

Direito e argumentação jurídica em Neil MacCormick

Neimar Roberto de Souza e Silva¹

Resumo

O presente trabalho tem como objeto o estudo do pensamento jurídico de Neil MacCormick sobre a concepção do direito e algumas de suas características, como, também, a sua relação com a moralidade e a prática argumentativa. Objetiva esclarecer, de forma concisa, o contexto histórico do desenvolvimento de sua teoria e o papel que atribui à argumentação jurídica nas decisões concernentes a casos complexos. Sem pretensão de abordar com profundidade o tema, este trabalho se destina àqueles que queiram encetar seus estudos no campo da teoria integradora do direito de MacCormick.

Palavras-chave: Argumentação jurídica; pós-positivismo jurídico; Neil MacCormick.

Abstract

The present work has as its object the study of the legal thought of Neil MacCormick on the design of the law and some of its features, as well as its relation with morality and argumentative practice. It aims to clarify the historical context of the development of his theory and the role it assigns to the legal reasoning in decisions related to complex cases, in a concise way. With no claim to address in depth its topic, this work is for those ones who want to start their studies in the field of integrative law theory of MacCormick's

Keywords: Legal arguments; legal post-positivism; Neil MacCormick.

Para além do positivismo jurídico

No contexto histórico da ascensão e afirmação política da burguesia e do liberalismo econômico, a doutrina do positivismo jurídico surge em oposição ao jusnaturalismo, que defendia a ideia de justiça² como condicionante de validade do direito posto. Isto porque a sociedade, cada vez mais plural e heterogênea, não admitia a imposição de um fundamento material arbitrário para o direito. A ideia de justiça, sendo um produto cultural, não conferia a objetividade tão necessária a um direito que se mostrasse eficiente em garantir segurança e estabilidade ao desenvolvimento daquela sociedade.

A tese positivista sustenta que não há conexão necessária entre direito, moral e política, embora reconheça a possibilidade de conteúdo extrajurídico, como valores morais, por exemplo, na norma jurídica. Para ela, o direito deve ser axiologicamente neutro, não cabendo a consideração, portanto, do valor de justiça como critério de sua validade, como defendiam os jusnaturalistas. O fundamento de sua validade deve ser formal.

¹ Professor de Direito Civil e Filosofia do Direito da FDV; Advogado especialista em Direito Civil e mestrando em Direito pela UNIPAC/JF. Contato: prof.neimar@hotmail.com.

² Esta ideia de justiça, tomada como valor universal, eterno e imutável, sofreu mutações quanto ao seu fundamento. Citamos, como exemplo, na Antiguidade, o cosmos (Grécia) e os *Mores* (Roma); no período medieval, Deus; e, na idade moderna, a razão.

Outro aspecto do juspositivismo é que, por não se vincular a *standards* morais, ele prescinde de uma teoria prescritiva, ocupada em dizer como deve ser o direito, o que faz sentido, pois, ao prescrever o direito corre-se o risco de se cair no campo da axiologia, o que soaria como uma incoerência, haja vista os postulados da neutralidade e da objetividade. Daí, o porquê de se limitar a uma teoria descritiva (a de dizer como o direito é).

Os críticos do juspositivismo afirmam que este, ao dissociar a moralidade do direito, pode instrumentalizar, juridicamente, ideologias totalitárias e injustas, como já ocorreu em relação ao Estado Nazista, por exemplo. Por não caber ao jurista considerações de ordem zetética ao *direito objetivo*, limitando-se ele à verificação de critérios de validade e competência, o raciocínio próprio do positivismo jurídico é o lógico-dedutivo. O juiz deve dizer o direito com base na subsunção dos fatos à norma vigente. Assim, como afirma Alyson Mascaro:

“[...] o exarcebado positivismo do jurista rendeu críticas em momentos extremos. No Nazismo, quando as leis de Hitler eram aplicadas pelo simples fato de serem formalmente válidas, sem que o jurista tenha se sentido minimamente desconfortável com elas, a subsunção, como procedimento universal, revelava os limites éticos e sociais das normas jurídicas”³.

O problema da solução dos *casos difíceis*⁴ descortina outras fragilidades da teoria positivista, quais sejam: 1) a questão da completude do ordenamento jurídico no caso de lacunas normativas; e 2) a discricionariedade das decisões judiciais.

A respeito do primeiro caso, famoso é o debate Hart – Dworkin, onde este último critica o pensamento do autor da obra *The Concept of Law* (1961), entre outras coisas, pelo fato de este conceber o direito enquanto regras reconhecidas por sua origem, não explicando como princípios poderiam ser identificados mediante regras de reconhecimento, e, principalmente, o relevante papel que desempenham como normas que tornam possível a integridade do direito.

Quanto à discricionariedade dos juízes, Kelsen entende a decisão jurídica como um ato de vontade e, assim sendo, que não necessita de uma conclusão lógica derivada de certos argumentos, pois decisões são tomadas e não deduzidas. Já, em Hart, a textura aberta do direito forçosamente admite o juiz como criador do direito⁵. Ambos os posicionamentos mereceram duras críticas dos autores pós-positivistas, uma vez que os juízes devem julgar conforme o ordenamento jurídico preexistente e, no caso de ausência de regras claras, com base nos princípios jurídicos vigentes no sistema. Desta forma, não há que se falar em poder discricionário dos juízes.

Por não darem conta do pluralismo e da complexidade da sociedade pós-moderna, os postulados do positivismo jurídico entram em crise, dando espaço a teorias jurídicas que criticam o pretensão racionalismo das decisões judiciais (irracionalismo ou voluntarismo, em) e outras que admitem a racionalidade na

³ MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito*, p. 186.

⁴ Aqui entendidos como aqueles onde não há uma lei ou um precedente pelo qual claramente se possa deduzir a decisão judicial.

⁵ Curiosamente, o positivismo jurídico se afirmou com a Escola da Exegese, no séc. XIX, com o propósito de garantir as conquistas políticas liberais, advindas com as revoluções burguesas, limitando o arbítrio dos magistrados.

aplicação do direito, mas criticam o método lógico-dedutivo como instrumento eficaz para a solução de casos difíceis.

Deste modo, surge, nos meados do séc. XX, a tópica de Viehweg, que resgata o raciocínio jurídico distintivo na Antiguidade e na Idade Média, onde o processo decisório parte do problema (fato) e não da norma (como uma premissa maior). Então, com base em um processo argumentativo, procura-se extrair uma justa solução do caso decidendo a partir dos *topoi*, isto é, lugares jurídicos comuns, “pontos retóricos de partida”, como *boa-fé, autonomia, soberania*, etc.⁶

Seguindo-se a Viehweg, Chaïm Perelman reabilita a retórica, ao perceber que a filosofia cartesiana da evidência não se mostra tão eficaz no campo complexo das relações humanas. Ao revisitar Aristóteles, propõe um alargamento da razão, trazendo o raciocínio prático como elemento fundamental para realização do direito. A retórica, como processo argumentativo, preconiza um acordo prévio entre interlocutores (orador e auditório) a respeito do real (verdade) ou do preferível (verossimilhança). Na sua base está a renúncia à violência⁷.

Muitos outros jusfilósofos prosseguiram na tentativa de formular uma teoria jurídica que admitisse uma construção racional do direito e, também, ética, no contexto do Estado Democrático de Direito. Podemos citar alguns deles, como Jürgen Habermas, que concebe a livre e crítica comunicação (ação comunicativa) como uma *razão comunicativa*, que supera o modelo racional do iluminismo. A noção de intersubjetividade recoloca a relevância do conteúdo ético no discurso jurídico, que deve ser fruto do consenso de uma comunidade; Ronald Dworkin, e seu ultrarracionalismo, que nos traz a ideia de integridade do direito e a importância da atitude interpretativa que permite ao juiz enxergar a melhor luz da norma jurídica; Robert Alexy, que, ao lado de Neil MacCormick, nos fornece uma teoria argumentativa para o direito, preocupada com a questão da correção das decisões judiciais.

MacCormick⁸, num primeiro momento, alinha-se a Hart, seu ex-professor, contra as investidas de Dworkin. Com o amadurecimento de seu pensamento, se

⁶ MELLO, Cleyson de Moraes. *Introdução à filosofia do direito, à metodologia da ciência do direito e hermenêutica contemporâneas*, p. 46 - 48.

⁷ BRUNO, Vânia. “O Fundamento do Direito em Chaïm Perelman”. In: COELHO, Nuno Manuel M. dos Santos; MELLO, Cleyson de Moraes (orgs.). *O fundamento do direito. Estudos em homenagem ao professor Sebastião Trogo*, p. 243.

⁸ Donald Neil MacCormick, escocês nascido em Glasgow, em 27 de maio de 1947, e falecido em 5 de abril de 2009, foi um notável jurista que se destacou tanto na academia quanto na carreira política.

Estudou Filosofia e Literatura Inglesa na Universidade de Glasgow, e Direito em Oxford, onde foi aluno de Herbert L. A. Hart. Atuou por 36 anos como Regius Professor de Public Law e de Law of Nature and Nations na Universidade de Edimburgo, na Escócia. Condecorado com vários títulos honoríficos, destacando-se o de “Cavaleiro”, recebido em 2001, coroou sua trajetória acadêmica com grandes obras, entre as quais se destacam o famoso quarteto (Law, State and Practical Reason): *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth* (1999); *Rhetoric and The Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning* (2005); *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory* (2007) e *Practical Reason in Law and Morality* (2008). No Brasil, foi muito difundida a obra *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978), traduzida como *Argumentação jurídica e teoria do direito* (2006).

Como político, não cursou uma carreira menos virtuosa, chegando a Membro do Parlamento Europeu entre 1999 e 2004.

distancia do mestre e se firma como um jusfilósofo pós-positivista. Ele próprio ressalta que a visão pós-positivista foi um pressuposto para o desenvolvimento da obra *Rhetoric and The Rule of Law*, de 2005.

Sendo que a noção de pós-positivismo não é unívoca, para o propósito deste trabalho preferimos delimitar *pós-positivismo*, conforme Thomas Bustamante, como um conjunto de teorias jurídicas que: 1) estabelecem limites, em casos extremos, ao conteúdo do direito, por meio dos critérios formais ou institucionais utilizados pelo positivismo; 2) ditam uma relativa obrigação de que as decisões judiciais devem guardar um mínimo ético, reconhecendo-se um “umbral de injustiça” que o *jus positum* não deve ultrapassar; e 3) que, também, considerem o direito como uma prática social argumentativa, e que apenas não sejam descritivas (como as de Kelsen e de Hart), mas prescritiva, haja vista que sua realização (jurídica) deverá ser justificada por uma razão prática⁹.

Desta forma, o pós-positivismo jurídico pode ser considerado como uma criativa síntese entre o jusnaturalismo e o juspositivismo, visto que, embora não aceite a ideia de valores morais objetivos, eternos, universais e imutáveis como condicionantes de validade do ordenamento jurídico, não prescinde de certo grau de moralidade como fator de justificação do direito, pois este, em essência, “apresenta uma disposição à correção moral”¹⁰.

Uma teoria do direito

De modo bem simples, podemos entender a norma como um imperativo (seja categórico ou hipotético) que visa ordenar ou prescrever a conduta humana em sociedade. Para Neil MacCormick, o homem é um *usuário de normas*. E, por esta razão, elas se encontram presentes em todas as dimensões da existência social humana.

Há normas que prescrevem comportamentos de trato social, como as que ditam as boas maneiras, como “agradecer, quando favorecido”; ou “vestir-se adequadamente”, etc. Outras ditam comportamentos desejáveis em razão de uma crença religiosa, como “não comer carne vermelha durante a quaresma” (católicos); ou “observar o descanso sagrado aos sábados” (judeus e adventistas do sétimo dia). Também, há normas que dizem respeito a nossas convicções interiores sobre o que seja certo ou errado, independentemente de imposições, como “não mentir”, por exemplo. Quanto a estas últimas, conhecidas como “morais”, filosoficamente temos dois modos de concebê-las: a) um modo teleológico, onde o *dever ser* se fundamenta na finalidade do ato; b) um modo deontológico, onde o *dever ser* vem de um imperativo categórico, um agir pelo dever de assim ter que agir. Este último modo está relacionado com a visão kantiana de dever moral. Resta-nos saber das normas jurídicas.

É prática corrente em nossos cursos de graduação a identificação do direito como *conjunto de normas jurídicas*, ou seja, a sua definição como *ordem normativa coativa*. Tal fato se dá em razão da forte influência do juspositivismo sobre a cultura jurídica brasileira. A partir daí, tendemos a confundir juridicidade com coercibilidade; a pensar no Estado como a fonte material do direito, e a distinguir a norma jurídica das demais em razão de sua coatividade (sanção prefixada) e sua heteronomia.

⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial. Justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*, p. 167 - 168.

¹⁰ *Ibidem*, p 168.

Separa-se direito da moral uma vez que, muito embora ambos ditem normas de conduta, em relação ao primeiro tais normas são-nos exteriores (heterônomas), cabendo-nos a sua observação, sob pena de sanção prefixada e igualmente externa; ao passo que, em relação à moral, as normas são internas (autônomas), e a sanção por sua transgressão ocorre no nível da consciência do sujeito.

MacCormick vê na essencialidade da norma jurídica não apenas o caráter de sua coatividade, mas o fato de sua institucionalidade. Daí que concebe o direito como *ordem normativa institucional*^{11 12}.

O direito é uma ciência social aplicada. Por isso, requer além de uma dimensão teórica (que o fundamente e estrutura) outra fática, onde se realize. Ao mesmo tempo em que o direito é (dimensão ontológica), ele deve ser (dimensão ética). No universo humano, nos encontramos não somente com fatos brutos (realidade), mas também com fatos institucionais¹³. E, segundo Searle, são as regras (normas) que nos permitem passar de um fato bruto para um fato institucional. Assim, fatos institucionais apenas existem em sistemas normativos¹⁴. O direito é um fato cultural, regido por normas (princípios e regras) que nos permitem identificá-lo como tal.

A norma é um preceito de conduta, já vimos. E, quando observamos uma ação comum, orientada sob um senso comum de coisa certa a fazer, estamos diante de uma *ordem normativa*¹⁵.

O direito é uma espécie de ordem normativa. Qualifica-se como *institucional*, porque é elaborado por autoridades investidas no poder de criar normas (legisladores), e aplicado e interpretado por outras autoridades competentes (administradores públicos e magistrados, por exemplo).

Para MacCormick, o conceito de norma é gênero, que engloba o de regra e princípio. Regras podem ser definidas como *normas explicitamente articuladas*. Possuem, idealmente, uma estrutura dual: fatos operativos (*OF*) e consequências normativas (*NC*)¹⁶. *OF* são as hipóteses fáticas (previsões de conduta) e *NC* são os preceitos e sanções. Desta feita, as regras atendem ao seguinte esquema: *Sempre que OF, então NC*¹⁷. Os princípios “dizem respeito a valores operacionalizados localmente dentro de um sistema estatal ou de alguma ordem normativa análoga”¹⁸. São extraíveis do sistema jurídico e que têm um papel relevante na fundamentação de decisões onde não há de regras preestabelecidas para o caso, ou quando duas ou mais regras podem ser aplicadas ao mesmo caso.

¹¹ Esta definição, conforme alerta o próprio MacCormick, não é ostensiva, mas explanatória, ou seja, útil como um adequado ponto de partida para se saber o que é o direito.

¹² MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law. An essay in legal theory*, p 1.

¹³ Se imaginarmos uma pessoa portando um cheque, para além do fato dela estar de posse de um pedaço de papel retangular, timbrado e preenchido por um numeral e uma assinatura (fato bruto), ela compreende a função simbólica e econômica daquele título, e as regras que o regem (fato institucional).

¹⁴ MAGALHÃES, Theresa Calvet de. *Filosofia analítica e filosofia política. A dimensão pública da linguagem*, p. 165.

¹⁵ MacCormick, para ilustrar o conceito, cita o fato das filas que se formam espontaneamente num ponto de ônibus (normas de trato social).

¹⁶ *Operative Facts – OF; Normative Consequences (NC)*

¹⁷ Citamos como exemplo o art. 121, do Código Penal Brasileiro:

“Art. 121 Matar alguém:” (fato operativo)

“Pena – reclusão de seis a vinte anos.” (consequência normativa)

¹⁸ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*, p. 251.

Assim, o jurista trata de sistematizar e apontar (prescrever) algumas categorias de argumentos interpretativos, que auxiliam na solução dos aludidos problemas, ao justificar as decisões tomadas. São elas: a) ARGUMENTOS LINGÜÍSTICOS, que buscam interpretar a partir do sentido ordinário ou técnico das palavras utilizadas na linguagem ordinária; b) ARGUMENTOS SISTÊMICOS, que buscam a compreensão aceitável do texto normativo, levando-se em consideração o fato de que ele, por fazer parte, deve ser coerente com o sistema jurídico. Podem ser classificados em: 1) *argumentos de harmonização contextual*, quando os termos problemáticos devem ser interpretados a partir da coerência com o restante da lei ou do conjunto de leis afins; 2) *argumentos a partir de precedentes*, que ditam que se a norma (ou o caso) já se submeteu à interpretação judicial, as futuras questões envolvendo a mesma norma (ou caso) deverão estar de acordo com a interpretação precedente; 3) *argumentos por analogia*, que visam a realizar a integração do direito a partir das soluções dadas a casos similares; 4) *argumentos conceituais*, também conhecidos como lógicos, onde um conceito jurídico doutrinariamente reconhecido, sendo usado, deve ser interpretado sem eu se leva à perda do significado que lhe confere a sua identidade (princípios lógicos da identidade e da nãocontradição); 5) *argumentos a partir de princípios gerais*, onde se um princípio geral for aplicável à norma ou disciplina, as interpretações que deverão ser prestigiadas serão aquelas que estiverem em maior conformidade com tal princípio; 6) *argumentos a partir da história*, são argumentos que procuram levar em conta a historicidade do conteúdo ou propósito da norma; c) ARGUMENTOS TELEOLÓGICOS-AVALIATIVOS, que procuram interpretar o texto a partir de sua finalidade, seus objetivos (*mens legis, mens legislatoris*)²⁶.

Salienta o jurista que, no caso de argumentos conflitantes, uma boa solução seria a aplicação da chamada *regra de ouro*²⁷, onde os termos da norma devem ser, em regra, aplicados conforme seu sentido ordinário e natural, sem ampliações ou restrições, salvo se o sentido produzido se mostre injusto, contraditório, anômalo ou absurdo²⁸.

Para Neil MacCormick, a argumentação é a “atividade de colocar argumentos em favor ou contra alguma coisa”²⁹. A argumentação jurídica é uma ramificação da argumentação prática.

A argumentação é uma atividade essencial à prática do direito. Advogados, ao peticionarem, apresentam fatos e normas, os interpretam e argumentam a procedência de suas pretensões. O mesmo ocorre com defensores, procuradores e promotores, e outros operadores do direito. Os magistrados recebem os argumentos e os sopesam com as provas produzidas. Então, fazem subsunção do fato (verdadeiro ou verossímil) à norma. Todavia, argumentam para a justificação da escolha de algumas premissas.

MacCormick é um racionalista, no sentido de defender que os processos decisórios ou formadores do direito devem ser pautados na razão, para a busca da decisão mais justa possível. Ao contrário de Kelsen, ele não concebe a decisão judicial

²⁶ Ibidem, p. 166 - 174.

²⁷ Assim designada pelos doutrinadores ingleses e escoceses.

²⁸ Ibidem, p. 183 - 184.

²⁹ Idem, “Argumentation and Interpretation on Law”. In: *Argumentation*, p. 467.

como um ato de vontade. Também se distancia (ainda mais) de Hart por não admitir a de discricionariedade do juiz (mesmo) nas decisões mais difíceis, embora também não compartilhe da visão ultrarracionalista de Dworkin da possibilidade da escolha única, pois admite a possibilidade de diferentes possíveis resultados justos.

Em sua teoria, defende a valia do processo lógico-dedutivo para a justificação das decisões judiciais. Para ele, o raciocínio dedutivo confere aos jurisdicionados a sensação de racionalidade e imparcialidade que se espera de uma decisão judicial. Assim, especialmente em relação a casos de menor complexidade, o juiz não deve abrir mão do silogismo.

A teoria de MacCormick é classificada, por vezes, como *integradora*. Isto se deve ao fato dela admitir a coexistência do raciocínio silogístico com o argumentativo³⁰. Todavia, para os chamados casos difíceis, onde há impossibilidade de se enquadrar os elementos estruturais (premissas) do silogismo, o jurista reconhece que o meio mais apropriado de razoar está na argumentação.

Assim, verificam-se dois níveis de justificação no processo decisório. Um primeiro nível, também chamado de *justificação de primeira ordem*, onde a decisão se opera pela conexão das premissas maior (hipótese legal) e menor (fato) e um conclusão lógica (consequência). O segundo nível, chamado de justificação de segunda ordem, ocorre nos casos onde o raciocínio silogístico se mostra insuficiente para justificar a decisão.

MacCormick oferece um caminho pelo qual o magistrado possa optar, entre várias soluções possíveis, por uma que faça sentido tanto para o jurisdicionado quanto para o sistema jurídico. Assim, a justificação de segunda ordem deve passar por critérios de universalidade, consistência, coerência e consequência.

A *universalidade* tem a ver com a possibilidade de um mesmo argumento ser aplicado a situações idênticas. Seu fundamento é a imparcialidade (generalidade). A *consistência* relaciona-se com o fato de que não deve haver contradição lógica entre as conclusões e outras normas válidas (não contradição). A *coerência* significa que a solução deve estar em harmonia com o sistema jurídico (regras, princípios e valores). Divide-se em *coerência normativa* e *coerência narrativa*. A primeira que significa que as normas somente poderão ser tidas como coerentes se puderem se subsumir a princípios gerais satisfatórios ou pertinentes. É neste diapasão que MacCormick reconhece o relevante papel dos princípios como normas gerais e explicativas do sistema jurídico. A segunda, que diz respeito aos fatos passados (caráter diacrônico). A decisão deve guardar coerência com os fatos narrados. A coerência fática é verificada pela experiência racional, juízos de probabilidade e causalidade. A *consequência*, ou argumento consequencialista, onde se devem avaliar cuidadosamente os efeitos (consequências) da solução argumentativa, uma vez que atendido o critério da universalidade (ou universabilidade), a solução deverá servir de modelo a casos futuros iguais ou similares³¹.

³⁰ GUANDALINI JR., Walter. *Da subsunção à argumentação. Perspectivas do raciocínio jurídico moderno*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, p. 157.

³¹ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Cláudia Rosane; DE JESUS, Ricardo Antonio Rezende. *A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick. Caracterização, limitações, possibilidades*. Novos Estudos Jurídicos, p. 213 - 218.

Enfim, a argumentação jurídica se mostra eficaz na medida em que permite ao julgador decidir, nos casos difíceis, com base nos critérios de universalidade, consistência, coerência e consequência. Desta forma, não há espaço para a discricionariedade judicial na teoria de Neil MacCormick³².

Conclusão

A doutrina juspositivista, que num primeiro momento do desenvolvimento da economia e sociedade burguesas foi adequada para garantir a segurança jurídica e a estabilidade então supervalorizadas, a partir da segunda metade do séc. XX começa a sofrer duras críticas em razão da possibilidade de (re) moldurar e conferir validade formal a sistemas jurídicos totalitários e injustos, uma vez que é da essência do positivismo jurídico a neutralidade axiológica do direito, isto é, direito e moral são campos dissociados.

Consequentemente, surgem, no campo da jusfilosofia, teorias não apenas descritivas do direito, mas igualmente prescritivas (normativas), que, embora reconheçam o mérito da construção racional do positivismo jurídico e da sua adequação a uma sociedade heterogênea e plural, por não condicionar o direito a valores, impondo a todos uma determinada visão de mundo, postulam que o direito possui alguns limites valorativos, condicionantes de sua validade. Estes limites valorativos se encontram constitucionalmente institucionalizados, na forma de direitos e garantias fundamentais e, no plano internacional, de direitos humanos. Assim, não se pretende um retorno ao jusnaturalismo, mas apenas traçar limites éticos ao direito, que deve se abster de atravessar o umbral da extrema injustiça. É neste contexto que se encontra a teoria jurídica de MacCormick.

Para o jusfilósofo, o direito pode ser compreendido como *ordem normativa institucional*. Para explanar o conceito, o jurista afirma que o homem é um usuário de normas. Estas, quando passam a regular certos atos da vida social, onde a comunidade a assimila como coisa certa a fazer, ela adquire status de ordem normativa, que, após, pode vir a se institucionalizar por meio de uma autoridade competente, ou mesmo ser institucional desde a origem.

O direito é composto por princípios, que são valores operacionalizáveis, de alta abstração e generalidade, que podem ser extraídos a partir da análise (coerência) do sistema jurídico, e que atuam como elementos integradores e essenciais à argumentação. As regras são norma explicitamente articuladas, compostas, em regra, de fatos operativos (hipótese) e consequências normativas (preceito).

O direito, por ser moralmente carregado, possui relativa heteronomia. Significa dizer que, por se pautar em uma racionalidade prática, deve aspirar à justiça, não permitindo graves injustiças.

Em relação à interpretação jurídica, ela pode ser descrita como o ato julgar (formar) o sentido mais razoável da norma (ou dos fatos) quando dela (ou deles) ocorre dúvida sobre dois ou mais sentidos. O problema da interpretação, inerente à atividade jurídica, pode ser solucionado por argumentos interpretativos, quais sejam, linguísticos, sistêmicos ou teleológicos-avaliativos.

³² GUADALINI JR, Op. cit., p. 160.

A argumentação é relevantemente considerada na obra do jurista, e tem sua principal pertinência aos casos difíceis. A teoria de MacCormick não renuncia ao legado positivista do raciocínio silogístico. Pelo contrário, o considera como uma das mais eficientes formas de justificação das decisões judiciais. Por esta razão também é conhecida como uma teoria integradora do direito, por considerar os dois tipos de raciocínio (dedutivo e argumentativo).

São nos casos considerados difíceis que o raciocínio argumentativo ganha destaque. Assim, o jusfilósofo prescreve uma metodologia para se trilhar o caminho que denomina justificação de segunda ordem: o magistrado deverá observar critérios de universalidade, consistência, coerência e consequência para a solução argumentativa. Daí, não haver que se falar em poder discricionário do juiz, em tais casos.

Por conclusão, podemos afirmar que a teoria de Neil MacCormick, ainda pouco festejada no Brasil, merece uma maior divulgação entre nós, pois representa um pensamento consentâneo como os valores de uma sociedade plural, que almeja se firmar como democrática.

Referências bibliográficas

BRUNO, Vânia. “O Fundamento do Direito em Chaïm Perelman”. In: COELHO, Nuno Manuel M. dos Santos; MELLO, Cleyson de Moraes (orgs.). *O fundamento do direito. Estudos em homenagem ao professor Sebastião Trogo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2008, p. 238 – 248.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial. Justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Editora Noeses, 2012.

180

GUANDALINI JR., Walter. “Da subsunção à argumentação. Perspectivas do raciocínio jurídico moderno”. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, [S.l.], v. 54, Fev. 2013. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/30734>>. Acesso em 8 de novembro de 2013.

LACERDA, Bruno Amaro. “Direito e moralidade”. In: LACERDA, Bruno Amaro; FERREIRA, Flávio Henrique Silva; FERES, Marcos Vinício Chein (orgs.). *Instituições de direito*. Juiz de Fora: Editora UFJF, 2011, p. 15 – 26.

MACCORMICK, Neil. “Argumentation and Interpretation on Law”. In: *Argumentation*, Volume 9, Issue 3, 1995.

_____. *Institutions of Law*. An essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2008.

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

_____. “The Relative Heteronomy of Law”. In: *European Journal of Philosophy*, Volume 3, Issue 1, 1995.

MAGALHÃES, Theresa Calvet de. *Filosofia analítica e filosofia política. A dimensão pública da linguagem*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Cláudia Rosane; DE JESUS, Ricardo Antonio Rezende. “A Noção de Coerência na Teoria da Argumentação Jurídica de Neil MacCormick. Caracterização, limitações, possibilidades”. *Novos estudos jurídicos*, [S.l.], v. 16, n. 2, p. 207-221, out. 2011. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3281/2064>>. Acesso em 8 de novembro de 2013. doi:10.14210/nej.v16n2.p207-221.

MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MELLO, Cleyson de Moraes. *Introdução à filosofia do direito, à metodologia da ciência do direito e hermenêutica contemporâneas*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2008.

The University of Edinburgh – School of Law. Professor Sir Donald Neil MacCormick – In Memoriam. Disponível em: <<http://www2.law.ed.ac.uk/neilmaccormick/>>. Acesso em 17 de novembro de 2013.