



LUNARE CARDOSO AMORIM

**A INSUSTENTABILIDADE DE UMA TEORIA POSITIVISTA
DO DIREITO PARA O RACIOCÍNIO JURÍDICO**

LAVRAS-MG

2020

LUNARE CARDOSO AMORIM

**A INSUSTENTABILIDADE DE UMA TEORIA POSITIVISTA DO DIREITO PARA
O RACIOCÍNIO JURÍDICO**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Curso de Direito, para obtenção do título de Bacharel.

Prof. Dr. Leonardo Gomes Penteadó Rosa

Orientador

LAVRAS-MG

2020

LUNARE CARDOSO AMORIM

**A INSUSTENTABILIDADE DE UMA TEORIA POSITIVISTA DO DIREITO PARA
O RACIOCÍNIO JUÍDICO**

**THE UNSUSTENABILITY OF A POTIVIST THEORY OF THE LAW FOR LEGAL
REASONING**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Lavras, como parte de exigência das exigências do Curso de Direito, para a obtenção do título de bacharel.

APROVADO em _____

Dr. Leonardo Gomes Penteadó Rosa _ UFLA

XXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXX XXXXXXXXXXXXX

Prof. Dr. Leonardo Gomes Penteadó Rosa

Orientador

LAVRAS-MG

2020

À memória do meu pai, pelos seus conselhos que me instruíram a nunca desistir dos estudos.

À memória da minha vó paterna, pela sua sabedoria e apoio nos meus primeiros anos de vida.

À minha vó materna que me mostrou o respeito por qualquer planta existente e aos coqueiros de babaçu, de onde ela tirou, por muito tempo, o digno sustento da família.

Ao meu vô materno de espírito autêntico de um poeta, com seus contos, histórias fantásticas e poesias de cordel, que guardam uma profunda sabedoria de um tempo de tradição oral.

À minha mãe, meu padrasto e meus irmãos, por me ensinarem o trabalho, amor, compaixão e paciência.

A todos (as) aqueles (as) da minha família que não tiveram a oportunidade de acessar o ensino formal de educação.

Dedico

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador Leonardo Gomes Penteado Rosa pela inspiração, aprendizado e orientação. Agradeço ao Juan Biazevic pela disponibilização da valiosa bibliografia que tornou possível a execução do presente trabalho de conclusão de curso.

Agradeço a todas as amigas que construí ao longo da graduação e que foram importantes para a minha formação intelectual e, principalmente, humana.

Agradeço a todas as pessoas com quem convivi na moradia estudantil da UFLA (Brejão), no ap. 108, bloco I, e, em especial, no ap. 305, bloco I, onde constituímos, praticamente, uma família. Tenho imensa gratidão pelo brejão, pois é um rico ambiente de intercâmbio de ideias, culturas e valores. Seria impraticável listar todas as pessoas do brejão que merecem meus agradecimentos. Agradeço à família 305, Fabrício, Felipe, Gustavo, João Gabriel e Tales, pelo apoio, companhia, amizade, aprendizado, experiência, diversões, momentos e viagens que realizamos em conjunto. Toda essa vivência deixou boas recordações e histórias a ser contadas.

Agradeço ao núcleo de estudos NEDAJ por proporcionar estudos e debates que foram extremamente importantes para a minha formação acadêmica e meu desenvolvimento como pessoa. Sou muito grato pelas perspectivas e reflexões aprofundadas acerca do direito, da realidade e da vida como um todo, que me auxiliaram não apenas na construção de sentido para o direito e a política, mas também nas questões existenciais. Tenho uma gratidão eterna por isso, pois sei que adquiri conhecimentos e experiências que sempre estarão comigo e me guiarão como uma tocha acesa que nunca se apaga na vasta escuridão de mistério que é a vida e o mundo que está fora e dentro de cada um de nós. Agradeço ao Pedro Noboyuki pelos diálogos esclarecedores e auxílio, ao Rangel pelo seu apoio, à Flávia pela consideração e carinho e a todos (as) os demais membros (as) do NEDAJ e todos (as) aqueles (as), professores e discentes, que deram sua vida, sua inteligência e seu tempo para melhorar o espaço acadêmico.

Agradeço a todas as amigas e pessoas gentis que me ajudaram a prosseguir minha jornada pela vida, desde a minha saída de Bacabal-MA, passando por Nova Serrana-MG, Brasília-DF e Lavras-MG. Agradeço à comunidade externa que sustenta com seu suor o ensino educacional público e a todos (as) que não usufruíram o ensino superior público. Agradeço aos meus familiares que estão no Maranhão e espalhados pelo Brasil, pela sua admiração e estima, à política social de assistência, às políticas de inclusão, aos programas institucionais de iniciação científica da UFLA, ao TJMG pelo estágio e ao sistema de ensino de educação pública que me educou desde a base.

“22 E a Deusa, com boa vontade, acolheu-me, e em sua mão
23 minha mão direita tomou, desta maneira proferiu a palavra e me saudou:

24 Ó jovem acompanhado por aurigas imortais,

25 que, com cavalos, levam ao alcance de nossa morada,

26 salve! Porque nenhuma Partida ruim te enviou a trilhar este

27 caminho, à medida que é um caminho apartado dos homens,

28 mas sim Norma e Justiça”. (Fragmento I, de Parmênides).

RESUMO

O tema do raciocínio jurídico merece um destaque central na prática judicial, pois a maneira pela qual os raciocínios são desenvolvidos nessa prática resulta na decisão que define o destino da vida de algum cidadão, ou de toda comunidade, em que o resultado prático das deliberações judiciais deve ser executado coercitivamente contra alguns e a favor de outros. A forma de raciocinar juridicamente determina o uso da espada da justiça institucional, depois do veredito definitivo dos juízes. Daí a séria relevância prática de uma teoria da decisão judicial que estabeleça a possibilidade e a delimitação do uso do poder de jurisdição dos juízes, que, também, funcione, direta ou indiretamente, como uma proteção dos cidadãos contra abusos judiciais injustificados. Contudo, o positivismo jurídico não contemplou, precipuamente, a questão da aplicação do direito a casos particulares, e há diversas críticas no sentido de que a influente tradição positivista não oferece suporte teórico para desenvolver uma teoria jurisprudencial, que se constrói, argumentativamente, a partir da aplicação do direito a casos singulares. Diante desse cenário desafiante, o autor Neil MacCormick tentou elaborar, em sua obra *Legal Reasoning and Legal Theory*, uma teoria do raciocínio jurídico sustentada dentro dos limites teóricos da teoria geral positivista, mais precisamente dentro do conceito de direito formulado por H.L.A Hart. Desse modo, o principal objeto de investigação desta monografia consiste no estudo, exposição, análise e discussão da teoria do raciocínio jurídico pretensamente positivista que MacCormick tentou construir, para avaliar se o autor realmente conseguiu manter uma teoria do raciocínio jurídico compatível com a teoria geral do direito de Hart. Os resultados e conclusões deste trabalho foram obtidos pelo método de leitura estrutural da mencionada obra de MacCormick, que permitiu captar sua estrutura, principais conceitos e argumentos. Não é possível falar de teoria do raciocínio jurídico sem mencionar uma teoria geral do direito, pois qualquer argumentação jurídica deve pressupor alguma ideia do que seja, ou deve ser, o direito. Nesse sentido, MacCormick tenta conciliar a teoria puramente analítica descritiva e geral de Hart com a dimensão prática do direito, a qual envolve raciocínios de justificação do direito em casos particulares. Essa conciliação é insustentável, internamente à teoria de MacCormick, porque o autor aceitou uma certa dependência constitutiva do conceito de direito e seus valores, e isto representou uma violação da principal tese de sustentação do positivismo, a saber, a separação entre direito e moral. Como crítica externa à obra de MacCormick, defendi que o conceito de direito como um conceito interpretativo, em Dworkin, lança uma melhor luz sobre nossa prática do direito.

Palavras-chave: Raciocínio jurídico. Teoria Geral do Direito. Prática Judicial. Positivismo Jurídico.

ABSTRACT

The theme of the legal reasoning deserve central attention in the judicial practice, because the way which the reasoning is developed in this practice result in the decision that defines the life prospects of a citizen, or of the entire community, in which judicial deliberations that must be enforced coercively against some and in favour of others result. The form of legal reason determines the use of the sword of the institutional justice, after of the definitive verdict of the judges. Therefore the serious practical relevance of a theory of the judicial decision that stablish possible and limitation of the use of the jurisdiction power, that also work indirectly or directly like protection for citizens against unjustified judicial abuse. However, the legal positivism did not contemplate precipitously the question of the application of the law to particular cases, and there are several critiques in the sense that the influent positivism tradition does not offer theoretical support to develop the jurisprudential theory, that is built argumentatively from the application of the law to singular cases. Face this challenging scenario the author Neil MacCormick tried to elaborate, in his book *Legal Reasoning and Legal Theory*, the theory to legal reasoning sustained into the theoretical limits of the positivism theoretical framework, more precisely into the concept of law formulated by H.L.A Hart. Thus the main objective of the investigation in this monography consisting in the study, exposure, analyse and discussions of the theory of legal reasoning allegedly positivist that MaCormick tried to build to evaluate whether the author really managed to maintain a theory of legal reasoning compatible with Hart's general theory of law. The results and conclusions in this work were obtained by method of structural reading of the MacCormick's mentioned book, what allowed me to captured its structure, main concepts and argumentation. It's not possible to speak of a legal reasoning theory without mentioning a general theory of law, because any legal argument must assume some idea of what law is or must be. In this sense, MacCormick tries to reconcile the purely descriptive and general analytical theory of Hart with the practical dimension of the law, which involves justifications in particular cases. This reconciliation is unsustainable MaCormick's theory, because the author accepted a certain dependent constitution between concept of the law and yours values, and this acceptance represented a violation of the main thesis supporting positivism, namely, the separation between law and morality. As an external critic of MacCormick's work, I argued that the concept of law as an interpretive concept, in Dworkin, sheds better light on our practice of law.

Keywords: Legal Reasoning. General Theory of the Law. Judicial Practice. Legal Positivism.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. VISÃO GERAL DA OBRA <i>LEGAL REASONING AND LEGAL THEORY</i>	5
3. TEORIA GERAL DO DIREITO	7
4. RAZÃO JURÍDICA COMO PARTE DA RAZÃO PRÁTICA	10
5. TEORIA DO RACIOCÍNIO JURÍDICO	14
5. 1. Justificação de Primeira Ordem	14
5. 2. Problemas de interpretação, relevância e classificação	18
5. 3. Justificação de segunda ordem.....	20
5. 3. 1. Argumento consequencialista	23
5. 3. 2. Requisito de coerência.....	25
5. 3. 3. Requisito de consistência.....	26
6 . RESPOSTAS DE MACCORMICK ÀS OBJEÇÕES DE DWORKIN	29
6.1. Em defesa da regra de reconhecimento	30
6.2. Em defesa de uma discricionariedade positivista.....	33
7. DIREITO E MORAL	37
7.1. Críticas internas	37
7.2. Críticas externas: Interpretativismo de Dworkin.....	43
8. CONCLUSÕES	46
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	49

1. INTRODUÇÃO

De modo amplo, pode-se afirmar que todo tipo de teoria geral do direito oferece, também, algum esquema teórico de compressão da condução da atividade decisória pertencente à prática judicial, ainda que o intuito principal da teoria não seja esse. Essa atividade consiste, basicamente, na aplicação argumentativa do direito a casos particulares, mediante um processo público litigioso, em sua maioria, sendo finalizado por uma decisão judicial que impõe uma única resposta jurídica em favor de uma das partes, para, então, solucionar definitivamente o conflito. Como toda decisão é, ou espera-se que seja, essencialmente sustentada por razões apoiadas no direito, a definição de um conceito do direito estabelece a possibilidade e os limites dos raciocínios que podem ser desenvolvidos nos tribunais de justiça. Isto é, o conceito de direito qualifica raciocínios como propriamente jurídicos, os quais são utilizados para dirimir um conflito concreto de modo fundamentado.

A título de exemplo, em um breve capítulo¹, Kelsen afirma que, diante da indeterminação relativa do conteúdo do direito, intencional ou não, a ciência pura do direito limita-se apenas a declarar que a aplicação das normas jurídicas envolve, por vezes, a escolha de várias interpretações possíveis dentro de uma moldura jurídica estabelecida pela linguagem da norma em questão. Qualquer decisão estabelecida dentro dessa moldura torna-se direito positivo, mas este preenchimento é realizado exclusivamente por um livre ato de vontade de uma autoridade oficial, podendo inclusive decidir fora dos limites da moldura, pois a interpretação é sempre autêntica no sentido de criar direito a partir de critérios extrajurídicos².

Nesse sentido, toda interpretação não autêntica não passa de uma sugestão política baseada em razões extrajurídicas para influenciar o judiciário, estando no mesmo patamar a interpretação de um advogado e de um simples escritor, uma vez que ambos carecem de autoridade legal decisória.³ Logo, a grosso modo, não é tarefa da teoria do direito estabelecer uma resposta jurídica para casos concretos, mas tão somente descrever objetivamente a forma jurídica em abstrato; por isso Kelsen não ofereceu grandes contribuições para a teoria da argumentação jurídica.

¹ HANS, Kelsen. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Batista Machado. 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, cap. VIII.

² Idem, p. 249.

³ Idem, p. 251.

Hart também contemplou brevemente o tema do raciocínio jurídico em sua obra intitulada *O Conceito de Direito*⁴. Resumidamente, baseado no conceito analítico do direito como um conjunto de regras primárias e secundárias, Hart entende que há um núcleo semântico de certeza nas regras jurídicas que garante deduzir, facilmente, sua aplicação aos casos, bastando uma simples solução silogística quando é claro o enquadramento de um caso específico no padrão geral informado pela regra⁵. Contudo, em função da imprevisibilidade de todos os fatos pertinentes e natureza imprecisa da linguagem de uso convencionalmente corrente, o direito é incapaz de formular padrões gerais completamente determinados de antemão para todos os casos, por mais detalhados que sejam.

Diante disso, a legislação pode conter, estrategicamente, termos abertos, “razoável” por exemplo, cabendo aos tribunais construir definições e especificações para os casos que podem ser classificados como exemplos do termo que indica um padrão geral. Em outros casos, a liberdade decisória pode decorrer da própria natureza aberta da linguagem expressa em uma regra jurídica, o que caracteriza a textura aberta no direito e, conseqüentemente, separa casos centrais – áreas de clareza semântica e certeza da linguagem – e casos limítrofes – área de penumbra semântica e incerteza da linguagem⁶. Assim, nos casos limítrofes de textura aberta, ou que envolve interpretação de termos genéricos, os tribunais desempenham atividade criadora de direito análoga a órgãos administrativos que exercem uma espécie de poder normativo delegado⁷.

Nos casos de indeterminação semântica do direito, em que há dúvidas para classificar uma instância particular como um caso exemplar do padrão jurídico normativo aplicável, que é formulado em termos linguísticos, a teoria do direito limita-se apenas a relatar que há a necessidade de fazer uma escolha adicional entre várias alternativas abertas que operam pela semelhança e diferença em referência ao caso padrão, para a criação de um novo conteúdo jurídico. E dentro da estrutura hierárquica da organização judiciária, frequentemente algum tribunal superior tem a competência de estabelecer o que é o direito de maneira peremptória, que no âmbito da textura aberta, a criação do direito é de livre escolha da autoridade; algo que é dependente apenas das virtudes ou vícios do julgador.

⁴ HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, cap. VII.

⁵ Idem, p. 163.

⁶ Idem, p. 165-166.

⁷ Idem, p. 176.

Apesar de Kelsen e Hart apenas esboçarem uma teoria da decisão judicial, pode-se ter uma ideia das implicações das suas teorias para a prática jurídica. Nota-se que eles compartilham, cada um a seu modo, um ceticismo quanto à existência de conteúdo jurídico objetivamente vinculante para a tomada de decisão em todos os casos, pois não é sempre que há uma resposta jurídica clara e única, em função da indeterminação inerente à tentativa de normatizar a vida social a partir de padrões gerais estabelecidos pelo direito. Por essa razão, em alguns casos, o direito revela-se esgotado, havendo apenas várias respostas possíveis, pois trata-se de uma questão extrajurídica de pura criação do direito, não uma questão jurídica genuína de deduzir objetivamente uma resposta para um caso a partir de um direito pré-existente. Portanto, a atividade judicial consiste no preenchimento constante de lacunas do direito a partir de casos singulares, devido à discricionariedade decorrente da incompletude e abertura inevitáveis do conceito de direito.

Como visto, o raciocínio jurídico é parte constitutiva da teoria do direito, e sob o horizonte da prática judicial decisória, o positivismo é frustrantemente limitado e contraintuitivo, pois ele não se ajusta, aparentemente, à noção tradicional acerca do trabalho jurisprudencial da magistratura, que na visão de Hart, isso não passa de uma falsa crença no “paraíso dos conceitos”⁸. A atitude crucial daqueles que atuam na prática judicial consiste no esforço argumentativo de apresentar uma resposta jurídica necessária e vinculante a todos os tipos de casos, a qual é extraída de um direito *a priori*, sendo equivocado reduzir toda controvérsia à mera especulação ou sugestão criadora de conteúdo jurídico. Ou o positivismo está certo e toda a divergência jurídica em torno da aplicação do direito é ilusória, como um suposto disfarce da real questão em pauta, da escolha subjetiva inovadora, ou existe algo mais revelador no raciocínio jurídico que o positivismo não é capaz de explicar.

E se existe algo de mais fundamental no processo racional e controverso de concretização do direito nos casos particulares, o conceito positivista do direito revela um grave problema, devendo ser abandonado por aqueles que tem um compromisso interno à prática judicial para estabelecer, justificadamente, uma decisão conforme o direito, haja vista que devem estar munidos de uma teoria satisfatória do direito que, por conseguinte, sustente uma teoria do raciocínio jurídico igualmente satisfatória. E o que seria uma teoria satisfatória do ponto de vista da decidibilidade jurídica? A que melhor explica e justifica a prática social do direito. É nesse sentido, mas não somente, que Dworkin, na obra *Levando os Direitos a Sério*,

⁸ HART, H.L.A. Op. cit., p. 168.

inaugura seus ataques contra o positivismo jurídico, em especial o positivismo formulado nos termos que Hart propôs.

A crítica de Dworkin reside, sobretudo, na relação necessária entre direito e moral, que está fortemente evidenciada na atividade judicial que é fundamentalmente justificatória do direito, pois tem por base princípios morais que são jurídicos e, também, são a raiz da divergência argumentativa no direito⁹. Dessa maneira, o conceito de direito definido por uma teoria geral não pode ser desvinculado das diversas questões correlatas ao seu aspecto normativo, como o positivismo pretende ao separar conteúdo jurídico moral da descrição formal de validade do direito. Essa separação distorce a teoria do raciocínio jurídico desenvolvida nos tribunais, uma vez que não leva os princípios morais a sério.

Em meio a esse debate entre Dworkin e Hart, MacCormick tenta enfrentar o desafio de Dworkin, na esperança de conciliar a manutenção do positivismo descritivo Hartiano, em teoria geral do direito, com uma teoria do raciocínio jurídico que explique o processo de justificação das decisões judiciais. Para tanto, MacCormick realizou extrapolações no conceito original de Hart para incluir uma teoria correspondente do raciocínio jurídico, sendo discutível se o autor realmente obteve êxito na execução de tal empreendimento, pois foi preciso fazer algumas concessões que culminaram no rompimento com a tese positivista da separação entre direito e moral, para comportar uma teoria da justificação judicial.

Desse modo, o objetivo desse trabalho é apresentar, ao final, as razões pelas quais podemos considerar que o projeto de MacCormick não foi bem-sucedido, mas antes disso, será feita uma tentativa de expor sua teoria de modo coerente, segundo o método de leitura estrutural¹⁰. MacCormick tentou produzir uma teoria positivista do raciocínio jurídico na sua obra intitulada *Legal Reasoning and Legal Theory*, a qual é o principal marco teórico e objeto de estudo e análise desta pesquisa (a obra traduzida recebeu o seguinte título: *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*).

⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direito a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, introdução.

¹⁰ Conforme o modelo apresentado por Ronaldo Porto Macedo Jr, o método consiste numa análise esquematizada da estrutura interna de um sistema filosófico, o que permite evidenciar o desdobramento lógico da forma em que as ideias estão coerentemente concatenadas em um texto complexo. MACEDO Jr., Ronaldo Porto. “O Método de Leitura Estrutural” in *Cadernos Direito GV*, V. 4, N. 2, março, 2007, p. 5-6.

Não é meu objetivo refutar o pensamento de MacCormick, porque seria necessário estudar as suas demais obras em que ele rejeita o positivismo, para, então, obter uma descrição da sua teoria na forma mais acabada. Assim, a presente investigação está delimitada ao exame da fase pretensamente positivista de MacCormick, sendo um resultado de um estudo analítico e crítico da obra mencionada anteriormente. É preciso ter em mente que a exposição e discussão da teoria de MacCormick está restrita à fase positivista, pois se for considerado o pensamento do autor como um todo, as discussões dos conceitos e ideias doravante apresentadas estarão incompletas e equivocadas.

MacCormick considera que a questão da objetividade jurídica é fruto da articulação do conceito de direito e conceito de racionalidade humana, ou seja, o raciocínio jurídico é uma extensão de uma teoria geral do direito e teoria da racionalidade humana. Assim, este trabalho estrutura-se na definição desses três grandes temas na obra do autor – direito, razão e racionalidade jurídica –, na apresentação das respostas oferecidas aos ataques de Dworkin e na discussão, ao final, da relação entre direito e moral. Feito isto, será possível chegar, com um certo nível de profundidade, na conclusão final de que a construção de um modelo normativo de racionalidade jurídica é incompatível com a incorporação dos limites traçados pelo positivismo jurídico, subdividindo as críticas em interna e externa à obra.

2. VISÃO GERAL DA OBRA *LEGAL REASONING AND LEGAL THEORY*

O raciocínio jurídico é considerado um ramo da razão prática, o que significa que é um tipo de razão voltada a situações que exigem uma escolha de resultado prático, mas uma escolha justificada, como é o caso de uma decisão estabelecida por uma deliberação judicial. Estas noções iniciais são oferecidas na introdução do livro, capítulo I, em que também são delimitados o tema e propósito da investigação da obra.

O autor entende que a prática judicial emprega a racionalidade jurídica como um processo de argumentação cuja funcionalidade é justificar uma decisão a partir da aplicação de regras jurídicas válidas, pertencentes a um sistema jurídico positivado pela regra de reconhecimento, e, por conseguinte, a lógica central dessa aplicação pode ser inteligível à luz de uma estrutura formal de um argumento dedutivo. Dizer que o argumento dedutivo é central na prática judicial não significa que esta seja exatamente e exaustivamente dedutiva, haja vista

que há limitações do uso da justificação dedutiva. Essas limitações são explicadas pelos problemas de interpretação, classificação e relevância que eventualmente podem surgir nos casos judicializados, que são consequências da textura aberta no direito. Há, portanto, a elaboração de uma conexão da teoria do raciocínio jurídico com a tese positivista hartiana da validade e seu aspecto semântico, em teoria do direito, e, conseqüentemente, os problemas inevitáveis e incidentalmente recorrentes que limitam o raciocínio dedutivo. Os caps. II e III desenvolvem essas ideias.

Diante da insuficiência da justificação dedutiva de primeira ordem, devido aos problemas do direito que caracterizam os casos difíceis – interpretação, classificação ou relevância –, o autor descreve parâmetros jurídicos que excedem à lógica da aplicação dedutiva das regras e que exercem influência normativa na construção de fundamentos da decisão judicial. Esses parâmetros são estabelecidos pela observância necessária dos aspectos caracterizadores do conceito de justiça formal, dando corpo e critérios a uma série de argumentos de justificação de segunda ordem. Ou seja, na ausência de clareza de significado da regra pertinente à solução do caso, o que impossibilita a solução meramente dedutiva, entra em cena a justificação de segunda ordem, que é a avaliação dos argumentos em sua consequência, coerência e consistência. Estas etapas estão contidas nos caps. IV e V.

Os caps. VI a VIII descrevem e explicam mais detalhadamente as categorias pertencentes à justificação de segunda ordem, sendo destinado um capítulo a cada conceito do tipo, a saber, consequência é reservado ao cap. VI, coerência ao VII e consistência ao VIII.

Os dois últimos capítulos, IX e X, e o apêndice visam a discutir temas relacionados à teoria do direito, no intuito de defender o ponto de vista positivista acerca do conceito do direito pressuposto na teoria do raciocínio jurídico, frente a algumas críticas e dificuldades, sobretudo as que foram apresentadas por Dworkin em sua obra *Levando os Direitos a Sério*.

Desse modo, pode-se concluir que a obra é dividida, basicamente, em três partes, mas não estanques: dedutiva (caps. I-III), não dedutiva (caps. IV-VIII) e teoria do direito (caps. IX-X e apêndice).

3. TEORIA GERAL DO DIREITO

O conceito de direito é tratado como um pressuposto exigido no raciocínio jurídico, que se desdobra em duas pressuposições. A primeira é, assumindo que as regras jurídicas existem, a atividade judicial consiste no dever de aplicar as regras jurídicas quando elas são relevantes e aplicáveis ao caso, de modo subsuntivo¹¹. Em síntese,

Uma regra jurídica é geral em termos, pois estipula que sempre que ocorrer um dado conjunto de fatos operativos (p), uma determinada consequência legal deverá se seguir (q). Quando um juiz constata fatos que equivale a uma manifestação de p, a pertinência da norma jurídica ao caso fica estabelecida, e a consequência legal q deve ser aplicada¹².

O primeiro pressuposto exige e revela o segundo pressuposto necessário ao cumprimento do dever oficial dos juízes de aplicar regras jurídicas existentes, a saber, a possibilidade de identificação de todas as regras jurídicas a partir de um critério de reconhecimento. MacCormick, portanto, sustenta que todo sistema jurídico é composto por um conjunto de regras válidas identificáveis mediante a referência de um critério comum de reconhecimento, seguindo uma formulação positivista similar à de Hart¹³.

O critério comum de reconhecimento é constituído pelo fato de que os juízes compartilham a aceitação de que possuem o dever de aplicar as regras identificadas por tal critério¹⁴, o qual qualifica e valida essas regras como jurídicas. Esse poder dos juízes reside na existência institucional de Cortes criadas por uma comunidade mais ampla que confere a elas legitimidade e autoridade para dirimir conflitos, e a força dessa solução depende de uma dupla aceitação dessa mesma autoridade judicial, por parte da sociedade que se sujeita a suas ordens e por aqueles que detêm oficialmente poder coercitivo para executar as determinações proferidas¹⁵.

Desse modo, o fundamento do direito e do poder judicial de impor esse direito é a aceitação social, e o papel essencial dos juízes consiste na aplicação de regras jurídicas válidas promulgadas pelo poder legislativo. Assim, o exercício do poder judicial mediante justificação pelo raciocínio jurídico pressupõe a aderência ao conceito positivista do direito como um

¹¹ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 53.

¹² MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, 2006, p. 68, tradução modificada. No original, MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 53-54.

¹³ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 54.

¹⁴ Idem, p. 54

¹⁵ Idem, p. 55.

conjunto, ou sistema, de regras jurídicas válidas, segundo o critério formal interno de reconhecimento. Nas palavras do autor,

(...) é útil considerar como característica definidora do positivismo jurídico o fato de que todo “positivista” genuíno sustenta que todas as regras que são regras jurídicas o são porque pertencem a um sistema jurídico específico, e que elas pertencem a esse sistema porque atendem a critérios formais de reconhecimento que atuam dentro desse sistema como uma efetiva ordem social prática¹⁶.

Esse núcleo positivista recebeu a denominação de tese da validade, sendo definida nos seguintes termos:

(...) Os sistemas jurídicos dispõem de critérios, sustentados pela “aceitação” da sociedade na qual o sistema se insere, sendo o cumprimento desses critérios no mínimo presumivelmente suficiente para a existência de uma regra como regra válida do sistema. (Para fins de concisão, doravante ela será chamada de “a tese da validade”.) É essa “tese da validade” compartilhada que é pressuposta quando tratamos da justificação por dedução de decisões judiciais como algo suficiente e conclusivo(...) ¹⁷.

Contudo, o autor reconhece uma questão específica que pode ser suscitada internamente ao sistema e que a tese da validade não pode responder. Casos difíceis podem suscitar a seguinte pergunta: “Por que nós deveríamos considerar suficientemente justificada toda decisão tomada em conformidade com uma regra válida segundo nossos critérios de validade”¹⁸? Ou seja, faz sentido indagar a respeito da força vinculante da regra fundamental de reconhecimento que valida todo sistema jurídico, embora não faça sentido perguntar se tal regra é válida ou não.

O ponto de vista interno, para MacCormick, de aceitação da regra fundamental de reconhecimento não é um fato bruto, ou cego, podendo conter inúmeras razões de aceitação entre diversas pessoas, e em algumas raras ocasiões a discussão acerca da interpretação e aplicação do critério de validade surgem nos tribunais, tendo, por isso, relevância jurídica, diferentemente do que pensavam Hart e Kelsen, pois situavam a questão externamente ao

¹⁶ MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, 2006, p. 78, tradução modificada. No original, MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 61.

¹⁷ MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, 2006, p. 78-79, tradução modificada, aspas do autor. No original, MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 62.

¹⁸ MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, 2006, p. 80, tradução modificada. No original, MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 63.

direito¹⁹. O mero raciocínio de subsumir fatos à regra não é capaz de explicar tal aceitação, pois a discussão envolve um prévio julgamento político sobre a justiça do sistema jurídico, para a aceitação da regra fundamental de reconhecimento, na qual afigura, por exemplo, a argumentação judicial de princípios²⁰.

Diante de determinados fatos operativos do direito, o juiz da teoria do MacCormick atua, segundo seu dever institucional, como aplicador das regras válidas dentro do sistema jurídico. Para tanto, ele endossa tacitamente a tese da validade das regras jurídicas como pano de fundo (pressuposto) da justificação dedutiva da decisão, na maior parte dos casos, mas em casos que a regra de reconhecimento é desafiada e a justificação moral da sua própria validade é parte integrante da argumentação jurídica, a justificação dedutiva revela-se insuficiente. A tese da validade, portanto, circunscreve a possibilidade e a limitação da argumentação dedutiva²¹.

Essa dificuldade teórica da tese da validade, com a conseqüente limitação da justificação dedutiva, decorre da indeterminação inevitável do direito em alguns casos, pois como o direito é expresso em termos de linguagem, esta pode ser vaga ou ambígua em determinado contexto, o que Hart conceituou de textura aberta do direito²². Por consequência disso, surge, então, a separação entre casos claros e difíceis (não claros), sendo que o primeiro ocupa a centralidade do direito, no qual recai suficientemente a tese da validade e justificação dedutiva, e o segundo ocupa a margem, a qual exige argumentos de segunda ordem para consubstanciar a decisão judicial. Desse modo, a textura aberta no direito separa a teoria do raciocínio jurídico em duas ordens.

¹⁹ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 63-64. O autor considera que razões morais de fundo na aceitação da regra de reconhecimento é um ponto que representa uma extrapolação ao positivismo, mas de um modo complementar e compatível com o conceito formal de validade, pois há uma incorporação pontual de uma teoria moral em casos difíceis (MACCORMICK, Neil, 1978, p. 133 e p. 139-140). É exatamente este ponto que discutirei mais à frente.

²⁰ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 64.

²¹ Em outras palavras, no aspecto possibilitador, a tese da validade e o dever dos juízes de aplicar regras jurídicas válidas funcionam como um pressuposto indiscutivelmente subtendido na justificação dedutiva, mas em contrapartida, no aspecto limitador, a mera dedução não explica a aceitação da tese da validade e o conseqüente dever de aplicação de regras, pois isto é uma questão de escolha moral. Por essa razão, nos raros casos que o próprio critério de validade é discutível, a justificação dedutiva não é capaz de resolver o problema. Desse modo, o autor reconhece que a o critério formal de validade não é juridicamente indiscutível, ou que a sua aceitação seja simplesmente mecânica, ou sempre inconsciente, mas que, do ponto de vista interno, as várias razões possíveis que permeiam a aceitação desse critério não possuem relevância jurídica na maior parte dos casos, exceto em algumas poucas ocasiões que exigem justificação de segunda ordem.

²² MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 65-66.

Apesar de que a argumentação não dedutiva ser considerada rara, pois não é sempre relevante para a justificação judicial a reabertura das razões de aceitação do critério de validade do sistema jurídico, ou que sempre haja dúvidas acerca de um significado de uma regra jurídica, a maior parte da obra *Legal Reasoning and Legal Theory* ocupa-se em explicar e exemplificar os problemas que exigem o desenvolvimento da justificação de segunda ordem, o que será apresentado mais adiante.

4. RAZÃO JURÍDICA COMO PARTE DA RAZÃO PRÁTICA

Apesar da obra não ser um tratado filosófico sobre a razão, ela apoia-se nas contribuições filosóficas que David Hume e Thomas Reid desenvolveram sobre o tema, o que vale a pena ser exposto para entender o que significa dizer que o direito é parte da razão prática em geral. Hume afirma que a faculdade racional somente opera por meio de certas premissas aceitas, que a partir das quais se segue racionalmente outras premissas ou conclusões, guiando, assim, a verificação da verdade ou falsidade sobre questões de fatos ou proposições existenciais gerais. Contudo, neste último caso, a racionalidade possui um aspecto secundário, uma vez que a razão atua somente após evidências fornecidas pelas várias impressões dos sentidos²³.

Por isso, Hume entende que a razão é escrava da paixão, pois a última premissa moral é indemonstrável pela faculdade racional, ou por uma pura questão de fato, não havendo sustentação ou implicação de uma premissa a respeito do que “deve ser” a partir de uma premissa sobre “o que é”. Ou seja, não há correspondência entre juízos morais com afirmações descritivas de fatos, ambas são independentes, sendo um erro muito grave provar ou validar uma pela outra.

Não obstante, Reid ressalta que, apesar dessa impossibilidade demonstrativa da última premissa moral, a aderência a princípios morais gerais (não matar por exemplo) pode ser feita pela racionalidade humana, em contraste com meros impulsos ou reações a circunstâncias, a exemplo dos animais²⁴.

Diante disso, MacCormick assume o seguinte posicionamento:

²³ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994. p 02.

²⁴ Idem, p. 04.

(...) acompanharei o ponto que é comum a Hume e Reid, quando pressuponho a ideia de que qualquer modalidade de argumento avaliatório deve envolver, ter por base ou pressupor, algumas premissas essenciais que não são em si prováveis, demonstrativas ou confirmáveis em termos de razões suplementares ou ocultas. Nesse sentido, nossas premissas normativas fundamentais não são derivadas da razão, não são um produto de uma cadeia de raciocínio lógico²⁵.

A aceitação dessa premissa normativa fundamental pode ser inconscientemente condicionada ao ambiente social e econômico (circunstâncias externas), bem como pelas diferentes naturezas afetivas das pessoas, sentimentos, predisposições e etc. (circunstâncias internas), ou pela escolha deliberada e racional de princípios empregados como pano de fundo para valoração. Porém, essa deliberação não tem natureza conclusiva, nem é igualmente convincente para todos, pois não há uma única razão última (*ulterior reason*) inerente à natureza humana a ser acessada, ou encontrada na ordem natural do mundo, capaz de demonstrar o porquê da aceitação dos princípios morais, além da subjetividade individual e condições externas que podem ocasionar diferentes respostas morais²⁶.

Exemplificando:

(...) se tenho um compromisso marcado para quarta-feira e se hoje é quarta-feira, hoje é o dia no qual eu deveria cumprir meu compromisso. A necessidade dessa conclusão é de fato uma questão determinada pela lógica. No entanto, a conclusão tem força prática para mim (será que vou cumprir meu compromisso?) apenas na medida em que as premissas a tenham. Que eu deveria cumprir meus compromissos é na realidade uma dessas premissas que, por sua vez, é sem dúvida derivada ou derivável de “Todos deveriam cumprir seus compromissos”. Mas no que consiste a demonstração racional dessa proposição?²⁷

O ponto principal é que não importa o motivo de aceitação das premissas morais fundamentais, mas que a razão opera a partir dessa aceitação, não antes disso, o que implica, para Hume, no papel secundário da razão à aceitação de determinadas premissas, sendo, por isso, sempre emocional e, portanto, a razão está fadada à escravidão. Todavia, essa aceitação dos princípios fundamentais que governam as ações humanas representa a aderência a uma série de categorias racionais que pautam as ações e fornecem razões para julgá-las, aprova-las ou

²⁵ MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, 2006, p. 06. No original, MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 05. *Ulterior Reasons* (traduzido como razões suplementares ou ocultas), em sua impossibilidade, exprime melhor a ideia de que não há uma razão ulterior, ou última, que determine, ou derive, a adesão de todos a premissas morais fundamentais, pois é possível verificar diferentes razões, sentimentos, condicionamentos e pontos de vista.

²⁶ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 5-6.

²⁷ *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, 2006, p. 03. No original, MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 02.

criticá-las, uma vez que tais categorias de premissas fundamentais são, *a priori*, universais, não *ad hoc* ou *ad hominem*, a exemplo da proposição “Todos deveriam cumprir seus compromissos”²⁸.

Portanto, apesar de não haver razão ulterior (*ulterior reason*) para justificar racionalmente a aceitação das premissas morais fundamentais, ou haver múltiplos motivos e razões possíveis, isso não significa que a aceitação seja completamente irracional, sempre emocional, ou que a aceitação emotiva transforme o princípio moral em um conceito emocional, haja vista que os princípios fundamentais são, por definição, categorias racionais. Isto é, os princípios lançam luz sobre os argumentos e práticas sociais, diferentemente de uma simples emoção ou reação às circunstâncias, ou da mera subserviência da razão a emoções.

Desse modo, a racionalidade como parte da ordem social humana é um tipo de racionalidade moral, que tem por base a aceitação de proposições normativas fundamentais não passíveis de demonstração racional inequívoca, mas isto não significa que algo para além da base moral torne a razão secundária ou a instrumentalize. As premissas normativas fundamentais integram e limitam a própria noção de razão humana, uma vez que o esforço de articulação de princípios pertence ao ramo do raciocínio voltado a questões práticas da vida, guiando decisões, julgamentos e avaliações no convívio interpessoal²⁹. Nesse sentido, o raciocínio moral é a unidade da racionalidade prática.

A racionalidade, pois, é caracterizada como uma tentativa de impor um padrão prévio e geral para nossas ações, assim como uma explanação racional e estruturada de determinados eventos observáveis, dentro de um esquema científico geral, o que, do ponto de vista formal, indica uma certa conexão aceitável entre razão pura e razão prática³⁰.

Tendo por base as considerações acima, a obra, em análise, está delimitada à elucidação de uma esfera particular de atividade prática, que é a de justificação da tomada de decisão no direito, com o intuito de atender a dois propósitos:

Um é o de explicar, afirmar e justificar a tese já esboçada em termos abstratos acerca da razão prática. O outro é apresentar uma explicação da natureza da argumentação jurídica como manifestada no processo público de litígios e decisões judiciais referentes a disputas sobre questões de direito³¹.

²⁸ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p.06

²⁹ Idem, p. 06-07.

³⁰ Idem, p. 06.

³¹ MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, 2006, p. 09. No original, MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 07.

Nesse sentido, a atividade judicial é uma dimensão específica da razão prática empregada na condução da vida de modo geral, que é essencialmente argumentativa. Por isso, a investigação feita por MacCormick é dirigida ao processo de raciocínio jurídico apresentado nas decisões judiciais, expondo uma série de casos jurídicos particulares como evidências de premissas filosóficas gerais e conceituais da sua teoria³².

O autor entende que esse tipo de investigação, estudo do raciocínio jurídico, é uma tentativa de explicar e apresentar os critérios constituintes de um bom ou mal argumento jurídico, aceitável ou inaceitável, isto é, discrimina argumentos justificáveis, aceitáveis, relevantes, ou atrativos e convincentes de modo geral³³.

A metodologia de tal empreendimento possui uma finalidade descritiva, apesar de referir-se a deveres discutíveis do ponto de vista moral, ao passo que apresenta critérios avaliativos sem aprova-los ou reprova-los por contra própria, mas apoiando-se na repetição de casos que possibilitam identificar as características fundamentais da argumentação jurídica, as quais são obtidas pela função desempenhada pelo argumento. Esta função é a justificação de pretensões, defesas e decisões jurídicas, consubstanciando a busca de convencimento dos demais a partir do direito³⁴. Em suma, a racionalidade jurídica compreende um processo de argumentação como um processo de justificação conforme o direito³⁵.

Há, pois, uma diferença muito sutil entre raciocínio, argumento e justificação, mas não chega a ser significativa, haja vista que podemos afirmar que todo raciocínio se estrutura formalmente em um tipo de argumento cujo papel é justificar uma decisão. Logo, o autor não apresenta uma separação conceitual muito clara e crucial entre racionalidade, argumento e justificação, sendo praticamente equivalentes, uma vez que raciocínio dedutivo também é uma forma de argumento dedutivo e um tipo de justificação dedutiva; termos estes utilizados quase indistintamente.

Contudo, ressalta-se que o raciocínio jurídico não é exaustivamente dedutivo, por esse motivo, não é correto dizer que raciocínio jurídico e raciocínio dedutivo sejam correspondentes,

³² MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 08.

³³ Idem, p. 12-13.

³⁴ Idem, p. 14.

³⁵ Apesar da ausência de uma diferenciação conceitual rígida, chamo a atenção para o fato de que há um emprego maior do termo justificação ao longo da obra, pois o autor considera que todo raciocínio e argumentação no âmbito judicial centra-se na ideia de razões justificatórias (*justificating reasons*) da decisão, seja justificação dedutiva, seja justificação de segunda ordem, não dedutiva.

uma vez que o raciocínio jurídico é mais amplo que o raciocínio dedutivo, pois este último é uma estrutura ou um tipo de racionalidade jurídica utilizado em casos claros. Isto porque existem outros tipos de raciocínio jurídico para casos difíceis, que são denominados de justificação de segunda ordem e estão subdivididos em três subcategorias: (i) consequência; (ii) coerência; e (iii) consistência. Logo, o correto é afirmar que o raciocínio jurídico abrange justificação dedutiva e justificação de segunda ordem.

5. TEORIA DO RACIOCÍNIO JURÍDICO

5.1. Justificação de Primeira Ordem

MacCormick define o argumento dedutivo e sua validade conforme o trecho abaixo:

Um argumento dedutivo é um argumento que se propõe a demonstrar que uma proposição, a conclusão do argumento, está implícita em alguma outra proposição ou proposições, as “premissas” do argumento. O argumento dedutivo é válido se, não importando qual seja o conteúdo das premissas e da conclusão, sua forma for tal que suas premissas de fato impliquem (ou acarretem) a conclusão³⁶.

O conceito de raciocínio dedutivo no direito segue a ideia da validade formal do argumento dedutivo aplicada ao contexto jurídico, no qual a premissa maior é fornecida por uma regra jurídica formulada em termos de uma proposição condicional geral e abstrata do tipo hipotética “se p, então q”. Esta é uma proposição composta, sendo formada por uma proposição antecedente “p” e outra proposição consequente “q”, em que dada a ocorrência de um fato “p”, segue-se consequência jurídica “q”. A premissa menor é uma questão de prova que satisfaz a condição de aplicação da regra (instância de p) e a conclusão é o efeito jurídico de força prática que se impõe ao fato (instância de q), a qual é deduzida logicamente da regra ao caso³⁷.

Em geral, os raciocínios jurídicos desenvolvidos nos tribunais podem ser explicados e reconstruídos conforme a seguinte formulação estruturada em três partes, constituindo um silogismo:

- (A) Em qualquer caso, se p então q
- (B) No caso em questão p

³⁶ MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, 2006, p. 26, tradução modificada. No original, MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 21.

³⁷ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p.23-24.

(C) ∴, no caso em questão, q³⁸

Não importa o conteúdo de p e q, podendo ser de qualquer área do conhecimento, pois o argumento dedutivo será sempre válido em função da sua forma. Por essa razão, há somente a garantia de um critério formal de validade, que é a estrutura ou organização das premissas, que por meio das quais infere-se a conclusão. A forma válida de inferência do argumento acima é denominada *modus ponens*, para os estoícos, e uma vez assumido que para todos os casos de manifestação de “p” implicará a presença de “q”, e se estamos diante de um caso que é uma ocorrência de “p”, conclui-se necessariamente que também será a ocorrência de “q”, pois negar a conclusão “q” ao mesmo tempo em que se afirma “p” seria uma autocontradição, segundo as contribuições dos estudos em cálculo proposicional³⁹.

Segue-se que a garantia da validade do argumento não é uma garantia da sua verdade, pois o raciocínio lógico assume tão somente a hipótese de verdade das premissas do argumento, sendo elas verdadeiras, a conclusão também será necessariamente. Por outro lado, a verdade é uma questão empírica do mundo e da existência de regras jurídicas⁴⁰. Logo, o autor faz uma distinção crucial entre validade e verdade do argumento, isto é, entre forma e conteúdo, apesar de que a justificação judicial exige a conjunção de validade e verdade.

O caso *Daniels and Daniels v. R. White & Sons and Tarbard* exemplifica a centralidade da estrutura argumentativa dedutiva suficiente à justificação da decisão judicial na maior parte dos casos levados aos tribunais. O sr. *Daniels* comprou uma garrafa de limonada marca *R. White* no bar da Sra. *Tabard*, que posteriormente foi consumida por ele e sua esposa. Ambos ficaram doentes em decorrência disso, pois a limonada estava altamente contaminada com ácido carbólico. Diante do dano sofrido, o casal consumidor ajuizou uma ação contra o fabricante, *R. White*, e vendedora, Sr. *Tabard*. O fabricante foi absolvido, porém a vendedora foi responsabilizada e, conseqüentemente, condenada a reparar monetariamente o dano⁴¹.

Uma parte da justificação do veredito proferido pelo juiz Lewis no caso *Daniels* foi reconstruída na seguinte forma de preenchimento da estrutura lógica dedutiva apresentada anteriormente:

(A) Em qualquer caso, se mercadorias vendidas por uma pessoa a outra tiverem defeitos não aparentes em um exame normal que as tornem impróprias para

³⁸ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p.24.

³⁹ Idem, p. 24.

⁴⁰ Idem, 1978, p. 25.

⁴¹ Idem, p. 20.

- o seu único uso devido, então elas não têm qualidade própria para comercialização;
- (B) No caso em foco, as mercadorias vendidas por uma pessoa a outra tiveram defeitos que as tornavam impróprias para o seu devido uso, mas que não eram aparentes em exame normal;
- Logo, (C) No caso em foco, as mercadorias vendidas não são da qualidade própria para comercialização⁴².

Já vimos o porquê de o argumento acima ser formalmente válido. Mas somente a validade não é suficiente para fundamentar uma decisão, pois a verdade jurídica também é necessária. A verdade da premissa maior (A) consiste no estabelecimento do significado da expressão qualidade própria para comercialização (*merchantable quality*), o qual foi fixado pelo Lord Wright no caso Grant⁴³. Para MacCormick, o ato de estabelecer este significado para fins jurídicos não é em si verdadeiro ou falso, pois é uma questão de autoridade, apesar de que a remissão à decisão que oferece esse significado pode ser considerada um critério de verdade, no momento em diante que tal decisão foi tomada⁴⁴.

Nota-se que a premissa maior é, na origem, uma escolha imposta pela autoridade, a qual fornece um critério jurídico de verdade em virtude dessa autoridade, mas por ser um ato imperativo de autoridade, não faz sentido dizer se o próprio ato imperativo é, logicamente, verdadeiro ou falso. O mesmo ocorre com a conclusão contendo uma determinação judicial em favor de alguma das partes. Apesar da conclusão ser antecedida de uma série de passos argumentativos válidos e satisfação de critérios de verdade para fins jurídicos, a solução final é uma escolha conforme um dever a ser seguido, não um produto de uma necessidade causal ou lógica, pois não há impossibilidade física, psicológica ou mesmo lógica de desvio do dever. Segundo o autor,

Proferir uma sentença é, por parte do juiz, um ato que ele desempenha ou não desempenha; e, ao agir assim, cumpre ou não cumpre o seu dever. Os atos não são determinados pela lógica; são determinados pelas escolhas dos agentes e por qualquer coisa, se houver, que determine essas escolhas. A qualidade normativa (boa ou ruim, certa ou errada, justificada ou injustificada) de um ato realizado ou planejado por um agente pode ser estabelecida em termos lógicos, mediante premissas normativas adequadas, (...). A lógica não “estabelece” o ato⁴⁵.

⁴² MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, 2006, p. 31. No original, MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 25.

⁴³ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 25.

⁴⁴ Idem, p. 25-26.

⁴⁵ MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, 2006, p. 41-42. No original, MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 33. Aqui há uma forte ligação com a noção da aceitação da premissa normativa fundamental que conduz a ação, apesar de não ser um produto da razão, da lógica, nem muito menos do mundo natural, haja vista que é uma escolha. Da

Diferentemente, a verdade da premissa menor não é ditada por uma autoridade, como a decisão de uma instância superior, a exemplo do exposto acima, ou estabelecida pelo Poder Legislativo. “Trata-se de uma proposição relacionada a um momento histórico específico, que por esse motivo, deve ser provada, mediante recurso a provas específicas e pertinentes”⁴⁶. Isto explica o processo de verificação da veracidade dos fatos ocorridos no passado, por meio de um processo legal de provas, elucidando também o problema de provas na dinâmica de distribuição do ônus probatório e a lógica da absolvição⁴⁷. As provas pertinentes ao litígio correspondem aos fatos operativos da regra jurídica da premissa maior (A), que no caso em questão foi, basicamente, a comprovação indubitável de que uma mercadoria foi vendida para outra pessoa sem defeito aparente de impropriedade para uso⁴⁸.

Com a explicação feita até aqui, fecha-se, portanto, a conclusão de que o breve argumento do caso Daniels é válido do ponto de vista formal e que as premissas são verdadeiras, conforme o critério adotado para fins jurídicos. E se ambas premissas são verdadeiras, segue-se que a seguinte conclusão também será: a mercadoria específica vendida no caso em questão não possui qualidade de comercialização – efeito jurídico da premissa maior (A)⁴⁹. Em suma, a relevância prática do argumento apresentado é que ele caracterizou a violação das condições contratuais que, por conseguinte, gerou o dever de reparação ao responsabilizar a vendedora pelos danos causados ao Sr. Daniels.

Não foi exposta toda a linha argumentativa da decisão do exemplo ora analisado, pois há uma série de outros pormenores elucidados dentro do mesmo esquema apresentado de validade e verdade, o qual é aplicado a outros argumentos com premissas explícitas e implícitas envolvidas e com outros dispositivos legais. Mas acredito que a breve explicação efetuada até este momento seja suficiente para esclarecer o cerne do conceito de raciocínio dedutivo e seus desdobramentos práticos na justificação da decisão judicial⁵⁰.

mesma forma, a parte substancial da decisão final é uma escolha de seguir ou não um dever, que a partir do qual a lógica e os critérios jurídicos são empregados para fins de justificação racional.

⁴⁶ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 26.

⁴⁷ Idem, p. 41-52.

⁴⁸ Idem, p. 27.

⁴⁹ Idem, p. 27.

⁵⁰ Até aqui, podemos distinguir a validade de um argumento jurídico, validade de uma regra jurídica, verdade de uma regra jurídica e verdade de um argumento jurídico. A validade de um argumento jurídico advém da validade formal da lógica. A validade da regra jurídica está na conformação da regra ao critério de validade formal interno do sistema jurídico, segundo a tese da validade oferecida pela regra de reconhecimento. A verdade da regra jurídica é o seu conteúdo estabelecido por um ato de autoridade. Já a verdade substancial do argumento jurídico advém da demonstração de que determinados fatos amolda-se ou não ao conteúdo da regra jurídica válida, que fornece o fato operativo e a consequência legal que

5. 2. Problemas de interpretação, relevância e classificação

Os problemas que eventualmente podem surgir na solução judicial de um caso são considerados endêmicos e limitadores do raciocínio jurídico dedutivo, dada a impossibilidade de clareza completa das regras jurídicas, devido a problemas de linguagem. Estes problemas se dividem em interpretação, relevância e classificação, os quais extrapolam a lógica dedutiva e impõem a necessidade de uma segunda ordem de justificação⁵¹.

O problema de interpretação envolve uma disputa em torno do sentido de algum termo da lei. O autor exemplifica esse problema com o caso *Ealing London Borough Council v. Race Retention Board*, o qual discute a aplicação da Lei de Relações Raciais do Reino Unido, de 1968, que proíbe a discriminação de cor, raça, etnia e origem de nacionalidade na disponibilização de moradia⁵².

Uma política municipal restringiu somente aos britânicos o preenchimento de uma lista para fins de concessão de moradia, segundo a definição oficial da lei de nacionalidade britânica de 1948. Com base nessa política, o conselho municipal negou a inclusão do nome de um polonês, Sr. Zesko, na referida lista, e contra este ato, o conselho de relações raciais alegou judicialmente que o referido ato é uma discriminação ilegal de origens nacionais. Diante do entendimento da suprema corte que entendeu não ser o caso de discriminação nos termos da lei de relações raciais, o autor da ação apelou para a Câmara dos Lordes⁵³. A questão levantada no caso é se a discriminação da política de habitação em favor de nacionais ingleses frente a estrangeiros configura ou não discriminação ilícita de origens nacionais.

MacCormick entende que a aplicação dedutiva da respectiva lei somente é possível depois de solucionar a ambiguidade da regra de discriminação em relação à nacionalidade, por meio da escolha de uma das duas interpretações simultaneamente incompatíveis, segundo a fórmula “se p, então q”:

se segue dele. A justificação dedutiva exige, portanto, cinco elementos: (i) validade formal do argumento; (ii) verdade jurídica do argumento; e os pressupostos do (iii) cumprimento do dever judicial de aplicação das regras jurídicas; (iv) a validade formal das regras jurídicas aplicáveis e (v) clareza semântica do conteúdo verídico das mesmas regras jurídicas válidas e aplicáveis.

⁵¹ O problema de prova também poderia ser mencionado, mas optei, propositadamente, oculta-lo, porque não é um problema que exige justificação de segunda ordem. Como já visto brevemente, o problema de prova envolve a dificuldade empírica de estabelecer a premissa menor do silogismo, não a escolha de conteúdo da regra jurídica mediante argumentos de segunda ordem.

⁵² MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 66.

⁵³ Idem, p. 77.

- a) Se uma pessoa discriminar a outra com base nas origens nacionais (aí incluída a nacionalidade oficial daquela pessoa), ela estará discriminando em violação à lei;

Ou

- b) Se uma pessoa discriminar a outra com base nas origens nacionais (o que se distingue da nacionalidade oficial daquela pessoa), ela estará discriminando em violação à lei⁵⁴.

Diferentemente, o problema de relevância é um problema jurisprudencial, envolvendo a possibilidade de aplicação analógica de precedentes convincentes e favoráveis para ambas partes do litígio, com duas plausíveis soluções jurídicas excludentes entre si, o que também coloca o juiz diante da necessidade de escolher uma das duas alternativas. O caso *Donogue v. Stevenson*, segundo MacCormick, apresenta um problema desse tipo⁵⁵.

A Sra. Donogue sofreu danos gastroenterite e colapso nervoso decorrentes da ingestão de uma garrafa opaca de gengibirra Stevenson que continha uma lesma em decomposição. Diante desse fato, a Sra. Donogue pleiteou uma ação de reparação contra o fabricante do produto alegando que este não tomou os cuidados razoáveis no processo de fabricação. Não existia uma lei de responsabilidade civil que abrangia o caso, nem precedente vinculante claramente conclusivo, mas tão somente precedentes análogos que ofereciam o mesmo peso argumentativo para os dois lados da disputa.

A concorrência acima também se ajusta à formula de uma proposição geral e hipotética “se p, então q”, a qual é afirmada por uma parte e negada por outra: “Se algum dia ocorrerem fatos como aqui alegados, o autor deverá receber essa reparação”⁵⁶.

Por último, o problema de classificação consiste na divergência acerca da extensão de uma categoria jurídica; se ela inclui ou não um determinado fato, isto é, se um fato pertence ou não a uma classificação jurídica para efeitos legais. O caso *Maclennan v. Maclennan* exemplifica, de modo geral, esse problema. A dúvida existente neste caso é se a gravidez por inseminação artificial com material genético doado e sem o consentimento do marido é ou não uma forma de cometer adultério, hipótese em que é autorizada a concessão de divórcio.

⁵⁴ MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, 2006, p. 85. No original, MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 67.

⁵⁵ Idem, p. 69.

⁵⁶ MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, 2006, p. 89. No original, MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 70.

A questão é se a prova do fato primário, gravidez por inseminação artificial, pertence a alguma categoria de fato secundário, adúlterio, que é o fato operativo da regra jurídica. Em outras palavras, “Será que r, s, t valem como manifestação de p?”.⁵⁷

MacCormick entende que não há diferenciação lógica entre os problemas de interpretação e classificação, mas manterá a separação porque os tribunais, frequentemente, consideram o problema de interpretação como uma questão puramente de direito e o problema de classificação como uma questão puramente de fatos. Desse modo, é possível filtrar os casos remetidos às instâncias superiores que só admitem questões de direito, evitando, assim, que fiquem sobrecarregadas⁵⁸. Não obstante, por não haver uma divisão lógica clara, há margem de liberdade para os tribunais considerar um caso de classificação como um problema de interpretação para firma um certo entendimento vinculante, ou o vice-versa⁵⁹.

Embora os casos apresentados revelarem problemas não passíveis de serem solucionados por justificação dedutiva, a compreensão dos casos é explicada pela estrutura dedutiva, sendo que a solução está voltada para o reestabelecimento da justificação dedutiva, após ser feita uma escolha entre duas alternativas possíveis de determinação do conteúdo jurídico.

5. 3. Justificação de segunda ordem

Perante a indeterminação das regras jurídicas aplicáveis e da conseqüente impossibilidade de justificação dedutiva, o juiz está completamente livre de qualquer vinculação jurídica prévia?

O autor entende que não, tendo em vista que justificação jurídica e justiça estão necessariamente conectadas, porque toda justificação se apresenta como correta e justa, apesar de que não é simplesmente uma abstração pura de justiça que importa, uma vez que os juízes devem fazer justiça de acordo com o direito⁶⁰. O autor distingue conceito e concepções de justiça, segundo John Rawl, em que o conceito de justiça é abstrato e formal – tratar casos semelhantes com a mesma semelhança, diferentes com a mesma diferença e dar a todos o que

⁵⁷ MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, 2006, p. 120. No original, MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 94.

⁵⁸ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 96.

⁵⁹ Idem, p.95-96.

⁶⁰ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 73.

é devido – e as diversas concepções de justiça são concretas – oferecem diferentes conjuntos de princípios e regras para determinar, à sua luz, quando os casos são materialmente similares e diferentes e o que é devido a cada pessoa⁶¹.

A discussão sobre concepções de justiça envolve avaliação dos princípios gerais da normatividade jurídica dentro do campo da filosofia moral, e não é sempre que esse debate tem lugar nos tribunais, pois os juízes devem fazer justiça conforme o direito, que é conceituado como um conjunto das regras jurídicas válidas incontestavelmente obrigatórias, independentemente da concepção de justiça que elas concretizam⁶². Por essa razão, diante dos casos em que o direito não é completamente objetivo, como os que foram aduzidos anteriormente, o conceito formal de justiça adotado pelos juízes conduz e limita a forma de justificação na tomada de decisão (*making ruling*) que estabelece a escolha entre duas soluções jurídicas possíveis⁶³.

A justiça formal impõe aos juízes o dever de decidir os casos de modo consistente com casos anteriores, apoiando-se em pontos semelhantes e estabelecendo diferenças, salvo se houver exceção, o que também vincula de igual maneira as decisões futuras. Assim, a justiça formal possui dupla implicação:

O dever de tratar os casos semelhantes de modo semelhante implica que devo decidir o caso de hoje com fundamentos que eu esteja disposto a adotar para a decisão de casos semelhantes no futuro, exatamente tanto quanto implica que hoje devo levar em consideração minhas decisões anteriores em casos semelhantes no passado⁶⁴.

⁶¹ *Idem*, p. 73.

⁶² A obrigatoriedade das regras jurídicas reside na conformidade com o critério de validade, ou seja, uma regra jurídica é sempre obrigatória se for válida segundo a regra de reconhecimento e conseqüentemente deve ser aplicada, se for um caso que apresenta um fato operativo da regra. Isto não significa que, dentro da teoria de MacCormick, a filosofia moral de justiça nunca tem importância no debate interno do direito, mas que apenas desempenha um papel bastante limitado na prática judicial, nos raros casos que as razões morais do ponto de vista interno de aceitação do critério fundamental de validade do sistema jurídico estão em disputa na fundamentação judicial. Esta é a questão da limitação da tese da validade citada na p. 10: Por que nós deveríamos considerar suficientemente justificada toda decisão tomada em conformidade com uma regra válida segundo nossos critérios de validade? Ou por que devemos sempre aceitar o caráter vinculante do critério de validade? Portanto, o desempenho da atividade judicial não exige, centralmente, uma teoria moral, mas somente justificação dedutiva, pois essa questão moral já foi resolvida pelas autoridades e, sobretudo, pelo poder legislativo ou instâncias superiores, dentro da estrutura interna hierárquica do sistema jurídico. Desse modo, há uma separação entre teoria do direito e teoria moral em termos de concepções de justiça.

⁶³ MACCORMICK, Neil. *Legal Reason and Legal Theory*, 1994, p. 74.

⁶⁴ MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, 2006, p. 96. No original, MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 75.

O dever imposto pela justiça formal – que exige a amplitude das conclusões justificatórias dos precedentes – é identificado pela necessidade de estabelecer uma proposição formulada universalmente, em termos lógicos, na solução de um caso em particular. Ou seja, a justificação da resposta em particular deriva de uma proposição universalmente válida para todos os casos. No exemplo que contém o problema de interpretação,

Observa-se que, embora se trata de uma questão em particular a respeito da qual se pretendia obter uma declaração formal, ou seja, se a *subprefeitura* tinha cometido discriminação ilícita nos termos da Lei, a pergunta do Lorde Dilhorne não é aquela pergunta em particular. Ele considera necessário decidir se qualquer ato de discriminação de qualquer pessoa contra qualquer pessoa pelo motivo desta última não ser um súdito britânico constitui discriminação motivada por “origens nacionais”. Essa não é uma questão sobre um ato particular de discriminação; é uma questão universal em termos lógicos⁶⁵.

A universalidade também é pontuada na aplicação de precedentes vinculantes em casos com problema de relevância, mas com a ressalva de que não é uma questão simplesmente de descobrir uma única *ratio decidendi*, pois nem sempre há uma concordância geral, explícita e coerente entre os juízes em torno da fundamentação de um mesmo ponto⁶⁶. O esforço aqui é somente identificar ou não proposições explícitas, ou mais ou menos claras, que valem como regras jurídicas aplicáveis a determinados fatos.

A justiça formal, portanto, é compreendida como uma norma geral, ou princípio, operante internamente ao sistema jurídico, abarcando os tipos de argumentos denominados de justificação de segunda ordem, os quais padronizam formalmente a fundamentação judicial na escolha entre duas proposições jurídicas possíveis e excludentes entre si⁶⁷. Nas palavras do MacCormick,

Se for verdade que justificar a decisão particular envolve a enunciação de alguma deliberação “universal” pertinente à questão particular, depreende-se em termos lógicos que a justificação de segunda ordem diz respeito a uma escolha entre deliberações desse tipo. (...).

A justificação de segunda ordem deve, portanto, envolver a justificação de escolhas: escolhas entre possíveis deliberações rivais. E essas escolhas a fazer dentro do contexto específico de um sistema jurídico operante. Esse contexto impõe algumas limitações óbvias ao processo⁶⁸.

⁶⁵ MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, 2006, p. 99. No original, MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 79.

⁶⁶ Idem, 1978, p. 82-83.

⁶⁷ Idem, p. 101.

⁶⁸ MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, 2006, p. 128-129. No original, MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 101.

A escolha da determinação de conteúdo jurídico da regra jurídica aplicável segue a satisfação de uma série de testes oferecidos pelos tipos de argumentos de segunda ordem, que se classificam em três categorias, quais sejam, argumentos de consequência, coerência e consistência, cuja definição de cada um será apresentada, sucintamente, nos três tópicos abaixo.

5. 3. 1. Argumento consequencialista

O argumento consequencialista é voltado para os efeitos jurídicos desejáveis no mundo, sendo composto por três elementos, a saber, consequência propriamente dita, avaliação e subjetividade⁶⁹. Primeiro, a análise de consequência é um prognóstico para todos os casos futuros enquadráveis pela decisão tomada em um certo sentido ou em outro, em termo universal. Segundo, é intrinsecamente avaliatória a consideração sobre quais consequências são aceitáveis ou inaceitáveis, incluindo critérios de justiça, política pública, conveniência e senso comum. Terceiro, a avaliação é, em parte, subjetiva, uma vez que juízes diferentes atribuem importância diferente para cada critério, percebendo diferentemente a injustiça ou inconveniência das consequências de duas possíveis decisões rivais.

Exemplificando, na escolha de uma decisão favorável a Sra. Donogue, em primeiro lugar, o Lorde Atkin afirmou que em uma sociedade civilizada é necessária a existência de um interesse público geral de que os produtores garantam a segurança do uso e consumo dos seus produtos e que se responsabilizem dos eventuais danos previsíveis, para além da relação contratual direta. Em segundo, é uma questão de princípio, ou de justiça como Lord Macmillan acentuou, em que há uma concepção de justiça corretiva no dever de compensação imposto ao responsável que poderia ter evitado o dano e, em contrapartida, o direito daquele que sofreu o respectivo dano. Em terceiro, é também uma questão de senso comum a compreensão de que é inaceitável não aderir à conclusão do ponto anterior⁷⁰.

Segundo MacCormick, a concepção de justiça não é uma teoria original, mas uma concepção particular interna ao sistema jurídico, que funciona como meio de correção justa de regras imperfeitas, tendo por base princípios gerais⁷¹. Não obstante, a avaliação das

⁶⁹ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 105.

⁷⁰ Idem, p.111.

⁷¹ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 111-112.

consequências mediante os critérios de justiça, interesse público, senso comum, dentre outros, é parcialmente subjetiva e dependente de uma moral positiva, pois não há resposta única com uma mensuração objetiva ou peso igualmente conclusivo a todos os juízos de valor em relação a cada critério⁷².

Da mesma forma, a estrutura argumentativa consequencialista acima é empregada no momento em que a aceitação implícita da regra fundamental de reconhecimento torna-se explícita e justificada nos casos de controle de constitucionalidade, ou nos casos que envolva separação de poderes e delimitação de competências em geral. MacCormick entende que a avaliação consequencialista nestes casos constitucionais é dependente de uma teoria dos princípios constitucionais fundamentais⁷³, assim como no caso *Donogue* a escolha entre duas alternativas consequencialistas é dependente de uma concepção de justiça avaliativa e justificatória da autoridade conferida pela regra de reconhecimento, dentre outros critérios.

Apoiando-se em R. Sartorius, MacCormick sustenta que a instituição da regra última, ou fundamental, de reconhecimento não é um fato bruto, mas fruto de uma articulação de razões valorativas do ponto de vista interno daqueles que participam do sistema jurídico. Assim,

O modo de decidirmos questões a respeito da Constituição, diz Sartorius, depende da nossa visão da teoria constitucional, ela mesma derivada da prática constitucional. Eu deveria expressá-la nos termos de que possíveis deliberações alternativas acerca de pontos constitucionais fundamentais devem ser avaliadas em relação aos valores constitucionais conforme entendidos pelos juízes e conforme expressos em princípios relativos à correta base da autoridade e alocação da autoridade no Estado⁷⁴.

Observa-se, pois, que os juízes precisam expressar razões de sustentações que justifiquem a aceitação do critério de reconhecimento e a decisão final como correta aplicação desse critério a casos controversos⁷⁵. A avaliação da consequência entre duas alternativas possíveis a partir de uma teoria constitucional ou concepções de justiça, interesse público, conveniência e etc. não é exaustivamente satisfatória. Superada a fase consequencialista, é necessário, ainda, que a melhor alternativa satisfaça o critério de coerência e consistência, consistindo em reflexões do tipo que faz sentido no direito.

⁷² *Idem*, p. 112.

⁷³ *Idem*, p. 133.

⁷⁴ MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, 2006, p. 171. No original, MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 133.

⁷⁵ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 138.

5. 3. 2. Requisito de coerência

A grosso modo, a coerência é um requisito jurídico estabelecido na argumentação de princípio, em que esta deve fazer sentido dentro de todo conjunto de regras do sistema jurídico, devendo demonstrar que a regra jurídica sustentada na solução judicial pretendida é derivada de uma norma mais geral do direito, como uma manifestação concreta e específica da norma geral⁷⁶. Desse modo, o autor define princípio como uma norma geral estruturante do direito e um valor positivado que possui dupla dimensão, a saber, explicava e justificatória:

Quanto à justificação: se alguma norma *n* for valorizada em si ou como meio para um fim almejado, a demonstração de que uma regra específica pode ser subordinada a ela corresponde a demonstrar que se trata de uma boa regra a ser seguida. Quanto à explicação: quando estamos em dúvida acerca do correto significado de uma regra num determinado contexto, uma consulta a princípios pode nos ajudar a explicar como ela deve ser entendida; também, de modo superficial, é possível explicar por que motivo se considera ser válido aderir à regra⁷⁷.

Do ponto de vista do engajamento interno ao sistema jurídico por parte daqueles que atuam na prática judicial, o direito é visto como um todo ordenando e coerente conjunto de princípios gerais e regras⁷⁸, e uma nova decisão judicial deve ajustar-se coerentemente a todo esse conjunto existente, sendo a própria coerência um valor do sistema jurídico que confere legitimidade, limite e sentido a uma nova decisão. Na atividade judicial, o esforço dos participantes de conferir coerência explicativa e justificatória ao sistema jurídico pela identificação de princípios e propósitos subjacentes das regras jurídicas é um mesclado de aderir a valores, extrapola-los e modifica-los por conta própria, em parte⁷⁹.

Desse modo, o autor distingue regras jurídicas e princípio por níveis de abstração e generalização, pois toda regra objetiva uma política ou valor, não havendo separação tipológica que indica lógicas argumentativas distintas de sopesar princípios conflitantes sem excluir sua

⁷⁶ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 154.

⁷⁷ MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, 2006, p. 197-198, tradução modificada. No original, MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 153.

⁷⁸ Ressalta-se que a ordem e coerência do direito não é uma questão de busca de sentido puramente descritiva, ou algo a ser descoberto teoricamente, a maneira das ciências naturais, mas é propriamente um esforço de oferecer um modelo normativo para ordenar coerentemente o mundo das condutas humanas. “As deliberações legais são normativas. Elas não relatam, mas fixam padrões de comportamento. Não descobrem as consequências de determinadas condições, mas ordenam quais consequências hão de seguir a determinadas condições. Não apresentam um modelo do mundo, mas um modelo para o mundo”. MACCORMICK, Neil, 2006, p. 132. No original, MACCORMICK, Neil, 1978, p. 103-104.

⁷⁹ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 153.

validade e regras como uma questão de validade de tudo ou nada. Além disso, a promulgação de uma nova lei traz novas regras que contêm novos princípios, recaindo sobre ambos a inovação jurídica que está de acordo com o critério de validade fornecido pela regra de reconhecimento, o que inclui também a construção gradual de jurisprudência pela argumentação analógica em torno de casos duvidosos.

Considerado o valor inerente às regras jurídicas, a dificuldade que surge, por vezes, é a contestação e definição de um valor, sendo uma questão de textura aberta do direito⁸⁰. A argumentação subsequente a esse problema deve demonstrar a sua coerência com o direito existente *a priori*, que é parte estruturante da forma de aplicação de um princípio geral ou extensão deste por analogia, limitando a análise consequencialista.

Basicamente, a solução de casos problemáticos do direito envolve indissociavelmente regras e princípios, pois

Toda questão da argumentação por analogia no direito é que uma regra pode contribuir para uma decisão sobre fatos aos quais ela não é diretamente aplicável; casos de “analogias em competição” envolvem regras que puxam em direções diferentes acima de um território intermediário alvo de disputa⁸¹.

A coerência, portanto, estabelece o lugar da argumentação de princípio internamente ao sistema jurídico, desempenhando um papel na justificação racional de uma regra jurídica e na sustentação de analogia no desenvolvimento de um direito jurisprudencial.

5. 3. 3. Requisito de consistência

A consistência do argumento é garantida pela observância do princípio da não contradição de regras estabelecidas e vinculantes do direito, ou seja, é o dever de respeitar a tese da validade, apesar da sua instabilidade pontual em casos que as regras não são claras, como visto anteriormente⁸². Desse modo, assim como todos os outros argumentos de segunda ordem, a operacionalização do argumento de consistência somente ocorre na hipótese de ambiguidade de uma regra jurídica, diferentemente de casos em que as regras são claramente aplicáveis por dedução. Logo, a consistência ou não de uma decisão proposta é uma questão

⁸⁰ Idem, p. 155.

⁸¹ MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, 2006, p. 201-202, tradução modificada. No original, MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 155.

⁸² MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 195.

de interpretação de uma regra legalmente válida e estabelecida, que é pré-existente, porém, ambígua ou vaga⁸³. Pode-se dizer que mesmo em casos que envolvam disputa quanto a existência de uma regra jurídica específica para um caso novo, tendo por base a aplicação possível de precedentes convincentes para ambos lados do litígio, não há dúvida de que existe uma regra ou princípio anterior a ser interpretado ou ampliado por analogia.

Assim, pode haver dúvida quanto ao significado, não quanto à existência e validade de uma regra jurídica, pois a regra fundamental de reconhecimento impõe a obrigatoriedade da tese da validade aos que aderem ao sistema jurídico, apesar de que a elucidação e justificação de significado passa pelas razões morais de avaliação e aderência a tal sistema. A separação entre casos que exige essa avaliação moral na forma de argumento de segunda ordem, casos difíceis, e casos claros, solucionáveis por dedução, não é uma classificação rígida entre dois tipos de casos, pois não é possível traçar com precisão uma linha divisória entre os dois⁸⁴.

A ilustração de casos claro e difícil indica somente o grau de determinação de uma regra jurídica, ou que casos difíceis são poucos em comparação aos casos fáceis, pois a separação entre os dois polos se dá dentro de um espectro com diferentes graus de dificuldades. Isto porque em todos os casos há possibilidade de contestação entre as partes e razões ou conclusões dissidentes entre juízes. Segundo MacCormick, os casos solucionáveis por argumentação dedutiva contêm os seguintes pontos:

(...) (a) não se concebeu que pudesse ter surgido nenhuma dúvida quanto à interpretação da regra ou classificação dos fatos; (b) ninguém pensou em levantar ou defender um ponto que na realidade fosse passível de ser defendido por argumentação; ou (c) um argumento semelhante tenha sido tentado, mas negado pelo tribunal, por ser artificial ou forçado⁸⁵.

Por outro lado,

Existe um espectro que vai do obviamente simples ao altamente contestável e ao longo desse espectro nunca poderia avaliar com a mínima precisão em que ponto alguma dúvida quanto à “pertinência”, “interpretação” ou “classificação” poderia ser levantada de modo que abrisse caminho para a exploração de argumentos consequentialistas e argumentos de princípios ou de analogias⁸⁶.

⁸³ Idem, p. 196.

⁸⁴ Idem, p. 197.

⁸⁵ MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, 2006, p. 261, tradução modificada. No original, MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 199.

⁸⁶ MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, 2006, p. 259. Tradução modificada. No original, MACCORMICK, Neil. *Legal Reason and Legal Theory*, 1994, p. 198.

Quanto aos cânones de interpretação, no que se refere à interpretação de uma lei, o seu significado padrão e geral segue as regras da semântica convencional do uso corrente de linguagem, que é a regra de interpretação literal⁸⁷. Nesse sentido, a intenção do legislador é fundamental para a compreensão das palavras de uma lei promulgada por ele, como se fosse um contexto conversacional, sendo possível inferir os efeitos buscados por uma finalidade política e princípios⁸⁸.

Não obstante, esse sentido mais óbvio e restrito pode ser contestado em alguns casos, mas ainda dentro dos limites linguísticos, uma vez que os argumentos de consequência e princípios podem justificar um significado menos óbvio, que é a invocação da “regra de ouro” ou “regra defeituosa” (*mischief rule*). Isto significa que

Aludir à “regra de ouro” ou à “regra de reparação do problema (*mischief rule*)” em contexto desse tipo corresponde simplesmente a expressar, em termos de razões justificatórias padrão, a justificativa para afastar-se do significado mais óbvio – ou seja, para evitar interpretar a lei de forma que dê ênfase em algum “absurdo” (a regra de ouro), ou de uma forma que anule o real objetivo do legislador, a fim de reparar algum “efeito nocivo” ou defeituoso na lei⁸⁹.

Por fim, assim como os juízes devem seguir o mandamento de não contradizer regras válidas e vinculantes da legislação, também não devem contradizer regras derivadas de casos anteriores e que foram consolidadas na jurisprudência por instâncias superiores⁹⁰. A questão interpretativa na aplicação dos precedentes coloca a seguinte indagação: como derivar regras jurídicas de um caso decidido anteriormente?⁹¹

A grosso modo, as regras são derivadas explicitamente ou implicitamente dos fundamentos da decisão, apesar de não existir uma única *ratio decidendi*. Há casos claros de aplicação das regras, em que estas são explícitas, mas há outros em que ora distingue-se o caso anterior do atual para restringir a aplicação do precedente em razão de uma diferença relevante, ora assemelha-se o caso anterior com o atual para ampliar o precedente por analogia ou por um princípio geral em razão de uma semelhança relevante⁹².

Encerra-se aqui a parte expositiva da teoria do raciocínio jurídico, e espero que os principais conceitos, categorias e argumentos tenham sido esclarecidos. Nos próximos tópicos,

⁸⁷ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 207.

⁸⁸ Idem, p. 209.

⁸⁹ MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, 2006, p. 271, tradução modificada. No original, MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 209.

⁹⁰ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 214.

⁹¹ Idem, p. 214.

⁹² MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 215-216.

será analisada e, posteriormente, discutida a defesa elaborada por MacCormick para o positivismo jurídico, frente às críticas de Dworkin, na tentativa de sustentar o seu projeto positivista para o raciocínio jurídico.

6 . RESPOSTAS DE MACCORMICK ÀS OBJEÇÕES DE DWORKIN

Como visto, a justificação dedutiva e justificação de segunda ordem pressupõem algumas categorias do conceito de direito em Hart, quais sejam, tese da validade na forma da regra de reconhecimento, ponto de vista interno de aceitação da regra de reconhecimento e textura aberta da linguagem. MacCormick aceita que uma teoria do direito implica, necessariamente, uma teoria do raciocínio jurídico, e esta, por sua vez, exige uma teoria geral do direito. Considerando que a melhor teoria do direito é a de Hart, a teoria do raciocínio jurídico deve mantê-la por base⁹³.

Apesar da teoria pressuposta por MacCormick não ser uma simples reprodução do conceito de Hart, mas é fortemente influenciada e, de certa forma, declaradamente mantenedora do positivismo, o autor enfrenta os seguintes argumentos destrutivos formulados por Dworkin: (i) a teoria positivista de Hart é incapaz de explicar o papel dos princípios no processo judicial; (ii) os princípios não são identificáveis por meio de uma regra de reconhecimento que oferece um teste de *pedigree*; (iii) a teoria das regras sociais sobre a qual a regra de reconhecimento se baseia é infundada; e (iv) o positivismo descreve erroneamente a natureza e amplitude da discricionariedade⁹⁴.

Por outro lado, a parte construtiva (propositiva) da argumentação de Dworkin

(...) alega que as características básicas dos princípios jurídicos, como uma subclasse dos princípios políticos em geral, é que eles identificam os direitos de cidadãos como indivíduos e, portanto, são distintos de políticas que identifiquem “objetivos coletivos”. Em casos difíceis, bem como em casos claros, são os direitos dos cidadãos que estão sendo postos em vigor – e não é menos importante dos direitos dos cidadãos o direito a um julgamento que garanta outros direitos que se tenham. (...), os direitos devem “ser levados a sério” – não banalizados como o positivismo os banaliza ao insinuar que aquele que vai ser vitorioso num caso difícil é simplesmente o beneficiário de

⁹³ Idem, p. 229.

⁹⁴ Idem, p. 230. Eu mudei intencionalmente a original ordem tópica de apresentação das objeções descritas por MacCormick, para facilitar a organização das respostas.

uma discricionariedade “forte” exercida em seu favor por meio de legislação retroativa⁹⁵.

Podemos subdividir em dois tipos a contra argumentação de MacCormick às questões levantadas por Dworkin, conforme veremos abaixo.

6.1. Em defesa da regra de reconhecimento

As três primeiras objeções destrutivas condensam-se no desafio imposto à tese da validade sustentada pela regra de reconhecimento, em que esta ignoraria os princípios na decisão judicial, pois os princípios não são identificáveis por uma regra do tipo e ela própria não existe nos termos em que é definida socialmente. MacCormick entende que o conceito do direito em Hart realmente não inclui os princípios no sistema jurídico, o que revela uma falha porque os princípios desempenham uma função importante na racionalidade jurídica⁹⁶. Conforme o que foi apresentado no tópico anterior, argumentos de segunda ordem recorrem a princípios e analogias para fundamentar a escolha de uma decisão em certo sentido, ou seja,

A decisão quanto a interpretar uma lei de modo restrito ou amplo, a decisão de explicar e discriminar ou de seguir a extensão da regra de um caso da jurisprudência, é, como questão de observação, pelo menos em parte baseados em argumentos de princípios jurídicos, de modo tal que não se pode dizer se o caso é fácil ou difícil enquanto não tivermos refletidos sobre os princípios, bem como sobre as regras ou regras aplicáveis à primeira vista⁹⁷.

Contudo, a presença dos princípios na prática judicial não implica automaticamente o endosso da tese construtiva de Dworkin mencionada anteriormente, denominada tese dos direitos (*Rights Thesis*), segundo a qual os princípios informam direitos individuais. Como pode-se observar no trecho acima, a identificação de direitos ou a solução de um caso difícil não é uma questão exclusiva de princípios, mas de regras e princípios.

Princípios são normatividades relativamente gerais e concebidas como forma de racionalização de regras jurídicas, e estas são identificadas conforme o critério de validade da

⁹⁵ MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, 2006, p. 301, tradução modificada. No original, MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 230.

⁹⁶ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 231.

⁹⁷ MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, 2006, p. 302, tradução modificada. No original, MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 231. A separação entre casos claros e difíceis não é simplesmente uma questão de níveis de clareza de linguagem, mas também a apreciação de princípios estabelece a complexidade do caso, em que a linguagem da regra jurídica estipula somente os limites aceitáveis de interpretação, podendo ter sentido restrito ou amplo, mas este último exige argumentação de princípios. Apesar disso, podemos afirmar a teoria semântica de Hart foi mantida, sendo apenas temperada com princípios.

regra de reconhecimento, pois se não existisse tal critério de validade das regras instituídas, não faria sentido examinar, conhecer e justificar racionalmente as regras de um direito pré-existente⁹⁸, restando apenas uma pura arbitrariedade e caos. Desse modo, a relação entre regra de reconhecimento e princípios jurídicos é indireta, visto que

As regras que são regras do direito são em virtude do seu pedigree; os princípios que são princípios do direito são pela sua função em relação aquelas regras, isto é, a função conferida por aqueles que aderem a eles e utiliza-os como racionalização de regras.⁹⁹

Dizer que o direito incorpora valores significa, para a pessoa que faz essa afirmação, que o direito assegura um estado de coisas considerado desejado, justo e bom, sem a necessidade de fazer uma articulação explícita disso de modo geral, sendo muito improvável que todos esforçam-se para isso e é uma tarefa muito difícil e complexa¹⁰⁰. A identificação de um valor de fundo a uma determinada regra jurídica, ou a uma determinada relação jurídica, pode variar de pessoa para pessoa, e, por isso, os princípios não são determináveis por uma regra de reconhecimento, mas são sinalizados indiretamente pelas regras jurídicas, pois “(...) pode haver mais de um conjunto de generalizações normativas que podem ser apresentadas como racionalização das regras pertencentes ao mesmo sistema e que se referem ao mesmo assunto (...)”¹⁰¹

Portanto, embora não exista teste de *pedigree* para os princípios, mas somente para as regras, a relevância dos princípios não torna inútil a tese da validade. Pelo contrário, os princípios apenas têm importância pela função que desempenham dentro do direito válido, não podendo ser, assim, incompatíveis com as regras jurídicas instituídas pelo critério de validade. Essa relação gera um movimento circular entre regras e princípios, pois os princípios jurídicos são assim qualificados somente pela sua relação indireta com as regras instituídas pela regra de reconhecimento, mas todas as regras jurídicas válidas apenas são completamente inteligíveis à luz dos princípios.

O autor afirma que essa circularidade não é um vício argumentativo, pois a relação indireta dos princípios com as regras representa o direito em ação dialética constante entre o que aconteceu e o que é considerado resolvido juridicamente, dentro de um processo dinâmico e contínuo de tentar resolver novos problemas satisfatoriamente e velhos problemas de modo

⁹⁸ , MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 232-233.

⁹⁹ Idem, p. 233, tradução nossa.

¹⁰⁰ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 234.

¹⁰¹ Idem, p. 235, tradução nossa.

que pareça mais satisfatório agora¹⁰². Para Kelsen, esse movimento caracteriza-se pelas formas estáticas e dinâmicas do direito, ou para Rawls, o adequado entendimento do direito tem como objetivo alcançar o equilíbrio reflexivo dos princípios e valores motivadores de todas as regras jurídicas, mas até chegar lá, as regras podem mudar, o que exige uma readaptação a novos dados no esforço de atingir o equilíbrio reflexivo¹⁰³.

Esse movimento histórico do direito é ilustrado pela imagem de marcas deixadas no chão por uma esteira de um trator “lagarta” numa trajetória incessante, com lacunas a serem preenchidas, o que nas palavras do autor,

É como se fôssemos comparar o direito com as marcas deixadas por um trator esteira – uma esteira sem fim que está continuamente se movimentando no tempo. Sem fim, mas não desprovida de lacunas; sendo as lacunas preenchidas por extrapolação a partir do que já se encontra ali. Se o fenômeno que descrevemos é circular, uma explicação circular do fenômeno não é viciosa, mas exigida pela veracidade¹⁰⁴.

Por fim, frente à última dificuldade ligada à regra de reconhecimento, a existência social desta regra possui, como elemento essencial, uma série de razões morais de uma sociedade bem ordenada que consubstanciam a aceitação compartilhada de um critério de validade das regras jurídicas. Ou seja, os valores e princípios imaginados como pertencentes ao sistema jurídico constituem o ponto de vista interno de sustentação compromissada da regra, não sendo, pois, uma existência puramente factual¹⁰⁵. A regra de reconhecimento inspira a atitude cognitiva de aceita-la ou não e de disposição de cumpri-la na forma de um dever, que conforme o autor,

(...) “o que deve ser essencial ao ‘aspecto interno’ da regra de reconhecimento é algum compromisso consciente de exercer os valores políticos considerados inerentes à ordem constituída da sociedade em questão”. Alguma atitude semelhante parece estar necessariamente envolvida na genuína aceitação de uma obrigação de aplicar leis válidas promulgadas, precedentes incontestáveis ou quaisquer outras regras que sejam deriváveis das fontes do direito especificadas pela regra de reconhecimento¹⁰⁶.

Sendo assim, a regra de reconhecimento é a fonte de autoridade do sistema jurídico, que encarada do ponto de vista interno, segundo MacComick, há dois componentes, cognitivo e

¹⁰² MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994 p. 245.

¹⁰³ Idem, p. 245.

¹⁰⁴ MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, 2006, p. 320 e 321, tradução modificada. No original, MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 246.

¹⁰⁵ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 240-241.

¹⁰⁶ MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, 2006, p. 314, tradução modificada, aspas do autor. No original, MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 240-241.

volitivo. E mesmo que haja várias razões de sustentação de fundo na aderência da regra de reconhecimento, há um alto grau de convergência entre juízes e outras autoridades oficiais acerca do critério de validade do direito operacionalizado judicialmente, sendo uma regra social em função do seu caráter vinculante generalizado socialmente¹⁰⁷. Dessa maneira,

(...) não bastaria que os juízes simplesmente convergissem por acaso na aplicação de critérios de validade que cada um considere como uma questão meramente pessoal resolvida por ele mesmo para ele mesmo. Do ponto de vista de cada juiz, o que é aceito como critério de validade deve ser concebido por ele como uma regra social, não como um *standard* pessoal; concebido, quer dizer, como algo que estabelece o que está certo para *qualquer cidadão*, aí incluídos ele mesmo e outros juízes, para cumprir como direito válido¹⁰⁸.

6.2. Em defesa de uma discricionariedade positivista

Resta apresentar, derradeiramente, como o autor responde à última objeção de Dworkin. O último argumento destrutivo concernente à discricionariedade conecta-se com o argumento construtivo denominado tese dos direitos, sendo descrito da seguinte forma:

(...) os juízes não dispõem de nenhuma discricionariedade “forte” nos casos difíceis porque, mesmo nesses casos, eles são obrigados a descobrir e fazer valer direitos existentes que são propriamente jurídicos, não os inventar em termos retroativos para um cidadão de sorte em prejuízo de seu oponente sem sorte. Isso realmente exige o exercício de uma discricionariedade “fraca”, ‘a discricionariedade que envolve julgamento’ sobre o peso certo a ser atribuído aos diversos *standards* jurídicos relacionados à decisão. Trata-se de uma questão altamente controversa, e pessoas razoáveis costumam divergir em termos radicais quanto à resposta correta. Mas o próprio fato de haver uma genuína discordância demonstra que exige em princípio uma resposta correta, muito embora na prática possamos nunca ter a certeza dela ou saber quem a detêm¹⁰⁹.

O argumento acima pode ser dividido em três partes, quais sejam, o positivismo admite, erroneamente, a discricionariedade forte no sentido de criar direitos do “nada” (sem base jurídica) e aplica-los retroativamente, a real discricionariedade é fraca porque os juízes devem

¹⁰⁷ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 241.

¹⁰⁸ MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, 2006, p. 314-315, tradução modificada. No original, MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 241.

¹⁰⁹ MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, 2006, p. 321, tradução modificada, aspas do autor. No original, MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 246.

efetivar direitos existentes *a priori* e o desacordo genuíno em torno da questão de determinar quais são esses direitos é um indicativo da possibilidade de resposta correta.

Primeiramente, MacCormick explora a ideia de desacordo, para, então, estabelecer adequadamente, na sua visão, o tipo de desacordo existente no raciocínio jurídico. Feito isto, o autor define o tipo de discricionariedade no direito e, por conseguinte, refuta a tese da única resposta jurídica correta, fechando, assim, o enfrentamento das críticas feitas por Dworkin.

Por exemplo, se duas pessoas divergem sobre a exata distância entre duas cidades, é necessário aplicar um critério comum de mensuração como forma de chegar a uma resposta correta e, então, solucionar o impasse, pois critérios diferentes geram resultados diferentes¹¹⁰. Contudo, este tipo de desacordo é somente especulativo, sem importância prática, sendo que um desacordo genuíno inclui não apenas um conflito entre opiniões especulativas, mas também abrange, principalmente, um conflito entre projetos distintos para a ação prática¹¹¹.

O autor exemplifica o desacordo prático com um caso imaginário em que o Sr. e Sra. X possuem uma determinada quantia para comprar uma pintura, havendo quatro pinturas, A, B, C e D, com um preço que podem pagar, mas apenas podem levar uma delas, devido ao dinheiro disponível do casal¹¹². Ambos concordam que o padrão estético representativo é o ideal, ao invés do abstrato, mas discordam quanto ao estilo, pois o Sr. X prefere pinturas impressionistas, enquanto a Sra. X aprecia mais o estilo pré-Rafaelitas. Consequentemente, a ordem de preferência dos dois acaba sendo destoante, e, no final, o Sr. X elege a pintura B como a melhor opção e, contrariamente, a Sra. X escolhe a pintura C. Com efeito, neste caso, o problema prático existente é qual das obras deve ser comprada, ou seja, trata-se, antes de tudo, de uma dúvida acerca do que fazer¹¹³.

Surge, então, um desacordo prático genuíno com duas repostas de ação excludentes, que é comprar ou a pintura B ou a pintura C, mas o desacordo não é resultante de uma irracionalidade, nem porque há uma única resposta correta que alguém não consegue alcançar, teoricamente¹¹⁴. O desacordo prático surge porque a situação exige, inevitavelmente, uma decisão que deve ser tomada em um certo sentido ou outro, a favor de um lado ou outro, e todos

¹¹⁰ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 246-247.

¹¹¹ Idem, p. 247.

¹¹² Idem, p. 247.

¹¹³ Idem, p. 248.

¹¹⁴ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 248.

devem viver com o resultado da decisão, não sendo possível abandonar a questão e esquecê-la, simplesmente¹¹⁵.

Deve-se distinguir, portanto, a situação culminante de divergência prática do assunto especulativo envolvido nela. Igualmente, o desacordo no direito é genuinamente prático, à maneira do conflito existente entre duas pessoas na aquisição de uma pintura específica, sem a possibilidade de satisfação concreta de ambas pretensões concomitantemente¹¹⁶. Assim, a analogia entre o exemplo imaginário da escolha de uma das obras de arte e o direito não é a semelhança entre a questão especulativa de *standards* estéticos e *standards* jurídicos, mas tão somente a ilustração da divergência sobre o que fazer, uma vez que a situação prática conflitante é diferente do conteúdo teórico envolvido, em que o dilema prático não surge de uma questão especulativa¹¹⁷.

Uma outra diferença importante é que o Sr. X e a Sra. X podem até optar por não comprar nenhuma das pinturas e gastar o dinheiro com outra coisa, deixando a questão das pinturas de lado, em aberto, o que é de certa forma uma decisão. Porém, nos tribunais, mesmo em casos difíceis, superada todas as fases da argumentação de segunda ordem, e a divergência entre juízes persistir, esta deve ser resolvida por votos em quantidade ímpar para evitar empate, pois os tribunais possuem o dever de dirimir a questão e pôr fim ao caso (vedação do *Non liquet*)¹¹⁸.

Contrariamente, para Dworkin, a disputa prática, como a descrita acima, é somente parte da divergência jurídica, pois a divergência prática no direito é resultado da divergência especulativa (teórica), a exemplo de dois economistas que divergem sobre o entendimento das causas da inflação, em que ambos acreditam, a princípio, na existência de uma resposta correta¹¹⁹. Em razão de um dos economistas ser monetarista e outro ser antimonetarista, os dois possuem uma análise teórica própria com uma sustentação de implementação de uma política monetária que, em comparação, são concretamente opostas.

Dessa forma, o argumento de Dworkin sobre a discricionariedade é o seguinte:

Se os juízes têm discricionariedade forte, então a única possibilidade de desacordos em casos difíceis são desacordos práticos, porém, afirmar que eles têm discricionariedade fraca implica que os desacordos nesses casos são

¹¹⁵ Idem, p. 248.

¹¹⁶ Idem, p. 248.

¹¹⁷ Idem, p. 248.

¹¹⁸ Idem, p. 148-149.

¹¹⁹ Idem, p. 249.

sempre, em primeira instância, desacordos especulativos, nos quais os desacordos práticos são consequências¹²⁰.

MacCormick concorda com a ideia de que os juízes possuem uma discricionariedade limitada em casos difíceis, mas na forma dos argumentos de segunda ordem, tendo por base o princípio da justiça formal, em que as consequências práticas são avaliadas por uma série de critérios dos argumentos consequencialistas e, também, em sua coerência e consistência com o direito pré-existente. Não obstante a Dworkin, dizer que os juízes possuem discricionariedade forte em casos difíceis significa que “(...) eles podem apenas de uma forma quase legislativa escolher a decisão que lhes parece melhor com base nos motivos que considerem adequados a essas escolhas”¹²¹.

Nos casos difíceis, a decisão judicial é quase legislativa porque não existe uma regra jurídica anterior claramente aplicável aos fatos, isto é, quando surgem problemas de interpretação, classificação e relevância. Com efeito, a decisão inova ao fazer uma escolha, mas esta é limitada pela necessária deliberação justificada argumentativamente, conforme os deveres institucionais dos juízes e aos parâmetros dos argumentos de segunda ordem, diferentemente da atividade legislativa.

Portanto, reconhecer que a discricionariedade dos juízes é limitada não significa endossar a ideia de discricionariedade no sentido fraco com suas implicações, como Dworkin pretende, pois

Os requisitos e a teoria de sustentação nos dizem por quais modalidades de argumentação há de se justificar uma decisão; eles não determinam qual decisão está *completamente* justificada. Dentro deles, podem surgir muitas questões de divergência especulativa que em princípio devem ser resolvidas, mas existe uma área inesgotavelmente residual de pura divergência prática¹²².

O argumento acima sustenta que a ideia de correção, em um caso difícil, na divergência especulativa entre dois juízes sobre a melhor interpretação de um determinado direito, ou relação jurídica, é fruto de um exercício inesgotável, ao longo do tempo, de avaliar as suas consequências práticas conforme concepções de justiça, senso comum, política pública e conveniência, em uma situação de necessidade de fazer uma escolha. Mas essa correção

¹²⁰ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 249, tradução nossa.

¹²¹ MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, 2006, p. 325, aspas do autor. No original, MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 249.

¹²² MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, 2006, p. 328. No original, MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1978, p. 251.

especulativa é uma questão que envolve a revisão das nossas próprias atitudes e preferências a longo prazo, não uma demonstração de um erro teórico¹²³.

Além disso, pode ser que duas linhas argumentativas opostas se sustentem dentro da satisfação dos critérios de segunda ordem, o que exige somente uma solução prática por maioria dos votos do órgão judicial colegiado, não uma teoria especulativa correta. A correção pressupõe critério de correção, mas tal critério deve ser elaborado dentro de um contexto teórico relevante¹²⁴.

Diante de um desacordo especulativo entre duas teorias rivais, a única possibilidade de correção teórica seria construir uma terceira teoria como um ponto arquimediano para distingui-las. Mas esta terceira teoria poderia ser desafiada, o que exigiria uma quarta, e, novamente, esta quarta poderia ser desafiada, e assim por diante, infinitamente. Então, sempre que há correção de uma teoria como um todo, também existe a pressuposição de mais uma teoria. Logo, segue-se a conclusão abaixo:

Dworkin postula um Hércules que pode estruturar uma teoria “melhor possível” para determinado sistema jurídico. Hércules, porém, pode estruturar essa teoria somente na extremidade mais remota de uma infinita regressão de teorias. Dworkin colocou Hércules nas cavalariças de Augias nas quais é impossível faltar estrume por ser o fornecimento infinito¹²⁵.

Em suma, o argumento de MacCormick contra a resposta única correta está ligado à limitação do seu conceito de razão prática, que se situa, assumidamente, em uma posição intermediária entre o irracionalismo e ultrrrracionalismo na argumentação moral.

7. DIREITO E MORAL

7.1. Críticas internas

Há, sem dúvida, um vasto número de temas que foram apresentados e que podem ser objeto de discussões relevantes, e embora seja impraticável analisar todos separadamente neste trabalho, é possível analisar a obra como um todo pela ótica da moral. Desse modo, centrarei

¹²³ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 255.

¹²⁴ *Idem*, p. 255.

¹²⁵ MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, 2006, p. 332, aspas do autor. No original, MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 225.

na maneira pela qual MacComick introduziu a moral na sua teoria do direito para desenvolver uma teoria do raciocínio jurídico, dentro da sua pretensão positivista. Esse tema é fundamental porque essa ampliação comprometeu internamente a estrutura da sua teoria no sentido de inviabilizar a compatibilidade com os limites do positivismo de Hart, o que na verdade já sinalizava uma ruptura com o positivismo no seu pensamento.

Dos argumentos apresentados para enfrentar as três primeiras objeções de Dworkin, elencadas inicialmente sobre a regra de reconhecimento, no tópico anterior, pode-se concluir que MacCormick amplia o positivismo de Hart ao reformular a categoria do ponto de vista interno e, por conseguinte, a ideia de regra social, para, então, incluir os princípios no conceito do direito e, assim, explicar o papel dos princípios no raciocínio jurídico, sobretudo na argumentação de coerência. Nesse sentido, o direito não é somente a união de regras primárias e secundárias, sistematizadas e unificadas pelo critério de validade da regra de reconhecimento, mas também, de modo complementar, na visão do autor, os valores e princípios subjacentes das regras jurídicas válidas e que estão indiretamente relacionados com elas.

A explicação dessa ampliação reside na convergência de MacCormick com Dworkin no entendimento acerca da conexão necessária entre teoria do direito e raciocínio jurídico e da relevância prática dos princípios jurídicos, os quais não são identificáveis por critério de validade, e, por isso, o positivismo de Hart é incapaz de explicar a existência dos princípios jurídicos. Essa convergência pode ser caracterizada pela aceitação da tese da relação necessária entre direito e moral, do ponto de vista interno, prático e particular exigido no processo de justificação de decisões judiciais em casos difíceis, sendo que tal tese e abordagem são radicalmente contrários ao positivismo.

Juan Biazevic considera que as seguintes teses sustentadas por MacComick, na dita fase positivista, podem ser vistas como violadoras do positivismo de Hart, não complementar a ele, as quais já foram mencionadas ao longo deste trabalho:

- (a) Não é possível compreender por completo um sistema jurídico sem referência pelo ponto de vista interno, os valores e princípios que informam a prática; (b) a normatividade da regra secundária de reconhecimento depende da sua aceitação, pelo ponto de vista interno, a partir de padrões morais; (c) a determinação da regra de reconhecimento, quando ela é desafiada internamente, passa pela interpretação do conteúdo pela autoridade competente, interpretação que é feita levando em consideração juízos valorativos; e (d) o requisito da coerência determina o conteúdo das regras jurídicas, limitando ou ampliando a zona de penumbra

das palavras empregadas nas regras a partir de padrões valorativos¹²⁶.

Todas as ideias contidas no trecho acima, segundo Biazevic, são incongruentes com o positivismo, porque elas conflitam com a tese central que sustenta todo o empreendimento positivista. A saber, a separação do direito e moral, em “que o conteúdo do direito é determinado por exclusiva referência formal à regra secundária de reconhecimento, sem que o conteúdo do direito dependa da referência a outros padrões, notadamente os padrões morais”¹²⁷.

MacCormick acredita que a saída desse impasse é metodológica. O autor entende que não há contradição em afirmar que a descrição geral sobre o que é um sistema jurídico, segundo a versão positivista da tese da validade, pode, ao mesmo tempo, explicar adequadamente a justificação de uma decisão particular que deve ser tomada em um certo sentido, conforme uma teoria do raciocínio igualmente formal e descritiva. Pois não há um engajamento aos valores do sistema em questão por parte do teórico.

O teórico social positivista restringe-se apenas a relatar o que seria uma decisão justificada, do ponto de vista interno daqueles que atuam dentro do sistema, sem justificar por si mesmo o que foi decidido¹²⁸. No que diz respeito à relação entre direito e moral, isto não significa afirmar que o direito seja substancialmente isento de juízo de valores da moralidade política, mas que a própria teoria positivista é isenta da moral, haja vista que ela mesma não é e nem propõe uma teoria de justificação do direito em termos morais, ou de justiça¹²⁹. Assim sendo, o *Apartheid* seria direito, segundo o positivismo, ainda que fosse um direito iníquo¹³⁰.

MacCormick entende que conceber o direito como um fenômeno moral não é ser antipositivista, pois o coração do positivismo é a sua metodologia descritiva e geral de um sistema jurídico existente, sem aprovar ou desaprovar os valores que permeiam tal sistema. Ou seja, o positivismo de MacCormick não é defende que o direito está separado da moral, mas que os juízos morais do teórico não interferem na descrição do direito, ainda que a descrição inclua valores, e nem impossibilita, mas possibilita, a subsequente valoração moral, tendo em vista que uma teoria descritiva do direito é diferente de uma teoria moral particular e engajada,

¹²⁶ BIAZEVIC, Juan. *O Raciocínio Jurídico de Neil MacCormick: um estudo compartilhado entre legal reasoning and legal theory e rhetoric and the rule of law*. São Paulo: Juan Paulo Haye Biazevic, 2017, p. 203.

¹²⁷ Idem, p. 203.

¹²⁸ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 62.

¹³⁰ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p.153.

pois são dois programas teóricos distintos¹³¹. Essa distinção metodológica é sustentada conforme a argumentação abaixo:

Não tenho como captar plenamente nenhum sistema jurídico particular em termos de seus princípios, bem como suas regras, a menos que eu mesmo “entre nele” até o ponto de compreender a concepção ou concepções de justiça e bem nas quais ele se inspira. Com isso não estou impossibilitado de rejeitar as concepções dominantes de justiça e do bem como corrupções mais do que manifestações de justiça e do bem entre seres humanos – o que envolve julgamento normativo por referência à minha concepção de justiça e do bem.

Logo, embora eu afirme, com a mesma veemência de Dworkin, que devemos levar em total consideração princípios e outros standards do direito, assim como regras jurídicas, se quisermos ter uma teoria adequada do direito ou do raciocínio jurídico, isso não exige o abandono do positivismo jurídico caracterizado minimamente pela insistência na autêntica distinção entre a descrição de um sistema jurídico em si e a avaliação normativa do direito que é descrito desse modo¹³².

Desse modo, o autor acredita que a inclusão teórica dos princípios no sistema jurídico, pela perspectiva positivista da teoria do direito, e, por conseguinte, na argumentação jurídica não comprometeria o projeto epistemológico do positivismo e nem refuta indubitavelmente a tese da validade construída por tal metodologia. Do ponto de vista interno, pode haver, residualmente, interseções relevantes nos tribunais entre os dois tipos de teorias, jurídica e moral (razão subjacente de aceitação do direito), mas o positivismo não propõe, ele mesmo, uma teoria moral de influência interna de aceitação do sistema jurídico. Não há, pois, engajamento interno, mas apenas identificação dos critérios normativos e legitimadores que estruturam internamente a argumentação, a exemplo da justiça formal, que pode ser entendido como princípio, e argumentos de segunda ordem. Assim, um princípio é identificado e descrito pela sua função e amplitude interna de racionalização das regras jurídicas, não apenas pelo valor que tenha para o teórico.

Recapitulando, a justificação judicial em MacComick está dividida em duas ordens. Na primeira, nos casos semânticos claros, a justificação dedutiva é suficiente para sustentar uma decisão, com os seus “adormecidos” pressupostos da obrigatoriedade da regra jurídica validada pela regra de reconhecimento e o dever judicial de aplicá-la se for o caso. Na segunda, nos casos de textura aberta de indeterminação do conteúdo jurídico, é empregada uma série de argumento de segunda ordem. E é somente neste caso que os juízos de valor ganham relevância jurídica,

¹³² MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, 2006, p. 312, tradução modificada. No original, MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 239.

do ponto de vista interno dos atuantes da prática judicial, uma vez que as razões morais de aceitação da regra de reconhecimento desempenham um papel interno de inteligibilidade das regras em geral e na vontade de segui-las. Ou seja, a regra de reconhecimento é composta por dois elementos, cognitivo e volitivo, não sendo apenas um fato social bruto, ou uma convenção em absoluto.

A construção desse modelo normativo de segunda ordem segue o modelo metodológico análogo ao de Popper para as ciências naturais, em que as duas hipóteses concorrentes são testadas conforme um conjunto de critérios que faça sentido no mundo e no interior de um arcabouço teórico de conhecimento¹³³. No direito, as duas hipóteses rivais são testadas dentro de um conjunto de conhecimento informado pelas regras jurídicas válidas e princípios jurídicos, em que o argumento consequencialista diz respeito ao que faz sentido no mundo e os argumentos de coerência e consistência constituem o que faz sentido no seio do contexto jurídico¹³⁴.

Os critérios normativos da justificação de segunda ordem não são prescritos por MacComick, mas por aqueles que atuam internamente na prática judicial; os juízes, por excelência, na elaboração das suas decisões. É a repetição padronizada de casos que é o principal sustentáculo da sua teoria normativa acerca do raciocínio jurídico, não o próprio juízo moral interno acerca da justiça e do bem que o direito deve promover. Basicamente, podemos dizer que MacComick tenta defender a distinção entre teoria geral externa sobre o que é o direito e teoria política sobre o que deve ser o direito, por mais que, paradoxalmente, a sua teoria pretensamente neutra de valor inclua o ponto de vista interno que emprega critérios morais de justificação do direito na solução judicial de casos particulares.

Contrariamente à pretensão de manutenção do positivismo exposta acima, Biazvic entende que a relativa normatividade moral da regra de reconhecimento, na teoria do direito de MacCormick, configura o ponto crucial de incompatibilidade com o positivismo jurídico, o que revela, conseqüentemente, que a teoria como um todo deixou de ser positivista. Eis a íntegra do seu argumento:

Ora, a partir do momento que a normatividade de todo o sistema jurídico depende não apenas de uma convenção (o padrão de aceitar e seguir a regra de reconhecimento), mas também (a) de seus valores de sustentação e (b) da interpretação que se faz dos limites dessas convenções a partir dos próprios

¹³³ MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994, p. 101-103.

¹³⁴ *Idem*, p. 106.

valores de sustentação, o modelo deixa de ser positivista. Não há como sustentar simultaneamente essas proposições e a tese da separação entre direito e moral. Essa incompatibilidade lógica deve ser creditada às próprias limitações do modelo positivista. Quando pensamos o direito a partir do plano da interpretação e aplicação das regras a casos concretos, o modelo positivista se revela um modelo sem ajuste à forma pela qual a prática jurídica opera. Embora o rompimento consciente do autor com o positivismo ocorra mais tarde, a aceitação desses argumentos são o ponto de partida para ruptura¹³⁵.

Conforme o trecho acima, podemos dizer que o positivismo proclama, fundamentalmente, que o direito é exclusivamente aquilo que o critério convencional de validade informa, independentemente da moral ou justiça do sistema jurídico, e que a juridicidade de uma regra é garantida apenas pela validação formal conferida pela regra de reconhecimento. Assim, qualquer outro padrão, ou conteúdo normativo, que não esteja de acordo com a regra de reconhecimento não é direito. De modo oposto, MacCormick aceita que o direito não é exclusivamente identificado e determinado pelo critério de validade, que este não é apenas um fato social, mas um resultado de uma valoração interna, pois os princípios e valores estão indiretamente relacionados com as regras jurídicas. A determinação das regras jurídicas, ou de todo o sistema, passa por um juízo de valor, à luz dos princípios que não são passíveis de validação pela regra de reconhecimento.

Para um positivista, um princípio só seria jurídico se estivesse de acordo com o critério de validade, nada mais, pois qualquer crítica à regra de reconhecimento é uma crítica externa ao direito. Para MacComick, esta crítica é interna, tendo em vista que qualquer princípio pode ser jurídico independentemente do critério de validade, bastando apenas que ele auxilie na racionalização geral e na justificação de uma regra jurídica, o que pode variar de uma pessoa para outra, na avaliação da justiça e outros ideais que o sistema jurídico deve realizar.

Apoiando-se na interpretação conferida por Biazevic, conclui-se que a própria aceitação do desafio de construir uma teoria do raciocínio jurídico impõe a necessidade de abandonar o positivismo, haja vista que ele não se adequa à prática judicial, que é essencialmente valorativa e justificatória, pelo ponto de vista interno dos participantes. Essa limitação do positivismo é de fundamental importância para uma teoria do direito que tenta levar a sério a teoria da decisão judicial, e o empreendimento malsucedido de MacCormick revela que o positivismo é insustentável no principal *locus* de manifestação do direito, nas instituições públicas estatais e, sobretudo, nos tribunais de justiça.

¹³⁵ BIAZEVIC, Juan, Op. cit., p. 206-207.

7.2. Críticas externas: Interpretativismo de Dworkin

De certo modo, a constatação de desajuste do positivismo com a dimensão prática do direito é fenomenológica, que marcou a fase inaugural das investidas de Dworkin contra o positivismo jurídico de Hart. Após esta fase, Dworkin desenvolveu sua teoria do direito dentro de um esquema geral de uma teoria interpretativa. Para não terminar este trabalho com um vácuo teórico na prática judicial, apresentarei brevemente, como um *plus*, a ideia de uma teoria geral do direito definida nos termos de um conceito interpretativo, como a melhor proposta teórica que se ajusta e justifica a prática social do direito, conciliando teoria e prática. Para ser justo com MacCormick, adianto que este tópico não possui o objetivo de refutar o autor, pois, segundo Biazzevic, ele rompeu com o positivismo e desenvolveu uma teoria própria em teoria do direito e raciocínio jurídico, incorporando a ideia de Dworkin acerca do direito na forma de um conceito interpretativo, porém não com todas as implicações do respectivo conceito¹³⁶. Desse modo, o objetivo, neste tópico, é apresentar um tipo de abordagem mais adequada do direito, em contraste com algumas ideias apresentadas da obra *Legal Reasoning and Legal Theory*, mas sem mencionar e relacionar diretamente todas teses que podem ser conflitantes.

Se para Dworkin o direito é um conceito interpretativo, então teremos que compreender, inicialmente, o que seria interpretar, ou ter uma atitude interpretativa, e em que sentido o direito é interpretado. Uma postura interpretativa complexa envolve dois componentes: o pressuposto de que uma prática social tem um valor e o pressuposto de que as exigências dessa prática atendem a esse valor¹³⁷. O primeiro pressuposto não indica apenas que uma prática social existe, mas que ela tem alguma finalidade que pode ser defendida, independentemente das regras que constituem a prática. O segundo é o pressuposto de que os enunciados, que expressam o que uma tradição social exige, por exemplo, são suscetíveis à finalidade da prática, de modo que a extensão das regras se adequa a essa finalidade, ou seja, valor e conteúdo se confundem.

Essa interpretação da prática social é semelhante à interpretação artística no sentido de que ambas pretendem interpretar algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta delas, e não o que as pessoas dizem, como na interpretação conversacional, ou fatos não criados pelas pessoas, como no caso da interpretação científica¹³⁸. Assim, Dworkin define a interpretação da prática social e da obra de arte como uma interpretação criativa do tipo construtiva, em que os

¹³⁶ BIAZEVIC, Juan. Op. cit., p. 71.

¹³⁷ DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. 2º Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.57.

¹³⁸ Idem. p.61.

propósitos que estão em jogo são os do intérprete que participa das relações sociais da sua própria comunidade e impõe um propósito ao objeto ou prática, a fim de torna-lo o melhor exemplo possível¹³⁹ – é dessa forma que o direito é interpretado¹⁴⁰.

Segue-se que interpretar uma prática social é apenas uma forma ou ocasião de interpretação, que varia conforme os contextos que empregam diferentes critérios de valor¹⁴¹. Portanto, a interpretação do direito é contextual, no qual o intérprete deve participar da prática social se pretende compreendê-la, o que é diferente de compreender seus adeptos; por isso, dar sentido a essa prática é um empreendimento interpretativo interno a ela mesma. Sob esse ponto de vista, Dworkin fundamenta sua teoria interpretativa do direito e declara que qualquer jurista que pretende formular proposições jurídicas deve responder questões de sentido dentro dessa estrutura interpretativa, pois esse exercício é voltado a uma determinada cultura e a um momento histórico específico.

Em outras palavras, “a situação interpretativa não é um ponto externo de Arquimedes”¹⁴². É imprescindível, segundo Dworkin, para uma teoria completa do direito a necessidade de justificar a coerção, devendo conter duas partes principais: fundamentos em proposições jurídicas que devem ser aceitas como verdadeiras em circunstâncias específicas e a outra se refere à força que essas proposições jurídicas possuem de justificar a coerção¹⁴³.

Para Dworkin, a concepção metodológica adotada por Hart, podemos incluir MacCormick também, para desenvolver sua teoria descritiva, apoia-se num olhar de superioridade, de fora e de cima, sobre a sociedade que distingue os discursos de primeira ordem, não filosóficos, da sua plataforma de segunda ordem, na qual os conceitos de primeira ordem são definidos e as afirmações classificados em categorias¹⁴⁴. Podemos inferir que o ponto arquimediano que sustenta a teoria de Hart é o que ele denomina como ponto de vista externo próximo, e em MacComick é reformulado como ponto de vista hermenêutico¹⁴⁵. Dworkin ataca essa formulação de plataforma de segunda ordem, arquimediano, afirmando que as teorias

¹³⁹ Idem. p.63-64.

¹⁴⁰ Idem. p.112.

¹⁴¹ Idem. p. 65.

¹⁴² DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 75.

¹⁴³ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p.136.

¹⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 201.

¹⁴⁵ Biazevic, Juan. *Op. cit.*, p. 130.

filosóficas sobre opiniões morais só são inteligíveis enquanto juízos de valor gerais ou abstratas¹⁴⁶.

Portanto, as definições dos conceitos como o de direito, igualdade, liberdade, entre outros do tipo, são tão substantivas, normativas e engajadas quanto qualquer outra opinião contrária de um participante no debate dessas ideias¹⁴⁷. Segundo Winch:

As ideias não podem ser arrancas do seu contexto; a relação entre ideia e contexto é uma relação interna. Seu sentido provém do papel que desempenhe no sistema. Não faz sentido tomar vários sistemas de ideias, encontrar um em cada, um elemento que pode ser expresso na mesma forma verbal e, então, pretender haver descoberto uma ideia que é comum a todos os sistemas. Isto seria como observar que os sistemas de mecânica tanto de Aristóteles quanto de Galileu usam uma noção de força e concluir que fazem, portanto, o uso da mesma noção¹⁴⁸.

Assim, fazer observações sociológicas em termos de noções, como proposições e teoria, já é ter tomado a decisão de aplicar um conjunto de conceitos incompatível com o ponto de vista externo ou empírico. Recusar descrever o que é observado nos termos acima é retirar-lhes qualquer significação social¹⁴⁹.

Segundo Dworkin, o trabalho de um cientista social que se propõe interpretar os atos e pensamento dos participantes da prática não é um empreendimento de interpretar a prática em si. Mas se o teórico se dedicar à compreensão da própria prática, como uma entidade distinta dos participantes, deve abrir mão do individualismo metodológico e empregar os métodos utilizados por aqueles que estão submetidos a sua análise. Isto é, ele deve aderir à prática que se propõe compreender. Logo, suas conclusões não serão relatos neutros sobre o que pensam os membros da comunidade, mas afirmações que competem com eles, sobre o que realmente a prática exige, permite ou proíbe¹⁵⁰.

Ademais, a ideia geral de um sistema jurídico padrão como a união de regras primárias e secundárias – com características centrais que abarque várias formas de sistemas jurídicos em qualquer tempo e espaço – demonstra-se equivocada. Pois, segundo Dworkin, para saber em que sentido uma prática pode permanecer a mesma instituição ao longo de todas as transformações, e em comunidades distintas com normas muito diferentes, um observador não

¹⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 202.

¹⁴⁷ Idem, p. 203.

¹⁴⁸ WINCH, Peter. *A Ideia de uma Ciência Social*. Companhia Editora Nacional: São Paulo, 1970, p. 103.

¹⁴⁹ Idem, p.105.

¹⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.77- 78.

recorrerá a nenhum traço característico comum a todos os casos ou exemplos dessa instituição. “Pois, por hipótese, não existe tal atributo: em uma etapa, a cortesia é vista como uma questão de respeito; em outra, como algo muito diferente”¹⁵¹. É somente um fato histórico que a instituição, no presente, descenda, através de adaptações interpretativas, de instituições mais antigas, e que as instituições estrangeiras também descendam de exemplos anteriores semelhantes¹⁵².

Para evitar mais delongas, não farei uma longa discussão relacionando diretamente todos os pontos deste tópico que podem ser conflitantes com a teoria de MacCormick, nem adentrarei nas consequências teóricas do interpretivismo de Dworkin para a questão da objetividade do direito e discricionariedade. Apenas apontarei, nas conclusões, algumas implicações que contrastam com a teoria de MacCormick, uma vez concebido o direito como um conceito de valor.

8. CONCLUSÕES

Ao longo do percurso deste trabalho, foi apresentado, detidamente, a maneira pela qual MacCormick tentou desenvolver uma teoria do raciocínio jurídico capaz de explicar o processo de justificação das decisões judiciais, supostamente dentro dos moldes positivista de Hart, na obra *Legal Reasoning and Legal Theory*. Vimos que a noção de raciocínio jurídico está apoiada e limitada no conceito de razão prática e teoria geral do direito. A unidade da razão prática é o raciocínio moral que faz parte da dinâmica social no convívio interpessoal, e o que confere a juridicidade ao raciocínio moral no contexto jurídico é o sistema de regras válidas e seus valores subjacentes. A teoria geral do direito pressuposta no raciocínio jurídico é a versão positivista de Hart ampliada e denominada de tese da validade.

A tese da validade e o dever dos juízes correlato constituem o pressuposto subtendido na justificação dedutiva considerada suficiente na solução de casos fáceis, quando um caso particular satisfaz claramente as condições de aplicação da regra. Ou seja, a aplicação de uma regra jurídica está claramente autorizada na hipótese em que um caso particular apresenta-se como um exemplo (instância) inquestionável, comprovadamente, do fato operativo da regra geral e abstrata, acarretando, assim, a dedução conclusiva do efeito jurídico prático conectado

¹⁵¹ Idem. p. 85.

¹⁵² Idem. p.85-86.

ao respectivo fato pertinente. Nestes casos claros, considerados centrais, a moral não desempenha um papel jurídico relevante.

Devido aos problemas endêmicos do direito, de interpretação, relevância e classificação, decorrentes da textura aberta da linguagem, a discussão moral emerge nos tribunais na forma jurídica de justificação de segunda ordem. Desse modo, a incorporação da ideia de textura aberta no direito subdivide a teoria da justificação judicial em duas ordens. Por consequência, os casos claros podem ser redirecionados ao modelo dedutivo de primeira ordem e os casos de penumbra são reconduzidos ao modelo de segunda ordem composto por três critérios argumentativos, a saber, consequência, coerência e consistência, devendo atender à exigência racional do princípio da justiça formal. Esses parâmetros normativos consubstanciam a escolha entre duas alternativas rivais, para, então, reestabelecer o padrão de justificação dedutiva.

Para enfrentar as objeções de Dworkin e defender que o positivismo de Hart é capaz de abarcar uma teoria do raciocínio jurídico, MacCormick fez extrapolações no conceito clássico de Hart que na verdade revelou a incompatibilidade de realizar ambas as pretensões teóricas simultaneamente. Por um lado, o objetivo analítico positivista é somente uma descrição criterial neutra e geral do direito e, por outro, a atividade judicial consiste no esforço de entendimento e justificação do direito em geral, com implicações na construção argumentativa internamente engajada e particular da melhor resposta jurídica concreta para um caso específico. Nota-se que não há um ajuste entre essas duas concepções teóricas. Assim, no âmbito prático, o direito como um todo apresenta-se como um conceito valorativo em disputa, pois não há distinção entre o que é o direito e o que ele deve ser. Ambos os aspectos, explicativos e normativos, estão intimamente mesclados. Dentro dessa dimensão, o correto, então, seria dizer que o direito é o que dever ele dever ser, não sendo simplesmente uma questão de descrição, sociológica ou histórica, *a priori* de conteúdo jurídico existente e isento de valor, ou a ser valorado *a posteriori*.

Ainda assim, MacCormick tenta resolver esse impasse incluindo, indiretamente, princípios morais que servem de razões de sustentação subjacente da regra de reconhecimento, pelo ponto de vista interno composto pelos elementos cognitivos e volitivos. Ao mesmo tempo, o autor afirma que a sua teoria continua positivista porque mantêm o programa metodológico positivista, com base na distinção entre o que o direito é e o que ele deve ser.

Todavia, essa distinção não se segue internamente à sua teoria, pois uma vez aceitando a dependência da determinação da regra de reconhecimento aos juízos morais dos intérpretes, o conteúdo jurídico não é mais exclusivamente determinado convencionalmente pela regra

fundamental de reconhecimento, a qual confere validade a todo o sistema jurídico sem referência de valor ao seu conteúdo, conforme Hart preconizava. Em suma, a concordância de MacComick com Dworkin acerca da abrangência do conceito do direito – focado principalmente na prática judicial e na importância de outros padrões jurídicos além das regras – fez com que houvesse extrapolações incapazes de sustentar, concomitantemente, o positivismo de Hart.

Conclui-se, por fim, que, aceitando o conceito de direito como um conceito interpretativo, segue-se algumas implicações em oposição à teoria de MacComick: (i) não faz sentido separar o raciocínio jurídico em duas ordens, pois há juízo de valor em todos os casos, em maior ou menor ênfase; (ii) a elaboração de uma teoria do direito que abrange uma teoria do raciocínio jurídico deve ser particular, interna e valorativa; (iii) o modelo de Popper é inexecutável para uma ciência social interpretativa de valor e significado, sendo paradoxal empregar tal modelo para compreender uma prática notadamente e reconhecidamente valorativa; (iv) a objetividade do direito não é fruto de uma teoria arquimediana externa e superior, ou metafísica, mas é uma teoria moral de valores interna à prática da divergência argumentativa; (v) os juízes não atuam, simplesmente, como aplicadores de regras válidas, que eventualmente são valoradas; (vi) os juízes valoram interpretativamente o direito como um todo em todos os casos; e (vii) a interpretação no direito não é simplesmente um problema de elucidação de significado linguístico, mas um aspecto caracterizador da prática do direito como um todo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIAZEVIC, Juan. *O Raciocínio Jurídico de Neil MacCormick: um estudo comparativo entre legal reasoning and legal theory e rhetoric and the rule of law*. São Paulo: Juan Paulo Haye Biazevic, 2017.

DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo, revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2º Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Justiça de Toga*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Fernando Santos; revisão técnica Alonso Reis freire. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *Levando os Direito a Sério*. Tradução e notas: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HART, Herbert.L.A. *O Conceito de Direito*. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz; Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara; Revisão de tradução de Marcelo Brandão Cipolla; Revisão técnica de Luiz Vergílio Dalla-Rosa. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MACEDO JR, Ronaldo Porto. “*O Método de Leitura Estrutural*” in *Cadernos Direito GV*, V. 4, N. 2, março, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Batista Machado. 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACCOMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. Tradução: Waldéa Barcelos; revisão da tradução Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Legal Reasoning and Legal Theory*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

WINCH, Peter. *A Ideia de uma Ciência Social*. Revisão geral do texto da edição brasileira: José Mário de Toledo. 2º ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1970.