

UMA TEORIA DO RACIOCÍNIO PARA A TEORIA DO DIREITO

Rafael Mafei Rabelo Queiroz

A THEORY OF LEGAL THINKING

RESENHA

MACCORMICK, NEIL. *ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E TEORIA DO DIREITO*. TRAD. WALDÉA BASTOS. SÃO PAULO: MARTINS FONTES, 2006.

1. INTRODUÇÃO

Sir Neil MacCormick, *regius professor* de Direito Público e Direito Natural e das Nações desde 1972, na Faculdade de Direito da Universidade de Edimburgo (Escócia), é um acadêmico de múltiplos interesses, que se refletem em uma dúplici carreira, acadêmica e política: além de jurista, foi representante escocês no Parlamento Europeu e é membro do Partido Nacional Escocês (*Scottish National Party*). Há mesmo alguns escritos seus sobre integração europeia e filosofia política, com especial atenção ao tema da soberania. Sua reputação

acadêmica, entretanto, deve-se muito mais aos trabalhos de teoria do direito. *Argumentação jurídica e teoria do direito*¹ é um livro que provém dessa linhagem.

Ao menos desde as críticas de Dworkin ao *Conceito de direito*, de Herbert Hart, é difundida a visão de que o positivismo jurídico é uma matriz teórica cujo calcanhar-de-aquiles está em sua teoria da interpretação. Seja por não reconhecer a devida importância que têm os princípios na prática do direito, seja por descrever mal aquilo que juizes e juristas fazem nos casos difíceis, o positivismo seria uma corrente teórica

que padeceria de falhas analíticas graves. O objetivo principal de MacCormick em *Argumentação jurídica e teoria do direito* é mostrar que não é preciso, para ser positivista, partilhar dessa fraqueza que lhe é imputada por Dworkin. Seu conteúdo é em boa parte (mas não exclusivamente) uma resposta às críticas dworkinianas às teorias positivistas do raciocínio e da decisão. Isso é feito, em primeiro lugar, rejeitando o espantalho dworkiniano² do que seja o positivismo: para MacCormick, ser positivista é, (i) aceitar que a existência do direito não depende de ele satisfazer valores morais universalmente aplicáveis a todo e qualquer sistema jurídico, bem como (ii) aceitar que o direito é um fato humano, cuja existência depende de determinados comportamentos positivos de seres que vivem em sociedade. Todo jurista que subscrever a essas duas postulações tem direito a um título de pertença a clube dos positivistas, diz ele³. Em segundo lugar, MacCormick oferece uma visão sofisticada das possíveis relações entre raciocínio jurídico e raciocínio moral, situando direito e raciocínio jurídico dentro do campo dos saberes práticos. Por essa razão, seu livro é mais do que uma defesa intransigente do positivismo ou uma simples refutação a Dworkin.

Por tudo isso, *Argumentação jurídica e teoria do direito* é uma obra ao mesmo tempo datada e atual. É datada porque, escrita em 1979 por alguém que desde então não parou de refletir sobre os problemas fundamentais da teoria do

direito, já foi em alguns pontos revista por MacCormick em escritos subsequentes. Ao mesmo tempo, é atual porque constitui-se, em sua íntegra, em um sonoro argumento em favor da racionalidade do processo decisório no direito, inserindo-se num largo grupo de trabalhos contemporâneos que, pavimentando túneis a partir de frestas abertas por Hart, esforçam-se por mostrar os traços de nossa natureza racional refletidos nos processos de deliberação e argumentação jurídicas e protagonizam alguns dos principais debates da atual teoria do direito.

MacCormick começa seu argumento por uma conhecida postulação de Hume: nós não decidimos problemas morais da mesma forma como cuidamos de problemas matemáticos. Problemas morais não são assunto para as ciências formais. Mas nem por isso o seu tratamento há de ser irracional. Se há uma forma racional de se cuidar deles, e MacCormick sustenta que há; isso se dá não através de racionalidade especulativa, mas sim prática. As respostas a esses problemas situam-se não no campo das relações formais necessárias, mas sim das deliberações justificadas sobre aquilo que os homens entendem ser bom ou mau para eles mesmos. *Argumentação jurídica e teoria do direito* cuida de uma esfera particular desse universo de decisões práticas: a tomada de decisões jurídicas e os bons e maus critérios para a sua fundamentação, a partir do estudo de um largo conjunto de decisões de diversos tribunais do Reino Unido.

2. UMA TEORIA DO RACIOCÍNIO JURÍDICO PARA A TEORIA DO DIREITO

MacCormick começa seu argumento por reconhecer que a dedução lógica tem um papel relevante no processo decisório do direito. Seus adversários nesse ponto são todos aqueles que negam a possibilidade de o raciocínio jurídico ser dedutivo em sua forma, ou negam ao raciocínio formal qualquer importância de relevo nas decisões jurídicas – podemos chamá-los, desde que sem muita preocupação com rigores classificatórios, de “céticos”. MacCormick sustenta que é, sim, *possível* raciocinar e argumentar dedutivamente no direito, e que é importante identificarmos o papel que a dedução jogou nas decisões jurídicas.

A dedução lógica responde por uma parte do âmbito formal de correção de uma decisão, que ajuda a estabelecer limites formais dentro dos quais o juiz tem o dever de proferir determinada decisão. O contraponto com Kelsen aqui é evidente, e o próprio MacCormick o faz neste e noutros escritos. A decisão, diz Kelsen, é um ato de vontade; por isso não é completamente determinada pelo silogismo da lei. É verdade. Mas isso não quer dizer que nenhuma conclusão seja possível a partir da lei e, mais importante ainda, não quer dizer que as conclusões possíveis sejam irrelevantes para o juiz saber que decisão deve tomar. Se a lei manda que um homicídio doloso receba determinada pena, e as provas inequivocamente apontam no sentido de que uma morte constitui-se

em homicídio provocado por um certo autor em circunstâncias não justificáveis ou exculpantes, isso não impede faticamente que o juiz erre (ou prevarique) e absolva o acusado, mas impõe-lhe o *dever* de decidir pela condenação, e por isso uma tal decisão é-lhe *exigível*.

Ainda no âmbito formal, há algo mais que nossa racionalidade prática exige-nos quando decidimos casos jurídicos: fazer justiça em nossas decisões, na acepção formal do termo. Menos do que a determinação do conteúdo justo de uma determinada decisão, a “construção da justiça formal” impõe-nos “tratar casos semelhantes, de modo semelhante, e casos diferentes, de modo diferente; e dar a cada um o que lhe é devido” (p. 93). O alto valor dado aos precedentes judiciais, no sistema do *Common Law* e fora dele, é a manifestação mais evidente de que nossa razão prática reconhece a justiça formal como uma exigência racional e trata o seu cumprimento como um dever. Por isso, decisões judiciais têm força normativa volta da não só para o passado, mas também para o futuro, pois permitem que se exija dos tribunais, a partir de sua enunciação, uma decisão de mesmo teor (a aplicação da mesma regra), quando novos casos, semelhantes ao anterior em aspectos-chave, forem levados a juízo. Não poderá o precedente ser alterado? É claro que sim, desde que o juiz apresente boas justificativas que indiquem o porquê de a decisão anterior não ser seguida. O que, em verdade, implica argumentar que o novo caso é diferente do precedente; que a decisão pela

mesma regra não é devida; e que, ao contrário, a regra que se deve seguir é outra – em outras palavras, que a nova decisão está fora das restrições da justiça formal. O argumento de MacCormick neste ponto é claro: ao decidirmos casos jurídicos, não decidimos individualmente; decidimos, em termos lógicos, a partir de *universais*: regras que valem para o caso decidido e para futuros casos semelhantes, e construídas também em atenção a casos passados.

A partir do quinto capítulo de *Argumentação jurídica e teoria do direito*, MacCormick supera as exigências formais e passa às demandas práticas substantivas do ato de decidir. Podemos, diz ele, esgotar todas as leis sem esgotar nossas necessidades de decisão. Como chegar a uma decisão racional nos casos em que não há uma lei clara da qual devamos deduzir nosso dever decisório, ou um precedente ao qual estejamos vinculados pela exigência de justiça formal? As deliberações têm de ser construídas, mas não podem sê-lo de qualquer forma (até porque, se o pudessem, uma teoria do raciocínio jurídico seria superficial e pouco útil). Esse processo de construção é chamado “justificação de segunda ordem”, e compreende as exigências práticas da deliberação jurídica que nos permitem escolher entre duas ou mais regras rivais quando todas são, *prima facie*, respostas possíveis para um problema jurídico. A proposta de MacCormick é oferecer um caminho intelectual pelo qual consigamos escolher, entre várias

possíveis, as possibilidades interpretativas que mais fazem sentido tanto em nosso mundo quanto dentro do sistema jurídico especificamente. Para isso, formulamos hipóteses normativas que são testadas, no processo do raciocínio jurídico, por juízos de consequencialismo, de coesão e de coerência. Entre os capítulos VI e VIII, MacCormick desenvolve cada uma dessas três etapas de sua teoria.

O teste consequencialista consiste em avaliar as consequências *normativas* da regra jurídica que construímos a partir de nossas deliberações. Dado o constrangimento da justiça formal, a regra a partir da qual resolvemos um caso presente valerá não só para ele, mas também para futuros casos semelhantes. Por isso, é uma exigência prática do processo de deliberação jurídica levar em consideração as consequências normativas de regras rivais. Isso não quer dizer, frise-se, que o jurista-intérprete deva embrenhar-se nalguma espécie de futurologia: o consequencialismo de que fala MacCormick não é, como ele esclarece em posteriores escritos,⁴ um consequencialismo fático; não é, por exemplo, o infundado exercício probabilístico de saber se a criminalidade empiricamente aumentará, ou não, por conta da declaração parcial de inconstitucionalidade da Lei dos Crimes Hediondos. É, isto sim, refletir sobre o que significaria a possível internalização de cada uma das regras rivais que se apresentam como possibilidades decisórias de um dado caso concerto.

A ilustração desse ponto é feita, dentre outras, pela decisão de *Marbury v. Madison*, no voto do juiz Marshall, que desqualifica a rejeição do controle de constitucionalidade pelos efeitos deletérios que tal regra traria se internalizada pelo sistema jurídico: “Os que se opuserem ao princípio de que a Constituição deve ser considerada, nos tribunais, como uma lei permanente estão reduzidos à necessidade de sustentar que os tribunais devem fechar os olhos à Constituição e enxergar apenas a lei” (p. 166). Ou seja: Marshall rejeita essa opção de regra porque ela implicaria a Suprema Corte aquiescer à destruição do poder normativo da Constituição e à ampliação desmedida dos poderes do Legislativo, e tais conseqüências, a seu ver, não faziam sentido no mundo ou no sistema jurídico em que ele se via inserido. Mas os seus argumentos conseqüencialistas são, frise-se, *normativos*: não se trata de prever que o Legislativo de fato abusará de seus poderes.

Após avaliar as conseqüências normativas da internalização de cada uma das possíveis regras rivais, a próxima exigência prática do bom raciocínio jurídico está em avaliar a adequação da resposta-candidata diante da coerência do ordenamento. É neste ponto que MacCormick esmera-se em neutralizar uma das mais pesadas críticas de Dworkin ao positivismo, a saber: a desatenção ao importante papel jogado pelos princípios na interpretação das normas jurídicas. E, certamente não por coincidência, é igualmente a esta altura que alguns traços positivistas de

Argumentação jurídica e teoria do direito aparecem mais explicitamente.

Falar de “coerência do ordenamento” significa, segundo MacCormick, analisá-lo partindo do pressuposto de que ele não seja um amontoado de regras jurídicas desconexas, mas sim um grupo de normas que “fazem sentido” (*make sense*) quando analisadas em conjunto. Se, por exemplo, enxergarmos as regras de trânsito como um conjunto que tem um sentido para além de cada regra individualmente considerada – “segurança viária”, digamos –, então parece uma boa alternativa recorrermos a ele quando tivermos dúvida sobre a interpretação de uma regra jurídica nesse âmbito. Essa regra geral, extraída da coerência que enxergamos em um ordenamento, é o que MacCormick chama de princípio (p. 198). Identificar os princípios do ordenamento, portanto, impõe-nos o dever de investigar as regras gerais que se podem extrair do conjunto de regras individualmente consideradas dentre cada uma das áreas do direito dotadas de uma coerência própria, ou do direito como um todo, consideradas as coerências comuns a todas as suas áreas particulares.

Com isso, MacCormick faz as pazes entre dois “personagens” tidos por Dworkin como adversários: os princípios jurídicos e a regra de reconhecimento. Porque, segundo ele, os princípios são extraíveis do conjunto de regras positivadas dentro de um sistema. Por essa razão, um jurista é capaz de identificar que havia um “princípio jurídico da discriminação racial” na África do Sul do

apartheid, por mais que ele pessoalmente não o tenha em boa conta. Assim como os argumentos por analogia, a postulação de princípios identificados pelos aplicadores do direito com amparo na legislação fornece um primeiro limite até onde se pode, justificadamente, buscar uma regra para dar resposta a uma demanda jurídica concreta.

O segundo limite é dado pela exigência de coesão do ordenamento. A exigência neste ponto é simples de se compreender: não podemos, ao decidir, conceber regras que contrariem outras regras já estabelecidas no ordenamento jurídico. Nenhuma quantidade de argumentos será suficiente para transpor uma proibição legal evidente, mesmo que fundada em bons argumentos consequencialistas e referida a muitos princípios reconhecidos ou analogias pertinentes. Quando um advogado pretende defender uma posição contrária a uma norma jurídica evidente, sua tarefa está em mostrar que a demanda por ele patrocinada não se trata de um exemplar que caia sob aquela regra, mas porque possui particularidades que exigem uma resposta diferente. Em outras palavras: sua tarefa é desconstruí-lo enquanto um caso fácil e mostrá-lo ao juiz como um caso difícil — um caso, portanto, para o qual não haja uma regra pronta no ordenamento, e que demanda uma outra regra que terá de ser forjada, aí sim, por argumentos consequencialistas, com referências a princípios e uso de analogias.

O que mostram todos esses traços dos raciocínios encontrados no largo

grupo de decisões estudados por MacCormick? Mostram, a seu ver, que uma teoria do raciocínio jurídico depende de uma teoria do direito, e vice-versa; e que a “tese dos direitos” de Dworkin não é a única alternativa para quem busca uma teoria do raciocínio mais sofisticada, já que não é preciso abandonar o positivismo para desfrutar de uma. O que não implica deixar de reconhecer que controvérsias jurídicas são muitas vezes controvérsias práticas, e não especulativas. Dizer que o raciocínio jurídico é uma espécie de raciocínio prático (como o é o raciocínio sobre dilemas morais) com requisitos institucionais adicionais não nos obriga a negar o positivismo e abraçar a tese dos direitos.

Mas, assim como a racionalidade científica, a racionalidade prática tem também seus limites. O combate à posição irracionalista em matéria moral e jurídica, desenhado por MacCormick ao longo de todo o livro, está fundado em uma teoria da ação que dá valor à racionalidade nos assuntos morais e assume que as pessoas devem esforçar-se para serem racionais não só quando resolvem equações matemáticas ou fazem pesquisas científicas, mas também quando são chamadas a deliberar sobre problemas práticos relevantes — “qual é a melhor ação que devo tomar neste caso?”. Entretanto, nem a valoração da racionalidade, nem o esforço por ser racional são coisas que se pode justificar racionalmente. Nossa preferência pela razão não é algo que formamos por meio da própria razão. Por trás de tudo isso está

apenas a preferência por viver em um mundo onde as pessoas se comportem racionalmente, por oposição a outro em que a irracionalidade prática impeça, ou onde o arbítrio seja o tribunal supremo de matérias morais, políticas e jurídicas relevantes. Assim, *Argumentação jurídica e teoria do direito* termina na mesma trilha humiana por que começou: o terreno das valorações afetivas – neste caso, preferir a racionalidade à irracionalidade e ao arbítrio – “pertence ao reino de nossas atitudes e predisposições” (p. 351).

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Imagino que, a esta altura, esteja já evidente que *Argumentação jurídica e teoria do direito* é leitura altamente recomendável para todos aqueles que se interessam por temas como interpretação, argumentação e raciocínio jurídico, bem como para os que têm curiosidade em tomar contato com um dos mais distintivos exemplares dos bons frutos que tem rendido a integração da racionalidade prática à teoria do direito. Muito já foi dito nesta resenha sobre as coisas boas que a obra tem. Encerro, contudo, com duas observações menos encomiásticas que me parecem importantes para o leitor potencial.

Em primeiro lugar, MacCormick toma Dworkin e sua tese dos direitos em muitas passagens como antítese teórica. Isso é especialmente evidente nos capítulos VIII a X. A leitura que

MacCormick faz da linhagem teórica de Dworkin, no entanto, é questionável. A tese dos direitos é por ele tomada como um projeto ultra-racionalista, que tem a pretensão de reduzir todos os problemas jurídicos a problemas especulativos. Essa é uma leitura polêmica de Dworkin, e muitas vezes causa confusão: o leitor frequentemente poderá não enxergar as diferenças que MacCormick insiste haver entre a sua posição e a de Dworkin, ainda que, é claro, haja muitas diferenças entre um e outro – MacCormick, lembremos, era àquela altura um positivista declarado. Nesse sentido, vale mencionar que em *Rhetoric and the Rule of Law*⁵, ainda sem tradução em português, MacCormick declara reconhecer-se hoje bastante mais próximo de Dworkin (e mais distante de Hume) do que ele antes julgava acertado.

Por fim, fica um alerta sobre a tradução brasileira. O truísmo de que ler o original é sempre melhor do que ler traduções poucas vezes foi tão apropriado. Além da indesculpável liberdade poética de tradução do título, que transformou *Legal reasoning and legal theory* numa obra de argumentação jurídica, coisa que o livro não é, a tradução brasileira faz escolhas que comprometem a integridade da leitura. No Capítulo VIII, o mais castigado pela tradução, “problemas de interpretação legal” (*statutory interpretation*) transformaram-se, por exemplo, em “problemas de interpretação necessária”. Coisas assim repetem-se por todo o livro.

NOTAS

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

2 Para a visão de Dworkin das postulações de base do positivismo, v. DWORKIN, Ronald, *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Cap. 2: Modelo de Regras I.

3 Nesse sentido, v. MACCORMICK, Neil. *Law,*

Morality and Positivism. In MACCORMICK, N., WEINBERGER, O. (Eds.) *An institutional theory of law*. Dordrecht: D. Reidel.

4 MACORMICK, Neil. "On legal decisions and their consequences: from Dewey to Dworkin". *New York University Law Review*, v. 58, n. 2, p. 239-258, 1983.

5 MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Oxford: Oxford University Press.

Rafael Mafei Rabelo Queiroz

MESTRE E DOUTORANDO EM DIREITO PELA USP

PROFESSOR DA DIREITO GV