

A NOÇÃO DE COERÊNCIA NA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE NEIL MACCORMICK: CARACTERIZAÇÃO, LIMITAÇÕES, POSSIBILIDADES

THE NOTION OF COHERENCE IN NEIL MACCORMICK'S THEORY OF LEGAL ARGUMENTATION: CHARACTERISTICS, LIMITATIONS, POSSIBILITIES

LA NOCIÓN DE COHERENCIA EN LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE NEIL MACCORMICK: CARACTERIZACIÓN, LIMITACIONES, POSIBILIDADES

Argemiro Cardoso Moreira Martins¹

Cláudia Rosane Roesler²

Ricardo Antonio Rezende de Jesus³

RESUMO

Busca-se examinar a ideia de coerência como conceito central no bojo da teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick. Expõem-se os pressupostos que norteiam a teoria do autor. Para melhor esclarecer os contornos da proposta, relaciona-se o autor com outros teóricos do direito que trataram do tema da coerência e da argumentação jurídica. Reafirma-se a importância da ideia de coerência do direito como relevante critério para avaliar a qualidade das decisões judiciais.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria do direito. Argumentação jurídica. Estado Democrático de Direito. Coerência. Integridade.

ABSTRACT

The aim of this work is to examine the idea of coherence as a core concept in Neil MacCormick's theory of legal argumentation. The presumptions that guide the author's theory are exposed. In order to better clarify the proposal, the author is related to other legal thinkers who have discussed the theme of coherence and legal argumentation. The importance of the idea of coherence of law is reiterated as a relevant criterion for assessing the quality of legal decisions.

KEYWORDS: Theory of law. Legal argumentation. Democratic state. Coherence. Integrity.

RESUMEN

El objetivo del trabajo es examinar la idea de la coherencia como un concepto central en la teoría de la argumentación jurídica de Neil MacCormick. Se exponen los presupuestos que guían la teoría del autor. Para

1 Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Brasília-DF. Brasil. argemiromartins@unb.br.

2 Doutora em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Brasília-DF. Brasil. croesler@unb.br.

3 Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Universidade de Brasília (UnB). Brasília – DF - Brasil. ricardorezende@unb.br.

aclarar mejor los contornos de la propuesta se relaciona al autor con otros teóricos del derecho que han tratado el tema de la coherencia y de la argumentación jurídica. Se reafirma la importancia de la idea de coherencia del derecho como un criterio relevante para evaluar la calidad de las decisiones judiciales.

PALABRAS CLAVE: Teoría del Derecho. Argumentación Jurídica. Estado Democrático de Derecho. Coherencia. Integridad.

INTRODUÇÃO

A análise das justificativas que fundamentam as decisões jurídicas é tema cada vez mais relevante nas democracias ocidentais de cunho liberal. Segundo Atienza, pelo menos cinco fatores podem explicar esse crescente interesse pela argumentação jurídica.⁴

Primeiro, um fator de natureza teórica, decorrente do fato de que as diversas concepções de direito – positivismo, jusnaturalismo, realismo jurídico, entre outras – não se ocuparam em sistematizar uma teoria da argumentação jurídica. Nesse passo, a centralidade que o tema ganha na atualidade visa preencher uma ausência anterior.

Segundo, há um fator de ordem prática. Ocorre que as representações que a sociedade tem do direito são, em grande parte, de natureza argumentativa. Assim, o desenvolvimento de uma sentença judicial, a justificativa de uma Lei ou, ainda, as decisões da administração pública aparecem para os diversos partícipes dessas relações como um discurso fundado em razões. Assim, uma vez que o direito se mostra com essa forma discursiva, segue-se, como consequência, o interesse em refletir sobre a estrutura desses argumentos, até mesmo para poder criticá-los.

Há, também, ainda segundo Atienza, um fator relacionado com a mudança de perspectiva que se vem adotando em torno do ensino jurídico. Refere-se à conclusão de que o ensino jurídico ressentia-se de um conteúdo mais voltado para a prática. Para alterar essa situação, é preciso adotar metodologias que se mostrem eficientes em capacitar os estudantes a atuarem com êxito nas diversas carreiras jurídicas. Daí decorre o interesse em aprofundar-se nos estudos de argumentação jurídica, uma vez que, conforme já foi dito, a prática do direito e o manejo dos materiais jurídicos se revelam eminentemente argumentativos.

O quarto e quinto fatores apontados por Atienza estão estreitamente relacionados e, conforme se notará no desenvolvimento do texto, interessam particularmente ao presente trabalho. Dizem respeito à ascensão da democracia como forma de governo – e como forma de sociedade –, bem como do Estado Democrático de Direito ou, caso se prefira, do Estado constitucional, como modelo de organização jurídica. Ocorre que, com a perda da força explicativa da tradição e da autoridade como justificativas do poder político, restou, como fonte de legitimidade, o argumento racional, a força persuasiva das razões, a possibilidade de demonstração do ponto de vista. Na verdade, é possível dizer que é constitutivo da ideia de democracia o debate de argumentos e pontos de vista contrários. Daí que o interesse pelo saber sobre bem argumentar se mostra quase como uma consequência natural da vida nesse tipo de sociedade.

Também no que toca ao Estado Democrático de Direito, uma das características que lhe podem ser apontadas é a exposição pública das razões que justificam as decisões jurídicas. É preciso dar a conhecer o porquê de uma decisão reconhecer ou eventualmente restringir direitos. Nesse contexto, a preocupação com uma teoria da argumentação jurídica se revela importante, na medida em que propõe estabelecer critérios que demonstrem estar uma decisão justificada ou não e, por isso mesmo, possibilitar aos afetados uma oposição.

Nesse quadro de crescente interesse pela reflexão sobre a argumentação jurídica, algumas contribuições podem ser consideradas como constitutivas de uma teoria *standard* da argumentação, compondo o quadro a partir do qual as discussões mais específicas, conceituais ou aplicadas se desenvolvem. Desde o final da década de 70 do século XX, um dos autores cuja contribuição certamente configurou o perfil atual da teoria da argumentação jurídica é Neil MacCormick. Em que pese vários escritos sobre temas como a soberania e a questão da integração europeia, sua

4 ATIENZA, Manuel. **El Derecho como argumentacion**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 2007, p. 15-19.

reputação acadêmica deve-se sobremaneira aos textos de filosofia do direito, com destaque para os trabalhos acerca da argumentação jurídica.

MacCormick construiu uma detalhada teoria sobre a argumentação jurídica, pretendendo não apenas demonstrar como avaliar se uma decisão está corretamente fundamentada, como também prescrever os passos para construir uma boa decisão. Entre esses passos, destaca-se a noção de coerência como expressão de uma racionalidade que deve transparecer na decisão tanto de maneira interna (racionalidade entre os argumentos utilizados na decisão) quanto externa (conexão racional entre os argumentos utilizados, os fatos narrados e o ordenamento jurídico como um todo).⁵

O objetivo do presente texto é explorar essa ideia de coerência na obra de MacCormick. Descrevendo suas especificidades, contrastando com o que dizem alguns de seus críticos e acompanhando as afirmações de seus defensores, esperamos contribuir não só para a compreensão do pensamento desse importante autor contemporâneo, como também para a discussão em torno da relevante temática da argumentação jurídica.

Com esse fim faremos, inicialmente, uma breve abordagem sobre as linhas gerais da teoria da argumentação jurídica de MacCormick, levando em conta que essa teoria está exposta em duas obras centrais: "Legal reasoning and legal theory" (1978), traduzida no Brasil por "Argumentação jurídica e teoria do direito" (2006) e "Rhetoric and the rule of law" (2005), traduzida por "Retórica e estado de direito" (2008). Um considerável lapso temporal e muitas críticas separaram as duas obras. Assim, quando pertinente, o presente texto procurará demonstrar o que mudou e o que ainda é válido no pensamento do autor.

Em outro passo, sempre fazendo o cotejo entre as duas obras e as suas especificidades temporais, analisar-se-á a questão da coerência com os detalhamentos propostos pelo autor.

1 LINHAS GERAIS SOBRE A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE NEIL MACCORMICK

O primeiro esforço sistematizado do autor para formular uma teoria da argumentação jurídica aparece na obra "Argumentação jurídica e teoria do direito", lançada em versão inglesa em 1978. Nesse trabalho, além da detalhada exposição sobre sua teoria, também se pode constatar, como pano de fundo, uma defesa do positivismo baseado na obra de H.L.A. Hart com temperamentos decorrentes das reflexões do próprio MacCormick, assim como uma resposta às críticas de Ronald Dworkin às teorias positivistas da decisão.

Com efeito, uma das principais críticas feitas ao positivismo de Hart consiste na questão da regra de reconhecimento⁶ do direito e da ausência de uma teorização do papel dos princípios na aplicação do direito. Segundo Dworkin, para Hart, o direito é o conjunto de fatos sociais que se podem identificar mediante métodos específicos (a regra de reconhecimento). Quando o juiz utiliza outros elementos que não as regras positivadas, não está aplicando o direito, mas está inventando o

5 A preocupação com a coerência como expressão de uma racionalidade é um critério recorrente para auferir a correção das decisões judiciais. Esta noção de coerência pode aparecer travestida em outro nome, ampliada ou reduzida, a depender da linha de raciocínio articulada por cada autor. Veja-se, por exemplo, a noção de integridade em DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luís Camargo São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 260 e ss. Conferir, também, GUNTHER, Klaus. Um concepto normativo de coherencia para uma teoria de la argumentacion jurídica. Tradução de. Juan Carlos Velasco Arroyo. **Doxa**. 1995, v.17/18, p.271-302.

6 Em obra traduzida para o português como "o Conceito de Direito", H. L. A Hart expõe sua defesa do positivismo. Correndo o risco de simplificação, pode-se dizer que o núcleo da tese de Hart é a ideia de regra de reconhecimento. Segundo esse autor, existem dois tipos de regras: primárias e secundárias. São regras primárias aquelas que vêm a conferir direitos ou impedir obrigações aos indivíduos. Já as regras secundárias têm por objeto a regulamentação acerca da origem, da modificação ou da extinção das regras primárias. Esta diferenciação se mostra importante para que se determine, no sistema de Hart, como as regras podem ser consideradas válidas. Quando desenvolvida uma regra secundária fundamental, que tem por objetivo determinar como as regras jurídicas devem ser identificadas, ela recebe a denominação de regra de reconhecimento. Essa, então, tem por finalidade identificar os elementos normativos que são, de fato, o direito. Cf. HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução. A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, p. 118 e ss.

direito. Assim, uma vez que existiriam casos aos quais nenhuma regra pode ser aplicada, chamados comumente de "lacunas do direito", o juiz decidiria, nesses casos, de acordo com suas próprias convicções, ou seja, possuiria discricionariedade para estabelecer uma nova regra e, inclusive, aplicá-la retroativamente.

A esse raciocínio Dworkin opõe a tese de que o juiz não possui discricionariedade judicial exatamente porque o ordenamento jurídico é formado não apenas por regras jurídicas, mas também por princípios. Assim, o juiz se serviria fundamentalmente dos princípios na solução dos casos concretos, pois estes constituem a própria essência do direito como tradução de uma comunidade de princípios.⁷

O positivismo defendido por MacCormick⁸, apesar de tributário das ideias de Hart, já reconhece a importância dos princípios jurídicos. Tanto é assim que MacCormick afirma, ainda no curso de "Argumentação Jurídica e Teoria do Direito":

O professor R. Dworkin, criou um desafio, ou uma série de desafios à jurisprudência positivista com base numa apreciação da importância dos argumentos a partir dos princípios jurídicos em 'casos exemplares'. Ele alega com isso ter subvertido a teoria do arbítrio judicial com a qual estão engajados positivistas como H.L.A. Hart. (...) **desejo propor uma teoria que atribua considerável importância ao lugar dos princípios gerais na argumentação jurídica. Entretanto, de minha parte não considero que essa teoria seja mais subversiva do que complementar em relação a argumentos como o de Hart.** (...) (grifamos).⁹

Em período posterior à publicação de "Legal reasoning and legal theory", MacCormick vai se afastando do pensamento de Hart. Em entrevista a Manuel Atienza, publicada em 2006 na Revista Doxa, MacCormick afirma que, no complexo sistema do atual Estado constitucional, uma teoria como a de Hart, que propõe explicar a unidade do sistema jurídico com base apenas na noção de regra de reconhecimento, não é satisfatória. Além disso, sustenta que não é mais possível refletir sobre o direito sem estabelecer conexões com a política e a economia. Acrescenta mais que se há distinções entre o direito e a moral, não há como negar que há, também, influência recíproca. Tudo isso, conclui o autor, está muito distante da leitura que Hart tinha do direito.¹⁰

Em seu livro mais recente sobre a teoria da argumentação jurídica, traduzido no Brasil por "Retórica e Estado de Direito", o autor revisa várias das posturas adotadas nos trabalhos anteriores. Na entrevista que concedeu a Manuel Atienza em 2006, MacCormick declara que sua posição atual é pós-positivista¹¹. Também em "Retórica e Estado de Direito", MacCormick afirma que uma visão pós-positivista é um pressuposto para o desenvolvimento da teoria que está exposta nesta obra.¹²

A expressão pós-positivista, contudo, está longe de ter significado unívoco e certamente carece de um detalhamento. Em que pese o fato de o autor, pelo menos nas obras em que se está

7 Embora não seja o objeto de nossa discussão, é importante lembrar que as críticas de Dworkin a Hart tiveram o condão de mobilizar grande interesse na filosofia do Direito ao longo do século XX. A controvérsia, sintetizada sob a expressão "o debate Hart-Dworkin", no entanto, não é tão facilmente redutível a um único ponto, como bem demonstra Scott Shapiro, apontando, com razão, a própria natureza cambiante dos debates filosóficos. O que se expressa aqui é o núcleo central da controvérsia, tal como ficou popularizada, sem entrar em suas especificidades e em sua variação temporal. Conferir: SHAPIRO, SCOTT. The "Hart-Dworkin" Debate: a short guide for the perplexed. In: RIPSTEIN, Arthur (ed.). **Ronald Dworkin**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 22-55.

8 Queiroz avalia que, ainda que se considere a influência de Hart sobre MacCormick, para o professor da Universidade de Edimburgo ser positivista é "aceitar que a existência do direito não depende de ele satisfazer valores morais universalmente aplicáveis a todo e qualquer sistema jurídico; aceitar que o direito é um fato humano, cuja existência depende de determinados comportamentos positivos de seres que vivem em sociedade." (QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Uma teoria do raciocínio para a teoria do direito. **Revista Direito GV**. V.3, n.21, jul-dez 2007, p.332).

9 MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldea Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006a, p.199.

10 MACCORMICK, Neil. **DOXA**: Cuadernos de Filosofía del Derecho. n. 29, Alicante, 2006b. Entrevista concedida a Manuel Atienza, p. 482.

11 MACCORMICK, Neil. **DOXA**: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Entrevista concedida a Manuel Atienza., p. 485-488.

12 MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 02.

analisando, não esclarecer o porquê de autodefinir-se pós-positivista, cremos ser possível, a partir do cotejo com outros autores que se dedicaram a escrever sobre o que significa ser pós-positivista, identificar os caracteres do pensamento atual de MacCormick que o levaram a assim definir-se. Albert Calsamiglia, em texto intitulado, justamente, "postpositivismo"¹³, pretende estabelecer um panorama comparativo entre o positivismo e o que vem sendo chamado de pós-positivismo. Segundo esse autor, as duas teses principais do positivismo são: 1) a defesa de uma teoria das fontes sociais do direito, segundo a qual é possível determinar o que é o direito (estabelecer seus limites), examinando o sistema normativo ditado pelo homem e institucionalizado (reconhecido) pelo Estado; 2) pregar a autonomia do direito, pressupondo que não há uma conexão necessária entre direito, política e moral. Os pós-positivistas, a seu turno, deslocam a agenda de problemas, porque passam a prestar a atenção na indeterminação do direito. Segundo o autor:

(...), o pós-positivismo aceita que as fontes do Direito não oferecem resposta a muitos problemas e que se necessita conhecimento para resolver esses casos. (...) Se isso é certo, então se diluí a rígida distinção entre a descrição e a prescrição. As teorias [contemporâneas] do Direito tendem a oferecer não apenas aspectos cognoscitivos referidos a fatos sociais do passado como também pretensões prescritivas, no sentido de oferecer critérios adequados para resolver problemas práticos. (tradução nossa).¹⁴

No que toca à questão da relação entre direito e moral, tem-se que os pós-positivistas, ao chamarem atenção para o fato de que em muitas constituições modernas existem princípios morais incorporados como direitos fundamentais, demonstram que não é mais possível negar a conexão entre direito e moral. Além disso, o reconhecimento da centralidade dos princípios jurídicos como fundamento de solução dos casos difíceis altera a forma como é pensada a relação entre direito, moral e política. Não há mais uma separação absoluta, mas uma articulação complementar, "em que se procura respeitar as especificidades desses três âmbitos, mas se reconhece a impossibilidade de tratá-los de forma segmentada."¹⁵

De um ponto de vista mais amplo e em certo sentido complementar, é possível observar, segundo Michelin Jr., que:

MacCormick acredita que é um erro excluir a prescrição, como elemento da razão prática, da teoria jurídica. Para ele, tanto a teoria do direito como a da argumentação jurídica devem ser baseadas em uma teoria geral da razão prática. A lei é, afinal, uma ordem institucional normativa, e não, simplesmente, uma forma de descrever certos fatos (ou um conjunto de prescrições que não têm, em si, uma reivindicação clara de um comportamento futuro). Sua insistência de que a lei deve ser entendida no contexto da razão prática em geral (ou seja, como tendo uma relação direta, embora não definitiva, com a ação) é a razão, posta na sua forma mais abstrata, pela qual MacCormick considerava-se um 'pós-positivista'. (tradução nossa).¹⁶

Esclarecendo essa transição, como bem pontua Vittorio Villa¹⁷, está a passagem de uma primeira posição de MacCormick filiada a uma corrente positivista que pode denominar-se

13 CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. **Doxa**: cuadernos de filosofía del derecho. n. 21, 1998, p. 209-220.

14 "(...) el postpositivismo acepta que las fuentes Del derecho no ofrecen respuesta a muchos problemas y que se necesita conocimiento para resolver estos casos. (...) Si eso es cierto, entonces se diluye La rígida distinción entre la descripción y la prescripción. Las teorías [contemporâneas] del derecho tienden a ofrecer no sólo aspectos cognoscitivos referidos a hechos sociales del pasado sino que tienen también pretensiones prescriptivas, en el sentido de ofrecer criterios adecuados para resolver problemas práticos.(...)". (CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. **Doxa**: cuadernos de filosofía del derecho, p. 212).

15 MAIA, Antonio Cavalcanti. Nos vinte anos da Constituição cidadã: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de et al. (Orgs.) **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.123

16 "MacCormick believes that this exclusion of the prescriptive, of the element of practical reason, from legal theory is a mistake. For him, both legal theory and legal reasoning must be based in a general theory of practical reasoning. Law is, after all, an institutional normative order, and not simply a way to describe certain facts (or a set of prescriptions that do not have, in themselves, a clear claim n future behaviour). His insistence that law be understood in the context of general practical reason (i.e. as having a direct, although not final, bearing on action) is the reason, put at its most abstract, why MacCormick considered himself to be a 'post-positivist'". MICHELON JR, Claudio. MacCormick's Institutionalism between theoretical and practical reason. **Diritto & questione pubbliche**.n. 09.2009, p. 59.

17 VILA, Vittorio. Il positivismo giuridico de Neil Maccormick. **Diritto & questione pubbliche**. n. 09. 2009, p. 29-52.

descritivista e que corresponde à primeira fase de seu pensamento a uma posição construtivista, característica da segunda fase. Assim o é, na medida em que Maccormick, em seu texto de 1978, identifica o discurso cognoscitivo do estudioso do direito como um discurso meramente descritivo e que não toma posição em relação a valores que a norma pode acolher. Essa restrição não mais se mantém na obra de 2005.

Em que pesem as distinções do pano de fundo teórico que separam os trabalhos de Maccormick ora analisados, nota-se, em ambos, uma enfática defesa em favor da racionalidade do processo decisório no direito. Assim, o argumento deverá ser confinado à consideração daquilo que é racionalmente defensável e o uso das palavras será privilegiado como instrumento de persuasão racional, sendo que “a coerção aparece apenas no sentido da força irrefutável de um argumento.”¹⁸

Em “Retórica e Estado de Direito”, todavia, sobressai, muito mais que no primeiro livro, uma necessidade de vincular a argumentação jurídica a um ambiente de legalidade e, arriscamos dizer, de democracia. Com efeito, a expressão Estado de Direito, conforme foi traduzido o título da obra no Brasil, está associada, entre nós, à ideia de legalidade, de um governo das leis, imparcial, que se opõe a um governo autoritário. Acompanhando o desenvolvimento das análises do autor, observamos, contudo, que a expressão “Estado de Direito” se repete inúmeras vezes no decorrer da obra, mas incorpora uma dimensão para além da legalidade: a dimensão da alteridade. Observa-se que, em várias passagens do texto de MacCormick, a ideia de Estado de Direito está associada a um ambiente em que é possível e desejável ouvir o outro. É muito caro ao autor firmar que o Estado de Direito acolhe e possibilita a discussão, o contra-argumento. Nesse sentido, parece-nos que MacCormick se aproxima do modelo de Habermas, para quem a teoria discursiva do direito concebe:

(...) o Estado Democrático de Direito como a institucionalização de processos e pressupostos comunicacionais necessários para uma formação discursiva da opinião e da vontade, a qual possibilita, por seu turno, o exercício da autonomia política e a criação legítima do direito.¹⁹

Assim, usaremos neste texto “Estado Democrático de Direito”, por nos parecer mais consentâneo com a ideia de fundo que pensamos perpassar a obra tanto de MacCormick quanto de Habermas: a permanente possibilidade do dissenso.²⁰

Esclarecidos, pois, os ambientes distintos, temporal e substancialmente, em que foram construídos os dois trabalhos, passamos a examinar os aspectos gerais da teoria. Transitaremos entre as duas obras, mas tentaremos ver a teoria como um bloco coerente de argumentos, como, aliás, é condizente com o modelo que MacCormick quer propor.

18 MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**, p. 24.

19 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, v.II, p.181.

20 Veja-se, por exemplo, as seguintes passagens de Retórica e Estado de Direito: “(...) tudo aquilo que é afirmado pode ser questionado e, em vista desse questionamento, uma razão deve ser oferecida para o que quer que tenha sido afirmado, não importando se a afirmação consiste em algum tipo de exigência normativa ou em uma asserção sobre um estado de coisas, sobre uma “questão de fato”. (...) Dizer isso é o mesmo que distinguir entre o uso das palavras como meras armas de coerção intelectual ou logro, e seu uso como instrumentos de persuasão racional, no qual a coerção aparece apenas no sentido da força irrefutável de um argumento. É o segundo sentido de argumento como justificação racional que será analisado aqui. E a questão será saber se pode haver um ‘Estado de Direito’ se o ‘Direito’ for algo possível de ser construído argumentativamente nesse sentido.” (p. 23-24). Na mesma direção: “Assim, surgem as disputas acerca da interpretação correta dos materiais jurídicos, sobre a correta interpretação das provas, sobre a correta avaliação dos elementos de prova em conflito, sobre a caracterização adequada dos fatos provados ou confessados, ou sobre sua relevância com relação aos materiais jurídicos apresentados. Essas disputas não são um tipo de excrescência patológica em um sistema que deveria de outra forma funcionar tranquilamente. Elas são um elemento integrante de uma ordem jurídica que esteja funcionando de acordo com os ideais do Estado de Direito. Isso porque esse princípio insiste na apresentação pelo governo de base jurídica adequada para qualquer ação, completada pelo direito de todos os indivíduos de questionar as bases jurídicas apresentadas pelo governo para suas ações. (...). A ideia de Estado de Direito sugerida aqui insiste no direito de defesa de questionar e rebater a causa que lhe é apresentada. Não há segurança contra os governos arbitrários a não ser que esse questionamento seja livremente permitido, e sujeito a apreciação por agentes do Estado separados e distanciados daqueles que conduzem as acusações penais.” (p. 36-37).

MacCormick inicia a exposição de sua teoria – em ambos os livros – esclarecendo que reputa ser a argumentação jurídica uma ramificação da argumentação prática, ou seja, uma aplicação da razão, por parte dos seres humanos, de modo a decidir qual a forma correta de se comportarem em situações em que haja possibilidade de escolha. Nessa linha, defende, em contraponto aos chamados cétricos²¹, ser possível ao direito servir-se da lógica e do raciocínio dedutivo para justificar as decisões. Sustenta que se é certo que a argumentação jurídica não é exclusivamente dedutiva (silogística), o raciocínio dedutivo não pode ser desconsiderado, tendo um papel relevante na argumentação jurídica, na medida em que a dedução lógica responde por uma parte do âmbito formal de correção de uma decisão que estabelece limites – formais – dentro dos quais o juiz tem o dever de decidir.²²

Há situações, contudo, em que não há uma lei clara da qual se deduza a decisão ou mesmo um precedente específico vinculativo. Aqui se passa a estar no âmbito dos chamados *hard cases*, nos quais as soluções precisam ser construídas. A proposta de MacCormick é oferecer um “roteiro” por meio do qual possamos escolher quais propostas interpretativas seriam mais adequadas. Nesse teste de adequação, deve verificar-se, segundo o autor, o requisito de universalidade, um juízo de consequência, além do critério de coerência.

O requisito da universalidade indica que a decisão deve conter uma premissa geral, de modo que possa ser reproduzida, no caso de ocorrer uma situação idêntica em outro momento. Assim, sempre que se constatar a presença dos fatos A, B e C, teremos a resposta “D”.²³

A ideia de universalidade, ou melhor, a universalizabilidade, como capacidade de um argumento ser igualmente aplicado a todos, é tema nuclear na teoria de MacCormick. Percorrendo sua obra, vê-se que essa ideia, na medida em que está ligada ao ideal de igualdade, se espalha sobre os demais conceitos desenvolvidos – especialmente o de coerência.

Nesse ponto, uma interessante distinção trazida por MacCormick – como uma resposta aos seus críticos – é a que se dá entre universalidade e generalização. Para o autor, é importante ter em conta que, em termos dicotômicos, universal opõe-se a particular e geral contrasta com específico. Daí decorre que geral e específico admitem gradações – pois são propriedades quantitativas –, enquanto universal e particular não as admitem, uma vez que se tratam de propriedades lógicas²⁴. Um exemplo trazido pelo autor pode ajudar a aclarar o tema. Assim, a sentença “se a mãe de uma criança reclamar sua custódia, a custódia deverá ser entregue a ela” tem caráter universal e difere, pois, de uma que se expresse “se a mãe de uma criança reclamar sua custódia, a custódia deverá ser entregue a ela com grande freqüência.” Seguindo o pensamento do autor, a fundamentação do juízo decisório deve procurar pautar-se por sentenças de caráter universal. Isso porque sentenças como a do segundo tipo falham em nos dizer o que fazer. Falando em termos de grau, “não há meios para saber se o caso diante de nós enquadra-se na maioria dos casos em que a custódia deve ser entregue a mãe, ou na minoria em que isso não deve ocorrer.”²⁵

MacCormick reconhece que em cada situação pode haver exceções. Essas exceções, contudo, não devem ser vistas como generalizações, mas como uma universalidade excepcionável. Assim,

21 O termo cétrico é aqui utilizado para se referir àquelas concepções que excluem do âmbito da argumentação jurídica o raciocínio dedutivo. Como exemplo dessa posição, podemos citar a de Theodor Viehweg, que procura mostrar como o raciocínio jurídico é construído topicamente e não se adapta ao padrão exigido pela lógica formal. Cf. VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução de Tercio S. Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

22 O exemplo mais simples dessa situação é o de que, se a lei determina que um homicídio doloso receba determinada pena e há provas inequívocas da autoria, da existência do crime e da ausência de exculpantes, passa a ser exigível do juiz que este tome a decisão pela condenação.

23 ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000, p. 183.

24 Atienza acresce um elemento que também pode auxiliar nessa distinção. Segundo esse autor, ao decidir sob critérios de equidade, ou seja, de adequação às especificidades do caso concreto, o julgador não viola o critério da universalidade. Isso porque “uma decisão equitativa (no sentido técnico dessa expressão) implica introduzir uma exceção numa regra geral para evitar um resultado injusto; mas o critério utilizado na decisão equitativa tem de valer também para qualquer caso com as mesmas características. A equidade, em resumo, dirige-se contra o caráter geral das regras e não contra o princípio da universalidade” (ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica, p. 185).

25 MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**, p. 124.

em um conjunto de situações semelhantes, sempre que aparecerem circunstâncias excepcionais, elas devem ser inseridas dentro de um sistema de justificação composto de proposições universais, tornando-se, pois, exceções universais. Voltando ao exemplo dado pelo autor, nesse esquema, portanto, uma sentença mais apropriada pode ser: “se a mãe de uma criança reclamar sua custódia, a custódia deverá ser entregue a ela, salvo quando uma razão suficientemente forte para emitir um juízo diferente mostrar-se presente.”²⁶

MacCormick aduz também que os juízes, para formularem uma “boa decisão”, deveriam avaliar as consequências dessa norma criada no mundo. Nesse ponto, distinções importantes se fazem necessárias. Trata-se aqui de avaliar as consequências normativas que a nova regra impõe. Deve-se refletir sobre as consequências da possível internalização da nova norma criada em comparação com as regras rivais que se apresentam como possibilidades decisórias de um caso concreto. Não é um consequencialismo fático:

(...) Mais que a previsão de qual conduta a norma provavelmente irá induzir ou desestimular, o que interessa é responder à pergunta de que tipo de conduta autorizaria ou proibiria a norma estabelecida na decisão; em outras palavras, os argumentos consequencialistas são, em geral, hipotéticos, mas não probabilistas. (...).²⁷

Um exemplo esclarecedor é trazido por MacCormick²⁸, referindo-se ao célebre caso *Marbury v. Madison*. Nesse caso, o voto do Juiz Marshall justifica sua posição em apoio ao controle de constitucionalidade, sustentando que aqueles que se opuserem ao princípio de que a constituição deve ser considerada, nos tribunais, como uma lei permanente, estão reduzidos à necessidade de sustentar que os tribunais devem fechar os olhos à Constituição e enxergar apenas a Lei. Dessa forma, Marshall rejeita a opção que impossibilita o controle de constitucionalidade, porque ela implicaria a consequência de a Suprema Corte aquiescer à negativa do poder normativo da Constituição e à ampliação desmedida dos poderes do legislativo. Tais consequências, por seu turno, não fariam sentido no contexto em que foi produzida a decisão.

O requisito/critério de coerência, como tema central deste texto, será objeto de discussão mais detalhada no item próprio seguinte.

2 O REQUISITO DA COERÊNCIA NA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE NEIL MACCORMICK

Conforme se viu até o presente momento, os requisitos para avaliar se uma decisão está corretamente fundamentada estão, de certa forma, conectados. Há como um fio condutor na teoria de modo que a análise de um requisito leva a outro. Essa conclusão, partindo de uma visão geral da teoria, dá uma boa ideia do que seja coerência para MacCormick. Para o autor, é preciso enxergar o ordenamento jurídico – e a norma que sair de cada decisão passa a fazer parte desse sistema – não como um amontoado de regras jurídicas desconexas, mas sim como um grupo de normas que fazem sentido quando analisadas em conjunto.

Uma primeira distinção importante diz respeito à diferença entre consistência e coerência. Essa é uma distinção muito própria da teoria que estamos analisando e que, provavelmente, não tem tanta importância para outros autores que trabalhem com a ideia de coerência²⁹. MacCormick, todavia, avisa que a distinção decorre de uma “questão de fidelidade à linguagem ordinária” e também de uma “inclinação a deixar que palavras diferentes cumpram propósitos diferentes.”³⁰ Assim, o autor interpreta a consistência como sendo satisfeita pela não contradição. Dessa forma, olhando para um grupo de proposições, o conjunto delas é consistente quando não se observa contradição de

26 MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**, p. 124.

27 ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**, p. 195.

28 MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**, p. 136.

29 É uma distinção que provavelmente não faria muito sentido ao analisar, por exemplo, o conceito de integridade em Dworkin, que tem uma dimensão mais genérica e globalizante, não se descendo a estes detalhes. Sobre essa característica da teoria de Dworkin, conferir, sob uma perspectiva crítica, SORIANO, Leonor Moral. A modest notion of coherence in legal reasoning: A model for the European Court of Justice. **Ratio Juris**. 2003, V. III, p. 302-303.

30 MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**, p. 248.

umas com as outras. É coerente quando o grupo de proposições, tomadas em seu conjunto, faz sentido como um todo.

Em outra passagem, MacCormick acrescenta uma importante característica que distingue a consistência e a coerência em termos lógicos: a ligação entre a ideia de coerência e caráter valorativo do ordenamento jurídico. Assim, enquanto a consistência é a ausência de contradição lógica entre duas ou mais regras, a coerência é a “compatibilidade axiológica entre duas ou mais regras, todas justificáveis em vista de um princípio comum.”^{31, 32}

Com efeito, vê-se na teoria de MacCormick uma cooriginalidade entre coerência e princípio. Se, por exemplo, observarmos o conjunto das regras de trânsito como um sistema que tem um sentido para além de cada regra tomada isoladamente, uma boa alternativa para sanar uma dúvida interpretativa nesse campo seria tomar esse sentido geral como norte. Essa regra geral, extraída da coerência que enxergamos em um ordenamento, é o que MacCormick chama de princípio. Identificar os princípios do ordenamento jurídico impõe-nos o dever de investigar as normas gerais que se podem extrair do conjunto de regras isoladamente consideradas, dentro de cada uma das áreas do direito dotadas, por sua vez, de uma coerência própria.

Segundo Queiroz³³, é na sua concepção de princípios e no uso que faz deles que MacCormick tenta fazer uma aproximação entre os princípios e as regras de reconhecimento (um dos núcleos da tese de H. Hart), como uma resposta às críticas de Dworkin. Ocorre que, sendo os princípios extraíveis de um conjunto de regras positivadas dentro de um sistema, funcionam como um limite/referência em que se pode, justificadamente, buscar uma norma para dar resposta a uma demanda jurídica concreta.³⁴

A argumentação com base em princípios e também por analogia é uma importante aplicação da ideia de coerência na justificação das decisões em casos difíceis. A demonstração de que uma decisão está coerente com um princípio geral e que este princípio é coerente com o ordenamento jurídico como um todo é necessária - mas não suficiente - para justificar tal decisão em um *hard case*. Da mesma forma, a analogia, como ato de estender uma regra ou um princípio jurídico para regular outra situação aparentemente sem solução específica, implica a demonstração, por parte do intérprete, de que há conexão racional – semelhanças plausíveis - entre as situações em comparação. O certo é que, seguindo a teoria de MacCormick, seja argumentando com base em princípios, seja se servindo da analogia, é preciso justificar a solução, conectando-a aos princípios e aos valores que constituem o sistema jurídico como um todo.

Até aqui se tem falado de coerência entre normas. Coerência entre a regra formada na decisão analisada e o sistema jurídico particular (daquele ramo do direito) e geral; coerência ou consistência – para falar com MacCormick - entre as regras utilizadas para justificar a própria decisão. No entanto o autor distingue entre coerência normativa e coerência narrativa.

A coerência narrativa diz respeito aos fatos e se revela um importante componente na justificação das decisões jurídicas. É preciso que, ao fundamentar uma decisão, os fatos narrados façam parte

31 MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**, p. 301.

32 MacCormick trabalha com a ideia de que há uma sobreposição entre as noções de valores e princípios. “Princípios jurídicos dizem respeito a valores operacionalizados localmente dentro de um sistema estatal ou de alguma ordem normativa análoga” (**Retórica e Estado de Direito**, p. 251). Para Atienza (**As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica, p. 187), MacCormick, na verdade, faz equívocal princípios e valores, pois “ele não entende por valor apenas os fins que de fato são perseguidos e sim os estados de coisas considerados desejáveis, legítimos, valiosos; assim, o valor da segurança no trânsito, por exemplo, corresponderia ao princípio de que a vida humana não deve ser posta em perigo indevidamente pelo tráfego de veículos”.

33 QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Uma teoria do raciocínio para a teoria do direito. **Revista Direito GV**, p. 181.

34 Para Dworkin, contudo, “não seríamos capazes de conceber uma fórmula qualquer para testar quanto e que tipo de apoio institucional é necessário para transformar um princípio em princípio jurídico (...) nenhuma regra de reconhecimento pode fornecer um teste para identificar princípios (...)” (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 65 e ss.). A crítica de Dworkin sobre o positivismo deflui da sua própria compreensão acerca do que o direito é. Dworkin e MacCormick partem, pois, de pressupostos distintos. Numa metáfora, pode-se dizer que percorrem os mesmos caminhos, mas em estradas paralelas.

de uma sequência inteligível de eventos que façam sentido como um todo. O teste para verificar a coerência fática não pode prescindir dos elementos da experiência racional, juízos probabilísticos de senso comum, combinados com causalidades produzidas pelo conhecimento científico.

A coerência narrativa assim ilustrada é a nossa única base para sustentar conclusões, opiniões ou veredictos sobre fatos do passado. Uma certa ideia de racionalidade cumpre papel importante nisso. Nem a experiência intelectual nem a experiência prática são uma mera sucessão caótica de impressões. (...). Um corpo crescente de teorias científicas que, de certo modo, contam como elaborações especializadas dos princípios básicos, tornam o nosso mundo um mundo inteligível pra nós.³⁵

Apesar de a teoria construída por Maccormick decompor o critério de coerência entre coerência normativa e coerência narrativa, o autor reconhece que, na análise das decisões judiciais, ambos os aspectos de coerência devem caminhar juntos. Se a coerência narrativa tem um caráter diacrônico (fatos narrados no tempo) e a coerência normativa caracteriza-se por ser sincrônica (um olhar sobre a norma vigente naquele momento), ambas devem refletir um ideal de sistematicidade que a ordem jurídica, se não revela, deve pelo menos perseguir.

Além disso, a análise das normas que vigoram no ordenamento jurídico exhibe, também, sob certo aspecto, um caráter diacrônico. Trata-se da constatação de que a interpretação que os teóricos e os próprios aplicadores do direito fazem das normas é cambiante no tempo. Aqui se verifica uma tensão, uma vez que a análise da coerência de uma decisão deve perceber que, por vezes, a conexão com as decisões (e as interpretações) do passado deve ceder em face da necessidade de mudança imposta para preservar um princípio maior que é a coerência com o sistema como um todo (com o sistema do Estado Democrático de Direito, por exemplo)³⁶.

3 POR QUE A COERÊNCIA JUSTIFICA?

Para responder a essa indagação, é preciso remarcar que a teoria da argumentação jurídica tem um pano de fundo específico: o Estado de Direito ou, como aqui preferimos, o Estado Democrático de Direito.

Situado nesse ambiente, espera-se que as decisões jurídicas estejam inseridas em um contexto em que – ainda que como um ideal a ser perseguido: a) haja certa previsibilidade de conduta, uma vez que as normas, pelo menos os princípios mais gerais, são conhecidas e compartilhadas; b) as normas espelhem certa sistematicidade decorrente de princípios gerais comuns.

Sendo assim, entende-se a relevância de examinar a coerência de uma decisão como um dos itens para se levar em conta ao qualificar uma decisão como boa ou justa. Ocorre que, justo e bom,

35 MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**, p. 292-293.

36 Nesse ponto, como o próprio MacCormick reconhece, a proximidade com Dworkin é marcante. Em Dworkin, o conceito de integridade – como princípio que deve ser perseguido pelo intérprete – deve ser lido em conjunto com a metáfora do romance em cadeia: "(...) Ao decidir um novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em uma nova direção." (DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 238). Essa necessidade de coerência restringe, mas não paralisa a interpretação jurídica. Uma justificação plausível e ancorada nos princípios reconhecidos pela comunidade poderá romper com as interpretações anteriores de modo a se tornar coerente com esse princípio maior que é o da identificação entre as decisões judiciais e os princípios acolhidos pela sociedade. Assim: "Será a integridade apenas coerência (decidir casos semelhantes da mesma maneira) sob um nome mais grandioso? Isso depende do que entendemos por coerência ou casos semelhantes. Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal, às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo." (DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 263-264). Cf, também, CALSAMIGLIA, Albert. El concepto de integridad em Dworkin. **Doxa: cuadernos de filosofía del derecho**. n.12, 1992, p. 155-176.

nesse sentido e para essa perspectiva, podem ser, portanto, uma decisão que esteja de acordo com decisões de casos semelhantes do passado, a qual demonstre estar vinculada aos princípios jurídicos gerais aceitos pela comunidade.

Observe-se que tudo isso está envolto em uma área de abstração que nos remete a uma zona perigosa. A justificação com base na coerência poderia chegar a ponto de, por exemplo, fundamentar um direito nazista, baseado na conexão com um princípio anterior de pureza racial. Por isso é que, como adverte MacCormick, “a coerência enquanto um valor puramente interno do Direito, do Direito efetivo de uma dada jurisdição, não é, por si só, uma garantia suficiente de justiça.”³⁷

Coloca-se, portanto, um desafio permanente. Lidando com conceitos, ideias e princípios abstratos, a tentativa é de que, no plano de sua aplicação às situações concretas, possamos sempre pôr em relevo o ideal de preservar uma forma de vida em que todos os seres humanos sejam capazes de viver juntos “em razoável harmonia e com alguma percepção de bem comum do qual todos participam.”^{38, 39}

Em resumo, a coerência de um conjunto de normas é função de sua justificabilidade sob princípios e valores de ordem superior, desde que os princípios e valores de ordem superior ou suprema pareçam aceitáveis, quando tomados em conjunto, no delineamento de uma forma de vida satisfatória.⁴⁰

Observando as duas obras centrais de MacCormick, é possível notar uma diferença significativa entre o desenvolvimento acerca do papel da coerência no processo de avaliação da qualidade das decisões judiciais. A análise ganha em detalhamento e em complexidade⁴¹. Essa visão mais complexa da questão da coerência que aparece em “Rhetoric and the rule of law”, ao tempo em que está articulada com o pano de fundo do Estado Democrático de Direito, responde a uma importante crítica, posterior à publicação de “Legal reasoning and legal theory”. Trata-se de texto de Barbara Levenbook, para quem:

Há algo fundamentalmente errado sobre o papel que MacCormick dá à coerência do raciocínio jurídico: é muito modesto. Para que uma decisão judicial possa ser justificada, na visão de MacCormick, apenas alguma coerência com o direito pré-existente precisa ser demonstrada. Além disso, um argumento de coerência pode ser derrotado por argumentos de avaliação de uma série de considerações de ordem social, política e moral que ele vagamente chama de “consequências”.⁴² (tradução nossa)

37 MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**, p. 264.

38 MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**, p. 253.

39 Desse modo, parece mais produtivo entender a ordem jurídica como um projeto inacabado, sujeito à constante reflexão, diuturnamente refundamentado e relegitimado pela inclusão das diferenças. Essa característica de abertura para o futuro é bem explicada por Habermas: “Todas as gerações posteriores enfrentarão a tarefa de atualizar a substância normativa inesgotável do sistema de direitos estatuído no documento da constituição. (...) O ato da fundação da constituição é sentido como um corte na história nacional, e isso não é resultado de um mero acaso, pois, através dele, se fundamentou novo tipo de prática com significado para a história mundial. E o sentido performativo desta prática destinada a produzir uma comunidade política de cidadãos livres e iguais, que se determinam a si mesmos, foi apenas enunciado no teor da constituição. Ele continua dependente de uma explicação reiterada, no decorrer das posteriores aplicações, interpretações e complementações das normas constitucionais (...). Sob essa premissa, qualquer ato fundador abre a possibilidade de um processo ulterior de tentativas que a si mesmo se corrige e que permite explorar cada vez melhor as fontes do sistema dos direitos”. (HABERMAS, Junger. *O Estado Democrático de Direito: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? Era das Transições*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b, p. 164).

40 MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**, p. 253.

41 No preâmbulo à edição brasileira de “argumentação jurídica e teoria do direito”, datado de 1994 – convém lembrar que o original em inglês data de 1978 –, MacCormick advertia que, naquele momento, já sentia necessidade de fazer muitos acréscimos ao texto, principalmente no que se refere ao requisito de coerência (p. XVIII).

42 “There is something fundamentally wrong about the role MacCormick gives to coherence in legal reasoning: it is much too modest. For a judicial decision to be justified on MacCormick’s view, only some coherence with preexisting law need be shown. Moreover, an argument from coherence can be defeated by evaluative arguments from a range of social, political, and moral considerations that he loosely calls ‘consequences’”. (LEVENBOOK, Barbara Baum. *The role of coherence in legal reasoning*. **Law and philosophy**. 1984, V. III, p. 358).

A crítica, contudo, só parece fazer sentido se entendermos que a autora procura opor MacCormick a outros teóricos que, segundo Levenbook, dão à coerência um papel superlativo nas suas análises sobre o direito e a argumentação jurídica⁴³. Isso porque não se pode olvidar que, no modelo proposto por MacCormick, a coerência é apenas um dos elementos que se deva levar em conta para análise da qualidade das decisões judiciais. O modelo, como já se disse, compõe-se de uma cadeia de requisitos interligados, os quais formam um bloco que se deva levar em consideração sempre que se estiver examinando ou construindo uma decisão.

De todo modo, nesse segundo momento de reflexão, MacCormick, apesar de considerar a coerência ainda apenas como um elemento de análise da argumentação jurídica, deu-lhe um papel muito mais relevante dentro do seu modelo. Decorrente dessa centralidade, constatam-se explicações muito mais detalhadas sobre o papel da coerência tanto no que se refere ao ordenamento jurídico como um todo, como em um olhar direcionado ao microsistema que é a própria decisão a ser analisada.

O contexto jurídico é um contexto em que a ideia de coerência tem uma importância peculiar e óbvia. Em uma discussão jurídica ninguém começa a partir de uma folha em branco e tenta alcançar uma conclusão razoável a priori. A solução oferecida precisa fundar-se ela mesma em alguma proposição que possa ser apresentada ao menos com alguma credibilidade como uma proposição jurídica, e essa proposição deve mostrar coerência de alguma forma em relação a outras proposições que possamos tirar das leis estabelecidas pelo Estado. Aqueles que produzem argumentos e decisões jurídicas não abordam os problemas da decisão e da justificação no vácuo, mas, em vez disso, o fazem no contexto de uma pletera de materiais que servem para guiar e justificar decisões, e para restringir o espectro dentro do qual as decisões dos agentes públicos podem ser feitas legitimamente.⁴⁴

Observa-se, também, uma clarificação sobre a função da coerência no ordenamento jurídico e no processo decisório. “A coerência impõe um constrangimento real e importante aos juizes”⁴⁵. Há um dever jurídico e moral de demonstrar que as decisões decorrem do direito preexistente ou que, mesmo diante de uma situação absolutamente inédita, os fundamentos usados para solução de casos estão em sintonia com princípios gerais aceitos pela comunidade. Essa exigência, por sua vez, conecta-se com os ideais de igualdade de tratamento e de universalização dos fundamentos das decisões, na medida em que se espera que situações semelhantes gerem soluções semelhantes.

Permanece, todavia, a ponderação de que:

(...) a coerência é uma característica ideal desejável do sistema jurídico. Como tal, entretanto, ela pode competir com outras características ideais do direito, como a justiça substantiva (julgada por critérios apropriados) e assim por diante.⁴⁶

Dessa forma, seguindo o modelo de MacCormick, não é possível deixar de lado os argumentos consequencialistas, no sentido normativo de que ele trata, sendo certo que também estes argumentos, assim como o requisito de coerência, estão limitados ou condicionados pelo ideal maior que deve ser a busca para que seres humanos “vivam juntos em razoável harmonia e com alguma percepção de um bem comum no qual todos participam.”⁴⁷

Analisando a elaboração teórica de MacCormick, comparando os delineamentos sobre a coerência em suas duas obras de referência, constata-se que é aqui que há uma maior aproximação de suas ideias com as de R. Dworkin. Num primeiro momento, o critério de coerência parecia estar satisfeito com um requisito formal de adequação entre o direito (e aqui incluídos, princípios, regras e mesmo decisões anteriores) existente e a decisão que se está analisando. Em “Retórica e Estado de Direito”, aparecem termos que identificam uma preocupação com a legitimidade em um sentido muito mais substancialista. Deixa-se claro que, para uma decisão ser considerada justificada, do ponto de vista

43 “So it will not do to confine the role of coherence in legal justification to a minimal connectedness between a legal decision and a (however small bit) of preexisting law. It is, perhaps, understandable that Sartorius and Dworkin are tempted to go in the opposite direction and conceive of coherence as a property of entire systems or theories of law.” (LEVENBOOK, Barbara Baum. *The role of coherence in legal reasoning*. **Law and philosophy**, p. 359).

44 MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**, p. 31

45 MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**, p. 265

46 MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**, p. 265

47 MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**, p. 253

da coerência, ela precisa estar sintonizada a princípios aceitos pela comunidade, mas princípios esses que reflitam um ideal de uma vida satisfatória, de mútuo respeito e busca por igualdade.

Há uma grande proximidade entre essa ideia e a relação entre integridade e comunidade de princípios proposta por Dworkin. Para Dworkin, uma questão que se impõe é saber por que obedecemos aos princípios jurídicos. Em outras palavras, de onde tais princípios retiram sua legitimidade? Segundo Dworkin, obedecemos porque vivemos em uma comunidade de princípios:

(...) Os membros de uma sociedade de princípio admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, **mas dependem em termos mais gerais do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam.** Assim, cada membro aceita que os outros têm direitos e que ele tem deveres que decorrem desse sistema, **ainda que estes nunca tenham sido formalmente identificados ou declarados.** Também não presume que **esses outros direitos e deveres estejam condicionados à sua aprovação integral e sincera de tal sistema; essas obrigações decorrem do fato histórico de sua comunidade ter adotado esse sistema.** (grifamos)⁴⁸

Há, pois, uma complementaridade/tensão entre a comunidade de princípios e o ideal de integridade que se quer desenvolver. Os princípios acolhidos pela comunidade devem transparecer nas decisões políticas e jurídicas que afetam essa comunidade, de modo que lhe assegurem legitimidade. O ideal de integridade, por sua vez, na medida em que se baseia em uma relação de igualdade e mútua consideração entre os membros da comunidade, constitui um limite para a construção das decisões da comunidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percorrendo a obra de Neil MacCormick, observa-se um esforço muito bem fundamentado em aplicar as regras da razão prática para justificar as decisões judiciais, sempre no desiderato de que tais decisões, na medida em que implicam alterações relevantes na vida das pessoas, não descambem para o arbítrio. Sobressai a ideia de que o direito é uma prática racional, sistemática e voltada para o bem-estar da sociedade. Nesse contexto, a decisão judicial deve ser pautada pelo debate argumentativo, que tem como fim o convencimento com base em boas razões.

Constata-se, inicialmente, como pano de fundo de seus primeiros textos sobre argumentação jurídica, uma assumida visão positivista do direito. Essa visão, baseada na tese de H.L.A Hart, sofreu abrandamentos decorrentes das críticas que recebeu e das discussões que se mostrou aberto a fazer. O autor passou a assumir-se pós-positivista, o que, nas obras aqui analisadas, reflete-se em uma reflexão mais destacada sobre as conexões entre direito, moral e política, como também em uma maior preocupação em construir uma teoria para além de descritiva, mais prescritiva do que seja uma decisão correta.

No que toca ao requisito da coerência, observou-se que ela deve ser um ideal perseguido pelo ordenamento jurídico como um todo e também pela decisão judicial. Isso porque a decisão, com potencial para se transformar em precedente, torna-se parte do ordenamento jurídico. Além disso, vista como um microsistema, a decisão deve ser coerente internamente, de modo que as premissas que a fundamentam não entrem em contradição.

O papel da coerência na justificação da decisão ganhou em importância. É certo que ela ainda é apenas um dos critérios para qualificar uma “boa decisão”. No entanto o detalhamento e o aprofundamento que ganhou na segunda obra de MacCormick ajudam a demonstrar que a preocupação com um “direito coerente” deve ser um horizonte sempre buscado pelos intérpretes.

Nesse diapasão, os contornos que permitem ser uma decisão considerada coerente ganharam em complexidade. Ultrapassou-se a ideia de coerência apenas como um requisito formal de adequação entre o direito posto e o direito que aparece na solução de cada caso concreto. Passou-se a exigir a demonstração de que a solução construída é coerente com ideias de uma vida social voltada para o mútuo entendimento e respeito recíproco. A coerência do ordenamento passou, portanto, a estar mais próxima de um ideal de integridade do direito.

48 DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 254

REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.

_____. **El Derecho como argumentacion**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 2007.

CALSAMIGLIA, Albert. El concepto de integridad em Dworkin. **Doxa**: cuadernos de filosofia del derecho. n.12, 1992, p. 155-176.

_____. Postpositivismo. **Doxa**: cuadernos de filosofia del derecho. n. 21, 1998, p. 209-220.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luís Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUNTHER, Klaus. Um concepto normativo de coherencia para uma teoria de la argumentacion jurídica. Tradução de Juan Carlos Velasco Arroyo. **Doxa**. 1995, v.17/18, p.271-302.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, v.I.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, v. II.

_____. O Estado Democrático de Direito: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? **Era das Transições**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

LEVENBOOK, Barbara Baum. The role of coherence in legal reasoning. **Law and philosophy**. 1984, V. III, p. 355-374.

MACCORMICK, Neil. The coherence of a case and the reasonableness of a doubt. **The Liverpool Law Review**. 1980, V. II, p.45-50.

_____. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldea Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006a.

_____. **DOXA**: Cuadernos de Filosofia del Derecho. n. 29, Alicante, 2006b, p.479-489. Entrevista concedida a Manuel Atienza.

_____. **Retórica e estado de direito**. Tradução de Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MAIA, Antonio Cavalcanti. Nos vinte anos da Constituição cidadã: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de et al. (Orgs.) **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.117-167.

MICHELON JR, Claudio. MacCormick's. Institutionalism between theoretical and practical reason. **Diritto & questione pubbliche**. n.09.2009, p.53-62.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Uma teoria do raciocínio para a teoria do direito. **Revista Direito GV**. V.3, n.21, jul-dez 2007, p.331-338.

SHAPIRO, Scott. The "Hart-Dworkin" Debate: a short guide for the perplexed. In: RIPSTEIN, Arthur (Ed.). **Ronald Dworkin**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 22-55.

Disponível em: www.univali.br/periodicos

SORIANO, Leonor Moral. A modest notion of coherence in legal reasoning: A model for the European Court of Justice. **Ratio Juris**. 2003, V. III, p.296-323.

VILA, Vittorio. Il positivismo giuridico de Neil Maccormick. **Diritto & questione pubbliche**. n. 09. 2009, p.29-52.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução de Tercio S. Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.