente bem na jurisprudência britânica sobre o controle judicial de atos administrativos. Com efeito, no direito administrativo do Reino Unido, o teste geral para a aceitabilidade do uso da discricionariedade é o famoso “teste de Wednesbury”, enunciado por Lord Greene no caso *Associated Provincial Picture Houses, Limited v Wednesbury Corporation*, onde ele estabelece que as autoridades administrativas devem evitar qualquer decisão que seja “tão absurda que nenhuma pessoa razoável poderia sonhar que ela se encontra dentro dos poderes outorgados à autoridade”⁷. Como é visível, esse teste conecta as ideias de razoabilidade e absurdo da mesma forma que Perelman o faz em seus escritos teóricos.

Se o argumento *ad absurdum* for interpretado nesse sentido fortemente avaliativo, como acreditamos que deva ser, então ele se torna um parâmetro poderoso que desempenha a mesma função que a hipótese do legislador racional.

3.4.3. *Sobre o fundamento do argumento ad absurdum e da hipótese do legislador racional*

A análise dos dois argumentos acima reforçou a nossa convicção de que há uma área comum importante entre o argumento *ad absurdum* e a hipótese do legislador racional. Ambos fazem referência aos mesmos ideais – racionalidade e razoabilidade –, estão dogmaticamente assentados, e pretendem constituir uma estrutura normativa para o raciocínio jurídico.

⁷ *Associated Provincial Picture Houses, Limited v Wednesbury Corporation* [1948] 1 K.B 223, 229, per Lord Greene, M.R. (Court of Appeal)

O fundamento das duas formas de argumentação pode ser encontrado no princípio da *razoabilidade*, possível de ser vindicado com a ajuda do conceito de contradições performativas.

Como explica Alexy (2000, p. 141),

“Uma contradição performativa é uma contradição no sentido clássico. O caráter performativo resulta do fato de que somente uma parte da contradição deriva do que é explicitamente estabelecido ao se realizar um ato jurídico, ao passo que a outra parte está implícita na pretensão necessariamente conectada com a realização de tal ato. (...) Ela [uma contradição performativa] está baseada no conceito clássico de contradição, que pode ser aplicado aos atos de produção do direito porque esses atos expressam e implicam conteúdos assertóricos ou proposicionais”.

Pode haver vários tipos de contradições performativas, e todos eles parecem levar a conclusões absurdas ou a “atos ilocucionários autoderrotáveis”⁸. Com a ajuda dessa definição de contradições performativas, Alexy (2000) sustenta que o direito necessariamente erige uma pretensão de correção, pois todos os atos de fala que estabelecem normas compreendem uma asserção implícita de que tais atos são justos e razoáveis.

Para tornar essa noção clara, podemos retomar os exemplos do próprio Alexy. Imaginemos uma assembleia constitucional promulgando uma constituição em um novo Estado, com a seguinte redação para o seu artigo primeiro: “X é uma república injusta”. Imagine, também, um juiz que pronuncie uma sentença com os seguintes conteúdos: “Eu, por meio desta, condeno Y

⁸ Nesse sentido, Searle e Vanderveken (1985, p. 151) classificam uma ilocução como autoderrotável quando “suas condições de sucesso não podem ser obtidas”. Para esses autores, “já que um conjunto de atos ilocucionários é consistente se ele é realizável, nenhum ato ilocucionário autoderrotável é consistente” (SEARLE; VANDERVEKEN, 1985, p. 151).

a 10 anos de prisão, embora isso seja uma decisão incorreta”.

De acordo com Alexy (1989, 1998, 1999a, 1999b, 2000, 2003), esses tipos de enunciados incorreriam em uma contradição performativa porque nenhum oficial do direito pode realizar um ato de fala que estabelece normas sem implicitamente afirmar que a provisão normativa criada por meio da realização de tal ato é justa e correta. Ao explicitamente negar a correção das normas estabelecidas por intermédio de seus próprios atos de fala, a assembleia estaria entrando em uma contradição com a pretensão implícita que ela erigiu quando esse ato estava sendo realizado. Alexy acredita, portanto, que todo oficial do direito necessariamente erige uma pretensão de correção, e ele usa a noção de contradições performativas para fundamentar essa asserção.

Se isso for correto, então não será muito difícil fundamentar a pretensão de que o princípio da razoabilidade está implicitamente enunciado por todos os sistemas jurídicos. A exigência de razoabilidade, na verdade, está sempre incluída na ideia de correção e parece estar também incluída na pretensão de correção que é necessariamente contida em cada ato de criação ou aplicação do direito⁹. Assim, negar a razoabilidade do direito seria tão absurdo como incluir uma “cláusula de injustiça” em um enunciado legislativo. A asserção explícita de que o sistema jurídico é “desarrazoado” iria contradizer a parte implícita dos atos de fala que são realizados ao se

⁹ De acordo com Alexy (1998, p. 208), no núcleo da pretensão de correção haveria: (1) a asserção de que o ato jurídico é substancial e procedimentalmente correto; (2) a pretensão (que gera uma garantia) de justificabilidade de tal asserção; e (3) a expectativa de aceitação da correção por todos os destinatários da norma. Ademais, ele sustenta que a pretensão de correção não é apenas uma pretensão moral, mas também uma pretensão jurídica. E essa pretensão jurídica “guarda correspondência com uma obrigação jurídica, necessariamente conectada aos julgamentos judiciais, de tomar decisões corretas” (ALEXY, 1998, p. 216).

promulgarem quaisquer normas jurídicas. Como Alexy demonstra em seus escritos, a pretensão de correção inclui uma pretensão de razoabilidade e justiça (Alexy 1999a, p. 381), e isso provê o fundamento para a nossa interpretação do argumento *ad absurdum* e para a hipótese do legislador racional.

Visto que uma contradição performativa é também uma contradição em sentido clássico, é analiticamente verdadeiro que todos os sistemas erigem uma pretensão de correção¹⁰.

3.5. As exigências práticas da versão pragmática do argumento *ad absurdum*

O desafio final deste ensaio é prover uma explicação adequada das exigências práticas ou regras de interpretação que podem ser associadas ao argumento *ad absurdum*. Se tentarmos encontrar um catálogo de tais regras na literatura jurídica sobre o argumento apagógico, os resultados serão desapontadores, já que muito pouco é dito sobre essas regras nos escritos sobre o tema. A maior parte da literatura em tal assunto ou é empírica, analisando os tipos de usos do argumento que se pode encontrar na prática jurídica, ou é puramente analítica, lidando com a estrutura do argumento¹¹. Muito pouco se diz acerca de seu significado normativo¹². A principal razão para tanto é a de que o argumento *ad absurdum* ou é um esquema formal, que é capaz de acomodar

¹⁰ Segundo Alexy (2003, p. 39), seus exemplos demonstram que “os participantes em um sistema jurídico necessariamente, em todos os níveis, erigem uma pretensão de correção”.

¹¹ Para enfoques empíricos, que consideram sistemas jurídicos particulares, ver Lazzaro (1970), Wacke (2008), Reggi (1974), Capone (1997) e Daube (1969). Para estudos analíticos, ver Alexy (1989), Klug (1990), Tarello (1980), Guastini (2004), Golding (2001) e Jansen (2007).

¹² Quando se trata da hipótese do legislador racional, a literatura jurídica tende a ser um pouco mais proveitosa em sua dimensão normativa. Veja-se, por exemplo, Bobbio (1971), Ziembinski (1978), Nowak (1969, 1987), Iguartua Salaverría (1990) e Nino (1989).

quaisquer premissas que se possa imaginar, ou um argumento pragmático genérico que apela para consequências tidas como meramente indesejáveis. Em ambos os casos, não é dada uma atenção suficiente ao significado normativo da ideia de “absurdo” e a sua relação com as ideias de racionalidade e razoabilidade. Essa relação só se torna clara quando as identidades entre o argumento *ad absurdum* e a hipótese do legislador racional são estabelecidas, e ambas essas formas de argumentação são reconhecidas como derivando da pretensão de razoabilidade que é entranhada nos atos de fala que estabelecem normas jurídicas válidas.

1. A primeira regra de interpretação que podemos estabelecer exige que o intérprete evite qualquer interpretação que poderia comprometer a *autoridade* do direito. Com efeito, tal interpretação levaria a um ato de fala autoderrotável do legislador, pois uma de suas condições preparatórias estaria ausente, e pode ser obviamente qualificada como absurda. De fato, uma das contribuições mais interessantes da filosofia do direito anglo-saxã foi ter demonstrado a dimensão autoritativa do direito e as condições sob as quais um sistema jurídico pode adquirir o tipo de autoridade efetiva que sustenta a sua normatividade.

Como Raz demonstrou desde seus escritos mais iniciais, “o direito possui autoridade se a existência de uma lei exigindo certa ação é uma razão protetiva para a realização de tal ação; isto é, uma lei possui autoridade se a sua existência é uma razão para se conformar com a ação exigida e para excluir outras considerações que com ela conflitem” (RAZ, 2009, p. 29). Portanto, se alguém propõe uma certa pretensão ou enunciado jurídico que levaria a uma ameaça “à autoridade do direito” ou à rejeição da natureza peremptória das razões jurídicas, essa pretensão ou enunciado deve ser considerada inaceitável em sentido forte.

O caráter autoritativo do direito fornece a base para o tipo de argumento que se encontra em alguns dos usos mais signi-

ficativos do *argumento ad absurdum*. Para citarmos um exemplo, podemos mencionar o voto mais famoso na história do direito constitucional, prolatado quando o Chief Justice Marshall decidiu que a Suprema Corte dos Estados Unidos era competente para recusar a implementação de leis inconstitucionais. Como McCormick (1983, p. 240) aponta, esse foi um caso típico de argumento baseado em consequências absurdas ou inaceitáveis, como se pode ler na seguinte passagem do voto:

“Aqueles... que contendem acerca do princípio de que a Constituição deve ser considerada, em juízo, como direito permanente, estão reduzidos à necessidade de manter que os tribunais fecham os seus olhos para a constituição, e veem apenas o direito. Esta doutrina subverteria a própria fundação de todas as constituições escritas. Ela declararia que um ato que, de acordo com os princípios e a teoria sobre o nosso governo, é completamente nulo, apesar disso, é na prática completamente obrigatório”¹³.

Podemos ver, portanto, que a principal razão pela qual a interpretação rejeitada por Marshall é considerada absurda é que ela constituiria uma ameaça à autoridade da Constituição. Esse parece ser, de fato, um *standard* de argumentação que é aceito em culturas jurídicas muito diferentes. Está claro, portanto, que a seguinte regra de interpretação pode ser definida como uma diretiva para o argumento *ad absurdum*:

RI-1: *Ao se determinar o sentido de uma lei, deve-se rejeitar qualquer interpretação que possa comprometer a autoridade do sistema jurídico.*

2. A segunda regra de interpretação que pode ser deduzida da proibição do absurdo é a denominada “regra da justiça”, segundo a qual devemos tratar igualmente os que se encontram na mesma situação e desigualmente os que não se encontram. Essa regra

¹³ *Marbury v. Madison* 5 US (1 Cranch) 137 (1803), p. 178.

pode ser reconduzida ao princípio da igual consideração e respeito pelas pessoas, que é considerado por Dworkin (2002) como a virtude soberana em uma sociedade democrática. A formulação mais clássica do princípio pode ser encontrada no Digesto de Justiniano [D.I,1,10,1], como a obrigação de “dar a cada um o que é seu” (*suum cuique tribuere*) (MACCORMICK, 2005, p. 115).

Podemos encontrar um exemplo paradigmático do uso do argumento *ad absurdum* na jurisprudência da Corte Constitucional Alemã sobre se os decretos nazistas que retiraram a nacionalidade de judeus e confiscaram as suas propriedades podem ser considerados juridicamente válidos. Uma vez que nenhuma lei posterior à guerra foi promulgada para lidar com esse problema específico, as autoridades assumiram que o Decreto 11 no que se refere à Lei da Cidadania do *Reich*, de 25 de novembro de 1941, ainda se encontrava válido, e que a propriedade perdida por um advogado judeu com base nesse decreto não poderia ser recuperada. Com base nos escritos de Radbruch (2006) no pós-guerra, que negavam validade jurídica a quaisquer leis que atingissem um grau horrível ou “insuportável” de injustiça, a Corte decidiu que o advogado não havia perdido a sua propriedade porque os decretos nazistas em consideração eram desde o início nulos, já que eles “contradizem de forma tão evidente os princípios fundamentais de justiça que o juiz que os aplicar ou lhes reconhecer consequências jurídicas estará pronunciando injustiça ao invés de direito”¹⁴.

O absurdo aqui afetaria a legalidade de leis promulgadas de forma apropriada, já que a sua validade foi repelida sob o fundamento de que agir de acordo com elas

¹⁴ BVerfGE 3, 58 (119); 6, 132 (198). Cito o caso a partir de Alexy (1999b), cuja tradução foi utilizada. Alexy cita esse exemplo como um caso de aplicação da Fórmula de Radbruch, que estatui que uma lei perde validade jurídica quando ela expressamente renega a ideia de justiça ou atinge um grau intolerável de injustiça. Sobre os argumentos de Radbruch, ver: Radbruch (2006), Paulson (2006) e Alexy (1999b, 2003).

seria entrar em uma “contradição” em um “grau intolerável” com a regra da justiça (ALEXY, 1999b, p. 18)¹⁵.

Podemos ver que no exemplo acima o argumento da injustiça é levado ao extremo, já que o tribunal o empregou para negar validade e aplicabilidade a uma lei apropriadamente promulgada sem ser capaz de apontar qualquer disposição constitucional que levaria à inconstitucionalidade de tal lei.

Esse não é, entretanto, o uso normal do *argumentum ad absurdum* como proibição de injustiça, já que em casos ordinários nós não precisamos ir tão longe.

De fato, nós podemos mencionar também um outro exemplo do Direito Romano, quando Pomponius sustentou que a única interpretação aceitável da *lex commissoria* em um contrato de compra e venda – uma cláusula segundo a qual “ se o preço não é pago a tempo a compra e venda pode ser rescindida” – é a que beneficia exclusivamente o vendedor, pois se não fosse assim o comprador seria capaz de frustrar o contrato a seu bel-prazer, mesmo se o objeto do contrato estivesse danificado ou destruído, como no caso de um prédio construído em um pedaço de terra atingido por fogo ou desastres naturais¹⁶. Como aponta Long (1870, p. 240),

“A *lex commissoria* não tornou a transação uma venda condicional, pois, nesse caso, se a propriedade fosse

¹⁵ Alexy obviamente apresenta esse argumento como uma crítica ao positivismo. Sem embargo, um positivista normalmente iria sustentar que é incorreto concluir que o argumento da injustiça funciona na aplicação do direito apenas se o positivismo for rejeitado. Nos debates de Hart com Radbruch sobre a validade das leis nazistas, por exemplo, Hart deixa muito claro que o positivismo é apenas uma teoria da validade do direito, e não uma teoria sobre como casos difíceis devem ser decididos. Para Hart (1977) seria perfeitamente possível decidir casos envolvendo legislação nazista sem rejeitar o positivismo, desde que se atribuisse efeitos retrospectivos ao direito do pós-guerra.

¹⁶ D.18,3,2-3 (Pomponius). Para um comentário, ver Wacke (2008, p. 456-457).

danificada ou destruída, a perda seria a perda do vendedor, enquanto o comprador, ao não pagar o dinheiro na data em que ele convencionou, falharia em realizar a condição; seria, portanto, uma compra e venda absoluta, sujeita a ser rescindida somente de acordo com a vontade do vendedor, se o dinheiro não for pago na data convencionada; e conseqüentemente se após o acordo a propriedade for perdida ou destruída antes da data acordada para o pagamento, a perda atinge o comprador”.

Como se vê, o argumento de Pomponius para classificar a *lex commissoria* como um privilégio do vendedor, em vez de uma compra e venda condicional, é a única forma de se atingir um equilíbrio no contrato e evitar injustiças flagrantes que poderiam eventualmente ocorrer caso o comprador pudesse beneficiar-se com sua própria torpeza. Nesse caso, a interpretação criticada com base no argumento *ad absurdum* é de fato incorreta do ponto de vista da justiça distributiva, já que ela falha ao tratar diferentemente sujeitos que se encontram em situações completamente diferentes, permitindo que o comprador obtenha vantagem do fato de ele próprio não cumprir a sua obrigação.

De fato, em ambos os casos (o alemão sobre a validade do direito nazista e a do argumento de Pomponius sobre a interpretação da cláusula da *lex commissoria*) aplicou-se a “Regra da Justiça” para rejeitar uma interpretação que levaria a resultados severamente injustos.

As duas regras de interpretação que seguem parecem ser implicadas pela formulação de Radbruch sobre a Regra da Justiça, e podem ser geralmente aceitas em todos os sistemas jurídicos desenvolvidos:

RI-2: *Nenhuma norma jurídica deve ser interpretada de modo que traga injustiça insuportável para o sistema jurídico.*

RI-2': *Nenhuma norma jurídica deve ser interpretada de modo que poderia levar à con-*

clusão de que o legislador explícita ou implicitamente desdenha da ideia de justiça.

Sem embargo, essas regras podem ser interpretadas em diferentes sentidos. Quando comparamos as decisões alemãs sobre a validade das leis nazistas com o argumento de Pomponius sobre a *lex commissoria*, podemos ver que eles se diferenciam em um importante sentido, pois a primeira implica a perda da validade de leis formalmente promulgadas, ao passo que a segunda meramente seleciona uma das interpretações compatíveis com o significado ordinário das palavras contidas na cláusula.

Na sua interpretação forte, as regras RI-2 e RI-2' afetam a *validade* de uma disposição legal, já que nenhuma lei pode ser aceita como válida se ela alcança o nível mais extremo de injustiça. Na sua formulação frágil, por sua vez, elas ajudam a escolher entre as interpretações de uma lei que são permitidas pelo sentido literal dos seus textos, mas elas não vão tão longe a ponto de pretender que uma lei é nula por causa de seu conteúdo injusto.

Tanto no direito britânico, por exemplo, quanto no direito brasileiro, parece que os juízes tendem a aceitar a versão frágil e a rejeitar a forte, já que a famosa Regra de Ouro da interpretação legal está limitada à “construção do sentido das leis”¹⁷.

Sem embargo, há fortes argumentos para ambas as versões do argumento *ad absurdum* enquanto Regra da Justiça, e podemos por enquanto deixar em aberto

¹⁷ *Grey v. Pearson* [1857] 6 HL Cas 61, 106; 10 ER 1216, 1234. No direito brasileiro, de modo semelhante, o Ministro Marco Aurélio se manifestou nos seguintes termos: “Senhor Presidente, desde os meus primeiros dias no ofício judicante compreendi que o juiz, ao defrontar-se com uma lide, deve idealizar a solução mais justa para a controvérsia, valendo-se, nesta primeira fase, apenas da formação humanística que possui. A seguir, então, em respeito à almejada segurança nas relações jurídicas, passa ao cotejo da solução com os preceitos legais pertinentes à hipótese. Concluindo pela harmonia entre o resultado mais equânime e a ordem jurídica estabelecida, consagra-a, e, com isto, concretiza a justiça na concepção mais ampla do termo” (BRASIL, 1993).

a questão de qual dessas interpretações deve prevalecer na aplicação do direito. Para o momento é suficiente dizer que a interpretação frágil das regras RI-2 e RI-2' tende a ser geralmente aceita em sistemas jurídicos desenvolvidos.

3. A terceira regra de interpretação que decorre da proibição do absurdo exige que se evite uma interpretação que levaria uma norma a entrar em conflito com outra norma do sistema.

Talvez uma das explicações mais interessantes dessa interpretação do argumento *ad absurdum* seja a de Kloosterhuis (2007), que distingue duas formas do argumento apagógico. Enquanto a forma mais fraca é a dos argumentos pragmáticos genéricos, a forma mais forte (ou o argumento *ad absurdum* em sentido estrito) faz referência a uma norma indiscutível ou a um conjunto hipotético de consequências que são logicamente derivadas dela. Uma decisão holandesa sobre o âmbito normativo da locução “ato de vontade”, na Seção 5:23 do Código Civil Holandês, foi citada como um caso paradigmático de uso do argumento *ad absurdum* nesse sentido estrito. Nesse caso, um balão de ar quente pousou nas adjacências de duas propriedades, causando dano aos seus proprietários devido ao fato de que vários animais fugiram ou morreram sufocados. Os fazendeiros processaram os proprietários do balão e ameaçaram proibir a remoção do balão de suas propriedades até que eles recebessem compensação financeira pelas perdas causadas pelo pouso. Na defesa, os proprietários do balão argumentaram que, uma vez que o evento em questão (o pouso) não foi um ato de vontade no sentido do artigo 5:23 do Código Civil, não havia direito de retenção do balão. Os fazendeiros, por sua vez, argumentaram que o pouso do balão foi um ato de vontade no sentido do artigo 5:23. Esse artigo estabelece que quando um objeto (ou um animal) encontra o seu caminho em direção à propriedade de outra pessoa por qualquer maneira que não

seja por um ato de vontade ou negligência do proprietário, esse objeto pode ser capturado e removido pelo proprietário se e quando ele assim o requerer. Portanto, se o pouso de um balão for considerado um ato de vontade, há um direito de retenção para os fazendeiros; se não, o balão pode ser removido sem prévio pagamento de indenização pelos danos causados por ele (KLOOSTERHUIS, 2007, p. 68).

À luz desses fatos, e levando em consideração outra norma cujo significado é incontroverso (uma regra legal expressamente autorizando o pouso de balões em qualquer lugar exceto em áreas densamente povoadas), o tribunal sustentou que:

“A interpretação de que um ‘ato de vontade’ como definido na Seção 5:23 do Código Civil Holandês deve ser tido como realizado ao se escolher um local específico para o pouso na última fase do vôo é falsa;

Porque: Se essa interpretação for verdadeira, todo pouso com sucesso será um ato de vontade;

E: a premissa de que todo pouso de sucesso é um ato de vontade se encontra em confronto com o provimento no direito holandês da aviação que permite balões de ar pousarem em qualquer lugar exceto em estradas públicas e áreas densamente povoadas, industriais ou de porto” (KLOOSTERHUIS, 2007, p. 71).

Aqui, a Corte não está se referindo a um tipo genérico de argumentação pragmática, mas a um argumento *sistemático*. De acordo com a classificação de McCormick e Summers (1991) dos argumentos interpretativos¹⁸, o caso poderia ser um

¹⁸ Ao se referir à classificação dos argumentos interpretativos de McCormick e Summers, Kloosterhuis sustenta que o argumento *ad absurdum* pode expressar de um lado um argumento sistemático que envolve uma “contradição ou inconsistência entre uma interpretação proposta de uma regra jurídica e uma interpretação ou premissa incontroversa, geralmente aceita” (KLOOSTERHUIS, 2007, p. 72), ou, de outro lado, uma forma de argumento a partir de

exemplo de argumento sistemático do grupo dos argumentos de “harmonização contextual”¹⁹. Esse argumento entra em cena para preservar a consistência da legislação. O argumento *ad absurdum* em sentido estrito expressa uma contradição entre o conteúdo de uma norma cujo significado é pressuposto pelos participantes do discurso e o conteúdo de uma interpretação de outra norma testada hipoteticamente pelo falante²⁰.

Como é visível, essa terceira versão do argumento descreve-o como equivalente ao requisito geral da consistência na aplicação do direito. Ao se decidir um problema jurídico, o juiz deve descartar qualquer interpretação que leve a uma contradição no sistema jurídico²¹.

A seguinte regra de interpretação, portanto, deve ser afirmada:

razões substantivas em que a força da argumentação “não depende da natureza autoritativa que as razões possam ter” (KLOOSTERHUIS, 2007, p. 73). O primeiro é o sentido estrito do *argumentum ad absurdum*, enquanto o último é o sentido amplo de tal argumento.

¹⁹ Os onze tipos de argumentos propostos por McCormick e Summers (1991, p. 512-516) são esses: 1) Argumentos linguísticos: (i) argumentos a partir do sentido ordinário e (ii) argumentos a partir do sentido técnico; 2) Argumentos sistemáticos: (iii) argumentos de harmonização contextual, (iv) argumentos por precedentes, (v) argumentos por analogia, (vi) argumentos lógico-conceituais, (vii) argumentos a partir dos princípios gerais do direito e (viii) argumentos a partir da história; 3) Argumentos teleológicos/avaliativos: (ix) argumentos sobre o propósito da lei e (x) argumentos a partir de razões substanciais; 4) Argumentos transcategoriais: (xi) argumento da intenção.

²⁰ A diferença entre o argumento *ad absurdum* nesse sentido e a versão estritamente lógica do argumento, analisada acima (ver supra, n.1) é que enquanto o último pressupõe uma contradição interna do falante, o primeiro aplica-se quando a interpretação proposta não é consistente com outra norma pertencente ao sistema jurídico.

²¹ No mesmo sentido, ver Bobbio (1971, p. 244-245) e Lazzaro (1970, p. 96). A diferença entre o uso de Kloosterhuis do *argumentum ad absurdum* e a versão estritamente lógica da *reductio ad absurdum* é que na primeira a norma que contradiz a interpretação proposta não é uma premissa adotada pelo falante, de sorte que não há “contradição interna” no argumento em consideração.

RI-3: *Nenhuma regra jurídica deve ser interpretada em um sentido que entre em conflito com uma norma cujo sentido e validade estejam fora de disputa em um sistema jurídico.*

4. Outro parâmetro de argumentação que está associado ao argumento *ad absurdum* é o que não admite a interpretação uma lei em qualquer sentido que torne suas prescrições ineficientes do ponto de vista da racionalidade instrumental (NOWAK, 1969, p. 68). Nesse sentido, a premissa do legislador racional – e o mesmo poderia ser dito sobre o argumento *ad absurdum* – supõe que o legislador possui um “sentido crítico” e um “conhecimento adequado da realidade” (ZIEMBINSKI, 1978, p. 180), de forma que não se pode interpretar um enunciado normativo particular de tal modo que ele venha a desmentir essa suposição.

Ademais, do ponto de vista da racionalidade instrumental, não se pode admitir uma interpretação que levaria a uma norma empiricamente defeituosa de acordo com o conhecimento disponível (NOWAK, 1987, p. 141), já que as leis em consideração devem ser construídas de modo que preservem a sua eficácia (LAZZARO, 1970, p. 96). De maneira sucinta, o intérprete deve “basear a sua interpretação na ideia de que a norma é o meio mais adequado que uma pessoa razoável pode encontrar para atingir os fins do legislador em uma dada situação” (BOBBIO, 1971, p. 245).

Em um caso relativamente recente, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal brasileiro teve de decidir sobre o significado da expressão “gleba” no artigo 243 da Constituição, cujo teor literal é o seguinte:

“As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

O problema aqui estava em definir o significado da palavra “gleba”. O Tribunal Regional Federal da Primeira Região havia decidido que uma “gleba” era apenas a porção de uma propriedade rural onde plantas psicotrópicas fossem cultivadas, em vez da propriedade inteira. Em recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, entretanto, uma interpretação diferente prevaleceu. Após dizer que “o direito, qual ensinou Carlos Maximiliano, deve ser interpretado ‘inteligentemente de modo que a ordem legal não envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá a ter conclusões inconsistentes ou impossíveis,’” o tribunal decidiu que a interpretação proposta pela corte inferior “não pode ser aceita, já que ela leva à conclusão absurda” de que 150 metros quadrados de terra seriam expropriados para assentar trabalhadores para cultivar alimentos e plantas medicinais nessa porção insignificante de terra (BRASIL, 2009). O tribunal decidiu, por unanimidade, seguir o voto do Ministro Eros Grau e considerar que a totalidade da propriedade (no caso, uma fazenda de 28.000 metros quadrados) deveria ser expropriada como uma sanção pela cultura de drogas e plantas psicotrópicas, já que se não fosse assim o direito perderia a sua força coercitiva e não obteria a necessária eficácia social.

Como ilustra o caso, a seguinte regra de interpretação pode também ser associada ao argumento *ad absurdum*:

RI-4: *Ao interpretar um enunciado normativo, deve-se construir a norma em um modo tal que os meios adotados pelo legislador sejam adequados para os fins que a norma pretende alcançar.*

5. Finalmente, a última diretiva de argumentação que parece estar conectada ao *argumentum ad absurdum* proíbe que se interprete a norma N em um sentido tal que sua aplicação leve a uma impossibilidade ou a um estado de coisas que pode ser facilmente desmentido pela observação empírica.

No caso *Maclennan v. Maclennan*, por exemplo, a Court of Session escocesa baseou-se no argumento apagógico para determinar o sentido do termo “adultério” no direito de família escocês²². Nesse caso, um homem processou a sua esposa sob o fundamento de que ela teria cometido adultério, já que ela havia dado à luz uma criança mais de um ano depois do último encontro do casal. Na defesa, entretanto, a esposa argumentou que a criança havia sido concebida por meio de inseminação artificial com um doador anônimo, e portanto nenhum ato adúltero de natureza sexual havia ocorrido. O problema chave era decidir se uma gravidez com material genético de um doador anônimo poderia contar como adultério para o propósito de justificar o divórcio. O tribunal decidiu de acordo com o voto de Lord Wheatley, que sustentou que uma inseminação artificial por doador anônimo não constitui adultério de acordo com o direito escocês. Ainda que isso “constitua uma séria ofensa material contra um marido que não consentiu”, ele diz, o direito não pode aceitar esse fato como fundamento sob o qual o divórcio pode ser deferido, já que se fosse assim uma esposa poderia cometer adultério com um homem morto, o que seria um absurdo²³.

Pode-se dizer, portanto, que o argumento *ad absurdum* implica que nenhuma regra pode ser interpretada de modo que ela exija ações impossíveis ou asserções fáticas contrárias à evidência empírica.

Portanto, a seguinte regra de interpretação pode ser estabelecida:

RI-5: *Ao interpretar uma lei, deve-se construir a norma de modo que nenhuma ação impossível ou asserção fática que pode ser facilmente falsificada pela evidência empírica possa resultar de tal norma.*

²² *Maclennan v. Maclennan* (1958) S. C. 105, per Lord Wheatley.

²³ (1958) S. C., 114.

4. Considerações finais

Nossa análise levou-nos às seguintes teses, que são enunciadas à guisa de conclusão.

1. O *argumentum ad absurdum* pode ser entendido em dois sentidos. Como um argumento estritamente lógico, ele pode ser descrito como uma clássica *reductio ad absurdum*, de acordo com a qual uma conclusão pode ser rejeitada quando quer que o seu proponente esteja comprometido com visões contraditórias. Nesse caso, o argumento é internamente defeituoso, no sentido de que a conclusão não pode ser suportada por suas premissas. A *reductio ad absurdum* é um argumento válido que pode levar a uma demonstração indireta desse defeito.

2. Ademais, o argumento *ad absurdum* pode ser entendido também como um argumento pragmático. Um argumento pragmático é um argumento sobre a desejabilidade ou a não desejabilidade de uma dada consequência. No raciocínio jurídico, entretanto, o *argumentum ad absurdum* é um caso especial de argumento pragmático cujo traço distintivo é que ele pressupõe uma avaliação forte contra a interpretação rejeitada por tal argumento. Na argumentação jurídica, juristas tendem a entender o *argumentum ad absurdum* nesse segundo sentido, já que a clássica *reductio ad absurdum* se torna trivial e desnecessária, pois as regras elementares da lógica são suficientes para rejeitar a conclusão considerada pelo falante.

3. Para entender a força especial da versão pragmática do argumento *ad absurdum*, que parece ser o tipo de argumento adotado pelos juristas como fundamento para suas pretensões e decisões, devem-se considerar os fatores seguintes.

4. Primeiramente, o argumento *ad absurdum* não é o mesmo que uma forma genérica de argumentação consequencialista. Enquanto o primeiro lida apenas com fatos hipotéticos e consequências jurídicas, a última costuma incluir consequências proba-

bilísticas que não podem ser demonstradas pelo falante. Portanto, apenas o primeiro possui uma força argumentativa relevante.

5. O contexto em que o argumento *ad absurdum* é empregado é o da argumentação acerca da interpretação correta de uma lei. O falante analisa a sua própria interpretação à luz de uma alternativa, que é considerada inaceitável. O *argumentum ad absurdum*, portanto, é sempre um argumento comparativo.

6. O *argumentum ad absurdum* possui uma importante área comum à hipótese do legislador racional. Ambos são parâmetros normativos que exigem que o intérprete estabeleça o sentido de uma norma de modo que este seja racional e razoável. O princípio básico que fundamenta a ambos é o princípio da razoabilidade. Com efeito, como Perelman (1978) demonstrou, não se pode saber o que é razoável sem determinar o que é absurdo, pois esses predicados são correlatos no sentido de que onde quer que um esteja presente, o outro estará ausente.

7. A validade do princípio da razoabilidade pode ser demonstrada com a ajuda do conceito de contradições performativas. Quando Alexy demonstra que os oficiais do direito necessariamente erigem uma pretensão de correção quando eles enunciam os atos de fala que estabelecem normas, essa demonstração é também útil para fornecer o fundamento da exigência de razoabilidade na argumentação jurídica. A pretensão de correção inclui uma pretensão de razoabilidade e a proibição de absurdo e irracionalidade.

8. Nos usos da versão pragmática do argumento *ad absurdum*, as seguintes regras de interpretação parecem vincular juristas de diferentes tradições jurídicas: RI-1: Ao se determinar o sentido de uma lei, deve-se rejeitar qualquer interpretação que possa comprometer a autoridade do sistema jurídico. RI-2: Nenhuma norma jurídica deve ser interpretada de modo que traga injustiça insuportável para o sistema jurídico. RI-2': Nenhuma norma jurídica deve ser interpretada de modo que possa levar

à conclusão de que o legislador explícita ou implicitamente desdenha da ideia de justiça. RI-3: Nenhuma regra jurídica deve ser interpretada num sentido que entre em conflito com uma norma cujo sentido e validade estejam fora de disputa em um sistema jurídico. RI-4: Ao interpretar um enunciado normativo, deve-se construir a norma de modo tal que os meios adotados pelo legislador sejam adequados para os fins que a norma pretende alcançar. RI-5: Ao interpretar uma lei, deve-se construir a norma de modo que nenhuma ação impossível ou asserção fática que pode ser facilmente falsificada pela evidência empírica possa decorrer de tal norma.

Essas teses são importantes e alcançam o objetivo deste ensaio porque, consideradas conjuntamente, as regras de interpretação enunciadas acima definem o significado normativo do *argumentum ad absurdum* na interpretação da lei. Pode-se confiar nelas e considerá-las um conjunto confiável de diretivas para a argumentação jurídica, permitindo-nos distinguir entre usos corretos e incorretos de tal tipo de argumento, de modo a esclarecer o papel específico desempenhado pelo argumento apagógico no contexto dos discursos jurídicos.

Referências

ALEXY, Robert. *A theory of legal argumentation: the theory of rational discourse as theory of legal justification*. New York: Oxford University, 1989.

_____. *Law and correctness*. Current Legal Problems, Oxford, v. 51, p. 205-221, 1998.

_____. A defence of Radbruch's formula. In: DYZENHAUS, David (Ed.). *Recrafting the rule of law: the limits of the legal order*. Oxford: Hart, 1999a.

_____. The special case thesis. *Ratio Juris*, Oxford, v. 12, n. 4, p. 374-384, 1999b.

_____. On the thesis of a necessary connection between law and morality: bulygin's critique. *Ratio Juris*, Oxford, v. 13, n. 2, p. 138-147, 2000.

_____. *The argument from injustice: a reply to legal positivism*. Oxford: Oxford University, 2003.

- BOBBIO, Norberto. Le bon législateur. In: HUBIEN, Hubert (Org.). *Le raisonnement juridique: actes du congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale*. Bruxelles: Bruylant, 1971.
- BRASIL. Superior Tribunal Federal (2ª Turma). Recurso Especial nº 140265/SP, de 20 de outubro de 1992. Relator: Ministro Marco Aurélio. *Diário da Justiça*, Brasília, Seção 1, 28 maio 1993.
- _____. Superior Tribunal Federal (Plenário). Recurso Especial nº 543974/MG, de 26 de março de 2009. Relator: Ministro Eros Grau. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 29 maio 2009.
- CAPONE, Piera. Valore ed uso giurisprudenziale di absurdus/e. *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Roma, v. 63, p. 197-257, 1997.
- DAUBE, David. Reductio ad absurdum. In: _____. *Roman law: linguistic, social and philosophical aspects*. Edinburgh: Edinburgh University, 1969.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 2. ed. Cambridge: Harvard University, 1978.
- _____. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge: Harvard University, 2002.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional. *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, v. 1, p. 69-98, 1994.
- FETERIS, Eveline. The rational reconstruction of argumentation referring to consequences and purposes in the application of legal rules: a pragma-dialectical perspective. *Argumentation*, v. 19, n. 4, p. 459-470, Nov. 2005.
- GOLDING, Martin. *Legal reasoning*. Toronto: Encore, 2001.
- GUASTINI, Riccardo. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè, 2004.
- HART, H. L. A. Positivism and the separation of law and morals. In: DWORKIN, Ronald (Org.). *The philosophy of law*. New York: Oxford University, 1977.
- IGUARTUA SALAVERRÍA, Juan. El postulado del legislador racional. *Revista Vasca de Administración Pública*, Onāti, n. 28, p. 113-125, 1990.
- JANSEN, Henrike. Refuting a standpoint by appealing to its outcomes: reductio ad absurdum vs. argument from consequences. *Informal Logic*, Ontario, v. 27, n. 3, p. 249-266, 2007.
- JUSTINIAN. *The digest of Justinian*. Tradução de Charles Henry Monro. Cambridge: Cambridge University, 1904.
- KLOOSTERHUIS, Harm. Ad absurdum arguments in legal decisions. In: AGUILÓ-REGLA, Josep (Org.). *Logic, argumentation and interpretation: proceedings of the 22nd IVR World Congress Granada 2005*. Stuttgart: Franz Steiner, 2007. 5 v.
- KLUG, Ulrich. *Lógica jurídica*. Tradução de J. C. Gardella. Bogotá: Temis, 1990.
- LAZZARO, Giorgio. *Argomenti dei giudici: estratto dai lavori della ricerca sulla argomentazione giuridica patrocinata dal C.N.R.* Turim: Emilio Bono, 1970.
- LA TORRE, Massimo; PATTARO, Enrico; ARUFFO, Michele. Statutory Interpretation in Italy. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Org.). *Interpreting statutes: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth, 1991.
- LONG, George. Commissaria lex. In: SMITH, William (Org.). *Dictionary of greek and roman antiquities*. Boston: C. Little and J. Brown, 1870.
- MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendon, 1978.
- _____. *On legal decisions and their consequences: from Dewey to Dworkin*. New York University Law Review, New York, v. 58, n. 2, p. 239-258, 1983.
- _____. *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. Oxford: Oxford University, 2005.
- _____; SUMMERS, Robert. Interpretation and justification. In: _____. (Org.). *Interpreting statutes: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth, 1991.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- NOWAK, Leszek. De la rationalité du législateur comme élément de l'interprétation juridique. In: PERELMAN, Chaïm (Org.). *Études de logique juridique*. Brussels: Bruylant, 1969.
- _____. A concept of rational legislator. In: ZIEMBINSKI, Zygmunt (Org.). *Polish contributions to the theory and philosophy of law*. Amsterdam: Rodopi, 1987.
- NINO, Carlos Santiago. El modelo dogmático del legislador racional. In: _____. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica: con referencia particular a la dogmática penal*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.
- PAULSON, Stanley L. On the background and significance of Gustav Radbruch's post-war papers. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 26, p. 17-40, 2006.
- PERELMAN, Chaïm. Le raisonnable et le déraisonnable en droit. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, v. 23, p. 35-42, 1978.
- RADBRUCH, Gustav. Statutory lawlessness and supra-statutory law. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 26, n. 1, p. 1-11, 2006.

- RAZ, Joseph. *The authority of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University, 2009.
- REGGI, Roberto. L'argomentazione per assurdo e Celso Figlio. In: GROSSO, Giuseppe. *Studi in onore di Giuseppe Grosso*. Torino: Giappichelli, 1974.
- RESCHER, Nicholas. Reductio ad absurdum. *Internet Encyclopedia of Philosophy*, May 2005. Disponível em: <<http://www.iep.utm.edu/reductio>>. Acesso em: 28 jul. 2011.
- RYLE, Gilbert. *Philosophical arguments*. Oxford: Clarendon, 1945.
- SEARLE, John R.; VANDERVEKEN, Daniel. *Foundations of illocutionary logic*. Cambridge: Cambridge University, 1985.
- SLAPPER, Gary; KELLY, David. *The english legal system*. New York: Routledge-Cavendish, 2006.
- TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della Legge*. Milano: Giuffrè, 1980.
- TOMASSI, Paul. *Logic*. 8. ed. London: Routledge, 1999.
- WACKE, Andreas. La consideración de las consecuencias de las decisiones jurídicas mediante deductio ad absurdum: en derecho romano y en derecho moderno. *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, Madrid, v. 20-21, p. 451-480, 2008.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal syllogism and rationality of judicial decisions. *Rechtstheorie*, Berlin, v. 5, p. 33-46, 1974.
- ZIEMBINSKI, Zygmunt. La notion de rationalité du législateur. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, v. 23, p. 175-187, 1978.