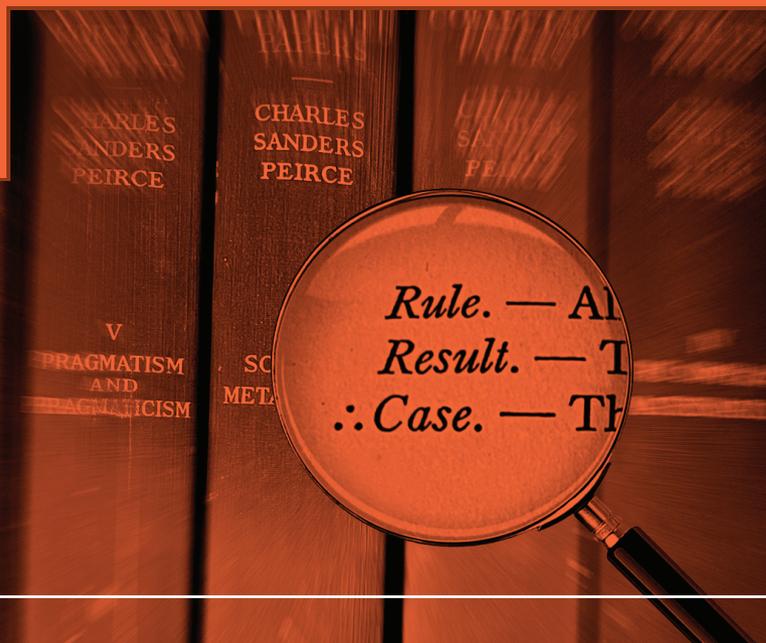


Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega



Série Livro-Texto



## Pragmatismo e decisão judicial

como pensar a  
consequência jurídica

Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega

# Pragmatismo e decisão judicial

como pensar a  
consequência jurídica

Universidade Federal de Pernambuco

Reitor: Alfredo Macedo Gomes

Vice-Reitor: Moacyr Cunha de Araújo Filho

Pró-Reitoria de Graduação

Pró-Reitora: Magna do Carmo Silva

Diretora: Fernanda Maria Ribeiro de Alencar

Editora UFPE

Diretor: Junot Cornélio Matos

Vice-Diretor: Diogo Cesar Fernandes

Editor: Artur Almeida de Ataíde

Comitê de avaliação

Adriana Soares de Moura Carneiro, Ana Célia Oliveira dos Santos, Addressa Suely Saturnino de Oliveira, Arquimedes José de Araújo Paschoal, Assis Leão da Silva, Ayalla Camila Bezerra dos Santos, Chiara Natercia Franca Araujo, Deyvylan Araujo Reis, Djailton Cunha, Flavio Santiago, Hyana Kamila Ferreira de Oliveira, Isabel Cristina Pereira de Oliveira, Jaqueline Moura da Silva, Jorge Correia Neto, Keyla Brandão Costa, Luciana Pimentel Fernandes de Melo, Márcia Lopes Reis, Márcio Campos Oliveira, Márcio Vilar França Lima, Maria Aparecida Silva Furtado, Maria da Conceição Andrade, Michela Caroline Macêdo, Rodrigo Gayger Amaro, Rosa Maria Oliveira Teixeira de Vasconcelos, Shirleide Pereira da Silva Cruz, Tânia Valéria de Oliveira Custódio, Waldireny Caldas Rocha

Editoração

Revisão de texto: Pedro Spíndola Bezerra Alves

Projeto gráfico e diagramação: Ildembergue Leite

EDITORA ASSOCIADA À



Associação Brasileira  
das Editoras Universitárias

Catálogo na fonte

Bibliotecária Kalina Ligia França da Silva, CRB4-1408

- 
- N754P Nóbrega, Flavianne Fernanda Bitencourt.  
Pragmatismo e decisão judicial [recurso eletrônico] : como pensar a consequência jurídica / Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega. – Recife : Ed. UFPE, 2024.  
1 recurso online (113 p.). – (Série Livro-Texto)
- Inclui referências.  
ISBN 978-65-5962-281-8 (online)
1. Direito – Filosofia. 2. Pragmatismo. 3. Abdução (Lógica). 4. Função judicial. I. Título. II. Título da série.
- 340 CDD (23.ed.) UFPE (BC2024-067)
- 

Esta obra está licenciada sob uma Licença Creative Commons  
Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.



## SÉRIE LIVRO-TEXTO

A Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), pautada pelos princípios da democracia, da transparência, da qualidade e do compromisso social, assume a Educação Superior como um bem público e um direito de todas e todos. Nesse sentido, estimula a melhoria das condições do trabalho docente, a inserção de metodologias de ensino inovadoras e a articulação dos conhecimentos teóricos e práticos nas diferentes áreas do saber como instrumentos de promoção de uma formação científica, humanística e artística que prepare nossos estudantes para a intervenção na realidade, segundo o compromisso com o desenvolvimento integral e sustentável, a equidade e a justiça social. Assim, a UFPE, por intermédio da Pró-Reitoria de Graduação e da Editora UFPE, oferta à comunidade acadêmica e à sociedade mais uma seleção da Série Livro-Texto, com o objetivo de contribuir para a formação da biblioteca básica do estudante de graduação e para a divulgação do conhecimento produzido pelos docentes desta Universidade. Em busca de uma melhor dinâmica para o recebimento de originais, este edital (Edital simplificado nº 22/2022 de incentivo à produção e publicação de livros digitais) estabeleceu janelas de submissão em momentos

distintos, oportunizando uma melhor organização por parte dos agentes envolvidos na elaboração e na edição desses materiais. Os livros selecionados, que contemplam diferentes áreas do saber, representam o esforço de discentes (de graduação e pós-graduação) e servidores (docentes e técnicos) e da gestão da Universidade em prol da produção, sistematização e divulgação do conhecimento, um de seus principais objetivos.

**Alfredo Macedo Gomes**

Reitor da UFPE

**Moacyr Cunha Araújo Filho**

Vice-Reitor da UFPE

**Magna do Carmo Silva**

Pró-Reitora de Graduação (Prograd)

**Fernanda Maria Ribeiro de Alencar**

Diretora da DIFI/Prograd

*Ao meu marido Alfredo  
e aos meus filhos Clara e Lucas.*

*Futuramente terá a metodologia jurídica que prestar maior atenção à abdução do que até agora aconteceu. Não se esperem todavia, conclusões “irrefutáveis”, pois ela não pode oferecer.*

(ARTHUR KAUFMANN)

## APRESENTAÇÃO

Esse livro tem a proposta de preencher uma lacuna editorial importante, trazendo a contribuição acadêmica genuína do Pragmatismo para inovar a metodologia jurídica e se pensar melhor as consequências no Direito. É um livro com abordagem densa da lógica viva da abdução, com uma proposta didática acessível para graduação, pós-graduação, pesquisadores e profissionais. Além de ser propedêutica para a formação de todo Jurista, especialmente na introdução ao estudo do Direito, é uma obra que traz desdobramentos práticos de como se operacionalizar o método do Pragmatismo no processo de decisão judicial, envolvendo o contexto da descoberta e da justificação.

Em especial, tivemos uma procura mais acentuada do Pragmatismo aplicado ao Direito após a nova Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB), que inovou em 2018 com a previsão normativa expressa para se pensar as consequências no seu art. 20, segundo o qual “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores abstratos, sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. Essa abertura normativa potencializa as contribuições do Pragmatismo na atualidade. Ademais, a disciplina Pragmatismo Jurídico passou a se tornar obrigatória nos concursos de ingresso na magistratura.

Observou-se, assim, uma difusão e utilização do Pragmatismo na prática judicial. Todavia, o seu uso ainda se apresenta distorcido e distante da academia. Há, assim, uma necessidade urgente de a Universidade recuperar esse debate e qualificar uma nova geração de estudantes e pesquisadores, conscientes do potencial da lógica pragmatista de análise das consequências, como também dos seus limites. Destaque-se que foi na Faculdade de Direito do Recife que surgiu o primeiro grupo de pesquisa sobre Pragmatismo Jurídico, Center for Law and Pragmatism, pioneiro na América Latina, liberado pelo Prof. George Browne e pelo Prof. Frederic Kellogg, do qual tive oportunidade de participar desde a fundação.

Nesse contexto, tive o privilégio e honra de aprender com os dois fundadores do Pragmatismo Jurídico na América Latina. Agradeço a generosidade do Professor George Browne em partilhar suas reflexões acadêmicas e sua rica biblioteca nessa missão de meu orientador por mais de 20 anos. Sem ele, eu não teria conhecido tão profundamente as bases do Pragmatismo Filosófico e seus pressupostos metodológicos e epistemológicos. Sou ainda grata à leitura cuidadosa dos pesquisadores Lênora Peixoto e João Zaidan e ao incentivo dos jovens professores Eduarda Peixoto Cunha França, Pedro Spíndola e Matheus Casimiro, que me mostraram a necessidade de publicação e difusão desta obra, que escrevi em 2007 para o mestrado em Direito. Com Eduarda França, escrevi textos em coautoria sobre a potencialidade do Pragmatismo como método para se entender o Processo Estrutural de hoje. Com Pedro Spíndola, aprofundamos a relação do Pragmatismo e a Análise Neoinstitucional, na disciplina “Instituições e Efetividade de Direitos”. Com Matheus Casimiro, ministrei o curso de Processos Estruturais, Pragmatismo e Diálogos Institucionais.

Na época da escrita desta obra, sob orientação do Professor George Browne, fui submetida à sabatina da banca examinadora formada pelos professores Karl Heinz Efken, João Maurício Adeodato e Torquato de Castro Junior, que fomentaram rico debate sobre método na Faculdade de Direito do Recife. Recentemente, promovemos, no Programa de Pós-graduação em Direito da UFPE, desdobramentos da aplicação do Pragmatismo para Análise Neoinstitucional

Interdisciplinar, para Análise Econômica do Direito, para o Direito Comparado Decolonial, para o Controle de Convencionalidade e para os Direitos Humanos.

Nessa construção acadêmica, registro agradecimento especial a Ildembergue Leite pela arte da capa deste livro. Ao fundo, está minha coleção pessoal dos *Collected Papers* de Peirce de 1934. Na frente, recorte original da lógica abdutiva (hipótese), CP 2623, destacada pela lupa da investigação. Essa disposição de imagens permite enfatizar a uberdade do contexto da descoberta para se pensar os efeitos práticos no Direito pelo método do pragmatismo.

Nesse sentido, a Faculdade de Direito do Recife foi o berço de profundas das reflexões acadêmicas, tendo sediado cinco colóquios internacionais de Pragmatismo Jurídico nos últimos anos. Assim, esse livro, aprovado no concurso aberto pelo edital nº 22/2022 da PROGRAD/UFPE, é fruto do amadurecimento do grupo de pesquisa pioneiro sobre Pragmatismo Jurídico na UFPE, além dos debates proporcionados também na disciplina que ministrei de “Pragmatismo Jurídico, Ética e Decisão Judicial”, em que pesquisadores de mestrado e doutorado pensam e refletem sobre o potencial real do Pragmatismo para o Direito. “Pragmatismo Jurídico” é ainda a linha de pesquisa do Laboratório de Pesquisa em Desenhos Institucionais, que coordeno na UFPE. Ademais, a publicação desse livro tem o potencial e fortalecer base importante do estudante, pesquisador e profissional do Direito, atendendo ao programa das disciplinas zetéticas na graduação e na pós-graduação, como: Introdução ao Estudo do Direito 1; Introdução ao Estudo do Direito 2; Hermenêutica Jurídica; Filosofia do Direito; Sociologia Jurídica; Lógica e Direito; Teoria, Epistemologia e Interdisciplinaridade do Direito.

O Pragmatismo é, então, aqui proposto como caminho teórico-metodológico para se pensar as consequências da decisão judicial, por meio da lógica viva da abdução. Esse raciocínio genuíno, adequado para se pensar as consequências práticas de algo, ainda é pouco operacionalizado no meio jurídico de forma adequada. Por essa razão, a obra se reveste de um compromisso de impacto social para o aperfeiçoamento dos profissionais do direito que se desafiam a pensar as consequências.

## SUMÁRIO

Primeiro prefácio à obra 12

Segundo prefácio à obra 16

Introdução 16

1. Como combinar abdução e Direito 20
2. Do Pragmatismo à abdução de Peirce 46
3. A proposta do raciocínio abdutivo para o Direito 81

Considerações finais: A fecundidade do raciocínio  
abdutivo para o Direito 104

Referências 107

Sobre a autora 113

## Primeiro prefácio à obra

A pesquisa desenvolvida por Flavianne Nóbrega da qual resultou a presente obra teve o seu início nos estudos de graduação da autora, na Faculdade de Direito do Recife. No terceiro ano do curso, no ano de 2002, Flavianne habilitou-se e foi contemplada com uma bolsa de iniciação científica do CNPq (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico). Desde então, tornei-me o seu orientador acadêmico e, juntos, passamos a contribuir para difundir e aprofundar as nossas investigações no campo do Pragmatismo Filosófico e suas implicações e aplicações ao fenômeno jurídico. Juntamente com outros estudantes, também interessados nessa área, foi então criado e formalizado junto ao CNPq, um grupo de pesquisa sob a epígrafe de “Fundamentos e Métodos do Pragmatismo: uma abordagem interdisciplinar dos fenômenos jurídicos”, fomentado pelo Programa de Pós-graduação em Direito da UFPE, pioneiro na interface entre Direito e Pragmatismo na América Latina. O fascínio suscitado pela temática, resultou numa crescente ampliação do grupo, atraindo para o Recife, Professores e Pesquisadores nacionais e internacionais da área da Filosofia, História do Direito, Direitos Internacionais dos Direitos Humanos, do Pragmatismo Filosófico e Jurídico, Análise

Neoinstitucional e *Law and Economics*. Dentre eles, destaco, no Brasil, o Professor Tércio Sampaio Ferraz Jr. da Universidade de São Paulo; dos Estados Unidos da América, o Professor Frederic Kellogg a *Fullbright Researcher*, vinculado à *George Washington University* e o Professor Gregory Pappas da Universidade do Texas; da Itália, o professor Giovanni Madalena; da França, o professor Roberto Frega e, da Alemanha, o Professor Hans Bernd-Schäfer da *Bucerius Law School* e do *Institut für Recht und Ökonomik* da *Hamburg Universität*. O interesse despertado por essa área transformou o Recife num Centro de Pesquisa sobre o Pragmatismo Jurídico, inclusive com a introdução, no Programa de Pós-Graduação de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, de uma linha de pesquisa voltada ao estudo dos problemas Lógicos e Epistemológicos do Pragmatismo, cujo ministério e investigação restou sob minha responsabilidade. A inclinação dos mestrandos e doutorandos por essa linha de pesquisa, desde então, não parou de crescer. Vários candidatos já concluíram suas Dissertações e Teses. Refiro-me nessa galeria de estudiosos do pragmatismo – mesmo sabendo de antemão que à minha memória será responsabilizada por imperdoáveis omissões – além de Flavianne, os orientandos Aduardo Catão, Enoque Feitosa, Lorena Freitas, Newton de Souza, Edmundo Borba, Clóvis Falcão, Pablo Holmes, Pedro Spíndola e muitos outros.

Normalmente, não me permito a elogios fáceis. Sou discreto, um tanto quanto tímido, embora extremamente rigoroso e crítico em relação primeiramente a mim próprio, como também aos demais. Ao longo da vida tenho mantido uma resistência em fazer avaliações que não sejam pautadas em critérios objetivamente verificáveis. Digo isso porque, seria deselegante e sobretudo injusto que, antes de referir-me especificamente ao conteúdo da obra de Flavianne, não trouxesse à tona o testemunho das vivências acadêmicas que tivemos oportunidade de compartilhar e do imenso orgulho que me empolga em ter tido o privilégio de orientá-la nessa sua ainda curta, mas epopeica jornada pelo mundo da academia.

Seria ocioso fazer aqui referências às suas contínuas e bem-sucedidas contribuições a nível internacional em universidades europeias e americanas. Bastaria consultar o seu currículo para que

se constatasse essa assertiva. Flavianne foi, sem nenhum favor, uma das melhores alunas que tive oportunidade de ensinar e conviver. Se é verdade que a introduzi no universo da Filosofia do Direito, nomeadamente sob as lentes do pragmatismo, não posso deixar de reconhecer que com ela também muito aprendi e continuo até hoje aprendendo. Esta obra de Flavianne, diante da magnitude do que ela tem produzido, é apenas uma singela amostra da sua potencialidade intelectual e capacidade produtiva.

O propósito desta obra consiste em tornar operacional para o Direito, a lógica abduativa concebida por Charles Sanders Peirce na Filosofia da Ciência. Trata-se, por conseguinte, de um trabalho inovador na metodologia jurídica a ser utilizado como um valioso instrumento de investigação das consequências concebíveis de um determinado conceito jurídico. O que chama a atenção na pesquisa é a sua contribuição para resgatar o contexto da descoberta como um solo fértil para a aplicação do método pragmático da abdução, não devidamente explorado pela análise tradicional da teoria da argumentação jurídica.

Alguns pensadores da área jurídica, como Arthur Kaufmann e Lorenz Schulz, têm advertido para a relevância do aprofundamento da análise da lógica abduativa aplicada ao Direito. Kaufmann, por exemplo, afirma que "Futuramente terá a metodologia jurídica que prestar maior atenção à abdução do que até agora aconteceu. Não esperem todavia, conclusões irrefutáveis, pois ela não pode oferecer."

Um segundo aspecto que merece relevo, refere-se à abdução como uma lógica viva de abertura à criatividade no raciocínio jurídico. Aqui, ressalta-se a dimensão estético-imaginativa, capaz de conduzir a uma analogia entre Arte e Direito, tema que já fora, inclusive, objeto de reflexão na arquitetura concebida por Peirce. Douglas R. Anderson, estudioso da obra de Peirce, assinala que o método pragmático deste filósofo é capaz de articular a sua visão cosmológica à fenomenológica com o propósito de demonstrar que suas ideias acerca do evolucionismo não são incompatíveis com a criatividade humana.

Ressalto, ainda, uma outra característica não menos relevante da lógica da abdução; aquela que diz respeito à sua dimensão

interdisciplinar. Sua virtude decorre fundamentalmente de dois pressupostos: a amplitude de sua abrangência, compatível com diferentes áreas do conhecimento e, não menos relevante, a sua capacidade de enriquecer e inovar o raciocínio jurídico, libertando-o do “Leito de Procusto” da lógica silogística do senso comum da prática forense. Ademais, a abdução representa uma genuína alternativa ao formalismo jurídico, cego à análise das “consequências práticas concebíveis”, na expressão utilizada pelo próprio Peirce. Sua capacidade iluminativa possibilita, assim, penetrar a obscuridade do mundo jurídico para, usando o título de um dos seus mais famosos *papers*, demonstrar: *How to Make our Ideas Clear*.

Em função da própria natureza da lógica da abdução na investigação das consequências percebe-se a sua fertilidade para aplicação a ramos mais proeminentes do estudo interdisciplinar do Direito, na atualidade, que desenvolve análises sobre os efeitos da decisão jurídica.

A referência acima serve para ilustrar a oportunidade que a abdução oferece para o aprimoramento metodológico dos diversos ramos do Direito, seja o Direito Material, seja o Processual. Em outros trabalhos publicados, escrito em coautoria com Flavianne, na coletânea “Príncipes e Pretores” trouxemos à colação um caso concreto, analisado à luz dessa proposta metodológica, no qual se oportunizou uma análise inteligente das consequências práticas concebíveis na decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da exigibilidade do exame da Ordem dos Advogados (OAB) para o exercício da atividade advocatícia; como também revisitamos decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, utilizando o método do Pragmatismo de Peirce e Dewey aplicado ao Direito.

Recife, 20 de abril de 2023.

### **George Browne Rego**

Professor Emérito e Titular da Universidade Federal de Pernambuco  
Professor Visitante da Universidade de Oxford, Londres e Frankfurt

## Segundo prefácio à obra

Professor Flavianna has made an important contribution to understanding pragmatism and through its historical roots in the writing of Charles Sanders Peirce. Peirce was a contemporary and friend of Oliver Wendell Holmes Jr, later Justice of the Supreme Court. The two men discussed philosophy and logic in the 1870s in an informal group later called the “Metaphysical Club”. Holmes had experienced armed conflict in the American Civil War, and brought insights from that experience to the formation of a pragmatic logic.

Peirce’s formulation of the knowledge process was his famous progress from doubt to belief, and Holmes added the experience of conflict to that general formula. We find this formulation applied to law in essays Holmes wrote in the early 1870s. Later in his career he famously said that “general propositions do not decide concrete cases”. He saw that settlement of disputes in the law was a process requiring careful attention to gradual stages in a hoped for process of consensual resolution. Early cases required close attention to particular detail, blocking the intrusion of values or general principles, in order to facilitate a later convergence between opposing points of view that often represented larger conflicts in society.

The process of convergence implies more than a cognitive dimension. There must also be a convergence of communal action. Resolution of an uncertain case required revising an actual context of social action, when a larger problem was contained within the specific dispute. The phrase “be pragmatic” by itself does not suggest the difficulty that judges face of resolving a complex particular case. Applied to law, pragmatism is an attitude grounded in understanding how prior experience has succeed or failed. An attention to immediate consequences alone, ignoring the epistemological and methodological grounds provided by Pragmatism, can be insufficient.

Understanding this early history and classical pragmatic theory is useful in applying the lessons of pragmatism to contemporary law and judicial policy. Professor Flavianne’s book will be a fundamental resource for Brazilian judges, lawyers and legal theorists.

Washington DC, 27 October 2024.

**Frederic R. Kellogg**

Graduated from Harvard College (1964) and Harvard Law School (1968). S.J.D. from George Washington University (1983). Fulbright Visiting Professor at the Federal University of Pernambuco (2008). Sir Neil MacCormick Fellow at the University of Edinburgh, Scotland (2009). Research Scholar at the George Washington University, USA. Cofounder of the Center for Law and Pragmatism in Recife, Brazil

## Introdução

### Proposta pragmatista para o Direito e organização do livro

Este livro se propõe a investigar as possibilidades de contribuição do Pragmatismo Filosófico de Peirce para o Direito. Uma nuance específica de seu Pragmatismo, qual seja, o raciocínio abduutivo, é trazido como aplicação promissora para o processo da realização da decisão judicial, focalizado no contexto da descoberta. Esse âmbito de aplicabilidade tem sua explicação explorada na primeira parte do trabalho (PARTE 1), em que o leitor é alertado acerca da primeira limitação fundamental do raciocínio por abdução: ele é um modo de inferência que não se presta a dar racionalidade à decisão e por isso não tem lugar no contexto de justificação.

Ainda na PARTE 1, trata-se de como se pretende combinar Direito e Pragmatismo neste livro e o seu porquê. É mostrado que tentativas de aproximar Direito com Pragmatismo surgiram até mesmo com o próprio florescimento do pensamento filosófico pragmatista, a partir do Clube Metafísico. Este grupo, segundo Murphey (1993, p. 20-30), era composto pela nata pensante dos que estudaram em Harvard no final do séc. XIX. À exceção de James, que veio de fora, era integrado por juristas. Entre eles se destaca o advogado St. John

Green, que é tido por Peirce como o avô do Pragmatismo. Os *insights* e inquietações de Green, suscitados a partir de seu trabalho com o Direito, acabaram por colaborar para a construção posterior de um Pragmatismo Filosófico mais sofisticado, a exemplo das construções de Peirce sobre o método pragmatista e sua lógica da investigação. Nessa PARTE 1 a abdução é, então, proposta como um método para o Pragmatismo Jurídico.

Na PARTE 2, é mostrado como se operacionaliza o raciocínio abduutivo de Peirce. São usados exemplos e já apontadas aproximações com o Direito para que o leitor se familiarize com o vocabulário quando for tratada sua aplicação, especificamente na PARTE 3. Assim, na segunda parte, conceitos pragmatistas fundamentais são abordados para a compreensão do que seja abdução, bem como sua origem e seu ponto de conexão com a proposta original de Aristóteles. Peirce descobre que Aristóteles teve seu texto (a parte relativa à abdução) corrompido por um de seus tradutores do grego. A abdução já aparecia em Aristóteles e dela Peirce extrai inspiração; mas é só com Peirce que a abdução vai ser reconhecida como inferência e *insight*. Importa a PARTE 2 para ter claras concepções próprias do Pragmatismo de Peirce, como crença, dúvida, imaginação, inferência, entre outros.

A PARTE 3 trata da contribuição do Pragmatismo de Peirce para o Direito. É abordado o modo como a abdução pode operar como processo de inferência fecundo no contexto da descoberta da decisão jurídica. Neste também são explorados os riscos de subversão que o uso inadvertido da abdução pode acarretar, sem o conhecimento dos pressupostos do pragmatismo de Peirce; bem como confusões que ele possa envolver.

Ao final, têm-se as considerações finais, com a retomada, de modo condensado, dos principais pontos desenvolvidos no livro e a pontuação das possibilidades de contribuição da abdução para o Direito.

A bibliografia usada é citada ao longo do texto, através da referência bibliografia completa autor data de acordo com o edital da 22/2022 da PROGRAD. O Itálico foi utilizado para expressões estrangeiras e palavras em latim, bem como para realçar determinadas expressões ao longo do texto.

1.

## Como combinar abdução e Direito

### Do Pragmatismo de Peirce à abdução para o Direito

Ao se investigar as possibilidades de contribuição do Pragmatismo para a compreensão e aperfeiçoamento do processo de aplicação do Direito, a inferência abdutiva, apresentada nos escritos de Charles Sanders Peirce, é proposta neste livro como uma fecunda plataforma de raciocínio a colaborar com o operador jurídico no contexto da descoberta.

Dessa sorte, o Pragmatismo que se pretende trabalhar é o de Charles Sanders Peirce, o qual é apontado como pai desse movimento filosófico. Este Pragmatismo teve lugar a partir dos debates no Clube Metafísico que floresceu em Cambridge, nos Estados Unidos, no final século XIX (MURPHEY, 1993, p. 25). Uma nuance específica de seu Pragmatismo Filosófico a envolver as propriedades do raciocínio abduutivo, como forma de operacionalização do método pragmatista, é trazida ao Direito para a reflexão sobre o momento de tomada da decisão jurídica.

Não se pretende aqui fundar uma Filosofia do Direito de base pragmatista, mas usar as ideias da Filosofia Pragmatista de Charles Sanders Peirce, substancialmente, como um método para o Direito.

Nas palavras de William James, que popularizou esta filosofia, o Pragmatismo é primeiramente “um método de assentar disputas metafísicas que, de outro modo, se estenderiam interminavelmente” (JAMES, 1967, p. 44).

Em seu escrito de 1878, *How to make our ideas clear*, publicado inicialmente no periódico *Popular Science Monthly*, o próprio Peirce evidencia que o Pragmatismo é antes de tudo um método para tornar nossas ideias claras. Segundo ele, nada novo pode ser aprendido apenas analisando definições (PEIRCE, 1955, p. 31)<sup>1</sup>. Isso implica que, se a distinção não for operada na prática, não tem sentido ser estabelecida na abstração. Tanto Peirce quanto James encaram o pragmatismo como um método (uma forma de abordar questões filosóficas tendo em consideração as consequências práticas) e não como um corpo de uma doutrina filosófica (POGREBINSCHI, 2005, p. 81).

Ainda nesse ensaio elabora sua crítica ao método cartesiano de Descartes, e anuncia a famosa máxima pragmatista segundo a qual, para tornar claro o pensamento sobre determinado objeto, é preciso considerar os efeitos concebíveis de natureza prática que o objeto pode envolver. A concepção desses efeitos é a concepção do próprio objeto (DEWEY, 2004, p. 56). Assim, o significado de um conceito é investigado pelas suas consequências práticas futuras.

A atenção às consequências concebíveis (futuro) anunciada por Peirce, está presente também nos estudos de John Dewey (1968, p. 121), que aborda a inteligência sob a óptica pragmatista, como um agir criativo que dirige seu olhar para o futuro (*forward-looking*). A inteligência segundo Dewey não é algo que se vem a possuir de uma vez por todas. Ela é um contínuo processo de formação e sua conservação requer constante alerta na observação das consequências. Envolve, ainda, um espírito compreensivo empenhado em aprender, bem como uma coragem decidida a promover reajustamentos (DEWEY, 2004, p. 54)<sup>2</sup>.

---

1 “Consider what effects, that might conceivably have practical bearings, we conceive the object of our conception to have.”

2 “We use our past experiences to construct new and better ones in the future. The very fact of experiences thus include the process by which it directs itself in its own betterment.”

Por focar no futuro é que o Pragmatismo de Peirce incorpora também a ideia de falibilidade. A soma de todos os resultados previsíveis constitui o significado de um conceito geral, o qual é falível. Isso decorre em função de o pragmatismo assumir que o número de consequências práticas é indefinido e o conhecimento jamais é absoluto, sendo um *continuum* de incerteza e indeterminação. Peirce não pretende oferecer um método para determinar o significado definitivo ou exato de algum conceito ou objeto (REALE, 2006, p. 83)<sup>3</sup>. Trabalha, diversamente, com a abertura para a possibilidade de aprimoramento ulterior. Essa concepção de Peirce é encontrada em Dewey (HAACK, 1977, p. 63-83), quando este esclarece que a ideia de melhoramento contínuo é ínsita à própria concepção do que seja experiência, cuja característica é se dirigir sempre em busca de seu aperfeiçoamento.

O pressuposto da falibilidade é imanente ao Pragmatismo de Peirce. O próprio Popper credits a Peirce o fato de ter cunhado pela primeira vez a expressão falibilidade na Filosofia da Ciência (PEIRCE, 1955; POPPER, 2000, p. 41)<sup>4</sup>. Em artigo publicado em 1877 (REGO, 2003, p. 240), Susan Haack, estudiosa do pensamento filosófico pragmatista na atualidade e também professora de Direito, aponta Peirce e Popper como dois expoentes falibilistas em contraste ao caráter fundacionista das epistemologias anteriores a eles. No caso de Peirce, a oposição é dirigida a Descartes; e, em Popper, aos positivistas lógicos. Ambos, guardadas as devidas distinções (PEIRCE, 1983, p. 71), assumem uma posição dinâmica e se preocupam com a ciência como um processo de conhecimento. Peirce encara a ciência como uma entidade viva e histórica e, assim, admite não existirem leis exatas e

---

3 Segundo Giovanni Reale é o próprio Popper, teórico por excelência do falibilismo no nosso século, que afirma “Essa expressão (falibilismo) pelo que eu saiba, encontra-se pela primeira vez em Charles Sanders Peirce”.

4 Em Peirce a sua máxima pragmatista, enunciada no artigo *How to make our ideas clear* distingue o que tem significado do que não tem significado, enquanto o critério da falseabilidade (falsificação) de Popper é usado para distinguir ciência da pseudo-ciência, a qual denomina também de metafísica. Apesar de segundo Susan Haack ambos serem falibilistas, suas preocupações filosóficas são distintas. Peirce não está preocupado em criar um critério demarcatório do que seja ciência, estando primeiramente envolvido com a verdade do processo de investigação, que envolve noções de dúvida e crença no sentido pragmatista.

universais das quais se possa esperar um conhecimento compreensivo preciso e completo.

A noção de falibilidade já tem o germen em seu primeiro artigo, *The Fixation of Belief*, publicado em 1877, quando aborda sob a ótica pragmatista conceitos de dúvida e crença<sup>5</sup>. Ambos interagem e têm um papel relevante na teoria da investigação de Peirce.

A dúvida pragmatista não é a dúvida de papel ou a fingida na abstração. Para Peirce, esta última não passaria de mera simulação. Segundo ele, não se pode duvidar em filosofia daquilo que os nossos próprios corações não são capazes de duvidar (PEIRCE, 2003c, p. 232). Assim, em oposição à dúvida simulada, haveria a chamada dúvida genuína (pragmatista) que instiga, inquieta e impulsiona o processo de investigação. A crença integra também esse processo, pois é a partir dela que se constitui o hábito de ação. O objetivo da pesquisa (investigação) é a fixação de crenças. A dúvida é o estado de incômodo que motiva a busca para o estabelecimento de um novo hábito ou crença.

No artigo supracitado de Peirce, os métodos da tenacidade, da autoridade e o método *a priori* para a fixação da crença são criticados. Nenhum desses três métodos se compatibiliza com qualquer procedimento que lide com a falha e o estabelecimento do hábito de autocorreção contínua (POPPER, 2000, p. 29-30)<sup>6</sup>, porque eles não admitem a falibilidade da crença. Nesse sentido, em oposição a esses três, Peirce propõe o método científico para a fixação da crença, cujo ponto de partida estaria assentado no raciocínio abduutivo, o

---

5 Em tópico específico cada um desses três métodos será abordado.

6 As inferências propriamente ditas seriam aquelas do tipo da lógica dedutiva a compor um enunciado analítico e tautológico. Reichenbach aponta, todavia, a importância do princípio da indução como um processo de inferência para a Ciência e a vida cotidiana do homem. Popper, noutro sentido, alerta para os problemas de um indutivismo ingênuo e o risco de a indução conduzir a incoerências lógicas e falácias no conhecimento científico. Critica a tentativa de Kant em justificar a indução como um enunciado sintético, válido *a priori*, o qual aponta como um estratagema engenhoso, mas que não resolve os problemas ocasionados pelo uso da indução. O maior problema da indução como inferência, segundo Popper, é a questão da probabilidade, pois a inferência provável ou a lógica da probabilidade conduz ou a uma regressão infinita ou à doutrina do apriorismo.

qual oportunizaria a falibilidade, continuidade e a iberdade no processo de investigação, que os outros três primeiros métodos tolham.

Assim, é possível inferir que a abdução, também mencionada por Peirce através dos nomes hipótese e retrodução, consubstancia e operacionaliza seu método pragmatista. Este, todavia, não se limita àquela, uma vez que Peirce não descarta o raciocínio por dedução e indução como integrante do processo investigativo; mas enfatiza a abdução como a primeira etapa da investigação científica. O próprio Peirce alerta que, caso seu leitor examine sua proposta filosófica com cuidado, verá que o Pragmatismo não é nada mais que a lógica da abdução (PEIRCE, 2003c, p. 232-239).

Segundo Peirce, a sugestão abdutiva (hipótese) advém de um lampejo e consiste numa introvisão (*insight*) que pode ser falível. O raciocínio abductivo não é, todavia, aleatório, pois é gerado por uma inquietação, estado de dúvida que motiva a investigação e leva o pesquisador a lançar hipóteses audaciosas e criativas. A originalidade de Peirce está em compatibilizar no raciocínio abductivo a característica de ser ao mesmo tempo uma inferência e um *insight*. Isso é uma novidade, porque esses dois elementos são apresentados como excludentes na tradição racionalista da lógica da ciência, em que a dedução aparece como o processo de inferência por natureza. No máximo, o raciocínio do tipo por indução poderia ser admitido, nessa tradição, como um processo de inferência apropriado para a descoberta de hipóteses ou criação de conhecimento novo (PEIRCE, 2003c, p. 293).

Peirce inova ao propor a abdução como processo de inferência, quando esta é genuinamente um *insight* a agregar o elemento psicológico – este último tão expurgado pelos lógicos. Nesse sentido, quando se fala em abdução se está a tratar de uma lógica pragmatista de natureza peculiar, em que uma introvisão criativa aparece também como um processo de inferência. A abdução favorece o pensamento prospectivo para o futuro.

Essa natureza da abdução se coaduna com a proposta filosófica de Peirce, na qual o Pragmatismo se presta a duas funções essenciais: 1. desembaraçar as ideias obscuras; e 2. ajudar a tornar distintas duas ideias fundamentalmente claras. E se a máxima pragmatista está

assentada na ideia de que a concepção é a concepção dos efeitos práticos concebíveis, isso implica que a concepção tem um alcance para além da prática, podendo estar situada na imaginação (FEIBLEMAN, 1943, p. 98-109).

Desse modo, o exercício de lançar hipóteses e conjecturas sobre consequências futuras, realizado através do emprego do raciocínio abduutivo, pode também envolver a concepção do objeto. A abdução é um processo criativo de inferência, que permite voos da imaginação para prever consequências futuras; não apenas as mais óbvias, mas também as possibilidades mais amplas e de longo alcance.

Importa destacar, ademais, que para Peirce o significado racional de toda proposição está no futuro. Isso porque a forma pela qual a proposição da mente pode ser aplicada à conduta humana é na situação de autocontrole. Por essa razão o que interessa para o Pragmatismo é o significado situado no futuro, pois é exatamente a conduta futura, a única conduta humana que está sujeita ao autocontrole (POGREBINSCHI, 2005, p. 24). Peirce reconhece, todavia, que o homem baseia sua conduta em fatos passados já conhecidos; mas sobre eles, o máximo que se pode fazer é exercer a memória. Somente sobre fatos futuros é que o controle pode ser exercido (MURPHEY, 1993, p. 25)<sup>7</sup>.

Em resumo, é possível perceber como a abdução permeia o Pragmatismo de Peirce. Pontue-se, todavia, que essas ideias, substanciadas no raciocínio abduutivo, foram características da contribuição de Peirce e não de outros pragmatistas. O movimento filosófico desencadeado a partir dos debates do Clube Metafísico de Boston, fundado na década de 1860 por Peirce, nos Estados Unidos, que deu origem ao Pragmatismo, é resultado da contribuição de especialistas com formação em diferentes áreas do conhecimento. O próprio surgimento do Pragmatismo conviveu com um pluralismo interno, apesar de agregar algumas ideias em comum, a citar: o antifundacionismo, o consequencialismo e o contextualismo (WESEP, 1966, p. 408).

---

7 Entre os que se encontravam na periferia do Clube Metafísico de Boston tem-se Frank Abbot, John c. Gray, William Montague, Henry Putnam e Francis Peaboy.

Entre os integrantes do núcleo deste clube metafísico destacam-se três homens de laboratório (Charles S. Peirce, Chauncey Wright e William James), três advogados (John Green, Oliver w. Holmes e Joseph Warner) e um evolucionista (Fiske). Do grupo alargado, há notícia de mais seis advogados, três cientistas e dois teólogos (MURPHEY, 1993, p. 95)<sup>8</sup>.

O posto de pai do Pragmatismo Filosófico é creditado a Peirce, cujas primeiras publicações datam de 1877, mesmo tendo o Pragmatismo só alcançado divulgação efetiva 20 anos mais tarde, com os trabalhos do psicólogo William James (WESEF, 1966, p. 408). Este último foi bastante influenciado por Peirce, mas desenvolveu sua nuance própria do Pragmatismo Filosófico, explorando-o em campos como psicologia, moral e religião.

Ironicamente, apesar de fundador do movimento filosófico do Pragmatismo, Peirce só teve suas obras amplamente publicadas postumamente pela Universidade de Harvard, em uma coletânea de 8 volumes, que ficou conhecida por *Collected Papers*. Em nenhum desses trabalhos tratou da aplicação específica do Pragmatismo ao Direito, muito menos do raciocínio abduutivo para o meio jurídico. Peirce, todavia, além de apontar a riqueza do Pragmatismo para dar luz e vida a áreas do conhecimento como cosmologia e física, vislumbrou como poderosa e positiva a aplicação do Pragmatismo ao campo da moral, bem como a outros ramos que não são facilmente classificáveis (PEIRCE, 2003, p. 291).

Apesar de Peirce não ter desenvolvido um método filosófico ou de investigação voltado para o Direito, ele sofreu influência do jurista Nicholas St. John Green, a quem Peirce se refere como avô do Pragmatismo. Ele aponta St. John Green como um advogado muito talentoso e erudito, de inteligência extraordinariamente vigorosa e discípulo de Jeremy Bentham. Concretamente Peirce destaca a importância de St. J. Green por ter insistido na ideia de Alexander Bain, expressa no livro *The Emotion and the Will*, de 1870, de que a crença é aquilo que prepara o homem para agir e serve de fundamento para

---

8 Entre os que se encontravam na periferia do Clube Metafísico de Boston tem-se Frank Abbot, John c. Gray, William Montague, Henry Putnam e Francis Peaboy.

as ações humanas (PEIRCE, 1955a, p. 270)<sup>9</sup>. Como admite Peirce, o Pragmatismo não deixa de ser um corolário dessa definição.

Green também era contra a ideia de padrões absolutos e da infalibilidade no Direito. Como professor, defendia o emprego do método de casos. Ele pessoalmente preferia trabalhar com casos criminais e de agressões pessoais, pois lhe pareciam mais próximos do interesse humano. Foi precursor da interpretação pragmatista da jurisprudência, colocando o estudo de caso, em detrimento dos tratados, como linha de frente do Direito. Para Green, o Direito derivava de uma massa indistinta e confusa de decisões judiciais, acumuladas com o desenrolar do tempo (WESEP, 1966, p. 403). O jovem juiz Oliver W. Holmes, também partidário das ideias de Green e integrante do clube metafísico, destacava que era preciso estudar os casos concretos e que a “vida do Direito não foi lógica, mas a experiência” (HOLMES, 1881, p. 1-2)<sup>10</sup>. Holmes ficou conhecido como um dos expoentes da escola do Direito que foi denominada por Realismo Jurídico.

Green pensou também a história como uma perspectiva importante a ser considerada no Direito. Para ele, as regras de direito, ou melhor, normas jurídicas, são indutivamente corroboradas pelo precedente judicial estudado historicamente. Ele, todavia, rejeitou forçar a história em esquemas *a priori*, pois compreendia tal atitude ser uma tendência metafísica. Suas ideias para o Direito abriram caminho para o desenvolvimento de um método sociológico, empírico e pluralístico, depois formulados por Peirce, James e outros integrantes do Pragmatismo Filosófico (WIENER, 1949, p. 156). Essa consideração acerca da história permitiu ao Pragmatismo desenvolver uma abordagem contextualista para reivindicar atenção às crenças políticas, religiosas, científica, à cultura etc., em que a experiência seria o mais abrangente dos contextos (POGREBINSCHI, 2005, p. 49)<sup>11</sup>.

---

9 “Nicholas St. John Green was one of the most interested fellows, a skillful lawyer and a learned one, a disciple of Jeremy Bentham. [...] In particular, he often urged the importance of applying Bain’s definition of belief, as ‘that upon which a man is prepared to act’. From this definition, pragmatism is scarce more than a corollary; so I am disposed to think of him as the grandfather of pragmatism”. PEIRCE, Charles Sanders.

10 “The life of the law has not been logic: it has been experience”.

11 A identificação do contexto como a experiência está expressamente presente na ideia de Dewey; mas a prática como principal elemento constitutivo da experiência é uma ideia co-

Nenhum destes dois juristas (St. John Green e Oliver Holmes), apesar da inspiração pragmatista em seus pensamentos, combinou o Direito com Pragmatismo a partir da aplicação do raciocínio abduutivo inaugurado por Peirce. Capturaram algumas nuances específicas do pragmatismo, em especial a crítica à metafísica e padrões *a priori*, bem como as influências do progresso científico à época com o evolucionismo de Darwin, para construir suas próprias doutrinas jurídicas. Thomas Gray (GREY, 1989, p. 787) afirma, por exemplo, que Holmes, sabia muito pouco sobre as ideias de Peirce, não as conhecendo em profundidade, apesar de frequentarem o mesmo grupo de discussão. Além do mais, criticava bastante a variante do Pragmatismo de James, alegando que, se esta fosse verdadeira seria muito bonita; mas não acreditava que assim fosse. Academicamente Holmes revela sua admiração ao trabalho de Dewey, sem pontuar, todavia, de modo claro em que aspecto o admirava.

Essa atitude de Holmes, em relação a James, interessa para ilustrar as pontuações feitas por Merton (1979, p. 71-72), em sua literatura sobre a história da ciência, acerca da empolgação de James com Pragmatismo, a qual identifica como Síndrome da Eureka. Esta última tem lugar quando o cientista é tomado pelo deslumbramento de sua descoberta e desencadeia uma conduta que pode ser perigosa, especialmente por privilegiar sobremaneira a prioridade da conquista do resultado e se fechar contra ameaças que venham negar a novidade alcançada. Segundo relato de Merton, James ficou completamente radiante com a ideia de pragmatismo e dificilmente disposto a conter seu contentamento com a descoberta.

Dessa sorte, a postura a ser adotada pelo observador, como pesquisador, é a de atuar com um certo distanciamento de seu objeto de estudo, num grau suficiente para que possa antecipar ao máximo as críticas que podem ser apresentadas ao trabalho realizado (MERTON, 1979, p. 71-72). E, assim, ser um autocrítico de sua tese. A tensão entre a dedicação e o distanciamento pode se apresentar produtiva,

---

num, presente na maioria dos Pragmatistas, inclusive Peirce, cuja ideia de crença remete ao contextualismo.

especialmente quando através de uma atitude cética, o pesquisador está sempre aberto a falsificar suas ideias mais engajadas, bem como as descobertas aparentes.

Compreender o processo da tomada de decisão do juiz a partir do referencial pragmatista, fundado por Peirce pelo raciocínio abduutivo, é a proposta deste livro. Mesmo tendo como foco a abdução de Peirce, a pesquisa não descarta a contribuição de outros Pragmatistas que integram a chamada versão clássica, a destacar William James e John Dewey, Oliver Wendell Holmes, Benjamin Cardozo e Roscoe Pound, naquilo em que convergirem. Como alertado anteriormente, apesar de o Pragmatismo ser identificado como pensamento filosófico comum, ele é eminentemente plural, pois internamente cada autor acabou por explorar determinada perspectiva do Pragmatismo de modo diferenciado. Os três últimos, por exemplo, foram juristas, e apesar de aplicarem pressupostos pragmatistas ao Direito, não chegaram a tratar da abdução de Peirce. Diversamente, John Dewey, não-jurista, cujo Pragmatismo era voltado a temas ligado à educação, experiência e democracia, escreveu artigo (DEWEY, 1924. p. 560-572), publicado em 1924, sobre o Método Lógico e o Direito, no qual parece aproximar a ideia do raciocínio abduutivo e Direito, apesar de não mencionar expressamente ou se referir ao termo peirceano abdução.

Associar Pragmatismo e Direito é uma ideia antiga, que pode ser encontrada desde a origem do Pragmatismo Filosófico norte-americano, passando pelo Realismo Jurídico, até as versões mais recentes do Pragmatismo Jurídico. De outra maneira, associar abdução e Direito é uma proposta nova, ainda incipiente no meio jurídico.

Kaufmann (2004, p. 118), em sua Filosofia do Direito<sup>12</sup>, alerta que futuramente deve a metodologia jurídica prestar maior atenção à abdução. Assinala, todavia, que não se deve desta esperar conclusões irrefutáveis, pois que este tipo de inferência não as pode oferecer. A abdução apenas sugere o que pode ser, e não o que deve ser ou o que é. É juízo sintético, probabilístico, não apodíctico. Ter em mente as

---

12 Kaufmann não é pragmatista, sua metodologia jurídica é proposta a partir da analogia e não da abdução. Mesmo assim o autor reconhece o papel que a abdução pode representar se aplicado à ciência jurídica.

limitações da abdução para o Direito, e onde ela pode se apresentar como campo fértil para o jurista, é fundamental para que não se crie uma artificialidade que desvirtue a proposta pragmatista inicial de Peirce. A primeira delas é que a abdução só se presta a ser analisada no contexto da descoberta. Posteriormente, compreender-se-á essa restrição estabelecida pelo pesquisador.

### Abdução: um método para o Pragmatismo jurídico

Quando se está a falar em Direito, a abdução pode ser associada à ideia de uma Lógica das Consequências, pois vai dar significado à decisão a partir da investigação de seus efeitos na realidade. Se aplicada ao Direito, ter-se-ia que seu ponto de partida não poderia ser a norma jurídica posta previamente; mas uma dúvida genuína, no sentido dado por Peirce, proveniente da realidade que o instiga a pensar para o futuro e, assim, propor hipóteses e desencadear o raciocínio abduutivo criativo.

Atente-se, mais uma vez, que a palavra lógica quando associada à abdução, adquire um sentido próprio que o Pragmatismo lhe imprime, em oposição à concepção que identifica lógica ao silogismo dedutivo. Esta última corresponderia ao que Dewey (1924, p. 571) chamou de Lógica dos Antecedentes, em 1924. Segundo ele o silogismo dedutivo tem exercido grande influência na aplicação do Direito; mas como seu propósito é a rígida demonstração, e não a investigação ou descoberta, esse silogismo não serve para decidir, apenas para justificar o que foi decidido previamente pelo juiz. Uma lógica de formas fixas não incorpora o método capaz de alcançar decisões inteligentes em situações concretas, nem mesmo um método hábil para ajustar disputas em torno da garantia de interesses e questões públicas.

Esse método inteligente a que Dewey se refere é o próprio método do Pragmatismo, o qual denomina ora como Lógica Experimental ou Lógica dos Consequentes. Apesar de não citar ou mencionar Peirce neste escrito, essa lógica corresponderia à operacionalização do raciocínio abduutivo para área do conhecimento do Direito. A abdução possui as mesmas propriedades que Dewey reclama para o Direito através de sua proposta, qual seja: a ideia de que o processo de decisão

jurídica opera por uma lógica da investigação, em que o julgador decide com base nas consequências dessa decisão (BRION, 2003, p. 264). É uma lógica pela qual a decisão é alcançada; envolve uma lógica de predição, probabilística, voltada para o futuro.

Adiante-se que a abdução não se compatibiliza com as formas lógicas do raciocínio, a citar o silogismo dedutivo, que reproduzem inferências isentas de qualquer elemento inconsciente ou psicológico do homem. Esta última característica é inerente e sempre presente no indivíduo, mesmo que de modo vago ou obscuro, em alegrias, angústias, valorações etc. Na crítica que faz ao cartesianismo, Peirce já apresenta a ilusão que é se pensar na elaboração de um raciocínio despido de preconceitos (SANTAELLA, 2004, p. 35). Especialmente por não desprezar esses elementos subconscientes da decisão, que, aos olhos da racionalidade jurídica, restam não-ditos, é que a abdução encontra no Direito um fecundo campo de aplicação.

Os juristas Holmes, Pound e Cardozo pontuaram também o caráter ilusório que envolve trabalhar com o silogismo dedutivo no Direito, mesmo não tratando especificamente da abdução como método alternativo. Ninguém mais que o próprio Benjamin Cardozo (1978, p. 46), integrante da chamada sociologia jurídica, tinha consciência de que sua teoria era, em primeiro lugar, um programa e uma promessa que ainda estava por amadurecer, pendente de um método capaz de clarear sua proposta pragmatista e de conduzir o trabalho de juízes e advogados. Parafraseando Holmes, Cardozo traz a discussão acerca da aversão de o juiz pesar e ponderar consequências de vantagem social na sua sentença. Assinala ainda que os Tribunais não revelam as motivações de suas decisões, as quais são raramente confessadas explicitamente. Segundo ele, “o resultado que se tem na sentença é um amálgama, cujos ingredientes eram desconhecidos ou foram esquecidos” (CARDOZO, 1978, p. 121-122).

Consoante Holmes, a atuação do juiz consiste frequentemente em deixar o próprio fundamento e a razão do julgamento inarticulados; e muitas vezes inconscientes. Essa é a raiz de todo o procedimento judicial, já que é possível dar uma forma lógica a qualquer sentença ou conclusão. Destaque-se que a palavra lógica

em Holmes é equivalente ao sentido de silogismo dedutivo. Desse modo, pontua ele que “a linguagem da decisão jurídica é sobretudo a linguagem da lógica” (HOLMES, 2002, p. 431). A adoção desse método silogístico tem se justificado pela suposta garantia da certeza e segurança jurídica, que para Holmes não passa de ilusória, pois não acredita o estado de repouso ser o destino do homem.

Dewey, por sua vez, argumenta no mesmo sentido de Holmes, criticando a utilização do silogismo em nome da segurança jurídica. Reconhece que os Tribunais não realizam apenas o processo de chegar à decisão jurídica, mas também as expõem. Em função disso é que precisam justificar como chegaram àquele resultado nas suas sentenças (DEWEY, 1924, p. 568). E a lógica da exposição da decisão é diferente da lógica da investigação para tomada da decisão. A primeira poderia ser associada ao silogismo dedutivo e a segunda ao método pragmatista, ou à abdução de Peirce.

Dessa sorte, Dewey aborda a existência de uma grande tentação dos juízes a utilizar uma estrutura mecânica e abstrata de modo a aproximar a decisão de um modelo mais objetivo, impessoal e racional; excluindo quaisquer resquícios de elementos pessoais e locais na decisão. Dewey enfatiza que a tentação dos julgadores é abandonar a lógica viva que efetivamente o conduziu à conclusão e substituí-la por formas do discurso (lógicas como a do silogismo dedutivo) que são mais rigorosas na aparência e dão a ilusão de certeza. Essa lógica viva a que Dewey se refere é a Lógica dos Consequentes, que consubstancia a inferência abductiva peirceana. Em nome de uma estabilidade e regularidade no Direito, os juízes acabam privilegiando o que ele chama de certeza teórica (*theoretical certainty*), em detrimento de uma certeza prática (*practical certainty*) (DEWEY, 1924, p. 569).

Nesse sentido, Dewey compreende que a aplicação do silogismo pretende uma regularidade e uma certeza jurídica que acredita não existirem na prática. O que acaba ocorrendo é o inverso: aumenta a incerteza prática e a instabilidade social, uma vez que as circunstâncias de cada caso concreto a ser decidido são novas e nem sempre cobertas pelas regras antigas. Dewey, além de apresentar sua crítica ao silogismo, propõe a adoção de uma lógica relativa mais às

consequências do que às premissas; uma lógica que foque mais na predição do que na demonstração de certezas (DEWEY, 1924, p. 571)<sup>13</sup>.

A expressão, na literatura jurídica, de Realismo Jurídico, Jurisprudência Sociológica ou mesmo Sociologia Jurídica, normalmente remete ao movimento norte-americano na esfera jurídica, especialmente no século xx, confinado ao período entre guerras e tendo como seus expoentes Holmes e Cardozo. Segundo Giovanni Tarello (1962, p. 170), o elemento agregador para identificar o realismo jurídico é a crítica que este movimento faz ao método silogístico dedutivo e a rejeição da indução, que é tida como uma inferência transcendental e não se presta a decidir. Para ele a adoção do chamado método prático caracteriza o realismo jurídico. No entanto, a fraqueza do realismo jurídico, segundo Richard Posner (1991, p. 30)<sup>14</sup>, é exatamente a ausência de um método. Essa pontuação de Posner é pertinente, pois os realistas *sabiam o que fazer* – pensar através dos efeitos, não se ater a palavras abstratas, tentar antecipar as consequências das doutrinas jurídicas, ponderar acerca de políticas conflitantes etc. – *mas não sabiam como fazer*. O método prático a que Tarello se refere existia muito mais como uma promessa e desejo de tê-lo como objetivo alcançado; o que faz aproximar, às vezes, as propostas dos realistas com a de um projeto ideológico.

O Realismo Jurídico envolvia, primariamente, uma visão instrumental do Direito. Para algumas versões recentes do que se denomina Pragmatismo Jurídico, Holmes, Pound e outros expoentes foram precursores primitivos e confusos do que hoje é o instrumentalismo jurídico (GREY, 1989, p. 789). Este último apresenta recursos metodológicos mais sofisticados na análise das consequências, representado pelas abordagens dos ramos como Direito e Economia (*Law and Economics*)<sup>15</sup> (COOTER; ULEN, 2004, p. 3), Teoria da Escolha

---

13 “... there must be adopted a logic relative to consequences rather than to premises”.

14 “Another great weakness of legal realism was the lack of method”.

15 O ramo *Law and Economics* seria melhor trazido por Análise Econômica do Direito, em que o Direito é o objeto de estudo e a Economia entra como recurso metodológico para compreensão de problemas jurídicos. A aproximação da economia, especialmente através de sua metodologia que é voltada para os efeitos permite aproximar essa abordagem da versão pragmatista, em especial pelas possibilidades de se mensurar ou simular as con-

Pública (*Public Choice Theory*) e Estudos Jurídicos Críticos (*Critical Legal Studies*).

Segundo Posner (1991, p. 30), o Pragmatismo Filosófico americano de Peirce, Dewey, James e Mead inspirou trabalhos de juristas como Holmes, John Grey e Cardozo, além dos que, à época, se autointitularam realistas jurídicos como Jerome Frank, William Douglas, Karl Llewellyn, Felix Cohen e Max Radin. Os ensaios de Dewey sobre o Direito também podem ser inseridos nesse grupo. Após a segunda guerra mundial, os trabalhos no Pragmatismo Filosófico e no Realismo Jurídico expiraram, sendo sucedidos pelo positivismo lógico e a filosofia analítica. Só em 1960, com o declínio do positivismo lógico, o Pragmatismo tem lugar novamente, através dos trabalhos de Richard Rorty na Filosofia e em 1970 no Direito com as propostas do *Critical Legal Studies*<sup>16</sup> (filho radical do Realismo Jurídico). Em 1980 é que, segundo Posner, as ideias do Pragmatismo voltam a ser aplicadas com mais consistência metodológica para o Direito, através do que ele denomina do neo-pragmatismo jurídico, no qual além de se incluir, aponta outros como Martha Minow, Thomas Grey, Daniel Farber, Philip Frickey.

A corrente do *Critical Legal Studies* (CLS) é colocada por Posner (2007, p. 331)<sup>17</sup> em oposição a estudiosos do Direito, que acreditam na interpretação como caminho a ser seguido quando se tem em mente a preservação da objetividade do Direito. O CLS seria uma proposta radical de mostrar que o caminho da argumentação não leva a lugar algum, tendo em consideração que a interpretação é indeterminada.

Denis Brion (2003, p. 229), por sua vez, revela que o grupo do *Critical Legal Studies* levantou o chamado “escândalo da abdução” para mostrar que a doutrina jurídica é indeterminada e o processo judicial serve apenas a interesses econômicos e da elite social. Dessa sorte, aproxima Direito da Política, no sentido de entender

---

seqüências de modo a contribuir para tornar claro o real significado da decisão judicial a partir dos efeitos.

16 Como representantes desse movimento pode-se citar Rogério Mangabeira Unger, Richard Bauman e John Finnis.

17 Posner cita Ronald Dworkin como um dos representantes da corrente jurídica que acreditam na interpretação como meio para se garantir a objetividade do Direito.

a linguagem jurídica como um falso discurso que ajuda a perpetuar hierarquias e manter o *status quo*. Assim, o Poder Judiciário é compreendido como uma instituição engajada sistematicamente na violação do fundamento mais basilar de Estado de Direito (*Rule of Law*), que é a igualdade de todos perante a lei. O conceito de Estado de Direito como o governo da lei e não dos homens é vazio porque impossível de realização na prática.

Essa proposta do CLS parece se aproximar ao que na Ciência Política contemporânea foi denominado por Stephen Holmes (2003, p. 23) de *Rule by Law*, em contraste com a tradicional acepção de *Rule of Law*, na qual existiria o governo da lei. *Rule by Law* ou *Rule through Law* corresponderia à situação em que há aparente cumprimento da lei, das regras formais do jogo democrático; mas na realidade este é descumprida em sua finalidade e essência. Desse modo, a regra formal aparece apenas como uma casca a justificar o suposto cumprimento de uma regra que na realidade está sendo violada, mesmo que indiretamente. Isso remete ao conceito de Estado que não é de Direito, mas que se justifica pelo Direito; ou melhor, um Estado de Direito que existe formalmente ou na abstração, mas não de fato. Stephan Holmes (2003, p. 21) quer se referir à situação, na qual a lei é usada de modo oportunístico (quando se quer) como instrumento para garantir o interesse de determinados grupos. Ou seja, a lei produz os efeitos que deveria em tese produzir quando é interesse para esse grupo que possui influência política. Esses grupos atingem primeiro seus objetivos por meio de métodos extralegais, que são, então, subsumidos dentro da legalidade; logrando, dessa sorte, o direito pretendido de acordo com seu interesse.

Importa não confundir Stephen Holmes com Oliver W. Holmes. O primeiro não é referido na literatura sobre realismo ou pragmatismo jurídico; mas é trazido aqui pelos pontos de aproximação com essa corrente de pensamento do Direito, especialmente por diferenciar, como fazem os realistas, o momento da tomada de decisão jurídica de outro que é o de sua justificação. Como cientista político, sua preocupação se cinge à repercussão no conceito de Estado de Direito, que acaba assumindo nuances distintas em função da atuação do Poder Judiciário, e à aplicação da norma jurídica ao caso concreto.

O segundo, Oliver Holmes, foi juiz da Suprema Corte Americana no século passado e integrante do realismo jurídico.

Stephen Holmes não precisou recorrer à abdução para desenvolver sua teoria acerca dos tipos de Estados de Direito. Diversamente, a abdução é trazida pelo grupo do *Critical Legal Studies*, no dizer de Denis Brain, como algo “escandaloso” para seus integrantes fazerem uma crítica radical ao formalismo e objetivismo do pensamento jurídico tradicional. Vê-se, portanto, que o CLS não chegou a operacionalizar a abdução em específico ou aplicá-la como método para o Direito; atendo-se, todavia, mais à atitude de crítica voraz ao sistema posto. Parafraseando as pontuações e Kaufmann (2004, p. 78), esse movimento ainda está muito pouco desenvolvido em termos metodológicos, mas suas posteriores pesquisas podem despertar atenção do pesquisador do Direito no futuro, principalmente se deixarem de focar exclusivamente a arena crítica e partirem para a apresentação de propostas. Caso contrário, essa corrente de pensamento do CLS corre o risco de ser compreendida mais como uma promessa ou movimento ideológico, a exemplo do que foi entendido para versões do realismo jurídico do século passado.

O Pragmatismo como método se consubstancia fundamentalmente no raciocínio abduutivo, desenvolvido por Charles S. Peirce. É a partir da abdução que se procura pensar o Direito, em substituição aos tradicionais modos de inferências que evidenciam apenas o contexto da justificação, deixando de fora parte substancial do processo decisório, que é o contexto de descoberta – o “como” a decisão é tomada.

Por estar focada na aplicação do raciocínio abduutivo para o Direito, este livro prefere utilizar a expressão Pragmatismo Jurídico e não Realismo Jurídico, nem mesmo neopragmatismo jurídico, para manter adesão à proposta de Peirce, originalmente pensada para a investigação científica. Evita-se expressões como neo-pragmatismo, que estariam ligadas a manifestações mais recentes do Pragmatismo Filosófico de Richard Rorty, Hilary Putnam, Davison, Quine, entre outros.

Quando o Pragmatismo aparecer como adjetivo neste trabalho, optar-se-á pelo matiz “pragmatista”, em substituição à expressão “pragmática” ou “prático”; apesar de os tradutores e repetidores das

ideias de Peirce utilizarem na língua portuguesa o termo “pragmático”, quando se referem a seu método. Prefere-se a tradução para o termo método “pragmatista”, pois o próprio Peirce (2003b, p. 285) revela que considerou a distinção fundamental entre *praktish* e *pragmatisch* de Kant para denominar seu pensamento filosófico de Pragmatismo. Principalmente porque, como estudioso de Kant, Peirce não poderia olvidar que esses termos se encontram tão distantes como se situados em pólos opostos na Terra, em que *praktish* remeteria a uma região de pensamento, onde nenhuma mente do tipo experimentalista poderia sentir terreno firme sobre os pés; enquanto que *pragmatisch* seria capaz de exprimir uma relação com algum propósito definido.

Em fidelidade a essa ideia inicial de Peirce, a expressão “pragmatista” é aqui usada para adjetivar tudo o que se refere ao Pragmatismo do autor. Peirce, todavia, vem depois a denominar seu pensamento filosófico de Pragmaticismo para diferenciar sua proposta de outros filósofos que se apropriaram do nome Pragmatismo e traçaram ideias distintas da sua. A razão por ter rebatizado o Pragmatismo com esse nome é pelo uso indistinto que o Pragmatismo acabou adquirindo na literatura, especialmente com a identificação com empirismo radical que ficou famoso através do psicólogo James. Peirce denuncia também a utilização do termo Pragmatismo por Ferdinand Schiller que na verdade estava procurando um nome mais atraente para o antropomorfismo em seu *Riddle of the Sphinx*. Consciente e esclarecido acerca dos abusos impiedosos que poderiam afetar a expressão Pragmatismo; Peirce decide, então, denominá-la de Pragmaticismo, pois acreditava ser esta última uma palavra suficientemente feia a salvo de raptos (2003b, p. 286). Para os objetivos deste livro, manter-se-á a denominação Pragmatismo para se referir ao pensamento de Peirce.

O raciocínio por abdução de Peirce é proposto como método para se pensar em um Pragmatismo Jurídico. É apresentado, assim, como alternativa ao processo de inferência a partir do silogismo dedutivo, comumente utilizado pela doutrina jurídica, o qual não captura o que ocorre no processo de tomada de decisão. Os realistas jurídicos, como Holmes, Cardozo e Pound, inspirados no Pragmatismo Filosófico, já

compreendam que os Tribunais decidem primeiro para depois racionalizarem uma conclusão previamente antecipada, mesmo que vagamente. Uma vez fixada a decisão, o julgador procura, então, as regras e fatos (premissas maiores e premissa menor) para compor seu raciocínio. Desse modo, o que se tem construído e presente na sentença é puramente uma justificação *ex post facto*, que expõe um pensamento censurado e não as reais motivações da decisão.

A não exposição dos motivos que conduzem à decisão judicial, não significa, todavia, hipocrisia ou desonestidade intelectual ou moral por parte do operador jurídico. Essa postura do julgador se coaduna com os modelos de argumentação e racionalização desenvolvidos no âmbito do contexto de justificação, que aparece como prevalente nos modos de pensar o Direito da atualidade e tem uma maior adesão por parte dos juízes. Não há preocupação acerca da investigação das premissas inarticuladas e censuradas que não precisam ou não podem aparecer na decisão. O contexto da investigação e da descoberta fica de fora dessas teorias jurídicas, cujo enfoque é a racionalização argumentativa da sentença.

Avesso aos modelos formais de conceituação do discurso e às teorias abstratas, e tendo como pressuposto uma doutrina anti-essencialista e anti-fundacionista, o Pragmatismo de Peirce, a partir da abdução, aparece como uma fecunda forma de raciocínio para tratar de questões jurídico-filosóficas, em substituição ao modo de pensar cartesiano de base idealista. As deficiências do modelo sub-suntivo tradicional, incapaz de resolver os problemas que a realidade social faz surgir, revela a necessidade de se buscar respostas para interrogações com base em uma teoria crítica (SANTOS, 2001, p. 25)<sup>18</sup>.

É dessa forma que a abdução surge como um método para se compreender a decisão no contexto da descoberta – o como se opera o pensamento neste momento. Pela sua natureza, a abdução está intimamente ligada a uma lógica da investigação e não se presta a justificar; mas a descobrir, questionar e criar.

---

18 Boaventura de Sousa Santos aponta o Pragmatismo americano do nosso século passado como uma das fontes de inspiração para o que o autor chama de Teoria Crítica Moderna.

A inferência abdutiva, como uma forma ousada de descobrir hipóteses e explicar novos fatos (lógica da investigação ou lógica das consequências), é apresentada como uma alternativa para se pensar em uma metodologia jurídica concebida sob uma perspectiva Pragmatista.

### Pressuposto epistemológico da abdução: o contexto da descoberta

Nesta primeira parte deste livro, importa situar o âmbito de abordagem da contribuição do raciocínio abdutivo no que concerne ao processo de decisão judicial. Será utilizada a dicotomia de Hans Reichenbach e Karl Popper entre o contexto de descoberta e o contexto de justificação, mormente aplicada ao Direito pelos teóricos da Argumentação Jurídica (ATIENZA, 2003, p. 22).

Popper distingue nitidamente o processo de conceber uma nova ideia ou teoria, do processo de sua validação por métodos científicos. Segundo ele, o ato de inventar uma teoria não comporta uma análise lógica, revestindo-se de puro psicologismo. O que interessa à análise do conhecimento científico são as questões de justificação e validade. Popper recusa-se a considerar os processos envolvidos na estimulação e produção de uma inspiração como tarefa da lógica do conhecimento científico (POPPER, 2000, p. 31).

Como bem aponta Scott Brewer (1996, p. 946), professor de Direito da Universidade de Harvard, Popper ironicamente intitula seu livro de *Logic of Scientific Discovery*. Apesar da tradução ao português ser dada por “A Lógica da Pesquisa Científica”, prefere-se a tradução literal por “Lógica da Descoberta Científica”, porque, nesta última, é possível vislumbrar a sutil crítica dada ao contexto da descoberta, concebida por Popper como espaço de psicologismos, em que a lógica e a reconstrução racional do argumento não têm lugar.

O conceito de abdução como inferência, introduzida por Peirce, suscita novo debate na Filosofia da Ciência, especialmente ao trazer para o centro da discussão o contexto da descoberta ou investigação científica, em que uma racionalidade do tipo dedutiva ou indutiva não se sustenta. A abdução aparece como alternativa de

compreensão do processo de inferência mental que ocorre no contexto da descoberta.

Aplicando-se ao Direito a distinção de Popper, tem-se que no contexto da descoberta, é investigada a razão explicativa porque o juiz tomou a decisão, seja por um motivo religioso, econômico, psicológico, social, jurídico, dentre outros; enquanto no contexto de justificação, o foco é estruturar a razão justificadora, em que a adequação racional, a correção da argumentação e a coerência devem ser observadas.

Logo de início, sublinhe-se que esta divisão entre contexto da descoberta e o da justificação não teria sentido para um debate a partir de pressupostos do Pragmatismo, pois esta corrente é fundamentalmente uma Filosofia que não comporta dualismos, como posteriormente será visto. No mesmo sentido, pode-se citar Feyerabend, que em sua obra “Contra o método”, entende ser a distinção em comento um exagero epistemológico, conforme se pode inferir da transcrição abaixo (1977, p. 257):

Os resultados até agora conseguidos trazem em seu bojo a sugestão de abolir a distinção entre contexto da descoberta e contexto da justificação e de por de parte a distinção correlata entre termos observacionais e termos teórico. Nenhuma dessas distinções tem o papel a desempenhar na prática científica. Tentativas de dar-lhes força trariam consequências desastrosas.

Feyerabend desenvolve uma teoria anarquista do conhecimento (CHALMERS, 1993, p. 175), em que todos os meios são admissíveis no processo de investigação (a ideia do “vale tudo”). Critica os que defendem a ciência como superior a outras formas de conhecimento em função de algum critério de racionalidade. Para ele a atividade do cientista não pode estar restrita por regras de um método; alucinações ou sonhos poderiam, por exemplo, levar o pesquisador à hipótese.

A perspectiva pragmatista não chega a ser tão radical quanto à proposta de Feyerabend. O Pragmatismo não é contra o método em si, mas contra o método fundado na tradição idealista-cartesiana. Peirce critica a maior parte dos filósofos modernos que seguiram o

chamado “dualismo cartesiano”, no qual se incluem também Kant e os empiristas ingleses, e apresenta a proposta de uma nova lógica, fundando, dessa forma, um método inovador para as ciências (SANTAELLA, 2004, p. 19).

Interessa observar que própria ideia de método ganha uma conotação distinta no Pragmatismo. Rompe com toda a concepção de racionalidade associada a esta palavra; estando mais próxima à ideia de uma metodêutica, ou melhor, de um método para se descobrir métodos, sempre aberto, contínuo, falibilístico e prospectivo, em que a criatividade e o contexto da descoberta aparecem como elementos centrais.

Essa distinção fundamental entre contexto da descoberta e da justificação se faz necessária, ao menos nesse momento, para que se identifique de modo claro em que ponto o Pragmatismo aparece como proposta para o Direito. Segundo MacCormick (2006, p. 19), o que importa estudar nas teorias da argumentação jurídica e na teoria geral do direito é o contexto da justificação<sup>19</sup>. Os pensadores do direito normalmente reconhecem o contexto da justificação como o ramo próprio do conhecimento jurídico; enquanto que atribuem ao contexto da descoberta um papel de menor destaque (ABIMBOLA, 2001, p. 1683). Isso não significa, todavia, que para eles a imaginação ou a descoberta não exista, mas esta investigação seria de interesse de outras ciências, a citar a psicologia e a sociologia. O que importa para o Direito é “dar boas razões justificatórias em defesa das reivindicações e decisões apresentadas” (SANTAELLA, 2004, p. 19; MACCORMICK, 2006, p. 19).

O Pragmatismo, como proposta ao Direito a partir da abdução, está fundamentalmente situado no contexto da descoberta. A própria natureza do raciocínio abduutivo em evidenciar a descoberta, a criação, a imaginação e a intuição, não presta a servir de baliza para justificar a coerência ou racionalidade de uma decisão jurídica. A abdução aparece como um modo de inferência *sui generis*, ponto de partida do pensamento, que oportuniza a incursão em um contexto ainda pouco explorado no Direito – o da descoberta.

---

19 “In the relation to legal reasoning, the process which is worth studying is the process of argumentation as a process of justification”.

Expressão da máxima pragmatista de Peirce, a abdução representa uma forma de raciocínio ousado, na qual se lança uma hipótese provisória criativa, com vistas as suas consequências, em resposta aos estímulos dados da experiência, que geraram um estado de perturbação – a dúvida na expressão pragmatista.

Observe-se que estudos desenvolvidos em Teoria do Direito sempre deram demasiada atenção ao contexto de justificação, não valorando o contexto de descoberta, sob o argumento de este cair em psicologismos (ABIMBOLA, 2001, p. 1682-1689). E os que admitiam investigar elementos do contexto da descoberta, acabaram por engessá-los, enquadrando-os na racionalidade do contexto da justificação, retirando-lhes, assim, vida e significado.

O próprio MacCormick (2006, p. 20) criticou como perigosa a opinião que Jerome Frank<sup>20</sup>, em *Law and the Modern Mind* (1930), chegou a esboçar de o processo de descoberta ter sempre primazia sobre o processo de justificação. Frank (1993, p. 205) denuncia o absurdo que é manter a artificialidade e a ortodoxia do juiz ideal. Chama atenção para a evidência de que as propensões individuais (*bias*) e os preconceitos afetam o raciocínio dos juízes, pois eles raciocinam como um homem ordinário. Aponta, ademais, que as faculdades de Direito devem se tornar em parte escolas de psicologia aplicadas ao Direito em todas suas fases. Defende que nas faculdades, nos escritórios e nos tribunais haja um reconhecimento claro do significado da natureza do homem no Direito<sup>21</sup>. Frank ressalta que os juízes não deveriam ser entendidos meramente como uma máquina de pensar bem treinada apenas nas regras do Direito; mas principalmente nos melhores métodos de psicologia disponíveis. Isso permitiria ao juiz

---

20 Jerome Frank foi juiz e um dos expoentes do realismo americano. Possui aproximações com a vertente pragmatista, pois não adere à idéia de que o juiz aplica a lei adotando alguma regra ou princípio. Entende, diversamente, que as sentenças são, na verdade, conclusões formuladas com caráter provisório e de modo retrospectivo como acontece na abdução de Peirce, dos efeitos às causas.

21 Para Frank interessa saber a natureza do homem, pois podem existir juízes corruptos e desonestos. Para o advogado que é honesto, ele deve evitar casos frente a algum juiz suspeito de envolvimento com algum interesse político ou econômico. Segundo Frank, isso de certa forma é matéria de estudos dos estudantes na faculdade, mas é preciso muito mais: incorporar a psicologia como disciplina nitidamente jurídica é uma necessidade.

ter uma consciência aguda acerca de sua personalidade, inclinações, antipatias em relação a suas atitudes na política, economia, moral e direito; bem como ter clara suas preferências e aversões.

É certo que MacCormick está preocupado com o contexto da justificação e para ele é o que vale estudar na Teoria do Direito e Argumentação Jurídica. Ocorre, todavia, que, muitas vezes, é o emaranhado de razões justificatórias o motor a afastar a decisão jurídica tomada da realidade que originalmente motivou a demanda.

Em função da exacerbação desse elemento justificador, é que o Judiciário, dentre outros ramos dos poderes constituídos, é apontado como o mais propenso a perder contato com a realidade e o homem comum. É nesse sentido que Fuller destaca didaticamente, através do voto do ministro J. Handy, no “Caso dos Exploradores de Caverna”, a corrente realista do Direito, mais próxima da proposta pragmatista. Conclui que de fato não importa quantas regras ou princípios abstratos existam, pois advogados e juízes sempre estarão em condições de fazer distinções. E a excessiva sucessão de distinções que o conjunto de fatos jurídicos são submetidos faz com que percam toda a sua vitalidade, restando apenas pó (FULLER, 2003, p. 57).

A teoria da significação de Peirce, desenvolvida no texto “Como tornar nossas ideias claras” (PEIRCE, 1966b, p. 114) consubstancia a crítica às distinções que se operam puramente no plano da abstração. Para o Pragmatismo não há sentido em distinguir algo no plano ideal se este não se diferencia no modo de expressão, na prática. É uma Filosofia que procura eliminar falsos (ilusórios) problemas criados na abstração e superar a obscuridade e confusão que distinções operadas unicamente em termos abstratos ocasionam.

Nesse sentido, o método de clarificação conceitual de Peirce enuncia que o significado de algo está em suas consequências práticas concebíveis. E o conjunto de todos os efeitos práticos que pensamos poder ser produzidos pelo objeto de concepção é o conceito deste objeto (PEIRCE, 1966b, p. 114)<sup>22</sup>. Como não se consegue identificar todos esses efeitos, o Pragmatismo de Peirce torna possível o constante

---

22 *“Consider what effects, that might conceivably have practical bearings, we conceive the object of our conception to have. Then, our conception of these effects is the whole of our conception of the object.”*

aperfeiçoamento do significado, bem com o avanço no conhecimento. A ideia de falibilidade e continuidade lhe é imanente (STROH, 1968, p. 107). E a abdução é raciocínio que operacionaliza esse falibilismo no processo de pesquisa, proporcionando sempre a abertura a novas possibilidades. Não é um método que se preste a alcançar certeza e precisão absolutas ou verdades evidentes por si mesmas.

Pela perspectiva pragmatista, pode-se inferir que a abordagem do contexto da justificação como o legítimo espaço de manifestação do Direito não conduz necessariamente a um maior estado de segurança jurídica onde haja clareza dos institutos. Pelo contrário, um sistema de supervalorização dos processos de justificar pode desenvolver tantas e tantas distinções na abstração e desmembramentos de fatos que as ideias acerca dos institutos jurídicos passam a obscuras e confusas. Perde-se o contato da realidade. O próprio sentimento social do que seja segurança jurídica caminha frágil, porque sustentado em uma racionalidade artificial, distanciada dos fatos e problemas que lhe deram origem.

Isso não significa, todavia, que o contexto da justificação deva ser desconsiderado. Ele realiza um papel relevante, do ponto de vista sociológico, na determinação do comportamento das pessoas segundo normas e padrões, em que pese ausência de pesquisas empíricas robustas a respeito. Até MacCormick chega a reconhecer este ponto como uma questão real, embora ainda sem resposta (MACCORMICK, 2006, p. 352).

A relação entre o contexto de justificação e a segurança jurídica é admitida em certa medida pela maioria dos Filósofos do Direito, aparecendo quase sempre como uma correlação necessária. A questão que o Pragmatismo permite oportunizar é crucial: até que ponto esse contexto da justificação garante uma maior certeza ou maior confusão do que é o direito decido pelos tribunais? Nesse ponto, há razões plausíveis para se duvidar da primazia do contexto da justificação nos processos de tomada de decisão jurídica e se pensar possíveis contribuições de uma Metodologia e Teoria do Direito fundada no contexto da descoberta.

Como pontua Kola Abimbola (2001, p. 1682-1689), os teóricos do Direito que anulam o processo da descoberta em suas teorias,

podem atribuir, na melhor das hipóteses, nada mais do que uma visão paraláctica da argumentação jurídica<sup>23</sup>. Isso significa que, sem o contexto da descoberta, o processo de justificação não passaria de uma espécie de ilusão ótica – erro de paralaxe, termo da astronomia relacionado com um aparente deslocamento do corpo celeste, em função da mudança do ponto de observação.

O método pragmatista de Peirce possibilita iluminar os estudos de uma metodologia jurídica concebida no contexto da descoberta. A própria essência da abdução demanda esse tipo de análise. Forçar outro caminho seria desvirtuar os pressupostos da Filosofia que a fundamenta. Pontue-se, todavia, que a proposta desse trabalho não é abolir o contexto da justificação, mas apontar suas limitações e dá-lhe significação a partir do processo da descoberta. Como já fora adiantado, adotou-se essa dicotomia para situar a contribuição do Pragmatismo, pois que este é o referencial usado pelos teóricos do direito. Ao final do trabalho, todavia, quando o leitor estiver familiarizado e inserido nos pressupostos pragmatistas perceberá que uma separação rígida entre contexto de descoberta e justificação merece ser abandonada. Como a discussão em estudo não é do Pragmatismo pelo Pragmatismo, mas fundamentalmente do Pragmatismo para o Direito, a utilidade dessa distinção tem razão de ser nesta fase da exposição.

Interessa, para a compreensão da proposta pragmatista para o Direito, a revisão de conceitos próprios do Pragmatismo como método, dúvida, crença, hábito, investigação, inferência e clareza conceitual.

---

23 *“Hence, Legal theorists who expunge discovery from their theories can, at best, render nothing more than a parallaxed view of legal reasoning”.*

## 2.

### Do Pragmatismo à abdução de Peirce

#### O método de clarificação conceitual de Peirce

O Pragmatismo foi concebido originalmente por Peirce como um método para clarificação de ideias, que se apoiava na utilização do que ele chamou de método científico (método pragmatista através da abdução) para a resolução de problemas filosóficos. Desse modo aproxima filosofia e ciência, reclamando para a primeira um método de pensar investigativo a partir de seu Pragmatismo. Como homem de laboratório, não aplicou seu método às áreas da experiência pessoal e a problemas vitais do homem como fez William James e Dewey. Guy Stroh (1968, p. 147) se refere a Peirce como um filósofo não popular, cuja leitura não era fácil.

Paralelamente, Peirce também foi precursor da semiótica – estudo geral dos signos, ligado ao que denominou de faneroscopia, através das categorias da primeiridade, secundidade e terceiridade. Peirce também teve importantes contribuições no domínio da lógica dedutiva e matemática. São atribuídas a Peirce as principais contribuições para a lógica simbólica moderna. A ele pode ser creditada a Teoria Geral da Lógica a partir do que se conhece hoje como a lógica dos relativos. Apesar de Frege ser referido na literatura como pai dessa lógica com a publicação, em 1879, da obra *Begriffsschrift*,

Peirce desenvolveu sua teoria de modo independente e é provável que não tinha conhecimento da Lógica dos Relativos desenvolvida por Frege (KNEALE, 1999, p. 437). Talvez o mérito dado inicialmente a Frege possa ser explicado pelo fato de a maior parte das publicações de Peirce terem sido póstumas, aliado a difícil leitura de seus ensaios, pela utilização de um vocabulário e simbolismo muito pessoal (BLANCHÉ, s/d, p. 297).

Além da contribuição que prestou a esses ramos do conhecimento, brevemente citados acima, Peirce associou às leis do pensamento a lógica da descoberta nas ciências e teorizou acerca da abdução, em oposição à dedução e indução (MERLEAU-PONTY, 2006, p. 1153). É exatamente esse ponto que interessa aqui para este livro. Importa, ainda, pontuar que apesar de ter contribuído para ramos do conhecimento distintos, seus conceitos-chaves não estão restritos a uma área do saber. É possível encontrar ideias que se reproduzem na sua semiótica, na sua matemática e na sua lógica de investigação científica, por exemplo<sup>24</sup>.

Isso remete a própria natureza inter-disciplinar que o Pragmatismo carrega e oportuniza. A continuidade presente no Pragmatismo de Peirce possibilita estabelecer relações. E essa continuidade é considerada um instrumento heurístico de descoberta que serve como fecundo princípio de invenção (ROSA, 2003, p. 15).

Cite-se, por exemplo, a aproximação entre a filosofia e matemática realizada por Peirce, através da operacionalização de seu princípio da continuidade, que poderia também ser compreendido como princípio geral de síntese. Diverge da tradição kantiana, que entendia existir uma separação entre lógica e matemática, em que ambos seriam irreduzíveis; pois conceitos matemáticos poderiam ser construídos na intuição, enquanto que o mesmo não sucederia na lógica<sup>25</sup>.

A continuidade é o que permite em Peirce a conexão entre ideias e está presente no espírito humano (PEIRCE, 1998, p. 205).

---

24 Como caso ilustrativo pode-se ter a ideia de contínuo que nesses três ramos do conhecimento explorados por Peirce.

25 Peirce aponta que o problema relativo à relação entre lógica e continuidade em Kant é dado no momento em que ele faz uma separação entre estética transcendental (momento de sensibilidade) e lógica geral e transcendental (momento de entendimento). (ROSA, 2003, p. 17).

Esse conceito é explorado em seu escrito *Law of the Mind*, publicado quase 14 anos depois de seus primeiros que anunciaram o método pragmatista *How to make our ideas clear* e *Fixation of Belief*.

Peirce compreende o tempo como contínuo. Para chegar a tal conclusão raciocina pelo absurdo, ou melhor, abduzivamente tentando antecipar as consequências que decorreriam se assumisse que o tempo fosse discreto, ou seja, composto por instantes individuais indivisíveis. Se assim o fosse uma ideia não poderia ser subitamente substituída por outra, o que acarretaria de duas ou mais ideias não poderem ser colocadas em conjunto no espírito de forma a serem comparadas. E ainda, duas ideias presentes em instantes distintos não poderiam ser pensadas como semelhantes. Se não há semelhança entre ideias, não poderia existir, por conseguinte, qualquer regra geral. Portanto, uma ideia não poderia determinar outra. Finalmente, não haveria sequer a própria consciência. Peirce, assim, tem fortes razões para acreditar que o tempo não seja discreto, mas sim contínuo. É a partir dessa ideia de continuidade nas leis do pensamento que Peirce propõe a matemática do contínuo, aproximando-a do espírito lógico da mente e da filosofia, em oposição à tradição anterior da matemática discreta (ROSA, 2003, p. 33).

Importa situar, mais uma vez, que apesar de transitar por áreas distintas do conhecimento, o cerne da proposta de Peirce está em sua teoria da significação, através de seu método de clarificação conceitual. Superar a obscuridade e confusão em torno das ideias é seu projeto. Desse modo a proposta fundamental de Peirce não é apenas tornar as ideias claras, mas antes de tudo libertar o homem de pseudoproblemas, livrando-os de todas as ideias que são obscuras. Ela se encontra expressa nos seguintes termos, na obra *How to make our ideas clear* (PEIRCE, 1980, p. 113): “[...] Consider what effects, that might conceivably have practical bearings, we conceive the object of our conception to have. Then, our conception of these effects is the whole of our conception of the object”<sup>26</sup>.

---

26 Considerando que efeitos podem ter consequências práticas, concebemos qual o objeto da nossa concepção. Portanto, a nossa concepção desses efeitos é a totalidade da nossa concepção do objeto. (Como tornar nossas idéias claras) “Considerer quels sont les effets pratiques

Peirce critica as teorias de significação existentes, propondo um método em que as consequências práticas concebíveis seriam consideradas para compor a concepção que se tem de determinado objeto. Esse é o método pragmatista para assentar disputas metafísicas sem sentido. Segundo ele a maior parte da nossa linguagem usa concepções muito vagas acerca das coisas a que se refere. Por essa razão, como ressalta Shook (2002, p. 55), o método pragmatista, que Peirce também denomina de científico em seu artigo *The fixation of belief*, é a única maneira de resolver disputas entre pessoas de opiniões diferentes. Isso porque através dele é possível identificar o significado de teses conflitantes e descobrir se são distintas do ponto de vista pragmatista. Seu método objetiva identificar muitos supostos problemas que são colocados sem efetivamente serem problemas.

Essa abordagem se apresenta pertinente ao Direito, especialmente para operacionalizar o processo do contraditório no devido processo legal (*due process of law*) e se ter clareza acerca das questões que aparentemente são tratadas como controversas pelo trato de um discurso; mas que na prática não o são, tendo em consideração suas consequências concebíveis.

Antônio Rosa (2003, p. 51) vai observar que mais tarde Peirce repensa sua proposta dando ênfase à imaginação<sup>27</sup>. Dessa sorte, o método pragmatista prescrito por Peirce consiste em traçar na imaginação as consequências práticas concebíveis. A expressão concebível remete a ideia de consequências futuras, que vão além das meramente observáveis. Neste ponto a criatividade tem lugar, a partir da abdução. Essa forma de raciocínio permite voos livres na imaginação, desde que se depre com um efeito prático concebível. A imaginação permite, assim, que o alcance do método pragmatista, através da abdução, vá além do que seja obviamente prático. Desse modo, muitas hipóteses que, numa primeira vista, poderiam ser pensadas como excluídas pelo método pragmatista, assim não estão<sup>28</sup>.

---

*que nous pensons pouvoir être produits par l'objet de notre conception. La conception de tous ces effets est la conception de l'objet" (Comment rendre nos idées claires).*

27 Essa revisão pode ser encontrada no *Collected Papers* de Peirce, CP. 8191.

28 "If pragmatism is the doctrine that every conception is a conception of conceivable practical effects, it makes conception reach far beyond the practical. It allows any flight of imagination, provided

O método pragmatista compreenderia, então, que para averiguar o significado de qualquer concepção intelectual devemos considerar quais consequências práticas podemos imaginar advirem da verdade da concepção; e a soma dessas consequências constituiria a totalidade do significado da concepção. Essa totalidade é sempre aberta e sujeita a falibilidade, porque é isso que torna possível a continuidade e progresso no conhecimento. A verve é, dessa sorte, imanente ao método pragmatista de Peirce, que trabalha fundamentalmente com uma lógica viva a oportunizar a imaginação criativa.

Em *Algumas consequências de quatro incapacidades* (1868), Peirce (1983, p. 71) critica o espírito cartesiano, que segundo ele, influenciou a maior parte dos filósofos modernos. A proposta cartesiana, esclarece o autor, parte de uma dúvida completa de tudo (universal), na qual todos os preconceitos são abandonados por uma máxima. Ocorre, no entanto, que esta atitude filosófica não passa de uma ilusão da abstração a conduzir a um rodeio inútil, pois o método cartesiano<sup>29</sup> não descansa enquanto não recuperar formalmente as crenças no início postas de lado, também formalmente. É uma preliminar sem sentido tentar extrair todo o contexto em que indivíduo se encontra inserido, bem como extirpar seus preconceitos para se duvidar de tudo. A dúvida que é forçada nesse caminho não é dúvida real.

O Pragmatismo começa com a dúvida viva (real) e não a dúvida artificial cartesiana que pretende questionar tudo, cujo ceticismo inicial, segundo Peirce, não passaria de um autoengano. Isso significa que o ponto de partida do método pragmatista de Peirce leva em consideração todos os preconceitos que se possui no momento. Neste ponto é possível perceber como o contexto social e a formação pessoal de cada indivíduo exercem um papel relevante para o surgimento da

---

*this imagination ultimately alights upon a possible practical effect; and thus many hypotheses may seem at first glance to be excluded by the pragmatical maxim that are not really so excluded.*" (PEIRCE, 1931b). Original digitalizado, organizado e publicado por Peter Kietzmann no sítio <http://www.textlog.de/copyright.html>. Consulta em 05.10.2006.

29 Descartes parte duvidando de tudo, de que o céu existe, de a alma é imortal e de tudo que se possa imaginar; sendo impossível duvidar apenas do fato de estar pensando novas dúvidas. Por isso assume o "penso, logo existo", como o princípio de sua filosofia. O "penso, logo existo" é o primeiro pensamento claro fora da matemática e era isso que Descartes estava procurando (DESCARTES, 1999, p. 62).

dúvida, além da provocação de um fato surpreendente, presente na inferência abductiva. É possível se perceber isso quando Peirce fala que não se pode duvidar em filosofia daquilo que o próprio coração não consegue duvidar (PEIRCE, 1983, p. 71). A pessoa duvida porque tem uma razão suficiente para tanto e não em decorrência de uma máxima cartesiana na abstração.

A dúvida no Pragmatismo não opera como uma espécie de má-gica invocada pelo filósofo a fim de se divertir para depois através de um truque voltar àquilo que inicialmente acreditava. A dúvida é algo que também assalta o homem comum várias vezes ao dia, em relação a problemas também comuns. Como exemplifica Wesep (WESEP, 1966, p. 413) “Será que João vai voltar a tempo para o jantar?” é uma dúvida do tipo pragmatista que exige a tomada de decisões e uma ação dirigida ao futuro.

A tese cartesiana de que uma ideia clara é aquela que se reconhece onde quer que se encontre, sem que se confunda com qualquer outra (DESCARTES, 1999, p. 63), não permite distinguir de maneira objetiva as ideias claramente apreendidas, daquelas que aparentemente são.

Isso porque se toma como base a doutrina do uso familiar da ideia ou da distinção abstrata, que não são adequadas nem suficientes para determinar claramente a significação de algo (Descartes – método *a priori* de autoevidência e Leibniz – método da definição abstrata).

A familiaridade leva à subjetividade e a distinção abstrata conduz a uma objetividade abstrata que não se sabe se é realmente a objetividade efetiva. A doutrina da clareza e da distintividade de Descartes não atentou, segundo Peirce, para o fato de que o pensamento sozinho não origina pensamento, nem nada de novo pode ser apreendido unicamente analisando definições.

O Pragmatismo de Peirce formula, em oposição, um método em busca de um maior aperfeiçoamento na clareza do pensamento, num grau mais elevado que as lógicas anteriormente propostas que privilegiaram a abstração. Neste trabalho se optou por utilizar a expressão *clareza*, quando se estiver falando da proposta Pragmatista de Peirce e da palavra *clareza* quando houver referência ao pensamento de Descartes. O recurso serve apenas para que não se confundam

o sentido de *clearness*, que aparece nos dois autores, mas com sentidos opostos.

Ideias obscuras, segundo Peirce, conduzem a um dispêndio de energia sem sentido. Importante, assim, o método pragmatista para uma direção clara das ações no mundo.

E o Pragmatismo como método para tornar as ideias claras tem emprego, como visto, a partir da dúvida real (genuína). O estado de indecisão (inquietação) concebida como a dúvida real de Peirce, excita a ação do pensamento que decide o modo de atuar. Quando a irritação da dúvida cessa, a crença é criada; o que significa, em outros termos, o estabelecimento de um hábito. Crença é outro conceito fundamental presente na tese de Peirce. Como regra de ação influirá num futuro pensar e poderá desencadear novas dúvidas.

Segundo Peirce, a função do pensamento é a criação da crença e tudo o que não se refira à crença não faz parte do pensamento em si mesmo. O pensamento que está fora da crença é simples acréscimo e não pensamento propriamente.

Em resumo, toda a função do pensamento é produzir hábito de ação. Assim, para desenvolver um significado é preciso determinar quais os hábitos ele produz. Sabendo que a ação sempre produz um resultado sensível, a base da distinção real do pensamento são as possibilidades de diferenças práticas que se possa imaginar.

Essa imaginação projetada no futuro confirma o caráter de probabilidade e falibilidade que a significação apresenta no Pragmatismo de Peirce e permitem a busca contínua por uma maior clareza das ideias.

A transição da dúvida para crença é crucial no Pragmatismo de Peirce e ela só se mostra alcançável a partir da aplicação do método pragmatista, operacionalizado na abdução. Se pensado para o Direito, seu emprego colaboraria para uma maior clareza acerca dos institutos e conceitos jurídicos empregados no processo de tomada da decisão jurídica. Possibilitaria, assim, desvincular ideias no Direito de uma definição apriorístico-abstrata que fosse artificial; aproximando-as dos fatos que deram origem à demanda judicial e instigaram a dúvida para o hábito de ação (crença), de sorte a pacificar o estágio de inquietação inicial e direcionar o agir. Esse momento da crença estabelecida se aproximaria ao resultado do processo de tomada de

decisão, ou melhor, à sentença judicial, então, posta. Importa, esclarecer, todavia, que o modo como a crença é fixada pode operar por outros métodos que não o pragmatista, a citar – o método da razão (*a priori*) tão aplicado ao Direito, por exemplo. A atenção à existência de outros métodos de fixação da crença é fundamental na obra de Peirce.

### Os métodos de fixação da crença e a proposta pragmatista

Retomando as ideias do tópico anterior, o emprego do método pragmatista possibilitaria descobrir distinções ilusórias, que não se diferenciam na sua forma de expressão. A distintividade das ideias está assentada nos diferentes modos de ação que têm lugar na prática.

Assim, conceitos que pela estrutura apriorística podem se apresentar como distintos em uma teoria jurídica; na prática podem não o ser. Não há garantia absoluta para que a distinção operada na pura abstração se reproduza na realidade fática, por isso o emprego do método pragmatista pode se apresentar eficaz.

Tratando da lógica do pensamento e os elementos determinantes dos processos de inferência, Peirce mostra que o hábito da mente é o que condiciona se uma ou outra inferência será extraída.

Assim, estar-se a falar em inferências válidas e inválidas e não em inferências verdadeiras ou falsas, tendo em vista que as inferências decorrem de um hábito da mente que em geral produz conclusões verdadeiras ou não, sem referência necessária à verdade ou falsidade de sua conclusão. Nesse sentido, a validade é puramente uma questão de fato e não de raciocínio (PEIRCE, 1955, p. 8).

O impulso que o homem tem para aceitar ou acreditar naquela ou em outra premissa aparece no hábito da mente. E cada hábito específico que determina uma ou outra inferência constitui o princípio condutor de inferência, que é um fato.

Peirce identifica, no entanto, existirem fatos que já são supostos mesmo antes de a questão lógica ser colocada, tendo em vista possuir o ser humano os estados de espírito da dúvida e da crença. Exsurge, assim, a importância da reflexão lógica como capaz de trazer novos elementos e descobrir algo novo a partir do que já se conhece. Lançar-se ao desconhecido a partir do conhecido.

Frise-se, novamente, a distinção entre a dúvida e a crença. O hábito que determina as ações do homem constitui a crença, não significando, no entanto, um agir imediato, mas um direcionamento do comportamento de acordo com a ocorrência da ocasião. É um estado calmo e satisfatório que não se procura alterar.

A dúvida, por sua vez, é o estado de irritação que impulsiona um agir a fim de destruí-la, de sorte a alcançar um estado de crença. Essas concepções são eminentemente pragmatistas, pois a crença guia o desejo do homem e molda suas ações, ao passo que a dúvida é despida de tal efeito. A transição da crença para a dúvida também é possível.

A discussão acerca da dúvida é a inquirição (indagação) como a luta causada por este estado de irritação direcionado à busca da crença. A partir da inquirição é que se pode lograr o estabelecimento da opinião no Pragmatismo de Peirce. Essa opinião, no estágio de crença, pode ser compreendida como o resultado da decisão jurídica, expresso na sentença do juiz.

A opinião alcançada conformará um estado de crença que restará firme até enquanto o homem se encontrar suficientemente satisfeito com ela, independente de ser verdadeira ou falsa. É necessário um novo elemento a afetar a mente de sorte que o homem venha realmente se incomodar com esse novo objeto do conhecimento.

O Pragmatismo de Peirce não se coaduna, portanto, com proposições que não encerrem uma inquirição, cujo fim não seja o estabelecimento da opinião, pois não partem de uma dúvida real. Não interessa para o Pragmatista o caso dos filósofos que colocam uma indagação questionando tudo. Colocar uma proposição simplesmente na forma interrogativa não instiga a mente para a busca da crença. O mesmo ocorre quando se duvida de premissas que não podem ser mais satisfatórias do que já são, ou quando se discute um assunto do qual todo mundo está convencido e donde a dúvida cessou. É necessária a existência de uma dúvida viva, sem o qual a discussão e investigação não podem progredir (PEIRCE, 1955, p. 11).

O Pragmatismo é então apresentado por Peirce, em *The Fixation of Belief* (1877), como o método científico, adequado a oportunizar dúvidas no homem, de sorte a estabelecer a opinião real, coincidente

com os fatos; além de tornar possível o trânsito da dúvida para crença e da crença para a dúvida, em que a autocorreção contínua tem lugar.

Nesta mesma obra de Peirce, outros três métodos que conduzem à fixação da crença são criticados, quais sejam – o método de tenacidade, o método de autoridade e o método *a priori*. Esses três métodos não concebem a falibilidade, nem permitem a continuidade e aperfeiçoamento dos significados; tolhendo, ademais, qualquer raciocínio do tipo abdução.

No método da tenacidade (PEIRCE, 1955, p. 12) o sujeito não aceita nada que venha a perturbar sua crença. É o método de simples acreditar, segundo Peirce. É o típico caso, por exemplo, quando se repete várias vezes uma crença a uma criança e ela passa a acreditar naquelas (WESEF, 1966, p. 414). Uma maneira de conservar as crenças por herança é reafirmá-las várias vezes para torná-las familiar e se apropriar dela, como se sua fosse. Agarra-se tenazmente à crença, sem se indagar profundamente de que modo ela foi adquirida. Peirce admira o método da tenacidade pelo seu caráter direto e sua simplicidade, mas não deixa de ressaltar que esse método torna impossível o trânsito de crença para dúvida, bem como o processo inverso. Em determinadas situações esse método é satisfatório, pois a calma e a fé compensam o estado de perturbação a que o homem se submeteria. Em relação, no entanto, ao impulso social, esse método não se sustenta, pois o homem não vive isolado e está sempre a ser influenciado pelos outros. Segundo ele, é inevitável não ser influenciado pela opinião de outro. Desse modo, o problema de fixação da crença não está apenas no indivíduo, mas na comunidade. Um homem pode descobrir, em um momento de sensatez, que há outras crenças diferentes das suas que são tão válidas quanto as suas e isso poderá abalar sua crença nelas.

No método da autoridade (PEIRCE, 1955, p. 14), há uma imposição arbitrária da crença. Criar, por exemplo, uma instituição com objetivo de passar doutrinas corretas para o povo repetir incessantemente e fazer com que os homens que não as aceitem sejam obrigados pelo terror ao silêncio, é um caso típico da aplicação desse método. Peirce reconhece que esse método conduziu a resultados majestosos, como é o caso das crenças organizadas, quer religiosas ou políticas,

através da evidência que se tem de obras sublimes como as construções de pedra no Egito e na Europa. Há pessoas, cujo impulso mais elevado é de serem escravos intelectuais. Peirce ressalta, todavia, que nenhuma dessas crenças postas pelo método da autoridade permaneceu eterna. Segundo ele nenhuma instituição é capaz de regular a opinião em relação a todos os assuntos. A crítica as corroeu e tiveram de ser redimensionadas.

O método *a priori* (PEIRCE, 1955, p. 15), por sua vez, faz com que o indivíduo adote ideias que acredite como resultado da razão. Não tem o caráter arbitrário do anterior, mas é um método que procura sempre apelar para a racionalidade. Essa atitude pode levar a resultados enganosos, dissociados dos fatos e transformar a inquirição num processo parecido ao desenvolvimento do gosto, direcionando o agir. Assim, o método *a priori* é o que Peirce também se refere como método do gosto.

Se for elaborado um sistema de pensamento coerente e completo, muita gente pensará que ele é verdadeiro por não conter contradição interna e ser racional. Segundo Peirce, num grau mais profundo, sistemas dessa natureza não repousam em qualquer fato observável. Esse método, no entanto, tem sido largamente adotado porque suas proposições fundamentais aparecem como agradáveis à razão (*agreeable to reason*). Seu êxito está nas conclusões confortáveis que oportuniza. Talvez por isso algumas pessoas estejam inclinadas a adotá-lo. Peirce cita, por exemplo, o caso de Platão que considera agradável para a razão assumir a distância entre esferas celestes como proporcionais aos diferentes comprimentos de cordas que produzem sons musicais harmoniosos. Consoante Peirce, muitos filósofos chegaram a suas conclusões mais importantes tendo em consideração o método *a priori*. Este é o mais intelectual dos métodos, comparado aos outros dois anteriores; mas seu fracasso foi o mais patente de todos (PEIRCE, 1955, p. 15-20).

Esses três métodos estão presentes na vida cotidiana do homem e em certa medida possuem as suas vantagens, mas não se prestam para o estabelecimento da opinião no sentido pragmatista, pois não oportunizam a dúvida; muito menos para a discussão que se pretenda

rigorosa como a científica, pois não possibilitam a clareza acerca dos conceitos, seus pressupostos, nem a sua falibilidade e continuidade.

Se trazida para o momento da tomada de decisão pelo juiz, a utilização seja do método *a priori*, da tenacidade ou da autoridade, implicaria a não existência de qualquer inquietação ou a dúvida viva no sentido pragmatista. No caso, iria contra a própria natureza da decisão judicial que tem lugar a partir de uma controvérsia em torno de interesses, em princípio, divergentes. Isso significa que se é razoável haver um estágio de dúvida na expressão peirceana que instigue o agente julgador a pensar e levantar hipóteses, cuja finalidade é o estabelecimento de um hábito, crença; o método pragmatista encontra aplicação no Direito.

Há que se reconhecer, no entanto, que no processo de tomada de decisão o operador jurídico, encontra-se muitas vezes inclinado a se orientar pelo método da tenacidade, da autoridade e principalmente pelo apriorístico. Os realistas jurídicos apontam o método *a priori* como o mais utilizado em nome de uma suposta segurança jurídica para camuflar as reais motivações da decisão. Peirce ressalta que o sucesso da utilização desse método é o fato de ele ser confortável para os pensadores que o estabelecem. Aplicado ao Direito, ter-se-ia uma crença fixada sobre a sentença judicial, com base em uma razão *a priori*, onde a dúvida viva e a investigação criativa não têm espaço.

O método pragmatista (referido também como método científico) é a alternativa proposta por Peirce, em oposição aos três métodos tratados anteriormente (da tenacidade, da autoridade e *a priori*), para a fixação da crença. Segundo Peirce seu método pragmatista amplia as funções da lógica para além da dedução e indução, acrescentando um terceiro tipo que é o método hipotético, também referido como raciocínio abduutivo. É a abdução que vai permitir a formulação das hipóteses criativas para sua posterior verificação. Sua abertura possibilita a substituição por outras hipóteses até que se chegue a um consenso da comunidade científica.

Esse método pragmatista, se usado, segundo Peirce, pelos cientistas por um tempo suficiente fará surgir um maior acordo (consenso) dessa comunidade. Para isso é preciso que os processos de investigação, que se operam pela abdução, se tornem públicos a fim de

que outras pessoas também o possam experimentar. Desse modo, os homens podem ir construindo um número cada vez mais vasto de hipóteses e elas vão cada vez mais revelando a verdade, de modo que as opiniões individuais vão convergindo para uma mesma opinião da comunidade. Segundo Peirce<sup>30</sup> a opinião está fadada a ser, ao final de tudo, um consenso de todos aqueles que investigam e ela é o que chamamos de verdade; e o objeto dessa opinião é o real. Levando isso ao extremo, a realidade dependeria de uma decisão da comunidade, o que só poderia ser atingida em um estado, cuja informação fosse perfeita<sup>31</sup>.

Como ressalta Shook, ao se interpretar a comunidade científica empregada por Peirce não se deve entendê-la como o conjunto de todos os cientistas vivos. O conceito de realidade tratado por Peirce em *How to make our ideas clear* se refere à realidade em seu sentido científico como aquilo descrito por teorias finalmente aceitas pela comunidade depois de feitas todas as investigações possíveis. Segundo Shook<sup>32</sup>, a comunidade científica em Peirce, envolveria os cientistas futuros, humanos ou não, em qualquer lugar do universo e um consenso que se projeta no futuro. Por essa razão Peirce alerta que se deve ser falibilista face às teorias científicas, pois não se sabe de antemão se ela sobreviverá após a verificação de uma nova verificação experimental.

Segundo Kaufmann (KAUFMANN, 2004, p. 429), a concepção de Peirce de uma comunidade de livre investigação e argumentação, traz a ideia de que nenhum consenso é definitivo, e que o argumento é falível, portanto, em princípio, pode ser corrigido. Isso permitiria

---

30 "The opinion which is fated to be ultimately agreed to by all who investigate, is what we mean by the truth, and the object represented in this opinion is the real." (PEIRCE, 1955, p. 38).

31 A realidade existirá para o Pragmatismo mesmo que os cientistas não tenham todas as informações e nem possam exaurir todas as pesquisas no momento. Peirce está consciente disso porque concebe a falibilidade. Desse modo, haverá realidade mesmo que a comunidade científica esteja num contexto específico, limitada por diversos fatores, sejam de ordem social, tecnológica, moral, religiosa, e não possam considerar todas hipóteses ou investigações.

32 Shook aponta o conceito de realidade de Peirce como epistêmica pois vai ser conhecida por meio de uma investigação. Opõe-se, portanto, tanto à versão que ele chama de dualista que define a realidade como aquilo que realmente existe completamente independente da experiência, bem como à visão positivista que define a realidade como o experienciado (SHOOK, 2002, p. 75-77).

compreender que, de fato, o consenso não pode ser alcançado em absoluto, mas ele exerce, ao menos, um caráter regulativo de projeto, pois é pressuposto das pretensões de validade presente na maioria das teorias jurídicas. O que mais interessa a Peirce, todavia, é a sociedade de experimentadores de espírito aberto, capazes de convergirem em relação a um número cada vez maior de problemas, colaborando para sua clareza e aprimoramento.

### Da dúvida pragmatista à abdução

O modo como o pensamento se desenvolve para a investigação científica, através do processo abduativo (formação criativa de hipóteses) é o tema central do trabalho lógico de Peirce ligado à filosofia da mente. A sua equiparação com o contexto de descoberta, no qual a decisão jurídica é tomada, é a contribuição pragmatista que se pretende trazer para o Direito.

Interessa destacar que o processo de inquirição ou investigação começa na abdução e não termina nela. A inferência abduativa é o ponto de partida de qualquer pesquisa, motivada por uma dúvida real, que torna possível a criatividade no processo científico. A abdução é preparatória, é o primeiro passo da investigação científica; enquanto a indução é o último estágio (PEIRCE, 1966a, p. 136).

A abdução seria então o caminho para a introdução e descoberta de novas ideias, em oposição às formas de inferência por dedução e indução. Enquanto a indução se desenvolve sobre o que já se tem conhecimento, a abdução é livre para dar saltos na imaginação. Desse modo, a própria natureza da abdução é ser um raciocínio criativo, possibilitando a originalidade no processo de investigação científica (ANDERSON, 1987, p. 4). As grandes ideias e descobertas na ciência são alcançadas pela abdução, que consiste em estudar os fatos e inventar uma teoria (hipótese) para explicá-los.

A forma do raciocínio abduativo é dado por Peirce pela expressão: “Observa-se *c*, um fato surpreendente. Mas, se *A* fosse verdadeiro, então *c* seria natural. Portanto, há razões para suspeitar que *A* seja verdadeiro.” (PEIRCE, 2003c. p. 229).

Em outras palavras, para encontrar a explicação de um fato problemático, é inventada uma hipótese ou conjectura, de onde se inferem consequências, que possam ser testadas experimentalmente (verificadas indutivamente). Nesse ponto, a própria abdução já concebe uma falibilidade intrínseca, pois as provas experimentais podem desmentir as consequências das conjecturas imaginadas e, assim, instigar novas hipóteses.

A abdução parte dos fatos, em princípio, sem qualquer teoria em mente que constranja o resultado, e é movida pelo desejo de se alcançar uma teoria (hipótese) para explicar os fatos surpreendentes. Por essa razão a premissa menor que aparece na inferência já nasce hipotética e altamente falível. Peirce, ademais, revela que a abdução é uma suposição (*guessing*) (PEIRCE, 1966a, p. 137), que permite alcançar conhecimento novo, distintamente da indução e dedução, que não envolvem esse caráter de adivinhação.

Na abdução a premissa menor é criada como uma solução hipotética em que a premissa maior do silogismo é conhecida e a conclusão encontra-se como fato. Nesse modelo, raciocina-se dos efeitos para a causa. Assim, a conclusão vem primeiro, com a antecipação das consequências, como em um processo de adivinhação (*insight*), no qual integram a personalidade e os preconceitos individuais. E a premissa menor aparece por último, como hipótese. A abdução é, assim, uma forma de inferência ou método de obter a premissa menor a partir da premissa maior e da conclusão. Enquanto a dedução a inferência se processa pelo modelo (premissa maior + premissa menor = conclusão) e a indução pelo modelo (premissa menor + conclusão = premissa maior), a abdução teria o seguinte formato (conclusão + premissa maior = premissa menor)<sup>33</sup>. Desse modo é possível admitir que a abdução pode ser compreendida como um silogismo da primeira figura, em que não se há segurança sobre a premissa menor (PEIRCE, 1966a, p. 162).

A partir da compreensão desses processos de inferência, é possível admitir que o raciocínio no Direito pode se dar abduktivamente.

---

33 Com adaptação das expressões “regra” por “premissa maior”; “caso” por “premissa menor” e “resultado” por “conclusão” (LANINGAN, 1995. p. 54).

Isso pode ser constatado quando o juiz, em contato com o problema, é inquietado por uma dúvida viva no sentido pragmatista e age antecipando mesmo que inconsciente sua sentença (conclusão), a partir de suas consequências concebíveis. Esse estalo na mente, capaz de intuir a conclusão opera pela abdução criativa. Se assim opera a mente do juiz, antecipando a conclusão; a premissa menor (fato jurídico) aparece como algo problemático, hipotético e falível. Esse é o ponto chave deste trabalho – a consciência de que este fato jurídico inferido no silogismo abdutivo é hipotético e falível, aberto a aperfeiçoamento.

As formas lógicas do silogismo dedutivo não são usadas como um ato real de pensar, não revelam como pensamos, nem como deveríamos pensar; mas apenas servem para expor os resultados do pensamento censurado. Por exemplo, a própria natureza da atividade advocacia que é necessariamente parcial, pois voltada à defesa de interesses de seu cliente, leva a esse profissional do Direito a raciocinar pela conclusão. Como aponta Dewey (1959, p. 82), o advogado sabe de antemão o que quer provar, pois já tem a conclusão formada em seu espírito, e usa a forma silogística por dedução provavelmente para impressionar os outros. Esta última forma inferencial não presta para se chegar à crença ou a um conhecimento, como mostrou Peirce na crítica ao método *a priori*, mas é um caminho eficaz para expor o que foi concluído e convencer os outros da validade do resultado.

Atribuir uma regra à abdução seria impor limites sobre as hipóteses admissíveis que ele oportuniza. Assim, a crítica pragmatista à dedução é no sentido de que o Pragmatismo não pode ser inferido por esse raciocínio, mas pela abdução que é a lógica do método pragmatista. Esclarece Peirce que a dedução em si mesma não apresenta nenhuma concepção contra o qual o Pragmatismo fizesse objeção, a não ser os atos de abstração que seu uso inadvertido desencadeia (PEIRCE, 2003c. p. 233).

Quando questionado ser a abdução uma contradição em termos, pois vai envolver ao mesmo tempo um elemento lógico (inferência) e o psicológico (*insight*), Peirce defende que o paradoxo não passa de aparente, pois o envolvimento da lógica com a psicologia só aparece no estágio inicial da investigação científica (ANDERSON, 1987. p. 39).

A abdução seria o instinto da investigação científica. Peirce entende a imaginação como uma faculdade do pensamento que olha para o futuro, através da abdução; enquanto que a memória olha para o passado e a percepção para o presente.

Importa ressaltar que a abdução pressupõe um certo volume de trabalho do investigador, pois vai ser exatamente em contato com esse trabalho, que vão ter lugar as dúvidas e a propositura de hipóteses. Nesse sentido a liberdade na abdução não é absoluta. É desse modo que Peirce vai se referir à descoberta de Kepler, cujo raciocínio abduutivo (hipótese) acerca das órbitas elípticas, não teria sido possível sem ele estar imerso nos dados do cientista Brahe, que o instigasse para a fixação de crença. Tem-se, portanto, que a abdução é influenciada pelos pensamentos anteriores. Se Dewey tivesse teorizado sobre abdução, teria dito segundo Douglas Anderson que a abdução precisa de uma experiência para começar (ANDERSON, 1987. p. 38). Assim, resumo didático deste tópico pode ser visualizado da seguinte forma:

*Experiência – Problema – Dúvida Real (Inquietação) – Hipótese (Abdução)*

A abdução envolve assim uma lógica viva do pensamento, que opera no contexto da investigação, ou melhor, da descoberta. Não é um tipo de inferência que pode ser forçada. Surge sob a forma de inferência e *insight* e está sujeita ao autocontrole, porque raciocina pelas consequências e é aberta às críticas (falível).

### Os três tipos de silogismos segundo as formas de inferência (dedução, indução e abdução)

Muito da doutrina do silogismo que se desenvolveu até hoje pode ser creditada a Aristóteles (ROSS, 1959, p. 35). Isso é fato no sentido de que todo e qualquer processo de inferência traz a necessidade de se pensar a partir de premissas para chegar a uma conclusão. Não obstante tenha o estagirita nos Primeiros Analíticos inicialmente identificado o silogismo com o raciocínio dedutivo, no qual postas algumas coisas, outras resultam necessariamente (ARISTÓTELES, I, 1, 24b, 18); o silogismo não se resume unicamente a ele.

Diversas foram as espécies de silogismo enunciadas pelo próprio Aristóteles. Além do silogismo necessário ou demonstrativo, anteriormente visto, tem-se o silogismo dialético (ARISTÓTELES, II, 23, 68b, 10), fundado em premissas prováveis e o silogismo erístico (ARISTÓTELES, I, 1, 100b, 23), fundado sobre premissas que parecem prováveis, mas não são. Acrescente-se ainda o silogismo retórico, correspondente ao entimema; bem com os silogismos, espécies do tipo necessário – o ostensivo e o hipotético.

Abbagnano aponta também para o silogismo indutivo e chama atenção para algumas denominações que embora chamadas de silogismos por Aristóteles não o são, como o silogismo médico, o geométrico e o político, trazidos nos Tópicos, 170a, pois fogem da ideia do que seria uma inferência silogística – se chegar a conclusão a partir de premissas (ABBAGANANO, 1997, p. 1068).

Dessa breve enumeração, que não esgota todas as espécies tratadas por Aristóteles, faz sentido o pensamento de Kapp, resgatado por Düring, de que a palavra silogismo é intraduzível, pois é preciso compreendê-la num contexto histórico (DÜRING, 1990, p. 134). Düring ainda anota que tanto nos Analíticos e nos Tópicos a expressão silogismo significa em geral consequência (DÜRING, 1990, p. 149). Esta última observação parece associar a ideia de silogismo para além da dedução, concebida como uma inferência num sentido *lato sensu*. Atente-se para a definição silogismo, repetida na Retórica, 1356b, 17, que é obter de certas premissas dadas algo diferente delas.

Interessa destacar a interpretação de C. S. Peirce dos escritos de Aristóteles, pois aquele investigou as formas de silogismo quanto ao seu aspecto inferencial, ou seja, em atenção às diferentes espécies de raciocínio. Dessa sorte, Peirce encontra em Aristóteles três tipos fundamentais de silogismo como inferência: a Dedução (*synagoge*), a Indução (*epagoge*) e a Abdução (*apagoge*)<sup>34</sup>.

Importa, neste trabalho, o resgate que Peirce faz de Aristóteles, em especial do raciocínio abduativo e o seu potencial como processo

---

34 Importa destacar que Peirce faz referência à Analogia como forma de inferência também presente em Aristóteles, mas ressalta que esta não passaria de uma combinação da Indução com a Abdução (PEIRCE, 2003a).

inferencial criativo, de grande contribuição para as ciências e as artes, e que por muito tempo passou despercebido e foi subutilizado.

Esses três tipos de raciocínio foram dados por Aristóteles nos Primeiros Analíticos (LALANDE, 2006, p. 1). Todavia, a ilegibilidade de uma única palavra neste manuscrito e a sua substituição por uma palavra errada, realizada pelo seu primeiro editor – Apellicon, é denunciada por Peirce como fator que acabou por alterar por completo o sentido do capítulo sobre Abdução no *Organum* (PEIRCE, 2003e, p. 207), que foi traduzido por Redução. Peirce refere-se ainda a outros trechos da obra de Aristóteles cujas passagens foram corrompidas. Para o objetivo desse livro interessa a expressão grega *apapoge*, equivalente à abdução e que se encontra tematizada no Livro II, Capítulo 25 dos Primeiros Analíticos, 69a, 20-35.

## A inferência abduativa

No processo de silogismo um termo essencial é o termo médio, porque é ele que vai possibilitar, mediar a inferência das premissas à conclusão (DÜRING, 1990, p. 151). Para ilustrar observe a posição deste termo médio que aparece grifado<sup>35</sup> nos exemplos<sup>36</sup> de silogismo tipo: 1. dedutivo, que infere do geral para o particular; 2. o indutivo, que infere do particular à regra; 3. abduativo, que infere dos efeitos à causa:

### DEDUÇÃO

**Regra:** Todos os grãos de feijão *no saco* são brancos

**Caso:** Estes grãos de feijão foram *retirados deste saco*

∴ **Resultado:** Logo, estes grãos de feijão são brancos

### INDUÇÃO

**Caso:** *Estes grãos de feijão* foram retirados deste saco

**Resultado:** *Estes grãos de feijão* são brancos

∴ **Regra:** Logo, Todos os grãos de feijão no saco são brancos

35 Esse grifo é feito pela pesquisadora neste livro para situar a mediação na inferência. No texto original de Peirce não há qualquer grifo.

36 Exemplos extraídos do ensaio de Peirce de título “Dedução, Indução e Hipótese”, publicado originalmente em 1878, em *Popular Science Monthly* (PEIRCE, 1982, p. 325).

## ABDUÇÃO

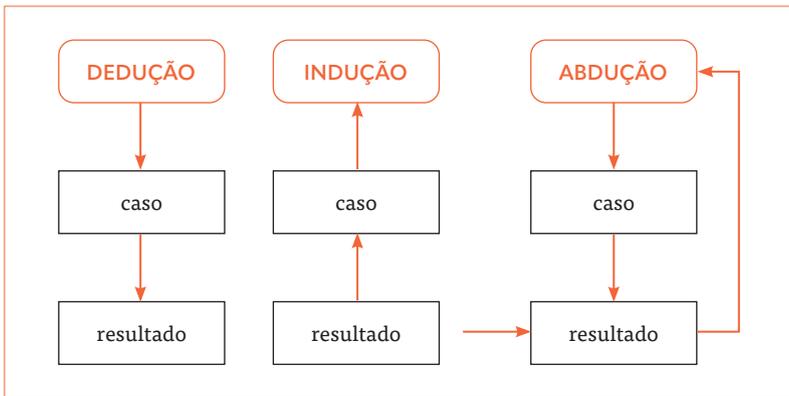
**Regra:** Todos os grãos de feijão no saco são *brancos*

**Resultado:** Estes grãos de feijão são *brancos* (indício, não é conclusão)

∴ **Caso:** Estes grãos de feijão foram retirados deste saco (hipótese)

Tenha-se, ademais, o esquema ilustrado pela figura 2.1 que identifica de forma bastante didática a distinção da abdução das outras formas de inferência:

**FIGURA 2.1** | Quadro resumo da dedução, indução e abdução em perspectiva comparada



FONTE: Adaptação do esquema proposto no livro de Denis Brion (2003, p. 263).

O processo de inferência só ocorre porque existe um termo médio comum nas premissas maior e menor que faz com que essas passem para a conclusão. Até antes de Peirce retomar os escritos de Aristóteles, os lógicos do séc. XVIII reconheciam a existência da abdução, mas a despiam de qualquer caráter inferencial (PEIRCE, 2003e, p. 207).

Em 1866, numa análise detalhada das três figuras silogísticas, acima apontadas, Peirce conseguiu provar que cada uma delas envolve um princípio independente de inferência (SANTAELLA, 2004, p. 86). O reconhecimento da autonomia dessas três formas de inferência veio em 1867, com sua apresentação à Academia de Arte e

Ciências. Na indução, há a inferência da premissa maior do silogismo (regra) a partir da premissa menor (caso) e da conclusão (resultado). Na abdução, há a inferência de uma premissa menor do silogismo (caso), a partir da conclusão e premissa maior (resultado e regra). Na dedução, há a inferência de uma conclusão (resultado) a partir da premissa maior e menor (regra e caso). Segundo Peirce (2003d, p. 265), a função da hipótese, ou seja, da abdução, é substituir uma série de predicados, que não formam unidade entre si, por um único que envolve a todos. Ela tem a mesma propriedade da indução de reduzir uma multiplicidade a uma unidade.

Tenha-se, no entanto, que a inferência na abdução não é justificada pela mediação de um termo médio, mas pela heurística da descoberta de hipóteses que é o princípio que habilita esta forma de raciocinar. O próprio Peirce reconhece que embora a abdução seja muito pouco estorvada por regras lógicas, ela ainda sim é uma inferência lógica, mas que afirma conclusões apenas de modo problemático ou conjuntural (PEIRCE, 1966a, CP 5118). Segundo Santaella (2004, p. 103), apesar de sua fragilidade ou falibilidade, é na abdução que reside a fundação de qualquer investigação, seja ela do tipo teórica, aplicada à ciência, às artes, à academia, ou mesmo à vida cotidiana. É por assim dizer a lógica da descoberta por excelência.

A abdução é, desse modo, uma inferência provável, e, portanto, falibilista, estando relacionada com uma adivinhação – a formulação de uma hipótese a partir de um *insight* criativo. Este, no entanto, não se confunde com a concepção cartesiana de uma iluminação interior ou intuição para alcançar a verdade. O *insight* a que a abdução se refere é o de cunho pragmatista, pois o estímulo para adivinhar, criar hipótese, advém da provocação que a experiência ocasiona, ou seja, dos seus efeitos (PEIRCE, 2003e, p. 221). É um raciocínio do conseqüente para o antecedente. E isso já era anunciado por Aristóteles nos Primeiros Analíticos.

Segundo Dewey (1959, p. 101), a inferência no Pragmatismo contém um salto em si mesmo – um salto do conhecido para o desconhecido. Mesmo sem se referir à abdução, essa explicação de Dewey permite entender como se opera o raciocínio no Pragmatismo. A

sugestão (hipótese), o estalo na cabeça, é despertada pela inquietação (dúvida de Peirce) e depende primeiramente da experiência pessoal.

A abdução, diante de algo que surpreende, desencadeia o processo pelo qual brota uma conjectura ou hipótese. É como se fosse um *flash* ou *insight* de conjecturas espontâneas da razão criativa. Segundo Santaella (2004, p. 104), Peirce descreveu a abdução como um instinto da razão. Instinto no sentido de capacidade de adivinhar corretamente e desenvolver uma explicação pertinente para um conjunto de fatos surpreendentes ou para um fato isolado que desperte a curiosidade.

Assim, no silogismo abdutivo a inferência se dá do resultado e da regra para o caso. No exemplo trazido neste tópico, tem-se a situação na qual alguém entra numa casa e se depara com alguns grãos de feijão brancos sobre a mesa (resultado – fato particular ou indício) e sabe que o saco desta casa contém grão de feijão branco (Regra), razão pelo qual pode inferir (supor, adivinhar) que aqueles grãos de feijão sobre a mesa são provenientes do saco (Caso – hipótese falível) (FEIBLEMAN, 1946, p. 117).

Observe-se que a premissa menor do silogismo dedutivo aparece como solução hipotética do silogismo abdutivo. A hipótese é uma inferência da premissa menor do silogismo, a partir de outras duas proposições. Tem-se, assim que a inferência abdutiva é mais precária que a indução e apenas sugere o que pode ser. Outro exemplo para ilustrar a utilização do raciocínio abdutivo para o leitor é o caso trazido por Guy Stroh (1968, p. 130):

se sabemos que um dado número de cavalos (A, B, C) são marrons e que os cavalos dos estábulos vizinhos Z são marrons, podemos, então, tirar a conclusão abdutiva de que os cavalos (A, B, C) são daqueles estábulos Z. [...] abdução argumenta a partir de um resultado (um dado número de cavalos (A, B, C) são marrons) e declara que uma certa regra (todos os cavalos de um certo estábulo Z são marrons) se aplica àquele resultado; de modo que se segue novo caso (que esses cavalos (A, B, C) pertencem ao estábulo Z.

Peirce (2003e, p. 6-8) aponta a inferência de Kepler, acerca da sugestão de órbitas elípticas, como o maior exemplo de raciocínio

abduativo. Kepler não entendeu a questão das órbitas na mesma forma de Copérnico e assumiu uma hipótese que era vaga, porém criativa a partir do *insight* por abdução, o qual lhe rendeu enorme labor intelectual, a partir da verificação de suas consequências concebíveis.

A abdução pode ser aproximada também da atitude investigativa nas histórias de Sherlock Holmes e Dr. Watson, que usam estratégias inferenciais do tipo por abdução. A forma de eles raciocinarem de trás para diante (*backward*), na qual se movem da observação para possíveis explicações (hipotéticas) sobre elas é por abdução, também denominada por Peirce de retrodução. As famosas “deduções” de Sherlock Holmes não seriam, assim, outra coisa senão a abdução, no sentido empregado por Peirce<sup>37</sup>.

Tenha-se ainda mais outro exemplo, agora de Sebeok, para aplicação da abdução na vida cotidiana (SEBEOK *et al.* *Apud.* ATIENZA, 2003. p. 44):

Certa ocasião desembarquei num porto de uma província da Turquia e subi, passeando, até uma casa à que ia à visita. Encontrei um homem num cavalo, rodeado de quatro cavaleiros que, sobre a cabeça dele, sustinham um dossel. O governador da província era o único personagem que podia ter uma honra tão grande, portanto inferi que aquele homem era ele. Isso era uma hipótese.

Observe-se que a inferência relatada por Sebeok se trata de uma inferência por abdução, que segundo ele é abundante nos romances policiais. Para Umberto Eco e Sebeok a abdução seria o arrojado modo de inferência de que se serve o detetive para formular uma conjectura. Ademais, alguma das aplicações recentes da abdução ao Direito encontra-se nas tentativas de Lorenz Schulz<sup>38</sup> de explicar por meio da abdução a obtenção de indícios no processo penal.

37 Umberto Eco e Thomas Sebeok possuem trabalho conjunto, publicado em 1983, de título “*The Sign of Three: Dupin, Holmes, Peirce*” no qual relacionam a abdução de Peirce com a as inferências de Sherlock Holmes (SCHUM, 2001, p. 1654).

38 Indícios no processo penal parecem ter uma estrutura semelhante à obtenção do indício pelo detetive através da inferência abduativa (SCHULZ, 1994. p. 193, *Apud.* KAUFMANN, 2004. p. 117).

## Abdução de Peirce x Conjecturas de Popper

A abdução de Peirce possui alguns pontos de aproximação com a proposta que Popper veio a traçar no século xx, especialmente na crítica à indução como método para formação de hipóteses. O falsificacionismo de Popper concebe uma atitude crítica do pesquisador, na medida em que a ciência progride por tentativa e erro, a partir de conjecturas e refutações. Essas conjecturas tendem a se aproximar da ideia de abdução em Peirce, pelo caráter de serem audaciosas, livres e oportunizarem a ulerdade. As hipóteses que consubstanciam as teorias em Popper, desse modo, são construídas por enunciados falseáveis e estando sempre abertas à refutação, são um convite à criatividade, a partir de conjecturas audaciosas e originais (POPPER, 1978, p. 15-16).

O falsificacionismo popperiano se opõe ao convencionalismo, pois para este último a teoria é concebida como um mundo de conceitos, construído artificialmente pelo observador em bases definitivas. No convencionalismo qualquer ameaça trazida por experimentos novos na realidade é sempre passível de ser contornada pela criação de estratagemas, como a criação de hipóteses auxiliares para tornar o sistema inabalado. Com o falsificacionismo cada refutação instiga uma nova conjectura audaciosa, possibilitando, assim, o avanço no conhecimento (POPPER, 2000, p. 82-90).

Há que se pontuar, todavia, que na perspectiva falsificacionista de Popper uma teoria só pode fazer asserções acerca de seus falsadores potenciais e nada pode dizer acerca de seus enunciados permitidos, ou seja, nessa acepção a teoria não pode jamais ser justificada ou verificada, mas somente falsificada.

Interessa apontar a contribuição do falsificacionismo na crítica ao método indutivo. Essa questão é relevante, como pressuposto metodológico da pesquisa, especialmente, para o Pragmatismo que também trata da falácia da indução para apresentar as propriedades da inferência abductiva. Já no século xvii, David Hume revelaria que o método indução apresenta um problema de ordem lógica, pois o próprio argumento indutivo, cuja validade está supostamente precisando de justificação é utilizado como justificação. Dessa sorte, tem-se uma argumentação circular, que não se justifica (CHALMERS, 1993, p. 37-38).

Um exemplo clássico de falácia da indução é a do peru indutivista enunciada por Bertrand Russel. Se toda manhã o peru era alimentado às 9 horas; depois de várias observações, o peru inferiria indutivamente a seguinte assertiva: “eu sou alimentado sempre às 9 horas da manhã”. Essa conclusão, no entanto, apresentou-se como falsa, pois na véspera do Natal, o peru foi morto.

Distinta da indução e da dedução, a abdução é uma forma sintética de inferência, que não é validada nem *a priori*, nem dedutivamente. Em suma, é uma forma de raciocínio que parte dos efeitos para remontar às causas e procura descobrir a partir da consideração daquilo que já se conhece, alguma outra coisa que não se conhece. Dessa sorte, a abdução insiste sobre as consequências experimentais e se constitui eminentemente uma lógica da descoberta (PEIRCE, 1990, p. 203).

Expressão da máxima pragmatista de Peirce, a abdução representa uma forma de raciocínio ousado, em que uma hipótese provisória audaciosa é lançada tendo em vista todas as consequências possíveis concebíveis.

Essa lógica da descoberta está impressa no método pragmático de clarificação conceitual desenvolvido por C. S. Pierce, que objetiva superar obscuridades decorrentes de distinções ilusórias que não se diferenciam no modo de expressão na realidade, tomando a significação de algo pelo somatório de todas as possíveis consequências práticas concebíveis (PEIRCE, 1966b).

### Abdução e *apagoge*: a volta à Aristóteles

A forma do silogismo abduativo, apresentada anteriormente a partir das conclusões de Peirce, aparece em Aristóteles nos Primeiros Analíticos, 69a, e nos Tópicos 159b e 160a. Fundamentalmente é nos Primeiros Analíticos que a lógica desse modo de inferência é anunciado. O título do capítulo 25, Livro II, desta obra, referente à abdução – *apagoge*, encontra-se traduzido pela palavra redução.

Naquele capítulo a questão que se percebe como posta por Aristóteles é a seguinte: se a Virtude (*areté*) pode ser ensinada

(*didaction*). Os três termos do silogismo possível são a Ciência (*epistémé*), o que pode ser ensinado (*didaction*) e a Virtude (*arete*).

Aristóteles tem que a “Ciência poder ser ensinada” é evidente, mas se a “Virtude é uma Ciência” não está claro. Assim, se “Virtude ser uma Ciência” é tão ou mais convincente, no sentido de ser não menos provável ou mais provável que a “Virtude poder ser ensinada”, tem-se a redução. Dessa sorte, avança-se no conhecimento, pois um termo adicional é inserido como hipótese (ARISTÓTELES, II, 25, 69a, 20-35).

Assim, em vez de se perguntar se a “Virtude pode ser ensinada”, se questiona se a “Virtude é uma Ciência”.

A inferência seria arranjada da seguinte forma:

**Resultado:** “Virtude poder ser ensinada” (Fato, Indício, Inquietação)

**Regra:** “Ciência poder ser ensinada”

∴ **Caso:** “Virtude ser uma Ciência”??? (Hipótese)

A inferência da proposição do tipo a “virtude ser uma Ciência”, denota uma inferência que raciocina pelos efeitos, lançando hipóteses para se chegar à causa. Esse raciocínio torna o efeito explícito na conclusão, pois reduzindo ao absurdo teríamos que se a Virtude pode ser ensinada é porque a Virtude é uma Ciência. A consequência de a Virtude ser uma Ciência é tomada como hipótese.

É de notar que o arranjo da inferência *apagoge* de Aristóteles identifica-se com a abdução peirceana. Efetivamente, aqui, não se infere do geral para o particular, nem do particular para o geral, não se tratando nem de um silogismo dedutivo, nem de um indutivo. Procura-se conhecer o desconhecido por aquilo que já se conhece, inferindo-se a hipótese. Na *apagoge* a aceitação da premissa menor e do silogismo é provisória de modo que se afasta do raciocínio puramente dedutivo.

## O argumento jurídico *apagógico*

Embora o Direito não tenha teorizado a *apagoge* como modelo silogístico, alternativo ao dedutivista, na forma tratada por Aristóteles e

Peirce; este modo de inferência aparece na doutrina jurídica como *topoi*, tipo de argumento jurídico (PERELMAN, 2000, p. 79) ou mesmo como lógica retórica, no sentido de um procedimento quase-lógico, que se opõe a concepção de lógica formal (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 335).

O argumento jurídico apagógico é enunciado na doutrina como redução ao absurdo. Isso se deve, em parte, pela tradução do termo grego *apagoge* como sendo redução. A ideia central na *apagoge* não é a redução, mas a peculiaridade de ser uma forma inferencial de criação de hipóteses que parte dos efeitos para as causas, ou seja, é uma lógica voltada à consequência.

Não obstante tenha a expressão redução prevalecido, a argumentação jurídica apagógica ainda revela uma raiz de conexão com *apagoge* original de Aristóteles – a atenção aos efeitos. Esse argumento jurídico é entendido como sendo aquele no qual se supõe que o legislador é sensato e que jamais poderia ter admitido uma interpretação das leis que conduzisse a consequências iníquas. Perelman destaca que este argumento está no centro de todos os raciocínios que se preocupam com as consequências de uma decisão jurídica, como o fato de ser injusta ou justa, afastando-se da concepção puramente positivista do Direito. Acrescenta, ademais, que esse modo de raciocinar ficou mais difundido depois da Segunda Guerra Mundial (PERELMAN, 2000, p. 80).

Os juízes de primeiro grau estariam, ainda segundo ele, mais sensíveis a esse tipo de argumento, pois atuam mais pragmaticamente, buscando soluções conforme o que lhes parece justo e aceitável, enquanto que as Cortes de Cassação são mais sensíveis à coerência do sistema.

Como apontado na primeira parte deste trabalho, a proposta do método abduutivo para o Direito encontra-se inserida no contexto da descoberta, considerando a dicotomia entre o contexto de descoberta e o contexto de justificação (ATIENZA, 2003, p. 22) dada por Karl Popper.

A forma de pensar por hipóteses, ou abdutivamente, não se presta a servir de baliza para aferir a racionalidade argumentativa da decisão jurídica, pois a própria essência do raciocínio abduutivo evidencia uma análise que se opera no âmbito da descoberta, da imaginação.

A *apagoge* ou abdução não é proposta neste livro como *topoi* ou argumento, mas eminentemente como método para compreender a aplicação do Direito no contexto da descoberta. A referência ao argumento pelo absurdo diz respeito à reminiscência da *apagoge* de Aristóteles, que mesmo de modo pulverizado e casual aparece na doutrina jurídica, como sinal ainda primitivo da abdução.

As construções em torno da argumentação consequencialista do MacCormick, por exemplo, divergem substancialmente da proposta de se trabalhar a abdução a partir de Peirce e aplicá-la ao Direito. Aquele desenvolve uma teoria inserida no contexto da justificação, em que a argumentação consequencialista está circunscrita aos limites marcados pelos princípios da universalidade, consistência e coerência.

A abdução ou *apagoge*, que constitui a base lógica na qual se alicerçou o Pragmatismo de Peirce, é apresentada como alternativa para suprir o problema da falta de método a fim de fundamentar a proposta pragmatista de como pensar e aplicar o direito no contexto da descoberta, considerando as consequências da decisão jurídica.

### Metodêutica: a abdução com um método pra descobrir métodos: da retórica especulativa à lógica pragmática da investigação

Há um manuscrito não publicado de Peirce, escrito aproximadamente em 1904, que durante muito tempo não era de conhecimento de seus estudiosos. Na sua fase madura, é possível notar a preocupação de Peirce com a retórica nos escritos científicos e percepção de que sua Semiótica, sua Teoria da Ciência, sua Lógica da Investigação (Abdução) estão intimamente interligadas. Na tentativa de aprimorar a aplicação do método abduutivo ao Direito, foi elaborado um estudo sobre essas reflexões de Peirce sobre o estudo da Retórica Especulativa.

A semiótica, teoria geral dos signos (PEIRCE, 2003, p. 46)<sup>39</sup>, desenvolvida por Peirce, foi por ele dividida em três ramos, a saber: i. Gramática Especulativa, ii. Lógica Crítica e iii. Retórica

---

39 Nos seus primeiros escritos Peirce usa a expressão Gramática Pura, Lógica e Retórica Pura (Metodêutica).

Especulativa. Essa classificação é resultado da consideração dos três elementos do signo: o fundamento, o objeto e o interpretante. O signo (*representamen*) é compreendido como qualquer coisa que representa alguma outra coisa para uma mente que possa interpretá-lo. Desse modo, a Gramática Especulativa está relacionada com o fundamento (caráter específico) que dá ao signo o poder de funcionar; a Lógica Crítica, com a relação entre o signo e seu objeto e a Retórica Especulativa, com a relação entre o signo e seu interpretante (SANTAELLA, 2004, p. 188).

A Retórica Especulativa, também denominada de Metodêutica (métodos de descobrir métodos), foi o ramo que mais ficou esquecido nos estudos dos trabalhos de Peirce. Muitos deles ainda permanecem inéditos e alguns foram recuperados de manuscritos. O próprio Peirce reconhece a Retórica Especulativa como o ramo mais vivo e promissor da Semiótica, que foi negligenciado. A retórica explora a dinâmica dos signos e, portanto, lida com a vida dos signos depois de eles terem sido percebidos por um intérprete.

Segundo James Liszka (2000, p. 439), a Semiótica de Peirce permite revisitar a disputa entre a Lógica e a Retórica, reconciliando-as de modo frutífero. Essa integração é possível a partir da preocupação de Peirce com a prática da investigação. A lógica da descoberta, operacionalizada através da abdução, base da metodêutica pragmatista, tem natureza fundamentalmente retórica (BYBEE, 1991, 292). A relação entre a abdução e entimema não foi claramente desenvolvida por Peirce, mas autores como Ru Michael Sabre e Richard Lanigan exploraram a proximidade dos conceitos.

A aproximação entre Investigação Científica e Retórica fica clara em um manuscrito não publicado de Peirce, escrito por volta de 1904, de título bastante provocativo: “Ideias, extraviadas ou roubadas, sobre a redação científica”. No original, em inglês: *Ideas, Stray, about Scientific Writing*. Neste texto, Peirce reconhece a contribuição da Retórica para a Lógica da Ciência. Ele propõe libertar a Retórica das restrições que a prendem à argumentação oratória. Peirce destaca, assim, que a expansão da Retórica deve ser generalizada para além da fala a fim de alcançar o signo. É lançada, portanto, uma arte

universal da Retórica, segredo geral para tornar os signos efetivos. Seguem abaixo as palavras do próprio Peirce<sup>40</sup> (1978, p. 149):

[...] Evidentemente, nossa concepção de retórica tem de ser generalizada; e para isso, porque não remover a restrição da retórica da fala? Qual é a principal virtude que se pode atribuir à notação algébrica senão a virtude retórica do seu apelo perceptivo? Não têm uma pintura, muitas esculturas, exatamente a mesma falha que, num poema, analisamos sendo “excessivamente retórico”? Vamos nos livrar das objeções, reconhecendo imediatamente como uma arte universal da retórica, que será o segredo de tornar os signos efetivos [...]

O termo signo, usado por Peirce, neste manuscrito envolve tudo que possa produzir um resultado físico (PEIRCE, 1978, p. 149)<sup>41</sup>. Desse modo, a Retórica Especulativa ou Metodêutica está relacionada com o cerne do Pragmatismo (PEIRCE, 1966, p. 113)<sup>42</sup>. compreendendo a investigação das consequências materiais do signo, como prolongamento do interpretante. Na expressão de Peirce, a Retórica Especulativa é “a ciência das condições essenciais sob as quais um signo pode determinar um signo interpretante de si mesmo e de qualquer que seja o que ele signifique, ou pode, como um signo, produzir um resultado físico” (PEIRCE, 1978, p. 150).

John Lyne (1980, p. 164) evidencia, assim, que a Retórica Especulativa dos últimos escritos de Peirce vai além da persuasão prática para estudar como os signos se tornam efetivos, fornecendo uma doutrina geral dos métodos de atingir fins, em geral. O conceito de

---

40 “Evidently, our conception of rhetoric has got to be generalized; and while we are about it, why not remove the restriction of rhetoric to speech? What is the principal virtue ascribed to algebraical notation, if it be not the rhetorical virtue of perspicuity? Has not many a picture, many a sculpture the very same fault which in a poem we analyze as being “too rhetorical.” Let us cut short such objections by acknowledging at once, as an *ens in posse*, a universal art of rhetoric, which shall be the general secret of rendering signs effective”.

41 “[...] “including under the term ‘sign’ every picture, diagram, natural cry, pointing finger, wink, knot in one’s handkerchief, memory, dream, fancy, concept, indication, token, symptom, letter, numeral, word, sentence, chapter, book, library, and in short whatever, be it in the physical universe, be it in the world of thought, that, whether embodying an idea of any kind (and permit us throughout to use this term to cover purposes and feelings), or being connected with some existing object, or referring to future events through a general rule, causes something else, its interpreting sign, to be determined to a corresponding relation to the same idea, existing thing, or law”.

42 “Consider what effects, that might conceivably have practical bearings, we conceive the object of our conception to have. Then, our conception of these effects is the whole of our conception of the object.”

discurso é ampliado em Peirce para englobar todo o ambiente semiótico, em que a humanidade vive. Por isso, o domínio da Retórica Especulativa são os signos e não apenas a fala (*speech*). As ideias para serem transmitidas são comunicadas por certos signos e são interpretadas por mecanismos de interpretação.

A Retórica Especulativa originalmente é referida por Metodêutica, nos escritos de Semiótica de Peirce, estando associada à lógica da descoberta. Refere-se ao método de se abordar o um problema incomum, ou melhor, ao método de descobrir métodos. A Metodêutica, assim, analisa tanto a abdução do ponto de vista operacional como parte de um processo de investigação, bem como o uso da inferência abdutiva para alcançar certos propósitos (PAAVOLA, 2002, p. 251).

A importância da abdução no processo de descoberta na investigação científica envolve também a elaboração de hipóteses e conjecturas com a finalidade de economizar a pesquisa. Isso é possível porque a adivinhação (*guess*) que tem lugar no raciocínio abductivo não é aleatória, pois é provocada por um problema real (dúvida), suscitado pela experiência. É o processo inferencial de tentativa de busca da melhor explicação, para conhecer algo a partir do desconhecido. Nesse sentido, a Metodêutica tem especial interesse na abdução como um método orientador da pesquisa, em que o trabalho de levantar hipóteses plausíveis, identifica que tipos de problemas o pesquisador deve engajar seus esforços (LISZKA, 2000, p. 465).

Peirce, por exemplo, usa exemplos corriqueiros, como o caso seguinte (Peirce Atienza, 2003, p. 44):

[...] Certa vez ocasião desembarquei num porto de uma província da Turquia e subi, passeando, até uma casa à que ia em vista. Encontrei um homem num cavalo, rodeado de quatro cavaleiros que, sobre a cabeça dele, sustinham um dossel. O governador da província era o único personagem que podia ter uma honra tão grande, portanto inferi que aquele homem era ele. Isso é uma hipótese. [...]

Esse caso de inferência para a melhor explicação é um bom exemplo da abdução conduzida por uma argumentação plausível, cuja conclusão é uma adivinhação ou hipótese. Ele pode estar errado, mas neste contexto parece ser uma boa hipótese. Percebe-se, assim, a força

retórica do raciocínio abduutivo. É possível perceber a similaridade entre a inferência abduitiva e a argumentação plausível característica do silogismo retórico, representando pelo entimema. Ambos são falíveis e dependem de pressupostos comuns sobre o que é típico e normalmente esperado em um tipo de situação que é familiar tanto para o orador, como para o ouvinte. Uma generalização como “somente o governador poderia ter uma honra tão grande” não é uma generalização universal do tipo estudado na lógica dedutiva. É um tipo de senso comum generalizado que se encaixa com o caso estereotipado, mas que pode falhar se os pormenores do caso forem mais conhecidos. De qualquer forma, os paralelos entre o entimema de Aristóteles e a abdução de Peirce são instigantes (WALTON, 2004, p. 295-330).

Nesse sentido, Adeodato (2011, p. 314) aponta que abdução pode ser compreendida no conceito de entimema. A abdução como o entimema é um silogismo imperfeito. É um silogismo que não expressa suas partes componentes e por isso tem uma força retórica. Manfred Kraus (2003, p. 248), por sua vez, explora o potencial paralelo entre o entimema por probabilidades e a abdução aplicada à investigação científica.

Ru Michael Sabre (1990, p. 363-372) vai mais além. Ao comparar o entimema aristotélico com a abdução de Peirce chega à conclusão de que esses modos de inferência são significativamente idênticos, não diferindo nem pela matéria, nem pela forma lógica, mas apenas pela intenção do agente que fala ou escreve. O autor examina o contexto retórico, em que o entimema tem lugar, com o contexto de investigação, em que a abdução é o ponto de partida. Para este último, o autor explora ainda o ciclo abduutivo a envolver a relação da abdução com a dedução e indução no processo de investigação.

A conclusão de Ru Michael Sabre é de que a diferença entre essas formas de inferência está na intenção do orador em relação à audiência. Na abdução (investigação), a intenção é voltada para que questionamentos sistemáticos ocorram; enquanto que no entimema (retórica), há a intenção de consolidação de um ponto de vista. Portanto, a intenção do agente é que irá identificar a natureza da hipótese (*because clause*), que formalmente é indistinta (pode ser

entimema ou abdução). Se a hipótese é usada para apelar ou fazer um enlace com uma crença aceita, tem-se retórica. Todavia, se é usada para questionar uma generalização, tem-se investigação. A partir da interpretação da intenção na argumentação indutiva é possível perceber essa distinção. A indução é o argumento da experiência que questiona a hipótese.

Na abdução, a premissa assumida como plausível (hipótese) é testada pela indução em termos de uma aceitabilidade geral. A hipótese é, portanto, uma pergunta no ciclo abduutivo, que pode ser falsificada. Na retórica, o tratamento dado à hipótese (*because clause*) é diferente, pois se apela para uma crença compartilhada pela audiência. Portanto, na fase indutiva, tem-se a abdução quando a hipótese questionada, e entimema quando a hipótese é tomada como pressuposto, por exemplo.

Assim, segundo Sabre (1990, pp. 370), a abdução e o entimema têm em comum a mesma estrutura lógica, independente<sup>43</sup>, diferenciando-se apenas na intenção, que tem lugar na fase indutiva. De modo esquematizado, ambos são (a) uma resposta a uma questão sobre determinada matéria (b), em que uma reclamação é feita em resposta à matéria objeto (c), o qual é apoiada pela hipótese (*because clause*) que, por sua vez, (d) está relacionada com a reclamação de apelo à generalização.

Por compartilharem a mesma estrutura formal é que alguns autores utilizam a expressão entimema abduutivo, a exemplo de Lanigan (1995 p. 67). Essa classificação evidencia as similitudes ao evidenciar que a abdução é formalmente deficiente como o entimema. O referido autor explora dois conceitos: i. o entimema aristotélico propriamente dito, entendido como a “lógica da retórica”, gênero da classificação dos silogismos (demonstrativo, dialético e retórico) e ii. a abdução de Peirce, como a “retórica da lógica” (LANIGAN, 1995, p. 63)<sup>44</sup>, situan-

---

43 Importa destacar que Aristóteles diferencia em razão da matéria.

44 [...] “Rhetoric of logic suggests that it is a syllogism of (1) material uncertainty defined by the signs and the probabilities of human experience in which the asserted terms are fallible because they are present in discourse as oral comportment, and of (2) formal deficiency with one of the three required propositions in the syllogism being left unexpressed or suppressed to use the traditional level.”

do-a em uma abordagem pós-moderna do entimema ao associá-lo com a semiótica. Assim, o entimema abduutivo é um silogismo tanto materialmente deficiente, definido por signos e probabilidades da experiência humana, cujos termos afirmados são falíveis, como formalmente deficiente, em que uma das proposições do silogismo se encontram inarticuladas ou suprimidas operando uma função retórica entre o orador e a audiência.

É essa última forma de abdução que têm lugar na Retórica Especulativa, como lógica da investigação da Ciência que pode ser aplicada como Metodêutica a diversos ramos do conhecimento como o Direito. Importa lembrar que Peirce entende a Ciência como uma entidade viva e histórica e, assim, admite não existirem leis exatas e universais das quais se possa esperar um conhecimento compreensivo preciso e completo.

A Retórica Especulativa, se usada, segundo Peirce pelos cientistas por um tempo suficiente fará surgir um maior acordo (consenso) dessa comunidade. Para isso é preciso que os processos de investigação, que se operam pela abdução, se tornem públicos a fim de que outras pessoas também o possam experimentar. Desse modo, os homens podem ir construindo um número cada vez mais vasto de hipóteses e elas vão cada vez mais revelando a verdade, de modo que as opiniões individuais vão convergindo para uma mesma opinião da comunidade. Segundo Peirce (1955, p. 38)<sup>45</sup>, a opinião está fadada a ser, ao final de tudo, um consenso de todos aqueles que investigam e ela é o que chamamos de verdade; e o objeto dessa opinião é o real. Levando isso ao extremo, a realidade dependeria de uma decisão da comunidade, o que só poderia ser atingida em um estado, cuja informação fosse perfeita<sup>46</sup>.

---

45 *“The opinion which is fated to be ultimately agreed to by all who investigate, is what we mean by the truth, and the object represented in this opinion is the real.”*

46 A realidade existirá para o Pragmatismo mesmo que os cientistas não tenham todas as informações e nem possam exaurir todas as pesquisas no momento. Peirce está consciente disso porque concebe a falibilidade. Desse modo, haverá realidade mesmo que a comunidade científica esteja num contexto específico, limitada por diversos fatores, sejam de ordem social, tecnológica, moral, religiosa, e não possam considerar todas hipóteses ou investigações.

A exploração do contexto da investigação científica, preocupação principal de Peirce, especialmente em seus últimos manuscritos, aponta para uma agenda de pesquisa, em que a abdução pode colaborar para o desenvolvimento de uma Metodêutica e Retórica Especulativa para o Direito.

3.

## A proposta do raciocínio abduutivo para o Direito

### O raciocínio abduutivo aplicado ao Direito

Como abordado na segunda parte deste livro, o ponto de partida da investigação pragmatista é a dúvida que provoca a inquietação do investigador e justifica a proposta da abdução para o Direito.

Essa dúvida não se confunde com a dúvida completa de base cartesiana, que, segundo Peirce, conduziria à autoilusão, pois preconceitos não poderiam simplesmente ser banidos por meio de uma máxima. Não se trataria, portanto, de uma dúvida real, uma vez que, no fundo, o pesquisador não descansa enquanto não recuperasse as crenças que pôs de lado apenas formalmente. A expressão desse pensamento está na famosa frase de Peirce já referida “Não vamos agora duvidar em filosofia daquilo que não duvidamos em nossos corações” (PEIRCE, 1983, p. 71). Isso implica que o ato de duvidar não pode estar isento do acervo cultural e preconceitos que compõem inevitavelmente a formação de cada indivíduo.

É exatamente essa dúvida, a partir do questionamento do modelo subsuntivo tradicional, baseado na dedução, que irá oportunizar a operacionalização da abdução no pensamento jurídico.

Tome-se como referência o famoso caso julgado pelo Tribunal Federal Alemão – *Sitzblockade* (bloqueio de vias de comunicação com pessoas sentadas), que já foi objeto de estudo em outros trabalhos de juristas. Qualquer outro caso poderia ser trazido à discussão, mas a opção por este é o fato de já ter sido exaustivamente debatido por outros teóricos, que criticaram a ilusão do modelo subsuntivo dedutivista. Aqui a ideia é mostrar como abdução está tão próxima ao Direito e pode representar um caminho eficaz para investigação do processo de tomada de decisão jurídica, bem como sua compreensão. Neste livro, esse caso é tomado como ponto de partida para situar o problema do método subsuntivo de base dedutiva para comparativamente ser explorado o modo como a abdução pode ser aplicada.

Tem-se, assim, a seguinte situação fática: duas mulheres bloqueiam sentadas as vias de acesso – entrada do estacionamento – de um depósito de munições para manifestarem em favor da paz. Elas são, então, sujeitas a julgamento pelo Tribunal, cuja sentença é prolatada, segundo dizem os juízes que a elaboraram, a partir da aplicação de regras do método científico, que vai se mostrar apoiado no silogismo dedutivo.

Com a definição de coação do Código Penal Alemão, tem-se a premissa maior do silogismo usada na decisão, que representa a norma jurídica em questão: “Aquele que coagir antijuridicamente outro mediante violência... a realizar ou a tolerar uma ação ou omissão será punido com pena privativa de liberdade de até três anos ou com multa.” A forma como foi disposta a decisão apresentou-se sobre o seguinte modelo subsuntivo:

**Premissa maior:** Aquele que coagir antijuridicamente outro mediante violência a realizar ou a tolerar uma ação ou omissão será punido com pena privativa de liberdade de até três anos ou com multa

**Premissa menor:** As manifestantes “M” coagiram o condutor “C” do veículo que transportava munições, mediante violência, de modo a impedir sua passagem.

**∴ Conclusão:** As manifestantes “M” devem ser punidas.

Joachim Lege (1982, p. 64-69) é um dos que se opõem ao método jurídico utilizado pelo Tribunal alemão neste caso. Elabora sua crítica tomando empréstimo algumas ideias do referencial pragmatista de Peirce. Aponta a limitação da conclusão formal dedutiva, porque não comporta juízos de valor. Ressalta, ademais, que onde quer que se apresente um juízo de valor, esse já é parte integrante da inferência lógica e não propriamente um antecedente. Nesse ponto, o autor se aproxima da dúvida viva e do raciocínio abduutivo de Peirce, que leva em consideração os preconceitos humanos e o contexto em que o julgador se encontra inserido, de sorte a instigar um agir voltado à elaboração de uma crença. Joachim Lege (1982) sugere um modelo próximo ao da abdução para pensar os juízos de valor como próprio e fazê-los explícitos, tornando possível submetê-los à crítica.

Esta polêmica decisão também foi criticada por Kaufmann (2004, p. 84)<sup>47</sup>, em razão do método subsuntivo utilizado no acórdão judicial, na seguinte forma (KAUFMANN, 2004, p. 88):

O tribunal não escreveu no acórdão a maior parte de seus verdadeiros motivos. Isto é, em certa medida, inevitável. O juiz não pode argumentar a respeito de cada proposição e dar notícia disso. Mas num caso penal que aquece os ânimos das mais variadas e respeitadas pessoas, como sucede no caso *Sitzblockade*, o Tribunal deveria ter oferecido mais do que meras fórmulas vazias. Deve-se ter em conta que fundamentos decisórios ocultos são um obstáculo à ciência e à investigação.

Nessa senda, questiona-se: se os limites da subsunção são bem conhecidos – não capturaram os juízos de valor nem as motivações reais da decisão, porque mesmo assim esta ainda persiste sendo aplicada na prática dos Tribunais como se as supostas limitações não existissem? Este é um problema a envolver a aplicação do modelo dedutivo que causa inquietação do investigador, ou melhor, uma dúvida na expressão pragmatista. Não é um problema de pura abstração, mas um que a realidade provoca e oportuniza a proposta do método pragmatista (abdução) ao Direito.

---

47 A proposta metodológica para o Direito de Kaufmann baseada na analogia e não na abdução peirceana (KAUFMANN, 2004, p. 84).

Podem-se apontar causas sociológicas, políticas, psicológicas e até filosóficas para explicar essa postura dos juízes. O que constitui objeto deste livro é a atenção a essas causas como elemento importante na tomada de decisão e não a investigação empírica delas. Essa última constitui, todavia, uma pesquisa relevante, que poderá ser explorada em trabalho posterior, mas o foco condutor do estudo é inicialmente a questão metodológica. Uma vez resolvido este, será possível delinear uma futura pesquisa empírica.

De modo simplificado, a atitude do juiz em insistir no método do silogismo-dedutivo, mesmo quando este se mostra deficiente, poderia ser compreendida ora pela 1. conveniência, ora pela 2. inconsciência. A primeira, quando o juiz não tem coragem ou não pode articular determinadas premissas que de fato motivaram a sentença. Seria o caso da decisão confortável a partir da aplicação de método *a priori*, criticado por Peirce. Fala-se em conveniência por se aproximar a um método de gosto, que se utiliza da estrutura argumentativa do silogismo dedutivo, porque se mostra como agradável à razão. Já a segunda, pode-se pensar quando o julgador sequer tem consciência dos preconceitos e inclinações pessoais que de fato condicionam sua decisão e ele acaba por não as reproduzir na sua decisão, porque acredita efetivamente não as ter. Para essa segunda situação, poder-se-ia associar, aqui, o método da tenacidade e o da autoridade. No primeiro, o juiz simplesmente acredita tenazmente que está tomando a decisão correta, sem questionar como chegou a ela, já que a dúvida não é oportunizada nesse método. E no da autoridade, o juiz atuaria como escravo intelectual, em que seus preconceitos são supostamente eliminados pela máxima da adesão à instituição do Poder Judiciário, cujo projeto é pretender ser imparcial.

Não se pode anular, todavia, a importância do silogismo-dedutivo, que se aproxima do método *a priori*, criticado por Peirce; mas reconhecido por ele mesmo como o mais intelectual, dentre outros, para se chegar à crença. Serve para acalmar o espírito e a imprimir um mínimo de racionalidade às decisões de modo a assegurar, em certa medida, a segurança jurídica, mesmo que aparente. Esse é um fenômeno social, que demandaria uma análise empírica mais detida

para se observar o comportamento do indivíduo e a sensação coletiva acerca da certeza ou incerteza dos institutos jurídicos. Enquanto a pesquisa não chega a esse estágio de análise; deve-se, ao menos, estar continuamente atento às limitações do modelo dedutivo para que a subsunção não se transforme em obstáculo ao desenvolvimento do elemento criativo no Direito. Como aponta a vertente retórica (SOBOTA, 1996, p. 251-273) de certo modo o silogismo serve para construir a realidade artificial que é o Direito; mas não constitui a estrutura principal do discurso jurídico, sendo tão somente um estilo de apresentação da forma legal.

No caso do bloqueio sentado (*Sitzblockade*), referido nesse tópico, os juízes do Tribunal, segundo Kaufmann (2004), quiseram afirmar na sentença que não tinham feito quaisquer valorações e que a decisão foi decorrente da pura aplicação do método subsuntivo. O autor aponta como ilusórios os fundamentos usados pelos juízes, pois que flagrante a existência de pré-juízos ou pré-compreensões dos julgadores em relação ao caso. Índícios de forte valoração política na decisão são apontados porque a atitude das duas mulheres, ambas pacifistas e personalidades notáveis da vida pública, foi vista como grave afronta, desafiando o Estado em sua política beligerante (KAUFMANN, 2004, p. 86).

Dessa sorte, conclui Kaufmann, que a subsunção fora usada pelos juízes como subterfúgio para não expor o verdadeiro motivo – valorações e convicções políticas – no acórdão. Ressalta ainda que a problemática, observada no exemplo trazido, toca num assunto que naturalmente é bastante “melindroso” (KAUFMANN, 2004, p. 88) e complicado, mas que não representa uma nova crítica aos Tribunais. Esta crítica pode ser encontrada desde correntes mais conservadoras e liberais do Direito.

Desse modo, a proposta pragmatista através da abdução aparece não como a solução única, mas como um dos caminhos possíveis à compreensão do processo da decisão jurídica. Especialmente por trabalhar com um modo de inferência que atua no contexto da descoberta e não no contexto da justificação, é que a abdução aparece como alternativa para investigar o modo como se chega à decisão, de

sorte a ter claras seu real significado e a conclusão, antecipada pelo juiz, a partir dos efeitos concebíveis. Isso só seria oportunizado por uma lógica viva do tipo abduativa.

Tratada no contexto da racionalidade jurídica, tem-se a decisão do caso *Sitzblockade* da seguinte forma:

**Regra:** Quem coage outrem mediante violência será castigado

**Caso:** M (Manifestante) coagiu mediante violência

**∴ Resultado:** M deve ser castigado.

Observe-se que a premissa menor (caso) deste silogismo dedutivo aparece de forma não problemática, como se a aplicação da norma fosse supostamente um ato pacífico, automático, isento de valorações. Ou seja, no contexto da justificação pela subsunção silogística, a premissa menor, que incorpora o fato jurídico “M (as mulheres manifestantes) coagiu mediante violência” aparece como não contestável, como se essa aplicação fosse automática, sem existência de qualquer dúvida ou inquietação do julgador. O enquadramento de algum fato da realidade como jurídico é o momento crucial na aplicação do Direito; senão o mais importante, pois que, então, ser-lhe-á atribuído a nova significação e determinado suas consequências jurídicas.

Ademais, é possível questionar o recurso inferencial da subsunção quando aplicada ao Direito, uma vez através dela é que se procura subsumir da norma jurídica (entidade abstrata) o fato jurídico (entidade concreta), que estão situadas em planos separados do conhecimento, um no *dever ser* e outro no *ser*. Como o silogismo dedutivo que opera unicamente na abstração pode realizar um “salto mortal”, ignorar o abismo epistemológico entre essas duas entidades, e transpor o plano do *dever ser* para o *ser*, como num passe de mágica ilusionista<sup>48</sup>? Talvez isso seja possível apenas analisando conceitos na abstração.

---

48 Tenha-se que o termo ilusionista não é utilizado no texto de modo anedótico, mas diversamente com tom acadêmico. O próprio kaufmann ao criticar a decisão do Tribunal Alemão usa em várias passagens fundamento ilusório para criticar a decisão do Tribunal Alemão.

Segundo a perspectiva pragmatista, da lei nada se pode subsumir. Peirce (1980, p. 113), em seu artigo “Como tornar nossas ideias claras”, já anunciava uma das máximas do pensamento pragmatista de que nada novo pode ser aprendido apenas analisando definições. Neste sentido, o modelo subsuntivo não permite ao juiz avançar<sup>49</sup> para alcançar a decisão jurídica, pois que se encontra preso ao plano da pura abstração e as inferências operam nessa esfera apenas.

Já em outro artigo “Algumas consequências de quatro incapacidades”, Peirce questiona a transformação instantânea, que se opera no modelo silogístico, das premissas para conclusão:

Mas será que a mente passa por um processo silogístico? O fato de que uma conclusão – como algo que exista na mente de modo independente, tal como uma imagem – repentinamente substitua de modo similar duas premissas existentes na mente constitui algo de que se pode duvidar (PEIRCE, 2003d, p. 261)<sup>50</sup>.

A crítica é trazida por Peirce (1983) para tratar de outras formas de inferência além da dedução, a citar: a indução e a hipótese<sup>51</sup> (abdução, característica do pensamento pragmatista). O autor reconhece, todavia, a existência de algo dentro do organismo humano que seja equivalente ao processo silogístico. Segundo ele, a experiência mostra que, se um homem acredita nas premissas, no sentido de que ele agirá conforme elas e dirá que são verdadeiras, sob certas condições favoráveis, ele também estará pronto para agir a partir da conclusão e a dizer que esta é verdadeira.

Tem-se que crença e dúvida apresentam uma conotação específica no Pragmatismo de Peirce, como visto anteriormente. Outro ponto é que o Pragmatismo não renega de modo absoluto o papel da dedução ou indução – essas não se prestam a descobrir, mas tem a sua

---

49 Tenha-se em mente a ideia de continuidade presente no método pragmático que permite avançar o conhecimento, pois nunca o concebe como estagnado, mas sempre aberto a novas possibilidades. Isso será objeto de tópico específico.

50 Ressalte-se que Peirce também reconhece a importância do silogismo quando depois irá apresentar três formas distintas de inferência – a dedução, a indução e a hipótese ou abdução (PEIRCE, 2003d, p. 261).

51 Destaque-se que no artigo “Algumas Consequências de quatro incapacidades”, Peirce se refere à abdução pelo uso da palavra hipótese. A expressão abdução ainda não aparece nesse texto do autor. (PEIRCE, 1983, p. 262)

função específica para o teste da hipótese. A abdução, por sua vez, é um modo de inferência bem peculiar que aparece no Pragmatismo, como ponto de partida do pensamento.

Voltando ao caso do *Sitzblockade*, observe-se que no modelo dedutivista subsuntivo a premissa menor do silogismo, correspondente ao fato jurídico, “Manifestantes (M) coagiram mediante violência” é apresentado sem maiores questionamentos ou problematização. Nesta estrutura a correlação entre conceito jurídico de “violência” e “o ato de ficar sentado bloqueando vias de acesso” aparece censurado.

Aplicando, agora, a metodologia peirceana à decisão no mesmo caso, ter-se-ia o seguinte modelo, a partir da abdução:

**Resultado:** M deve ser castigado (Indício, Inquietação)

**Regra:** Quem coage outrem mediante violência será castigado

**∴ Caso:** M coagiu mediante violência (Hipótese) ???

Observe-se que a abdução é uma inferência que parte do Resultado (conclusão ou sentença), através da Regra (norma jurídica ou premissa maior) para o Caso (fato jurídico ou premissa menor). Presta-se ao Direito, pois revela a forma como o operador jurídico de fato atua e explora o contexto da descoberta. Por ter em mente os efeitos da decisão é também chamada de Lógica das Consequências.

Como bem destaca Dewey (1924) em *Logical Method and Law* nenhum advogado vai tentar resolver o caso de um cliente através de silogismos dedutivistas. No Direito, segundo ele, “geralmente começamos com uma vaga antecipação da conclusão (ou ao menos de conclusões alternativas) e depois olhamos ao redor para princípios e dados que o consubstanciam e possibilitam nós escolhermos inteligentemente entre conclusões rivais”<sup>52</sup> (DEWEY, 1924. p. 567).

No caso estudado, constata-se que no primeiro momento o juiz toma a decisão e depois é que vai justificá-la racionalmente através de uma norma do sistema. Esta ideia de primeiro decidir e depois

---

<sup>52</sup> Tradução do original: *we generally begin with a vague anticipation of a conclusion (or at least of alternative conclusions), and then we look around for reasons for principles and data which will substantiate it or will enable us to choose intelligently between rival conclusions* (DEWEY, 1924. p. 567).

justificar está também presente nos escritos dos realistas jurídicos, a citar Oliver w. Holmes, Roscoe Pound e Benjamin Cardozo.

Os realistas jurídicos já falavam que a decisão judicial não se tratava de um processo inferencial do tipo silogismo dedutivo; havendo uma outra lógica viva por trás que não se sabia bem como operava. Essa lógica pode ser compreendida pela inferência abdutiva, que assume os preconceitos como pressuposto. Premissas que efetivamente motivam a decisão, sejam de ordem psicológica, social, jurídica, econômica, dentre outras, não aparecem explícitas na fundamentação. O que o silogismo dedutivo faz é o papel de justificador *a posteriori*, depois que a decisão foi tomada.

Catharine Wells (1991, p. 279-281), integrante da vertente do pragmatismo contemporâneo, vai, por exemplo, diferenciar a tomada de decisão que se opera pela estrutura situacional (*Structured Decisionmaking*) e o modo de decidir contextualizado (*Contextual Decisionmaking*). O primeiro modelo estruturado de decidir se aproximaria da subsunção pelo silogismo dedutivo, que segundo ela seria composto por cinco etapas que se seguem por ordem: 1. Selecionar uma teoria normativa; 2. Caracterizar o caso em termos gerais; 3. Analisar o caso em concordância com a teoria normativa escolhida; 4. Selecionar a regra que vai decidir o caso de acordo com a teoria normativa; 5. Aplicar a regra ao caso para uma conclusão. Já o segundo modelo contextual, o julgador segue por diferente caminho: 1. O juiz começa tornando-se familiar com algumas repercussões gerais da controvérsia. Ele é tomado por um aglomerado de fatos; 2. Vai reconstruir o evento em perspectivas variadas. Por exemplo, vai imaginar a vantagem do evento a cada uma das partes envolvidas. 3. O juiz vai recriar o incidente dentro de uma história como um todo; 4. Vai formar uma resposta intuitiva a situação concreta tomada como um todo; 5. Exercer o autocrítico: corrigir as respostas intuitivas.

Importa associar a contribuição filosófica desses autores ao raciocínio abdutivo fundado por c. s. Peirce. A elaboração acerca da estrutura contextualizada de Catharine Well (1991), apesar de apresentar uma inspiração mais ligada à disposição de Dewey sobre o processo de investigação, permite também aproximá-la do raciocínio abdutivo de Peirce, pois esse envolve a ideia de um *insight* que

antecipada a decisão, mas que pode ser altamente falível e por isso deve ser sujeito à verificação (autocorreção).

Assim, ter-se-ia o resultado (Conclusão) – “condenar ou não condenar as duas mulheres manifestantes” – como o ponto de partida do raciocínio jurídico. Resultado este que é estabelecido a partir da inquietação provocada pela realidade, tendo em conta os preconceitos que o indivíduo possua em seu coração. Volte-se aqui à ideia da dúvida real de Peirce.

Já a premissa menor aparece na abdução como um juízo altamente problemático, ou seja, é uma hipótese, que pode potencialmente acrescentar uma nova significação ao conceito jurídico de violência, a partir de seus efeitos concebíveis na realidade. Conceito este que nunca resta estagnado, e sempre pode ser questionado. Tenha-se aqui o potencial criativo e a ulerdade que a abdução oportuniza.

Neste ponto reside uma das principais contribuições da abdução no processo de descoberta da premissa menor, na criação do fato jurídico. Nas palavras de Peirce “já não é o raciocínio que determina como a conclusão deve ser, mas é a conclusão que determina o que o raciocínio deve ser (PEIRCE, 1931, *web*)”<sup>53</sup>. O primeiro, que equivalente a subsunção-dedutiva, é o raciocínio do tipo simulado.

Peirce, assim, esclarece que não será a argumentação que irá conduzir à conclusão. Para o autor isso é mera hipocrisia, especialmente quando se está a tratar de questões morais. O processo seria inverso – partir primeiro da conclusão, das consequências. E como a moralidade pressupõe um autocontrole, o homem aprende que não deve se submeter, de modo não reservado, a nenhum método sem levar em consideração as consequências que este lhe produzirá.

Desse modo, a abdução de Peirce, aplicada ao processo de decisão judicial, pode ser didaticamente representada assim:

**Resultado:** Conclusão (Antecipação da consequência)

**Regra:** Premissa maior (Norma jurídica)

**∴ Caso:** Premissa menor (Fato jurídico – Hipótese ?)

---

53 Tradução do original: “it is no longer the reasoning which determines what the conclusion shall be, but it is the conclusion which determines what the reasoning shall be. This is sham reasoning” (PEIRCE, 1931, *web*).

Nessa linha, se a decisão jurídica não é o resultado da racionalização de premissas argumentativas em um modelo subsuntivo, os elementos valorativos jamais poderão estar presentes nessa estrutura, pois que este tipo de silogismo por dedução se presta apenas a justificar a decisão tomada em um instante anterior. O contexto da descoberta, todavia, é onde se dá a decisão e onde o método pragmatista através da abdução tem lugar.

### Superando o dualismo entre fato e norma, *ser* e *dever ser*

A questão em torno do método subsuntivo, de como é possível subsumir da norma jurídica (entidade abstrata) o fato jurídico (entidade concreta), faz-se problemática porque incorpora o pressuposto do dualismo entre *ser* e o *dever ser*. Nos termos da análise anterior, o salto inferencial dado pela subsunção dedutiva representa, sob a ótica pragmatista, uma ilusão – uma racionalidade artificial. Com a abdução a distinção entre mundo dos fatos e mundo do direito perde o sentido. Isso porque o Pragmatismo como uma filosofia crítica do representacionismo (racionalismo cartesianismo e empirismo inglês) não comporta a separação entre *ser* e *dever ser*. Unir pensamento e existência é ideia fundamental do pensamento pragmatista.

O modelo subsuntivo teve suas bases assentadas no representacionismo, segundo o qual o conhecimento é entendido como uma representação da mente do que existe fora dela, como se a mente fosse um espelho da natureza. Assim, a partir da teoria dos dois mundos, *natureza* e *espírito*, *ser* e *consciência*, *real* e *ideal*, *objeto* e *sujeito*, *ser* e *dever-se* estariam separados rigorosamente. Pontue-se que essa oposição binária da metafísica ocidental, estabelecida pela tradição europeia clássica, notadamente através de Platão, Descartes e Kant, é refutada pelo Pragmatismo (RORTY, 2001, p. 9).

Kaufmann (2002), por exemplo, aponta que as teorias do direito se desenvolveram no período moderno, mantendo a distinção entre o *ser* e *dever ser*, ora privilegiando um ou outro. Assim, as que procederam dedutivamente, como o positivismo lógico-normativo, a Jurisprudência de Conceitos e a Teoria Pura do Direito acentuaram

o *dever ser* do direito, olvidando-se, todavia, dos fatos jurídicos – momento de *ser* do direito. As que de outro modo procederam indutivamente, como a teoria jurídica de Rudolf von Jhering, o positivismo jurídico empírico, a jurisprudência dos interesses, o movimento do direito livre e a sociologia jurídica empírica, voltaram-se à realidade, sem, no entanto, lograr justificar como a partir do *ser* se poderia alcançar o *dever ser* (KAUFMANN, 2002, p. 182).

Interessa destacar, todavia, que integrantes da chamada sociologia jurídica empírica, ligada ao realismo jurídico, do século XIX, não necessariamente privilegiaram o método indutivo. Havia uma imprecisão do método de investigação por eles utilizado, mas é razoável inferir que aqueles de inspiração pragmatista, como John Dewey, Holmes e Cardozo atuaram de forma abduativa, pois que envolvidos nos pressupostos do método pragmatista, ainda que não-conscientes do método peirceano.

Para se pensar na aplicação do método de base pragmatista é preciso revisar categorias jurídicas apriorísticas que se relacionam diretamente com o processo de tomada de decisão. Estruturas e conceitos básicos apriorísticos como relação jurídica, validade, norma jurídica, fato jurídico, são produto do processo de inferência perpetrado a partir do dualismo metódico entre *realidade* e *norma*.

Não havendo a oportunidade de revisar, neste livro, a infinidade de conceitos apriorísticos relacionados, o ataque pragmatista será dirigido ao fundamento dualista que desencadeou a estruturação das teorias que tratam da decisão jurídica, objeto de crítica neste estudo.

A filosofia dualista de Kant – teoria dos dois mundos – separando rigorosamente *natureza* e *espírito*, *ser* e *consciência*, *real* e *ideal*, *objeto* e *sujeito*, *ser* e *dever-ser*, exerceu grande influência no pensamento ocidental, especialmente em Kelsen (ADEODATO, 1996, p. 32).

Como neokantista, Kelsen (1999) desenvolveu a Teoria Pura do Direito, tomando o pressuposto da intransponibilidade absoluta entre as esferas do *ser* e o *deve-ser*. Assim, separou uma perspectiva descritiva (causalidade) de uma prescritiva (imputabilidade) (KELSEN, 1999, p. 100).

O juízo do *ser* e o juízo do *dever-ser* seriam totalmente independentes e cada qual seguiria seu método específico. O alto grau de teorização desenvolvida por Kelsen não foi capaz, no entanto, de resolver os problemas do ponto de vista prático, considerando que o positivismo lógico-normativo, do qual o autor foi expoente, perdeu o contato com a vida real (KAUFMANN, 2002, p. 182), apegando-se às formas e às categorias *a priori*.

Críticas se dirigiram à Teoria Pura do Direito, especialmente porque Kelsen não conseguiu manter a disparidade entre o *ser* e *dever-ser*, adotada como seu ponto de partida. A construção em torno da norma fundamental excepcionou a separação de mundos, com a possibilidade de se deduzir o *dever-ser* de um *ser*. Como elucida Karl Larenz (1997, p. 99) “[...] o *dever ser* resulta efectivamente, pela via travessa do postulado teórico da norma fundamental, de um *ser*, que como tal, é para Kelsen alheio ao sentido e ao valor da (mera) facticidade.”

O Pragmatismo, em sentido oposto ao dogmatismo tradicional, supera o dualismo entre *ser* e *dever ser*, integrando o mundo dos fatos e o mundo dos direitos num plano único. “Ligar pensamento à existência, ligar o pensamento à vida, eis a ideia fundamental do Pragmatismo (DURKHEIM, 1992, p. 31)”<sup>54</sup>.

Com o pensamento pragmatista, deixa-se então de haver o salto “mortal” – o abismo epistemológico – entre *existência* e *pensamento*. Este último encontra sua significação na conduta que o agente está apto a produzir. Assim, o pensamento só se faz como elemento da realidade, movendo-se tão somente num plano único, do qual também fazem parte a existência e a vida.

Os efeitos concebíveis de natureza prática que algo pode envolver compõem seu significado. O método pragmático, não concebendo uma diferenciação que se opere na abstração e que não se distinga na realidade, revela a impossibilidade de se pensar em planos separados – abstrato e real.

---

54 Destaque-se que esta citação das lições de Durkheim se refere à parte na qual o sociólogo descreve o Pragmatismo e não corresponde ao seu posicionamento que é de oposição à filosofia pragmatista.

Como foi destacado anteriormente, os significados dos conceitos intelectuais no Pragmatismo não são definitivos, porém dinâmicos e abertos; repousando no somatório de todas as consequências práticas previsíveis de algo, cujo número é indefinido. Por esta razão, diante da impossibilidade de se levantar todos os futuros resultados experimentais, o conceito no Pragmatismo é probabilístico. A falibilidade lhe é imanente, o que possibilita ao jurista pragmatista buscar sempre um aperfeiçoamento e refinamento do significado (STROH, 1968. p. 115).

Avesso a questões metafísicas sem sentido, o método pragmatista busca liquidar disputas que, de outro modo, seriam intermináveis (JAMES, 1967, p. 44). Crítico voraz às inconsistências do dogmatismo tradicional, e com uma filosofia voltada aos fatos concretos, o Pragmatismo não se filia nem à corrente racionalista, nem à empirista<sup>55</sup>, procurando antes reconciliá-las, ou melhor, superá-las. Tome-se as palavras de James (1967, p. 57)

[...], o pragmatismo, devotado aos fatos, não tem essa propensão materialista sob a qual o empirismo ordinário opera. Mas ainda, não faz qualquer objeção ao sistema de abstrações, na medida em que possa percorrer os particulares com sua ajuda, o que realmente, pode ser feito. Interessado não em conclusões, mas naquilo que nossos espíritos e nossas experiências elaboram juntos [...]

Para pensar o Direito sob a perspectiva pragmatista é preciso considerar a unificação entre o *ser* e o *dever ser*. A clareza conceitual a partir do método pragmatista reclama por uma unificação do mundo dos fatos (realidade) e o mundo do Direito (abstração, teoria), com a superação desta dicotomia. Para a inferência abdução, essas duas entidades operam no mesmo plano, o que torna possível transitar do fato para a teoria no Direito, sem a necessidade de se recorrer a estratégias lógicas ou justificações externas.

---

55 Em sua primeira conferência, intitulada “O atual dilema da Filosofia”, James esquematiza o dualismo em duas colunas, enumerando suas dicotomias. Em uma delas tem-se o Espírito Terno (Racionalista, o que segue princípios, Intelectualista, Idealista, Otimista, Religioso, Livre arbitrista, Monista e Dogmático) e em outra coluna tem-se o Espírito Duro (Empírico, o que segue fatos, Sensacionalista, Materialista, Pessimista, Irreligioso, Fatalista, Pluralista e Cético) (JAMES, 1967, p. 44).

## Fato e a norma jurídica pragmatistas

Uma vez suplantado o dualismo metódico, empecilho para a compreensão da operacionalização a partir da abdução, cumpre ser feita uma revisão pragmatista de conceitos apriorísticos como fato jurídico e norma jurídica.

Toma-se empréstimo a contribuição da obra de 'Minha Filosofia do Direito' de Dewey, um dos trabalhos precursores do Pragmatismo aplicado ao Direito. Para ele, a lei – norma jurídica – não poderia ser concebida como uma entidade separada, somente podendo ser discutida em termos das condições sociais em que surge e do que concretamente se faz. Atente-se para as palavras do filósofo (DEWEY, 2002. p. 517):

[...] Um dado ajuste legal é aquilo que se faz, e aquilo que faz reside no campo de modificar e/ou manter as atividades humanas enquanto interesses em andamento. Sem aplicação, há pedaços de papel ou vozes no ar, mas nada que possa ser chamado de lei.

Os fenômenos e fatos sociais não são concebidos como algo acabado, mas como processo, coisas em andamento. Se for pensado em padrão ou tipicidade no Direito, estes não se encontram encerrados em molduras teóricas terminadas, considerando que o exame das consequências na realidade constitui a base para a manutenção ou modificação deste padrão, cuja certeza não é teórica; mas prática, situada no futuro.

O método pragmatista de pensar o significado possibilitaria, assim, trazer para o núcleo conceitual da decisão jurídica, as consequências que esta produz na realidade fática, acrescida à sua formatação apriorística original dada pela norma jurídica abstrata, de modo a aprimorá-la continuamente. A decisão jurídica ganharia significação em decorrência de suas consequências capturadas no contexto da descoberta, a partir do raciocínio abduutivo.

Dessa sorte, teorias não são abandonadas de todo pela proposta pragmatista. A ênfase nos fatos e consequências concebíveis está em atribuir vitalidade às teorias jurídicas que, sem provocação da dúvida a partir de fatos surpreendentes na inferência abduitiva, não passariam de aparentes. Com a abdução, o suposto fato jurídico

reproduzido na premissa menor aparece como problemático, pois ele é a hipótese falível sujeita ao controle.

Oliver w. Holmes critica com propriedade as deficiências da teoria tradicional que tende “a colocar a carroça diante do cavalo e a considerar o direito ou o dever como algo que existe à parte e independente das consequências de sua violação, ao qual certas sanções são acrescentadas mais tarde (HOLMES, 1955. p.60)”<sup>56</sup>. Vê-se, assim, em Holmes, o esboço de um raciocínio segundo a inferência abdu-tiva para o Direito.

A ideia de Holmes acerca de que o Direito é aquilo decidido pelos Tribunais e não é nada mais do que profecias (HOLMES, 1955, p. 60), parece se aproximar da proposta de Peirce. Segundo Posner (2007, p. 300), é razoável compreender que o advogado conceba o Direito como previsão, pois assim ele servirá melhor aos interesses de seu cliente. Quando se tem em consideração o juiz, o caso não deixa de ser diferente, pois ele também age muitas vezes adiantando suas conclusões (em que suas pré-compreensões pessoais e contexto no qual se encontra inserido são os ingredientes), quando defrontado com um fato que o inquiete. Apesar das observações de Thomas Grey sobre os poucos pontos de contato entre Holmes e Peirce, é possível ver nesta nuance a aproximação de profecia com a ideia de uma lógica (abdu-tiva) situada no futuro, que direciona o agir por meio do autocontrole, pois o homem tenta antecipar as consequências a que se submeteria se adotar um ou outro caminho. Para isso ele traça a antecipação de uma conclusão que se projeta para uma conduta humana no futuro. Segundo Holmes (2002, p. 427):

[...] Se vocês desejam conhecer o Direito e nada mais, deve-se olhar para ele como um Homem Mau, que só se preocupa com as consequências materiais que tal conhecimento permita prever e não como um Homem Bom que encontra suas razões para a conduta, seja dentro ou fora do Direito, nas sanções da consciência.[...]

---

56 Tradução do original: “I shall have something to say in a moment, is that theory is apt to get the car before the horse, and to consider the right or the duty as something existing apart from and independent of the consequences its breach, to which certain sanctions are added afterwards” (HOLMES, 1955. p. 60).

O que se costumou chamar de aplicação da lei não é algo que ocorre *após* uma regra ou lei, mas é uma *parte* necessária deles (DEWEY, 2002, p. 517). Sob uma perspectiva pragmatista peirceana, norma jurídica e fato jurídico integrariam uma mesma realidade, na medida em que se fazem acontecer e não se diferenciam em seus efeitos concebíveis na prática.

Tenha-se que a perspectiva pragmatista acerca das categorias norma e fato jurídico não é reducionista por resumir tudo a um plano único. Em sentido contrário, há razões para entendê-la como enriquecedora ao incorporar a complexidade dos fatos sociais, os preconceitos do juiz e demais elementos inconscientes, que envolvem o ato de julgar; e que outrora restam escondidos e não revelados pelo uso exclusivo de regras de justificação e racionalização *a posteriori*.

Isso se aproxima da ideia do novo institucionalismo na economia (NORTH, 2006, p. 1-5)<sup>57</sup>, que procura compreender instituições como as regras do jogo que efetivamente constroem o comportamento dos indivíduos na sociedade. No caso, o contexto exerce um papel fundamental, pois as regras são dinâmicas e não compõem um todo agregado de um sistema holístico, diferenciando-se, pois, nos modos de expressão na prática. Por exemplo, numa sociedade em que há índices elevados de impunidade, é possível que o significado das ações seja por ela moldadas; pois a impunidade vai entrar dentro das consequências concebíveis, quando alguém direciona o agir no mundo e o projetar no futuro como hipótese. A ideia de Homem Mau de Holmes possibilita visualizar isso de modo claro. Quando analisam o Direito, os neoinstitucionalistas da Economia o concebem não apenas através de sua norma formal escrita, mas também dos arranjos informais, que funcionam como as regras do jogo. Uma desses arranjos informais que podem formar a convicção e levantar

---

57 Entre os representantes dessa escola está o prêmio Nobel, Douglass North, que juntamente com outros, inauguraram uma vertente nova na Economia, voltada à uma análise institucional, mais próxima da realidade. Nessa análise econômica, o Direito entra como objeto de pesquisa e por essa razão pode ser uma versão da análise econômica do Direito e pode ser entendido com integrante do ramo *Law and Economics* (NORTH, 2006, p. 1-5).

ou não a dúvida é o sistema de impunidade ou a expectativa de cumprimento dos contratos, por exemplo.

### O desafio e os riscos de subversão da abdução aplicada ao Direito

Quando se elabora a contribuição de uma nuance específica do Pragmatismo de Peirce para o Direito, como através da abdução, esta envolve também desafios e limitações. A primeira dificuldade é tornar os juízes conscientes acerca do raciocínio abduutivo, de modo que explicitem esse modelo inferencial em suas sentenças. De outra sorte, esse recurso pragmatista pode servir, ao menos, para analisar e compreender como opera a decisão judicial, que se faz no contexto da descoberta, a fim de que haja um aprimoramento constante para as decisões posteriores. Isso interessa porque, só se pode construir uma crítica efetiva acerca de determinada decisão judicial com vista ao seu aperfeiçoamento se houver clareza dos conceitos empregados, no sentido pragmatista. Se estes forem obscuros e não houver o emprego do método abduutivo, há o risco de se construir uma proposta em cima do que seja meramente aparente.

Note-se, nessa primeira observação, que a abordagem pragmatista a partir da abdução é pretendida tanto como prescrição para o Direito, como também para explicação (descrição) do Direito. Se estivesse inserido em outra perspectiva filosófica, que incorporasse o dualista metódico entre *ser* (causalidade) e *dever ser* (imputabilidade), o parágrafo acima não teria sentido. Como visto, o Pragmatismo supera esse dualismo, e sua proposta alcança ao mesmo tempo a perspectiva prescritiva (no sentido de normativa), bem como a descritiva (explicativa). Por se lançar ao futuro, a abdução não pode deixar de trabalhar com uma abordagem prescritiva, de autocontrole da conduta humana; nem sua hipótese falível deixa de ser uma explicação face a um fato surpreendente que inquieta o julgador e o instiga a decidir e se posicionar.

No que se refere ao contexto da descoberta, apresentado na Parte 1 deste livro como pressuposto epistemológico da abdução,

o objetivo foi ter claro o momento em que a abdução se oportuniza como inferência fecunda a dar significado à decisão jurídica, oportunizar a criatividade e a autocorreção. Lá já foi alertado que, ao final deste trabalho, essa dicotomia inicialmente proposta poderia ser abandonada. Isso porque o Pragmatismo de Peirce atenta para um conceito fundamental que é o de continuidade. Por ele poderíamos entender que a proposta a partir da abdução é colocada em um primeiro momento no tempo, que é contínuo, e se segue para o contexto da justificação, segundo momento. Ou seja, a dicotomia perde o sentido de se estabelecer absoluta porque esses dois contextos se comunicam. Peirce vem a utilizar a dedução na sua teoria da investigação, mas em um momento posterior à abdução. Se fosse usada antes, ela engessaria todo o processo investigativo e não possibilitaria a criatividade, originalidade, fundamental à fase inicial de formulação de hipóteses, os quais só têm lugar com a abdução.

Atente-se, todavia, para que não venham a subverter o abandono que aqui é feito da dicotomia. A diferenciação inicial foi desenvolvida para compreender que a abdução está ligada pela sua natureza intrínseca de lógica da iberdade (*insight*) ao contexto da descoberta (da investigação), e não a um contexto da justificação, ou racionalização de premissas, já que propõe um juízo probabilístico (falível) e não necessário. Dessa sorte, a abdução possibilitaria assim dar significado à decisão que aparece exposta no contexto da justificação. A ideia é mostrar que a descoberta influencia a justificação e não o contrário.

Dar vida ao contexto da justificação, a partir do contexto da descoberta, oportunizado pela abdução, é o projeto que se pretende com a aplicação do raciocínio abduutivo ao Direito. Desse modo, uma proposta que venha a aplicar a abdução, em primeiro lugar, ao contexto da justificação acaba por destruir, por completo, qualquer possibilidade de contribuição aqui desenvolvida. Como foi estudada na Parte 2, a abdução é o ponto de partida e não ponto de chegada da investigação. Assim, propostas de teoria jurídicas, que reconheçam a importância do contexto da descoberta, mas coloquem em evidência, e em primeiro lugar, o contexto da justificação acabam por engessar e tolher qualquer contribuição que o contexto da descoberta possa fornecer. A justificação é estéril para tal projeto, se esse contexto for colocado

em primeiro plano, pois vai aprisionar o contexto da descoberta a seus ditames de coerência, completude etc., e despir a abdução de qualquer funcionalidade. Por essa razão são aqui enfatizados os riscos de subversão da proposta inicial deste livro.

O ponto forte presente no projeto Pragmatismo é ter clareza acerca das consequências presentes dos conceitos. Isso pode ser aplicado à sentença judicial, a partir do exercício da abdução na formulação da hipótese, na qual a premissa menor aparece como problemática e falível. A uberdade nesse processo de decisão pode ser estimulada pela interdisciplinaridade que o Pragmatismo oportuniza, trazendo contribuições da Economia, Psicologia, Sociologia, Engenharia, Biologia, Teologia, História dentre outros, cujas metodologias podem servir para inspirar o julgador na antecipação das hipóteses concebíveis e sua posterior avaliação. Isso se coaduna também com a ideia de Peirce de comunidade aberta dos cientistas.

Joseph C. Hutcheson, juiz do Texas, nos EUA, nos idos de 1930, é quem parece se aproximar do projeto aqui apresentado pelo método pragmatista de Peirce. Hutcheson é reconhecido como integrante do realismo jurídico (FISHER II; HORWITZ; REED, 1993, p. 202), pelo artigo que escreveu, em 1929, de título *The Judgment Intuitive: the Function of the 'hunch' in Judicial Decision*. Neste texto expõe que os juízes e advogados devem treinar e cultivar a imaginação. Apesar de não se referir à abdução de Peirce; a referência ao exercício da imaginação por aqueles que tratam com a decisão judicial é o primeiro indício da aproximação com as ideias de Peirce no processo de investigação criativo.

Hutcheson (1929) alerta para o problema do debate em torno de uma questão jurídica, em termos artificiais e abstratos; pois há o perigo de os envolvidos serem levados, por uma definição técnica, a aplicar determinado conceito jurídico e deduzir consequências, que não tenham qualquer relação com o terreno que fundamenta aquele conceito (HUTCHESON, 1929, p. 276). Assim, é crucial distinguir o processo de deduzir consequências do processo de abduzir consequências para que não se desvirtue a proposta deste livro a partir do Pragmatismo de Peirce. Interessa essa distinção para que não se confundam consequência e abdução.

É dado que consequência está diretamente relacionada com a abdução, mas elas não são sinônimas. A consequência é operacionalizada pelo raciocínio abduutivo, que tem o foco na geração da hipótese a partir dos efeitos concebíveis de algo e é falível; sendo estimulada por uma inquietação real situada no futuro. A atitude para que Hutchenson alerta é o ato de deduzir consequências. Pela perspectiva pragmatista isso seria uma contradição, pois a partir da dedução não se pode chegar à consequência alguma. Como o próprio Peirce já falava, em *How to make our ideas clear*, nada novo se obtém apenas analisando definições na abstração ou teoria. Dessa sorte, a dedução não é o processo de inferência hábil a levantar efeitos e consequências, pois é tautológica. Forçar um caminho nesse sentido seria utilizar a inferência dedutiva como uma simulação para tratar de consequências que seriam aparentes.

Interessa, desse modo, evidenciar que o Pragmatismo de Peirce, operacionalizado pela abdução leva em consideração fundamentalmente as consequências *in the long run*, ou seja, as de longo alcance, lançadas na imaginação criativa, para além do observável; não se restringindo as de efeito imediato *in the short run*. Como estão sujeitas ao autocontrole, e situadas num contexto determinado, as hipóteses lançadas pela abdução não são livres de modo absoluto, pois vão depender da provocação, em que a experiência pré-existente é considerada. Importa, assim, advertir para que não se confunda a proposta pragmatista de Peirce de outras acepções vagas do que seja pragmatismo<sup>58</sup>.

Desse modo, Pragmatismo não é utilitarismo em Peirce. A relação do tipo custo-benefício é apenas uma das possibilidades de hipóteses a serem oportunizadas pela abdução; cuja proposta é de sempre expandir os horizontes do investigador até mesmo para outras perspectivas e áreas do conhecimento. Por isso a interdisciplinaridade a partir da abdução apresenta-se como caminho fecundo e enriquecedor para o Direito. Posner (2003, p. 60) esclarece que

---

58 Dworkin critica, por exemplo, a perspectiva pragmatista para o Direito, tendo em consideração uma concepção muito vaga do que seja o Pragmatismo de Peirce (DWORKIN, 1992, p. 119).

não se deve confundir Pragmatismo com doutrinas filosóficas que se movem pelo consequencialismo, como é o caso do utilitarismo, no qual a ação é avaliada pelo valor de suas consequências úteis. A consequência de utilidade é apenas uma dentre outras consequências que a abdução pode considerar.

O Pragmatismo é contra toda e qualquer tentativa, que se pretenda dogmática, como as estratégias e cálculos utilitaristas de maximizar algumas classes de consequências. A abdução vai ter sempre em mente a possibilidade de todas as consequências possíveis e imagináveis da decisão, e como esse método assume a impossibilidade de alcançá-las em definitivo, a direção progressiva ao contínuo aperfeiçoamento é oportunizada. Por isso Posner diz que se fosse aproximar o Pragmatismo de algum critério, esse seria o da razoabilidade; e se fosse aproximá-lo de alguma versão da argumentação jurídica, o método pragmatista seria simpático àquelas inspiradas na retórica de base aristotélica. Segundo Laningan (1995, p. 54), se o entimema é a lógica da retórica; a abdução de Peirce é a retórica da lógica<sup>59</sup>.

Pontue-se, ainda, que o Pragmatismo não se confunde com “o” método do *commom law*. É certo que o Pragmatismo surgiu no ambiente americano no final do século XIX, envolvido por questões ligadas ao Direito, através dos debates dos realistas jurídicos; mas o sistema do *commom law* se caracteriza principalmente pela adesão ao antecedente e o Pragmatismo aparece como proposta alternativa de mais um método para esse sistema jurídico, com o Direito projetado no futuro e não mais exclusivamente no passado. Por não ser exclusivo, nem fiel a um sistema específico, pode ter aplicação fecunda em sistemas, cujas características predominantes não sejam do *commom law*, mas do *civil law*.

---

59 Laningan aponta as deficiências do entimema clássico, o qual denomina de “lógica da retórica”, para propor um entimema de concepção pós-moderna, o que faz através da operacionalização da abdução de Peirce – “retórica da lógica”. “*Since discourse in conversation functions rhetorically, the best way to grasp how abduction operates is, according to Laningan, through a reconsideration of the enthymeme.*” (LANGSDORF; SMITH, 1995, p. 9) e (LANINGAN, 1995, p. 54).

Tenha-se, ainda, que a falibilidade assumida por Peirce implica que, se fosse falar de racionalidade (POGREBINSCHI, 2005, p. 30) do método pragmatista, esta não dependeria da certeza de suas conclusões, pois ele não as tem; mas, diversamente, de seu caráter autocorretivo e a pretensão de convergência a partir de uma comunidade aberta de cientistas. É exatamente essa a chave do Pragmatismo de Peirce – a da aplicação contínua da investigação, através da abdução, a partir do qual seria possível detectar e corrigir os erros e possivelmente se aproximar da verdade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

### A fecundidade do raciocínio abduutivo para o Direito

As exposições realizadas ao longo do texto permitiram situar como é proposta a combinação entre Direito e Pragmatismo. No caso, a abdução é trazida como uma elaboração específica do Pragmatismo Filosófico de Peirce para ser aplicada ao momento da tomada de decisão pelo julgador no Direito. O projeto é tanto explicativo como prescritivo, como apontado no último tópico da Parte 3. A abdução pode se mostrar bastante fecunda tanto para o desenvolvimento do espírito crítico do julgador, através do exercício da imaginação e do autocontrole, na avaliação das conclusões que acaba antecipando na decisão; bem como para se ter clareza acerca do que é decidido, especialmente quando for feita uma análise retrospectiva do processo de decisão.

Desse modo, a aplicação do raciocínio abduutivo possibilita considerar a premissa menor, que é a hipótese de seu silogismo abduutivo, como algo altamente problemático e falível. O enquadramento de um evento como fato jurídico é o cerne da questão na inferência abduitiva, que repercute diretamente numa seara crucial para o Direito: como o fato da vida cotidiana é transformado em jurídico e a significação que adquire pelos efeitos imaginados pelo julgador. Ou seja,

na abdução há uma virada para se focar em como o fato jurídico é descoberto e como ele ganha significado a partir de suas consequências concebíveis.

Alerte-se, ademais, que sua aplicação não pode ser forçada, mas estimulada pela dúvida real. Assim, sempre que o operador jurídico se deparar com um fato surpreendente que o inquiete, ele raciocinará por abdução, uma vez que projetará no futuro as consequências e antecipará, mesmo que vagamente, (*insight* falível) a conclusão. Se havendo a dúvida, e o juiz agir como se inserido num processo de subsunção pelo silogismo dedutivo, as suas motivações se encontrarão simuladas e censuradas numa lógica estéril.

Por isso, a abdução é compreendida como o ponto de partida do momento de decisão jurídica; pois é através dela (uma lógica viva), nascida no contexto da descoberta (em que a criatividade, o contexto, os preconceitos e tendências pessoais efervescem), que a decisão judicial vai ganhar significado. O seu exercício oportunizará uma investigação em que a comunicação entre outras disciplinas não-jurídicas e o Direito tem lugar, bem como uma clareza acerca do que os Tribunais estão decidindo.

Outra importante contribuição é a falibilidade e a continuidade que o emprego da abdução envolve. Desse modo, as ideias jurídicas não seriam definitivas, mas sujeitas ao autocontrole e abertas ao constante aperfeiçoamento. É um autocontrole que só tem sentido se for referido para o futuro, em que a imaginação acerca das consequências concebíveis forma um método para a fixação da crença, na sentença judicial, e, por conseguinte, direciona um agir.

Talvez o Pragmatismo, como falou James (1967, p. 46), não tenha absolutamente nada de novo e seja possível encontrar na história do pensamento filosófico algumas aproximações, mesmo que fragmentárias, que poderiam ser interpretadas como do pensamento Pragmatista. Reconhece, todavia, que ninguém empregou as ideias do projeto pragmatista tão metodicamente como o fez Peirce ao desenvolver uma lógica própria para seu Pragmatismo.

Desse modo, tem-se aqui a aplicação do Pragmatismo para o Direito, a partir da abdução, não como mais uma promessa no sentido das versões iniciais do realismo jurídico americano; mas como

algo que efetivamente pode contribuir para o aprimoramento das relações jurídicas e para se investigar o conteúdo das decisões tomadas, de modo a tornar claro seus reais fundamentos e motivações. No mínimo, servirá como recurso instrumental para que se avaliem efetivamente a repercussão das decisões, congregando todo o amálgama que esse processo envolve e que resta esquecido e não-dito nos modelos estruturados pela subsunção dedutiva. Isso só é possível porque a abdução de Peirce é, ao mesmo tempo, uma inferência e um *insight*.

A abdução é algo que já se tem pronto na filosofia e foi Peirce quem fez esse trabalho; o que está pendente é, todavia, sua operacionalização para ramos de outros saberes, como o Direito. Esse livro mostra como isso pode ser feito no contexto da descoberta e alerta para os riscos de desvirtuamento que seu emprego inadvertido pode acarretar.

## Referências

ABBAGANANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Fondo de Cultura Económica: México, 1997.

ABIMBOLA, Kola. Abductive reasoning in law: taxonomy and inference to the best explanation. *Cardozo Law Review*. v. 22, 2001, p. 1682-1689.

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

ANDERSON, Douglas R. *Creativity and the Philosophy of c. s. Peirce*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1987.

ARISTÓTELES. *Primeiros analíticos*, I, 1, 24b, 18.

ARISTÓTELES. *Primeiros analíticos*, II, 25, 69a, 20-35.

ARISTÓTELES. *Tópicos*, I, 1, 100b, 23.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2003.

BLANCHÉ, Robert. *História da lógica de Aristóteles a Bertrand Russel*. Trad. Antônio Pinto Ribeiro. São Paulo: Edições 70/Martins Fontes, s/d.

BREWER, Scott. Exemplary reasoning: semantics, pragmatics, and the rational force of legal argument by analogy. *Harvard Law Review*, n. 109, March, 1996.

BRION, Denis J. *Pragmatism and judicial choice: critic of institutions*. Vol. 11. New York: Peter Lang, 2003.

- CARDOZO, Benjamin. *A natureza do processo e a evolução do Direito*. Trad. Leda Boe- chat Rodrigues. Porto Alegre: Ajuris, 1978.
- CHALMERS, Alan F. *O que é ciência afinal?* Trad. Raul Fiker. São Paulo: Brasiliense, 1993.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. New York: Addison Wesley, 4th Edition, 2004.
- DESCARTES, René. *O discurso do método*. Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cul- tural, 1999.
- DEWEY, John. *Como pensamos*. Trad. Haydee de Camargo Campos. São Paulo: Edito- ral Nacional, 1959.
- DEWEY, John. Logical method and law. *The Philosophical Review*, vol. 33, n. 6, nov, 1924.
- DEWEY, John. Minha Filosofia do Direito. In: *Os grandes filósofos do Direito*. Org. Clarence Morris. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DEWEY, John. *Reconstruction in Philosophy*. New York: Dover Publication. 2004.
- DÜNRING, Ingemar. *Aristóteles – exposición e interpretación de su pensamiento*. Trad. Bernardo Navarro. México: Universidade Nacional Autónoma de Mexico, 1990.
- DURKHEIM, Emile. *Sociologia, pragmatismo e Filosofia*. Trad. Evaristo Santos. Porto: Rés, 1992, p.31
- DWORKIN, Ronald. *El império de la Justicia*. Trad. Claudia Ferrari. Barcelona: Gedi- sa, 1992.
- FEIBLEMAN, James K. *An Introduction to the Philosophy of Charles s. Peirce*. M.I.T: Cambridge, 1946.
- FEIBLEMAN, James. A systematic presentation of Peirce's ethics. *Ethics*. vol. 53. n. 2. jan, 1943, p. 98-109.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. São Paulo: Atlas, 1994.
- FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. Trad. Octanny da Mota e Leônidas Hegenberg. Rio de Janeiro: F. Alves, 1977.
- FISHER II, William; HORWITZ, Morton; REED, Thomas. *American legal realism*. New York: Oxford University Press, 1993.
- FRANK, Jerome. Law and modern mind. In: *American legal realism*. New York: Oxford University Press, 1993.
- FULLER, Lon L. *O caso dos exploradores de cavernas*. Trad. Ivo de Paula. São Paulo: LEUD, 2003.
- GREY, Thomas C. Holmes and legal pragmatism. *Stanford Law Review*. n. 41. April, 1989.

HAACK, Susan. On legal pragmatism: where does “the path of law” lead us? *American Journal of Jurisprudence*. n. 50. 2005. p. 71-105.

HAACK, Susan. Two Fallibilists in Search of the Truth. In: *Proceedings of the Aristotelian Society*, Supplement, LI, 1977, p. 63-83.

HOLMES, Oliver w. O caminho do Direito. In: *Os grandes filósofos*. Clarisse Morris (org). Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo, Martins Fontes, 2002.

HOLMES, Oliver Wendell. *The common law*. Boston: Little, Brown, 1881.

HOLMES, Oliver Wendell. The path of law. In: *The Holmes Reader*. Julius Marke. Ocena Publications: New York, 1955.

HUTCHESON, Joseph c. The judgment intuitive: the function of the ‘hunch’ in judicial decision. *Cornell Law Quarterly*. Vol. 14., 1929. p. 274-288.

JAMES, William. O que significa o pragmatismo. In: *Pragmatismo e outros ensaios*. Trad. José Caetano da Silva. Rio de Janeiro: Lidador Editora, 1967.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Trad. Antonio Ulisses Cortes. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2004.

KAUFMANN. E. W. Hassemer. *Introdução à Filosofia do Direito e à teoria do Direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2002.

KNEALE, William. *O desenvolvimento da lógica*. Trad. M. S. Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian. 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Paulo Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LALANDE, André. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*. Paris: Quadrige Puf, 2006.

LANGSDORF, Lenore; SMITH, Andrew. The voice in contemporary Philosophy of communication. In: *Recovering Pragmatism Voice*. New York: State University of New York Press, 1995.

LANINGAN, Richard. L. From enthymeme to abduction: the classical law of logic and the postmodern rule of rethoric. In: *Recovering Pragmatism Voice*. New York: State University of New York Press, 1995.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEGE, Joachim. Pragmatismo y ciencia del Derecho. *Boletim Mexicano de Direito de Comparado*. Ao xxv. n. 73. Enero-abril, 1992. p. 63-78.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do Direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MERTON, Robert K. A ambivalência dos cientistas: um pós-escrito. In: *A ambivalência sociológica e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

MERLEAU-PONTY, Maurice. *Les Philosophes de l' antiquité au XXe siècle: Histoire et portrait*. Paris: La Pochothèque, 2006.

MURPHEY, John. *O pragmatismo: de Peirce a Davison*. Tradução Jorge Costa. Porto: Edições Asa, 1993.

NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change and economic performance*. 22<sup>nd</sup> edition. New York: Cambridge University Press, 2006.

PEIRCE, Charles s. *Application of the method*. Collected Papers. Vol. VII. Ed. Artur Burks. Cambridge : Harvard University Press. 1966a.

PEIRCE, Charles S. How to make our ideas clear. In: *Charles S. Peirce – selected writings*. New York, Dover, 1966b.

PEIRCE, Charles s. The law of mind. In: *Chance, love and logic: philosophical essays*. Edited by Morris Cohen. London: University of Nebraska Press, 1998.

PEIRCE, Charles s. Deduction, induction, and hypothesis. In: *Writings of Charles s. Peirce: a chronological edition (1827-1878)*. Vol. 3. Bloomington: Indiana University Press, 1982.

PEIRCE, Charles s. Morality and sham reasoning. In: *The collected papers: principals of Philosophy*. Vol. 1., 1931a. Original digitalizado, organizado e publicado por Peter Kietzmann no sítio <http://www.textlog.de/copyright.html> ,consulta em 05.10.2006.

PEIRCE, Charles s. Pragmatism – the logic of abduction. In: *The collected papers: principals of Philosophy*. Vol. 1, 1931b. Original digitalizado, organizado e publicado por Peter Kietzmann no sítio <http://www.textlog.de/copyright.html> ,consulta em 05.10.2006.

PEIRCE, Charles s. Algumas conseqüências de quatro incapacidades. In: *Escritos coligidos*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

PEIRCE, Charles s. Espécies de raciocínio. In: *Semiótica*. Perspectiva: São Paulo, 2003a.

PEIRCE, Charles s. O que é pragmatismo. In: *Semiótica*. São Paulo: Perspectiva, 2003b.

PEIRCE, Charles s. Pragmatismo e abdução. In: *Semiótica*. São Paulo: Perspectiva, 2003c.

PEIRCE, Charles s. Algumas conseqüências de quatro incapacidades. In: *Semiótica*. Trad. José Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Perspectiva. 2003d.

PEIRCE, Charles s. Três tipos de raciocínio. In: *Semiótica*. Perspectiva: São Paulo, 2003e.

PEIRCE, Charles s. Pragmatism in retrospect: a last formulation. In: *Philosophical writings of Peirce*. Org. Justus Buchler. New York: Dover Publication, 1955a.

PEIRCE, Charles s. How to make our ideas clear. In: *Charles s. Peirce selected writings*. Org. Phlip Wiener. New York: Dover Publications, 1980.

- PEIRCE, Charles s. How to make our ideas clear. In: *Philosophical writings of Peirce*. Org. Justus Buchler. New York: Dover Publication, 1955b.
- PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. Martins Fontes: São Paulo, 2000.
- POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.
- POPPER, Karl. *Lógica da pesquisa científica*. Trad. Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2000.
- POPPER, Karl. *A lógica das Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: UnB, 1978.
- POSNER, Richard A. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge: Harvard University Press. 2003.
- POSNER, Richard A. What has pragmatism to offer law? In: *Pragmatism in law and society*. Boulder: Westview Press, 1991.
- POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- REALE, Giovanni; Antiseri, Dario. *História da Filosofia: de Nietzsche à Escola de Frankfurt*. São Paulo, Paulus, 2006.
- REGO, George Browne. O pragmatismo de Charles Sanders Peirce: conceitos e distinções. In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*. nº 13, 2003. Recife.
- RORTY, Richard. *Esperanza o conocimiento? Una introducción al pragmatismo*. Fondo de Cultura Económica: Mexico, 2001.
- ROSA, Antônio Machado. *O conceito de continuidade em Charles s. Peirce*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- ROSS, W. D. *Aristotle: a complete exposition of his work & thought*. Meridian Books: Ohio, 1959.
- SANTAELLA, Lucia. *O método anticartesiano de c. s. Peirce*. São Paulo: UNESP, 2004.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2001.
- SHOOK, John R. *Os pioneiros do pragmatismo americano*. Trad. Fábio M. Said. Rio de Janeiro: D&P Editora. 2002.
- SOBOTA, Katharina. Don't mention the norm! *International Journal for the Semiotics of Law*, IV/10, 1991, p. 45-60. Tradução de João Maurício Adeodato, publicada no Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife, nº 7. Recife: ed. UFPE, 1996, p. 251-273.
- STROH, Guy W. *A Filosofia americana: uma introdução (De Edwards a Dewey)*. Trad. Jamir Martins. São Paulo: Cultrix, 1968.
- SCHUM, David A. Species of abductive reasoning in fact investigation in law. *Cardozo Law Review*. v.22. July, 2001. p. 1645-1680.

TARELLO, Giovanni. *Il realismo giuridico americano*. Milano: Giuffrè, 1962.

WESEP, H. B. Van. *A história da Filosofia americana*. Trad. Seven Sages. Portugal: Editora Fundo de Cultura, 1966.

WELLS, Catharine. Situated decisionmaking. In: *Pragmatism in law and society*. Boulder: Westview Press, 1991. p. 275-293.

WIENER, PHILIP P. The pragmatic legal Philosophy of Nicolas St. John Green. In: *Evolution and the founders of pragmatism*. Cambridge: Harvard University Press, 1949.

## Sobre a autora

### Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega

Professora da graduação, mestrado e doutorado do Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife-PE, 50050-060, Brasil. Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito *stricto sensu* da Universidade Federal de Pernambuco na disciplina “Pragmatismo Jurídico, Ética e Decisão Judicial”. Cofundadora, no Recife, do Center for Law and Pragmatism da UFPE, grupo de pesquisa cadastrado na base de dados do CNPq em 2007 com a denominação “Fundamentos e Métodos do Pragmatismo: uma abordagem interdisciplinar dos fenômenos jurídicos”. Coordenadora do Programa de Extensão “Acesso ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos – ASIDH” e líder do “Laboratório de Pesquisa em Desenhos Institucionais”, com linha de pesquisa sobre Pragmatismo Jurídico, cadastrado no diretório de grupos do CNPq, certificados pela UFPE. Pós-doutorado no Max Planck Institute for Comparative and International Private Law – Hamburg, com bolsa da Max Planck Society. Doutora em Direito pela UFPE, com período sanduíche na Bucerius Law School, Hamburg, pelo DAAD, na Alemanha. Mestre em Ciência Política pela UFPE e Mestre em Direito pela UFPE. Advogada.

**Título** Pragmatismo e decisão judicial:  
como pensar a consequência jurídica

**Autoria** Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega

**Formato** *E-book* (PDF)

**Tipografia** Tisa Pro (texto), Apparat (títulos)

**Desenvolvimento** Editora UFPE



Rua Acadêmico Hélio Ramos, 20 | Várzea, Recife-PE  
CEP: 50740-530 | Fone: (81) 2126.8397  
editora@ufpe.br | editora.ufpe.br



**PROGRAD**  
PRÓ-REITORIA  
DE GRADUAÇÃO

**UFPE**