

AS LIMITAÇÕES E POSSIBILIDADES DOS CRITÉRIOS AVALIATIVOS PROPOSTOS POR NEIL MACCORMICK PARA A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA¹

LIMITS AND POSSIBILITIES OF MACCORMICK'S EVALUATION CRITERIA IN THE ANALYSIS OF LEGAL REASONING

Gabriel Rubinger-Betti
Claudia Roesler

Resumo

Neil MacCormick concebeu, ao longo de sua obra, critérios que permitem avaliar a racionalidade de uma decisão judicial do ponto de vista argumentativo, tendo como pano de fundo o ideal político do Estado Democrático de Direito: consistência, coerência, consequencialismo e universalizabilidade. Atestamos, em trabalhos aplicados anteriores, que aplicação de tais critérios avaliativos na análise de casos concretos, embora proveitosa, revela certas limitações práticas. Este artigo, portanto, tem como objetivo explorar as possibilidades e limites de aplicação dos critérios avaliativos propostos por Neil MacCormick na análise de casos concretos.

Palavras-chave: Argumentação jurídica. Neil MacCormick. Racionalidade.

Abstract

Throughout his work, Neil MacCormick has developed some criteria to evaluate the rationality of the legal reasoning from the argumentative point of view, based on the political ideal of the Rule of Law. These criteria are consistency, coherence, consequentialism and universalizability. In earlier works, we have pointed out that the application of such evaluative criteria in the analysis of concrete cases, while useful, reveals certain practical limitations. This article, therefore, aims to explore the possibilities and limits to the application of the evaluation criteria proposed by Neil MacCormick in the analysis of concrete cases.

Key-words: Legal reasoning. Neil MacCormick. Rationality

1 INTRODUÇÃO

Ao longo de sua prolífica obra, resultado de uma carreira acadêmica e política brilhante, Neil MacCormick elaborou uma das mais arrojadas teorias da argumentação jurídica. O primeiro esforço do autor em consolidar uma teoria da argumentação jurídica se deu com a obra “Argumentação Jurídica e Teoria do Direito” (*Legal Reasoning and Legal Theory*), publicada pela primeira vez em 1978.

O objetivo principal de “Argumentação Jurídica e Teoria do Direito” é investigar a estrutura racional subjacente ao processo de aplicação de normas jurídicas, tendo como pressuposto uma visão da argumentação jurídica como uma ramificação da argumentação prática, que o autor define como o processo racional por meio do qual os seres humanos decidem as maneiras corretas de se comportarem em situações em que há possibilidade de escolha (MACCORMICK, 2006, p. IX).

Como o próprio autor reconhece no preâmbulo, escrito para uma reedição do livro em 1994, a obra foi pensada como uma espécie de acompanhante ao clássico “O Conceito de Direito” (*The Concept of Law*) de H. L. A. Hart, de quem MacCormick foi discípulo (MACCORMICK, 2006, p. XVII). Um dos livros mais célebres de MacCormick, inclusive, é uma biografia intelectual de Hart, em que o autor empreende uma análise global dos trabalhos de seu mestre, debatendo os temas mais importantes de sua obra (MACCORMICK, 2008c).

O positivismo jurídico de Hart e a tradição jusfilosófica inglesa e escocesa do *common law* serviram como pano de fundo teórico para a primeira fase da obra de MacCormick. No entanto, o autor não endossa todos os pontos de vista teóricos de Hart: ao invés disso, busca responder os questionamentos deixados em aberto na obra hartiana, principalmente os que alegam que a explicação hartiana da argumentação jurídica é insatisfatória. “Argumentação Jurídica e Teoria do Direito” é, nas palavras do autor, “uma teoria da argumentação jurídica que corroborava a jurisprudência hartiana” (MACCORMICK, 2006, p. XVII).

Ao longo dos anos, MacCormick reformulou algumas teses abordadas em seu primeiro livro, como resultado de seu constante engajamento no debate acadêmico. Como consolidação de suas visões acerca

da argumentação jurídica, MacCormick publicou, em 2005, “Retórica e o Estado de Direito” (*Rhetoric and the Rule of Law*), segundo livro de um quarteto sobre o tema “Direito, Estado e Razão Prática”², composto por uma série de adaptações de artigos e palestras sobre argumentação jurídica e o Estado de Direito.

“Retórica e o Estado de Direito” representa, mais do que a revisão de algumas teses de “Argumentação Jurídica e Teoria do Direito”, uma expressiva mudança da perspectiva teórica da obra de Neil MacCormick, que havia se iniciado com sua filiação ao pós-positivismo jurídico. O principal objetivo dessa obra é estabelecer uma teoria da argumentação jurídica que possa reconciliar o caráter argumentativo do direito e o ideal do Estado Democrático de Direito.

Uma das propostas mais inovadoras da obra de MacCormick é o estudo da argumentação nos “casos difíceis”. Quando o silogismo – ou, para ser mais preciso, a “moldura” silogística através da qual se desenvolve o raciocínio jurídico – se esgota, o autor afirma ser necessária uma espécie distinta de justificação. Enquanto autores anteriores afirmavam que uma decisão de um caso difícil é de ampla discricionariedade, MacCormick defende que há uma série de requisitos aos quais a decisão de um caso difícil deve obedecer para ser considerada adequadamente justificada.

Esses requisitos, resumidos por MacCormick em consistência, coerência, consequencialismo e universalizabilidade, representam limitações à discricionariedade jurisdicional e servem como critérios de avaliação da racionalidade argumentativa de decisões judiciais. Nesse contexto, o objetivo do presente estudo é examinar os limites e as possibilidades da aplicação desses critérios avaliativos na análise de casos concretos, principalmente à luz da cultura institucional brasileira. Sucessivos trabalhos de análise de decisões judiciais dos tribunais brasileiros, realizadas ao longo dos últimos anos utilizando tais critérios, permitem que se realize uma análise crítica e alguns importantes apontamentos sobre os limites da proposta de MacCormick.

Para realizar o percurso da análise, o presente artigo inicia por contextualizar rapidamente a obra do autor, apresentando em seguida a sua concepção de justificação de primeira e de segunda ordens, para adentrar, então, no exame de cada um dos critérios. Apresenta, por fim,

os limites que aparecem quando pensamos algumas das hipóteses para a sua aplicação.

2 ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Influenciado pela visão pós-positivista do direito, MacCormick desenvolveu uma “teoria institucional do direito”, que considera o direito uma complexa estrutura de normas e atividades institucionalizadas e o Estado Democrático de Direito um caso especial de “ordem normativa institucional” que requer a existência de instituições responsáveis pelas diversas funções públicas de maneira coordenada e equilibrada por intermédio da lei (MACCORMICK, 2007, p. 1; 34-36).

Entretanto, a aplicação da lei é capaz de levantar, incessantemente, problemas de interpretação, inclusive porque um dos direitos básicos do cidadão é o de ser defendido em juízo, interpretando a lei da maneira que lhe parecer mais favorável (MACCORMICK, 2008b, p. 46). A ideia de que o Direito é uma disciplina sujeita à argumentação persuasiva é o que MacCormick chama de “caráter argumentativo do direito” (MACCORMICK, 2008a, p. 21).

“Retórica e o Estado de Direito” começa a partir da contraposição dessas duas ideias, que MacCormick chama de “lugares-comuns” ou “pontos de partida”: a) o Estado Democrático de Direito, em que regras predeterminadas conduzem e restringem o exercício do poder e regulam a vida dos cidadãos, cujos elementos centrais são a certeza e a segurança jurídica; b) o caráter argumentativo do direito, que reconhece o direito como campo de saber sujeito à persuasão e à argumentação, no qual a retórica possui um papel importante (MACCORMICK, 2008a, p. 17-19). Como conciliar esses dois pontos de partida, que aparentam ser antagônicos?

Retomando várias das discussões levantadas por autores da Teoria da Argumentação no século XX, como Perelman e Olbrechts-Tyteca, Toulmin, Viehweg e Alexy, MacCormick responde essa pergunta da seguinte maneira: uma vez que a certeza do direito é uma certeza excepcionável (*defeasible*), já que os materiais tidos como fontes do direito sempre estão sujeitos a alterações por parte das instituições democráticas e são

passíveis de questionamentos levantados pelas partes, a argumentação é justamente a reconciliação entre o ideal do Estado Democrático de Direito e o caráter argumentativo do direito (MACCORMICK, 2006, p. 36-39). É a argumentação que permite desenvolver plenamente o ideal do Estado Democrático de Direito.

MacCormick defende que a argumentação jurídica é uma ramificação da argumentação prática. Assim, a argumentação jurídica é uma atividade conduzida por meio do uso de certos cânones normativos, pois avaliamos e distinguimos argumentos bons ou ruins, pertinentes ou impertinentes, mais ou menos sólidos, etc., com base em certos critérios, por menos explícitos que estes possam ser. Um estudo da argumentação jurídica, conclui MacCormick, é uma tentativa de investigar e explicar os critérios pelos quais avaliamos esses argumentos (MACCORMICK, 2008a, p. 12-16).

Para compreender os critérios propostos pelo autor com base na análise que realiza do trabalho argumentativo de tribunais ingleses e escoceses, é preciso primeiro diferenciar entre duas ordens de justificação, objeto de nossos próximos itens.

3 JUSTIFICAÇÃO DE PRIMEIRA ORDEM: A JUSTIFICAÇÃO DEDUTIVA E SEUS LIMITES

A primeira espécie de justificação, chamada pelo autor de “justificação de primeira ordem”, é a silogística (ou “justificação dedutiva”), amplamente empregada por conta da própria natureza das normas jurídicas, que possuem, para MacCormick, a seguinte forma:

sempre que *FO* (fato operativo), então *CN* (consequência normativa)

Assim, desde que ocorrida a situação de fato, a consequência normativa deve também ocorrer, na forma do “silogismo hipotético” da lógica tradicional (MACCORMICK, 2008a, p. 43) As premissas do silogismo são, portanto, situações de fato (premissa menor) e normas válidas do direito (premissa maior).

De certa maneira, “Retórica e o Estado de Direito” consolida as teses iniciais de MacCormick acerca da justificação dedutiva. A ideia central é de

que o silogismo tem um papel importante no direito, o que é comprovado pela utilização ampla do silogismo em diversos âmbitos do direito - nas decisões judiciais, nas petições dos litigantes e até mesmo nos textos legais. O silogismo serve como uma moldura da argumentação jurídica, dentro da qual ela se desenvolve (MACCORMICK, 2008a, p. 57).

No entanto, o silogismo não esgota as possibilidades da argumentação jurídica. A aplicação do silogismo pode apresentar problemas – por exemplo, quando há dúvidas acerca da existência de uma norma jurídica válida aplicável ao caso. Para MacCormick, há um número limitado de “problemas” capazes de desencadear um caso difícil e requerer uma “justificação de segunda ordem” que ultrapasse os pressupostos da justificação dedutiva (MACCORMICK, 2008a, p. 57-58).

Quando a justificação dedutiva não é suficiente, o juiz se encontrará em uma situação de escolha entre diversas posições interpretativas. Como mencionado, MacCormick afirma que essa situação de escolha não tem como consequência um juízo de forte discricionariedade, pois as escolhas devem ser feitas dentro de um contexto específico de um sistema jurídico operante, o que impõe uma série de limitações ao processo (MACCORMICK, 2006, p. 129).

A proposta de MacCormick, portanto, é a de oferecer uma espécie de roteiro por meio do qual seja possível avaliar quais escolhas interpretativas são mais adequadas ao caso. Esse “roteiro” é composto por uma série de critérios avaliativos correlacionados – consistência, coerência, consequencialismo, universalizabilidade –, formando uma verdadeira rede por meio da qual as deliberações em um caso concreto podem ser tomadas e justificadas. Antes de passarmos a uma análise mais cuidadosa de cada um deles, vamos tecer algumas considerações acerca da justificação de segunda ordem.

4 JUSTIFICAÇÃO DE SEGUNDA ORDEM

4.1 CASOS FÁCEIS E CASOS DIFÍCEIS: O PAPEL DA DÚVIDA

MacCormick, endossando as ideias de Ronald Dworkin, distingue casos “fáceis” e casos “difíceis” a partir de uma posição pragmática:

um caso difícil é aquele que foi problematizado por qualquer um dos interessados e esse problema não foi resolvido sumariamente pelo julgador (MACCORMICK, 2008a, p. 68). Um caso fácil seria aquele cuja interpretação das normas ou fatos aplicáveis não causa divergências na comunidade jurídica.

MacCormick defende, também, que há um número limitado de problemas que podem tornar os casos difíceis: problemas de interpretação, relevância, classificação e prova (MACCORMICK, 2008a, p. 67).

Os dois primeiros problemas dizem respeito à premissa maior do silogismo normativo, ou seja, a questões relativas às normas válidas do direito. O problema de interpretação ocorre quando há duas ou mais interpretações rivais da norma e uma escolha é necessária para resolver a ambiguidade (MACCORMICK, 2008a, p. 164). O problema de relevância ocorre quando não se sabe se há alguma norma aplicável ao caso em questão (MACCORMICK, 2008a, p. 97). Já os dois últimos problemas dizem respeito à premissa menor do silogismo normativo, ou seja, a questões relativas aos fatos. O problema de classificação ocorre quando não se sabe se os fatos provados contam como a hipótese presente na norma aplicável – é a outra face do “problema de relevância”. (MACCORMICK, 2008a, p. 55, 164). Por fim, o problema de prova ocorre quando há controvérsia em relação aos fatos do caso.

Uma justificação de segunda ordem é necessária para solucionar esses problemas e fundamentar racionalmente um caso difícil. MacCormick argumenta que a consistência, a coerência, o consequencialismo e a universalizabilidade são os elementos que compõem a justificação de segunda ordem. Assim, aquele que argumenta utiliza ou deveria utilizar, de modo mais ou menos explícito, os elementos mencionados. Por outro lado, esses elementos também funcionam como critérios avaliativos, uma vez que servem para refletir sobre a racionalidade argumentativa da resposta construída como solução do problema jurídico em um caso concreto, quando sua justificação é analisada a posteriori.

4.2 OS CRITÉRIOS AVALIATIVOS

Universalizabilidade

O requisito da universalizabilidade (“*universalizability*”) pode ser entendido a partir do princípio segundo o qual casos iguais devem ser tratados de maneira igual. Os argumentos utilizados na justificação de uma decisão judicial devem ser expressos na forma de um princípio aceitável universalmente (sendo, portanto, universalizável), aplicável a todos os casos com as mesmas características. Segundo MacCormick, este requisito está presente em toda justificação no contexto da argumentação prática, inclusive na justificação por dedução (MACCORMICK, 2008a, p. 131).

Correlata à universalizabilidade, a universalidade, para MacCormick, é um conceito com dupla função. A primeira função é justamente a “universalizabilidade” das razões, o que acabamos de explicar. A segunda função está relacionada com a ideia de que essa justificação universalizável não é um compromisso isolado com o caso concreto, mas com todas as instâncias em que essa justificação possa ser aplicável (MACCORMICK, 2008a, p. 28-30). Além disso, o autor ressalta que universalidade não é o oposto de generalidade (que seria uma questão de grau), mas sim de particularidade.³

A universalizabilidade está intimamente ligada à exigência de se realizar a justiça de acordo com a lei, bem como ao sistema de precedentes. Como já foi visto, o Estado Democrático de Direito possui como elementos centrais a certeza e a segurança jurídica, e o respeito à lei e às decisões passadas é uma forma de concretização desse ideal. Juízes argumentam a partir de uma ordem jurídica estabelecida e institucionalizada, o que permite que disputas sejam resolvidas com razoável previsibilidade, e embora se reconheça o caráter provisório do direito (passível de *defeasibility* por sua natureza), há um forte apelo ao direito estabelecido (MACCORMICK, 2008a, p. 199). Por essa razão, MacCormick, em “Argumentação Jurídica e Teoria do Direito”, associava esse requisito ao conceito de “justiça formal” (MACCORMICK, 2006, p. 96 e 126).

Ao defender essa postura, o autor se afasta de uma visão particularista do direito, que afirma que um caso é decidido, em última instância,

a partir de suas peculiaridades. Para MacCormick, mesmo os casos mais peculiares e improváveis são fundamentados a partir da afirmação de uma proposição universal.

Essa ideia é melhor entendida a partir da ideia de “garantia” (*warrant*) na teoria da argumentação de Stephen Toulmin, da qual MacCormick se valeu para construir seu conceito de universalizabilidade (MACCORMICK, 2006, p. 89, nota de rodapé nº 24). Para Toulmin, a “garantia” consiste nas proposições gerais que servem como ponte entre os dados e a conclusão de uma argumentação, mostrando que é legítimo e pertinente a passagem dos dados à conclusão apresentada (TOULMIN, 2006, p. 141-143). A seguinte proposição exemplifica tanto o conceito de universalizabilidade de MacCormick quanto o conceito de garantia de Toulmin (considere *f* os fatos de determinado caso e *j* o julgamento):

sempre que $f_1, f_2 \dots f_n$, então j ⁴

A proposição acima representa o raciocínio que nos leva, a partir dos fatos e das normas, ao julgamento do caso concreto. Nessa proposição, não estão expressas as normas jurídicas e nem os fatos particulares do caso. As normas jurídicas seriam o que Toulmin em sua teoria chama de “apoio” (*backing*), que é aquilo que garante a validade, vigência e relevância das garantias (TOULMIN, 2006, p. 148-149); os fatos, por sua vez, seriam os “dados” (*data*), e o julgamento seria a “conclusão” (*claim*) (TOULMIN, 2006, p. 140-143).⁵ Com base nesse modelo, torna-se mais fácil entender porque MacCormick insiste na ideia de que a justificação de uma decisão sempre precisa se utilizar de premissas universalizáveis.

Além disso, MacCormick considera a universalizabilidade como um pressuposto de existência da argumentação a partir de precedentes. Nos contextos em que os precedentes são vinculantes, estes podem ser considerados como verdadeiras regras. Mas a derivação de regras gerais a partir de casos particulares, ou seja, a conversão da justificação de um caso concreto para a criação de uma norma geral e abstrata só é possível quando se aceita a ideia da universalizabilidade das razões de uma decisão particular (MACCORMICK, 1998, p. 186).

Consistência

A consistência (“*consistency*”, também chamada, em algumas traduções, de “coesão”) é um requisito relativamente simples, que pode ser expresso da seguinte forma: uma decisão não deve ser tomada em contradição com normas do direito estabelecidas e vinculantes (MACCORMICK, 2006, p. 255). A consistência é satisfeita pela não contradição ou pela ausência de contradição lógica entre uma ou mais proposições, sendo, por consequência, um requisito básico de qualquer espécie de argumentação (MACCORMICK, 2008a, p. 248). Por isso, pode-se dizer que uma decisão inconsistente é extremamente frágil do ponto de vista argumentativo.

A existência de critérios ordenados de validade (*ranked criteria of validity*) em um sistema jurídico é um exemplo prático do requisito da consistência. Consideremos, por exemplo, que um sistema jurídico estabeleça os seguintes critérios de validade para uma norma:

- (i) *considera-se válida uma norma sempre que esta for promulgada em obediência a determinado procedimento pré-estabelecido;*
- (ii) *normas promulgadas posteriormente revogam as normas promulgadas anteriormente e disposições específicas prevalecem sobre as gerais.*

Com base nesses critérios relativamente simples, um agente com função jurisdicional pode determinar a consistência de uma norma em relação ao sistema jurídico (MACCORMICK, 2008a, p. 299-300).⁶ Um exemplo de critério de validade presente em nosso ordenamento jurídico é aquele segundo o qual o juiz, ao julgar um caso concreto, não pode aplicar uma lei que foi revogada por lei posterior (a não ser durante o período de *vacatio legis*). A hierarquia entre as normas também serve como exemplo do requisito da consistência. Vamos acrescentar ao sistema jurídico hipotético apresentado no parágrafo anterior o seguinte critério:

- (iii) *uma norma não deve contrariar uma norma de hierarquia superior e a hierarquia entre as normas tem a Constituição como grau hierárquico mais alto, as leis como grau hierárquico intermediário e os decretos como grau hierárquico mais baixo.*

Nesse sistema jurídico hipotético, se um decreto, editado em obediência ao seu procedimento próprio (e que, portanto, atende ao critério “i”), contrariar disposição de uma lei, ele é inconsistente com o sistema jurídico, pois não atende ao critério “iii”. Da mesma maneira, uma lei recém promulgada pode contrariar totalmente o texto de uma lei anterior, desde que atenda ao critério “i” e que revogue essa lei anterior (o que obedece ao critério “ii”).

Até o momento abordamos a consistência na perspectiva das normas em relação a outras normas. Quando afirmamos que uma decisão judicial é inconsistente, no entanto, estamos nos referindo a uma perspectiva distinta, que é a da decisão em relação a normas ou em relação a si mesmo. Uma decisão judicial, nessa perspectiva, não pode contrariar dispositivos legais (a não ser em casos excepcionáveis, dos quais trataremos em seguida), nem ser inconsistente em relação a si mesma.

A consistência, do mesmo modo que o requisito da coerência, é um ideal norteador da argumentação jurídica, que deve ser buscado na aplicação e na interpretação das normas jurídicas, não um fato do sistema jurídico dado de antemão (MACCORMICK, 2008a, p. 71). Por essa razão, MacCormick defende que um sistema jurídico pode conter (e geralmente contém) certo grau de inconsistência interna, mas que isso não lhe retira a validade, pois o ideal da coerência seria responsável por suprir essas inconsistências (MACCORMICK, 2008a, p. 248).

Coerência

O requisito da coerência (*coherence*) é a propriedade de um grupo de proposições de “fazer sentido” na sua totalidade, o que ocorre sempre que essas proposições podem ser submetidas a um conjunto de valores ou princípios relevantes, comuns a todas elas (MACCORMICK, 2008a, p. 248-250). Muito embora MacCormick empreenda uma diferenciação entre valores e princípios, a coerência em um sistema jurídico no contexto do Estado Democrático de Direito sempre se exprime por meio do uso de princípios, pois estes são “valores operacionalizados localmente dentro de um sistema jurídico estatal ou de alguma ordem normativa análoga” (MACCORMICK, 2008a, p. 251).

MacCormick também associa o requisito da coerência à argumentação por analogia. Mas o autor, desde o início da sua obra, já admitia a cooriginalidade entre princípios e analogias (MACCORMICK, 2006, p. 209). Nesse sentido, as analogias servem como uma espécie de ilustração dos princípios, cuja função é orientar a aplicação de princípios a partir da exemplificação destes por meio de casos concretos (MACCORMICK, 2008a, p. 63, 270-274).

A argumentação a partir da coerência é uma atividade que envolve duas tarefas. A primeira delas é a investigação de princípios e valores que dão sentido às normas jurídicas semelhantes ao caso. Em termos mais apropriados, trata-se na verdade de uma espécie de reconstrução, efetuada pelo aplicador da lei, dos princípios subjacentes que podem justificar a coexistência de normas em questão. A segunda tarefa é a aplicação dos princípios ao caso em questão (MACCORMICK, 1984, p. 242).

Até o momento, estivemos falando exclusivamente da coerência normativa, que diz respeito à coerência no contexto de um sistema jurídico concebido como uma ordem normativa. MacCormick também trata da coerência narrativa, que diz respeito à coerência em questões fáticas. Assim como a coerência normativa, a coerência narrativa requer que os fatos “façam sentido” quando considerados em conjunto. No caso de prova testemunhal, por exemplo, diferentes versões sobre o mesmo fato estão em jogo, versões que muitas vezes são inconsistentes. Aliás, testemunhos idênticos costumam ser vistos como suspeitos. As inconsistências internas entre os fatos, no entanto, não lhes retiram a validade por si só, pois os elementos factuais podem ser considerados válidos desde que sejam coerentes (MACCORMICK, 2008a, p. 294-295).

Percebe-se, portanto, que a coerência normativa é uma característica ideal de um sistema jurídico. Muito embora a coerência estabeleça uma série de restrições aos juízes – na medida em que, a partir do direito preexistente, ela limita os possíveis âmbitos nos quais a decisão poderá ser tomada –, MacCormick afirma que ela pode competir com outras características ideais do direito, como a justiça substantiva julgada por critérios apropriados (MACCORMICK, 2008a, p. 265).⁷

Consequencialismo

Vimos, ao longo de toda a exposição, que MacCormick propõe uma rede de critérios por meio dos quais uma decisão pode ser justificada em um caso difícil. Primeiramente, a decisão deve ser fundamentada a partir de argumentos universalizáveis, aplicáveis a todos os casos com as mesmas características. Em seguida, a decisão precisa obedecer tanto ao requisito da consistência (não contradizendo o ordenamento jurídico) quanto ao da coerência (“fazendo sentido” em relação aos princípios jurídicos). No entanto, mesmo após todos esses passos a decisão de um caso ainda pode estar em aberto. Nessas situações, o argumento definitivo do caso será um argumento consequencialista (MACCORMICK, 2008a, p. 140).

MacCormick aborda os argumentos consequencialistas de uma maneira particular. Inicialmente, o autor rejeita a posição segundo a qual é possível justificar uma decisão a partir de todas as suas consequências. As consequências práticas de um caso se estendem indefinidamente, o que torna quase impossível prevêê-las, e mesmo se a utilização de estudos e “avaliações de impacto” fosse uma maneira de se avaliar as consequências práticas de uma decisão, os juízes em geral não possuem recursos e tempo para esse tipo de avaliação (MACCORMICK, 2008a, p. 138-139). Além disso, o autor também rejeita a posição oposta, que defende que as consequências de uma decisão devem ser ignoradas, pois essa posição esquece que há certas consequências previsíveis que não podem ser desprezadas, em respeito aos possíveis atingidos pela decisão (MACCORMICK, 2008a, p. 136).

Como resposta a essas duas posturas, MacCormick propõe uma posição intermediária, defendendo que a argumentação consequencialista deve se pautar pelas “consequências jurídicas” (MACCORMICK, 2008a, p. 142). Assim, ao decidir o caso, o juiz deve se fazer a seguinte pergunta: quais comportamentos serão permitidos e quais comportamentos serão proibidos com essa decisão? Dentre as diversas possíveis consequências comportamentais que a decisão pode originar, o juiz deve escolher a que for mais adequada por meio de uma deliberação genérica que compare diferentes argumentos consequencialistas (MACCORMICK, 2006, p. 192-193; 2008a, p. 136-137). Podemos, portanto, conceituar o consequen-

cialismo como a escolha da consequência jurídica mais adequada em face dos valores que a área do direito na qual o caso se insere considera relevantes (MACCORMICK, 2008a, p. 152).

Defeasibility

Defeasibility, conceito de difícil tradução, está ligada a situações de excepcionalidade na argumentação jurídica. Uma norma jurídica pode possuir uma aparência de validade, mas ser excepcionável (*defeasible*) em dada condição, ou seja, passível de perder sua validade nessa condição. Isso pode acontecer, segundo MacCormick, de maneira expressa ou implícita.

A *defeasibility* expressa ocorre quando existe uma condição de invalidação explícita formulada por alguma norma do sistema (MACCORMICK, 2008a, p. 311-312). Uma norma jurídica pode, por exemplo, criar certas hipóteses excepcionáveis, em que a própria norma não deve ser aplicada, como a seguinte:

Determinado ato deverá ser realizado no prazo de 5 dias, salvo se a parte demonstrar que não cumpriu o prazo por justa causa.

Já a *defeasibility* implícita ocorre quando há um princípio do sistema jurídico que cria uma condição de invalidade da norma jurídica. O exemplo clássico de *defeasibility* implícita, segundo o autor, é o do legatário homicida. Nesse caso, o legatário comete homicídio contra a pessoa de quem ele receberia a herança, com o objetivo de recebê-la. No sistema jurídico em que o caso ocorreu, a interpretação literal das normas jurídicas aplicáveis daria ao legatário direito à herança, mesmo tendo cometido o homicídio. Por esse motivo, a interpretação literal deveria ser afastada a partir da aplicação de princípios do sistema jurídico, como o princípio de que o “direito não deveria habilitar pessoas a se beneficiarem de seus próprios crimes” (MACCORMICK, 2008a, p. 313).

MacCormick defende que a sua ideia de *defeasibility* é pragmática. Para o autor, no caso da *defeasibility* implícita, nem as normas jurídicas e nem os precedentes são excepcionáveis. Excepcionável é o pleito com base em uma interpretação da norma jurídica ou precedente em questão.

Assim, a ideia de *defeasibility* se conecta com o conceito de universalidade. A *defeasibility* é a abertura para a inovação no direito, mas ao mesmo tempo, essa inovação precisa ser universalizável. Mesmo uma exceção deve ser fundamentada de maneira universalizável, deve ser uma exceção universal (MACCORMICK, 2008a, p. 124-125).

4.3 Pensando com MacCormick: um exemplo de aplicação

Tendo exposto os principais pontos da teoria de Neil MacCormick e as principais características dos critérios avaliativos propostos pelo autor, façamos um pequeno exercício de aplicação da sua teoria, analisando uma decisão em um caso concreto.⁸ Faremos a análise, à luz da teoria de Neil MacCormick, de um acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região em uma ação de desaposentação (BRASIL, 2015).⁹

Trata-se de situação particularmente interessante de ser analisada, pois o Instituto Nacional do Seguro Social se recusa a conceder a desaposentação administrativamente e não existe previsão nem vedação legal do instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa maneira, a desaposentação é um instituto de caráter essencialmente jurisprudencial. Os juízes (se pensarmos à luz das propostas de MacCormick) fazem uma justificação de segunda ordem ao reconhecer o direito à desaposentação, na qual devem interagir a universalizabilidade, a coerência, a consistência e o consequencialismo. Passemos, portanto, à análise do voto, no trecho que julga o mérito da ação, omitidas as ementas de jurisprudência:

A questão debatida nos autos diz respeito à possibilidade de renúncia à aposentadoria por parte do segurado com o objetivo de concessão de novo benefício mais vantajoso, com a utilização do tempo de contribuição posterior à primeira aposentação, a denominada desaposentação.

Com efeito, a jurisprudência desta Corte e do colendo STJ têm se posicionado de maneira favorável à pretensão da parte autora, à consideração de ser a aposentadoria um direito patrimonial disponível, podendo o segurado a ele renunciar, para que o tempo de contribuição seja computado na concessão de outro benefício que lhe seja mais vantajoso, não sendo necessária a devolução das importâncias percebidas em razão da primeira aposentadoria. Dessa forma é possível obter-se aposentadoria mais favorável, utilizando-se de tempo de serviço posterior à jubilação, com novo cálculo da renda

mensal inicial. Trago à colação os seguintes precedentes, in verbis: (...) [cita precedentes do Superior Tribunal de Justiça]

Saliento, por oportuno, que em análise ao Recurso Extraordinário (RE) 630501 (sistema de Repercussão Geral – julgamento do mérito em 21.02.2013 - DJE 26/08/2013 - ATA Nº 118/2013. DJE nº 166, divulgado em 23/08/2013 – Tribunal Pleno), os ministros do Supremo Tribunal Federal reconheceram, por maioria, o direito de cálculo de benefício mais vantajoso a segurado do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), desde que preenchidas as condições para a concessão da aposentadoria.

Acompanhando tal entendimento o c. Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão, em regime de recurso repetitivo, nos seguintes termos (...) [Cita a ementa do acórdão de recursos repetitivos do Superior Tribunal de Justiça que trata da matéria]

Buscando o segurado uma nova aposentadoria, mais vantajosa, deve ser realizada uma interpretação sistemática do art. 18, §2º da Lei 8.213/91, sendo vedada tão somente a cumulatividade de benefícios ao segurado já aposentado, não existindo óbice legal, portanto, a renúncia de aposentadoria para a concessão de um novo benefício.

Deste modo, entendo que a parte impetrante faz jus à nova aposentadoria requerida, com data de início do novo benefício coincidente com o requerimento administrativo, ou, na ausência deste, a partir da impetração do mandamus. Em qualquer caso, os efeitos financeiros do “writ” se dão a partir da impetração, devendo ser deduzidos da nova aposentadoria concedida, os valores pagos a título da aposentadoria anterior, nos meses em que coincidentes” (BRASIL, 2015).

Podemos sintetizar os principais argumentos do julgamento da seguinte forma:

1. *A aposentadoria, segundo a jurisprudência do TRF-1 e do STJ, é um direito patrimonial disponível, passível de renúncia sem a devolução das parcelas recebidas;*
2. *Dessa forma, é possível a obtenção de nova aposentadoria mais favorável que inclua o tempo de serviço posterior à aposentadoria renunciada, segundo a jurisprudência do STJ (em sede de repetitivos) e STF;*
3. *O art. 18, §2º, da Lei nº 8.213/91, dispositivo legal que a princípio vedaria essa pretensão, deve ser analisado de forma sistemática, o que afasta a alegação de que existe óbice legal à desaposeitação.*

Em relação ao requisito da **universalizabilidade**, é possível afirmar que o acórdão se utilizou de razões universalizáveis, na medida em que

determina, a partir de seus fundamentos, a aplicação de sua decisão em todas as ocasiões semelhantes, desde que observados os requisitos (esta razão universalizável fica evidente no argumento nº 2).

Percebe-se que a decisão obedeceu ao requisito da **consistência**, na medida em que se utilizou da jurisprudência do TRF-1, STJ e STF e, principalmente, obedeceu ao julgamento do STJ em sede de recursos repetitivos, o que é extremamente persuasivo dentro da sistemática recursal do sistema processual brasileiro (argumentos nº 1 e 2).

O requisito da **coerência**, nesse caso concreto, vincula-se principalmente à ideia de *defeasibility*. O acórdão afasta a aplicação de uma norma jurídica (que, em tese, serviria de óbice à desaposentação) a partir da aplicação de princípios do ordenamento jurídico (argumento nº 3).

Já o requisito do **consequencialismo** poderia ser pensado a partir da ideia de que, ao tomar essa decisão, o Poder Judiciário está garantindo o direito à desaposentação, permitindo, portanto, o comportamento de que as pessoas podem recorrer aos tribunais para assegurar esse direito, a despeito de ser negado no âmbito administrativo.

É necessário mencionar que, por conta do reconhecimento jurisprudencial amplo do instituto da desaposentação na atualidade, o acórdão deixou de mencionar argumentos mais detalhados de consistência ou coerência que serviram para fundamentar a jurisprudência dos argumentos nº 1 e 2 – pode-se dizer que as razões já se solidificaram, tornando-se uma espécie de “norma jurídica” no sistema, ao menos no campo da retórica jurisprudencial.

5 LIMITES E POSSIBILIDADES

Com base nesse exercício de análise com base nos critérios avaliativos propostos por MacCormick, e também tendo em vista os trabalhos já realizados anteriormente com a mesma proposta, podemos tecer algumas críticas em relação aos critérios de análise propostos pelo autor.

5.1 MACCORMICK PROPÕE UMA METODOLOGIA DE ANÁLISE?

De uma maneira mais estrutural, precisamos assumir que MacCormick não empreendeu, de fato, uma *teoria da análise* da argumentação jurídica. Muito embora sua obra, vista de um contexto amplo, tenha contribuído de incontáveis formas para a Argumentação Jurídica e para a Teoria do Direito, em nenhum momento o autor pretendeu tratar especificamente de uma metodologia sistemática para analisar a argumentação jurídica.

Como mencionamos anteriormente, uma boa metáfora para a proposta de MacCormick é um “roteiro” por meio do qual as decisões jurídicas podem ser justificadas. Como seguidor e crítico de Hart, e teórico bastante consciente das contribuições de Alexy, Habermas e Dworkin (para citar poucos), MacCormick tinha como objetivo central de sua teoria da argumentação superar a resposta positivista clássica para os casos difíceis e propor uma maneira de fundamentar racionalmente os casos difíceis. Nesse sentido, MacCormick possui um posicionamento teórico bem distinto de Dworkin.

Para Dworkin, em resumo, os casos difíceis exigem dos juízes uma postura pautada por argumentos de princípio, em oposição aos argumentos de política. Nessa postura, a integridade – elemento de coerência da cadeia do direito (*chain of law*) – é o elemento central da fundamentação da decisão judicial, a ser entendida como uma reconstrução do direito à luz da história institucional precedente, organizada e justificada por meio de princípios que assegurem o melhor propósito ao futuro dessa comunidade de princípios. Dworkin prescreve uma postura a ser tomada pelo julgador, mas não um procedimento ou roteiro de decisão (DWORKIN, 1999, p. 213 e ss.).

Como já demonstramos, MacCormick parte de um ponto de vista essencialmente empírico e busca extrair a partir de julgamentos de casos difíceis os elementos comuns a todos eles. Nesse contexto, o Autor desenvolve os critérios de avaliação de que tratamos ao longo deste trabalho, os quais desempenham, no contexto de suas obras, o papel de elementos em uma intrincada rede de justificação das decisões judiciais. Mas o autor não efetua, em nenhum momento, uma análise de um caso

concreto nos termos em que nós efetuamos em nosso exercício de análise e em outros trabalhos já citados.

A despeito de “Retórica e o Estado de Direito” representar a cristalização de transformações expressivas no pensamento de MacCormick, como a revisão de seus pressupostos teóricos e a adoção do pensamento pós-positivista, o livro não foi pensado como uma unidade, o que se reflete no tratamento não uniforme dado aos pontos-chave de sua teoria. A questão do universalismo (e universalizabilidade), por exemplo, é debatida com profundidade no livro, tomando um capítulo inteiro e diversas outras passagens, enquanto as explicações acerca da consistência tomam poucos parágrafos.¹⁰ MacCormick debate com profundidade os diversos tipos de argumentos que podem ser utilizados para resolver problemas de interpretação, mas não trata dos argumentos em problemas de prova ou classificação – seria preciso fazer uma verdadeira “reconstrução” de sua teoria para tentar sistematizar todos os pontos que o autor considera relevantes na justificação de decisões judiciais.

Pode-se argumentar que essa crítica seria injusta, já que talvez MacCormick não estivesse pensando exatamente em criar uma *metodologia de análise de decisões judiciais* ao longo de sua obra. Soma-se a essa hipótese o fato de que a maior parte de “Retórica e o Estado de Direito” consiste de artigos e conferências diversos que o autor adaptou e transformou nos capítulos do livro.¹¹

Se esse contra-argumento for procedente, no entanto, uma grande parte da contribuição de Neil MacCormick para a Teoria da Argumentação perderia o sentido. Se o autor quer demonstrar justamente quais são os requisitos necessários para justificar, de maneira adequada, uma decisão judicial em um caso difícil, estabelecendo uma teoria prescritiva (ou seja, que pretende determinar as formas de comportamento corretas), os elementos que o autor cita como essenciais nessa espécie de justificação precisam ser encontrados em todos as outras decisões de casos difíceis. De que adiantaria afirmar que a universalizabilidade e a coerência, por exemplo, são requisitos essenciais na argumentação de um caso difícil mas não afirmar, em sentido contrário, que esses mesmos requisitos devem ser encontrados na solução de um caso difícil?

Como MacCormick não nos fornece uma metodologia de análise das argumentações judiciais, a aplicação da sua teoria na análise de casos concretos pode levantar uma série de questões práticas. Uma das limitações, por exemplo, diz respeito ao requisito da coerência, o qual tratamos anteriormente em outro trabalho (ROESLER; RÜBINGER-BETTI, 2014, p. 688 e ss.). Naquela ocasião, o seguinte questionamento veio à tona: a coerência diz respeito à decisão em si mesma ou à fundamentação dessa decisão?¹²

5.2 COERÊNCIA NORMATIVA E A COLISÃO DE PRINCÍPIOS¹³

Pensando a partir da teoria de MacCormick, uma decisão que contrarie uma norma imperativa do ordenamento jurídico pode ser considerada racional desde que bem fundamentada e desde que seja uma exceção universalizável (ver *defeasibility*, *supra* 4.2.5). Da mesma maneira, uma decisão que contrarie uma norma do ordenamento jurídico e seja mal fundamentada não poderia ser considerada racional, pois sua carência de fundamentos não permite que ela seja considerada uma exceção universalizável. Mas e uma decisão absolutamente racional e esperada dentro de um ordenamento jurídico - digamos, inclusive, que seja uma decisão de um caso “fácil”, em que a resposta está de antemão prevista pelo ordenamento - mas fundamentada de maneira inadequada?

Pensemos ainda com o exemplo da desaposentação. Suponhamos que no Brasil entre em vigor uma lei que institua, de maneira explícita, a possibilidade de desaposentação, desde que o aposentado atenda a determinados requisitos. A solução de um pleito judicial com base nessa norma seria, para MacCormick, um caso “fácil” - bastaria analisar se a parte cumpre com os requisitos legais para que seu direito à desaposentação fosse garantido. Suponhamos também, no contexto desse exemplo, que um juiz tenha deferido um pleito de desaposentação (decisão) de uma parte que tenha efetivamente comprovado nos autos ter cumprido com os requisitos legais, mas tenha usado como argumento o fato de que a petição da autora estava muito bem formatada ou de que estava de ótimo humor no dia do julgamento (fundamentação).

Essa decisão judicial pode ser considerada racional? Como se vê, a decisão é coerente, a princípio, com o ordenamento jurídico, mas não a sua fundamentação. Portanto, embora a decisão em si possa ser considerada racional do ponto de vista normativo, não se pode dizer o mesmo de sua fundamentação. O que acabamos de afirmar é certamente endossado pela teoria de MacCormick, mesmo que ele não empreenda essa diferenciação em nenhum momento. Certamente é indesejável que uma decisão, mesmo que racional, não seja adequadamente fundamentada. Então por que insistimos que esse detalhe é importante, e em certos momentos nos indica um dos limites da teoria de MacCormick?

Primeiramente porque é importante ressaltar que uma decisão não pode ser confundida com a sua fundamentação, pois a racionalidade de uma decisão judicial (em sentido amplo) está ligada a esses dois elementos de maneira simultânea. “Escrever certo por linhas tortas” certamente não é uma expressão que se aplica à Argumentação Jurídica. Uma decisão pode ser absolutamente racional e, ainda assim, mal fundamentada. Em certos casos, como no julgamento da ADI nº 3510 pelo Supremo Tribunal Federal, os tribunais decidem de maneira racional, mas não fundamentam com a mesma racionalidade (ROESLER e RÜBINGER-BETTI, 2014).

Naquela ocasião, o Tribunal produziu uma decisão adequada, mas fundamentada de maneira inadequada. Os votos vencedores possuíam razões absolutamente distintas (e até contraditórias) acerca dos pontos mais essenciais do julgamento – direito à vida, aplicação da dignidade da pessoa humana, limites da ciência –, além de conter inúmeros artifícios retóricos, citações questionáveis e votos extensos e complexos, de modo que a mera separação, para fins de análise, dos fundamentos (*ratio decidendi*) da decisão e os comentários (*obiter dicta*) foi uma tarefa quase impossível.¹⁴

Uma análise a partir do critério da universalizabilidade, nos moldes da teoria de MacCormick, nos revelaria de imediato que uma fundamentação como a que o Tribunal apresentou naquele julgamento não pode servir para fundamentar uma decisão de qualquer outro caso. Uma fundamentação elaborada a partir de votos com argumentos contraditórios entre si, do ponto de vista da racionalidade argumentativa, equivale a nenhuma fundamentação.

Uma análise, no entanto, a partir do critério de coerência, nos conduz a uma situação limítrofe. Poderíamos rejeitar, a partir da coerência, uma decisão adequada com fundamentação inadequada, afirmando que a própria fundamentação inadequada invalida a decisão, o que contraria o princípio da motivação das decisões judiciais. Afinal de contas, no contexto da Teoria da Argumentação Jurídica, partimos do pressuposto de que a legitimidade das decisões judiciais está diretamente relacionada à racional e adequada argumentação.

Mas diferentes argumentos de coerência podem ser levantados. Um argumento a partir do princípio da dignidade humana poderia afirmar que, em certos casos concretos – por exemplo, em uma sentença penal absolutória – uma decisão correta, mesmo que carente de fundamentos racionais, é perfeitamente aceitável, pois mais importante seria a garantia dos direitos fundamentais da parte.

Esse é um dilema complexo, situado nas fronteiras da Argumentação Jurídica. Afirmar que a justiça de uma decisão é mais importante do que a sua adequada fundamentação é adentrar no interminável debate em que diferentes concepções de moralidade, justiça e direito entram em cena. Qual seria a finalidade de toda a discussão aqui apresentada se, em última instância, o que importa é a justiça de uma decisão? Sem dúvidas, esse é um dos limites da teoria de MacCormick.

De certa forma, esse questionamento está ligado a um aspecto que MacCormick não aborda em sua obra: a colisão de princípios. Como já vimos, a coerência é um aspecto importante para MacCormick, sendo um dos requisitos da justificação de segundo grau. Os argumentos a partir de princípios deveriam levar em conta, inicialmente, os princípios específicos da área do direito em questão. Se eles não forem suficientes, princípios mais gerais devem ser utilizados e assim por diante. Porém, como lidar com situações em que dois ou mais princípios são igualmente aplicáveis ao caso, como no exemplo que acabamos de dar? A qual princípio devemos atribuir maior importância, à segurança jurídica (ou a motivação das decisões judiciais) ou à dignidade da pessoa humana?

Uma possível solução para esse problema, segundo MacCormick, seria a utilização de argumentos consequencialistas. Quando os argumentos a partir da consistência e da coerência são insuficientes, o intér-

prete deverá escolher a consequência jurídica – ou seja, a consequência comportamental que o caso ensejará – mais adequada entre as possíveis consequências em jogo, em face dos valores relevantes da área do direito em questão. Mas se o consequencialismo está vinculado aos valores (que são operacionalizados em um ordenamento jurídico por meio de uso de princípios) ele não serve de resposta à questão da colisão de princípios. Diferentes consequências jurídicas podem surgir de diferentes princípios igualmente relevantes e hierarquicamente iguais.

Robert Alexy fornece uma polêmica solução para o problema da colisão de princípios: a ponderação. Sem criticar ou endossar a posição de Alexy, constatamos que MacCormick não nos fornece uma resposta satisfatória à questão da colisão de princípios, nem nos indica como o intérprete deve lidar quando há dois ou mais princípios aplicáveis a um caso concreto. O autor, provavelmente, apelaria para o próprio aspecto discursivo da argumentação jurídica, afirmando que uma análise aprofundada dos argumentos de cada um dos lados revelaria qual é o melhor argumento para o caso concreto.

A diferenciação entre “decisão” e “fundamentação” revela, por outro lado, um aspecto que não fica claro na teoria de MacCormick: o da consistência interna das decisões. Nem sempre uma decisão é consistente com a sua fundamentação.¹⁵ Ainda a partir o exemplo da desaposentação, basta imaginar um juiz que decida pela improcedência de uma ação de desaposentação, mas que em sua fundamentação afirme que a desaposentação é um direito do segurado da previdência social e que a parte ingressante com a ação cumpria com todos os requisitos necessários à desaposentação. Nesse caso, há, sem dúvidas, uma disparidade entre fundamentação e decisão. Uma decisão pode também ser inconsistente do ponto de vista interno, ao se contradizer nos seus próprios fundamentos. Porém, um grau tão elevado de inconsistência ocorre com pouca frequência na realidade.

5.3 A LIMITAÇÃO DO BINÔMIO “FATOS” X “NORMAS” E A PROPOSTA DE ATIENZA

Outra crítica que pode ser empreendida é a de que MacCormick desenvolve sua teoria com base em uma teoria do direito muito apegada à divisão entre “fatos” e “normas”, tendo o autor elaborado sua tipologia de casos difíceis a partir dos problemas que surgem em relação à premissa fática ou à premissa normativa do raciocínio jurídico. Como vimos, os problemas que ensejam casos difíceis podem ser, com relação à premissa fática, de qualificação ou de provas, ou, com relação à premissa normativa, de interpretação ou de relevância.

Quanto a esse ponto, concordamos com as críticas levantadas por Atienza (ATIENZA, 2013, p. 431), que considera que MacCormick, ao pensar essencialmente em problemas materiais, ignora outros problemas, como problemas processuais e de validade da norma jurídica. Como resposta, Atienza desenvolve uma tipologia dos casos difíceis tomando a tipologia de MacCormick como ponto de partida, acrescentando aos quatro problemas elencados pelo autor (interpretação, relevância, classificação e prova) os quatro seguintes problemas (ou questões): questões processuais, questões de validade, questões de discricionariedade e questões de ponderação (ATIENZA, 2013, p. 431-439).

No contexto da argumentação jurídica brasileira, é indispensável mencionar as questões de validade. Questões de validade, para Atienza, surgem quando se questiona se uma norma ou princípio obedece aos critérios de validade de um sistema jurídico. Tais critérios estão contidos em normas constitutivas do sistema, que definem, por exemplo, a vigência da norma ou a competência para estabelecê-la. Assim, debater se uma norma é inválida por conta da incompetência de determinado órgão para elaborá-la é uma típica questão de validade. A validade também pode estar relacionada ao próprio conteúdo da norma, o que acontece nos casos em que a constitucionalidade de uma lei ou a legalidade de uma portaria estão em jogo.

Como se sabe, no Brasil coexistem dois sistemas de controle de constitucionalidade (difuso e concentrado), e o controle concentrado de constitucionalidade adquiriu expressiva importância após a Constituição

Federal de 1988. As análises de casos do Supremo Tribunal Federal a partir da Teoria da Argumentação Jurídica têm quase sempre como ponto de partida alguma questão de validade.

Ainda no contexto dos Tribunais Superiores, especialmente o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Superior do Trabalho, os problemas que dizem respeito à premissa fática do silogismo jurídico via de regra são desconsiderados (à exceção de processos de competência originária), como estabelecem a Súmula nº 7 do STJ e a Súmula nº 126 do TST. Os problemas de classificação e de prova, portanto, são desconsiderados em uma análise argumentativa dos julgamentos dos tribunais de maior relevância institucional no Brasil. Não queremos, com isso, afirmar que análises de decisões de primeira e segunda instância são irrelevantes – pelo contrário, uma série de debates proveitosos podem surgir justamente do entendimento desses tribunais.

Mas é importante, por outro lado, ter consciência da relevância institucional dos julgados do STF, STJ e TST quando se empreende uma análise argumentativa em nosso contexto jurídico. Do ponto de vista institucional, os julgamentos que reconhecem (ou não) a repercussão geral de uma matéria, que assentam entendimentos em sede de recursos repetitivos e a edição de súmulas e orientações jurisprudenciais por parte desses tribunais são uma verdadeira fonte de regras e princípios jurídicos empregados pelos julgadores de instâncias inferiores.

Essa questão adquire importância ainda maior com o advento do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), que trouxe ao ordenamento jurídico uma série de prescrições normativas endereçadas aos juízes no sentido de aumentar a importância dos julgamentos e enunciados das instâncias superiores.¹⁶

5.4 CASOS FÁCEIS E DIFÍCEIS E A CULTURA ARGUMENTATIVA BRASILEIRA

Em nosso sistema jurídico, em que coexistem um sistema de precedentes em crescente consolidação e um sistema típico de *civil law*, diferentes espécies de argumentos fazem parte da retórica judicial. Argumentos de coerência e consistência podem surgir sob a forma tanto de regras

e princípios jurídicos contidos na legislação quanto em entendimentos jurisprudenciais (ou mesmo em ambos). Um dos problemas que surgem dessa realidade institucional é a prática argumentativa, comum em nossos Tribunais Superiores, de limitar-se à remissão da jurisprudência nos casos em que há concordância com uma linha jurisprudencial firmada (ROESLER, 2016, p. 86).

Quando um julgador considera que o argumento definitivo de um caso é um determinado enunciado de súmula ou jurisprudência, mas não fundamenta acerca da pertinência do precedente ao caso concreto, o problema que surge não é apenas de carência de racionalidade argumentativa. Essa postura jurisdicional revela como a diferenciação entre “casos fáceis” e “difíceis” a partir de uma postura pragmática (ver *supra*, 4.1) pode ser ingênuo.

Uma análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em casos de aplicação de medida de segurança com fundamento na periculosidade do agente (ROESLER e LAGE, 2013) demonstrou que, especialmente nas vias recursais superiores, uma decisão judicial de incalculável impacto na vida de uma pessoa pode depender, em última instância, do acaso da distribuição de sua ação para uma determinada relatoria. Como esses casos são vistos como “fáceis” pelos julgadores, a justificação dada para a aplicação da medida se limita a mencionar as premissas utilizadas, “aplicando a norma ao caso concreto” (ROESLER, 2016, p. 86-87).

Isso revela a outra face da crescente importância dada ao sistema de precedentes no contexto institucional brasileiro. Corre-se o risco de uma progressiva caminhada em direção a uma postura jurisdicional extremamente defensiva, que se limita a citar razões institucionais e processuais como argumento final de suas decisões. Por outro lado, isso cria uma tendência a considerar como “fáceis” a maior parte dos casos judiciais, deixando de avaliar as particularidades do caso concreto. Como resultado disso, pode ser que estejamos na iminência de uma cultura argumentativa extremamente institucional e defensiva, como resposta ao abarrotamento do Poder Judiciário.

6 CONCLUSÕES

As contribuições de Neil MacCormick para a Filosofia do Direito, especialmente para a Argumentação Jurídica, são inumeráveis. Depois de “Argumentação Jurídica e Teoria do Direito”, “Retórica e o Estado de Direito” e os inúmeros artigos, palestras e livros que MacCormick escreveu ao longo de sua vida, nenhum partidário ou crítico da Argumentação Jurídica pode deixar de mencionar, elogiar ou criticar as contribuições teóricas do autor, marcadas por uma honestidade intelectual e abertura para o debate de que universo acadêmico ainda hoje carece.

Como apontado de maneira certa por Massimo La Torre, MacCormick é o verdadeiro herdeiro intelectual de H. L. A. Hart, mantendo a inspiração original da proposta filosófica de Hart e buscando, ao mesmo tempo, resolver os problemas deixados em aberto pelo seu mestre (LA TORRE, 2011, p. 58-63). Um dos principais problemas deixado por Hart talvez seja o *decisionismo*: para Hart, a decisão de um caso “difícil” é, em resumo, discricionária. Como já vimos, MacCormick discorda dessa visão, e grande parte da contribuição teórica de MacCormick é uma tentativa de responder a essa questão.

Com esse objetivo, MacCormick desenvolve uma teoria autônoma, à luz da qual ele elabora sua tipologia de casos difíceis e seus critérios de avaliação das decisões judiciais, debatidos ao longo deste artigo. A universalizabilidade, a coerência, a consistência e o consequencialismo são os elementos mais importantes desse “roteiro” que MacCormick elaborou para a justificação das decisões em casos difíceis.

Mas o autor, talvez por ter pensado em um contexto jurídico expressivamente distinto do nosso – principalmente no que diz respeito à cultura argumentativa e à prática judicial que verificamos em nosso contexto institucional – também nos deixou uma série de questões em aberto. Algumas dessas questões nós analisamos e debatemos neste artigo e dizem respeito aos limites da aplicação da teoria de MacCormick na análise de decisões judiciais. Aplicados à casos concretos, sobretudo às decisões tomadas por tribunais superiores, os critérios propostos pelo autor apresentam limites inquestionáveis.

Esses limites revelam, por outro lado, diversas possibilidades deixadas em aberto pela teoria de MacCormick. A partir de tais possibilidades talvez

seja possível desenvolver uma teoria da Argumentação Jurídica adequada à nossa realidade institucional, que leve em consideração toda a problemática cultura argumentativa brasileira, bem como a relativa recente democratização do país – o que ainda faz com que haja traços de autoritarismo nas instituições públicas brasileiras e, conseqüentemente, no seu Judiciário.

A obra de MacCormick, portanto, se revela a nós, ao mesmo tempo, como ponto de partida e como desafio. Como ponto de partida, ela nos indica as condições a partir das quais uma Teoria da Argumentação Jurídica pode se desenvolver. Nosso contexto, nossas peculiaridades e nosso histórico institucional, por outro lado, servem como permanente desafio para o desenvolvimento de uma Teoria da Argumentação Jurídica.

NOTAS

- ¹ O presente artigo é fruto de pesquisa realizada com apoio do CNPq, com bolsa de produtividade em pesquisa e bolsa de iniciação científica.
- ² O quarteto é composto pelos seguintes livros (em ordem de publicação): *Questioning Sovereignty* (1999), *Rhetoric and The Rule of Law* (2005), *Institutions of Law* (2007) e *Practical Reason in Law and Morality* (2008).
- ³ Para saber mais sobre esse debate, conferir MACCORMICK, 2008a, p. 121-126.
- ⁴ Exemplo retirado de MACCORMICK, 2008a, p. 198.
- ⁵ Para uma aplicação prática do *layout* de Toulmin, conferir ROESLER e RÜBINGER-BETTI, 2014.
- ⁶ O exemplo dado por MacCormick foi ligeiramente modificado.
- ⁷ Quase idêntico a MACCORMICK, 1984, p. 244.
- ⁸ Há diversas outras análises argumentativas à luz da teoria de MacCormick já empreendidas. Para citar algumas: ROESLER, Claudia R.; LAGE, Leonardo. A argumentação do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça acerca da periculosidade de agentes inimputáveis e semi-imputáveis. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 21, n. 104, set./out., 2013, p. 347-389; ROESLER, Claudia R.; SENRA, Laura Carneiro de Mello. Gênero e Justiça de Transição no Brasil. **Revista Jurídica da Presidência**, vol. 15, n. 105, fev./mai 2013, p. 35-67. Disponível em: www4.planalto.gov.br/revistajuridica/vol-15-n-105-edicao-especial-fev-mai-2013/menu-vertical/apresentacao/rjp-105.pdf. ROESLER, Claudia R.; SANTOS, Paulo Alves. Argumentação jurídica utilizada pelos tribunais brasileiros ao tratar das uniões homoafetivas. **Revista Direito GV**, 10 (2), 2013, p. 347-389.
- ⁹ A desaposentação é a renúncia de uma aposentadoria com o intuito de obter outra aposentadoria mais vantajosa. A desaposentação é buscada geralmente por aqueles que continuaram a trabalhar depois de concedida sua aposentadoria e que, portanto, continuaram a contribuir para a previdência social após a aposentadoria. O que se objetiva, portanto, é a renúncia à aposentadoria anterior para a obtenção de uma nova aposentadoria mais vantajosa.
- ¹⁰ Em “Argumentação Jurídica e Teoria do Direito”, MacCormick discute a consistência com mais profundidade, mas em “Retórica e o Estado de Direito” não fica claro se o autor endossa as posições anteriores ou não.
- ¹¹ MacCormick inclusive deixa explícita a origem de cada um dos capítulos na seção de agradecimentos de “Retórica e o Estado de Direito”. Conferir MACCORMICK, 2008a, p. VII-VIII.
- ¹² Aqui e nas próximas passagens, “decisão” possui um sentido específico. “Decisão judicial” é o todo que engloba a “decisão” e a “fundamentação”. “Decisão” equivale àquilo que no âmbito do Processo Civil se chama de “dispositivo”, ou seja, as proposições em que o julgador resolve as

questões do caso concreto. É o que Atienza chama de “a solução do problema”, o “fechamento da pergunta da inicial”. ATIENZA, 2013, p. 431 e ss. “Fundamentação”, por sua vez, são os motivos por meio dos quais o julgador fundamenta essa decisão. “Justificação” e “Fundamentação”, por seu turno, podem ser termos usados como sinônimos no contexto em que se discute a apresentação de razões para “motivar” a decisão tomada pelo julgador.

- ¹³ Amaya, em obra recente, debate com bastante minúcia a questão da coerência no direito, propondo um modelo de aplicação inovador. Cf. AMAYA, Amalia. **The Tapestry of Reason: an Inquiry into the Nature of Coherence and its Role in Legal Argument**. Oxford: Hart Publishing, 2015.
- ¹⁴ Infelizmente, esse é uma prática recorrente na cultura argumentativa dos tribunais brasileiros, cf. ROESLER, 2016.
- ¹⁵ Por exemplo, na análise da ADI nº 3510, percebe-se que a fundamentação do voto do Ministro Eros Grau não correspondia à decisão tomada por ele. No entanto, como o voto fora vencido no julgamento (não fazendo parte, portanto, da fundamentação), pouca atenção ao problema foi destinada, cf. ROESLER e RÜBINGER-BETTI, 2014.
- ¹⁶ O artigo 927 do Novo Código de Processo Civil prevê, para citar alguns exemplos, que os juízes e tribunais deverão observar as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos de recursos repetitivos, as súmulas do STF e STJ, entre outros.

REFERÊNCIAS

AMAYA, Amalia. **The Tapestry of Reason: an Inquiry into the Nature of Coherence and its Role in Legal Argument**. Oxford: Hart Publishing, 2015.

ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentación Jurídica**. Madrid: Trotta, 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível nº 0084445-41.2014.4.01.3800/MG**. Relator: Juiz Federal Carlos Augusto Pires Brandão. Brasília, 2015.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LA TORRE, Massimo. Reform and Tradition: Changes and Continuities in Neil MacCormick’s Concept of Law. In: MENÉNDEZ, Agustín José; FOSSUM, John Erik (Ed.). **Law and Democracy in Neil MacCormick’s Legal and Political Theory: The Post-sovereign Constellation**. Springer, 2011.

MACCORMICK, Neil. Coherence in legal justification. In: **Theory of Legal Science**. Springer Netherlands, 1984. p. 235-251.

_____. The significance of precedent. In: **Acta Juridica** 174, 1998.

_____. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Institutions of Law**. New York: Oxford University Press, 2007.

____. **Retórica e o Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008a.

____. A reply to comments on Rhetoric and the Rule of Law. In: **Northern Ireland Legal Quarterly** 59:1, 2008b.

____. **H. L. A. Hart**. 2^a ed. Stanford: Stanford University Press, 2008c.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Claudia Rosane; JESUS, Ricardo Antonio Rezende de. A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidades. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 16, n. 2, mai./ago. 2011. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3281>.

ROESLER, Claudia Rosane. Entre o paroxismo de razões e a razão nenhuma: paradoxos de uma prática jurídica. In: **Direito.UnB. Revista de Direito da Universidade de Brasília**, vol. 2, n^o 1, jan./abr. 2016.

ROESLER, Claudia R.; LAGE, Leonardo. A argumentação do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça acerca da periculosidade de agentes inimputáveis e semi-imputáveis. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 21, n. 104, set./out., 2013, p. 347-389.

ROESLER, Claudia Rosane; RÜBINGER-BETTI, Gabriel. O julgamento da ADI n^o 3510 sob a perspectiva argumentativa. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 19, n. 3, p. 663-694, 2014.

ROESLER, Claudia R.; SANTOS, Paulo Alves. Argumentação jurídica utilizada pelos tribunais brasileiros ao tratar das uniões homoafetivas. **Revista Direito GV**, 10 (2), 2013, p. 347-389.

ROESLER, Claudia R.; SENRA, Laura Carneiro de Mello. Gênero e Justiça de Transição no Brasil. **Revista Jurídica da Presidência**, vol. 15, n. 105, fev./mai 2013, p. 35-67. Disponível em: www4.planalto.gov.br/revistajuridica/vol-15-n-105-edicao-especial-fev-mai-2013/menu-vertical/apresentacao/rjp-105.pdf.

TOULMIN, Stephen E. **Os usos do argumento**. Trad. Reinaldo Guarany. 2a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Recebido em: 20-11-2016

Aprovado em: 8-5-2017

Gabriel Rubinger-Betti

Estudante de graduação em Direito na Universidade de Brasília (UnB). E-mail: rubinger.g@gmail.com

Universidade de Brasília (UnB)
Faculdade de Direito. CAMPUS UNIVERSITÁRIO DARCY RIBEIRO. Asa Norte
70919-970 - Brasília, DF - Brasil.

Claudia Roesler

Pós-Doutorado em Filosofia do Direito pela Universidade de Alicante, Espanha (2006); doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo (Usp); graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul; é professora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB); bolsista de produtividade científica do CNPq. E-mail: croesler@unb.br

Universidade de Brasília (UnB)
Faculdade de Direito. CAMPUS UNIVERSITÁRIO DARCY RIBEIRO. Asa Norte
70919-970 - Brasília, DF - Brasil

