

**A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE NEIL
MACCORMICK: DIMENSÃO NORMATIVA, RACIOCÍNIO
PRÁTICO E JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES JURÍDICAS**

NEIL MACCORMICK'S THEORY OF LEGAL ARGUMENTATION:
NORMATIVE DIMENSION, PRACTICAL REASONING AND
JUSTIFICATION OF LAW DECISIONS

Teresinha Inês Teles Pires*

Como citar: PIRES, Teresinha Inês Teles. A teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: Dimensão normativa, raciocínio prático e justificação das decisões jurídicas. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 2, p. 49-70, ago. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n2p. 49. ISSN: 1980-511X

*Doutora em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Estudos de Doutorado na *American University Washington College of Law* (doutorado sanduíche). Mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Membro Associado do programa de pós-graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília. Promotora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios/Brasil.
E-mail: tes_pires@hotmail.com

Resumo: A intenção do presente estudo é explicitar o que é o Direito, na teoria de Neil MacCormick, por meio da discussão de suas categorias internas, que caracterizam a particularidade do raciocínio jurídico-prático. Ver-se-á que os conceitos de validade e invalidade das regras e princípios do Direito estão conectados a um modelo de justificação argumentativa, a partir do qual se depreende a unificação entre a produção e a interpretação das normas institucionais. A relação entre a moral e o direito é um aspecto central, em tal abordagem, por indicar as inadequações de uma leitura, exclusivamente, positivista das leis, no que pese seu estatuto institucional. Serão investigados os diversos métodos de interpretação das normas jurídicas e os fatores concretos de avaliação, ambos articulados pelos operadores do direito no procedimento de justificação de suas decisões. Por fim, como será mostrado, os precedentes judiciais podem ser aceitos, em todos os sistemas, como uma das fontes do direito, considerando a perspectiva de sua integridade. Isso porque as decisões, nos casos individuais, delimitam significados específicos às leis, gerando, assim, padrões universalizáveis na regulamentação futura das matérias envolvidas e de outras assemelhadas.

Palavras-chave: Argumentação jurídica. Justificação das decisões. Pós-positivismo. Precedentes judiciais.

Abstract: From Neil MacCormick's theory of law, this study seeks to explain "what is law?". In this context, he discusses specific categories that characterize the particularity of legal and

practical reasoning. Moreover, this paper explores the concepts of validity and invalidity of rules and principles of law and examines their connection to an argumentative justification model. From this, this study examines the interconnectedness of production and interpretation of institutional rules. Furthermore, the relationship between morality and law is a central aspect to his approach, because there are many inadequacies in the positivist school of thought. Sequentially, this article explores the various methods of norm interpretation and investigates the concrete evaluation factors – both of which are justified in judicial decisions. Finally, this paper concludes that judicial decisions are important sources of law. This is because decisions in individual cases determine specific meaning to legal rules; thusly, setting universal standards for future and similar legal rules and norms.

Keywords: Legal Argumentation. Justifying Decisions. Post Positivism. Judicial Precedents.

INTRODUÇÃO

A teoria de Neil MacCormick, desde suas origens, assume papel crucial na investigação sobre a especificidade do raciocínio jurídico e a necessidade da justificação das decisões judiciais. Em um percurso evolutivo, o autor, que assumiu, inicialmente, posição contrária à concepção do Direito como interpretação, finalizou sua obra com o reconhecimento de que a concretização das leis não se restringe à subsunção de fatos a comandos normativos, englobando, ainda, atos justificatórios que demandam a consideração de parâmetros analíticos não puramente formais ou procedimentais.

Em um primeiro momento, o autor defende que os juízos prático-jurídicos são formulados em conformidade com o raciocínio dedutivo, próprio da lógica silogística clássica, abordagem compatível com a vertente positivista do direito. Em um segundo momento, no desenvolvimento de suas indagações, MacCormick conclui que o raciocínio dedutivo não é suficiente para resolver os problemas afetos ao procedimento de interpretação das leis, no juízo de aplicação¹. Ressurge, assim, o desenho de uma teoria do direito intermediadora, no sentido de associar as premissas positivistas às doutrinas pós-positivistas, com o propósito de superar os aspectos insatisfatórios das duas vertentes, as quais, na visão do autor, se assumidas isoladamente, não oferecem uma metodologia adequada para servir de guia aos juízes no julgamento dos casos concretos.

Aprofundar a compreensão do conceito do direito, para Neil MacCormick, é de grande relevância, em face da problematização dos critérios de justificação das decisões jurídicas. Pretende-se, assim, abordar os diversos padrões de interpretação, adotados pelo autor, desde o vetor positivista da legitimidade institucional das leis até incorporação dos princípios e valores subjacentes ao sistema normativo. O objetivo geral desse estudo é acentuar a centralidade dos elementos não dedutivos, nos processos de análise jurídica. Nas palavras de MacCormick: “a certeza que podemos ter no Direito é, na melhor das hipóteses, relativa e passível de alteração” (MACCORMICK, 2008, p. 44). Pretende-se, ainda, elucidar, especificamente, a metodologia utilizada por MacCormick na diferenciação entre o direito e a moral, na tentativa de discutir as possíveis soluções e, também, os problemas não resolvidos, no tocante à particularidade do método jurídico.

Não se irá passar em revista as origens da retórica², e sim tentar identificar as mudanças de paradigma do direito a partir do desenvolvimento da argumentação como método estruturante

1 Esclareça-se que a primeira fase de MacCormick transcorre durante as décadas de 1970 e 1980, cuja obra principal foi “*Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*”, escrita originalmente em 1978. A segunda fase, assim entendida por ter implicado na refutação de padrões interpretativos defendidos na primeira fase, transcorreu na década de 1990, sendo que a obra mais representativa desse período foi “*Retórica e o Estado de Direito*” (apud PINO, 2011, p. 3).

2 MacCormick utiliza o termo “retórica” no sentido genérico de “argumentação não dedutiva”, ou seja, aquela que não se baseia na moldura do silogismo lógico, e sim em questionamentos discursivos sustentados no poder de convencimento dos argumentos. A tópica jurídica, apresentada por VIEHWEG, Theodor, em sua obra: *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Porto Alegre: Editora Fabris, 2008, é um bom exemplo de uma teoria que explicita a natureza não silogística do raciocínio desenvolvido pelos operadores do Direito. Trata-se de uma abordagem dialética, segundo a qual todas as proposições têm caráter hipotético e devem ser submetidas a um teste de aceitabilidade perante os interlocutores. Outro autor referencial nos estudos contemporâneos da retórica, é Perelman (2005), defende que as estratégias de argumentação exigem uma ruptura com o modelo cartesiano, calcado, exclusivamente, nas provas demonstrativas da lógica formal, e uma retomada do raciocínio dialético e retórico (MACCORMICK, 2005, p. 15-30).

do pensamento jurídico. O formalismo lógico, no que pese seu papel inarredável na formulação dos juízos práticos, deixou de representar a única ferramenta na validação das decisões jurídicas. O resgate das operações dialéticas da razão, da busca pela resposta mais adequada, nos casos particulares, é pincelado por MacCormick, na fase mais elaborada de sua teoria, como um movimento transformador, quase que um despertar em direção ao adensamento da complexidade dos esquemas normativos.

Optou-se por uma abordagem teórica especulativa do pensamento do autor, com o estabelecimento de um diálogo com outros autores paradigmáticos da teoria da argumentação jurídica, além de intérpretes de Neil MacCormick. A remição a outros autores e intérpretes não será profunda, valendo, antes, para estimular o leitor a ir em busca de pontos convergentes e divergentes entre propostas teóricas, em certo sentido complementares, que explicitam o direito enquanto uma prática, essencialmente, argumentativa. O foco do estudo se concentrará nas próprias obras de MacCormick, na perspectiva de se moldurar uma linha de continuidade e aperfeiçoamento, em sua análise dos problemas contemporâneos enfrentados pelo direito.

Para os propósitos pretendidos, dividiu-se o texto em quatro seções. Na primeira seção, a análise se circunscreverá à problemática da validade do discurso jurídico, a fim de mostrar como o autor, inicialmente, filiado ao modelo positivista do raciocínio silogístico transita, em momento posterior, para métodos sistêmicos de justificação das regras jurídicas; na segunda seção, se adentrará na fase pós-positivista do autor, destacando-se sua aproximação com a concepção, não meramente procedimentalista, do direito como interpretação; na terceira seção, se apresentará os elementos sistêmicos da teoria de MacCormick, no tocante aos critérios de correção argumentativa no juízo de aplicação; na quarta seção, será discutido, em separado, a normatividade dos precedentes judiciais, na dimensão da interpretação evolutiva e da atualização do sentido das regras jurídicas.

1 COMO MOLDURAR A VALIDADE OU INVALIDADE DAS LEIS: PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO E TEORIA DOS PRINCÍPIOS

A fim de compreender o conceito do direito, formulado por MacCormick, deve-se começar pela enunciação da ideia fundamental de sua teoria, segundo a qual o direito é uma ordem normativa institucional: ordem normativa, no sentido do seu pertencimento à dimensão do “dever-ser, e institucional, devido ao seu estatuto formal, enquanto um conjunto de regras pré-estabelecidas em conformidade com os requisitos do Estado de Direito”. Por meio da constituição de um sistema normativo, se efetiva a passagem das sociedades desorganizadas para a instituição do Estado de Direito, o que se impõe como condição para seu próprio funcionamento (MACCORMICK, 2009, p. 20).

Do ponto de vista da garantia da ordem institucional, em primeira instância, os textos legislativos, expressamente promulgados, são a base estruturante da diferenciação do Direito em relação às demais ordens normativas, sejam elas de natureza moral-racional ou cultural. Contudo, as regras jurídicas podem exprimir conteúdos, apenas, relativamente determináveis, hipótese em

que se torna necessária uma abordagem interpretativa, inserida no procedimento de concretização das normas aos casos particulares (MACCORMICK, 2009, p. 23, 253).

No contexto desta problemática, o autor explica o papel primordial do poder judiciário na clarificação das normas jurídicas. Sempre existem leis a demandar sua interpretação em processos judiciais, o que envolve concretizar o texto legislativo, atendendo sua explicitação e, ao mesmo tempo, investigando a legitimidade dos argumentos das partes, em face de pontos não suficientemente incorporados, total ou parcialmente, às regras aplicáveis ao caso. As decisões judiciais compõem o conjunto normativo identificado como sendo o sistema do Direito adotado em uma sociedade democrática. De tal modo que os juízes estão autorizados, institucionalmente, a declarar o sentido de determinadas leis, anulá-las, sob o aspecto de sua constitucionalidade e, ainda, rever suas próprias decisões anteriores, conferindo-se à mais alta corte judicial o poder de decidir, em cada etapa da judicialização do Direito, o que diz a ordem normativa vigente, na regulamentação das matérias apreciadas. Por outro lado, o ato de interpretar é posterior à formulação das leis, que têm precedência, ao menos como ponto de partida, quando se pensa no caráter institucional do Direito, impondo as devidas balizas à atuação dos juízes (MACCORMICK, 2009, p. 23, 254).

Considerando a integridade do Direito, o estabelecimento e a interpretação das leis formam um todo unitário, inserindo-se ambos na análise de sua validade ou invalidade. O autor elabora uma teoria do direito vinculada a um procedimento de justificação das leis e decisões judiciais, cuja pretensão é unificar o modelo positivista, enquanto padrão inescapável de estruturação de um sistema jurídico, e as exigências analíticas introduzidas pela dimensão dos princípios, na forma concebida por autores paradigmáticos, como Robert Alexy e Ronald Dworkin. Supõe-se que o conjunto das regras normativas, expressas sob várias formas, nacionais ou internacionais, constitucionais ou ordinárias, legislativas ou provenientes dos precedentes, está na base da sustentabilidade do sistema jurídico como um todo. Porém, a operacionalidade prática de tais regras não é pré-determinada, devendo ser delineada através da intermediação do debate doutrinário sobre os princípios e valores morais e sociais imanentes ao arcabouço legal, adotado por uma determinada comunidade política (MACCORMICK, 2005, p. 2).

Nesta visão, o critério da regra do reconhecimento, formulada por Herbert Hart³, desempenha papel importante na produção do direito, tendo em vista que a perspectiva da justiça não pode se separar do significado formal e material das leis institucionalmente estabelecidas. Em outras palavras, legisladores e juízes buscam fazer justiça em conformidade com as diretrizes normativas estabelecidas nas leis. (MACCORMICK, 1978, p. 74). Por outro lado, a tese positivista da validade das leis, alicerçada em seu puro caráter institucional, não é suficiente para solucionar

3 Esclareça-se que esta regra é posta por Hart como o fundamento último do sistema jurídico, de onde provém os critérios através dos quais as demais regras do sistema adquirem validade. A regra de reconhecimento é uma espécie de regra secundária, que confere caráter vinculante às regras primárias, sendo estas todas as que impõem direitos e obrigações, ou seja, todas as regras formuladas pelo direito positivo. Não é articulável, em tal modelo, a questão da validade da própria regra de reconhecimento, pois ela é aceita pelos operadores do direito na condição de um pressuposto fático do sistema, assemelhando-se, conceitualmente, à ideia kelseniana de “*norma fundamental*”. Para uma maior compreensão sobre o assunto, consulte-se a obra Hart (1994, p. 111-121, 274-276).

todos os problemas interpretativos próprios da esfera da aplicação do direito aos casos concretos. É aí que MacCormick assenta seu objetivo específico no sentido de sedimentar um método de argumentação adequado para conduzir o processo de adjudicação judicial (MACCORMICK, 1978, p. 22, 27).

A base reflexiva de tal investigação advém da compreensão de que nem sempre existe uma lei promulgada diretamente aplicável aos fatos concretos, ou, quando existe, como dito anteriormente, nem sempre seu conteúdo se expressa de forma clara. Na hipótese de se contar com uma lei autoexplicável, a tese da validade, suportada em um raciocínio lógico (“se p então q ”), é parâmetro inquestionável para justificar as decisões judiciais. Do contrário, os juízes precisam escolher, entre duas ou mais interpretações possíveis, aquela que melhor se enquadra na prescrição legal. No primeiro caso, defende o autor, os juízes decidem à luz de uma estrita subsunção dos fatos ao comando legal, recorrendo, assim, a um argumento dedutivo. No segundo caso, em havendo algum nível de vagueza, ou obscuridade, na interrelação entre a norma e as particularidades do caso concreto, os juízes se vêem diante de problemas de interpretação, sendo necessário justificar a decisão à luz dos princípios universais da justiça (MACCORMICK, 1978, p. 45-46, 67-69, 78).

Ao adentrar na seara da justificação de decisões, em casos nos quais uma inferência dedutiva não é realizável, a tese da validade absoluta do sistema jurídico, em sentido formal, mostra seus limites. A pergunta a ser posta ao intérprete, então, não é se uma regra normativa aplicável ao caso é válida ou inválida, e sim se esta regra, cuja validade, em tese, é pressuposta, tem sentido, ou seja, é justificável, em padrões razoáveis, com fundamento nos requisitos impostos pelos princípios do direito e nas peculiaridades fáticas envolvidas. MacCormick chama esse procedimento de “*justificação de segunda ordem*” (“*second order justification*”), sendo que a noção da razoabilidade é por ele afirmada como uma diretiva lógico-jurídica central para se evitar arbitrariedades interpretativas (MACCORMICK, 1978, p. 47, 94-95).

Ainda assim, muito embora o raciocínio silogístico não resolva todos as controvérsias, em matéria de justificação das leis e decisões, não é o caso de excluí-lo do esquema normativo, em geral, na medida em que se assenta, no juízo de aplicação, em essência, em uma correlação entre normas e fatos. Apenas se deve perceber que o direito tem caráter intrinsecamente argumentativo, portanto, a utilização do pensamento lógico, em sua prática, não se dá, necessariamente, em sua forma pura. O método de MacCormick tenta compatibilizar a lógica e a retórica jurídica, tornando possível formular juízos decisórios que se pautem por critérios persuasivos, do ponto de vista dos argumentos trazidos pelos demandantes, ainda que não sejam empregados com acerto irrefutável, em todos os casos (SARTOR, 2006, p. 1-3).

Deve-se compreender que a “justificação de segunda ordem” configura o cerne da ênfase das teorias argumentativas na necessidade de se sedimentar métodos adequados de interpretação jurídica. Se o raciocínio silogístico fosse suficiente para solucionar os problemas da prática jurídica, não haveria motivação para se discutir diretrizes de argumentação e sustentação das decisões. Essa é a razão pela qual MacCormick insiste na possibilidade de se diferenciar respostas razoáveis e não razoáveis no julgamento dos casos particulares. Em uma conotação de repúdio ao relativismo

e ao voluntarismo decisório, MacCormick defende que o fato de não se vislumbrar, ao certo, uma única resposta razoável não significa que não se possa eliminar as que se evidenciem não razoáveis (MACCORMICK, 2008, p. 222).

Em linhas gerais, a divergência entre duas ou mais interpretações se refere ao significado a ser conferido ao texto legal, não, somente, no aspecto semântico dos seus termos linguísticos, mas, também, com a consideração da forma como cada uma das possíveis interpretações afeta os direitos reclamados pelas partes. A retórica da argumentação jurídica envolve raciocínios complexos que conduzam à contextualização da norma em face das circunstâncias particulares do caso julgado. Normas e fatos são objeto de análise, em via dupla, podendo-se constatar, até mesmo, que os fatos em questão não se inserem no âmbito de aplicação da norma. (MACCORMICK, 2005, p. 4, 6).

É notável o cuidado empreendido por MacCormick na tentativa de acentuar a fundamentalidade dos princípios na apreensão evolutiva do significado das regras jurídicas, sem perder de vista que também os princípios precisam ser justificados em sua inserção ao sistema jurídico. Aqui se acentua o posicionamento defendido pelo autor, no sentido de que os argumentos de princípios não subvertem o modelo positivista de Hart, mas, antes, o complementam, sendo que, nessa função complementar, de natureza interpretativa, os princípios definem padrões aptos a afastar opiniões ou visões arbitrárias (MACCORMICK, 1978, p. 137, 142-143, 145). Na concepção de MacCormick, pode-se concordar com a crítica de Dworkin ao modelo de Hart, eis que o teste de validade prescrito pelas regras jurídicas não soluciona, totalmente, a demanda pelo reconhecimento dos direitos materiais. Todavia, não seria aceitável a distinção rígida, feita por Dworkin, entre o teste das regras e o teste dos princípios. Não seria demonstrável, assim, que a aplicação das regras não permita nenhuma margem de latitude na declaração de novos direitos, por meio da operacionalidade dos princípios. Isso porque as regras, tal como os princípios, instituem direitos, sendo que os dois padrões interagem, em via concorrente ou não, no processo de adjudicação judicial (MACCORMICK, 1978, p. 196-198)⁴.

Grosso modo, a contribuição de MacCormick é significativa no desenvolvimento da teoria do direito, no que diz respeito à sua efetividade na prática jurisdicional. Chama-se a atenção para a validade do teste clássico da argumentação dedutiva no ato de julgar os casos jurídicos. Em outra via, ressalta-se que esse teste não se dissocia da abordagem dos princípios, porque, em termos constitucionais, muitas vezes as regras explicitam pré-compreensões principiológicas. Sugere-se que as leis, se consideradas em sua articulação silogística, são universalizáveis e válidas em todos os casos que versem sobre a matéria regulamentada; mas, em determinadas circunstâncias, tal universalidade não se mostra apropriada, sendo este o fundamento de sua anulabilidade. As leis não expressam, textualmente, as possíveis exceções à sua validade, que podem levar à sobreposição de novos sentidos à sua linguagem, no contexto da argumentação pragmático-jurídica (SARTOR, 2006, p. 9).

Aqui entra um elemento discursivo importante, relacionado à conjugação de padrões

⁴ Em relação à distinção feita por Dworkin entre regras e princípios e sua análise da teoria de Hart, consulte-se a obra Dworkin (1978. p. 22-28, 47-58).

universais e particulares, no juízo de aplicação. MacCormick adensa o problema em “Retórica e o Estado de Direito”, ao afirmar que a universalização, em tese, da validade da norma jurídica não elimina a necessidade de se considerar razões particulares relacionadas à situação, como um todo, tal como posta pelo caso concreto. A visão da MacCormick acerca do acerto ou desacerto de uma decisão jurídica depende da inclusão, pelo intérprete, de todas as circunstâncias do caso, sendo que circunstâncias excepcionais podem alterar a perspectiva, inicialmente, generalizante de uma decisão correta (MACCORMICK, 2008, p. 103, 115-116).

Tal entendimento vai ao encontro da importante diferenciação feita por Klaus Günther entre justificação da validade da norma e sua aplicação aos casos concretos. A validade das normas jurídicas é justificada partindo-se da consideração de um sistema integrado a legitimar o arcabouço legislativo vigente. No juízo de aplicação, diferentemente, busca-se definir a adequabilidade das normas válidas, que podem colidir entre si, sendo necessário perquirir se são operacionais na resolução correta de um problema e qual a extensão de seu significado normativo, em cada contexto factual posto à apreciação dos julgadores (GÜNTHER, p. 86, 97).

MacCormick explicita, assim, a insuficiência do positivismo, do ponto de vista da articulação de uma metodologia de argumentação, na esfera da tomada de decisões jurídicas. É preciso compreender como os juízes decidem casos difíceis, nos quais a resposta adequada não se extrai, completamente, do sistema normativo, nem mesmo em uma abordagem sistêmica. Percebe-se um forte componente substancialista nesse passo da teoria de MacCormick, que ajuda muito a compreender a mudança em sua concepção do Direito. Sequer a observância ao princípio da coerência, que, como ainda se mostrará adiante, tem caráter procedimentalista, garantiria que a decisão, assim construída, é correta. O autor afronta aqui, de modo significativo, a tese positivista segundo a qual as decisões se legitimam pelo simples fato de serem proferidas por autoridades a quem se confere o poder de decidir, eis que juízes podem errar. Trata-se do problema da “falibilidade judicial” no “Estado de Direito” (MACCORMICK, 2008, p. 350-351, 357).

Em outra dimensão, a inovação trazida por MacCormick, em relação às doutrinas pós-positivistas, consiste em postular que o conceito do direito não se identifica com sua função interpretativa. Refutando, nesse particular, a concepção de Dworkin, MacCormick afirma que o direito não é um conceito, exclusivamente, interpretativo, sem deixar de admitir que as questões afetas à interpretação das leis configuram um dos componentes do raciocínio jurídico. Aceita-se, inclusive, que, nos casos difíceis, as indagações interpretativas se tornam preponderantes, e que o procedimento de sua justificação, edificado na abordagem dos princípios e valores pertencentes ao sistema, representa o método correto na fundamentação das decisões judiciais (MACCORMICK, 1978, p. 4, 9)⁵.

5 Observa-se que MacCormick formula padrões que rompem com a cisão entre visões interpretativistas e não interpretativistas do direito. Sobre o tema, José Gomes Canotilho explica que “as correntes interpretativistas consideram que os juízes, ao interpretarem a constituição, devem limitar-se a captar o sentido dos preceitos expressos na Constituição, ou pelo menos, nela claramente implícitos”, seguindo, literalmente, “a vontade do legislador”. De outro lado, as correntes não-interpretativistas defendem a possibilidade e a necessidade de os juízes invocarem e aplicarem ‘valores e princípios substantivos’ – princípios da liberdade e da justiça – contra atos de responsabilidade do legislativo em conformidade com o ‘projecto’ da constituição” (CANOTILHO, 1998, p. 1179-1180).

Há que se ponderar, por fim, que a tese de MacCormick, segundo a qual o direito não é um conceito, exclusivamente, interpretativo, é passível de ser compatibilizada, à luz do conjunto de sua doutrina como um todo, com as principais premissas pós-positivistas. A pretensa neutralidade das leis, postulado básico do positivismo jurídico, é refutada por MacCormick, quando ele propõe a necessidade da justificação de sua validade. A validade das leis, na adjudicação judicial, depende, sempre, de uma justificação satisfatória. A teoria da justificação intenciona alcançar um entendimento hermenêutico acerca das práticas e instituições jurídicas, de forma a ser possível encontrar a melhor interpretação das leis, em seu estatuto institucional, no juízo de aplicação. Não existe, por conseguinte, uma ruptura entre o conceito institucional e o conceito interpretativo do direito (BUSTAMANTE, 2010, p. 706-707).

De fato, em sua obra “Retórica e Estado de Direito”, MacCormick esclarece que seu objetivo, com o novo trabalho, foi o de reformular a abordagem do tema da argumentação jurídica, antes desenvolvido em “Argumentação Jurídica e Teoria do Direito”. Diz, expressamente, que a metodologia, então, seguida possui especial “sintonia” com o “desafio de Dworkin” em relação às suas teses interpretativistas. Conclui o autor que os problemas que surgem na aplicação das leis exigem argumentos não dedutivos, nos quais estão implicadas considerações de princípios e “valores político-jurídicos” (MACCORMICK, 2008, p. 39, 41, 57).

Em outras palavras, as leis podem ser revistas por meio das decisões judiciais. O que é o mesmo que dizer que o direito, como instituição social, e a teoria da argumentação jurídica se mesclam na prática jurisdicional, através de uma “*interpretação construtiva*” (“*constructive interpretation*”) do conteúdo das leis. MacCormick admite que as leis possuem um âmbito de normatividade aberto à penetração de elementos discursivos aptos a modificá-las, em consideração a fatores externos ao teste puro, esboçado em seu comando literal (BUSTAMANTE, 2010, p. 711, 719).

2 ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E ARGUMENTAÇÃO MORAL: UMA COMPOSIÇÃO POSSÍVEL ENTRE O POSITIVISMO E O PÓS-POSITIVISMO

Não é difícil perceber, pelos pontos discutidos na seção anterior, o esforço empreendido por MacCormick no sentido de ir além do modelo positivista, em sua vertente tradicional, considerando tratar-se de uma referência insatisfatória na análise interpretativa do direito. O direito é concebido pelo autor como uma ordem normativa, de natureza institucional, constituindo um sub-sistema independente dentro do conjunto dos demais sistemas normativos (MACCORMICK, 1999, p. 1).

O autor evidencia, em suas investigações, grande preocupação com a estruturação de esquemas que caracterizem a especificidade do direito, em relação às demais ordens normativas, tais como a da moralidade. Nessa direção, os escritos de MacCormick adquirem maior complexidade, no que concerne à delimitação do que constitui o direito em sua completude sistêmica. Isso porque, embora o ponto de partida de MacCormick tenha sido marcadamente positivista, ele termina por reelaborar, posteriormente, seus argumentos, assumindo posição favorável aos padrões de teorias

principiológicas, como a de Robert Alexy, e, até mesmo de visões marcadamente substancialistas, como a de Ronald Dworkin, como já se mencionou na seção anterior (PINO, 2011, p. 2).

A distinção, explicitada por MacCormick, entre a moral e o direito é, em suas próprias palavras, de ordem conceitual, não conduzindo ao entendimento de que as leis sejam isentas de componentes morais, incorporados na forma de princípios jurídicos. Para o autor, a resposta a tal questão é afirmativa, ou seja, as leis são elaboradas tendo por parâmetro critérios de justiça, portanto, valores morais implicitamente adotados. Se é assim, os elementos morais, imanentes ao conteúdo das leis, estabelecem limites à sua validade. Algumas regras, que se mostrem inaceitáveis, em face de razões morais legítimas, não devem ser tidas como leis válidas. Nesse particular, se observa a intenção de MacCormick de deixar claro que sua teoria institucional do direito tem uma conotação pós-positivista (MACCORMICK, 2009, p. 4-5, 241-242).

Determinadas matérias, objeto de decisões jurídicas, representam, indiscutivelmente, divergências morais e não perdem tal estatuto ao serem pacificadas no contexto do ordenamento institucional. Mas, a partir daí, elas se corporificam em deliberações não somente morais, porque passam a ser válidas coletivamente, ou na forma de uma permissão ou de uma proibição legal. É, precisamente, nesta articulação que as decisões legais se distinguem das proposições éticas, relacionadas ao puro campo da autonomia individual. Mesmo contendo dimensões morais, as normas do direito impõem deveres e obrigações (MACCORMICK, 2009, 246, 248-249).

O raciocínio jurídico é uma espécie de raciocínio que pertence ao discurso da razão prática, daí sua relação com as demais áreas do domínio prático, como a moral e a política. A despeito da insistência do autor na natureza institucional do direito, não se considera que seus aplicadores estejam restritos à utilização exclusiva do padrão analítico legalista, eis que o objetivo maior da existência de um ordenamento jurídico consiste na realização da justiça. Grosso modo, MacCormick não endossa duas teses importantes do positivismo jurídico: a da inexistência de uma conexão entre o direito e a moral e a de que a validade das leis pode ser determinada sem o recurso a juízos morais. Como se viu, isso não significa que as duas ordens normativas, a moral e o direito, se confundem, e sim que a validade do sistema jurídico é mediatizada por padrões morais incorporados aos seus preceitos fundamentais (BUSTAMANTE, 2010, p. 4, 12-13).

Em um viés pós-positivista, que pressupõe a existência de fundamentos morais internos ao ordenamento jurídico, o processo de justificação legal não dispensa a operacionalidade de padrões morais de análise, mas, ao mesmo tempo, deve considerar, na resolução das disputas judiciais, a especificidade dos padrões das normas jurídicas. Quer dizer, uma argumentação puramente moral e uma argumentação legal, que se estruture também moralmente, não resultam nas mesmas respostas (MACCORMICK, 2005, p. 21).

Os valores e princípios morais exercem uma “*função justificatória*” (“*justificatory function*”) no processo de aplicação das leis positivadas aos casos jurídicos. Ocorre que o autor chega a admitir a dificuldade em se distinguir princípios morais e princípios legais, aquiescendo, ao menos parcialmente, com a tese de Ronald Dworkin do imbricamento entre a moral e o direito. Apenas salienta que o reconhecimento dessa tese não importa no abandono do positivismo e que

as regras jurídicas possuem tal estatuto por fazerem parte do sistema legal estabelecido pelas instâncias institucionais (MACCORMICK, 1978, p. 202-204).

É pertinente a preocupação de MacCormick, ao chamar a atenção para as impropriedades de se levar ao extremo os ideais moral-racionalistas, ao ponto de se postular a existência de uma ordem moral objetiva, supra-temporal e impositiva, sem levar em conta as peculiaridades sociológicas da comunidade no seio da qual se elabora um ordenamento jurídico. Acredita-se que a rejeição dos padrões irracionalistas de legitimação do sistema normativo, no que pese acertada, não impede que se perceba que as categorias da razão prática possuem seus limites, no âmbito da argumentação jurídica (MACCORMICK, 1978, p. 225, 227).

Vale ressaltar que a teoria da argumentação elaborada por Robert Alexy propõe a tese de que o discurso jurídico é uma especificação do discurso prático em geral, por conter, em seus propósitos, a pretensão de se alcançar um juízo de correção. Trata-se de um “caso especial”, na visão do autor, considerando que o discurso jurídico está limitado às diversas pré-compreensões do Direito, tais como a lei, os precedentes e a dogmática. Esta, aliás, é a principal característica do discurso jurídico, em comparação ao discurso prático em geral, sua necessária vinculação ao direito vigente. Não basta, portanto, fundamentar a racionalidade dos seus enunciados normativos, com base nos princípios e regras da razão prática, havendo-se, também, que justificar sua correspondência ao ordenamento jurídico (ALEXY, 2011, p. 31, 210-212).

Esse traço distintivo entre a moral e o direito, apontado por Alexy, é um passo importante na resposta à indagação central trazida pelas teorias argumentativas, que tentam traçar critérios que orientem a fundamentação correta das decisões dos operadores do direito. No que pese Alexy estabelecer uma ligação metodológica entre o discurso da moral e o do direito, ele se concentra no desenvolvimento da especificidade do direito, chamando a atenção para sua dimensão institucional. A partir daí, torna-se possível delinear padrões de raciocínio jurídico, peculiares à funcionalidade da prática decisório-interpretativa (ALEXY, 2011, p. 200).

Embora sem o dizer expressamente, MacCormick admite a tese do “caso especial”, elaborada por Alexy, ao tomar como ponto de partida do raciocínio jurídico as premissas da lógica dedutiva, sedimentadas no uso da razão prática em geral. Os dois autores são aliás, os autores referenciais de cujas teorias partiu o desenvolvimento posterior da argumentação jurídica. Alexy se destaca por sua visão sistemática, enfatizando a perspectiva procedimental e universalizante do discurso prático. MacCormick, por sua vez, se destaca pelo aprofundamento dos problemas imanentes à prática jurídica, sobretudo, a argumentação judicial (ATIENZA, 2014, p. 187).

Para MacCormick, há que se perceber a diferença entre o direito positivo, efetivamente instituído em uma dada sociedade, e um “*direito positivo ideal*” (“*ideal positive law*”). Nem todas as leis, impostas como regras jurídicas, atendem os requisitos básicos da justiça. De outro lado, mesmo não preenchendo tais exigências, as leis são dotadas de caráter obrigante, o que traça uma linha divisória entre a Moral, como saber racional puro-prático, e o Direito (MACCORMICK, 2009, p. 257).

O que quer dizer a expressão “*direito positivo ideal*”, utilizada por MacCormick? Trata-

se de uma categoria que torna possível inserir no conceito de “validade” das leis uma dimensão evolutiva. Para que o direito positivo “real” seja legitimamente aplicável, suas regras, embora sejam textualmente definidas, devem ser interpretadas, por constituírem apenas o “*ponto de partida*” (“*start point*”) da argumentação jurídica. Lembre-se que as leis não são, na maioria das vezes, absolutamente determinadas, e sim relativamente determinadas. Argumentos jurídicos contrastam com argumentos morais puros porque estes são radicalmente indeterminados. A natureza interpretativa do direito não desfaz sua particularidade, em relação à moral, mas desfaz a total separabilidade entre as duas instâncias normativas, trazendo para a prática jurídica a necessidade de se aplicar o direito de forma a concretizar o ideal da justiça. O “*direito positivo ideal*” deve sempre compor, na qualidade de uma categoria regulativa, o procedimento de tomada de decisões jurídicas, implicando em associar raciocínios morais a raciocínios “*tecnicamente legais*” (“*technically legal*”) (MACCORMICK, 2009, p. 259-260).

A dimensão da justiça, para MacCormick, integra a abordagem do direito, no sentido das metodologias argumentativas. A visão sistêmica, por si só, deixa de lado o que ele chama de “direito positivo ideal”, podendo, inclusive, antagonizar com tal faceta. Se é para envolver o direito justo no aperfeiçoamento das estratégias de decisão jurídica, é preciso considerar, dentre todas as decisões “juridicamente admissíveis”, em cada caso, qual delas assegura, com a maior abrangência possível, o direito justo, em sua conotação substancialista (MACCORMICK, 2008, p. 266).

Vê-se, assim, que MacCormick tenta definir o que é o direito, de forma integrativa, vinculando as doutrinas positivistas ao direito natural, concebendo-se este não como uma instância metajurídica, e sim a partir da roupagem que lhe foi atribuída pela teoria dos direitos fundamentais. Trazer para a discussão em torno da doutrina pós-positivista a importância de se conceber o direito como uma instituição social diferenciada, produz, de toda sorte, modificações pertinentes nos padrões de funcionalidade da prática jurídica. Dizer que o direito não é apenas um conceito interpretativo não é uma proposição destituída de significado quando se pensa na necessidade de se qualificar o caráter distintivo do direito em relação aos demais sistemas sociais, normativos ou institucionais. O fato de as regras normativas terem sido elaboradas por instituições socialmente legitimadas para fazê-lo é premissa estruturante de um sistema jurídico (SCHAUER, 2009, p. 3-4, 6-7, 9).

Todavia, convém enfatizar, a consideração do direito positivo, e do seu critério de reconhecimento, como padrão de validade das leis, não vai além de um substrato inicial para a consolidação do seu estatuto normativo. O direito, como enunciado por MacCormick, é um conceito interpretativo. Sua advertência, no sentido de que tal abordagem não exclui o teste das regras jurídicas, importa em dizer, apenas, que a interpretação das leis envolve, em si mesma, o conteúdo de sua formulação textual.

Giorgio Pino sintetiza, de maneira esclarecedora, a vertente interpretativista defendida por MacCormick, ao afirmar que se incorpora em sua teoria da argumentação tanto o teste procedimentalista (pedigree) quanto o substancialista (conteúdo material). Ao teste da validade

sistêmica do direito se adiciona o teste de sua “justificabilidade moral”, ou seja, a verificação de se a regra adotada por uma decisão jurídica é compatível com a moral. O desafio lançado por MacCormick consiste na proposição de uma possível vinculação entre o direito positivo e a efetividade da ideia do direito justo (PINO, 2011, p. 43-44, 47).

3 CRITÉRIOS PARA A ATUAÇÃO INTERPRETATIVA DOS JUÍZES: SOBREPOSIÇÃO E LIMITES DA COERÊNCIA SISTÊMICA

Verificou-se que estamos diante de uma teoria complexa, cujo escopo último consiste em formular padrões de análise jurídica que auxiliem os juízes no exercício de sua função de interpretar regras instituídas enquanto regras válidas e inseridas em um contexto sistêmico. As decisões judiciais não podem rejeitar as normas vinculantes do regime democrático. Entretanto, além do teste da validade, os juízes se deparam, ainda, com o dever de delinear a correspondência dessas normas aos princípios, que estão na base de sua elaboração originária (MACCORMICK, 1978, 170-171, 177). Adentra-se, aqui, no terreno da consideração da multiplicidade dos métodos de interpretação à disposição do julgador no processo de justificação de suas decisões, dentre os quais se destacam os três tipos clássicos: o textual, ou sintático, o sistemático e o teleológico.

MacCormick inicia sua abordagem acentuando que a aplicação de tais métodos está submetida a um balanceamento dos fatores de avaliação relevantes, do ponto de vista das circunstâncias particulares do caso concreto. Assumir, de plano, uma concepção “*não exclusivista*” (“*non-exclusive*”) dos fatores relevantes faz parte do que o autor chama de “*dialética do debate sobre o razoável*” (“*dialectic of debate upon the reasonable*”), possibilitando a adoção de um conjunto de razões que indiquem qual a melhor decisão a ser tomada (MACCORMICK, 2005, p. 52-53). Em linguagem pragmática, termina-se retornando, em roupagem própria, à questão de Dworkin, de índole doutrinária: quais são os testes adequados para definir se uma proposição jurídica é verdadeira, ou correta, no que concerne à justificação das decisões judiciais? (SCHAUER, 2009, p. 7).

Seguindo a direção da teoria de MacCormick, o primeiro passo, na estruturação das decisões jurídicas, é determinar, pautado no modelo dedutivista, qual a norma jurídica aplicável ao caso. Quando não se depara com nenhuma dúvida no procedimento de submeter os fatos ao comando de normas determináveis, o problema é facilmente solucionado. Diante de ambivalências interpretativas, ao contrário, a interação entre os métodos textual, sistemático e teleológico é imprescindível, porque cada um deles se centraliza em fatores de avaliação distintos. O método textual enfatiza o sentido literal da norma, o sistemático busca sua consistência e coerência com a integridade do Direito, e o teleológico atribui valor à intenção ou propósito legislativos. É verdade que, mesmo no campo interpretativo, o texto da lei impõe limites à margem decisória dos juízes. Contudo, podemos assumir a inaceitabilidade da abordagem textual-sintática, se a mesma é concebida de forma não contextualizada (SPAACK, 2007, p. 346-348).

É evidente que tais questões concernem, mais diretamente, ao estudo dos casos difíceis,

em que já se pressupõe a insuficiência do método textual de justificação, mesmo se se defende ser pertinente inserir a norma legal no contexto das particularidades trazidas pelos litigantes. Ao perceberem que as regras aplicáveis ao caso não são claras, ao ponto de tornarem prescindível o apelo às estratégias interpretativas, os juízes, já partindo para o método sistemático, irão apurar o raciocínio jurídico em busca, primeiramente, da existência de outras regras, ou decisões prévias, que possam ser utilizadas, analogicamente, na regulamentação dos fatos em análise. Em seguida, os juízes devem buscar os “*princípios gerais*” (“*general principles*”), sob cuja normatividade as circunstâncias do caso se enquadrem. De qualquer jeito, impõe-se a compatibilidade da decisão com o conjunto das regras estabelecidas (MACCORMICK, 1978, p. 110).

Observa-se que, na abordagem sistemática, a mais abrangente, os três fatores de avaliação principais são a consistência, a coerência, e a analogia, todos eles relacionados às regras positivadas, como um todo, e aos princípios gerais. O argumento da consistência advém da categoria lógica da não contradição. O argumento da coerência, menos simplista, pressupõe a noção de que determinadas normas jurídicas, se tomadas em conjunto, possuem sentido em sua integralidade. Assim, um grupo de regras jurídicas pode ter consistência, entre si, e não ser coerente, na esfera de sua aplicação conjunta a um caso jurídico. A analogia é importante no aperfeiçoamento da compreensão da lei, por meio da extensão do seu conteúdo a novos fatos não regulamentados (MACCORMICK, 2005, p. 3-4, 40).

O argumento da coerência assume, de forma mais acentuada, a dimensão dos princípios gerais, sobretudo, os não positivados, reforçando a conexão entre o Direito e a Moral. Com efeito, o comprometimento com o padrão da consistência veicula a proibição de que o comando da lei contradiga outras regras previamente instituídas, o que expressa, literalmente, a tese positivista da validade das leis. Ainda não se coloca, em tal raciocínio, a análise dos valores fundamentais imanentes ao sistema normativo, especialmente os preceitos constitucionais mais abstratos. É através do requisito da coerência que os argumentos derivados dos princípios abertos e universais, próprios das teorias da justiça, se convertem em argumentos primais na justificação das leis. (MACCORMICK, 1978, p. 136-137).

Se o padrão da coerência está intrinsecamente voltado para a perspectiva da integridade do direito, ele é o ponto de transição, empreendido por MacCormick, de uma visão estritamente positivista para a dimensão pós-positivista do direito. Ao mesmo tempo, o princípio da coerência delimita o teste dos princípios, impondo à sua legitimação uma vinculação às possibilidades de extensão das regras jurídicas, condicionadas por seu próprio contexto linguístico. De um lado, as regras são coerentes quando satisfazem as exigências dos princípios gerais, mas estes, igualmente, precisam ser coerentes, entre si e com os comandos normativos. O largo significado do argumento da coerência termina assumindo o caráter de uma função organizativa no modelo de justificação de “segunda ordem” (MACCORMICK, 2005, p. 7, 9, 11), prescrito por MacCormick como uma alternativa moderada em comparação ao modelo sugerido pela teoria geral dos princípios. Esta, em sua opinião, sobretudo, na vertente de Dworkin, padece de um excessivo racionalismo excludente dos aspectos institucionais que marcam a validade de um sistema legal.

Por último, resta tecer alguns comentários sobre o método teleológico de interpretação jurídica. A justificação da validade das leis, no contexto dos casos concretos, além de se pautar pelos critérios da consistência, da coerência e da analogia, pode tornar necessária, ainda, a avaliação das consequências, ou implicações, práticas de se adotar uma ou outra interpretação da regra aplicável ao caso. Assim como o problema enfrentado no argumento da coerência e no padrão dos princípios em geral, o que se analisa, na abordagem consequencialista, característica do método teleológico, são as prescrições valorativas do sistema jurídico, sob o prisma da realização da justiça. A peculiaridade do argumento consequencialista reside no envolvimento da ideia de “*intenção legislativa*” (“*legislation intention*”), ou seja, na relação entre os valores do sistema e os fins visados pela lei (MACCORMICK, 2005, p. 28-30).

Os requisitos da consistência e da coerência criam uma moldura sem a qual os argumentos consequencialistas não podem preponderar. Obviamente, se uma dada interpretação da lei se contrapõe a alguma regra, valor ou princípio moral/jurídico do sistema, não é o caso de se legitimá-la, ainda que seja favorável, no que diz respeito aos fins visados pela lei ou aos efeitos da decisão na pacificação de matérias controversas. MacCormick constrói o padrão consequencialista e o perfil do método teleológico de tal forma a que eles não se afastem dos critérios ditados pelo padrão da coerência. Os princípios da justiça geram juízos valorativos próprios do argumento da coerência, sendo que os aspectos ligados às implicações práticas da decisão possuem a mesma índole. Em suma, os fatores avaliativos da coerência, dos princípios gerais e das consequências das decisões estão todos interligados e se sustentam nos valores fundamentais inseridos na lei (MACCORMICK, 1978, p. 99-100, 103, 182).

A vertente positivista de interpretação prescreve, em perfil hierárquico, o apelo inicial ao método linguístico; em seguida, não sendo este suficiente, sugere-se o apelo ao método sistemático e, numa terceira reflexão, apenas sendo necessária, o apelo ao método teleológico. Logo se percebe que tal entendimento é rejeitado por MacCormick em sua teoria da justificação jurídica. Isso se torna claro quando o autor enfatiza que se uma leitura da lei promove injustiça em relação à prescrição contida em algum princípio geral, não é correto dizer que o argumento teleológico só deve ser levado em conta quando os outros não resolverem o problema (MACCORMICK, 2005, p. 38-40).

É verdade que MacCormick defende a importância da linguagem formal da lei. O primeiro passo, na técnica da justificação das decisões, consiste em aplicar o texto normativo que se mostrar relevante na análise dos fatos, de acordo com seu significado literal. Não se pode esquecer a validade assumida pelo autor do raciocínio dedutivo no julgamento dos casos judiciais, na hipótese de a regra normativa relevante apresentar clareza suficiente para a resolução da demanda. Entretanto, a imprescindível vinculação do direito à busca pela realização da justiça impõe o envolvimento dos padrões principiológicos, já no âmbito da abordagem textual da lei. É por isso que, como sugere Torben Spaak, a recomendação no sentido de se aplicar o texto legal, conforme determinado por seus termos literais, só deve ser seguida quando os argumentos derivados dos outros fatores de avaliação não indicarem um conteúdo semântico “*menos óbvio*” (“*less obvious*”). O segundo

passo da justificação das decisões, conduzido pelos fatores da coerência e da consistência, integra, portanto, o raciocínio desenvolvido em seu primeiro passo, porque as regras jurídicas são, além de regras formalmente institucionais, “*instâncias dos princípios gerais*” (“*instances of general principles*”) (SPAACK, 2007, p. 353).

De um modo geral, a resposta fornecida por MacCormick aos problemas interpretativos, não solucionados com base na doutrina positivista, é satisfatória no aspecto metodológico. O que pode ser apontado como significativo, em sua teoria sobre o raciocínio jurídico, não é a constatação de que várias interpretações de uma mesma lei são aceitáveis, e de que os juízes, podem, assim, ir além da linguagem textual das leis. Isso já havia sido enunciado por autores positivistas clássicos, como Hans Kelsen e Robert Hart. Ocorre que estes autores não adentraram, profundamente, no estudo das estratégias lógicas e argumentativas, inerentes ao raciocínio jurídico, aptas a justificar as escolhas interpretativas. A contribuição maior de MacCormick consiste, exatamente, na proposição de uma teoria completa capaz de explicitar uma metodologia analítica eficiente para conduzir as escolhas feitas pelos juízes, ao tomarem suas decisões. MacCormick dá um passo a mais, na tentativa de definir a margem de liberdade decisória dos juízes, formulando critérios de avaliação objetivos, todos eles condicionados às restrições impostas pelo direito positivado (MICHELON, 2010, p. 2, 4-7).

4 QUAL O PAPEL DOS PRECEDENTES NA EXTENSÃO DO SENTIDO DAS NORMAS LEGAIS? É POSSÍVEL DERIVAR DIREITOS DA JURISPRUDÊNCIA?

Pincelou-se, antes, que os precedentes judiciais pertencem ao composto normativo alicerçado na criação de um sistema jurídico. Na utilização do método sistemático de interpretação das leis está implícito o envolvimento das decisões proferidas em precedentes judiciais que tenham tratado do mesmo assunto, ou de assunto similar, àquele reapresentado em novos casos jurídicos. Na presente seção, pretende-se refletir, separadamente, sobre o estatuto normativo dos precedentes, mesmo em sistemas da *civil law*, como é o caso do Brasil, presumindo-se que tais sistemas contêm em si a incorporação da exigência de uniformidade das decisões. Obviamente, tal aspecto resulta na inescapável adoção de determinados parâmetros derivados da doutrina dos precedentes⁶.

Qual seria a peculiaridade do raciocínio a ser empreendido na interpretação dos precedentes? Tratar-se-ia, simplesmente, de utilizar o critério da subsunção dos fatos veiculados em novos casos ao comando contido na parte dispositiva de uma decisão prévia, quando isso se mostrar operacional? MacCormick responde afirmando, inicialmente, que a interpretação das leis e a interpretação dos precedentes não se distinguem em sua natureza, sendo ambas de ordem dedutiva e argumentativa. Esclarece, ainda, que o ato de interpretar uma lei envolve os padrões adotados em precedentes que a aplicaram, antes, em casos assemelhados. Sob o ângulo da “*justiça*

⁶ Vários autores brasileiros defendem que a doutrina dos precedentes, desenvolvida nos países que seguem o sistema da *common law*, pode constituir fonte do direito positivo pátrio, considerando a influência do constitucionalismo na Nossa prática jurídica e a existência, no país, do controle difuso de constitucionalidade. Ver, a esse respeito, Marinoni (2013, p. 22, 32-41); no mesmo sentido, Fais (2006).

formal” (“*formal justice*”), o fator avaliativo da consistência refere-se tanto às leis quanto às decisões judiciais, ou seja, os juízes não podem contrariar nem as leis nem as normas vinculantes firmadas nos precedentes (MACCORMICK, 1978, p. 184-185, 205).

É preciso salientar que MacCormick estuda a doutrina dos precedentes a partir do sistema da *common law*, a fim de esclarecer que nesse sistema o raciocínio silogístico é utilizado, igualmente, como um dos métodos de interpretação das leis. Nos países que seguem o *common law*, os precedentes são fonte originária do direito, mas também existem leis escritas. Não é um sistema caracterizado pela ausência de regras jurídicas; ao contrário, as leis e o precedentes formam o arcabouço legislativo a ser aplicado aos casos concretos. Do ponto de vista da argumentação jurídica, defende o autor não haver diferenças marcadas entre os dois modelos – *common law* e *civil law*. Em ambos os modelos, a justificação das decisões envolve elementos dedutivos e retóricos, com a prevalência de um ou outro tipo de raciocínio de acordo com a complexidade dos casos (MACCORMICK, 2008, p. 59-60, 72).

Para se delinear, nos precedentes, os elementos discursivos dotados de valor vinculante, é necessário localizar, em seus fundamentos, uma regra passível de universalização. Como já se sabe, os juízes, ao decidirem um determinado caso, apresentam razões justificadoras para acolherem uma ou outra das posições divergentes, sob a condição de atenderem as premissas normativas formais pertinentes à matéria. Aplicam os testes de validade das leis e decisões anteriores em busca de uma justificação que seja aceitável, não somente para os fatos em questão, mas também como regra geral para regulamentar outros fatos similares. A parte vinculante de uma decisão é aquela que contém seus fundamentos normativos, ou, como designado na literatura jurídica, sua “*ratio decidendi*”; mas, na maioria das vezes, não é fácil encontrá-la. Nas decisões das cortes, podem existir, inclusive, múltiplas razões de decisão em um mesmo julgamento, quando juízes, embora concorrentes, edificam seus votos em padrões distintos. Há que se investigar os padrões decisórios resultantes da argumentação prática dos juízes (MACCORMICK, 1978, p. 81,83).

MacCormick explica que os precedentes podem ser “vinculantes” ou “persuasivos”, sendo, em todos os casos, revisáveis. Mesmo os precedentes vinculantes podem ser objeto de novas reflexões, em face da novas circunstâncias trazidas em casos, analogicamente, conectados a casos anteriores. Nesse aspecto, com maior abertura analítica, se comparado à revisibilidade das próprias leis, um precedente pode ser rejeitado por meio de outra decisão judicial. Isso pode ocorrer de três maneiras: i) declarando-se sua inadequação, nas circunstâncias em questão; ii) declarando-se a modificação do seu comando normativo, provocada pela revisão dos seus fundamentos decisórios; ou iii) declarando-se sua extensão a novos direitos pleiteados pelos interessados (MACCORMICK, 2008, p. 208, 211-212).

Se o assunto trazido em um novo caso é semelhante ao que foi veiculado em caso anterior, ele deve ser acomodado por meio de raciocínios, igualmente, assemelhados, mesmo contendo algumas particularidades adicionais. Há que se aplicar o teste do princípio que fundamentou a primeira decisão, supondo-se que sua “*ratio decidendi*” é determinável. A posição de MacCormick sobre o caráter vinculante dos precedentes não é rígida. Afirma-se que os precedentes não são absolutamente

impositivos, pois podem ser revistos, o que não retira sua validade enquanto norma incorporada ao sistema. Precisam, por outro lado, ser persuasivos para serem aceitos como precedentes. Daí a existência de critérios que limitam a liberdade dos juízes de utilizá-los arbitrariamente. Dentro de um esquema adequado de justificação, a determinação das regras universais, proferidas nas decisões, não provém de um vazio argumentativo, pois há que se demonstrar que as razões adotadas nas decisões são convincentes o bastante, em sua dimensão generalizante, ao ponto de adquirirem valor normativo extensível a casos futuros (MACCORMICK, 2005, cap. 8, p. 1, 6, 9, 15-17).

Vê-se que os métodos de interpretação dos precedentes são os mesmos aplicáveis à interpretação das leis, contudo, no primeiro caso, o processo de justificação é mais complexo. No que concerne às leis, tenta-se definir, para além e com base em sua linguagem sintática, os padrões introduzidos pelos métodos sistemático e teleológico, na análise do caso concreto. No que concerne aos precedentes, busca-se determinar, no contexto empírico do respectivo julgamento, os raciocínios genéricos que o conduziram. O substrato das decisões, nas quais foram aplicadas “regras gerais ou princípios” (“*general rules or principles*”), produz, logicamente, razões de decidir referenciadas a uma categoria particular de casos individuais e não, apenas, ao caso em questão. A *ratio decidendi*, na visão de MacCormick, não está na abordagem das circunstâncias particulares do caso individual, e sim nas “proposições universais” (“*universal propositions*”) acolhidas pelos juízes como fundamentos da decisão (MacCormick, 1978, p. 92-93). Por essa razão, a *ratio decidendi* tem o estatuto de uma regra jurídica, equiparada às leis pré-estabelecidas.

Dessa doutrina se pode concluir que MacCormick apresenta uma metodologia interpretativa apta a corroborar a tese da existência de uma única resposta correta para os casos concretos, incluindo-se os casos difíceis. Lembre-se que, segundo Dworkin, tal resposta é passível de ser determinada, embora não se possa, sempre, alcançar a certeza desejável (DWORKIN, 2011, p. 90-92). O importante é manter o foco no pressuposto de que existem critérios consistentes, em uma seletiva base justificatória, para a busca de uma decisão correta, sendo, portanto, reduzida a discricionariedade dos juízes. Ora, ao se postular a baixa discricionariedade, se está indicando que os desacordos, na interpretação das leis e dos precedentes, são de ordem “especulativa” (“*speculative*”), não solapando a perspectiva da objetividade dos argumentos jurídicos. Complementar a tese formal da “validade”, com a introdução de outros fatores avaliativos, decorrentes dos princípios, da analogia, e demais testes hermenêuticos, torna possível solucionar os desacordos com uma margem significativa de acerto. Ainda que remanesçam desacordos substantivos, que lancem dúvidas sobre qual a melhor acomodação dos direitos pleiteados pelas partes, a doutrina construtivista dos precedentes, defendida por MacCormick, configura fio condutor adequado para se desenvolver o raciocínio dos juízes (MACCORMICK, 1978, p. 210-212, 217).

Do ponto de vista da sistematicidade das decisões judiciais, o direito a ser protegido é aquele que se mostrar, no padrão da razoabilidade, compatível com as regras gerais sedimentadas em decisões anteriores, relativas a uma categoria específica de direitos, reintroduzida em novos casos. Isto porque tais regras resultaram de um procedimento justificatório através do qual se definiu uma interpretação particular das leis pré-estabelecidas, afetas ao assunto em pauta. No

juízo dos novos casos, se terá oportunidade de reler e ressignificar as mesmas regras do direito, concluindo-se, ou não, por sua modificação, em determinados aspectos. Trata-se de um processo continuado de aperfeiçoamento do direito positivado, regra geral, centrado na análise da legitimidade da incorporação ao sistema legal de direitos não expressos. É intuitivo que, nesse processo, algumas vezes, as decisões judiciais implicam em uma real reforma legislativa.

Em suma, o modelo teórico dos precedentes, formulado por MacCormick, é fortemente assemelhado ao de Dworkin, no sentido da pressuposição da integridade do direito, com uma peculiaridade: o primeiro autor traz para a prática jurisdicional as premissas teóricas da argumentação jurídica, as quais não têm sentido algum fora do juízo de aplicação, mesmo sendo, originalmente, enunciadas sem o objetivo precípuo de solucionar os problemas veiculados nos casos particulares. MacCormick torna possível, o que não é tão sedimentado em outros autores, a reconciliação da teoria do direito, de conotação eminentemente doutrinária, com a prática jurídica de tomada de decisões. Esta unificação entre a teoria do direito e a adjudicação judicial, entre a lei e sua justificação moral, (BUSTAMANTE, 2010, p. 709, 719), direciona, apropriadamente, a utilização dos precedentes como uma das fontes do direito.

Seguindo a trilha da doutrina da integridade, MacCormick alicerça uma teoria do direito que pacifica a planificação de todas as suas fontes, formais e materiais, e o caráter evolutivo da aplicação dos testes de validade das leis. A rigor, as leis, os precedentes, as categorias doutrinárias e os casos jurídicos não representam o direito como um conhecimento acabado, sendo, antes, fontes estruturantes dos testes argumentativos. A centralidade do direito não reside nem nos textos legislativos, nem nos fatos, e sim nas estratégias de argumentação jurídica, ou seja, o “*domínio do direito*” reside nos testes interpretativos. Na esfera da adjudicação judicial, não no direito prévio ou na teoria do direito, tudo se reúne e se define, sempre com uma margem de “*indeterminação*” (“*indeterminacy*”), cuja operacionalidade mantém o olhar do intérprete voltado para o futuro (BUSTAMANTE, 2010, p. 709-712).

Em um esforço quase socrático, MacCormick moldura a ideia da “*auto-poesis*” do direito, acentuando que sua verdade se insere em uma metodologia dialética ininterrupta, sendo o intérprete, figura hercúlia, o principal condutor desse processo. O direito, assim, materializa sua centralidade no contexto argumentativo. Não é, em essência, um fato social ou institucional, o que constitui apenas seu perpétuo ponto de partida. Não se pode negar que, em tal visão, o poder judiciário é o árbitro final da ressignificação das leis, sob a condição da justificabilidade dos seus padrões analíticos, o que parece superar a dissociação entre a teoria e a prática jurídicas.

CONCLUSÃO

O pano de fundo da teoria de MacCormick provém da ideia de que o conceito do direito não é elaborado fora do contexto prático-argumentativo de sua concretização. Foi possível compreender, no bojo deste estudo, que o autor cria uma metodologia hermenêutica, baseada na distinção entre os padrões da validade e da justificação das decisões jurídicas, que permite

redefinir a natureza do direito enquanto uma ordem normativa institucional. Em tal modelo, a argumentação jurídica se caracteriza pela associação de múltiplos elementos discursivos da razão prática em geral, incorporando categorias morais, políticas e sociais, todas elas intersectadas no ato de interpretar o significado substantivo das leis.

Viu-se que a proximidade do direito com a moral não acarreta a negação de sua existência como um sistema independente. A argumentação jurídica não é idêntica à argumentação moral, porque seu ponto de partida são as normas institucionais pré-estabelecidas. Contudo, no processo de justificação das decisões judiciais, os argumentos morais, ou substanciais, têm a função de explicitar os padrões dos princípios, que fazem parte da estruturação das regras normativas.

Nesse contexto, foi possível verificar que MacCormick fornece uma metodologia de interpretação das leis, que coloca em igual grau de importância os raciocínios ditados por sua linguagem textual, pela dimensão sistêmica do ordenamento jurídico e pelos elementos substantivos da justiça material, em consideração aos propósitos legislativos e aos critérios de análise jurídica. Igualmente, não se prescreve uma hierarquização dos múltiplos fatores de avaliação, a serem sopesados pelos juízes no processo de adjudicação judicial.

A vertente, marcadamente pós-positivista de MacCormick, especialmente, em sua fase mais madura, revela uma teoria fortemente conectada à superação dos modelos dogmáticos de análise jurídica, centrados no raciocínio silogístico da lógica formal. Como destacado pelo autor, o ponto nevrálgico que perfaz a identidade do direito, no contexto prático, consiste na evolução dos procedimentos de justificação de “segunda ordem”, os seja, aqueles que demandam dos intérpretes o desenvolvimento de padrões sistêmicos e substantivos. Com isso, MacCormick sintetiza a complexidade e a abrangência das metodologias de argumentação e sustentação da solidez do direito, nos tempos atuais.

Evidenciou-se, ainda, que a abordagem de MacCormick do direito como argumentação estabelece padrões consistentes, no que concerne ao desafio imposto pela necessidade de vencer a arbitrariedade decisionista dos intérpretes. As diversas estratégias de composição entre normas e fatos, desde os testes dedutivistas até a narrativa dos princípios, desde o vetor sistêmico da coerência institucional até a valorização dos componentes do direito justo, não possuem outro propósito senão o de se persistir na tese da existência de decisões corretas para cada caso jurídico.

Por fim, questão importante, incorporada à doutrina da justificação das leis, na dimensão argumentativa, consiste no reconhecimento do estatuto normativo das decisões judiciais. Desse entendimento advém a concepção do autor sobre o valor dos precedentes na composição integrativa do direito. Como se pôde verificar, não é o caso nem de se negar o caráter vinculante dos precedentes, nem de se lhes atribuir validade absoluta, o que iria de encontro ao processo de evolução da função interpretativa, própria da atuação jurisdicional. Os precedentes precisam se mostrar, no mínimo, persuasivos, a fim de serem utilizados como regras aplicáveis aos novos casos concretos. Tal abordagem, com suporte no padrão da razoabilidade, conduz à visualização do direito na qualidade de um sub-sistema social, de natureza normativa, que está em permanente construção, pela intermediação de metodologias e raciocínios jurídicos sedimentados na prática

discursiva.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BUSTAMANTE, Thomas. On maccormick's post-positivism: comment on karen petroski's 'is post-positivism possible?' **German Law Journal**, Washington, v. 12, n. 12, p. 693-727, 2011. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1593185>. Acesso em: 12 jul. 2012.

CANOTILHO, José J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. São Paulo: Almedina, 1998.

DWORKIN, Ronald; DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**, Cambridge: Harvard University Press, 1978.

FAIS, Juliana Marteli; SILVA, Leda Maria Messias da. Common law em relação ao direito brasileiro. **Iniciação Científica CESUMAR**, Maringá, v. 8, n. 1, p. 25-34, jan./jun. 2006.

GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva de uma argumentação jurídica. **Cadernos de Filosofia Alemã**, São Paulo, n. 6, p. 85-102, 2000.

HART, Herbert L. A. **O conceito do direito**. 2. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

MACCORMICK, Neil. **Institutions of law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2009.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law**. New York: Oxford University Press, 2005. Disponível em: <https://ptbr.kobo.com/desktop>. Acesso em: 18 jul. 2011.

MACCORMICK, Neil. **Questioning sovereignty**: law, state and practical reason. New York: Oxford University Press, 1999.

MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 1978.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 22, 32-41

MICHELON, Claudio. **MacCormick's Institutionalism between theoretical and practical reason**. Edinburgh: University of Edinburgh School of Law, 2010. Doi: 10.2139/ssrn.1585894.

PERELMAN, Chaim. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PINO, Giorgio. **Neil maccormick on interpretation, defeasibility, and the rule of law**. Jan. 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1737045>. Acesso em: 12 jul. 2017.

SARTOR, Giovanni. **Syllogism and defeasibility**: a comment on neil maccormick's rhetoric and the rule of law. Sep. 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=963324>. Acesso em: 18 jul. 2017.

SCHAUER, Frederick. **Institutions and the concept of law**: a reply to ronald dworkin (with Some Help from Neil Maccormick). 2009. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1403311>. Acesso em: 18 jul. 2018.

SPAACK, Torben, Guidance and Constraint: the Action-Guiding Capacity of Neil Maccormick's Theory of Legal Reasoning. **Law and Philosophy**, Dordrecht, v. 26, p. 343-76, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=923450>. Acesso em: 18 jul.2018.

Como citar: PIRES, Teresinha Inês Teles. A teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: Dimensão normativa, raciocínio prático e justificação das decisões jurídicas. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 2, p. 49-70, ago. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n2p. 49. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 21/04/2018
Aprovado em: 26/04/2020