

O argumento por meio de precedentes à luz da teoria da argumentação jurídica de Neil

Maccormick: pressupostos, razões e limites.

The argument by precedents according to the theory of juridical argumentation of Neil

Maccormick: assumptions, reasons and limits.

Anderson Luiz Silva ¹

Resumo: O objeto de investigação deste trabalho é o argumento a partir de precedentes segundo a teoria da argumentação jurídica propugnada por Neil MacCormick. Nesse desiderato, são analisados os pressupostos teóricos do referido autor, bem como outras questões relevantes para compreensão dos precedentes judiciais, tais como: os casos problemáticos, o modelo de *ratio decidendi*, os critérios de justificação do precedente, as razões e os limites ao uso desse tipo de argumento, os descordos razoáveis. O estudo finaliza com algumas considerações críticas sobre a concepção de precedentes de Neil MacCormick e os aspectos da sua Teoria Geral do Direito. Desse modo, é possível explicar criticamente os pressupostos, razões e limites do argumento por precedentes no pensamento desse autor.

84

Palavras-chave: Argumentação jurídica; Neil MacCormick; precedentes judiciais.

Abstract: The investigation object of this work is the argument from precedents according to the theory of juridical argumentation of Neil MacCormick. In this goal, the theoretical assumptions of this author are analyzed, as well as other issues relevant to understanding the judicial precedents, such as the problematic cases, the model of *ratio decidendi*, the criteria for justification of the precedent, the reasons and limits to the use of such argument, the reasonable disagreements. The study concludes with some critical considerations in the face of conception of precedents of MacCormick and its own General Theory of Law. Thus, it is possible to critically explain the assumptions, reasons and limits of the argument by precedents in the thinking of the author.

Keywords: Juridical argumentation; Neil MacCormick; judicial precedents.

Sumário: Introdução. 1 – Alguns pressupostos teóricos do “último” MacCormick. 1.1 – Teoria da ordem normativa institucional. 1.2 – Reconciliação entre o “caráter argumentativo do Direito” e o “Estado de Direito”. 2 – O argumento a partir de precedentes. 2.1 – Conceitos básicos. 2.2 – Casos problemáticos: quando entra em cena o argumento a partir de precedentes. 2.3 – As razões para o uso do argumento a partir de precedentes. 2.4 – Por um modelo de *ratio decidendi*. 2.5 – Critérios de justificação do precedente. 2.5.1 – Universalizabilidade. 2.5.2 – Controle do argumento a partir de precedentes: consistência, coerência e consequência. 2.5 – Limites ao uso dos precedentes: os “desacordos razoáveis”. 3 – Algumas considerações críticas sobre o pensamento de MacCormick. Conclusão. Referências.

¹ Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (2013 - atual). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (2012). Advogado. Assistente em Administração do Instituto Federal de Alagoas. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Público, atuando principalmente nos seguintes temas: Teoria Geral do Direito, Direito Administrativo, Financeiro e Tributário. Maceió/AL – Brasil. Email: andersonls7@outlook.com.

INTRODUÇÃO

Na obra “Retórica e Estado de Direito”, Neil MacCormick revela que a sua teoria da argumentação jurídica, inicialmente esboçada no livro “Argumentação jurídica e teoria do direito”, de 1978, sofreu consideráveis reformulações. Tal revisão teórica, em grande parte oriunda do acatamento e superação de diversas críticas que lhe foram dirigidas por outros estudiosos, culminou no seu afastamento do positivismo de Hart e do ceticismo de Hume.

A linha mestra de desenvolvimento do presente estudo tem como norte justamente aquela obra de MacCormick, seja porque é mais recente, seja porque é nela que o autor, como o próprio diz, publica suas “teses finais” sobre a teoria da argumentação jurídica. De todo modo, este trabalho preza por indicar aspectos relevantes da primeira obra de MacCormick, os quais se mantiveram no pensamento do autor. Além disso, busca-se demonstrar a influência exercida pela obra de Olbrechts-Tyteca e Perelman, bem como a relação com a teoria da argumentação de Robert Alexy.

Nesse desiderato, num corte metodológico, tomou-se como objeto de estudo específico a aplicação do argumento a partir de precedentes judiciais, tendo em vista a importância prática que essa espécie de técnica argumentativa tem nos dias atuais. Mesmo no sistema de *civil law*, tal qual o brasileiro, o estudo e sistematização dos precedentes judiciais estão em voga, especialmente pelo papel desempenhado pelas cortes superiores de justiça na procura da estabilização e uniformização do direito, a exemplo do que se sucede com os incidentes de uniformização, súmulas impeditivas de recursos e súmulas vinculantes.

Inspirado nesse objetivo, o presente trabalho parte, inicialmente, da exposição dos postulados teóricos que orientam a argumentação jurídica em MacCormick, quais sejam: a sua teoria da ordem normativa institucional e seu esforço retórico de conciliar o caráter discursivo do direito com os ideais do Estado de Direito.

Em seguida, intenta-se dar respostas às questões relativas ao seu modelo de argumento a partir precedentes, as quais gravitam em torno dos seguintes aspectos: conceituação do argumento, momento em que entra em cena esse argumento (casos problemáticos), o modelo de *ratio decidendi*, os requisitos de justificação e controle do uso dos precedentes, bem como os seus limites.

Ao final, almeja-se estipular algumas críticas ao modelo de argumentação jurídica de MacCormick, com enfoque no argumento a partir de precedentes, mas alcançando também alguns postulados gerais e basilares do seu pensamento.

Mostra-se, salutar, portanto, uma análise expositiva, mas também crítica, sobre a proposta de justificação racional da decisão jurídica a partir dos precedentes judiciais (juntamente com outras formas de argumentos), tal qual como tentou MacCormick.

1 ALGUNS PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DO “ÚLTIMO”² MACCORMICK

1.1 Teoria da Ordem Normativa Institucional

A construção do modelo de argumentação jurídica de MacCormick pressupõe primeiramente o direito como uma ordem normativa institucional (2011, p. 17), composta de duas condições: a primeira condição diz que “há muitas normas de conduta regulando as atividades das pessoas, e essas atividades em grande medida se conformam àquilo que as normas exigem”; já a segunda refere-se ao fato de que “todas as numerosas normas de que falamos são consideradas com sendo em alguma medida interconectadas umas às outras. Todas elas se ajustam formando em alguma medida um único corpo do ‘Direito’” (MACCORMICK, 2008, p. 3-4). Tais condições, a um só tempo, refletem os aspectos normativos (conjunto de normas de conduta) e institucionais (as pessoas aceitam as normas interligadas no sistema jurídico) do Estado de Direito.

Para o autor, como a ordem normativa institucional tem o objetivo de garantir a imparcialidade e o respeito dos julgamentos de disputas jurídicas em determinado contexto prático, “é preciso haver, então, algum modo de recorrer a uma pessoa ou grupo de pessoas com autoridade reconhecida para tomar decisões em casos como esses, sem viés evidente em relação a uma parte ou outra”. Por esse motivo, as decisões jurídicas válidas são aquelas produzidas pelas “instituições judicantes”, mediante “julgamentos institucionalizados”, precedidos de um legítimo exercício do poder estatal (MACCORMICK, 2008, p. 4). Aqui, o

² O emprego do termo “último” foi tirado emprestado de Joxerramon Bengoetxea, para se referir às “teses finais” da argumentação jurídica de MacCormick (BENGOETXEA, 2009, p. 37-48, 2009).

olhar da teoria institucional volta-se para as instituições administradoras da justiça (MACCORMICK, 2011, p. 28).

Outro modo como se revela a perspectiva institucional do direito diz respeito aos fatos institucionais que se vinculam à existência de institutos jurídicos, como os contratos, a propriedade, o casamento, as fundações, etc. (MACCORMICK, 2011, p. 28). Aqui, desta feita, vislumbra o olhar da teoria institucional direcionado às pessoas. Com efeito, é importante, para a teoria de MacCormick, o modo pelo qual as pessoas se relacionam entre si, interpretando sua ações e as dos outros. O certo é que, em qualquer hipótese, “uma ordem institucional equivale a uma moldura comum de compreensão e interpretação compartilhada entre pessoas de um mesmo contexto social” (MACCORMICK, 2008, p. 8).

Para MacCormick, essa moldura ditada pelo direito é o que conduz qualquer governo de uma nação fundada no Estado de Direito. Vale dizer, somente a partir das regras jurídicas, inerentes ao Estado de Direito, é que podem ser realizados os valores da segurança e a certeza jurídica, desde que sejam colocadas para o cidadão de forma prévia, minimamente clara e inteligível. (MACCORMICK, 2008, p. 17)

87

1.2 Reconciliação Entre o “Caráter Argumentativo do Direito” e o “Estado de Direito”

A teoria da argumentação jurídica do “último” MacCormick está amparada ainda na proposta de reconciliação destes dois lugares-comuns: a ideologia do “Estado de Direito” e o “caráter argumentativo do Direito”. A sua teoria tem como cerne o estudo dos bons e maus argumentos, pelo que pode ser denominada de uma teoria retórica da argumentação (MACCORMICK, 2008, p. 9, 24, e 165).

Normalmente, à noção de Estado de Direito estão agregados os valores de segurança e certeza jurídicas, ao passo que a constatação do caráter argumentativo do Direito conduz à ideia de incerteza sobre a prevalência entre argumentos que são contrapostos com forças assemelhadas (MACCORMICK, 2008, p. 21). Ou seja, partindo da premissa de que todo discurso jurídico, em qualquer situação, possui caráter argumentativo (ATIENZA; FERRAJOLI, 2005, p. 80), a argumentação, embora sempre persuasiva, nem sempre ocorre de forma conclusiva (MACCORMICK, 2008, p. 21). Para MacCormick, portanto, como a

certeza jurídica seria inatingível, restaria à argumentação o trabalho de reduzir a incerteza jurídica a um grau aceitável (MACCORMICK, 2008, p. 21). Essa postura irá servir para fundamentar sua noção de “desacordos razoáveis”, que será tratada adiante.

Haveria, então, entre esses dois lugares-comuns – caráter argumentativo do Direito e Estado de Direito – uma contradição? Para MacCormick, trata-se apenas de um conflito aparente. Numa reflexão mais detida, o autor esclarece que a certeza jurídica propugnada pelo Estado de Direito é de natureza excepcionável, isto é, está sujeita a mudanças, e, portanto, não é absoluta. E, como o lugar-comum do caráter argumentativo comunga desse mesmo fundamento de certeza excepcionável, permitindo a construção de uma concepção do direito de defesa (contra-argumentação) no combate à arbitrariedade estatal, é possível estabelecer uma conciliação entre ele e o lugar-comum do Estado de Direito (MACCORMICK, 2008, p. 38).

Essa conclusão pode ser mais bem compreendida por meio dos aspectos estático e dinâmico do ideal do Estado de Direito. Do ponto de vista estritamente estático, o Estado de Direito, tomado isoladamente, promete certeza jurídica e segurança. Já sob o viés do aspecto dinâmico, aquele ideal encontra-se marcado pelo direito de defesa (permissão de contestar tudo aquilo que for contestável). Daí que, “nesse aspecto dinâmico, o caráter argumentativo do Direito não é a antítese do Estado de Direito, mas um de seus componentes” (MACCORMICK, 2008, p. 42).

2 O ARGUMENTO A PARTIR DE PRECEDENTES

2.1 Conceitos Básicos

Em linhas gerais, argumento “é qualquer razão, prova, demonstração, indício, motivo capaz de captar o assentimento e de induzir à persuasão ou à convicção” (ABBAGNANO, 2007, p. 79). Direcionando essa definição para a seara do direito, podemos chegar ao seguinte:

(...) argumentos jurídicos são sempre, em alguma medida, argumentos sobre o Direito, ou argumentos sobre questões de fato, ou prova, ou de opinião, na medida em que estas tenham relevância para o Direito, ou que o Direito tenha relevância para elas (MACCORMICK, 2008, p. 20).

Conforme MacCormick, o argumento a partir de precedentes preconiza que a interpretação judicial porventura conferida à determinada disposição legal deverá ser seguida nas interpretações posteriores a ser realizadas pelas cortes, desde que presentes circunstâncias de fato e de direito semelhantes (MACCORMICK, 2010, p. 72).

A importância metodológica de estudar os usos dos precedentes judiciais dentro de uma proposta da argumentação jurídica reside na tentativa de se fixar critérios racionais para aferir a correção da aplicação de um precedente ao caso concreto. Para tanto, faz-se necessário recorrer a parâmetros objetivos e universais fornecidos pela racionalidade prática (BUSTAMANTE, 2012, p. XXIV).

2.2 Casos Problemáticos: Quando Entra em Cena o Argumento a Partir de Precedentes

89

Para MacCormick, o raciocínio jurídico é fundamentalmente silogístico. A apresentação final da argumentação é juridicamente formal, mas isso não diz do conteúdo de uma decisão jurídica, pois pode acontecer de uma argumentação ser formalmente correta, mas apresentar incorreções materiais (MACCORMICK, 2007, p. 322 e 327).

Esse deducionismo, para MacCormick, apesar de servir para revolver os casos claros (= casos fáceis), possui limitações perante os casos problemáticos (= casos difíceis). De todo modo, porém, mesmo nos casos-problemas, após o emprego das técnicas argumentativas adequadas, a decisão judicial se resolverá numa forma silogística final (MACCORMICK, 2007, p. 56-57). É o que poderíamos denominar cerco inapelável do silogismo.

Caso claro é aquele que ninguém problematizou, seja no plano teórico, seja do ponto de vista concreto. Porém, o fato de não ter havido problematização, não implica a conclusão de que ninguém poderia fazê-lo. Em tal situação, presume-se que a clareza do caso não permitiu uma problematização útil ao interesse de alguma das partes interessadas (MACCORMICK, 2008, p. 69).

Trata-se do caso em que o método dedutivo é suficiente para solucionar racionalmente a questão jurídica posta em análise. Ao juiz cabe apenas delimitar os fatos (elemento fático), identificar a norma jurídica (elemento normativo) e deduzir a solução do caso (elemento dedutivo) (LORENZETTI, 2010, p. 159-160). Alinha-se ao pensamento segundo o qual,

(...) a premissa menor é o nervo que veicula até ao caso concreto as ideias jurídicas gerais contidas na lei, que o mesmo é dizer, na premissa maior, e desse modo torna possível uma decisão do mesmo caso em conformidade com a lei (ENGISCH, 2001, p. 115).

Portanto, as decisões sobre casos claros (casos fáceis) são como uma aplicação mecânica da lei, de maneira tal que entre a norma jurídica e o fato há uma relação semelhante à de um objeto e seu reflexo (AARNIO, 1991, p. 23-24).

De outra banda, caso-problema é aquele que apresenta dificuldades para aplicação do direito em decorrência da existência de fortes argumentos rivais levantados pelas partes sobre o entendimento ou interpretação do direito (MACCORMICK, 2008, p. 66). De maneira geral, podemos entender o caso difícil como aquele no qual os fatos e/ou as normas dão ensejo a, pelo menos, mais de uma decisão plausível (OLIVEIRA JÚNIOR, 2002, p. 210).

Poderíamos ter como exemplo de um caso-problema o famoso caso do contrato de barriga de aluguel, em que uma mulher contratada onerosamente por um casal estéril, após dar à luz ao bebê fruto de inseminação artificial, decide não cumprir o acordo firmado, recusando-se a entregar a criança ao casal, pais biológicos (SANDEL, 2012, p. 116). Em tal situação, é bem provável que o julgador se depare com argumentos fortes das duas partes sobre a quem deverá pertencer a guarda da criança, exigindo-se o recurso à argumentação não dedutiva.

Segundo MacCormick, entre os casos claros e os casos-problemas não existe uma nítida linha divisória. Isto, sim:

(...) existe uma faixa que vai do obviamente simples ao altamente contestável, e ao longo dessa faixa nunca se poderia avaliar com a mínima precisão em que ponto alguma dúvida quanto à “pertinência”, “interpretação” ou “classificação” poderia ser levantada de modo que abrisse caminho para a exploração de argumentos consequencialistas e argumentos de princípios ou de analogias (2006, p. 258-259).

Os casos problemáticos são assim definidos justamente por conta da existência de problemas em torno da relevância (dúvidas sobre a norma aplicável), interpretação (dúvidas sobre o sentido da norma), prova (dúvidas sobre se determinado fato aconteceu) e qualificação (dúvidas sobre se o fato ocorrido se adéqua à hipótese normativa) (BUSTAMANTE, 2005, p. 44). Dito de outro modo: os casos problemáticos gravitam em torno de conflitos sobre as normas (dificuldade quanto ao sentido de uma norma ou à identificação da norma aplicável) ou sobre os fatos (dificuldade na qualificação ou determinação do fato) (CRUZ, 2012, p. 170).

Na teoria de MacCormick, o argumento a partir de precedentes encontra-se no rol das categorias dos bons argumentos interpretativos – destinados a resolver os problemas de interpretação dos casos difíceis –, subdivididos em: (a) argumentos linguísticos; (b) argumentos sistêmicos (harmonização contextual, argumentos a partir de precedentes, argumentos por analogia, argumentos conceituais, argumentos a partir de princípios gerais, argumentos a partir da história); e, (c) argumentos teleológico-avaliativos (o consequencialismo com outro nome) (MACCORMICK, 2008, p. 165 e ss.).

É nesse cenário, marcado pelos limites do deducionismo, relevo dos casos problemáticos e problemas de ordem interpretativa, que o argumento por meio de precedentes começa a ser desenvolvido. Tal argumento, como dito acima, integra o rol (não exaustivo) dos argumentos sistêmicos, pois serve para “prover uma compreensão aceitável do texto legal visto particularmente em seu contexto como parte de um sistema jurídico” (MACCORMICK, 2008, p. 170).

2.3 As Razões para o Uso do Argumento a Partir de Precedentes

Antes de propor seu modelo de *ratio decidendi*, MacCormick, visivelmente influenciado pela retórica de Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, expõe as razões mínimas que justificariam o emprego do argumento a partir de precedentes, quais sejam: a razão de justiça, o sistema jurídico imparcial e a economia de esforços.

A primeira e, talvez, a principal dessas razões – razão de justiça – consiste na seguinte máxima:

(...) se você deve tratar igualmente casos iguais e diferentemente casos distintos, então novos casos que tenham semelhanças relevantes com decisões anteriores devem (*prima facie*, pelo menos), ser decididos de maneira igual ou análoga aos casos passados (MACCORMICK, 2008, p. 191).

No tocante ao caráter *prima facie* da razão de justiça, percebe-se um ponto de convergência entre o pensamento de MacCormick e a teoria da argumentação de Alexy, pois, ao admitir-se a possibilidade racional de uma decisão judicial deixar de seguir determinado precedente, implica necessariamente a regra da carga argumentativa que pesa sobre o julgador: “quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação” (ALEXY, 2011, p. 270).

Essa maneira de justificar o uso de precedentes por meio da razão de justiça, embora não possa ser tachada de demonstrativa, representa desdobramento teórico da “regra de justiça formal” de Olbrechts-Tyteca e Perelman, onde se afirma que “*la regla de justicia exige la aplicación de un tratamiento idéntico a sere o a situaciones que se integran en una misma categoria*” (OLBRECHTS-TYTECA; PERELMAN, 1989, p. 340).

92

Outra razão é a ideia de que o sistema jurídico deve ser imparcial, no sentido de que toda e qualquer decisão jurídica tem como meta realizar a mesma justiça para todas as pessoas, independentemente da condição pessoal das partes e do julgador. Assim posta, a imparcialidade figura como corolário do Estado de Direito, haja vista a sua finalidade de afastar quaisquer formas de variação desarrazoada nas regras de precedentes entre os órgãos julgadores (MACCORMICK, 2008, p. 191).

A terceira razão para fazer uso dos precedentes é a economia de esforços, pois, ao se argumentar com base em decisões passadas, os profissionais do direito não precisariam exercer um novo esforço justificativo, diferente do que se sucederia em caso de superação de precedentes, fundado em um elemento especial que reclamasse a reconsideração (MACCORMICK, 2008, p. 191).

Essa última razão de MacCormick novamente guarda relação com o princípio da inércia propugnado por Olbrechts-Tyteca e Perelman, na seguinte formulação: “*la repetición de una misma conducta – contrariamente al desvío y al cambio – no tiene que justificarse, y*

en la importancia que, por consiguiente, se concede a lo precedente” (OLBRECHTS-TYTECA; PERELMAN, 1989, p. 554).

2.4 Por um Modelo de *Ratio Decidendi*

De um modo geral, é consabido que o elemento vinculante ou, quando for o caso, apenas persuasivo da decisão judicial é a sua *ratio decidendi*. Questão mais complicada é identificar, no caso concreto, a *ratio decidendi* a ser aplicada. Complicada porque nem sempre há consenso em se definir se a *ratio* precisa ser revelada dentro da decisão parâmetro, ou se, na verdade, a *ratio* consiste num mero realce de uma proposição jurídica convenientemente retirada da decisão parâmetro como forma de justificar a decisão atual (MACCORMICK, 2008, p. 191).

Nesse embate, em contraposição a uma teoria cética do precedente – que considera a *ratio* uma referência ilusória, pois o seu significado poderia ser qualquer coisa que o intérprete quisesse –, MacCormick adota uma teoria relativamente estrita ou formalista, em que a *ratio* consiste numa regra firme e, ao menos, determinável que serviu para decidir uma controvérsia jurídica (MACCORMICK, 2008, p. 194-195).

Assim, o autor conceitua *ratio decidendi* como “a regra ou princípio de decisão tratado como vinculante ou como persuasivo em maior ou menor grau em relação às decisões posteriores de questões semelhantes”. De outro modo de dizer:

(...) uma *ratio decidendi* é uma justificação formal explícita ou implicitamente formulada por um juiz, e suficiente para decidir uma questão jurídica suscitada pelos argumentos das partes, questão sobre a qual uma resolução era necessária para a justificação da decisão no caso (MACCORMICK, 2008, p. 193 e 203).

A propósito, pode-se dizer que, na sua postura sobre *ratio decidendi*, MacCormick mantém a compreensão inicialmente registrada na sua obra de 1978, na qual se define *ratio decidendi* como “a noção da norma do direito, clara e válida, passível de ser descoberta em cada precedente vinculante” (MACCORMICK, 2006, p. 77).

Por oportuno, cabe também salientar o conceito de *obiter dicta*, que não se confunde com a *ratio* da decisão judicial. Elas representam apenas opiniões jurídicas do julgador que

não têm relevância para a decisão do caso concreto. Desse modo, “argumentos sobre princípio jurídico ou argumentos avaliando outros casos dotados de autoridade ou ainda as consequências da solução escolhida e de suas rivais pertencerão à classe das *obiter dicta*” (MACCORMICK, 2008, p. 193 e 203).

Em síntese, as *obiter dicta* são quaisquer passagens linguísticas a respeito do caso, mas que não têm vinculação alguma com *thema decidendum*, por isso não formam precedentes judiciais (GORDILLO, 2000, p. V-33).

Um elemento característico da teoria argumentativa de MacCormick está relacionado ao caráter de revisibilidade que ele empresta aos precedentes. Embora não ignore a existência de precedentes vinculantes nos mais variados sistemas jurídicos, é subjacente à noção de precedentes judiciais a sua sujeição à revisão, como forma, inclusive, de suscitar novas reflexões em um novo contexto de circunstâncias (MACCORMICK, 2008, p. 195 e 211).

Nesse ponto, MacCormick corrobora a condição geral da justificação por meio de precedentes de Alexy, segundo a qual “a exigência do respeito aos precedentes, admitindo-se afastar-se deles, mas cabendo em tal a caso a carga da argumentação a quem queira se afastar” (ALEXY, 2011, p. 268). Note-se que autor alemão aplica, aqui, o já mencionado princípio da inércia pensado por Olbrechts-Tyteca e Perelman, cujo efeito “*favorece el estado de cosas existentes, el cual sólo debe modificarse si hay razones en pro de la reforma*” (OLBRECHTS-TYTECA; PERELMAN, 1989, p. 180).

2.5 Critérios de Justificação do Precedente

2.5.1 Universalizabilidade

O critério da universalizabilidade, corolário da razão de justiça formal, caracteriza-se pela exigência de que, no caso concreto, o juiz, ao decidir entre as interpretações de proposições jurídicas oferecidas pelas partes, deve fazê-lo de maneira tal que os termos de sua decisão sejam aplicáveis igualmente a quaisquer pessoas que, nas mesmas circunstâncias, pratiquem condutas que tenham a mesma qualificação jurídica (MACCORMICK, 2008, p. 197). De modo semelhante, Robert Alexy pondera que “o fundamento do uso dos precedentes

é constituído pelo princípio da universalidade, a exigência que é própria a toda concepção da justiça, enquanto concepção formal, de tratar de igual maneira ao igual” (2011, p. 268).

A justificação da decisão jurídica, tendo a universalizabilidade como seu elemento central, poderia ser representada pela seguinte estrutura mínima: “*porque* os fatos são F1, F2, ...Fn, o julgamento *j* deve ser proferido. Mas tal ‘*porque...*’ requer um compromisso com o universal, ‘*sempre que f1, f2... fn*’” (MACCORMICK, 2008, p. 198).

Ou seja, no momento da decisão da disputa jurídica em concreto, o argumento por meio de precedentes exige, ao mesmo tempo, um olhar para o passado e outro para o futuro, consubstanciado num compromisso firmado no tempo presente: o requisito da universalizabilidade exige do julgador a consideração das decisões passadas e compromisso de adotar a mesma decisão em casos futuros (MACCORMICK, 2006, p. 96). Aqui, percebemos outra semelhança teórica de MacCormick com a segunda regra geral do uso do precedente formulada por Alexy: “Quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo” (2011, p. 268).

Essa forma de justificação pressupõe necessariamente o critério de universalizabilidade, em virtude da “idéia de que o ato de justificar envolve o estabelecimento de boas bases racionais para o que se faz, e, de maneira, depende de uma concepção de racionalidade e de um compromisso com a racionalidade assim concebida” (MACCORMICK, 2008, p. 198).

Importa registrar que a universalizabilidade defendida por MacCormick consiste em critério de justificação que encontrar limites o princípio da legalidade e demais ideais do Estado de Direito. Isso porque, “no Direito, não formulamos nossos universais no vácuo, mas no contexto de regras previamente promulgadas por legisladores e discutidas ou propostas por juristas e juizes” (MACCORMICK, 2008, p. 199 e 198).

2.5.2 Controle do Argumento a Partir de Precedentes: Consistência, Coerência e Consequência

Depois do uso do argumento por meio de precedente haver sido justificado pelo viés da universalizabilidade, no modelo de MacCormick, exige-se que a decisão esteja

posteriormente sujeita a uma justificação baseada nos critérios de consistência, coerência e consequências (MACCORMICK, 2008, p. 202). Para sistematizar esse pensamento do autor, entendemos que a proposta formulada por Lorenzetti, para controle da solução dedutiva, pode servir para agrupar os requisitos de consistência, coerência e consequência, como forma de controle da justificação não dedutiva do uso do precedente.

O primeiro requisito – consistência da decisão – considera-se satisfeito caso não haja contradição entre a decisão a ser tomada e os precedentes (MACCORMICK, 2008, p. 249). É o controle decisório voltado para trás (passado) (LORENZETTI, 2010, p. 160). Nesse sentido, Atienza explica que “uma decisão satisfaz ao requisito de *consistência* quanto se baseia em premissas normativas, que não entram em contradição com normas estabelecidas de modo válido” (2003, p. 128).

De seu turno, o segundo requisito, relativo à coerência, diz respeito à justificação do argumento por meio de precedentes com o “olhar para cima”, isto é, a solução decisória precisa estar em harmonia com todo o sistema jurídico (LORENZETTI, 2010, p. 160). A coerência é qualidade atribuída a uma decisão ou conjunto de normas que “faz sentido” quando considerados na totalidade do sistema jurídico (MACCORMICK, 2006, p. 197).

Quando a coerência envolve um problema de prova, referente à busca pela ausência de inconsistências lógicas entre os elementos factuais do caso, ela é chamada coerência *narrativa*. De outro modo, a coerência será *normativa* quando buscar solucionar eventual problema interpretativo da norma, estipulando uma justificação da decisão por precedentes no contexto geral da ordem normativa (MACCORMICK, 2008, p. 195 e 247).

Continuando o percurso de justificação do precedente, a análise do requisito da consequência possui destaque especial no pensamento de MacCormick. Os requisitos anteriores – consistência e coerência –, embora necessários à justificação jurídica, nem sempre são suficientes para solucionar o caso. Para ele, “o argumento conclusivo ou definitivo de um caso, quando ele ainda permanece aberto após esse teste de consistência e coerência, é um argumento sobre as consequências (...)” (2008, p. 140). Porém, o consequencialismo de MacCormick atém-se às consequências estritamente jurídicas, decorrentes logicamente de uma dada decisão.

Argumentar por consequência é buscar identificar, de forma aceitável, os comportamentos permitidos ou proibidos que a decisão possa implicar (MACCORMICK, 2008, p. 139-140). Essa maneira de pensar poderia ser enquadrada numa espécie de consequencialismo formalista, que não se ocupa de prever possíveis consequências que extrapolam o âmbito formal do direito (por exemplo, como o faz a escola da análise econômica do direito, inspirada no utilitarismo) (GUASTINI, 2005, p. 159).

Em suma, o requisito de consequência da decisão baseada em precedentes não é probabilístico, mas apenas hipotético (ATIENZA, 2003, p. 134). Essa postura de MacCormick é coerente com a sua ideia de que as justificativas, inclusive dos precedentes, devem circunscrever-se às regras jurídicas, a fim de reduzir o campo de argumentação entre as partes e da própria deliberação judicial (MACCORMICK, 2008, p. 199).

Os requisitos ora apresentados, norteadores da utilização de argumentos jurídicos a partir de precedentes judiciais, embora não encerrem um sistema rígido sobre técnicas detalhadas de justificação da decisão judicial, apontam para a construção legítima de uma teoria normativa dos precedentes, enquanto caso especial da teoria da argumentação jurídica (BUSTAMANTE, 2012, p. 544).

97

2.6 Limites ao Uso dos Precedentes: “Desacordos Razoáveis”

Em consonância com a tese de que as certezas jurídicas são excepcionáveis, os limites da argumentação jurídica, em MacCormick, e, por conseguinte, do uso do argumento a partir de precedentes judiciais, amolda-se ao que ele chamou de “desacordos razoáveis”.

Os “desacordos razoáveis” estão situados no âmbito do discursivamente possível, ou essencialmente razoáveis. Considerando esses termos, há casos em que a decisão jurídica correta coincide com a solução mais razoável, em contraponto com as proposições de pronto irrazoáveis ou com as menos razoáveis. Há outros casos, porém, onde sequer é possível encontrar juridicamente a decisão mais razoável, nem mesmo recorrendo ao senso comum. Isso é o que define os “desacordos razoáveis” (MACCORMICK, 2008, p. 360), consistentes em situações episódicas onde “não seria possível afirmar qual entre duas teses é a correta e tampouco descartar qualquer delas por irrazoáveis” (GONÇALVES, 2013, p. 137).

Perante tais casos, MacCormick afirma que a única alternativa a ser seguida é aceitar a decisão que vier ser tomada pela autoridade investida para tal, desde que atue de modo razoável. Todavia, nessa situação-limite, atribuir o fechamento do raciocínio jurídico a alguma pessoa dotada de autoridade não significa dizer que a sua decisão seja impassível de correção racional, motivo por que se recomenda o uso de hierarquias das cortes (sistema recursal) e as regras de votação da maioria, sempre que possível (MACCORMICK, 2008, p. 360).

Assim é que, para o citado autor, no cenário de “desacordos razoáveis”, não tem mais cabimento argumentar, porquanto é próprio da retórica restringir o emprego de argumentos nessa contextura (MACCORMICK, 2008, p. 362). Poderíamos, então, sintetizar dizendo que, quando se tornar inviável alcançar a solução mais correta (razoável), será necessário decidir, ainda que argumentar não seja mais possível.

3 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE O PENSAMENTO DE MACCORMICK

98

Ao término da exposição avaliativa do pensamento da teoria da argumentação jurídica de MacCormick, com enfoque no argumento a partir de precedentes, verificamos a necessidade de tecer alguns comentários críticos acerca de pontos específicos de sua teoria, os quais podem ser assim sintetizados: (a) defesa do raciocínio jurídico silogístico; (b) justificativa para argumentação *contra legem*; (c) requisito de consequência; (d) princípio de justiça formal da *ratio decidendi*; (e) noção de “desacordos razoáveis”; (f) ausência de técnicas sobre a eficácia temporal dos precedentes.

Quanto à primeira crítica – sua concepção de raciocínio jurídico silogístico –, temos que, de um lado, MacCormick sugere que o deducionismo encontra limites nos casos difíceis (assim definidos por motivos de relevância, interpretação, prova ou qualificação), por outro, ele mesmo sustenta não existir uma linha divisória bem delimitada entre o que seria um caso claro e um caso difícil. A consequência indesejável disso, segundo Atienza, é considerar que, em determinadas situações, em face da impossibilidade de se definir se o caso é claro ou

problemático, a solução proposta pelo silogismo será de cunho duvidoso, tornando também duvidosa a própria correção das premissas (ATIENZA, 2003, p. 150).

Outra crítica bem articulada está relacionada ao fato de que a teoria da argumentação construída por MacCormick não contempla a formação de um precedente, mediante uma justificação *contra legem* (ATIENZA, 2003, p. 152). Isso porque, conforme anota Bustamante, a formulação de casos difíceis (ou casos problemáticos), tendo como fundamento os problemas de relevância, interpretação, prova ou qualificação, não leva em consideração o problema em torno da questão se uma norma válida deve ser aplicada ou não (BUSTAMENTE, 2005, p. 43-44).

O terceiro aspecto problemático na teoria da MacCormick refere-se ao requisito de consequência, que precisaria ser observado tanto na justificação jurídica em geral quanto na argumentação a partir de precedentes. Tendo em vista que tal requisito se restringe a avaliar a racionalidade da decisão em virtude das implicações lógicas da própria decisão, parece haver um conflito, ou, ao menos, uma sobreposição com o critério da coerência.

Com efeito, considerando que a regra da coerência exige que o sentido da decisão seja aferido por intermédio de uma visão jurídica sistêmica (aferição de sentido com base em na totalidade da ordem jurídica), não existe muita utilidade prática em lançar mão do requisito consequencialista de MacCormick, quando este também somente pode ser dirigido ao próprio sistema jurídico, já que não se autoriza uma abertura da argumentação jurídica para o mundo social, fora do direito (ATIENZA, 2003, p. 152).

Uma quarta crítica liga-se ao princípio de justiça em que se funda o modelo de *ratio decidendi* proposto não só por MacCormick, mas também por Alexy e outros teóricos. Decerto que a noção de justiça da *ratio* reside na regra de tratamento igualitário entre os iguais. À luz do argumento por meio de precedentes, o grande obstáculo para atendimento dessa exigência refere-se à dificuldade, em termos concretos, de se encontrar um caso que seja igual, do ponto de vista jurídico e factual, ao caso qualificado na decisão tida como paradigma (FERNÁNDEZ RUIZ, 2011, p. 122).

Noutra direção, foi visto que a retórica de MacCormick tem na argumentação jurídica um instrumento, inerente ao Estado de Direito, que no fundo almeja reduzir incertezas jurídicas, já que elas não poderiam ser sanadas em absoluto, máxime nos casos inspiradores

de “desacordos razoáveis”. Em casos tais, para ele, a solução final seria deixar a escolha por um ou outro argumento nas mãos do órgão julgador, sob o critério de autoridade. É questionável essa postura ideológica.

A crítica – quinta – consiste na pouca utilidade prática de uma teoria da argumentação jurídica que não vai além dos requisitos de universalizabilidade, consistência, coerência e consequência. O caminho mais adequado talvez fosse avançar no debate até alcançar a decisão mais aceitável no contexto do caso concreto, mediante critérios objetivos, diversos do da autoridade institucional (ATIENZA, 2003, p. 154).

Enfim, outro ponto crítico da teoria de MacCormick é a ausência de formulação de técnicas capazes de resolver problemas práticos e recorrentes relacionados ao uso do argumento por meio de precedentes, especialmente no que concerne à eficácia temporal. É bem verdade que ele mesmo faz a ressalva de que doutrinas dos precedentes poderão apresentar diferenças, a depender de cada sistema jurídico.

Contudo, isso não elide, pensamos, a possibilidade de que sejam elencados critérios racionais a fim de orientar o julgador na decisão relativamente ao aspecto temporal de um precedente, como por exemplo, demarcar em quais circunstâncias poderá haver a modulação temporal dos efeitos de uma decisão. Por oportuno, entendemos que a mesma crítica pode ser dirigida ao argumento por meio de precedentes na teoria de Alexy, a qual, no final das contas, limita-se a enunciar duas regras gerais (“quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo” e “quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação”) (ALEXY, 2011, p. 170).

É o problema que a teoria de MacCormick não resolve, e que, parece-nos, tem a ver com a discutível concepção do autor sobre o argumento consequencialista.

CONCLUSÃO

A teoria argumentativa de MacCormick representa um valioso esforço metodológico em busca dos ideais pós-positivistas de certeza, racionalidade da decisão jurídica, sobretudo das decisões judiciais. Essa teoria é comumente denominada de teoria integradora da

argumentação jurídica, por situar-se numa posição intermediária, em permeio com as teorias irracionalista (Ross) e a da única resposta correta (Dworkin).

Por um lado, uma teoria do tipo integradora tem o mérito de ser colocada no degrau das teorias gerais, e, portanto, com o propósito de servir para, se não todos, grande parte dos sistemas jurídicos, inclusive, de *civil law* e *common law*; de outro, corre-se o risco de produzir certas perplexidades, seja em virtude da incoerência entre alguns postulados teóricos, seja pela pouca utilidade que a teoria possa apresentar no contexto de determinada ordem jurídica.

Em vista disso, cabe reconhecer que a nobre tarefa do argumento a partir de precedentes consiste em solucionar os casos problemas, principalmente quando o caso concreto impõe ao julgador problemas de ordem interpretativa (dúvidas razoáveis sobre o entendimento da norma a ser aplicada). Tal compreensão traz, ainda que implicitamente, uma busca incessante por critérios claros, objetivos e racionais que possam nortear a motivação do produto da atividade jurisdicional (= decisão judicial).

Nessa direção, revela-se realmente pertinente ajustar a decisão jurídica aos padrões de universalizabilidade, consistência, coerência, e, de algum modo, consequência que o discurso jurídico oferece. Tais ajustes são corolários daquilo que MacCormick, de forma feliz, tachou de dois lugares-comuns da argumentação jurídica: o caráter invariavelmente discursivo do Direito e o postulado do Estado de Direito. Lugares ditos comuns não só porque são pontos de partida inegáveis, mas porque, no fundo, eles têm em comum o mesmo desejo democrático: segurança jurídica.

Não se pode negar, portanto, o importante passo que a teoria da argumentação de MacCormick expressa pelo anseio da racionalidade no direito. Todavia, isso não a torna imune às críticas. É natural que seja assim. A crítica é uma via importante de impulso do conhecimento científico.

Nesse sentido, o trabalho em evidência não deixou de identificar possíveis pontos problemáticos, às vezes até contraditórias, na obra do “último” MacCormick, quais sejam: (a) a sua defesa exacerbada do raciocínio jurídico silogístico; (b) a desconsideração de justificativas racionais para a argumentação *contra legem*; (c) pouca utilidade do seu requisito de consequência da decisão jurídica; (d) o princípio de justiça formal da *ratio decidendi*; (e) a

discutível noção de “desacordos razoáveis” como limites da argumentação; (f) ausência de técnicas que possam resolver problemas a respeito da eficácia temporal dos precedentes.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**: un tratado sobre la justificación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Trad.: Alfredo Bossi e Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad.: Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Forense: 2011.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad.: Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

BENGOETXEA, Joxerramon. El "último" MacCormick: la razi3n pr3ctica y una narrativa coherente en torno a la soberanía post-nacional. **DOXA**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 32, p. 37-48, 32, 2009.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação contra legem**: a teoria do discurso e justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CRUZ, Rodolfo Moreno. Argumentación jurídica, por qué y para qué. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, n. 133, p. 165-192, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 165-192, 2012.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FERNÁNDEZ RUIZ, Graciela. **Argumentación y lenguaje jurídico. Aplicación al análisis de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.** México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.

GONÇALVES, Marco Fratteezi. **A teoria da argumentação jurídica em Neil MacCormick e o problema da "resposta correta":** uma teoria das respostas erradas? Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Recife, n. 101, p. 25-40, jan./fev. 2013.

GORDILLO, Agustín. **Introducción al derecho:** derecho público y privado, Common-Law y derecho continental europeo. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas.** Trad.: Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial:** fundamentos de direito. Trad.: Bruno Miragem. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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

_____. Argumentación e interpretación en el derecho. **DOXA**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 33, p. 65-78, 2010.

_____. **Instituciones del derecho.** Trad.: Fernando Atria y Samuel Tschorne. Madrid: Marcial Pons, 2011.

_____. La argumentación silogística: una defensa matizada. **DOXA**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 30, p. 321-334, 2007.

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

OLBRECHTS-TYTECA, Lucie; PERELMAN, Chaïm. **Tratado de la argumentación:** la nueva retórica. Trad.: Julia Sevilla Muñoz. Madrid: Editorial Gredos S. A., 1989.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades. Casos difíceis no pós-positivismo. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Hermenêutica plural:** possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

O ARGUMENTO POR MEIO DE PRECEDENTES À LUZ DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE NEIL MACCORMICK

SANDEL, Michael J.. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Trad.: Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

Data de submissão: 27/10/2014

Data de aprovação: 21/01/2015.