

Sobre o caráter argumentativo do direito: uma defesa do pós-positivismo de MacCormick

On the arguable character of law: an argument for MacCormick's post-positivism

Thomas da Rosa de Bustamante¹

Resumo: Nos escritos de Neil MacCormick, há tanto uma teoria do direito – a denominada teoria institucionalista – quanto uma teoria da argumentação jurídica. A preocupação de MacCormick com a justificação das decisões jurídicas o faz formular indagações que não poderiam ser respondidas por uma teoria positivista do direito. Esta é, certamente, uma das razões pelas quais este autor defendeu abertamente, em seus últimos escritos, uma teoria pós-positivista do direito. Neste trabalho, esta teoria é comparada com o positivismo contemporâneo, que pode ser exemplificado por meio da teoria jurídica de Joseph Raz. Conclui-se, após uma breve análise das teses centrais do positivismo e de algum dos argumentos de MacCormick que o afastam dessas teses, que o pós-positivismo

1 Professor e membro do Corpo Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. *Honorary Lecturer* da Universidade de Aberdeen (Reino Unido). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

supera com vantagens todas as vertentes do positivismo jurídico. No caso específico de MacCormick, os seguintes pontos são relevantes para o desenvolvimento da ciência do direito, todos incompatíveis com o positivismo: (1) a caracterização do direito como um conceito “argumentativo”; (2) a sua teoria reflexiva das fontes do direito; (3) a concepção kantiana de justificação jurídica que sobressai em sua teoria da argumentação jurídica; (4) a tese do caso especial; (5) a tese da pretensão de correção do direito e a correlata obrigação de fazer justiça conforme o direito; e (6) o papel desempenhado pela eticidade e pela moralidade política no desenvolvimento e na aplicação do direito.

Palavras-chave: MacCormick. Pós-positivismo. Tese das fontes sociais. Caráter argumentativo. Direito.

Abstract: In Neil MacCormick’s legal writings there is both a legal theory – the so-called institutional theory – and a theory of legal argumentation. His concern with the justification of legal decisions has made him ask questions which cannot be answered by a positivistic theory of law. This is, beyond any doubt, one of the reasons why this author has openly advocated a post-positivistic theory of law. In this paper, this theory is contrasted with contemporary positivism, which can be exemplified by Joseph Raz’s juridical writings. I conclude, after a brief analysis of the central theses of Joseph Raz and of some of the theses advanced by MacCormick against positivism, that his post-positivism is a superior form of legal theory. In the case of MacCormick, the following points are both relevant for the development of legal science and incompatible with positivism: (1) his characterization of law as an argumentative concept; (2) his critical theory of the sources of law; (3) his Kantian conception of legal justification and his theory of legal argumentation; (4) the special case thesis; (5) the thesis of the claim to cor-

rectness and the obligation to do justice in accordance with the law; and (6) the role played by the ethical life of the community and by the political morality in the development and application of law.

Keywords: MacCormick. Post-positivism. Social sources thesis. Argumentative character. Law.

1. Introdução

Neste ensaio investigo a plausibilidade da asserção de que o direito é argumentativo, que está situada no núcleo do pós-positivismo de Neil MacCormick. Na minha leitura dos trabalhos deste autor, a insistência do positivismo na pretensão de que a validade de uma lei pode ser identificada somente por suas características formais – de modo que o teórico do direito deva se restringir a identificar a “fonte” de uma norma jurídica para afirmar a sua validade – sempre foi incoerente com a teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick, mesmo na sua versão inicial.

Talvez a forma mais fácil de entender isso é comparar o pós-positivismo de MacCormick com o positivismo jurídico proposto por Joseph Raz, que é a concepção positivista que formula pretensões mais fortes acerca do caráter do direito e do método para atribuir a uma norma particular o caráter de uma regra jurídica válida. O só fato de a maior parte dos positivistas inclusivos já terem desistido de suas teses originais é uma boa razão para iniciar a nossa argumentação com os trabalhos de Raz, que parecem ser a versão mais resistente do positivismo jurídico contemporâneo.

Meu caminho será o seguinte: na segunda seção, que é substancialmente menor do que a terceira, eu analiso algumas teses de Raz sobre a natureza do direito. Essas teses, segundo acredito, são aceitas pelas vertentes mais importantes do positivismo contemporâneo. Elas podem

prover, portanto, um ponto de arranque para qualquer investigação pós-positivista sobre a natureza do direito. Na terceira seção, por sua vez, tento focar as afirmações centrais do pós-positivismo de MacCormick, que parecem ser suficientes para que possamos abandonar o positivismo enquanto projeto teórico.

2. Considerações sobre os aspectos centrais do positivismo contemporâneo

Em que pese o debate entre os positivistas inclusivos e exclusivos, que se refere às diferentes interpretações da “tese da separação” entre o direito e a moral, parece que os positivistas contemporâneos agora já têm uma nova agenda para a teoria jurídica, que se refere à denominada “tese das fontes sociais”. Talvez a formulação mais precisa dessa tese seja a elaborada por Joseph Raz, que põe particular ênfase na ideia de que “todo o direito é baseado em alguma fonte”, já que “a sua existência e conteúdo somente podem ser identificados tomando-se por referência fatos sociais, sem recurso a qualquer enunciado avaliativo”.²

Provavelmente a forma mais simples de se compreender a concepção de Raz sobre o direito é retomar a distinção que ele estabelece entre as duas fases da argumentação prática. Quando consideramos a atitude de uma pessoa em relação a uma certa ação proposta, podemos diferenciar entre o estágio *deliberativo* e o estágio *executivo*. Em instituições tais como o Estado, por exemplo, frequentemente é o caso de que alguns atores serão competentes para tomar decisões, enquanto outros devem meramente *executar* as decisões tomadas por terceiros. No estágio deliberativo, segundo Raz, “a questão sobre o que se deve fazer está aberta a

2 RAZ, 1994, p. 195.

argumentos baseados em todos os tipos de considerações”, inclusive razões morais, enquanto no estágio executivo a questão acerca do que se deve fazer “será identificada sem recurso a ulteriores argumentações morais”, já que apenas considerações “positivadas” podem pertencer a este setor da racionalidade prática.³

Quando pensamos nas instituições jurídicas, a principal pressuposição que caracteriza a teoria de Raz como positivista é a tese de que o direito “consiste apenas em considerações positivadas dotadas de autoridade”. Essa proposição remete todas as considerações morais, éticas, políticas e até mesmo pragmáticas para além das fronteiras do direito e da argumentação jurídica. De acordo com Raz, “considerações positivadas são aquelas cuja existência e conteúdo podem ser asseveradas *sem recurso a valorações morais*”.⁴ Pode-se dizer, portanto, que para Raz o direito nada mais é do que uma autoridade institucionalizada.

Esta concepção estrita do direito pressupõe um âmbito restrito para o raciocínio jurídico e para a teoria do direito. Um juiz pode muito bem estar habilitado a se deixar influenciar por considerações morais ou qualquer outro tipo de considerações não-positivistas, mas quando ele o faz, esse juiz não estará mais aplicando o direito. Pelo contrário, ele estará exercendo sua competência para *criar* uma nova regra jurídica, ainda que essa regra jurídica seja contrária ao sentido literal de um enunciado jurídico preexistente. Esta demarcação entre a *aplicação* e a *criação* do direito é muito clara na teoria jurídica de Raz.

A essência do positivismo jurídico contemporâneo, portanto, está plasmada na pretensão de que os *critérios de legalidade* são “independentes do conteúdo” (*content-*

3 RAZ, 1994, p. 191.

4 RAZ, 1994, p. 189.

independent), já que as denominadas “considerações positivadas” seriam suficientes para estabelecer a validade de qualquer regra jurídica particular. Com efeito, mesmo as figuras mais proeminentes do positivismo inclusivo já parecem ter aberto mão de suas teses originais e passaram a reconhecer que a versão de positivismo jurídico apresentada por Raz é muito mais interessante do que aquela anteriormente sustentada por esses autores. Para expressar essa ideia em termos literais, cito a seguir a seguinte passagem de Jules Coleman em um escrito relativamente recente:

Apesar de a visão convencional ser de que o positivismo é definido por meio da tese da separabilidade, a concepção mais precisa é a de que o positivismo é definido por seu comprometimento com a tese dos fatos sociais. Uma formulação familiar da tese dos fatos sociais é a que Raz denomina tese das “fontes sociais”. De acordo com essa tese, a identidade e o conteúdo do direito pode ser determinado unicamente por fatos sociais.⁵

Podemos perceber claramente, portanto, que essa visão constitui uma mudança significativa na teoria jurídica de Coleman, já que o seu positivismo inclusivo não pode ser estabelecido sem a tese da separabilidade. O autor parece claramente abandonar, portanto, o positivismo inclusivo que ele próprio criou.

Sem o positivismo inclusivo, as teorias jurídicas positivistas parecem retroceder ao que Bobbio entendia ser a essência do positivismo metodológico, ou seja, à tese de que a validade do direito não depende de seu conteúdo, e de que o direito deve ser estudado tal como ele é, e não como os seus estudiosos pensam que ele deve ser.⁶

Um dos modos de definir o pós-positivismo, portanto, é analisar as teses que os seus proponentes sustentam contra a tese das fontes sociais, já que basta que se rejeite essa tese

5 COLEMAN, 2007, p. 586.

6 BOBBIO, 1998, p. 23.

para que se possa definir alguém como não-positivista ou, se a pessoa em questão pretender se afastar também do jusnaturalismo, como pós-positivista.

Nos parágrafos que se seguem, irei realizar uma análise do pós-positivismo de Neil MacCormick, com o fito de demonstrar que sua teoria vai além dos horizontes limitados do positivismo. À medida que prosseguimos, irei sustentar que o caráter argumentativo do direito e as conexões entre a argumentação jurídica e o discurso prático não podem ser conciliados com o positivismo e, portanto, implicam a necessidade de se buscar um novo tipo de teoria do direito.

3. O direito, a moral e a argumentação: a natureza do pós-positivismo de MacCormick

Apesar de MacCormick só ter adotado para si mesmo o rótulo de “pós-positivista” no final de sua carreira, sua relação com o positivismo nunca foi pacífica. Mesmo em seus escritos iniciais ele nunca esteve satisfeito com a posição positivista dominante sobre a natureza do direito. A despeito da grande influência de Herbert Hart sobre os seus trabalhos, sempre houve desavenças relevantes com a suposta neutralidade dos positivismos de Hart e Kelsen. Talvez a mais expressiva dessas desavenças diga respeito à questão da justificação das decisões sobre a validade das normas jurídicas, considerada sob o ponto de vista interno. Como MacCormick enfatizou várias vezes, os teóricos do direito deveriam conduzir o *insight* de Hart sobre o ponto de vista interno para além do ponto onde Hart nos deixou em seus próprios escritos teóricos.⁷ Quando os teóricos do

7 Para ilustrar este ponto, podemos mencionar o seguinte trecho de MacCormick em uma entrevista concedida a Manuel Atienza na ocasião da publicação do seu livro *Institutions of Law*: “O aspecto

direito levam em consideração todas as implicações do ponto de vista interno, o problema da justificação das decisões jurídicas se torna central, como se pode ler no seguinte trecho da obra *Legal Reasoning and Legal Theory*, de Neil MacCormick:

Uma descrição positivista do sistema tal como ele opera *não pode* responder a um tipo particular de questão que pode ser formulada *internamente* em um sistema jurídico: a questão que pode ser formulada diante de um juiz, em um caso difícil, da seguinte maneira: “Por que *nós* devemos tratar todas as decisões alcançadas em conformidade com uma regra válida segundo nosso critério de validade como suficientemente justificadas?”, e esta é uma questão que pode, e de tempos em tempos é, levantada. Ademais, o positivismo não consegue também responder à questão formulada pelos juízes ainda mais frequentemente: “Como nós devemos justificar as decisões concernentes à interpretação e à aplicação de nossos critérios de validade?”.⁸

Esta passagem demonstra que MacCormick está preocupado com algo que é normalmente negligenciado pelo positivismo contemporâneo: o problema da justificação das decisões jurídicas. Ele está especialmente preocupado com a justificação de decisões jurídicas porque ele é consciente do elemento subjetivo que está sempre presente, em maior ou menor extensão, nas atividades de interpretação e aplicação do direito. Ademais, ele assume o ponto de vista de um “usuário” da norma quando ele chama para si a tarefa de

em que a obra de Hart resulta mais iluminador e durável se refere à necessidade de se entender a conduta governada por regras a partir do ‘ponto de vista interno’. Isto é essencial para desenvolver uma teoria clara e convincente das normas; mas as regras são apenas um tipo de normas. A análise do direito como a união de regras primárias e secundárias, ainda que repleta de intuições valiosas, é, no fim das contas, incompleta e insatisfatória. É necessário um novo começo” (ATIENZA, 2006, p. 482).

8 MACCORMICK, 1978a, p. 63.

construir uma explicação teórica da natureza do direito.

Apesar de a teoria institucional do direito, que é a teoria jurídica em sentido estrito adotada por MacCormick, pressupor um certo distanciamento por parte do teórico do direito, a investigação do teórico do direito “permanece porém orientada a valores” no momento em que ela faz descrições das instituições jurídicas.⁹ Segundo MacCormick, “uma explicação coerente da natureza do direito, e uma explicação coerente do caráter de qualquer sistema jurídico moderno, deve levar a sério os valores muito gerais que são inerentes à natureza do fenômeno jurídico”. Os conceitos que um teórico do direito emprega para explicar a natureza do direito são, portanto, “conceitos interpretativos” no sentido de Ronald Dworkin, pois o teórico deve adotar um ponto de vista hermenêutico que pretende “entender as práticas e instituições dos seres humanos nos termos daquilo que as torna inteligíveis e válidas [...] para os seus participantes”.¹⁰

Embora o teórico tenha um certo grau de distanciamento quando contrastado com os “atores centrais” da prática jurídica, ele deve ter, como um ator de segundo nível, “um grau relativamente alto de engajamento, quando comparado com os observadores externos”.¹¹ Apesar do fato de MacCormick sustentar que sua teoria do direito (*jurisprudence*) não tem por objetivo solucionar problemas práticos particulares,¹² a compreensão que ela provê para a categoria prática do “direito” pressupõe uma reconstrução racional das instituições jurídicas que “busca uma consideração crítica das regras centrais à luz dos princípios e valores que subjazem a elas”. Tal consideração crítica,

9 MACCORMICK, 2007, p. 301.

10 MACCORMICK, 2007, p. 295.

11 MACCORMICK, 2007, p. 7.

12 MACCORMICK, 2007, p. 302.

segundo MacCormick, “pode indicar a direção de futuras interpretações do direito que irão retificar anomalias no entendimento corrente, incluindo-se a prática judicial”.¹³

Essa compreensão da investigação jurídico-teórica como predominantemente crítica e orientada a valores, adotada por MacCormick, se soma à concepção da prática da argumentação jurídica como também um processo necessariamente construtivo e hermenêutico, que parece não se compatibilizar bem com o essencialismo empirista que permeia a maioria das concepções positivistas.

Para muitos positivistas o direito é uma espécie de *entidade real* que está aí para ser “conhecido” ou “descoberto” pelo teórico do direito. Os teóricos do direito muito raramente se engajam em uma atividade interpretativa ou hermenêutica quando eles tentam “identificar” o direito. O direito possui uma essência fática que pode ser observada e descrita *a partir de fora*. O teórico olha para o direito do ponto de vista externo, dado que o seu conteúdo já está fixado e o seu significado não depende das subjetividades do intérprete. Esse tipo de positivismo, que é largamente dominante na teoria jurídica anglo-americana, sustenta que há uma separação clara entre a “criação” e a “aplicação” do direito. Pode-se *identificar* empiricamente o “direito válido” em certa sociedade, em que pese o fato de um juiz eventualmente poder “criar” um novo direito quando ele não estiver satisfeito com a solução provida pelo sistema jurídico ou, mais frequentemente, quando ele estiver lidando com um caso ainda não resolvido pelo conjunto de leis válidas. É exatamente desse tipo de positivismo que falamos quando

13 MACCORMICK, 2007, p. 292. Assim como Alexy, MacCormick sustenta que a ciência do direito tem não somente uma dimensão empírica e uma dimensão analítica, mas também uma dimensão normativa (MACCORMICK, 2007, p. 292).

pensamos em Joseph Raz. Para tal tipo de positivismo, é possível “aplicar” o direito sem qualquer ponderação de razões. A denominada “aplicação do direito” é apenas a *etapa executiva* da argumentação prática. Todo o direito pode ser encontrado em suas fontes sociais, e a principal tarefa do jurista é identificar essas fontes, já que elas lhe dão uma orientação acerca do que se está legalmente obrigado a fazer em um caso particular.

Tal diferenciação clara entre criação e aplicação do direito conduz a uma outra distinção que é também típica do positivismo anglo-americano contemporâneo: a distinção entre “teorias do direito” e “teorias da decisão jurídica” (*theories of adjudication*). Teorias do direito concernem geralmente à identificação do direito. Elas respondem à questão acerca do que o direito é, e não do que ele deve ser. Deve haver um teste único para diferenciar as regras jurídicas de outros tipos de normas sociais, e esse teste normalmente tem a ver com o *pedigree* ou o processo por meio do qual as regras são criadas (em outros termos, com as suas fontes). Nessa perspectiva, o direito é auto-referencial porque ele regula o processo por meio do qual as normas jurídicas são criadas. Esta distinção entre “teorias do direito” e “teorias da decisão” pressupõe um resíduo positivista. Na realidade, dificilmente seria possível encontrar um não-positivista que estaria disposto a aceitar essa separação.

A diferenciação entre uma *teoria do direito* (*theory of law*) e uma *teoria da decisão* (*theory of adjudication*) é crucial para o debate sobre o positivismo contemporâneo, já que ela ilustra como este tipo de teoria caracteriza a função da ciência do direito enquanto disciplina teórica. Uma vez que a ciência do direito é classificada como uma teoria do direito, por contraposição a uma teoria da decisão, pode-se notar um crescente abismo entre a teoria e a prática, que são concebidas como contextos discursivos autônomos

que muito raramente se comunicam um com outro. Não é tarefa de um teórico justificar qualquer prática ou decisão particular, ou mesmo proporcionar qualquer critério para a interpretação adequada e a interpretação do direito. A tarefa própria da teoria jurídica é meramente explicar o direito, ao invés de desenvolvê-lo ou revisá-lo. Um bom teórico do direito deve, portanto, deixar o seu objeto de investigação intocado. A teoria jurídica e a prática jurídica são domínios separados, que devem permanecer separados se eles estiverem destinados a cumprir com suas funções sociais.

Como irá se tornar claro nas próximas seções, a versão particular de pós-positivismo advogada por MacCormick tem como ponto de partida essas distinções e, portanto, conduz a uma concepção de direito mais promissora, pois ela não aceita a estrita separação positivista entre o direito tal como ele é e o direito tal como ele deve ser, e nem muito menos aceita a distinção entre teorias do direito e teorias da decisão. Ademais, e talvez ainda mais fundamentalmente, ela rejeita a concepção de que as fontes do direito são exaustivas e suficientes para determinar o conteúdo das regras jurídicas.

O direito é visualizado como uma prática interpretativa em que o sentido das suas normas é gradualmente construído, ao invés de descoberto pela simples observação de fenômenos empíricos. O direito enquanto prática social é inerentemente argumentativo, e uma das características particulares da argumentação jurídica é que ela permanece aberta a argumentos morais, éticos e pragmáticos que estão inseridos no discurso jurídico. Com efeito, o discurso jurídico é entendido como um caso especial de discurso prático, e isso é suficiente para que nós possamos pretender que a própria natureza da argumentação jurídica cria uma obrigação de decidir de modo moralmente correto ou, nas palavras de

MacCormick, uma obrigação de “fazer justiça de acordo com o direito”.

3.1. O caráter argumentativo do direito

O primeiro ponto digno de nota sobre a teoria institucional de Neil MacCormick é que o direito compreende mais do que um conjunto de fatos institucionais que não necessitam de qualquer interpretação ulterior. Enquanto ordem normativa, e “enquanto uma ordem prática”, o direito está “em constante necessidade de adaptação a novos problemas práticos”.¹⁴ Nesse particular, MacCormick aceita a ideia kelseniana de que o direito apresenta uma estrutura hierárquica em que as normas de mais alto escalão são especificadas ou concretizadas nos processos de legislação e aplicação do direito. No direito comunitário europeu, por exemplo, o processo de transposição do nível do direito supranacional para o nível das ordens jurídicas domésticas “é parte do *Stufenbau*, ou seja, do processo que caminha passo-a-passo da norma geral para as decisões particulares em casos concretos”.¹⁵ Como MacCormick escreve com clareza particular, ele vê o direito como “uma disciplina argumentativa”, ao invés de uma “ciência exata”. O primeiro ponto de partida sobre o direito é que ele é sempre de natureza discutível.¹⁶ Diferentemente dos positivistas, que erigem a certeza do direito à condição de único valor assegurado pelo princípio do Estado de Direito, MacCormick acredita que o “caráter argumentativo do direito” é algo para ser celebrado em sociedades democráticas, pois ele está profundamente entrincheirado na ideia de Estado de Direito.

14 MACCORMICK, 2005, p. 6.

15 MACCORMICK, 2005, p. 10.

16 MACCORMICK, 2005, pp. 14-15

O reconhecimento do Estado de Direito enquanto ideia política implica o reconhecimento do direito como o “*locus da argumentação*”.¹⁷ Apesar de o princípio do Estado de Direito estar orientado para o valor da certeza do direito, tal valor não é o único. Racionalidade e justiça também figuram entre os valores básicos que constituem o ideal fundamental do Estado de Direito.

Nessa interpretação, a indeterminação do direito não é algo para ser sempre deplorado. Ela tem a ver com a ideia de Estado de Direito e com as regras procedimentais de argumentação que se encontram pressupostas na estrutura institucional que ela provê. As ideias de imparcialidade e de equidade entre as partes em uma disputa jurídica, assim como o princípio fundamental consubstanciado no brocado *audiatur et altera pars*, estão necessariamente conectados à ideia fundamental do Estado de Direito e ao caráter argumentativo do sistema jurídico. Nesse sentido, vale a pena mencionar as seguintes palavras de MacCormick no capítulo introdutório de sua última versão da teoria da argumentação jurídica:

Eu acredito no caráter argumentativo do direito, e eu considero isso admirável em uma sociedade aberta. Nós devemos olhar para todos os lados de qualquer questão importante, e não simplesmente pender para o lado de nossos preconceitos ou da certeza aparente. Nós devemos escutar todos os argumentos, e celebrar, não deplorar, a natureza discutível que parece estar incorporada no direito.¹⁸

O próprio princípio do Estado de Direito, segundo MacCormick, implica um certo grau de indeterminação no sistema jurídico. Essa indeterminação, de acordo com o autor, não é apenas “o resultado do fato de que os Estados

17 MACCORMICK, 2005, p. 13.

18 MACCORMICK, 2005, p. 16.

comunicam seus materiais jurídicos na linguagem (‘oficial’) natural, e esta padece de ambiguidade, vagueza e textura aberta”, como diria Hart.¹⁹ Ela também resulta do “devido reconhecimento dos ‘direitos de defesa’ em qualquer sistema de persecução penal e contencioso cível”.²⁰ Dito com brevidade, o Estado de Direito implica e, em certo sentido, amplifica o caráter discutível do direito.

Se essa interpretação do ideal político do Estado de Direito é correta, então os teóricos do direito tradicionais estão equivocados quando apresentam o valor da certeza jurídica como o único conteúdo do Estado de Direito. Ademais, os teóricos estão também equivocados quando sustentam, tal como faz Raz, que o direito deve ser “encontrado” em um conjunto previamente determinado de “fontes sociais”, por meio de uma argumentação puramente empírica. A validade de uma lei não pode ser uma mera questão de fato, mas precisa, ao contrário, ser ao menos em certa medida uma questão de argumentação. Na perspectiva de MacCormick, o direito quase nunca estará “fixado” (*settled*) e as suas regras são necessariamente superáveis (*defeasible*), pois elas estão inevitavelmente sujeitas a interpretações construtivas que podem levar a revisões, reinterpretções e até mesmo a exceções nas suas hipóteses de incidência. As regras jurídicas são visualizadas como enunciando unicamente condições “ordinariamente necessárias e presumidamente suficientes” para as situações que regulam, já que os seus princípios subjacentes, que provêm a justificação geral do sistema jurídico, interagem com as provisões mais específicas que se encontram na legislação, nos precedentes e na legislação secundária.²¹ Essa interação pode ativar algum “fator de

19 MACCORMICK, 2005, p. 26.

20 MACCORMICK, 2007, p. 26.

21 MACCORMICK, 2005, p. 241.

fundo” coberto pelo princípio justificador da regra jurídica, que pode levar ao reconhecimento de exceções não escritas à regra inicialmente considerada pelo intérprete. Nas palavras do próprio MacCormick, “a presença de elementos não-escritos parece ser uma característica geral do direito”.²²

3.2. A leitura interpretativista das fontes do direito

Nesse ponto, já se pode perceber porque a teoria interpretativa do direito e da decisão judicial de MacCormick, que é em importante medida influenciada pela concepção dworkiniana de “direito como integridade”, está um passo a frente da formulação positivista da denominada “tese das fontes sociais”, que parece ser o único ponto comum de todos os positivistas.

Todos os positivistas concordam que o critério decisivo para se determinar a validade de uma norma jurídica é a fonte ou o *pedigree* de uma norma particular. Quando uma regra pode ser reconduzida a uma fonte juridicamente reconhecida, os teóricos do direito podem identificá-la com um grau razoável de certeza. Até mesmo as formas não-ortodoxas de positivismo, tais como as teorias “inclusivas” de Waluchow, do último Hart e de Coleman em seus escritos iniciais, têm necessariamente de aceitar que qualquer conteúdo normativo que derive de uma fonte jurídica válida tem um caráter jurídico, na medida em que essa regra satisfaça a regra-mestra estabelecida em um sistema jurídico particular como um teste para a validade jurídica de suas normas.

O reconhecimento, por MacCormick, do caráter imanentemente argumentativo do direito, por outro

22 MACCORMICK, 2005, p. 244.

lado, parece implicar uma doutrina das fontes do direito completamente diferente. Os materiais encontrados nas fontes do direito – tais como leis, precedentes, tratados e atos administrativos – não são “auto-interpretativos e auto-aplicáveis”.²³ Bem entendidas, elas são “direito” apenas em uma acepção pré-interpretativa.²⁴ As ideias de MacCormick sobre a teoria dos precedentes judiciais são um bom exemplo para ilustrar este ponto. MacCormick sustenta que as teorias do precedente baseadas no direito natural ou no positivismo jurídico contribuíram não apenas para diferentes interpretações da doutrina do *stare decisis* no Reino Unido, mas também para diferentes usos práticos e aplicações do direito jurisprudencial. De um lado, as assim chamadas “teorias declaratórias da decisão judicial” – que se apresentam como compatíveis com os pontos de vista do direito natural, tendo dominado o cenário jurisprudencial da Grã-Bretanha até o início do século XVIII – “fundamentam uma hostilidade em relação a qualquer doutrina de precedentes absolutamente vinculantes, ao fundamento de que erros sobre o direito são logicamente possíveis, e os precedentes são apenas declaratórios ou uma evidência do que seja o direito, e não propriamente normas jurídicas”.²⁵ Por outro lado, o positivismo, ao frisar o aspecto social do direito, “necessariamente nega as premissas da teoria declaratória”:

Não há qualquer essência do direito além daquilo que foi decidido como “direito” por alguma autoridade competente. Disso se segue que, se os precedentes constituem evidências do direito, eles somente podem sê-lo porque aos juízes explícita ou implicitamente foi atribuída autoridade para criar direito mediante suas decisões. De modo converso, o próprio reconhecimento do precedente como

23 MACCORMICK, 2005, p. 23.

24 MACCORMICK, 1998a.

25 MACCORMICK, 1998a, p. 182.

uma evidência do conteúdo do direito significa o reconhecimento do poder dos juízes para criar o direito.²⁶

Podemos ver, portanto, que essas teorias produzem sérias consequências normativas no modo como o precedente judicial é recebido e aplicado na prática jurídica. É por causa de tais consequências que MacCormick, ao tratar do tema do precedente, sustenta que precisamos de uma teoria que possa superar a dicotomia “direito natural *versus* positivismo”, pois essa é a única maneira de transcender os limites da teoria declaratória do direito e de sua contraparte positivista:

Já não é mais possível [...] se contentar com um simples contraste entre o direito natural e o positivismo ao tratarmos do precedente. Por essa razão, particular deferência é devida ao trabalho de Ronald Dworkin, que subverteu a simples dicotomia entre o positivismo e o direito natural. Ao invés de um modelo de direito como um sistema de regras derivada de fontes predeterminadas, Dworkin nos convida a re-conceber o direito como um conceito essencialmente “interpretativo”. Todo o conjunto de decisões do legislador, dos juízes e de outras autoridades, que o positivismo conceituou como agentes criadores do “sistema jurídico”, Dworkin nos convida a entender como direito apenas em um sentido “pré-interpretativo”.²⁷

Como explica MacCormick, de acordo com essa concepção, a própria noção de “fontes do direito” precisa ser revisada: “para um seguidor da perspectiva de Dworkin, se tratamos um precedente, ou mesmo um ato do Parlamento ou do Executivo, como uma ‘fonte do direito’, a concepção de ‘fonte’ em questão deve ser radicalmente diferente daquela assumida no modelo positivista”.²⁸ Ao seguir os passos de Dworkin, MacCormick termina com uma teoria das

26 MACCORMICK, 1998a, p. 183.

27 MACCORMICK, 1998a, p. 183.

28 MACCORMICK, 1998a, p. 183.

fontes do direito segundo a qual leis, precedentes e demais materiais jurídicos “não constituem em si mesmos direito, mas apenas materiais a partir dos quais a tarefa de construir o direito deve se realizar”. A especificação do conteúdo do direito depende de um processo interpretativo conduzido pela ideia de “integridade”, no sentido de Dworkin,²⁹ ou de “coerência normativa”, que é a mesma ideia no vocabulário de MacCormick. Em tal construção interpretativa, o intérprete torna o direito operativo ao aplicar esses materiais de acordo com os princípios morais implícitos no direito, e esse processo hermenêutico é sempre conduzido pela ideia regulativa de se alcançar a melhor interpretação possível desses materiais pré-interpretativos. Podemos ver, portanto, que MacCormick defende uma teoria das fontes do direito e uma teoria dos precedentes que são incompatíveis com o positivismo jurídico e com a visão de que a autoridade de uma fonte é o único fator relevante para determinar a validade de uma regra que possa ser extraída de um precedente judicial. As normas derivadas dos precedentes serão fixadas em um discurso interpretativo no qual argumentos baseados na moralidade política e argumentos baseados na razão prática são ponderados de maneira apropriada.

3.3. A teoria da argumentação jurídica de MacCormick

O caráter discutível ou discursivo do direito e a concepção de fontes do direito como materiais “pré-interpretativos”, ao invés de respostas definitivas à questão da validade de uma regra, são profundamente consistentes com a ambição de MacCormick de construir uma teoria normativa da argumentação jurídica. Se o

29 DWORKIN, 2000.

direito necessariamente se refere a uma certa concepção de justiça, e se o seu conteúdo último depende de uma interpretação construtiva no contexto de pretensões de validade disputáveis para fundamentar normas individuais produzidas no processo de aplicação do direito, então é razoável sustentar que uma das tarefas da teoria do direito deve ser a de prover um conjunto de diretivas para ajudar os juristas a “discriminar entre os argumentos melhores e os piores, os mais ou menos racionalmente convincentes”.³⁰ Nesse sentido, parte da estratégia de MacCormick para reconciliar a dimensão argumentativa do direito com o valor da certeza do direito – ambos pressupostos e implicados pela ideia política do Estado de Direito – é elaborar uma teoria da argumentação jurídica que pretenda ser capaz de encontrar os melhores critérios de racionalidade para as decisões judiciais e os requisitos fundamentais que se impõem sobre o processo de argumentação jurídica.

Embora muito possa ser dito sobre a teoria de MacCormick acerca da argumentação jurídica, é suficiente para nossos propósitos fazer referência ao universalismo kantiano que é acatado pela versão final do seu projeto teórico. Para MacCormick, qualquer decisão jurídica só pode ser justificada se ela passar por um teste de universalizabilidade. Isso se segue da própria ideia de justificação: “justificar é demonstrar que algo é correto”, e “demonstrar que algo é correto é demonstrar que, sob qualquer ponto de vista objetivo acerca do assunto, o ato deve ser realizado, ou pelo menos deveria ter sido realizado, em vista das características e das circunstâncias do caso”.³¹ Não há justificação sem universalização para a teoria de MacCormick sobre a argumentação jurídica: “Para fatos

30 MACCORMICK, 2005, p. vi.

31 MACCORMICK, 2005, p. 98.

particulares – ou motivos particulares – constituírem *razões justificativas* eles devem ser subsumíveis em um princípio de ação universalmente estabelecido, ainda que esse universal possa ser tido como superável (*defeasible*). Isso se aplica à razão prática de modo geral, e ao raciocínio jurídico como um departamento do raciocínio prático”.³²

Isso é suficiente para nos mostrar que a teoria da argumentação de MacCormick se volta para um *teste de universalizabilidade* no espírito do imperativo categórico de Kant, ainda que tal teste seja adaptado à forma do ideal de Perelman acerca de um “auditório universal”³³ ou à ideia regulativa de Habermas de uma “situação ideal de fala”.³⁴

De qualquer modo, MacCormick é claríssimo acerca da importância do princípio moral da universalizabilidade quando ele expressamente reconhece que a última versão de sua teoria da argumentação jurídica se afastou do não-cognitismo de Hume, que poderia ser encontrado em seus escritos de juventude, em busca de uma filosofia moral kantiana.³⁵ Nesse particular, a teoria da argumentação jurídica de MacCormick teve que incorporar duas teses veiculadas por Alexy para vindicar a sua pretensão de que os princípios da moralidade universalista kantiana são relevantes para a argumentação jurídica: a tese da “pretensão de correção” e a “tese do caso especial”. Se o direito é um caso especial do discurso prático e, como tal, erige uma pretensão de correção, então as regras básicas de argumentação que se aplicam ao discurso prático são também válidas para o discurso jurídico. Os mesmos princípios do discurso que se pode encontrar na filosofia moral kantiana são também válidos

32 MACCORMICK, 2005, p. 99.

33 PERELMAN; TYTECA, 1969.

34 HABERMAS, 1997.

35 MACCORMICK, 2005, p. 30.

para o discurso jurídico, já que este nada mais é do que um caso especial do primeiro com uma série de restrições institucionais.³⁶ Sem essas duas teses, MacCormick não seria capaz de vindicar sua pretensão, também comum a Alexy, de que as regras da argumentação moral propostas por pensadores como Kant ou Habermas são também aplicáveis na argumentação jurídica. Portanto, não é difícil notar que a teoria de MacCormick sobre a argumentação jurídica – pelo menos em sua forma mais desenvolvida – pressupõe um rompimento com a tradição positivista. Como tentarei demonstrar nas seções finais deste trabalho, as teses do “caso especial” e da “pretensão de correção”, na forma como MacCormick as interpreta, não podem ser conciliadas com qualquer tipo de positivismo.

3.4. A tese da pretensão de correção

Um dos momentos em que MacCormick se afasta do positivismo se dá quando ele sustenta que o direito erige uma pretensão implícita de justiça. De fato, MacCormick argumenta que o discurso jurídico é caracterizado pela presença de certas pretensões implícitas que estão “necessariamente conectadas à realização de interações discursivas entre a criação do direito, o judiciário e as instituições ou agências executivas do Estado”.³⁷ Todo ato de fala que introduz uma norma ou exercita algum tipo de autoridade jurídica está conectado com o ato ilocucionário de se afirmar a correção

36 Porém, isso não significa, obviamente, que o direito e a moral não possam ser distinguíveis. O fato de o discurso jurídico operar no interior de um conjunto de balizas institucionais implica que as decisões jurídicas são limitadas pela exigência de respeito às leis, aos precedentes e a outros materiais dotados de autoridade que se encontram em um sistema jurídico. É essa restrição ao raciocínio jurídico prático que o torna um caso especial do discurso prático geral.

37 MACCORMICK, 2007, p. 274.

das normas gerais ou individuais produzidas por meio deste ato. Qualquer ato de fala realizado no contexto de uma argumentação jurídica envolve certas condições de fundo ou pretensões implícitas, e em particular a pretensão de correção jurídica e moral.³⁸ Entendido como ordem institucional normativa, o direito busca a justiça e necessariamente se volta a solucionar conflitos práticos de modo moralmente aceitável: “uma certa pretensão de justiça, ou seja, uma aspiração afirmada de se estar alcançando a justiça (ainda que ela seja a máscara para uma intenção partidária ou sinistra) está necessariamente incorporada no próprio ato de criação do direito no contexto de um Estado-nação”.³⁹

A pretensão de correção inclui uma pretensão de correção moral – ainda que não se contente exclusivamente com ela – e não apenas uma pretensão de correção de acordo com as leis positivas em dado Estado. Tal pretensão, que desempenha também um papel central na teoria de Alexy sobre a argumentação jurídica, está intimamente conectada com a ideia de que o direito possui um caráter argumentativo. Os fundamentos dessa tese podem ser encontrados na filosofia da linguagem de Habermas. No seu famoso ensaio *Teorias da Verdade*, Habermas criticou as teorias filosóficas que definem a verdade de uma asserção como a “correspondência” com uma certa coisa ou estado de coisas que é provado como existente em um mundo de objetos físicos.⁴⁰ Contrariamente a essas teorias, Habermas advoga uma concepção de verdade como consenso racional, que pode ser sintetizada no seguinte excerto:

Eu posso predicar algo a um objeto se, e somente se, todos os indivíduos que *pudessem* entrar em um discurso comigo fossem

38 MACCORMICK, 2007, p. 275.

39 MACCORMICK, 2007, p. 276.

40 HABERMAS, 1997.

predicar a mesma característica ao mesmo objeto. Portanto, para distinguir a verdade da falsidade de uma asserção eu faço referência ao julgamento de todos os demais – com efeito, ao julgamento de todos aqueles com os quais eu pudesse eventualmente entrar em uma discussão (entre os quais eu incluo, de forma contrafática, todos os ouvintes potenciais que eu poderia encontrar se o meu tempo de vida fosse coextensivo com a história da humanidade). A condição de verdade de um enunciado é o consenso potencial de todos os participantes do discurso.⁴¹

Com esse discurso ideal, Habermas busca o critério de verdade que ele acredita estar ausente nas teorias epistemológicas que identificam a verdade de uma asserção com a mera correspondência – mediada pela experiência sensorial – com certo estado de coisas. Já que todos nós temos diferentes experiências, uma concepção de verdade baseada apenas na percepção sensorial estaria equivocada porque ela não pode garantir a objetividade do conhecimento que produz. Já que não há uma realidade objetivamente acessível a nossos sentidos, a racionalidade das expressões utilizadas por A ou B somente pode ser verificada de acordo com a resgatabilidade discursiva das pretensões de validade contidas nos atos de fala realizados por cada falante. Em outros termos, ao compreender o discurso como um procedimento argumentativo, Habermas está sustentando que nas interações linguísticas entre A e B, “ambos erigem pretensões com suas expressões simbólicas, as quais precisam ser criticadas e defendidas, ou seja, fundamentadas”.⁴² Um juízo – sobre a *verdade*, no caso de atos de fala constatativos, ou sobre a *correção*, nos atos de fala regulativos, nos quais o que está em jogo não é a asserção de um fato, mas a validade de uma norma⁴³ – somente pode ser

41 HABERMAS, 1997, p. 171.

42 HABERMAS, 1984, p. 9.

43 HABERMAS, 1997, p. 130.

objetivo “se é realizado sobre a base de uma pretensão de validade trans-subjetiva”, de modo que “asserções e ações direcionadas para fins são mais racionais na medida em que a pretensão que está conectada a elas possa ser defendida contra a crítica”.⁴⁴ Portanto, Habermas precisa adotar um conceito de racionalidade comunicativa baseado em um discurso cujas propriedades formais sejam capazes de gerar um consenso livre e unificador.

Da mesma forma que enunciados sobre fatos, as ações normativamente reguladas também contém expressões significativas que estão conectadas com pretensões de validade criticáveis. As normas a que essas ações se referem podem também ser intersubjetivamente reconhecíveis, e a resgatabilidade discursiva das pretensões de validade erigidas para tais normas é o que determina sua racionalidade.⁴⁵ No campo da ética, Habermas adota uma posição cognitivista de acordo com a qual as questões práticas ou normativas podem ser resolvidas por meio de uma argumentação aduzida em um discurso prático em que a correção de uma norma é escrutinada.⁴⁶ Esse tipo de discurso é um processo comunicativo que somente pode ser racional se ele se aproximar das seguintes “condições ideais”: (1) os falantes devem estar em uma “situação ideal de fala” que é basicamente caracterizada pela “simetria de condições”, de modo que cada participante no discurso pode estruturar seus atos de fala de modo que não haja qualquer coerção senão a da força racional dos melhores argumentos;⁴⁷ (2) a argumentação, enquanto processo de comunicação, deve ser entendida como “uma forma de interação sujeita a regras especiais”, e (3) a argumentação

44 HABERMAS, 1984, p. 6.

45 HABERMAS 1984, pp. 15-16.

46 HABERMAS, 1984, p. 19.

47 HABERMAS, 1984, p. 25.

“tem como finalidade produzir argumentos cogentes que sejam convincentes em virtude de suas propriedades intrínsecas e com os quais certas pretensões de validade podem ser redimidas ou rejeitadas”.⁴⁸

Já que não posso aprofundar aqui a teoria do discurso racional, vou me limitar a enfatizar um dos pontos que aparenta ser central para Alexy e MacCormick: a ideia de que os atos de fala regulativos sempre erigem uma pretensão de correção normativa. É com base nessa premissa que Alexy sustenta que em todo ato de criação e aplicação do direito uma pretensão de que tal ato é correto é implicitamente erigida. No centro dessa pretensão se encontrariam: (1) A *asserção* de que o ato jurídico é substancial e procedimentalmente correto; (2) A pretensão (que gera uma garantia) de justificabilidade dessa asserção; e (3) a expectativa de aceitação da correção por todos os destinatários da norma jurídica.⁴⁹ Mas como pode Alexy justificar essa tese? Ele responde tal questão da seguinte maneira: “uma pretensão implícita pode ser explicitada ao se demonstrar que a sua negação expressa é absurda”.⁵⁰ Ele segue, portanto, uma estratégia pragmático-formal de se demonstrar que a negação explícita da pretensão de correção implica uma contradição entre o *conteúdo* do ato jurídico – seja uma lei, uma decisão judicial etc. – e o conteúdo da pretensão implícita na sua promulgação. Alexy denomina esse tipo de contradição como “contradição performativa”.⁵¹ Todo participante no discurso jurídico que expressamente negue a pretensão de correção comete uma contradição desse tipo. Seria uma contradição performativa, por exemplo, se na promulgação de uma Constituição o

48 HABERMAS, 1984, p. 35.

49 ALEXY, 1998, p. 208.

50 ALEXY, 2005, p. 21.

51 ALEXY, 1998, p. 210.

artigo primeiro expressamente afirmasse que “X é um Estado injusto”. O mesmo ocorreria se um juiz pronunciasse uma sentença enunciando algo como “X é, portanto, condenado à prisão, embora isso seja uma interpretação incorreta do direito”. A decisão desse juiz poderia ser classificada como absurda porque ela conteria tanto uma asserção implícita de que a decisão é correta como uma asserção explícita que contradiz a parte implícita.

Alexy sustenta, em um dos pontos mais importantes de sua argumentação, que a pretensão de correção tem a função de estabelecer uma conexão necessária entre o direito e a moral. A pretensão de correção atribui ao direito um caráter ideal que não estava presente nas descrições positivistas segundo as quais o direito pode ser definido como mera facticidade ou como o resultado do exercício da autoridade. Esta dimensão ideal do direito fundamenta um princípio geral da moralidade que tem a força de uma norma jurídica implícita em todo e qualquer sistema jurídico. Ao lado dessa pretensão, Alexy reconhece uma norma pragmaticamente pressuposta que estabelece um dever de interpretar e aplicar as normas jurídicas de forma correta. Como consequência de pretensão de correção, pode-se arguir que há uma conexão argumentativo-metodológica entre o direito e a moral⁵² que implica que os aplicadores do direito têm a obrigação *prima facie* de fazer “justiça de acordo com o direito”. Isso é precisamente o que MacCormick quer dizer quando sustenta que o direito está “necessariamente voltado para a justiça”, e essa pretensão está obviamente em contradição com o positivismo jurídico. Para dizer o menos, tal pretensão atribui ao direito um caráter aspiracional e introduz uma distinção entre o “direito positivo *real*” (*actual*

52 ALEXY, 1998.

positive law) e o “direito positivo *ideal*” (*ideal positive law*),⁵³ bem como uma obrigação discursiva, para os aplicadores do direito, de tentar reconciliar essas duas dimensões em suas interpretações construtivas.

3.5. A tese do caso especial

Por sua vez, algumas palavras precisam ser ditas sobre a tese de que a argumentação jurídica é um caso especial do discurso prático. A tese do caso especial é relevante para as teorias da argumentação jurídica porque ela torna mais fácil perceber as pressuposições pragmático-formais do discurso jurídico. Quando dizemos que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático, comprometemo-nos com a visão de que há certas obrigações discursivas para os participantes desse tipo de discurso. Quaisquer que sejam as restrições aplicáveis ao discurso prático geral, elas também serão válidas para o discurso jurídico, ainda que com o requisito adicional de que os falantes devem obedecer às leis positivas com as quais operam. Como MacCormick escreve ao expressar sua concordância com a tese do caso especial, “a argumentação jurídica deve ser entendida como um caso especial do raciocínio prático, e deve, portanto, se conformar às condições de racionalidade e de razoabilidade que se aplicam a todos os tipos de raciocínio prático”.⁵⁴

Por conseguinte, a tese do caso especial é importante porque ela conecta o direito, a racionalidade e a retórica. Ela implica certos “deveres comunicativos”⁵⁵ para quem quer que entre em um discurso jurídico ou erija uma pretensão jurídica. Portanto, a adesão de MacCormick à tese do caso

53 MACCORMICK, 2007, p. 257.

54 MACCORMICK, 2005, p. 17.

55 VIEHWEG, 1979.

especial implica que as razões morais, políticas e pragmáticas que inevitavelmente se aplicam ao discurso prático geral sejam necessariamente incluídas na argumentação jurídica, que é precisamente o oposto do que os positivistas afirmam acerca do raciocínio jurídico.⁵⁶

3.6. A eticidade das instituições jurídicas

Finalmente, a teoria institucionalista de MacCormick é também bem diferente do positivismo porque ela se recusa a aceitar sua descrição do direito como um sistema necessariamente formalista e monológico de regras previamente dadas. Nesse sentido, a minha impressão é de que a maioria dos positivistas contemporâneos tende a se comprometer tanto com seus preconceitos metodológicos que normalmente não conseguem sequer perceber um dos pontos mais importantes da teoria institucionalista de MacCormick, que tem a ver com a eticidade das instituições jurídicas.⁵⁷ Com base em uma leitura “seletiva” dos trabalhos de MacCormick, os positivistas ressaltam alguns sentidos comuns na teoria institucional do direito e terminam sustentando que encontram em MacCormick um aliado ao invés de um oponente.⁵⁸ Quando fazem isso, no entanto, os positivistas tendem a distorcer a teoria que

56 Se aceitarmos esse argumento, teremos de lidar com novos problemas como, por exemplo, o do potencial conflito entre argumentos “positivos” em sentido estrito e os princípios de justiça que podem ser fundamentados por meio das regras gerais do discurso prático. Nem MacCormick e nem Alexy parecem aceitar que haja sempre uma primazia incondicionada das razões “positivadas” sobre as demais. Ainda não temos condições, no entanto, de lidar com tal problema neste trabalho.

57 BANKOWSKI, 2007.

58 Para alguns exemplos de positivistas que se esforçam para ler MacCormick como pertencendo ao seu campo de discussão teórico, cf., por exemplo, SCHAUER, 1996; WALUCHOW, 1994 e VILLA, 2009.

estão analisando. Com efeito, a teoria institucionalista de MacCormick pressupõe um elemento de *entendimento mútuo* entre os membros de uma comunidade jurídica, que está intrinsecamente sedimentado no direito.⁵⁹ O direito emana da interação social dos membros de tal comunidade, que é mediada por um procedimento discursivo em que esses membros influenciam uns aos outros e são transformados pelas experiências que ganham com tais interações. Esse “entendimento mútuo” não pode ser de qualquer tipo, já que o que torna uma regra institucionalmente reconhecível não é somente a conformidade com certas “regras constitutivas” que determinam seu significado – como acontece, por exemplo, no modelo de regras constitutivas em Searle⁶⁰ –, mas os “princípios subjacentes” que constituem a “causa final” de certa instituição.⁶¹ De modo semelhante a Dworkin, MacCormick acredita que o significado da prática social denominada “direito” deriva em parte de princípios que provêm a coerência geral do sistema jurídico e que pertencem ao mesmo tempo à moralidade e ao direito positivo.

A diferença entre a posição de MacCormick e a do positivismo anglo-americano parece muito clara quando comparamos a pretensão positivista de tratar o direito como “um sistema contido em si mesmo e auto-gerador que necessita ser diferenciado da política para organizar as nossas vidas”⁶² com a ideia construtivista, que MacCormick explicitamente aceita, de que o direito está aberto a discursos de aplicação que levam à sua adaptação e eventual reinterpretação com base em considerações éticas e morais.⁶³ De acordo com a

59 MACCORMICK, 1998b, p. 305.

60 SEARLE, 1970.

61 MACCORMICK, 1998b, p. 305.

62 BANKOWSKI, 2007, p. 198.

63 GÜNTHER, 1993 e MACCORMICK, 2005, p. 237 *et seq.*

melhor interpretação da teoria institucional de MacCormick, o direito e as suas instituições criam uma espécie de espaço ético onde a coordenação para o *bem comum* se torna possível e onde os indivíduos que vivem em uma comunidade política podem participar na formação dos valores e dos princípios que regem suas vidas.⁶⁴ As instituições jurídicas têm um valor em si mesmas e os membros da comunidade política reconhecem suas leis não meramente como um conjunto certo e previsível de ordens expedidas sem a sua participação, mas, ao contrário, como um sistema normativo que expressa uma *forma de vida* à qual eles pertencem e que é constitutiva para suas identidades e auto-compreensões. Como Bankowski argumenta de forma convincente, o lado positivista desse debate tende a alienar os indivíduos em uma sociedade capitalista e a reduzi-los à condição de jogadores em um jogo de regras no qual a criatividade e o senso crítico são restringidos (*narrowed down*).⁶⁵

Nenhuma dessas implicações negativas, no entanto, aparece na teoria de MacCormick. As *Instituições do Direito* de MacCormick são, na verdade, uma tentativa de reconciliar de forma crítica a teoria jurídica e a teoria institucional, a teoria e a prática, o direito e sua justificação moral, a política e a eticidade da comunidade em que o direito é constantemente reconstruído. O núcleo desse projeto teórico, em meu ponto de vista, consiste em transcender os limites ao pensamento jurídico que os positivistas estabelecem para si próprios.

4. Conclusão

Podemos perceber nessa discussão que o pós-positivismo é uma alternativa genuína ao positivismo, pois ele rejeita

64 BANKOWSKI, 2007, p. 202.

65 BANKOWSKI, 2007, p. 199.

os pontos centrais desse tipo de teoria e favorece uma leitura interpretativa das fontes do direito que evita o essencialismo empírico que, de modo geral, afeta o positivismo.

A partir do momento em que se reconhece que o direito é um conceito argumentativo e que o discurso prático geral está inerentemente conectado à argumentação jurídica, de modo que os argumentos morais podem se tornar obrigatórios no discurso jurídico – pelo menos nos denominados “casos difíceis” –, já não se pode aceitar uma distinção nítida entre “pura criação” e “pura aplicação” do direito. Também não se pode aceitar a distinção entre “teorias do direito” e “teorias da decisão”, pois em muitos casos o emprego de argumentos morais decorre da própria natureza do direito. Essas conclusões podem muito bem ser um caminho que vai nos levar para longe do positivismo jurídico.

5. Epílogo: discussões e problemas abertos

5.1. Sobre a interpretação de Berteia do pós-positivismo de Neil MacCormick

Poucas semanas após apresentar este trabalho nos Seminários em Teoria do Direito da Universidade de Edimburgo, o autor deste texto se deparou com uma excelente resenha de *Rhetoric and the Rule of Law* escrita por Stefano Berteia. Berteia oferece em seu texto uma das análises mais precisas e esclarecedoras da obra de MacCormick que se pode encontrar na literatura jurídica, de sorte que seria indesejável perder a oportunidade de discutir algumas de suas ideias neste epílogo.

O principal ponto de Berteia em seu ensaio consiste em arguir – com razões que são semelhantes às que foram apresentadas acima, apesar de provavelmente melhor

articuladas – que as teses do último MacCormick sobre a argumentação jurídica “trazem implicações para o conceito de direito” que não podem mais ser reconciliadas com qualquer forma de positivismo jurídico.⁶⁶ Apesar da classificação dos argumentos jurídicos e dos esquemas básicos de justificação jurídica apresentados por MacCormick em *Rhetoric and the Rule of Law* permanecerem os mesmos que tinham sido estabelecidos em seus trabalhos anteriores, Bertea argumenta que no último livro o autor foi capaz de realizar uma conexão entre a argumentação jurídica e o próprio conceito de direito, o que não era visível em *Legal Reasoning and Legal Theory*. Ademais, Bertea afirma que essa conexão enseja um rompimento com a posição positivista anteriormente defendida por MacCormick. Ao sustentar a “tese da argumentação” (*argumentation thesis*), MacCormick aduz agora que “além de determinar os passos específicos no desenvolvimento de um sistema jurídico, a argumentação jurídica modela também o próprio direito como um todo, de maneira incisiva”, pois a argumentação jurídica é entendida “como um elemento definidor do direito e, assim, como algo constitutivo do próprio conceito de direito”.⁶⁷

De fato, MacCormick sustenta em *Rhetoric and the Rule of Law* que (1) “a argumentação jurídica é onipresente na prática jurídica e desempenha um papel central na modelagem dos ordenamentos jurídicos”; (2) “a argumentação jurídica está reciprocamente ligada ao conceito de direito, de sorte que nossa compreensão desse conceito dependerá, e sofrerá a influência, da teoria que estabelecemos para a argumentação jurídica, e vice-versa”;⁶⁸ e que, em função de (1) e (2), (3) “nenhum projeto teórico sobre a natureza do direito

66 BERTEA, 2008, p. 5.

67 BERTEA, 2008, p. 8.

68 BERTEA, 2008, p. 10.

pode fazer sentido independentemente de uma concepção acerca da argumentação jurídica, e vice-versa”.⁶⁹ Uma das implicações dessa relação entre a argumentação jurídica e a própria ideia de direito é que MacCormick se move para “o mesmo paradigma” da filosofia jurídica de Dworkin.⁷⁰ Ao desenvolver sua metodologia de “reconstrução racional” do direito – que é entendida em *Rhetoric and the Rule of Law* como “um método para lidar com a interpretação e a elucidação de um amplo conjunto de dados e materiais no contexto das humanidades”⁷¹ – no sentido de construir uma “metodologia amplamente compreensiva” que objetiva explicar “as atividades intelectuais que os profissionais do direito têm de realizar para aplicar e elucidar os materiais jurídicos”,⁷² MacCormick chega a uma concepção de argumentação jurídica e de teoria jurídica que compreende ambas como “práticas hermenêuticas” consideradas tão compreensivas e construtivas quanto a teoria jurídica interpretativa de Dworkin.⁷³

Isso tudo tem, de acordo com Bertea, implicações de largo alcance para a teoria do direito e para a atitude de MacCormick em relação ao positivismo em geral: “se MacCormick quiser atribuir à sua metodologia para lidar com as práticas argumentativas [...] o mesmo caráter compreensivo que a reconstrução interpretativa de Dworkin alcança, então ele terá de considerar as práticas argumentativas como constitutivas do conceito de direito, do mesmo modo que Dworkin entende a interpretação como constitutiva desse mesmo conceito”.⁷⁴

69 BERTEA, 2008, p. 12.

70 BERTEA, 2008, p. 13 *et seq.*

71 MACCORMICK, 2005, p. 29. Cf. também BERTEA, 2008, p. 14.

72 BERTEA, 2008, p. 14.

73 BERTEA, 2008, p. 15.

74 BERTEA, 2008, p. 16.

Tanto Dworkin como MacCormick estariam se afastando, assim, da descrição positivista que nega a possibilidade de se definir o direito como “um conjunto de práticas de raciocínio deliberativo” que estão “constitutivamente abertas a influências externas”.⁷⁵ A defesa de MacCormick da unidade da argumentação prática, ainda que cumulada com a pretensão de que há restrições específicas sobre a argumentação jurídica, é vista como “fundamentalmente incompatível” com todas as teorias positivistas do direito, já que, “em todas as suas variantes”, elas “estão fundadas na ideia de que o direito é autônomo em relação a todas as demais esferas da razão prática”.⁷⁶

Não precisamos ir mais adiante para demonstrar que o autor deste ensaio e Berthea compartilham a mesma compreensão geral acerca das implicações das ideias de MacCormick apresentadas em *Rhetoric and the Rule of Law* sobre a “tese da separabilidade” ou, igualmente, a “tese das fontes sociais”.⁷⁷ Não obstante, o autor deste trabalho está menos convicto do que Berthea de que os escritos anteriores de MacCormick são, na verdade, compatíveis com a forte

75 BERTEA, 2008, p. 9.

76 BERTEA, 2008, p. 9.

77 De fato, Berthea alcança a mesma conclusão que tentamos defender neste ensaio sobre a relação entre a teoria da argumentação jurídica de MacCormick e a sua teoria institucional do direito, como podemos ler no seguinte excerto: “Essa definição [da argumentação jurídica como aberta a outras esferas da razão prática] é longe de ser incompatível com a asserção – central na teoria de MacCormick – da natureza institucional do direito. [...] De fato, a argumentação jurídica permanecerá profundamente institucionalizada enquanto a deliberação exigir que se faça referência a fontes autoritativas (uma condição necessária, mas não suficiente). Portanto, longe de perder de vista a dimensão institucional do direito, a tese da argumentação remete tal dimensão para o nível central da argumentação jurídica, na conexão que deve ser estabelecida entre um regramento jurídico e a modelagem institucional da ordem jurídica na qual tal regramento é emitido” (BERTEA 2008, p. 9).

herança hartiana que MacCormick carregou durante os anos que transcorreram entre a publicação de *Legal Reasoning and Legal Theory* e *Rhetoric and the Rule of Law*. Na interpretação aqui sustentada, a tentativa de MacCormick em *Legal Reasoning and Legal Theory* de se manter fiel à tradição positivista era fortemente inconsistente com a ambição professada por sua própria teoria, que pretendia ser uma teoria normativa sobre como a argumentação jurídica deve ser conduzida em sistemas jurídicos desenvolvidos. O argumento posto nos primeiros capítulos de *Rhetoric* deve, portanto, ser lido como uma re-enunciação de sua teoria anterior, porém com algumas correções e com uma consideração um pouco mais aprofundada de sua metodologia e de suas implicações teóricas, e não como um novo *approach* que implica modificações radicais nos fundamentos da teoria da argumentação jurídica do autor escocês.⁷⁸

78 Deve-se enfatizar, no entanto, que quando MacCormick abandona o não-cognitivismo que ele defendeu em *Legal Reasoning and Legal Theory* e adota uma filosofia moral assumidamente kantiana-universalista, mas “modificada para permitir um universalismo superável”, ele de fato realiza uma guinada na fundamentação filosófica de sua teoria da argumentação jurídica (Cf. MACCORMICK, 2005, p. 30). Sem embargo, mesmo em seus escritos mais antigos, MacCormick está bastante ciente de que “qualquer estudo da argumentação jurídica é [...] uma tentativa de determinar e explicar quais são os critérios sobre o que constitui um tipo de argumento bom ou mau, aceitável ou inaceitável no direito” (MACCORMICK, 1978, pp. 12-13). Para o autor, “raciocinar, pelo menos no sentido de uma argumentação pública, é em si uma atividade conduzida segundo cânones normativos mais ou menos vagos ou claros, implícitos ou explícitos”, de modo que podemos distinguir entre “argumentos bons ou maus, mais ou menos plausíveis, relevantes e irrelevantes, aceitáveis e inaceitáveis em relação a disputas filosóficas, econômicas, sociológicas e, acima de tudo, jurídicas sobre os temas que se discute” (MACCORMICK 1978, p. 12). Assim, parece plausível defender (mesmo se isso parecer contradizer a pretensão de que a teoria de MacCormick é completamente compatível com o positivismo hartiano) que o autor estava sustentando, desde o início, que o discurso jurídico é aberto a outros discursos práticos e que a argumentação jurídica não é tão autônoma quanto os positivistas podem pensar.

Quando MacCormick expressamente abandona a pretensão de que sua teoria da argumentação jurídica é inteiramente consistente com a análise de Hart sobre o conceito de direito,⁷⁹ ele está apenas abrindo mão de teses que contradizem sua defesa de uma teoria normativa da argumentação jurídica.

Ademais, deve-se discordar de Bertea quando ele sustenta que a definição de MacCormick de sua própria teoria como pós-positivista é “uma pretensão ainda por demais tímida para fundamentar em si mesma a conclusão de que MacCormick abriu caminho para um conceito não-positivista de direito”.⁸⁰ Apesar de concordarmos que a expressão pós-positivismo pode ser interpretada como “indicando que a teoria continua a manter forte conexão com o positivismo jurídico”,⁸¹ não censuramos MacCormick por utilizá-la precisamente porque há aspectos do positivismo que ainda são necessários para uma teoria da argumentação jurídica como a dele, por exemplo: as pretensões de que o direito é uma “prática social” e de que a argumentação jurídica deve se iniciar com os materiais que figuram entre as “fontes” do direito. A expressão “pós-positivismo” é interessante, segundo o nosso entendimento, porque ela parece se referir a uma forma não-metafísica de não-positivismo, que é claramente diferenciada, por exemplo, do jusnaturalismo. Mesmo as teorias de Dworkin e Alexy, em nosso entendimento, não são tão radicalmente anti-positivistas quanto elas pretendem ser, já que parecem perceber a relevância de muitas características que os positivistas consideram importantes para definir o direito. Uma vez que o que esses autores sustentam é meramente que (1) essas características são insuficientes,

79 MACCORMICK, 1978, pp. xiv-xv. Cf. também BERTEA, 2008, p. 6.

80 BERTEA, 2008, p. 10.

81 BERTEA, 2008, p. 10.

ao invés de inúteis, e (2) a atitude não-hermenêutica do positivismo em relação ao direito deve ser abandonada, é preferível também chamá-los de pós-positivistas.

5.2. Sobre o futuro do pós-positivismo

Nas seções anteriores deste trabalho, retomamos alguns dos aspectos da teoria de Neil MacCormick sobre o direito e a argumentação jurídica que o qualificam como um pós-positivista. Sua preocupação com a justificação das decisões jurídicas e sua concepção de argumentação jurídica o fazem advogar uma teoria não-positivista do direito. Até o momento, comparamos os escritos teóricos de MacCormick com algumas das teses apresentadas por Joseph Raz, que parecer ser um dos mais proeminentes pensadores da tradição positivista. Concluimos, após uma breve análise das teses centrais de Joseph Raz e de algumas objeções sustentadas por MacCormick contra o positivismo, que o pós-positivismo é uma teoria jurídica superior.

Neste breve epílogo, gostaríamos de nos concentrar menos especificamente nas visões particulares de MacCormick e mais genericamente nos problemas que permanecem em aberto para o pós-positivismo.

Podemos começar revisitando um elegante ensaio escrito por Karen Petroski há não muito tempo, no qual a autora sustenta que o pós-positivismo de MacCormick está mais próximo da tradição positivista do que ele pretende. Apesar de termos algumas diferenças de pensamento com a autora, gostaríamos de enfatizar agora um ponto em que ela parece ter razão. Petroski sustenta que tanto a estrutura da academia jurídica quanto a natureza da prática jurídica compartilham algumas características que normalmente constituem incentivos para uma descrição positivista do direito.

De acordo com Petroski, “o domínio acadêmico tem sido cada vez mais caracterizado por um policiamento de seus membros por meio de uma extensa doutrinação discursiva e da avaliação de várias formas de performance discursiva”.⁸² Ela sustenta que a universidade moderna possui traços formais e materiais peculiares, que impõem uma série de constrictões sobre as formas de conhecimento produzidas nos seus domínios. Os que atuam dentro da instituição universitária moderna são descritos como dependendo de um suporte externo que só pode ser alcançado por meio do reconhecimento de uma expertise que justifique suas atividades para os atores sociais que estão fora dessas instituições. De modo semelhante, a estrutura institucional é descrita como “amplamente auto-reprodutora”, e essa auto-reprodução ocorre primariamente através de um tipo especial de discurso.⁸³ Essas características “tornam a estrutura uma arena competitiva, e essa competição resultante encoraja os acadêmicos a fazer distinções entre suas posições e as de seus competidores e contemporâneos”.⁸⁴ A estratégia típica dos acadêmicos das ciências sociais, e no Direito em particular, seria fazer distinções que foram chamadas por Abbott de “distinções fractais” (*fractal distinctions*), ou seja, distinções que encorajam uma inovação retórica, “mesmo quando o teórico não esteja verdadeiramente sustentando uma nova tese”.⁸⁵

De modo semelhante, o discurso jurídico prático é marcado pelo mesmo tipo de doutrinamento. “Como a academia”, o argumento prossegue, “o conjunto de instituições jurídicas é tanto material quanto conceitualmente auto-perpetuante”. Materialmente, “a *expertise* dos juristas no

82 PETROSKI, 2011, p. 677.

83 PETROSKI, 2011, p. 678.

84 PETROSKI, 2011, p. 678.

85 PETROSKI, 2011, p. 678 e ABBOTT, 2001, pp. 11-13.

discurso usado para navegar pelas instituições que regulam os poderes estatais garante seu contínuo reconhecimento pelos não-juristas”.⁸⁶ No nível formal, por sua vez, os juristas adotam uma perspectiva teórica que os ajuda a excluir certas razões para a ação do conjunto de materiais disponíveis para a argumentação jurídica. Tal como no domínio acadêmico, esse caráter auto-referencial do direito cria uma hierarquia ou um *status* especial para os *experts* que manejam as nuances da linguagem jurídica.

De modo sucinto, o argumento sustenta que o discurso acadêmico e a prática jurídica moderna são auto-referenciais, dependem de um tipo de doutrinamento e de distinções fractais, necessitam dominar um discurso especial que justifica suas atividades para os atores que se situam fora de seus domínios, excluem certas razões e buscam se auto-perpetuar. A visão de Petroski é de que há “funções sociais paralelas e caminhos históricos” similares entre os discursos jurídico-acadêmicos e a prática jurídica, e isso leva ambos – a investigação teórica e a prática jurídica – a compartilhar essas características:⁸⁷ “A dinâmica institucional e conceitual no interior de cada domínio provê fortes incentivos para os que trabalham em cada um desses domínios a se fixar apenas nessas características”.⁸⁸ O mesmo fenômeno ocorreria então em ambos contextos institucionais: de um lado, os juristas práticos tendem a interpretar o direito de modo legalista ou formalista porque a argumentação jurídica está incrustada em um padrão discursivo exclusivista; de outro lado, os teóricos tendem a descrever a natureza do direito de modo positivista em razão de certas restrições institucionais sobre a esfera em que operam.

86 PETROSKI, 2011, p. 679.

87 PETROSKI, 2011, p. 680.

88 PETROSKI, 2011, p. 680 (sem destaque no original).

Apesar de termos discordado dessa conclusão em um escrito anterior,⁸⁹ podemos agora admitir que Petroski está parcialmente correta. Apesar de acreditarmos que essa doutrinação endógena descrita por Petroski é nada mais do que uma patologia que deve ser evitada em faculdades de Direito e universidades, pode-se aceitar que se certos acadêmicos permanecerem fechados ao redor de si mesmos e *quando* a prática desses estudiosos puder ser caracterizada pelo “policimento de seus membros por meio de uma extensão doutrinação discursiva”, aí sim é muito provável que cheguemos a teorias positivistas sobre a validade jurídica. Podemos aceitar que em muitos casos essa aproximação é dominante na academia jurídica, e que essa atitude intelectual é talvez uma das explicações sociológicas para o domínio do positivismo na tradição jurídica ocidental. Sem embargo, não podemos ver essa característica empírica da academia jurídica como uma razão para se permanecer positivista, mas como um convite para se reconsiderar os métodos e as funções sociais dos acadêmicos de modo geral. Talvez a tarefa do pós-positivismo seja a de sugerir novos problemas, novos métodos e novas funções sociais para a análise da ciência do direito, aumentando sua relevância e sua capacidade crítica.

A partir do momento em que os teóricos do direito *deixem de ser* um pequeno grupo de dogmáticos, que podem ser classificados como atores estratégicos que buscam manter seu prestígio por tal doutrinação discursiva, eles podem muito bem passar a formular questões que não podem mais ser respondidas pelo método adotado pelos positivistas.⁹⁰ Isso

89 BUSTAMANTE, 2011.

90 Não estamos sustentando, no entanto, que todas as doutrinas positivistas são apenas uma prática patológica de acadêmicos ou o resultado de um processo de doutrinação que restringe a capacidade crítica e a imaginação dos estudiosos. Fazer tal tipo de afirmação seria obviamente absurdo, pois iria

é precisamente o que acontece com a teoria da argumentação de MacCormick. De fato, MacCormick inicia sua teoria da argumentação jurídica dizendo que quando os juristas e juízes perguntam, na qualidade de participantes do discurso jurídico, se uma decisão particular está *justificada*, eles não podem contar com respostas positivistas para solucionar tal problema. Com efeito, os positivistas ou negligenciaram essa questão específica ou pretenderam que não há teoria racional que possa ser capaz de prover qualquer critério para oferecer uma resposta a tal indagação. Eles fazem tudo o que podem para evitar essa questão porque eles sabem que para respondê-la um teórico do direito deve se afastar das pressuposições que são dogmaticamente assentadas no núcleo da teoria jurídica positivista. Não é difícil perceber, portanto, que a metodologia do positivismo jurídico se torna em si mesma um obstáculo para qualquer forma de inovação no campo da análise jurídico-teórica.

Ademais, acreditamos que nenhuma teoria jurídica positivista pode ser conciliada com qualquer forma de teoria da argumentação jurídica. É parte da essência do positivismo

simplesmente ignorar algumas das contribuições mais originais à teoria do direito em todos os tempos, que vieram sem dúvida da tradição positivista, como podemos demonstrar por meio dos exemplos de Bentham, Austin, Kelsen, Hart e Raz. Parece verdadeiro, no entanto, que muitos dos tópicos contemporaneamente debatidos por positivistas – por exemplo, o debate entre positivistas “internos e externos” – são de fato o resultado de um tipo de metodologia que tende a ser desinteressante para quem quer que esteja fora do limitado grupo de acadêmicos que se interessa em discutir entre si quais das interpretações rivais da “regra de reconhecimento” é mais precisa como descrição formulada a partir do ponto de vista externo. Nenhum dos participantes desse debate está verdadeiramente preocupado com os problemas mais relevantes da teoria jurídica, que devem incluir uma teoria da justificação das decisões jurídicas e uma teoria da decisão. Quando nos voltamos para o discurso dominante no positivismo contemporâneo, pode-se dizer de fato que ele está amarrado em um tipo de sistema de conhecimento que simplesmente reproduz a si mesmo e muito raramente cria qualquer coisa de novo, ainda quando pretende fazê-lo.

afirmar que todas as regras derivam ou de decisões tomadas por oficiais dotados de poderes para estabelecê-las ou de convenções que podem ser empiricamente verificadas.⁹¹ Quando não há ato de autoridade ou convenção, o positivista terá de afirmar que não há direito. Portanto, um positivista terá inevitavelmente de admitir que pode haver lacunas no direito, e que quando esse é o caso, nenhum critério jurídico poderá guiar o juiz.

Em nossa compreensão desse problema, a única saída do dilema é abrir mão da metodologia externa que domina o discurso do positivismo jurídico. A partir do momento que os teóricos do direito reconhecerem que a teoria jurídica pode formular questões teóricas e assumir o ponto de vista *interno* – ou seja, do participante –, se torna pouco plausível permanecer na tradição do positivismo jurídico. Considere-se, por exemplo, os argumentos aduzidos por Dworkin quando ele faz o seu ataque geral ao positivismo jurídico. Quando Dworkin sustenta que a tese das fontes sociais é insuficiente para compreender as razões que são juridicamente relevantes, com base na tese de que princípios morais e razões de políticas públicas estão necessariamente incluídas em discursos jurídicos, ele não está preocupado

91 Isso ocorre provavelmente porque o positivismo normalmente está interessado apenas no resultado das decisões jurídicas. Muito raramente ele está preocupado com o processo por meio do qual essa decisão é tomada. Para tomarmos um exemplo, podemos mencionar a forma tradicional como os precedentes figuram na Filosofia do Direito britânica, como se lê nos trabalhos de Goodhart, que sustenta que “a razão que o juiz dá para sua decisão nunca constitui a parte vinculante de um precedente” (GOODHART, 1931, p. 2), ou Cross, que pensa que precedentes podem ser dotados de autoridade mesmo em casos em que “nenhuma razão é dada para a decisão” (CROSS; HARRIS, 1991, p. 47). MacCormick, naturalmente, sustenta exatamente o contrário quando argumenta que a *ratio decidendi* deve ser encontrada nos “regramentos jurídicos enunciados como partes necessárias da justificação de decisões *relativamente aos casos e argumentos aduzidos pelas partes*” (MACCORMICK, 1987, p. 171, sem ênfase no original).

apenas com a descrição dos sistemas jurídicos, mas principalmente em como juristas e juízes *devem* construir seus argumentos e justificar suas interpretações construtivas das fontes do direito. Quando se defende que o juiz possui uma “responsabilidade política” de interpretar o direito à luz dos princípios morais que provêm a “estrutura básica” da comunidade jurídica, não se está apenas desenvolvendo uma disciplina puramente teórica para descrever o direito, mas também se está fazendo uma *teoria da decisão* (*theory of adjudication*) que pretende ser capaz de nos dar um parâmetro para criticar juízos jurídicos práticos e justificar as pretensões de juridicidade que erigimos quando entramos em uma disputa jurídica. As teorias da decisão e as teorias da argumentação jurídica são, portanto, parte de qualquer projeto jurídico-teórico que pretenda ser relevante para a prática jurídica.

Talvez algumas das vantagens do pós-positivismo sejam, portanto, que ele provê uma compreensão hermenêutica da prática jurídica que é indispensável para qualquer teoria da argumentação jurídica que possa ser apta a entender a presença necessária de argumentos morais e políticos no raciocínio jurídico, e que ele consegue entender que a estrutura comunicativa do discurso jurídico pressupõe que essas razões morais e políticas estejam incorporadas pelo discurso jurídico. Como mencionamos acima, os pós-positivistas parecem concordar que o direito de fato erige uma pretensão de correção, e que essa pretensão de correção é normativamente relevante para determinar o conteúdo de uma norma jurídica. Ao interpretar os materiais que derivam das fontes do direito, os juristas estão *juridicamente* obrigados a levar em consideração certas razões de moralidade política.

Isso nos traz de volta à questão da pretensão de correção. Ainda que muito mais possa ser dito sobre ela,

gostaríamos de considerar apenas duas leituras da tese de que o direito erige uma pretensão de correção, propostas por Joseph Raz e Robert Alexy.

Inicialmente, pode-se pensar nela de modo que pareça perfeitamente compatível com o positivismo. Joseph Raz, por exemplo, acredita não apenas que o direito possui autoridade *de facto*, mas que pretende possuir autoridade *legítima*. Essa pretensão de autoridade legítima estaria incorporada na própria estrutura dos atos de fala realizados para criar uma provisão jurídica. Uma vez que “legitimidade” é em si mesmo um conceito moral, parece, portanto, que a tese de Raz de que o direito pretende autoridade legítima não é inteiramente diferente da tese de Robert Alexy de que o direito erige uma pretensão de correção. A diferença entre a autoridade *legítima* e a autoridade *de facto* parece ser a de que a primeira não é apenas imposta coercitivamente, mas também pode ser justificada *moral e politicamente* em uma comunidade jurídica particular. Apenas quando puder ser atendida a pretensão de justificação moral, ética e política é que se poderá dizer que um sistema jurídico particular atende à pretensão de legitimidade que é erigida com a promulgação de um ato jurídico.

Podemos perceber, portanto, que não há grande diferença entre o *conteúdo* da pretensão de autoridade legítima de Raz e o da pretensão de correção de que nos fala Alexy. A principal diferença entre esses autores não tem nada a ver com o conteúdo da pretensão, mas com a função que tal pretensão exerce para o sistema jurídico.

De um lado, a pretensão de legitimidade (ou correção) de Raz é erigida como uma resposta ao problema da *normatividade* do sistema jurídico. Quando um sistema jurídico particular carece da legitimidade que é reclamada por tal sistema, então é provável que suas normas gradualmente percam força e

deixem de ser reconhecidas como razões obrigatórias para a ação. Não obstante, a pretensão de autoridade legítima é completamente irrelevante para determinar o conteúdo de um enunciado normativo específico ou para ajudar os juristas a solucionar os problemas de validade e interpretação que eles podem encontrar nos denominados casos difíceis. A aplicação do direito permanece um caso típico de aplicação de razões excludentes que não podem ser ponderadas pelo intérprete se ele deseja ser fiel ao sistema jurídico. Todas as regras jurídicas pertencem ao estágio *executivo* da razão prática, ao invés de pertencerem ao estágio *deliberativo*. A argumentação jurídica é ainda entendida como um processo não-hermenêutico que leva ao conhecimento do sistema jurídico, e o juiz é ainda visto como o mero executor de um conjunto de razões peremptórias, a não ser nos casos em que o próprio sistema jurídico o autoriza a criar normas inteiramente novas.

De outro lado, a interpretação da pretensão de correção feita por Alexy é muito diferente. Esse autor não usa tal ideia somente para explicar a normatividade social das regras jurídicas. Ele é na verdade muito mais ambicioso do que isso. A pretensão de correção possui uma relevância interpretativa e é capaz de criar obrigações argumentativas para os que pretendam oferecer um argumento jurídico ou justificar uma decisão jurídica particular. Ao levar em consideração um problema jurídico, os juristas não devem observar apenas o direito positivo sem qualquer consideração adicional. A pretensão de correção possui um aspecto dualista e gera uma obrigação jurídica de resolver problemas jurídicos de uma maneira moralmente aceitável. Para sermos mais específicos, o que Alexy está sustentando aqui é que a pretensão de correção torna o direito um caso especial do discurso prático, e que essa qualificação tem

muitas consequências normativas, já que todas as regras da razão que são pressupostas na estrutura comunicativa dos discursos práticos passam também a ser obrigatórias em uma argumentação juridicamente institucionalizada. A pretensão de correção introduz, portanto, uma conexão argumentativa entre o direito e a moral. Ela torna obrigatório considerar argumentos morais, éticos e políticos na argumentação jurídica, e isso é precisamente o oposto do que Raz sustenta quando afirma que apenas considerações “positivas” podem pertencer ao domínio do direito. Para o pós-positivista, o direito não está inteiramente dado em suas fontes, mas precisa ser construído em um processo hermenêutico que não pode ser indiferente a princípios morais e políticos que justificam as instituições jurídicas.

Pode-se ver, portanto, que se os teóricos do direito migrarem do paradigma do positivismo para o do pós-positivismo, esses teóricos irão enfrentar novos desafios e serão forçados a considerar questões importantes que foram por muito tempo negligenciadas pelos teóricos do direito. Para nomear algumas delas, eles terão de inquirir sobre a natureza da moral, sobre os critérios de validade de uma norma moral, sobre o problema dos conflitos entre os materiais que derivam das fontes do direito e os princípios que derivam da moralidade política etc. Mais ainda, terão de pensar em critérios normativos para uma interpretação jurídica correta e para uma teoria da argumentação jurídica que possa ser utilizada para a justificação de decisões jurídicas.

Se tais teorias da argumentação forem corretamente desenvolvidas, então o direito recuperará uma de suas características centrais, que lhe foi extirpada pelo positivismo jurídico: sua *reflexividade*, ou seja, sua capacidade crítica de se ajustar aos desafios que lhe são formulados pelos

participantes do discurso jurídico. O direito irá então recuperar sua capacidade de responder aos desafios que a sociedade lhe impõe e irá dar aos juristas práticos uma melhor habilidade para avaliar criticamente as convenções sociais e as fontes do direito. O direito passa a adquirir um aspecto ideal que é relevante para a interpretação construtiva das regras jurídicas. Isso em si já é, em nossa opinião, um argumento bom o suficiente para nos levar a romper os limites que o positivismo impõe sobre o conhecimento jurídico.

Referências

ABBOTT, Andrew. *Chaos of Disciplines*, Chicago: University of Chicago Press, 2001.

ALEXY, Robert. Derecho y moral. In: ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Trad. José Antonio Seoane et al. Granada: Comares, pp. 17-29, 2005.

ALEXY, Robert. Law and correctness. In: *Current Legal Problems*, v. 51, pp. 205-221, 1998.

ATIENZA, Manuel. Entrevista a Neil MacCormick. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 29, pp. 479-489, 2006.

BANKOWSKI, Zenon. Bringing the outside in the ethical life of legal institutions. In: GIZBERT-STUDNICKI, Tomasz; STELMACH, Jerzy (orgs.). *Law and legal cultures in the 21st century*. Varsóvia: Oficyna, pp. 193-216, 2007.

BERTEA, Stefano. Law and legal Reasoning. In: *Northern Ireland Legal Quarterly*, v. 58, pp. 5-20, 2008.

BOBBIO, Norberto. Sur le positivisme juridique. In: *Essais de theorie du droit*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1998.

BUSTAMANTE, Thomas. Comment on Petroski: on MacCormick's post-positivism. In: *German Law Journal*, v. 12, n. 2, pp. 693-728, 2011.

COLEMAN, Jules. Beyond the separability thesis: moral semantics and the methodology of jurisprudence. In: *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 27, pp. 581-608, 2007.

CROSS, Rupert; HARRIS, James W. *Precedent in english law*. 4. ed. Oxford: Clarendon, 1991.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. 11. ed. Cambridge: Belknap, 1986.

GOODHART, Arthur Lehman. Determining the *ratio decidendi* of a case. In: GOODHART, Arthur. *Essays in jurisprudence and the common law*. Cambridge: Cambridge University, 1931.

GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and in law*. Trad. John Farrel. Albany: State University of New York, 1993.

HABERMAS, Jürgen. Teorías de la verdad. In: *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Cátedra, pp. 113-158, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action: reason and the rationalization of society*. Vol. 1. Trad. Thomas McCarthy. Boston: Beacon, 1984.

MACCORMICK, Neil. *Institutions of law*. Oxford: Oxford University, 2007.

MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. Oxford: Oxford University, 2005.

MACCORMICK, Neil. Precedent as a source of law. In: ATTWOOL, Elspeth; COMANDUCCI, Paolo. *Sources of*

law and legislation: proceedings of the 17th world congress of philosophy of law and social philosophy (IVR). Bologna, June 16-21, 1995. *Archiv für Rechts und-Sozialphilosophie*, v. 69, pp. 177-185, 1998a.

MACCORMICK, Neil. Norms, institutions and institutional facts. In: *Law and Philosophy*, v. 17, pp. 301-345, 1998b.

MACCORMICK, Neil. Why cases have rationes and what these are. In: GOLDSTEIN, Goldstein (org.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon, pp. 155-181, 1987.

MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendon, 1978.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*. Bruxelles: Université Libre de Bruxelles, 1970.

PETROSKI, Karen. Is post-positivism possible? In: *German Law Journal*, v. 12, pp. 663-692, 2011.

RAZ, Joseph. *Ethics in the public domain*. Oxford: Oxford University, 1994.

SCHAUER, Frederick. Positivism as pariah. In: GEORGE, R. *The autonomy of law: essays on legal positivism*. Oxford: Oxford University, pp. 32-56, 1996.

SEARLE, John R. *Speech acts: an essay in the philosophy of language*. Cambridge: Cambridge University, 1970.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VILLA, Vittorio. Neil MacCormick's legal positivism. In: DEL MAR, Maksymilian; BANKOWSKI, Zenon (orgs.). *Law as institutional normative order*. Aldershot: Ashgate, pp. 44-64, 2009.

WALUCHOW, Wilfrid. *Inclusive legal positivism*. Oxford: Clarendon, 1994.

Recebido em 16/04/2012.
Aprovado em 30/04/2013.

Thomas da Rosa de Bustamante

Faculdade de Direito da UFMG

Avenida João Pinheiro nº 100

Centro, Belo Horizonte, MG

30130-180 BRASIL

E-mail: thomas_bustamante@yahoo.com.br.

