

CONSTRUINDO RACIONALMENTE OS VÍNCULOS ENTRE A DECISÃO E A MORAL

BUILDING RATIONALLY LINKS BETWEEN THE DECISION AND MORAL

Fabiano Hartmann Peixoto*
Debora Bonat**

RESUMO

O presente trabalho busca uma melhor compreensão de alguns aspectos apresentados por Neil MacCormick nas suas obras: *Argumentação jurídica e teoria do direito* (1978); *Retórica e o Estado de Direito* (2005) e *Practical Reason in Law and Morality* (2008). O marco teórico escolhido tem por objetivo estruturar um entendimento sobre a abertura do direito a argumentos morais e a compatibilidade de tal argumentação com as bases do Estado de Direito. O trabalho de MacCormick reconhece a importância e tem como principal amostra de estudo a decisão judicial. Mesmo sendo do *common law*, a essência da observação da aplicação da razão por parte dos seres humanos para decidir, especialmente quando há a opção de escolha, é válida e o marco teórico também é importante para compreendermos a relevância central que progressivamente têm as decisões judiciais dentro de uma tradição de direito diferente. Assim, é possível estabelecer alguns elementos de comparação do modelo teórico apresentado por MacCormick com a teoria da argumentação de Robert Alexy.

Palavras-chave: Teorias da argumentação jurídica; Neil MacCormick; Razão Prática; Discurso Jurídico; Robert Alexy

ABSTRACT

This paper seeks a better understanding of some aspects presented by Neil MacCormick in his works : Legal Argumentation and theory of law (1978), Rhetoric and the Rule of Law (2005) and Practical Reason in Law and Morality (2008). The chosen landmark aims to structure an understanding of establishing entitlement to moral arguments and the compatibility of such an argument with the foundations of the rule of law. MacCormick's work recognizes the importance and its main study the court decision. Even though the common law , the essence of observing the application of reason on the part of humans to decide, especially when there is the option of choice is valid and the theoretical landmark is also important to understand the central role that judicial decisions have progressively within a different tradition of law. Thus, it is possible to establish some elements of comparison of the theoretical model presented by MacCormick with argumentation theory of Robert Alexy .

Keywords: Legal Argumentation; Neil MacCormick; Practical Reason; Robert Alexy

* Doutorando em Direito. Professor Universitário; fabiano_hp@hotmail.com

** Doutoranda em Direito. Professora Universitária; debora_bt@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho, parte especial de um conjunto, foi projetado tendo como partida a necessidade direta de se buscar uma melhor compreensão de alguns aspectos das obras de Neil MacCormick: *Argumentação jurídica e teoria do direito*; *Retórica e o Estado de Direito* e *Practical Reason in Law and Morality*. Essa busca tem por objetivo mediato ampliar ideias que permitam primeiramente identificar em que termos consiste a aplicação da racionalidade ao se exercitar a opção de decisão, especialmente em decisões judiciais, onde há a opção de escolha nos chamados casos difíceis¹. Em segundo lugar, prosseguir na busca da compreensão de alguns elementos que permitam identificar compatibilidades de teorias constitucionais estruturadas sobre o conceito de Estado de Direito com a Argumentação Jurídica e, em terceiro lugar, estruturar um raciocínio, sem pretensão exaustiva, sobre alguns dos principais questionamentos feitos a contemporânea argumentação jurídica: 1) se a ponderação pode ser considerada como um método racional; 2) se a concepção interpretativa dos direitos supõe um perigo para os direitos fundamentais; 3) quais os limites e riscos da tese da otimização para o sistema jurídico; e 4) se a centralidade interpretativa pode levar a supor uma abstração teórica tal que não seja compatível com a prática.

Em artigo anterior, buscou-se elementos para a análise do terceiro objetivo, no item “2”, estudando o chamado “monopólio interpretativo do direito” avocado pelo Supremo Tribunal Federal e um possível risco a concretização de direitos fundamentais para o futuro.

O presente trabalho, se concentrará igualmente no terceiro objetivo, porém no item “4”. Para tanto, estudar-se-á as obras referidas de MacCormick, assim como a compatibilização de um estudo teórico do direito pelo viés constitucionalista e da argumentação jurídica alexyana. Esse interesse se justifica posto que ainda que o Direito não possa, naturalmente, ser reduzido a argumentação, a abordagem argumentativa presente nas decisões judiciais pode contribuir para uma melhor compreensão da teoria e da prática jurídica. Portanto, além do marco teórico buscar-se-á – pela importância central para a Teoria do Direito – a comparação de elementos com elementos da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy.

¹ Para fixação do alcance e significado de casos difíceis adota-se a ideia proposta por Ronald Dworkin. Para melhor compreensão procurar quarto capítulo de seu livro: *Levando os Direitos a Sério* (1977). Segundo Josep Aguiló Regla, enquanto para o paradigma positivista as situações a serem enfrentadas, isto é, os casos concretos podiam ser classificados em regulados ou não regulados, de acordo com a existência ou não de uma regra positivada no ordenamento; para o paradigma pós positivista os casos podem ser distinguidos entre fáceis ou difíceis. Nos primeiros, a solução é obtida pela incidência de uma única norma. Nos últimos, a solução é complexa e depende de uma intensa atividade deliberativa e de justificação. (AGUILÓ REGLA, 2008)

2 O DIÁLOGO DO CONSTITUCIONALISMO COM A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: ABERTURA DO DIREITO A ARGUMENTOS MORAIS

É no século XX (pós-guerra) que o modelo de direito que garante a segurança pela realidade já dada e posta, dissociado da atividade prática e reconhecido por mecanismos de autoridade, entra em crise.

A dissociação e estabilização de tensões e expectativas – algo próprio ao direito estavam ligadas ao próprio significado formal da Instituição e não a sua prática principiológica em si.

A falta de abertura do direito a argumentos morais demonstrava a necessidade de sublimação daquele modelo teórico de direito. Um aperfeiçoamento desse modelo, dissociando do reconhecimento institucional como mera autoridade, mas com demandas de interpretação valorativa e justificação de opções e escolhas que permitem a articulação das qualidades do Estado de Direito com as possibilidades da linguagem, na busca da segurança pela coerência e justificação, não só interna², como também externa³, das opções valorativas na interpretação e na decisão.

Desta forma, a estrutura da argumentação jurídica não é incompatível com um modelo institucional, que se fundamente em uma prática principiológica, porém isto não significa que é argumentação jurídica é compatível com qualquer modelo institucional.

A valorização institucional é responsável pelo crescimento de uma nação como já disse Benjamin Constant (1980, p.25). No entanto, as finalidades disso, à época de Constant, é que eram distintas das atuais também, pois justificava-se que “[...] quanto mais o exercício de nossos direitos políticos nos deixar tempo para nossos interesses privados, mas a liberdade nos será preciosa.” (CONSTANT, 1980, p.23). Assim o modelo institucional foi estruturado para assegurar o patrimonialismo, sustentado pela necessidade de consideração individual dos direitos e da previsibilidade das escolhas e opções.

Os processos históricos revolucionários de uma forma geral nos mostram e, o que estruturou o constitucionalismo, não foi diferente: em um primeiro momento a revolução e sua ideia vencedora vêm o futuro apenas como o momento de colheita dos “bons” frutos

² A justificação interna busca conferir o atendimento lógico das premissas utilizadas como fundamentação. Alexy menciona que os problemas ligados a justificação interna têm sido amplamente discutidos sob o rótulo do ‘silogismo jurídico’. Destaca também as hipóteses que o esquema de fundamentação deve alcançar, não só casos simples, cujo silogismo é direto, mas casos complicados, quando há necessidade de complemento com normas explicativas, limitadoras ou extensivas. Reforça que na justificação interna não está a análise da correção de premissas, mas com a incidência de cada uma das premissas é possível desenvolver o discurso para obter uma norma mais concreta. (ALEXY, 2007, p. 216-220)

³ A justificação externa, por sua vez, diz respeito à correção das premissas utilizadas para a justificação interna. Alexy distingue as premissas em determinados tipos: regras de Direito positivo, enunciados empíricos e premissas que não são nem enunciados empíricos nem regras de Direito positivo. Para cada tipo de premissa, segundo ele, correspondem diferentes métodos de fundamentação. A fundamentação de uma regra de Direito positivo consiste em mostrar sua conformidade com os critérios de validade do ordenamento jurídico. A fundamentação de um enunciado empírico pode passar por métodos das ciências empíricas, máximas da presunção racional, regras de carga de provas. A fundamentação das premissas, que não são regras de Direito positivo, tampouco enunciados empíricos; pode se denominar, segundo Alexy, de argumentação jurídica, que também que os três procedimentos de fundamentação guardam entre si múltiplas relações. (ALEXY, 2007, p. 222)

da semente revolucionária. Contudo, o Tempo muitas vezes é cruel! Um xeque foi feito ao constitucionalismo, isto é, nas palavras de Stephen Holmes (1999, p.217) “[...] Cómo se puede reconciliar ‘el consentimiento de los gobernados’ con la garantía de un consentimiento ulterior mediante una convención constitucional?” Por que algo que foi elaborado por uma geração deve exercer tamanho poder sobre as próximas? Como fica a soberania popular? Não seria um paradoxo ver que o constitucionalismo é antidemocrático, na medida em que se afastam certas decisões do processo democrático? Por que se deve conferir a uma geração a deliberação plena (compromissos constitucionais) e a outras uma deliberação restrita?

A(s) tese(s) que fundamentam um pré-compromisso constitucional autorizam que homens se permitam indiretamente comprometer outros por meio obrigações, para que, em essência teleológica, alcancem os objetivos da sociedade e, em última análise, haja benefício para a própria sociedade ao longo do Tempo. Em resumo, “[...] al aceptar una Constitución preestablecida, un Pueblo se ata sus propias manos, pero también se libera de cargas considerables.” (HOLMES, 1999, p. 244)

Mas as justificativas do pré-compromisso prolongam o paradoxo, com uma contradição prática: a vontade de ceder a vontade. Disso vem a pergunta: para conservar a liberdade de vontade deve se restringir a ela própria (vontade)? Embora o debate possa seguir em outra direção, esta redução quase molecular do problema do pré-compromisso constitucional permite identificar uma necessária preocupação, pois não se pode fugir da ideia de que este dilema é uma construção humana e demanda uma deliberação. Assim, qual(is) a(s) forma(s) correta(s) de se comportar já que as escolhas serão decisões complexas e como justificá-las?

Neste sentido, o diálogo entre as teorias institucionalistas e a argumentação jurídica não só é possível como potencialmente rico, pois enfrentam um problema semelhante. A tensão entre constitucionalismo e democracia, reconhecidamente, um ponto de debate para os teóricos do pensamento político, é um ponto precioso, portanto, para o diálogo do constitucionalismo com a argumentação jurídica, posto que a linguagem apresenta possibilidades de interface com as alterações de características do homem e suas instituições sob efeito do Tempo.

3 A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NA TEORIA DE NEIL MACCORMICK: ALGUMAS POSSÍVEIS COMPARAÇÕES COM A TEORIA ALEXYANA

Como comentado anteriormente, aqui procurar-se-á alguns elementos para compreensão da teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick. Esse filósofo do direito inicia sua obra *Argumentação jurídica e teoria do direito* com a preocupação central que irá ser objeto de reflexão até sua última obra, com publicação póstuma – a descrição e explicação de argumentos jurídicos, relacionando-os a teoria geral do direito, dentro de

uma estrutura da teoria geral da razão prática. Busca, assim, a aplicação da razão pelo homem para decidir entre possíveis escolhas.

No percurso, por força própria e pela colaboração de teses críticas, mantém a centralidade do tema, alterando, entretanto algumas conclusões, as quais aqui, sem intenção exaustiva (o próprio MacCormick reconhece que revisões e reflexões sobre suas ideias iniciais estão espalhadas em conferências, debates e outras discussões), vai-se buscar ressaltar.

De início MacCormick (2006, IX) já define o que operará como argumentação prática, ou seja “[...] aplicação da razão por parte dos seres humanos para decidir qual é a forma correta de se comportarem em situações onde haja escolha.”

Da mesma forma, compreende argumentação jurídica⁴ como uma forma ramificada da argumentação prática. Por reconhecer que os problemas de interpretação, de classificação e de pertinência, na argumentação a partir de normas, tem seus limites e que o raciocínio dedutivo, portanto, não pode ser auto-suficiente e auto-sustentável na justificação jurídica, MacCormick (2006) vê espaço para o desenvolvimento do raciocínio prático na solução desse problema.

Fazendo expressa concessão a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy (1978), MacCormick (2006) apresenta a argumentação como espécie do raciocínio prático, posto que algo que estabelece o que é correto fazer em situações de escolha tratará de justificação da escolha feita. Para isto, diferencia-se MacCormick de Alexy⁵ pela estratégia, posto que, em abordagem mais fenomenológica, debruça-se nas argumentações feitas pelos tribunais⁶ (especialmente Inglaterra e Escócia) – método da reconstrução racional, com marcante viés retórico⁷.

Como marco filosófico, MacCormick, num primeiro momento, identificou-se com as teses do positivismo elaborado por H.L.A. Hart apresentada no livro: O conceito de direito. Mas o próprio MacCormick (2006) diz-se afastar do padrão positivista abrandado para o ele chama de institucionalismo pós-positivista. Neste caminho reconhece as qualidades da lógica dos predicados, ao invés da lógica das proposições inicialmente proposta.

⁴ Sobre argumentação jurídica, muito semelhantemente, Alexy estrutura seu pensamento a partir da constatação de como podem ser necessárias valorações, isto é, julgamentos de qual alternativa pode ser eleita como a melhor em algum sentido; como ocorre a relação dessas com os métodos de interpretação jurídica, com os enunciados e conceitos da dogmática jurídica; e, finalmente, como elas podem ser racionalmente fundamentadas e justificadas. (ALEXY, 2007, p. 28)

⁵ Manuel Atienza destaca a teoria de MacCormick como uma das teorias da argumentação com maior difusão e juntamente com a de Alexy formam o que o autor chama de teoria padrão da argumentação, com concepções muito semelhantes, embora influenciados por tradições diferentes. O primeiro basicamente por Hume, Hart e a tradição da *common law*; o segundo, pela ciência jurídica alemã, destacadamente Kant e Habermas. (ATIENZA, 2002, p. 169-232)

⁶ Ainda segundo Atienza, para MacCormick a argumentação cumpre uma função justificadora, e por ela, ele desenvolve prescritiva e descritivamente sua teoria, tendo como objeto as decisões publicadas dos Tribunais. O estilo dos juízes britânicos favorece esta construção – decisões colegiadas, tomadas por maioria, em que cada juiz redige sua sentença – favorecendo o aparecimento de diversidade de soluções e ainda a inexistência da carreira de juízes (que eram recrutados entre os advogados) – tornando-os menos pessoais e mais próximos das controvérsias. (ATIENZA, 2002, p. 169-232)

⁷ MacCormick propõe quatro critérios que permitam estruturar a decisão jurídica, afastando o caso problemático do risco da arbitrariedade. São eles a universalização, a consistência, a coerência e o consequencialismo jurídico.

Antes (discorre MacCormick em 1978) havia o pensamento de que se a concepção de justiça é ou não boa ou sólida, isto dizia respeito aos princípios gerais da filosofia normativa do direito ou filosofia moral (MacCormick, 2006, p.94) e este seria um debate externo aos tribunais na maioria dos casos. Contudo, mesmo naquela época MacCormick (2006, p. 127-129) já se inquietava com o problema da esgotabilidade normativa o que, não raro envolve o que chama justificação de segunda ordem, isto é, justificação de escolhas entre possíveis deliberações rivais. As deliberações jurídicas fixam comportamentos, ordenam consequências face a verificação de determinadas condições. Apresentam um modelo para o mundo e não do mundo⁸ (MacCormick, 2006, p. 132). Disto, “Não pode estar em questão se as deliberações jurídicas descrevem o mundo com precisão ou sustentam previsões verdadeiras sobre acontecimentos naturais”. (MacCormick, 2006, p. 131)

Também é conveniente destacar que quanto ao exame de princípios e coerência em que MacCormick resiste às críticas, mas mantém posição sobre as críticas feitas a Ronald Dworkin do conceito interpretativo⁹ do direito.

Importante que MacCormick, assim com a teoria da argumentação de Robert Alexy, reconhece a importância do discurso racional prático para uma justificação na argumentação jurídica, a partir, portanto, de exigências da razão geral prática, que submete a argumentação jurídica aos princípios gerais da racionalidade prática. Entretanto, nuances de diferença são elaborados nesse aprimoramento reflexivo de MacCormick que o separam da teoria alexyana.

Para Atienza (2002), que apresentou crítica a teoria de MacCormick (visão de 1978) sobre o papel desempenhado pela lógica e pela dedução, assim como a dependência da verdade reconhecida pelo juiz ou pela decisão judicial que a estabeleça, visualiza-se um aprimoramento reflexivo, notadamente no enfoque dado a questão da qualificação e os entraves submetidos a dedução nesse aspecto e a necessidade de argumentação retórica.

Por outro lado, para Alexy (2007, p. 30) seria também um erro deduzir que há um campo livre, no processo valorativo, para convicções morais dos aplicadores do Direito. Mas as tentativas de buscar a forma de objetivação para a valoração são por ele agrupadas nas seguintes posturas dissociam-se da retórica¹⁰:

⁸ MacCormick (2006, p. 132) relata para ilustrar isto o caso da bebida contaminada. E diz “ou bem os fabricantes de bens de consumo deveriam tomar cuidados razoáveis no prepare e acondicionamento de seus produtos, e deveriam estar sujeitos a um pedido de indenização por parte de qualquer pessoa prejudicada por negligência do fabricante a esse respeito; ou então não lhes é exigido nos termos da lei que tomem esse tipo de cuidado e nos termos da lei não são responsabilizados por falhas nesse sentido.”

⁹ Por interpretação construtiva com instrumento de estudo do Direito, Dworkin estrutura três etapas: pré-interpretativa (regras e padrões), interpretativa (atribuição de significado) e pós-interpretativa (aplicação coerente da melhor justificativa prática). Para Dworkin, “[...] a justificativa não precisa ajustar-se o suficiente para que o intérprete possa ver-se como alguém que interpreta essa prática, não como alguém que inventa uma nova prática.” (DWORKIN, 1986, p. 65)

¹⁰ (1) basarse en convicciones y consensos fácticamente existentes, así como en normas jurídicas fácticamente vigentes o seguidas; (2) referirse a valoraciones que, de alguna manera, pueden ser extraídas del material jurídico existente (incluidas las decisiones anteriores) y (3) recurrir a principios suprapositivos. [...] (4) apelar a conocimientos empíricos [excepto los presupuestos en (1)]. (ALEXY, 2007, p.33)

(1) basear-se em convicções e consensos faticamente existentes, assim com em normas não jurídicas faticamente vigentes ou seguidas; (2) referir-se a valorações que, de alguma maneira, podem ser extraídas do material jurídico existente (incluídas as decisões anteriores) e (3) recorrer a princípios suprapositivos. [...] (4) apelar a conhecimentos empíricos¹¹ [exceto os pressupostos em (1)].

Alexy (2007, p. 33) entende pela insuficiência das condutas realizadas nas tentativas de objetivação, argumentando que, nas sociedades modernas, há diferentes concepções para quase a totalidade de problemas práticos, assim como, os consensos práticos são raros. Considera que o amparo buscado na evidência e na ordem natural preexistente é extremamente duvidoso; assim como os juízos fáticos podem resultar em diferentes conseqüências normativas.

Por MacCormick (2006), havendo problemas práticos, destacadamente havendo possibilidades decisórias justificáveis, os argumentos serão mais ou menos fortes se atrelados a valores, que igualmente não têm lugar na arbitrariedade, pois dizem respeito a condições de existência social da mesma forma bons, posto que estruturados sobre a mesma base valorativa que se reflete na estruturação principiológica de todo o ordenamento. Para ele o direito é capaz de expressar a vontade de toda a sociedade.

Segundo Alexy (2007, p. 34), a argumentação jurídica é uma atividade lingüística e trata da correção dos enunciados normativos. Para ele “Será conveniente designar tal atividade como ‘discurso’, e, por se tratar da correção de enunciados normativos, como ‘discurso prático’ [e MacCormick (2011, p. 172) reconhece isso]. O discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral”.¹²

Para Alexy (2007, p. 273), a necessidade do discurso jurídico surge pela debilidade das regras e formas do discurso prático geral, posto que essas, em muitos casos, não levam a um resultado ou não garantem segurança a um eventual resultado.¹³

Dentro de uma teoria retórica da argumentação, MacCormick (2008) parte para a chamada justificação de segundo nível, que significa o atendimento de alguns requisitos: a universalização¹⁴, a consistência narrativa, a consistência normativa e o consequencialismo, ou seja, a relação entre a decisão e a comunidade.

¹¹ Segundo Alexy: Tales conocimientos empíricos son de gran importancia en las fundamentaciones jurídicas, pero *sólo* de ellos no se pueden deducir premisas normativas.

¹² “Será conveniente designar tal actividad como ‘discurso’, y, puesto que se trata de la corrección de enunciados normativos, como ‘discurso prático’. El discurso jurídico es un caso especial del discurso prático general.” (ALEXY, 2007, p. 34)

¹³ Alexy destaca três razões para a afirmada debilidade: 1) as regras do discurso prático geral não prescrevem de que premissa normativa devem partir os participantes do discurso; 2) nem todos os passos da argumentação estão fixados e 3) algumas regras do discurso só podem cumprir-se de maneira aproximada, havendo a possibilidade de não se chegar a um acordo. (ALEXY, 2007, p.273).

¹⁴ Sobre o universalismo MacCormick defende que até em julgamentos mais particularistas deve haver o apoio em raciocínios universalizáveis. Para tanto, exemplifica a decisão particular e intuicionista do julgamento feito por Salomão: “O Rei utilizou um expediente brilhante para descobrir qual das duas mulheres se importava mais profundamente com a criança. Ele inferiu que ela deveria ser a mãe justamente pelo caráter visceral de seu amor (‘com suas entranhas clamando por seu filho’, como a Bíblia tão humanamente o expressou). A partir daí seu julgamento foi, em substância, ‘Deem a essa mulher a criança... [porque] ela é a mãe’. O ‘porquê’ é essencial. A qualidade de concisão e clareza da história bíblica é devida ao fato mesmo de ela reduzir o evento a seus elementos essenciais: uma disputa sobre a maternidade de uma criança; o expediente utilizado pelo patriarca para esclarecer o fato crítico. Qual mulher é verdadeiramente a mãe?;

Por outro lado, afirma Alexy (2007, p. 274), resulta consequência racional a introdução de formas e regras especiais de argumentação jurídica. Assim, pela limitação das regras e formas do discurso prático geral e pela insuficiência na solução de todos os problemas pelas normas jurídicas surgidas pelo processo de legislação é que se deve buscar, sem deixar de lado essas duas, ao menos, uma área do possível discursivamente e, onde, os aspectos particulares participarão na construção decisória.

Assim, é possível considerar que a argumentação jurídica, que de alguma forma dependente da argumentação prática geral, de acordo com suas respectivas regras e condições apresenta um discurso jurídico que tem alcance particular.

A argumentação jurídica tem, no entanto, limitações que são suavizadas, mas não eliminadas (ALEXY 2007, p. 278). Desta forma, conforme expõe o próprio Alexy (2007, p. 278), sua teoria da argumentação jurídica racional não é um procedimento que garante a segurança de um único resultado para o caso difícil. Afirma Alexy (2007, p.278) enfaticamente que quem equipara racionalidade e segurança (segurança de atingir a um resultado específico) deve renunciar a uma teoria da argumentação jurídica racional.¹⁵

Alexy (2007, p. 278) rechaça tal equiparação afirmando que não seria a produção da segurança (na obtenção de um único resultado) que constituiria o caráter racional da Jurisprudência, mas sim o cumprimento de uma série de condições, critérios e regras, tais como os que foram por ele apresentados.

Esse caminho, entende-se, é até mais compatível com a visão de segurança (ao menos em uma concepção mais atual), do que a exigência do caráter de universalidade do raciocínio como forma de garantir a previsibilidade tão cara ao modelo de segurança jurídico histórico. Este pensamento é compartilhado pela ótica de MacCormick, que fundamenta inclusive a possibilidade de diálogo de fenômenos universais (constitucionalismo como fundamento de previsibilidade) com locais (constitucionalismo aplicado).

Segundo MacCormick (2006) a razão prática pode não ter a infalibilidade no fornecimento das justificativas. A ênfase justificadora, segundo ele, deve ser repensada, posto que processos de descoberta racional precisam tanto de processos de justificação racional quanto de pensamentos reflexivos.

Atienza (2006, p. 182) condensa:

Dito de forma resumida, sua tese consiste em afirmar que justificar uma decisão num caso difícil significa, em primeiro lugar, cumprir o requisito da universalidade, e, em segundo lugar que a decisão em questão tenha sentido em relação ao sistema (ou seja, que cumpra os requisitos da consistência e da coerência) e em relação ao mundo (o

então, o julgamento sem hesitação. O drama da espada mostra ao juiz e a todos os demais assistentes quem era a verdadeira mãe. Sendo ela a mãe verdadeira, essa foi a razão para ter-lhe sido entregue a criança.” (MACCORMICK, 2008, p.116-117)

¹⁵ Sustentar a tese de que há apenas uma resposta correta é um equívoco para Alexy, segundo Atienza. Nesse ponto encontra-se apresentado um importante elemento de distinção com o pensamento de Dworkin. (ATIENZA, 2002)

que significa que o argumento decisivo – dentro dos limites marcados pelos critérios anteriores – é um argumento consequencialista). (ATIENZA, 2006, p. 182)

Para MacCormick (2006, p. 131-133) as decisões jurídicas tratam do mundo real e assim como as hipóteses científicas elas devem fazer sentido não só no respectivo sistema como no mundo. Assim, além do sentido dentro do próprio sistema jurídico, pelo modo consequencialista de argumentar deve-se considerar as consequências de adotar uma deliberação examinando e verificando hipóteses em comparação com outras hipóteses em formato similar a testes científicos, isto é exercícios de comparação e rejeição para verificação.

Atienza (2006) também destaca no modelo de MacCormick, que dentro da coerência qualificada como normativa existem dois importantes tipos de argumentos para a solução dos casos difíceis:

1) os argumentos a partir dos princípios e os argumentos por analogia. Se uma norma pode ser subsumida pro um princípio significa que ela é valiosa para uma justificação. Sua força, por óbvio, não é absoluta e o seu caráter não é concludente, mas relevante e importante.

2) os argumentos por analogia são semelhantes, sobretudo porque são construídos. Para MacCormick, na justificação de uma decisão, além desse dois argumentos, são decisivos como mencionado acima, os argumentos consequencialistas, afastando as decisões cujas consequências forem mais inaceitáveis, avaliadas com relação a uma série de valores como o bem comum, o senso comum, a Justiça, a conveniência pública.

Ao estruturar um teoria pelo uso de argumentos por princípios, assim como ampliando as exigência pela coerente, o resultado pretendido para que uma decisão seja considerada coerente ganha complexidade. Segundo Martins, (2011, p.219) “[...] Ultrapassou-se a ideia de coerência apenas como um requisito formal de adequação entre o direito posto e o direito que aparece na solução de cada caso concreto.” Entendem, ao comentar a obra de MacCormick que, em conclusão “Passou-se a exigir a demonstração de que a solução construída é coerente com ideias de uma vida social voltada para o mútuo entendimento e respeito recíproco. A coerência do ordenamento passou, portanto, a estar mais próxima de um ideal de integridade do direito.” (MARTINS; ROESLER; JESUS 2011, p.219)

4 RAZÃO PRÁTICA E MORALIDADE

MacCormick em 2008 ao escrever *Practical Reason in Law and Morality* (PRLM), como parte do quarteto cujo tema é Direito, Estado e Razão prática dedica-se a compreender questões sobre a autonomia de pessoas como agentes morais; a razão universal frente ao particularismo dos julgamentos morais e a estrutura objetiva que atende as tentativas do homem apontar bons motivos para decidir o que fazer frente a sérios dilemas práticos.

MacCormick (2011) pergunta-se se a razão pode ser prática, e diz que a resposta de David Hume seria que a razão é escrava das paixões e que toda motivação de ação para o homem vem da emoção e dos sentimentos. Se alguém se sente agradecido por algo recebido fará nascer o desejo de algo bom em retorno. O raciocínio sobre questões de fato podem ajudar a encontrar o melhor jeito de agradecer um favor recíproco. Porém a razão entra apenas para preencher a vontade estabelecida, baseada no sentimento de gratidão.

MacCormick (2011) entende, por outro lado, que a conduta humana envolve razão e emoção. A boa e sábia ação se dá através de boas razões e o equilíbrio entre a natureza afetiva e intelectual. O tempero entre a linha do sentimentalismo e a racionalização sem sentido crítico, pode ser um campo muito importante para a estruturação de boas razões.

Para MacCormick (2011, p.2), - como um ponto central no seu livro, está o objetivo de alcançar uma síntese acreditada do pensamento de Kant e de Adam Smith. Com isto seria possível resolver o enigma da razão prática. Esclarece, que tanto o sistema de liberdade natural de Smith quanto as leis de liberdade de Kant são inadequadas para satisfazer completamente as demandas de justiça contemporâneas.

Instrumentalizando esta busca, MacCormick (2009, p.2) passa a analisar o que chama “o imperativo categórico de Smith”, isto é, uma reconstrução do princípio estrutural básico do pensamento moral desenvolvido por Kant em função da necessidade de dar a devida importância ao sentimento humano e emoção em qualquer juízo sobre como agir em impasses.

Como a ideia de razão prática também não pode estar dissociada da capacidade de auto-comando ou autogoverno das pessoas, a reflexão sobre autonomia também é objeto de MacCormick (2011). Segundo ele, para Kant existe uma transcendental pressuposição de nossa capacidade para conduzir-se no mundo, o homem age subjetivamente, na medida que de alguma forma encontra regras para nos conduzir. Contudo, o homem não age simplesmente, age por alguma consequência. Como as mares são puxadas pela gravidade, ou animais selvagens pelo instinto, o homem também se vê envolvido em processos causais sobre os quais não tem muito controle.

Se o homem é livre, surge para MacCormick (2011) a importância da discussão também sobre o bom uso da liberdade. Assim, se o homem é livre, quer fazer suas escolhas e, por isso, quer ter alguma ideia do que é o bom e sobre o que o fará virtuoso. Conclui que a fim de cultivar o bem devemos buscar o que é bom.

Para tanto MacCormick (2011 p.172) entende que o julgamento final sobre uma questão é certo ou errado de acordo com o conjunto discursivo que se deu por completo. Tanto os chamados *legal judgements* quanto os *moral judgements* envolvem formas de razão prática (2011). Contudo, há, nos primeiros um anteparo mais institucionalizado que nos últimos. Aí um elemento que demanda uma boa fundamentação para as decisões apoiadas em julgamentos morais.

MacCormick (2011, p. 194) alerta para o risco que pessoas avocadas de autoridade e o risco dessas decisões. Ao relembrar do rei francês Luís XV a fala ao seu povo ‘Après moi le déluge’ ou Hobbes – ‘grant absolute sovereignty or put up with the war of all against all’, reafirma o papel central da razão em refutar o absolutismo da autoridade, a autoridade formalmente em si, como licença a arbitrariedade na imposição de condutas e pensamentos. As decisões, moralmente orientadas devem ser produto de uma natureza humana madura e orientada. Pessoas que agem e vivem de acordo com a razão não ignoram, segundo ele, a dimensão sentimental da vida humana, mas passam através das paixões.

Para MacCormick (2011), desenvolve-se uma espécie de sentimentalismo casado com imparcialidade, em uma ajuste metafórico da teoria moral sentimental de Adam Smith, ajustada a elementos de Kant.

Para MacCormick (2011) o direito é uma disciplina retórica, mas não só retórica, na medida da construção e estruturação de argumentos lógicos de persuasão. Pode existir um lado obscuro, na escolha em um decisão judicial e, neste momento, se há alguma possibilidade de proteção, está na análise das razões que justificaram a decisão.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

MacCormick reconhece e reflete sobre diversas críticas feitas a sua teoria. De especial interesse para o presente trabalho a proeminência do caráter justificador de seu modelo teórico, que pela crítica (Atienza, por exemplo) é visto como um aspecto conservador¹⁶.

Ao concentrar sua tese na decisão judicial, ao contrário da teoria da argumentação jurídica de Alexy, que parte da argumentação prática geral para a jurídica, MacCormick também abriu espaço para a crítica da parcialidade e especificidade da decisão judicial no universo da argumentação jurídica.

Ao conferir a verdade, como aquilo que foi certificado como tal com autoridade, segundo a crítica, confunde-se verdade com prova. Tais conceitos, no Direito, não podem se fundir.

Nesta mesma veia crítica surge também a observação sobre o elemento consequencialista. Assim, sobre o risco de decisões inovadoras não poderem ser justificadas, pela primazia da interpretação de acordo, parece que o próprio MacCormick (2006) ao expressamente reconhecer alguma imprecisão na sua atribuição e exame do consequencialismo, houve um aprimoramento na teoria, destacadamente na abordagem feita no livro *Practical Reason and Morality*.

¹⁶ Ao concentrar sua teoria nas decisões dos Tribunais sofre a crítica da parcialidade de sua argumentação jurídica. Além disto, inclusive, por seu elemento consequencialista, há o risco de decisões inovadoras não poderem ser justificadas, pela primazia do sentido mais óbvio, da interpretação literal ou interpretação de acordo, algo que foi desenvolvido por MacCormick, segundo Atienza, posteriormente.

Reconhecendo a importância e em alguns casos a pertinência das críticas o pensamento de MacCormick tem muito valor e importância. As exigências colocadas as teorias do direito estruturadas sobre a argumentação jurídica em suas demandas estruturais e procedimentais buscam, em essência, mecanismos de estruturação da decisão judicial, ou até mesmo do raciocínio jurídico e não deixam de ser, em última análise, um instrumento de segurança jurídica. Provavelmente é esse conceito que tem seu significado alterado na alteração do paradigma do positivismo jurídico para o pos-positivismo. A segurança jurídica não do ponto de vista da partida, mas do campo de visão da chegada.

Segundo Atienza (2002), Alexy percorre o mesmo caminho que MacCormick, só que em sentido oposto. MacCormick parte das argumentações (justificações) das decisões, elabora uma teoria da argumentação jurídica que acaba por considerar como fazendo parte de uma teoria geral da argumentação prática. Destaca a teoria de MacCormick como uma das teorias da argumentação com maior difusão e juntamente com a de Alexy formam o que o autor chama de teoria padrão da argumentação, com concepções muito semelhantes, embora influenciados por tradições diferentes. O primeiro basicamente por Hume, Hart e a tradição da *common law*; o segundo, pela ciência jurídica alemã, destacadamente Kant e Habermas.

Nestas teorias *standarts* da argumentação jurídica há, no campo do Direito, uma conexão entre a argumentação prática geral e o discurso jurídico, que é visto como um caso especial do discurso prático geral. Assim, discurso argumentativo tem estrutura, regras e forma; algumas fundamentais, cuja validade é condição para qualquer discurso prático ou teórico e buscam: a não contradição, sinceridade, universalidade e correspondência com efeitos práticos em toda a sociedade e o uso comum da linguagem.

Tais características são preocupações igualmente do discurso jurídico, que como característica especializada, busca conferir uma justificação, no âmbito interno e externo, que conferiram respectivamente um aspecto de correspondência lógica entre premissa e produto, assim como a correção do resultado interpretativo.

Para Atienza (2002, p. 234), a teoria *standart* da argumentação jurídica é vista como uma sistematização e reinterpretação da teoria do discurso prático de Habermas; e, como leciona “[...] uma extensão dessa tese para o campo específico do Direito.”

Atienza (2002) ainda sobre a ligação da teoria *standart* e Habermas, explicando a teoria do discurso deste, esclarece que ela parte de um conceito amplo de razão e que as questões práticas podem ser resolvidas racionalmente. Tendo como direção a linguagem, existem pressupostos racionais para o consenso, que vão desde a inteligibilidade, o entendimento a uma manifestação veraz, correta, aberta a participação de modo que seja possível a construção de coincidências entre falante e ouvinte. A partir da problematização dessa ação comunicativa surge o discurso, no qual há necessidade de fundamentar as razões do falante, de maneira teórica ou prática. As regras não garantem sempre o acordo e, mesmo quando

obtido, seu seguimento pode não ser observado. Sabendo-se dessas limitações do discurso prático há a proposta da necessidade de um sistema jurídico para operar neste limite. Assim, o Direito é visto numa perspectiva coativa além da normativa, através de três procedimentos: a criação estatal de normas jurídicas, a argumentação jurídica e o processo judicial.

Assim, o discurso jurídico tem seus limites, pois as regras não garantem que se possa chegar a uma única resposta certa. Nem sequer num discurso ideal “[...] seria possível assegurar que o discurso prático permite alcançar sempre um consenso [...]” (ATIENZA, 2002, p. 264). Contudo, segundo a visão de Atienza (2002) sobre a teoria *standart* essas dificuldades não invalidam a construção do discurso jurídico, pois ela é um procedimento para um tratamento racional.

O modelo de Direito estruturado por MacCormick permite alcançar um maior grau de racionalidade prática. O grande problema de como fundamentar uma decisão é consideravelmente respondido pela argumentação jurídica prática discursiva. Como tal, essa construção se dá através de um procedimento. O procedimento discursivo se desenvolve, dessa forma, através da atenção de uma estruturação associadas aos critérios teóricos e formas apresentados pela teoria que fundamentam a racionalidade pretendida.

O discurso jurídico fundamentado na argumentação, busca que uma proposição seja avaliada dentro de uma perspectiva racional. Uma proposição/comunicação tem sua conclusão avaliada não através da identificação de uma única solução possível, mas sim se há a possibilidade de afirmação de uma fundamentação de maior racionalidade em tal discurso. Não deixa, portanto, de ser uma alternativa à imposição moral e política de decisões, cujos fundamentos são desenvolvidos dentro de um discurso jurídico.

REFERÊNCIAS

AGUILO REGLA, Josep. Sobre Derecho y Argumentación. In: AGUILO REGLA, Josep. Sobre Derecho y Argumentación. Palma (Mallorca): LLeonard Muntaner, 2008.

ALEXY, Robert. Teoria de La argumentación jurídica. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*. Teorias da Argumentação Jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*. Teorias da Argumentação Jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006.

CONSTANT, Benjamin. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*. In: Filosofia Política n. 2. Trad. Loura Silveira. Porto Alegre: LPM Editores, 1980.

DWORKIN, 1986, *O império do direito*. Trad. Gildo Rios. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y democracia*. Trad. Mônica Utrilla de Neira. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 217-262

MARTINS, Argemiro C. M.; ROESLER, Claudia R.; e JESUS, Ricardo A.R..A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidades. *Revista Novos Estudos Jurídicos/UNIVALI*, volume 16, n. 2, mai-ago 2011, p.207-221.

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

_____. *Retórica e Estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. *Practical Reason in Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.