O DIREITO CONSTITUCIONAL ESTADUNIDENSE NA PERSPECTIVA RETÓRICA DE NEIL MacCORMICK

THE US CONSTITUTIONAL LAW IN THE PERSPECTIVE OF NEIL MACCORMICK RHETORIC

MURILO STRÄTZ*

Recebido para publicação em maio de 2012.

RESUMO: O presente trabalho traz noções introdutórias sobre o Direito Constitucional dos Estados Unidos da América e o seu cotejo com o Constitucionalismo brasileiro. No cotejo entre os respectivos sistemas jurídicos, procura-se, neste ensaio, fazer uma releitura da interpretação constitucional que logre, sob a perspectiva retórica fornecida por Neil MacCormick, aplicar-se tanto ao *Common Law* quanto ao *Civil Law*. Para tanto, investigar-se-á se é possível, dentro de uma Democracia Constitucional, haver conciliação entre o "caráter argumentativo" do Direito [que explora a "derrotabilidade" (*defeasibility*) e as "certezas provisórias" do Direito], de um lado, e a *Rule of Law*, a qual, por sua vez, exige, de outro lado, previsibilidade e certeza do fenômeno jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição; Interpretação; Retórica; Estado de Direito; Derrotabilidade.

ABSTRACT: This paper presents introductory material on the Constitutional Law of the United States of America and its comparison with the Brazilian Constitutionalism. Comparing these legal systems, under the rhetorical perspective provided by Neil MacCormick, the article attempts to reconsider the constitutional interpretation in order to apply to both Common Law and the Civil Law. To this goal, it will investigate whether it is possible, within the Constitutional Democracy, a reconciliation between the "argumentative character" of the Law (which operates the defeasibility and the "provisional certainty" of Law), on the one hand, and the Rule of Law, which, in turn, requires, on the other hand, predictability and certainty of the legal phenomenon.

KEYWORDS: Constitution; Interpretation; Rhetoric; Rule of Law; Defeasibility.

Introdução

O ideal político do Direito moderno exige a certeza e a previsibilidade das decisões jurídicas, o que, em uma primeira abordagem, revela-se teoricamente contraditório à postura argumentativa do Direito, pois, se tudo está sujeito, em alguma medida, à argumentação, não se poderia, em tese, alcançar a pretendida certeza sobre o resultado da aplicação das normas jurídicas.

Todavia, Neil MacCormick, na obra "*Retórica e o Estado de Direito*", demonstra, conforme se verá, que o ideal do Estado de Direito é dinâmico, e não estático, de modo que a certeza jurídica pode existir dentro de alguns limites, embora seja relativa e esteja sempre sujeita a exceções (*defeasance*) vindouras, as quais, por sua vez, também serão excepcionadas no futuro ("certezas provisórias"). Assim, propõe-se que, na concepção "maccormickiana", o caráter argumentativo é um ingrediente do Estado de Direito (*Rule of Law*), e não a sua antítese.

* Advogado da União lotado na Procuradoria Regional da União da 2ª Região (Rio de Janeiro), pós-graduado (*lato sensu*) em Direito Público pela Unb e Mestrando em Direito pela UFRJ.

Tentar-se-á demonstrar, ademais, que, apesar de eventuais defeitos dessa concepção, ela é melhor que as alternativas (as formas extremadas de formalismo e realismo, por exemplo), podendo mesmo ser caracterizada como um marco distintivo das sociedades civilizadas, a aplicar-se tanto no âmbito do Direito Norte-Americano (regido pela *Common Law*), quanto no âmbito do Direito Brasileiro (filiado ao *Civil Law*).

E presente proposta de aplicação do pensamento de MacCormick a ambos os troncos jurídicos levará em conta as peculiaridades constitucionais de cada qual, especialmente nas versões estadunidense e brasileira, atentando-se, sobretudo, para os aspectos de certeza e previsibilidade das decisões jurídicas.

Enfim, serão considerados, para tanto, os traços distintivos primordiais entre os sistemas constitucionais norte-americano e brasileiro, tais como a diversidade existente na vinculação operada pelos precedentes judiciais, na interpretação dos textos codificados e na extensão dos efeitos decorrentes dos pronunciamento das respectivas Supremas Cortes (*US Supreme Court* e Supremo Tribunal Federal).

1. O Constitucionalismo Norte-Americano e a Suprema Corte

Em 1776, foi proclamada a Declaração de Independência das treze colônias. Em 1781, foi ratificado o que se denominou "*Articles of Confederation*", por meio do que as treze colônias aliaram-se para formar "*a national government that was a loose confederation of members states*"[1].

Porém, esta Carta (Artigos da Confederação), ao atribuir praticamente todo o poder de gestão aos treze Estados-membros sem nada reservar ao poder central, não permitia ao Governo Nacional desincumbir-se das suas tarefas a contento. Na verdade, o poder dos Estados era tão grande, e tão fora de controle, que não havia sentimento de unidade ou de nação dentro daquela Confederação. Os norte-americanos temiam que, após terem passado por uma dura e sangrenta revolução emancipatória, estariam agora sujeitos a ver seu recém-criado país desintegrar-se internamente ou mesmo ser conquistado por invasores externos.

[1] BAKER, Thomas E. and Jerre S. Willians. *Constitutional Analysis in a Nutshell.* 2ª edition. Thomson West: 2003, p. 2.

Para evitar tais temores, os reformadores, após reunirem-se em Anápolis em setembro de 1786, recomendaram uma convenção nacional, o que foi aceito pelos Estados. Assim, o Congresso Continental, em fevereiro de 1787, instou os Estados a enviar representantes para participarem da Convenção que seria realizada na Filadélfia no próximo verão, cujo único objetivo era o de revisar os Artigos da Confederação.

Os delegados enviados pelos Estados para a Convenção Constitucional de 1787 rapidamente resolveram escrever uma Constituição totalmente nova, dotada de mecanismos estruturais como os *checks and balances*, para, resolvendo o dilema de Madison, proteger a liberdade individual e, ao mesmo tempo, fortalecer o Governo Nacional, sem deixar, de outro lado, espaço para o surgimento da tirania das maiorias. Como se vê, não foi a Constituição que criou os Estados, mas sim estes que a criaram.

Em resumo, a marca desse novo constitucionalismo é a "*Rule of Law*" e o republicanismo (forma republicana de governo), que são os dois pilares básicos do modelo político que vigora nos EUA até os dias atuais.[2]

A "Rule of Law" tem origem em Aristóteles e Cícero, passando pela Magna Carta. Os fundadores norte-americanos a consideravam um dogma essencial. Revolucionários como Thomas Paine e John Adams insistiam, em seus escritos pró Declaração de Independência, que a *Rule of Law* era a condição *sine qua non* do auto-governo. O Juiz Scalia afirmou, no caso Morrison v. Olson, 487 U.S. 654, 697 (1988): "*It is the proud boast of our democracy that we have 'a government of laws and not of men'*."[3]

Tal princípio inspirou diversos dispositivos constitucionais que desaprovam leis que não têm aplicabilidade geral ou leis que não são prospectivas, como, por exemplo, as cláusulas do devido processo legal na quinta e décima quarta emendas, a cláusula de igual proteção na décima quarta emenda, e as proibições de imposição de pena sem julgamento, de criação de leis com efeitos

[2] Ibid., p. 3.
[3] Ibid., p. 4.

retroativos (*ex post facto*), leis de exceção (*Bill of attainders*) ou que alterem obrigações previstas em contratos, conforme consta do artigo I, seção 10, da Constituição.[4]

Já o segundo pilar do constitucionalismo norte-americano, a forma republicana de governo, é "a filosofia política fundamental da Constituição" (Baker, 2003, p. 6). Segundo consta da presente obra, quando o patriarca Benjamin Franklin foi perguntado por um espectador o que a Constituição havia trazido ao povo norte-americano, ele respondeu: "*a Republic, if you can keep it*". Afastada a possibilidade de se instaurar uma monarquia, a Constituição, uma vez redigida na Convenção Constitucional de 1787, realizada na Filadélfia, e posteriormente ratificada por cada um dos Estados-membros, inicia afirmando, em seu preâmbulo: "Nós, o povo dos Estados Unidos (...)". Tudo a reforçar a proposta de um autogoverno, ou seja, um governo pelo povo e para o povo, a dar-se mediante uma democracia representativa (mediante representantes, e não, como na Grécia Antiga, diretamente pelo povo).

O objeto do presente trabalho tem também íntima relação com o federalismo norte-americano, visto que as decisões proferidas pela Suprema Corte não podem desconsiderar a autonomia que os Estados possuem na interpretação da legislação local. E, assim como o princípio da separação entre os Poderes da República, o princípio do federalismo não é explorado de forma expressa na Constituição, embora também seja um pilar básico da estrutura constitucional norte-americana.

Conforme descreve Charles Sheldon[5], o modelo federalista divide-se em vertical e horizontal, de sorte que o federalismo vertical traça a relação entre o poder da União e o poder dos estados, ao passo que o federalismo horizontal disciplina as relações entre os Estados.

O nascimento do federalismo decorreu de um desmembramento, ocorrido no século XVIII, do conceito de soberania. Nas palavras do Juiz Antony M. Kennedy, da Suprema Corte, no julgamento de U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton, 514 US 779, 838 (1985): "*The framers split atom of sovereignty.*

[4] Ibid., p. 5.
[5] SHELDON, Charles H. *Essentials of the American Constitution.* Albany: Westview, 2002, p. 79.

It was the genius of their idea that our citizens would have two political capacities, one state and one federal, each protected from incursion by the other".[6]

De acordo com a 10ª Emenda, as competências atribuídas à União estão expressamente previstas na Constituição, cabendo aos Estados as competências residuais, salvo aquelas consideradas pela Suprema Corte como decorrentes dos "poderes implícitos" que tocam à União a partir da "*Supremacy Clause*" e do "*Grant of judicial Power*".

Eis a redação da 10ª Emenda: "*The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people*."

Disputas acerca do federalismo são constantes desde o início da Convenção da Filadélfia até os dias atuais. Aliás, foi a principal razão da Guerra Civil Americana (1860/1865). Nas palavras ditas pelo Juiz Chase três anos após o armistício, "*The Constitution, in all its provisions, looks to an indestructible Union, composed of indestructible States*" (Texas v. White, 74, U.S. (7 Wall.) 700, 725 (1868).[7]

O surgimento da própria Constituição traz em si notas da tensão que os Estados temiam vivenciar em relação à União. Como exemplo disso, o art. VI da Constituição prevê que a União deveria garantir débitos estaduais contraídos em momento anterior à promulgação da Carta, o que demonstra ter havido um pacto entre os Estados e o Poder Central, por meio do qual este assumiria certos encargos estaduais em troca da parcela de poder que lhe seria outorgada pelos Estados.

Em regra, compete à Justiça Estadual apreciar os processos comuns, a menos que se faça presente um destes dois critérios, os quais atraem a competência de julgamento para as cortes federais: a) diversidade: conflito entre dois Estados ou entre cidadãos domiciliados em Estados distintos; b) questão federal: controvérsias a respeito da interpretação de texto da Constituição ou de lei ou tratado federal.

[6] Ibid., p. 6.
[7] Ibid., p. 11.

Não obstante essa relativa primazia dos Estados, a balança do federalismo norte-americano tem, desde 1930, em especial durante a gestão do Presidente Franklin D. Roosevelt, pendido em favor do poder central (União), em detrimento dos Estados.

Neste sentido, podem ser citados os seguintes exemplos, que tradicionalmente ilustram a tendência de migração do poder dos Estados em direção à União: 1) a edição da 13ª, 14ª e 15ª Emendas (*Civil War Amendments*), por meio das quais a União restringiu em grande parte o poder dos Estados, ao proibi-los de conferir tratamento atentatório à dignidade ou discriminatório às pessoas que estivessem sob sua jurisdição; 2) a invocação alargada da Cláusula de Comércio Interestadual (*Interstate Commerce Clause*) para atrair para a União a competência para disciplinar um campo muito variado de matérias, muitas das quais não se subsumiam ao conceito de comércio interestadual; 3) o condicionamento da liberação de verbas (*conditional spending example*) à adoção, pelos Estados, de políticas públicas incentivadas pela União, tal como se deu no caso *South Dakota v. Dole*, de 1987, em que a Suprema Corte considerou constitucional lei federal que permitia que o governo federal retivesse fundos destinados a estradas federais nos Estados cuja idade mínima para consumo de bebidas alcoólicas fosse inferior a 21 anos, sob o entendimento de que o Congresso poderia usar o seu poder de regulamentar o gasto de fundos federais para induzir cooperação dos Estados em áreas que não pode regulamentar diretamente, tal como a fixação de idade mínima para consumo de bebidas alcoólicas.

Outro exemplo no sentido da "federalização" de competências estaduais pode ser extraído de caso (*Lochner v. Nova Iorque*, de 1905) relatado em artigo da autoria do professor Arnaldo Godoy[8], segundo o qual, o Estado de Nova Iorque, no exercício de seu poder de polícia, havia limitado em dez horas diárias o trabalho de padeiros. *Lochner*, proprietário de uma padaria, violou a lei, contratando padeiros que trabalhavam *overtime*, excedendo as dez horas. Naquela época, entendia-se que a autoridade legislativa somente poderia restringir a liberdade de contratação em circunstâncias excepcionais. Com base nessa premissa, pretendeu *Lochner* que a Suprema Corte decretasse a inconstitucionalidade da lei de Nova Iorque, que limitava tal liberdade. O relator da decisão, Juiz Peckam, entendeu que a lei de Nova Iorque interferia na liberdade de contrato entre

[8] GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Notas sobre o Direito Constitucional Norte-Americano*. Disponível em: <http://www.arnaldogodoy.adv.br/publica/notas_sobre_o_direito_constitucional_norte_americano.html>.

patrões e empregados. Com base na 14ª Emenda, afirmou que o Estado não poderia privar o indivíduo da liberdade e da propriedade sem o devido processo legal, o que o Estado de Nova Iorque estaria fazendo ao limitar as horas de trabalho na padaria. A questão apreciava dois valores: a liberdade de contratar e o poder de polícia dos estados. No mérito, afirmou que não havia, nesse sentido, poder de polícia que justificasse a lei limitativa de horas de trabalho. Declarou-se, portanto, a inconstitucionalidade da lei de Nova Iorque que limitava a jornada de trabalho nas padarias.

A própria possibilidade de a Suprema Corte rever atos dos Estados que contrariem a Constituição ou Leis Federais, o chamado *judicial review*, é manifestação dos "poderes implícitos" que são conferidos à União, e seus tribunais, pela *Supremacy Clause*, prevista no art. VI, seção 2, que prevê:

> This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the judges in every state shall be bound thereby, anything in the constitution or laws of any state to the contrary notwithstanding.

Com base nestes "poderes implícitos", a Suprema Corte decidiu, em 1819, que era constitucional a lei que havia criado o *Central Bank* (Banco dos Estados Unidos) norte-americano. Conforme relata o já citado Professor Godoy[9], o caso *MacCulloch v. Maryland*, de 1819, fundamentou a teoria dos poderes implícitos no constitucionalismo norte-americano. O Estado de Maryland tributou em US$ 15.000 os bancos que funcionavam no Estado sem alvará específico de funcionamento do próprio Estado. Era o caso do Banco dos Estados Unidos, que, sem o recolhimento de tais valores, funcionava no Estado de Maryland. O gerente da agência de Baltimore, James McCulloch, recusou-se a pagar o tributo. A Suprema Corte de Maryland manteve a imposição. McCulloch apelou para a Suprema Corte. O Juiz Marshall observou que, além dos poderes enumerados na Constituição, havia outros implícitos no próprio texto, de competência do Congresso. Se o governo federal tem objetivos e responsabilidades, deve deter os meios para realizar seus fins. Tratava-se do princípio da supremacia nacional, que justificaria a teoria dos poderes implícitos, também chamada "teoria dos poderes resultantes". Embora não houvesse autorização expressa para que a União criasse bancos, implícita estava sua necessidade, por

[9] Ibid.

imperativo de ordem pública. O Congresso detém competência implícita para criar bancos e qualquer lei estadual que direta ou indiretamente limitasse tal competência seria inconstitucional. O Estado de Maryland, cobrando impostos, não poderia restringir aplicação de lei federal. O Estado não poderia tributar instrumentos do governo federal, concepção que justificará a teoria tributária da imunidade fiscal. Anulou-se, assim a lei estadual de Maryland que tributava o Banco Federal. O caso, portanto, estabeleceu e firmou limitação implícita na autoridade dos Estados.

Também o caso *Gibbons v. Ogden*, de 1824, dá os contornos do conceito norte-americano indicativo de supremacia de lei federal. Em 1815, Aaron Ogden, ex-governador do Estado de Nova Jersey, comprou direitos de explorar a navegação comercial entre os portos de Nova Iorque (no estado de Nova Iorque) e Elisabeth Town (no Estado de Nova Jersey). Quatro anos depois, processou seu ex-sócio Thomas Gibbons porque este passou a explorar linha com o mesmo itinerário, desrespeitando os direitos que Ogden comprara, garantidos pelas leis do Estado de Nova Iorque. Gibbons argumentou que licença federal lhe autorizava a operar com barcos em qualquer lugar nos Estados Unidos. A Corte de Nova Iorque, por decisão do Juiz Kent, rejeitou a tese de Gibbons, que apelou para Suprema Corte. Esta reconheceu a supremacia da lei federal em face da lei estadual, garantindo a Gibbons o direito de operar com seus barcos, na linha Nova Iorque/Elisabethtown. Segundo Marshall, era claro o texto constitucional: o Congresso teria poderes para regular o comércio com nações estrangeiras, entre os Estados e com as tribos indígenas (Constituição, Seção 8, inciso 3). Aos Estados eram reservados poderes para legislar em tema de comércio interno. A Linha Nova Iorque/Elisabethtown ligava dois estados (Nova Iorque e Nova Jersey), exigindo competência normativa federal. Trata-se de mais uma aplicação da já citada cláusula de comércio interestadual (*interestate commerce clause*).

2. As visões da Doutrina sobre a Interpretação Constitucional e o *Stare Decisis*

Para os norte-americanos, filiados que são à tradição do *common law*, na interpretação da lei, não se aplica analogia nem interpretação extensiva, o que tem lugar apenas na interpretação dos precedentes (*case law*). Tal postura se deve, historicamente, à desconfiança com que os juízes viam

os atos emanados do Legislativo, os quais, no entender dos magistrados, limitariam seu poder de criar o Direito para o caso concreto.[10]

Considerando que a Constituição Norte-Americana é sintética, pouco ou nada estabelecendo a respeito de uma plêiade de importantes assuntos que diuturnamente batem às portas do Judiciário, à Suprema Corte tem sido reservado o papel de construir o arcabouço jurídico a partir do qual a interpretação constitucional deve ser norteada. Assim se deu, por exemplo, no julgamento, em 1973, do caso em que se reconheceu às mulheres o direito ao aborto (*Roe v. Wade*, 410 U.S. 113), pois não havia qualquer dispositivo constitucional expresso neste sentido. A Suprema Corte aplicou ao caso a proteção à intimidade e a cláusula do devido processo legal, entendendo, assim, que a penalização do aborto feria tais postulados constitucionais.

Conforme alertam Thomas E. Baker e Jerre S. Willians[11], os tribunais federais em geral, e a Suprema Corte em particular, contribuíram muito para o robustecimento do esquálido art. III da Constituição, ao acrescer-lhe um extenso corpo de precedentes e anotações bem fundamentadas que passaram a servir de norte aos intérpretes constitucionais. Na verdade, a Constituição é tão enxuta, que a Suprema Corte é o único tribunal criado diretamente por ela, cabendo ao Congresso a criação das demais Cortes Federais. Entretanto, em que pese o laconismo da Constituição Norte-Americana, qualquer interpretação deve partir de um texto, ainda que este seja sucinto.

É isso o que defendem os citados autores[12] e o próprio Neil MacCormick (conforme se verá mais adiante).

> Constitutional analysis ought and does begin with the text. Every student and every interpreter of the Constitution is a documentarian. (…) Always start with the text. But our study of constitutional law requires some appreciation for the historical and philosophical context of the Constitution.

As formas mais comuns de interpretação constitucional são, em livre tradução, construídas sobre as seguintes bases: literal (*text*), original (*original understanding*), histórica (*history and*

[10] Palestra ministrada pelo Professor Thomas Golden no Curso de Introdução ao Direito Americano, promovido pela Thomas Jefferson *School of Law* em parceria com a Escola da Advocacia-Geral da União, no período de 07 a 28 de janeiro de 2012, na cidade de San Diego, Estado da Califórnia, Estados Unidos da América.
[11] Ibid., p. 28.
[12] Ibid., p. 1.

tradition), estrutural (*structure*), jurisprudencial (*precedent or doctrine*) e moral (*philosophy or moral reasoning*), de acordo com Baker (2003, p. 334-335).

Historicamente pode se falar de duas correntes hermenêuticas no constitucionalismo norte-americano. Um certo ativismo, próprio dos adeptos da corrente denominada *living breathing view*, marcou a atitude de juízes construtivistas, mais identificados com o partido democrata e divorciados de correntes originalistas (*original intent*). Os construtivistas pretendem leitura contemporânea do texto constitucional norte-americano, subsumindo-o à realidade, que exigiria a intervenção do judiciário, na consecução da justiça social. Em contrapartida emerge corrente mais identificada com o pensamento republicano, de feição conservadora, e que defende uma leitura minimalista do texto constitucional, originalista ao extremo, supostamente fiel à vontade do legislador que detinha o poder constituinte originário e empiricamente marcada por interpretação literal da constituição norte-americana.

Não se enquadrando em nenhuma dessas correntes mais extremadas (originalismo e ativismo), Herbert Wechsler[13] defende que a *judicial review* de atos legislativos somente se dê em casos nos quais as exigências procedimentais e jurisdicionais se façam presentes, de modo que, nestes casos, os tribunais têm não só o poder, mas também o dever, de decidir os casos constitucionais com base em raciocínios e análises que transcendam o resultado imediato. Vale dizer, Herbert Wechsler sustenta uma teoria principiológica que não seja casuística (*ad hoc*), nem consequencialista.

Para tanto, Wechsler critica a posição do juiz americano Learned Hand[14], segundo a qual os Tribunais só deveriam exercer a autoridade suprema sobre a interpretação constitucional quando isso fosse necessário para a sobrevivência do Estado, ocasião em que o Judiciário serviria de árbitro entre os outros poderes.

Segundo Wechsler[15], Learned Hand teria afirmado, em tradução livre:

[13] WECHSLER, Herbert. *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*. Harvard Law Review, Vol. 73, nº 1, nov., 1959, pp. 1-35.
[14] Como exemplo da posição de Learned Hand, cita-se a decisão proferida pela Suprema Corte no famoso caso *Brown*, de 1954, ao interpretar a cláusula constitucional da igualdade de proteção como abrangente da proscrição da segregação racial nas escolas públicas.
[15] Ibid., p. 3.

> (...) quando a Constituição emergiu da Convenção em setembro de 1787, a estrutura do governo proposto, se se olhar para o texto, não permitiu inferir-se que as decisões da Suprema Corte e, por conseguinte, das cortes inferiores, fossem impositivas em relação ao Executivo e ao Legislativo"; e "de outro lado, era provável – se de fato não fosse certo -, que, sem algum árbitro cuja decisão deveria ser final, o sistema como um todo colapsaria, por ser extremamente improvável que o Executivo ou o Legislativo, uma vez tendo decidido, se submetessem ao posicionamento contrário de outro departamento, mesmo das cortes.

Wechsler afirma, porém, que sua discordância em relação ao Juiz Learned Hand não é insolúvel, pois a cláusula da supremacia, constante do art. VI, § 2º, da Constituição Norte-Americana, pode ser aplicada para, ao invés de limitar o poder jurisdicional, ampliá-lo. Assim, os condicionamentos impostos pela posição de Hand para manter íntegra a referida cláusula de supremacia, tais como a exigência de que a Constituição Federal prevaleça sobre as demais normas, podem, ao revés, ser utilizados como cláusula aberta para o alargamento da jurisdição, a qual poderia acabar exercendo um papel político, o que Wechsler condena.

A busca de um método jurídico de objetividade tão plena quanto possível e a neutralidade do intérprete é o que motiva as críticas feitas por Wechsler a algumas decisões proferidas pela Suprema Corte e ao ativismo judicial, procurando, assim, diferenciar a atuação do Judiciário e a dos outros dois poderes, pois o que caracteriza as decisões judiciais é a necessidade de que sejam fundadas em princípios coerentes e constantes, e não em atos de vontade ou sentimento pessoal.

Discorda de que a interpretação das leis esteja sujeita a um "teste de virtude", para verificar se o resultado imediato limita ou promove seus próprios valores e crenças, pois quem julga com os olhos no resultado imediato e em função das próprias simpatias ou preconceitos regride ao governo dos homens e se afasta do governo das leis.

As decisões constitucionais devem ser motivadas, cabendo aos tribunais expor os autênticos fundamentos (princípios neutros) de seus julgados e desenvolver claramente cada fase do raciocínio que conduziu ao resultado produzido. A impossibilidade de se chegar a uma objetividade plena não minimiza a necessidade de uma objetividade possível, de modo que a interpretação não seja uma atividade discricionária (tal como a criação de direitos pelo ativismo) ou mecânica (de viés originalista), mas um produto da interação entre o intérprete e o texto. A neutralidade se dilui em

muitos aspectos, entre os quais a imparcialidade (ausência de interesse imediato na questão) e a impessoalidade (atuação pelo bem comum).

Mas a neutralidade exige, ainda, que o intérprete não seja influenciado por questões consequencialistas, tais como o resultado que pretende obter com a interpretação. Para tanto, o juiz deve manter-se vinculado não só ao texto, mas especialmente à história da Constituição, sem legitimação para erigir direitos novos, não autorizados nos mandamentos constitucionais, porquanto, se os constituintes de Filadélfia realmente quisessem delegar aos juízes essa função criativa, tal como na prática efetivamente se fez pelo trabalho da Suprema Corte, na trilha de John Marshall, teriam conferido à Nona Emenda redação autorizativa, que expressamente outorgasse à Suprema Corte o poder de acrescentar direitos ao texto constitucional, considerando a filosofia, a ética e a moral ou, ainda, as ideias dominantes do governo republicano. Entretanto, como isso não foi feito, nos casos em que a Constituição não contém uma opção moral ou ética, o juiz não pode utilizar seus próprios princípios ideológicos para rechaçar a decisão da coletividade expressa na lei, fruto da política, com a qual não se confunde a jurisdição. Daqui se poderia extrair dura crítica a Dworkin.

Concluindo a visão de Wechsler, o que caracteriza as decisões judiciais, diferenciando-as dos atos praticados pelos outros dois poderes, é a necessidade de que sejam fundadas em princípios coerentes e constantes, e não em atos de política ou de mera vontade pessoal. Daí por que Wechsler discorda, com veemência, daqueles que sujeitam a interpretação da Constituição e das leis ao referido 'teste de virtude', haja vista que, se alguém toma decisões levando em conta o fato de que a parte envolvida é um sindicalista ou um contribuinte, um negro ou um separatista, uma empresa ou um comunista, terá que admitir que pessoas de outras crenças ou simpatias possam, diante dos mesmos fatos, julgar diferentemente, o que é o mais profundo problema do constitucionalismo, o chamado julgamento *ad hoc*.

O sistema da *Common Law*, que vigora nos países de origem anglo-saxônica, é caracterizado por privilegiar a força dos usos e costumes em sua tradição jurídica, formando complexas regras consuetudinárias e deixando a lei como vetor norteador de segundo plano, ao contrário do que se observa nos países que, como o Brasil, seguiram o legado deixado pelo Direito Romano e que integram o sistema da *Civil Law*, ou Romano-Germânico.

Aquele sistema, que se orienta pelo direito consuetudinário, revela-se, por um lado, mais dinâmico na criação do Direito, já que se inspira, para tanto, primordialmente nas orientações emanadas das decisões concretas proferidas pelos Tribunais nos casos que se apresentam diariamente.

Neste sentido escreve Luís Kietzmann, *verbis*:

> Historicamente, pode-se afirmar que o sistema da *common law* decorre da atividade prática dos tribunais de justiça na Inglaterra durante o século XIX, de modo que a experiência, consolidada nos reiterados julgamentos, é que se firmou como fonte elementar do Direito naquele país. Deste modo, por razões sociais e históricas, houve a formação de um sistema jurídico dinâmico, em que o ordenamento normativo decorre de uma imediata resposta dos julgadores à realidade social, deixando em segundo plano, portanto, o processo legislativo formal.[16]

Esse caráter dinâmico pode ser atribuído ao fato de inexistir, desde logo, um repositório normativo pelo qual as questões devam ser apreciadas. Dessa forma, o direito material define-se empiricamente, na medida em que as questões são levadas à apreciação dos julgadores, que constroem a solução valendo-se de um método indutivo (partindo do particular para o geral), ao contrário do que se dá no sistema romano, em que a solução é engendrada a partir da norma geral em direção ao caso específico (método dedutivo).

Por outro lado, contudo, se não houver uma constante atenção por parte dos julgadores no que tange às especificidades dos casos que lhe são rotineiramente submetidos à apreciação, esse sistema pode acabar deixando de ser assim tão dinâmico, dado o risco de que não se faça a devida distinção (*distinguishing*) entre o precedente norteador e o caso que está sob julgamento. Afora isto, tal sistema, para que se mantenha dinâmico, deve também sempre estar aberto à possibilidade de superação (*overruling*) dos seus precedentes, sempre que estes passem a se mostrar inadequados face às mudanças pelas quais passa a sociedade.

[16] KIETZMANN, Luís Felipe de Freitas. *Da uniformização de jurisprudência no direito brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1124, 30 jul. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8701>. Acesso em: 10 jun. 2010.

Aliás, a própria doutrina que embasa o Sistema Comum - denominada *stare decisis* (forma abreviada da expressão latina *stare decisis et non quieta movere*[17] - ficar como foi decidido e não mover o que está em repouso) – reflete, por sua origem semântica, o mencionado risco de empedernimento do sistema jurídico.

O *stare decisis* veio da Inglaterra em 1066. O precedente é a decisão que provê a razão de decidir os futuros casos ou questões jurídicas semelhantes.

Ainda segundo Luís Kietzmann[18], a decisão judicial inserida nesse sistema "assume a função não só de dirimir uma controvérsia, mas também a de estabelecer um precedente, com força vinculante, de modo a assegurar que, no futuro, um caso análogo venha a ser decidido da mesma forma".

Michael J. Gerhardt, no capítulo VI da obra *The Power of Precedent* (Oxford University Press, 2008), faz menção a chamados “súper precedentes”, entendidos estes como as decisões, judiciais ou não, que, por terem sido citadas com tanta frequência pelas Cortes e outras autoridades, acabaram se incorporando ao Direito e à cultura jurídica em geral, ainda que não previstas expressamente em lei ou em algum precedente específico. Exemplos de “súper precedentes”, dados por Gerhardt, são as práticas fundantes (como o *judicial review*, pelo Judiciário, e o poder de veto, pelo Presidente da República, das leis por ele reputadas inconstitucionais) e a doutrina sobre a fundação (incorporação).

Várias são, entretanto, as críticas que se fazem à vinculação que o *stare decisis* representa para o sistema constitucional.

Lawrence B. Solum[19] destaca, no cenário jurídico estadunidense, dois conjuntos de críticas que se apresentam no debate alusivo à constitucionalidade do *stare decisis*: o primeiro conjunto circunscreve-se à visão realista / instrumentalista que se pode ter do precedente; o segundo abarca

[17] SEIGLER, *Timothy John. Understanding Original Intent and Stare Decisis: Two Methods of Interpreting the Establishment Clause*. Educational Administration Quarterly 2003; 39; 208. Downloaded from http:/eaq.sagepub.com at CAPES on September 30, 2008, p. 224.
[18] *Ibidem*.
[19] SOLUM, Lawrence B. *The Supreme Court in Bondage: Constitutional Stare Decisis, Legal Formalism, and the Future of Unenumerated Rights*. Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series. Research Paper n° 06-12, november 30, 2006, p. 155-160.

a doutrina da Suprema Corte Norte-Americana segundo a qual esta teria poderes ilimitados para superar (*overrule*) a sua própria decisão anterior.

De acordo com o Realismo / Instrumentalismo[20] – o qual, sendo avesso a qualquer tipo de amarras, prega a resolução dos casos de forma casuística, ou seja, com base em argumentos de política / economia[21] ou em ponderação de interesses -, o *stare decisis* seria uma forma de Positivismo ("*legal formalism*"), e por isso deveria ser rejeitado, eis que inimigo da Constituição viva ("*living constitution*").

Já de acordo com a segunda corrente de críticas, o *stare decisis* é questionado diante da fragilidade de sua vinculação quando o tema seja de natureza constitucional. Assim, o precedente representaria nada mais que uma mera presunção de que o entendimento originalmente adotado é o correto, presunção esta que poderia ser afastada caso a Suprema Corte superasse o entendimento anterior. O precedente, dessa forma, vincularia apenas as instâncias inferiores, porém não a própria Suprema Corte, a qual somente estaria vinculada à Constituição e ao seu significado, de sorte que o precedente que contrariasse uma norma constitucional deveria ser desconsiderado.

Tais críticas, contudo, sofreram recente revés. De acordo com Thomas Healy[22], uma Turma do Tribunal Federal de Apelação da 8ª Região dos Estados Unidos entendeu, no caso *Anastasoff v. United States* (julgamento realizado no ano de 2000, Relator o Juiz Richard S. Arnold), que a doutrina do *stare decisis* está tão incrustada no *common law* que os fundadores deste sequer poderiam conceber um poder judicial que não estivesse balizado por aquela doutrina. Assim, a Turma assentou ser contrária ao art. III da Constituição, que institui o Poder Judiciário, a prática forense de prolatar decisões que não venham a gerar efeitos vinculantes para o futuro, bem como a de deixar de publicar os fundamentos de suas decisões, pois tais práticas contornariam a exigência formulada pelos fundadores da Constituição no sentido de impor limites à discricionariedade judicial, de diferenciá-la da atividade legislativa e de inibir o abuso do poder conferido à magistratura federal.

[20] Livre tradução de *Realism / Instrumentalism*.
[21] Poder-se-ia citar como exemplo de doutrina instrumentalista a "Análise Econômica do Direito".
[22] HEALY, Thomas. *Stare Decisis as a constitutional requirement*. West Virginia Law Review. Morgantow. v. 104, 2001, p. 43-122.

Nos termos do voto-condutor, "*when the Constitution vested the judicial Power of the United States in the federal courts, it necessarily limited them to a decision-making process in which precedent is binding*". O Relator entendeu, porém, que é até possível que os Tribunais superem alguns precedentes, desde que, ao fazê-lo, justifiquem publicamente tal superação mediante fundamentos que sejam convincentemente claros.

Thomas Healy afirma que este entendimento teve a virtude de trazer à tona uma discussão até então pouco agitada, tanto no meio acadêmico, quanto nos Tribunais, os quais, aliás, quase em sua totalidade, incorrem naquelas práticas condenadas pelo referido julgamento proferido no caso *Anastasoff v. United States*. Todavia, no mérito, o autor discorda deste posicionamento, colocando em dúvida o argumento, utilizado neste julgamento, de que o *stare decisis* fora concebido originalmente pelos fundadores da Constituição e de que seja parte inarredável desta, servindo-lhe como mecanismo do sistema de *checks and balances*. Não nega que o *stare decisis* possa, teoricamente, até ser considerado uma exigência constitucional, mas afasta a inconstitucionalidade das decisões que não gerem efeitos vinculantes prospectivos[23], já que o *stare decisis* não pode ser visto como um fim em si mesmo, senão como meio para resguardar importantes valores no ordenamento jurídico.

Como se vê, a doutrina do precedente judicial, conquanto possa ser academicamente questionada como mecanismo absoluto que estrutura o sistema judiciário norte-americano e o diferencia do *civil law*, é, sem sobra de dúvida, um importantíssimo vetor voltado a preservar princípios como a estabilidade, a previsibilidade e a certeza. Tal como observa Lawrence B. Solum, a adoção dessa doutrina não significa renúncia, pelos juízes, ao seu dever de analisar criticamente as particularidades de cada caso, pois tal comportamento equivaleria a estabelecer-se uma "jurisprudência mecânica" (*mechanical jurisprudence*), segundo a qual os precedentes seriam dotados de um poder mágico para, por si sós, solucionar os casos sem a necessidade de que o juiz procedesse a uma análise crítica e procurasse dar a solução racionalmente correta que é exigida. A

[23] O autor adverte que, mais importante do que garantir que uma decisão forme oficialmente um precedente - e assim tenha efeitos prospectivos -, é garantir que ela seja bem fundamentada e amparada na *rule of law*, o que preserva o ordenamento e poupa o tempo dos Tribunais na publicação de decisões que formam precedentes. Propõe, na p. 114, que só seja atribuído efeito de precedente às decisões que se enquadrem em pelo menos uma das treze tipologias elencadas (por exemplo, que reveja um entendimento da própria Corte ou que reforme uma decisão inferior já publicada).

fundamentação racional que deve estar presente em qualquer julgado, bem como o forçoso cotejo que deve haver entre o precedente utilizado e a Constituição, são exigências inafastáveis do ponto de vista do devido processo legal, ainda que se adote um sistema no qual os órgãos judiciários devem prestar deferência (nunca absoluta) à doutrina do *stare decisis*.

H. P. Monaghan[24] afirma que, quando em uma sociedade, como a norte-americana, certas decisões judiciais lhe são centrais, a sua revisão / superação provavelmente implicará ameaça à legitimidade do próprio sistema de controle judicial (*judicial review*).

A partir dessas breves considerações sobre a doutrina do *stare decisis*, pode-se aquilatar o peso que a força do precedente tem no sistema da *common law*. Pode-se, também, questionar se, no Brasil, a jurisprudência dos Tribunais Superiores exerceria papel análogo no funcionamento do Poder Judiciário, especialmente após o entendimento assumido pelo STF em alguns julgados proferidos em controle incidental, cujos efeitos foram abstrativizados, tal como na Reclamação n° 4.335, em que se estendeu ao reclamante a tese fixada no julgamento do HC n° 82.959, sob o pretexto de garantir a autoridade desta decisão tomada em sede de controle incidental.

Não obstante o relevo com que é tratado o Direito Judicial no *Common Law* – sistema ao qual os EUA se filiam -, também lá as fontes formais e primordiais do Direito são a Constituição, leis e tratados, ficando em terceiro lugar, no plano hierárquico, as "decisões judiciais", que podem ser divididas em "meramente interpretativas" (*case Law interpretating enacted Law*) e "integrativas" (*common Law caselaw*).

Por fim, há pensadores, como Daniel Farber e Suzanna Sherry[25], que contestam qualquer tentativa de se unificar teorias ou de se criar uma "*foundational idea*" que se aplique a todo o Direito Constitucional. Tais autores sustentam que nenhuma grande teoria pode abarcar integralmente a história constitucional norte-americana. Preferem, ao revés de teorizações jusfilosóficas, ater-se ao modo pelo qual a Constituição é concretamente implementada pelas autoridades estatais, no melhor estilo *pragmático*.

[24] *Apud* SIEGLER, *op. cit*, p. 224.
[25] FARBER, Daniel A., SHERRY, Suzanna. *Desperately seeking certainty: the misguided quest for constitutional foundations*. The University of Chicago Press, Ltd, 2002.

Todavia, a perspectiva de Neil MacCormick, como se verá adiante, volta-se, se não a resolver definitivamente o problema da segurança jurídica, pelo menos a fornecer caminhos tendentes a minimizar as incertezas que rondam a interpretação e o fenômeno decisório.

3. O Modelo Constitucional Brasileiro e as influências que o formataram

Registram-se, no direito comparado, três modelos clássicos de controle de constitucionalidade – o francês, o americano e o austríaco -, dos quais partem os demais sistemas adotados pelos países que se enquadram na noção que se convencionou denominar Estado de Direito, "que se manifesta pela consagração da supremacia constitucional e o respeito aos direitos fundamentais"[26].

Na França, por questões históricas ligadas à desconfiança que os revolucionários nutriam pelos juízes (em geral ligados ao Antigo Regime), a letra da lei[27], emanada do Poder Legislativo, sempre representou, no imaginário dos franceses, uma das maiores garantias à disposição do cidadão, garantia esta sobre a qual não deveria haver interferência judicial. Daí que o controle de constitucionalidade francês é eminentemente político (não-judicial), concentrado (não-difuso) em seu Conselho Constitucional[28] e preventivo (antes da promulgação da lei), subtraindo, assim, ao Poder Judiciário o exercício desta magna missão fiscalizatória. Em verdade, a própria sindicância de atos administrativos em geral já era, desde a Constituição de 1791, subtraída à jurisdição *comum*, já que cometida, exclusivamente, ao Conselho de Estado, órgão ao qual incumbia e ainda incumbe a jurisdição *especial* do contencioso administrativo. Dessa maneira, de qualquer sorte, ainda que não houvesse o Conselho Constitucional, as questões de direito público não seriam mesmo resolvidas no Judiciário francês, mas sim em seu Conselho de Estado.[29]

O sistema francês influenciou sobremaneira o modelo de controle instituído pela Constituição Imperial Brasileira (1824), ao outorgar ao Poder Legislativo a atribuição de "velar na guarda da

[26] MORAES, Alexandre de. Legitimidade da Justiça Constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n° 8, novembro, 2001, p. 7.
[27] Este paradigma pode ser sintetizado na célebre expressão, atribuída a Montesquieu, de que o "juiz nada mais deve ser que a boca que pronuncia a lei" (*Le juge, bouche de La loi*).
[28] Este órgão foi previsto somente na Constituição da V República, de 04 de outubro de 1958, até hoje em vigor, que lhe cometeu, entre outras atribuições, a de examinar a constitucionalidade das leis antes de sua promulgação.
[29] Note-se que a jurisdição na França, ao contrário do que ocorre no Brasil, não é una.

Constituição (art. 15, n. 8° e 9°)", conforme ensina Gilmar Ferreira Mendes[30], que destaca tratar-se tal modelo de verdadeira "consagração do dogma da soberania do Parlamento".

Já o sistema americano, também conhecido como *judicial review*, é o que realmente inaugurou o modelo de controle judicial de constitucionalidade tal como é universalmente conhecido hoje, sendo o precedente *Marbury v. Madison* (1803) considerado como a primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando a aplicação de lei que considerava inconstitucional, malgrado se possa falar, consoante adverte Barroso[31], de precedentes identificáveis em períodos diversos da história, desde a Antiguidade, e mesmo nos Estados Unidos do período colonial (com base no direito inglês), o que de certa forma afasta o pioneirismo daquele clássico precedente.

O modelo da *judicial review* influenciou personalidades marcantes, como a de Rui Barbosa, o que, a Gilmar Mendes[32], parece ter sido fator decisivo à consolidação do modelo difuso em nossa Carta Republicana de 1891. Assim como a Constituição americana, a brasileira também não se referia expressamente ao controle de constitucionalidade, o que levou Rui Barbosa a destacar, com vistas a defender a amplitude do novel instituto, *verbis*:

O único lance da Constituição americana, onde se estriba ilativamente o juízo, que lhe atribui essa intenção, é o do art. III, seção 2ª, cujo teor reza assim: 'O poder judiciário estender-se-á a todas as causas, de direito e equidade, que nasceram desta Constituição, ou das leis dos Estados Unidos'.[33]

Por fim, o modelo austríaco, engendrado por Hans Kelsen, símbolo da Escola de Viena e principal responsável pela elaboração da Constituição Austríaca de 1920 e sua reforma constitucional de 1929, oferece um sistema concentrado de controle, que não seria propriamente uma atividade judicial, mas sim uma função constitucional cometida a um órgão específico (Corte Constitucional), que atuaria como legislador negativo, expungindo, com efeitos *erga omnes* (daí outra diferença do modelo americano), a lei considerada inconstitucional. Tal modelo influenciou a adoção da representação de inconstitucionalidade, através da Emenda Constitucional n° 16/65 à

[30] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004, p. 189-190.
[31] BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 5-6.
[32] *Op. cit*., p. 191.
[33] *Apud* Mendes, *ibidem*, p. 191.

Constituição de 1946, inaugurando a modalidade de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade no Brasil, visto que a ação direta como procedimento preliminar do processo interventivo, já introduzida originalmente pela Constituição de 1934, ainda não constituía um controle *abstrato* propriamente dito.

O modelo brasileiro, por sua vez, contempla um sistema misto ou híbrido, ostentando características dos três modelos vistos acima e ainda lhes acrescentando outras próprias, fazendo com que o controle de constitucionalidade possa ser realizado por órgão político e judicial (nas formas concentrada e difusa, quanto ao órgão judicial, e nas formas principal e incidental, quanto ao modo de controle), nas modalidades preventiva e repressiva.

4. Breve Nota sobre a Visão Kelseniana

Segundo Kelsen[34], se a ordem jurídica conferisse a qualquer pessoa competência para decidir uma questão jurídica, dificilmente se formaria uma decisão judicial que vinculasse as partes envolvidas. Por isso, a questão somente pode ser decidida pelo próprio tribunal competente ou por um tribunal superior. Quanto a isso, não há maiores problemas.

Porém, Kelsen provoca celeuma quando afirma:

> O fato de a ordem jurídica conferir força de caso julgado a uma decisão judicial de última instância significa que está em vigor não só uma norma geral que predetermina o conteúdo da decisão judicial, mas também uma norma geral segundo a qual o tribunal pode, ele próprio, determinar o conteúdo da norma individual que há de produzir. Estas duas normas formam uma unidade. Tanto assim que o tribunal de última instância tem poder para criar, quer uma norma jurídica individual cujo conteúdo se encontre predeterminado numa norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, quer uma norma jurídica individual cujo conteúdo não se ache deste jeito predeterminado mas que vai ser fixado pelo próprio tribunal de última instância.[35]

Em arremate, aduz que "Uma decisão judicial não pode – enquanto for válida – ser contrária ao Direito (legal)"[36], porquanto:

[34] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes Editora Ltda: 1987, p. 284.
[35] Ibid., p. 285.
[36] Ibid., p. 286.

> Se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como "inconstitucional" não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito.[37]

Com base nisso, Kelsen reconhece que é consideravelmente limitada a possibilidade de predeterminar, através de normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária, as normas individuais que hão de ser produzidas pelos tribunais. Porém, na sua visão, este fato não justifica a concepção segundo a qual, antes da decisão judicial, não haveria Direito algum, a ideia de que todo Direito é Direito dos tribunais, de que não haveria sequer normas jurídicas gerais, mas apenas normas jurídicas individuais.[38]

Como se vê, apesar de Kelsen negar que as normas jurídicas individuais possam existir independentemente das normas jurídicas gerais, ele não consegue descrever, de modo convincente, o mecanismo pelo qual as normas jurídicas gerais logram, de modo racional, predeterminar o conteúdo das primeiras, sem que o julgador incorra em decisionismos. Aliás, para Kelsen, as decisões são atos de vontade, e não inferências ou atos de cognição, o que o levou a negar qualquer tipo de lógica das normas ou do pensamento normativo.

A doutrina neoconstitucional se levanta contra a afirmação de que "*o conteúdo da norma jurídica individual está predeterminado pela norma jurídica geral*", pois, segundo o neoconstitucionalismo, a lei geral e abstrata não tem o poder de determinar, de antemão, o conteúdo da norma que regerá o caso concreto, especialmente no que tange às peculiaridades que o podem excepcionar do âmbito de aplicação daquela previsão geral.

Insurge-se, outrossim, contra as afirmações de que o "o tribunal pode criar uma norma individual cujo conteúdo não esteja predeterminado pela norma geral", pois o reconhecimento deste decisionismo implicaria afronta ao devido processo legal e à segurança jurídica.

Para o Neoconstitucionalismo, uma das missões da Teoria da Argumentação Jurídica (TAJ) consiste em analisar a racionalidade que inspira o raciocínio jurídico, a racionalidade que deve

[37] Ibid., p. 290.
[38] Ibid., p. 297.

presidir o trânsito desde uma disposição legal à interpretação resultante em um caso concreto por parte de um juiz. Este trânsito é denominado por Peczenik como "salto" ou "transformação", já que a passagem de um enunciado normativo para a sua interpretação / aplicação ao caso concreto não tem um caráter abertamente lógico, já que não é uma simples consequência lógico-dedutiva. Quanto mais difícil for um caso, maior será este "salto" ou "transformação". Há quem sustente que todos os casos são difíceis, porque todos os casos são, pelo menos teoricamente, capazes de provocar controvérsia. Todos os casos são problematizáveis teoricamente. No entanto, a realidade é que na prática do Direito todos temos a sensação de que há casos que provocam discrepâncias sérias, enquanto que outros se resolvem de forma rotineira, como se não houvesse a menor sombra de dúvida acerca de como se teria que decidir. Do que foi dito, caberia deduzir que teoricamente todos os casos são difíceis, mas na prática se deve distinguir entre casos fáceis e casos difíceis. Em outras palavras, a distinção entre casos fáceis e casos difíceis se mantém em um nível pragmático.

As modernas teorias da argumentação jurídica pretendem reforçar o papel da razão em sentido forte no campo da argumentação jurídica. A TAJ atual é uma aposta na racionalidade no discurso jurídico frente às correntes irracionalistas. As circunstâncias que favoreceram o auge da TAJ moderna são muitas, entre as quais o majoritarismo cínico, o libertarismo inadequado, o relativismo ético, o pseudo-freudianismo, o dedutivismo inapropriado, o determinismo ideológico e o cientificismo.

A proposição de MacCormick[39] finca suas raízes na realidade das decisões judiciais, para construir a partir de sua análise, uma teoria da argumentação. Certamente são muitos os traços que singularizam a teoria *standard* da argumentação jurídica em relação às antigas teorias da argumentação jurídica às quais já me referi. No entanto, caberia insistir em dois aspectos fundamentais nos quais a teoria atual pretende superar as proposições prévias a fim de reforçar a racionalidade da argumentação jurídica. O primeiro aspecto relevante é constituído pela assunção por parte da teoria *standard* da distinção entre contexto de descoberta e contexto de justificação. O segundo elemento a ressaltar vem aqui representado pela delimitação da justificação interna e a justificação externa.

[39] Com base em sua principal obra: MAcCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Tradução de Conrado Hübner. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

O realismo jurídico baseou grande parte de sua análise do Direito na concepção do raciocínio judicial como um processo psicológico. A argumentação realista chegou a essa concepção a partir de uma desvalorização da capacidade justificadora do sistema jurídico, depreciação baseada em uma atitude profundamente contrária à ideia de sistema jurídico do positivismo. A ideia de sistema jurídico pressupõe a existência de um conjunto de normas vinculadas entre si por algum tipo de relação, especialmente por relações lógicas.

A distinção entre contexto de descoberta e contexto de justificação resgata, historicamente, aquela outra contraposição entre *inventio* e *iudicium* que oferecera Cícero. Como vimos no contexto da descoberta aparecem as motivações de ordem psicológica ou sociológica que condicionaram um conhecimento científico ou, em nosso caso, uma determinada resolução judicial ou argumentação jurídica. Partindo do contexto de justificação se prescinde do processo mental que conduziu à decisão. Em outras palavras, no contexto da descoberta encontramos *causas*, enquanto que no contexto de justificação encontramos *razões*.

Portanto, a questão não é como se chega a uma decisão jurídica, mas apenas se essa decisão é justificável juridicamente.

MacCormick faz distinção entre uma "justificação de primeira ordem" e uma "justificação de segunda ordem" (*second order justification*). A justificação de primeira ordem reproduz a interna e a de segunda ordem a externa. A justificação externa pretende cobrir a lacuna de racionalidade que se verifica nos "saltos" ou "transformações". Por isso, "o próprio campo da interpretação é a justificação externa". O critério da dificuldade dos casos na realidade se refere ao problema da aplicação da lógica ao Direito e a seus limites. O critério do caráter externo das premissas evoca o problema dos limites entre Direito e moral e a questão da discrição judicial. Vejamos estes problemas separadamente.

Segundo este critério, é justificação interna a justificação lógico-dedutiva de um raciocínio jurídico e é justificação externa a parte do raciocínio jurídico que não apresenta caráter lógico-dedutivo. O problema básico se origina no fato de que a lógica trata com proposições, isto é, orações às quais cabe predicar verdade ou falsidade. No entanto, as normas não são verdadeiras nem falsas. A norma expressa mediante o enunciado: "Abra a porta!" não é verdadeira nem falsa. Podemos

dizer dela que é: *eficaz* se se cumpre, *válida* se a emite uma autoridade competente mediante procedimento apropriado, ou *justa* se é moralmente correta. Consequentemente, a lógica, vinculada aos valores de verdade ou falsidade, não poderia ser aplicada às normas.

A lógica, ciência formal por excelência, não pode pretender abarcar a totalidade dos problemas que estuda a filosofia jurídica, pela razão trivial de que só nos pode oferecer respostas de caráter formal e não de caráter substantivo. Isto significa que as questões substantivas requerem algo mais do que o mero recurso aos métodos da lógica. A lógica é uma ferramenta útil, mas insuficiente. Isto não diz nada contra essa disciplina, mas somente confirma seu caráter formal. Se se olhar para o passado, sua importância foi notavelmente incrementada com o auge da filosofia analítica; se se olhar para o futuro, sua importância será crescente com o desenvolvimento de sistemas expertos. Neste sentido, a aversão para com a lógica jurídica é injustificada, como também o seria a pretensão de reduzir a questões puramente lógico-formais todas aquelas que ocupam a teoria da interpretação.

5. O Pós-Positivismo de MacCormick

O professor Donald Neil MacCormick ocupa a cátedra de filosofia do Direito em Edimburgo (Escócia) e é um seguidor do legado intelectual de H.L.A. Pertence à cultura jurídica da *common law*, é seguidor de Hart e da filosofia de Hume. Parte das decisões dos tribunais para induzir os princípios gerais de sua teoria.

O autor escocês destaca quatro grandes problemas que concernem a uma justificação meramente interna, dois deles se situam na premissa normativa e os outros dois na premissa fática. Reitero esta questão para introduzir os critérios de resolução que propõe e para destacar alguma particularidade que adquirem estes problemas na cultura jurídica anglo-americana. Os problemas da premissa normativa são os problemas de relevância e interpretação. Os problemas da premissa fática são de prova e de qualificação dos fatos.

MacCormick, para dar conta dos problemas interpretativos, com exclusão das questões de fato, propõe como critérios gerais de resolução uma exigência de racionalidade geral, que é a

coerência, um princípio da tradição utilitarista, que é o consequencialismo, e, finalmente, um princípio fundamental da razão prática kantiana, que é o princípio da universalidade.

Quando passa a tratar do valor-verdade, MacCormick refuta a visão kelseniana de que, sendo as normas atos de vontade, estas não poderiam servir de premissas para um raciocínio lógico em qualquer sentido forte ou estrito. E a refuta argumentando que as formas assertivas e descritivas de vocalizar algo, ao contrário do que se dá com as formas imperativas de vocalização, têm, sim, valor-verdade, podendo, portanto, ser objeto de juízos de verdade ou falsidade. Há distinção entre os atos que são praticados ou que ocorrem em determinado momento – que não podem ser taxados de verdadeiros ou falsos – e as afirmações que se fazem sobre os estados de coisas que resultam desses atos e que perduram por algum tempo, já que essas afirmações podem ser verdadeiras ou não, tal como o marcador de combustível que não retrata o verdadeiro estágio em que se encontra o nível da gasolina, por exemplo.

Da mesma forma repele a "teoria da verdade-correspondência", a qual chama de ingênua por estabelecer que somente é possível atribuir-se valor-verdade a elementos que possuam algum tipo de correspondência exata a um estado de coisas encontrável no mundo fenomenológico. MacCormick socorre-se, para tanto, da noção de "fatos institucionais", os quais são "*aqueles que dependem não apenas de certos eventos ou ocorrências físicas que supostamente devem ter ocorrido, mas também de uma interpretação desses (e/ou de outros) eventos ou ocorrências em termos de algum conjunto estável de normas (tanto institucionais ou convencionais) de conduta ou de discurso*"[40].

Assim, a teoria dos fatos institucionais, embora condizente com a noção de que as normas jurídicas não possuem valor-verdade, possibilita que se atribua valor-verdade às afirmações descritivo-interpretativas do Direito. E, na transformação de fatos brutos em fatos institucionais, o estabelecimento de uma determinada proposição jurídica no processo será tão mais verdadeira quanto mais coincidir efetivamente com aquilo que o mundo real apresenta, de sorte que a verdade

[40] Ibid., p. 87.

jurídica (convencional por excelência, já que é verdadeira para os fins de um processo judicial) possa se aproximar de uma verdade para todos os propósitos.[41]

MacCormick esclarece que a argumentação jurídica não fornece toda a informação requerida para a justificação de pretensões ou decisões judiciais, mas apenas utiliza um processo dedutivo a partir de premissas, de modo que, sendo o raciocínio jurídico uma modalidade da lógica predicativa ordinária, tanto as premissas, quanto as conclusões dela extraídas, devem ser justificadas por argumentos práticos ou retóricos, conforme se exija, em cada caso, uma argumentação prática (que exige virtudes como sabedoria, humanidade e bom-senso), ou uma argumentação dedutiva.

Embora MacCormick não seja um formalista, ele busca encontrar um método que proveja segurança à tomada de decisão judicial, um critério racional que demonstre, a partir da interpretação argumentativa do texto escrito, ter o juiz prolatado a melhor decisão para o caso concreto, sem que incida, com isso, no chamado pragmatismo jurídico.

Ensina Alfonso García Figueroa[42] que o pensamento de MarCormick se insere em um universo de ideias que surge em 1978, ano de publicação das duas obras capitais da teoria da argumentação jurídica europeia continental e anglo-americana, respectivamente: *Teoría de La argumentación jurídica*, de Robert Alexy, e *Legal Reasoning and Legal Theory,* de Neil MacCormick. Consoante o referenciado autor espanhol, ambas as obras superaram todo um corpo de teorias precursoras dos anos cinquenta e influíram poderosamente sobre os trabalhos posteriores de autores como Aarnio, Peczenik e Atienza. Estas teorias insistiram sobre a insuficiência que representa tanto uma concepção puramente formalista da argumentação jurídica, quanto uma concepção realista que reduz a aplicação do Direito a simples expressões de emoções.

A teoria da argumentação tenta situar-se em um ponto médio que parte da possibilidade de uma análise racional dos processos argumentativos, mas também reconhece as limitações que esta análise apresenta no mundo do Direito. Em todo caso, parece inquestionável que a justificação das decisões jurídicas, sua racionalidade, representa uma peça chave de todo discurso prático.

[41] Ibid., p. 96.
[42] FIGUEROA, Alfonso García. *Uma Primeira Aproximação da Teoria da Argumentação Jurídica*. Em "*Argumentación en el Derecho*". 2ª edição. Ed. Palestra, Peru: 2005, p. 49-101.

Mas o próprio MacCormick confessa que reviu alguns aspectos do pensamento que orientara a sua obra "Argumentação Jurídica e Teoria do Direito", escrita em 1978, sobretudo por agora estar mais afastado do positivismo apresentado por Herbert Hart e do ceticismo moral ou não-cognitivismo derivado de David Hume. A argumentação tem caráter *persuasivo*, e não *demonstrativo*, o que revela uma verdadeira contribuição à "Nova Retórica" de Chaim Perelman, devendo-se entender por retórica "*o estudo dos bons e maus argumentos*"[43].

E a revisão de seu pensamento operou-se na obra **Retórica e o Estado de Direito** (a edição original em língua inglesa é de 1995), que serve de fio condutor ao presente trabalho.

O capítulo I desta sua principal obra[44] é iniciado com uma citação de parte da argumentação utilizada pelo Juiz Lord Nicholls no chamado "Caso dos Suspeitos de Terrorismo", para que se traga à baila a importância dos argumentos jurídicos na discussão, por exemplo, sobre até que ponto o Estado de Direito deve ser mantido diante dos perigos contemporâneos do terrorismo.

A "Teoria Institucional do Direito" é a diretriz que norteia a visão pós-positivista pressuposta na obra de MacCormick, baseada na ideia de ordem normativa institucional, que tenta "*garantir a existência de julgamentos imparciais e respeitados em casos que envolvam disputa ou controvérsia acerca do significado de uma norma em um dado contexto prático, ou que envolvam sua aplicação justa em um determinado caso*"[45]. Os critérios para tanto exigidos são a definição de: quais indivíduos, com quais qualificações, são competentes para agir como julgadores; quais as circunstâncias que os autorizam a exercer essa competência; e quais as formalidades de tipo processual que devem ser observadas para dar início ao processo de julgamento, para levá-lo adiante isento de quaisquer vícios e para chegar a uma conclusão na forma de decisão vinculante em relação àqueles a quem é endereçada.

Com a formação dessa versão institucional de ordem normativa, dois problemas surgem: o problema da *identidade* e o da *mudança*. O primeiro diz respeito à possibilidade de determinar, em qualquer momento, se uma norma particular ou disposição normativa é relevante e vinculante para os órgãos judicantes, para o que Hart sugere as "regras de reconhecimento" como critério de

[43] Ibid., p. 7.
[44] MAcCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Tradução de Conrado Hübner. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
[45] Ibid., p. 4.

distinção das normas reconhecidas como de aplicação obrigatória. Já o problema da *mudança* surge da necessidade sentida pelos seres humanos de ajustar suas expectativas a um ambiente natural, tecnológico e social em mudança, o que exige a definição de quais indivíduos, com quais qualificações, são competentes para atuar de modo a alterar as normas em vigor, bem como quais as circunstâncias que os autorizam a exercer essa competência e quais as formalidades de tipo processual que devem ser observadas para dar início ao processo de criação de normas, para levá-lo adiante isento de quaisquer vícios e para chegar a uma conclusão.

Já no capítulo II da sua principal obra, que, como visto acima, será explorada ao longo do presente ensaio, MacCormick desenvolve a Retórica como a disciplina por meio da qual se deve tentar uma reconciliação convincente ou um reequilíbrio entre os dois lugares-comuns (caráter argumentativo do Direito e o *Rule of the Law*) em aparente contradição.

Como já se disse anteriormente, MacCormick, revendo significativamente seus posicionamentos anteriores, aproxima-se de Dworkin, principalmente porque ambos refutam o caráter demonstrativo dos argumentos jurídicos, em que pese entenderem que isso não seja empecilho para que tais argumentos possam ser considerados sólidos, em um contexto no qual um argumento sólido consiga genuinamente derrotar outro. Além disso, ambos encontram no Direito um aspecto moral, "já que é moralmente relevante que as pessoas tenham um corpo de regras comuns disponível para propósitos tais como regular a alocação de riquezas entre as pessoas e lidar com problemas de coordenação complexos (como é o tráfico (sic) de veículos automotores nas estradas e ruas atuais)" (p. 18).

A retórica não é uma ciência exata, mas sim uma habilidade prática, que depende, entretanto, de conhecimento e aprendizado, já que o Direito é uma "profissão erudita" (p. 20). E, como um "freio fundamental" (p. 23) para o processo de reconciliação dos dois lugares-comuns, MacCormick, seguindo a tese sugerida por Alexy, concebe a argumentação jurídica como um tipo especial do raciocínio prático geral, de modo que aquela, assim como este, precisa, por conseguinte, conformar-se às condições de racionalidade e razoabilidade que se aplicam a todas as espécies de razão prática, de modo que não haja asserções desprovidas de razões. Esta é, portanto, uma vertente limitada do caráter argumentativo do Direito, pois confinada à consideração daquilo que é racionalmente defensável.

Por isso, do ponto de vista da razão prática, a persuasão imediata e concreta de um argumento não é necessariamente a mesma coisa que sua efetiva adequação, visto que se exige a persuasão de uma instância decisória racional ("auditório universal", na expressão de Chaim Perelman), e não apenas de um júri em particular. De outro lado, MacCormick também aponta para a significativa contribuição de Theodor Viehweg, que, inspirando-se em Aristóteles, prestigiou a importância dos *topoi*, ou lugares-comuns, nos argumentos retóricos, que funcionam como ponto de partida para a argumentação.

O caráter dinâmico do Estado de Direito exige que o seu ideal não seja tomado isoladamente enquanto mera promessa de certeza e segurança jurídicas, mas que seja também ilustrado pelo direito de defesa e pela importância de "deixar tudo aquilo que é contestável ser contestado" (p. 42). Esse caráter dinâmico não impede, porém, que a argumentação jurídica seja em algum sentido "silogística", ainda que isso possa causar arrepios a autores realistas como Dewey, Holmes Jr. e Llewellyn.

Daí Thomas Bustamante delinear, com precisão, os traços distintivos entre a postura positivista em geral e a de MacCormick no que tange ao papel da certeza jurídica:

> Unlike the positivists who place legal certainty as the only value secured by the Rule of the Law, MacCormick believes that the proclaimed "argumentative character of law" is something to be celebrated in democratic societies, for it is deeply entrenched in the ideal of the Rule of Law. The recognition of the Rule of Law as a political ideal implies the recognition of law's domain as the "*locus* of argumentation". Although the principle of the Rule of Law is oriented towards the value of legal certainty, this value is not only one. Rationality and justice also figure among the basic values which form the basic ideal of the Rule of Law.[46]

Com efeito, qualquer petição jurídica é uma tentativa de construir um silogismo jurídico, quer em sistemas de *civil law*, quer na *common law*, uma vez que sempre se parte, por coerência, de uma premissa maior e universal, limitando-se, assim, o horizonte de uso de argumentos em princípio não-dedutivos (retóricos). No *common law*, as premissas para o silogismo são mais fracas e provisórias do que as argumentações formuladas a partir de leis escritas, o que não impede, porém, que os argumentos utilizados a partir de fontes não-codificadas busquem estar amparados em silogismos

[46] BUSTAMANTE, Thomas. *Comment on Petroski – On MacCormick's Post-Positivism*. *In* German Law Journal: Review of Developments in German, European and International Jurisprudence. Vol. 12, nº 02, 2011, p. 713.

derivados de premissas, porquanto "a retórica mais eficiente será provavelmente aquela que se fundamenta em uma clara compreensão das implicações lógicas desse processo" (p. 57).

Concluindo-se, qualquer pretensão jurídica (acusação ou ação civil) pressupõe alguma concepção de "universalizabilidade" (p. 63).

Além de defender a "universalizabilidade", MacCormick também exalta o silogismo, pontuando que este se aplica caso a caso, e não de modo a pressupor que o Direito seja um sistema axiomático, ou governado por regras estritas, como no xadrez[47], no qual todas as possibilidades estariam predefinidas necessariamente nas regras. As fontes de Direito irão quase sempre conter alguns elementos explicitamente contraditórios, cabendo às decisões judiciais tentar resolver tais contradições à medida que elas surgem, e não pressupor que elas não existam ou que sejam meramente aparentes. Neste sentido o recurso aos silogismos é uma parte necessária da retórica da justificação do Direito, já que o respeito ao princípio do Estado de Direito exige observância às regras do Direito.

Em defesa do deducionismo, MacCormick repele as objeções que lhe são aventadas. A primeira delas é a objeção kelseniana, segundo a qual as decisões são atos de vontade, e não inferências ou atos de cognição, o que levou Kelsen a negar qualquer tipo de lógica das normas ou do pensamento normativo que pudesse assegurar justiça no caso concreto.

MacCormick sustenta que, embora não haja relação de dedução ou inferência entre a decisão e a razão justificadora, esta razão deve derivar argumentativamente de premissas apropriadas, em homenagem à concepção de Estado de Direito.

Passando ao capítulo 5 ("Universais e Particulares"), o autor escocês deixa claro que, conquanto defenda enfaticamente a universalização como algo essencial à justificação no campo da argumentação prática (da qual a argumentação jurídica é uma espécie), não nega que as razões particulares devam sempre existir para decisões particulares, sem que se sobrevalorize, contudo, o caráter particularista do julgamento.

[47] Fernando Atria diferencia "instituições autônomas", que constituem certas atividades, como os jogos, e se aplicam necessariamente de forma absoluta, e "instituições regulatórias", tais como o Direito, que, sendo intrinsecamente excepcionáveis (*defeasible*), regulam atividades que, de outro modo, ficariam sem sentido. Nota de rodapé da p. 70.

As razões têm que ser universalizáveis, de modo a que correspondam a uma resposta racional em um sentido objetivo. Isso não significa, porém, que tais razões tenham caráter absoluto, até porque sempre estarão sujeitas a exceções e qualificações até então não cogitadas. Mas, mesmo os casos singularíssimos, tais como aquele das gêmeas siamesas Jodie e Mary (p. 119), que dificilmente (para não dizer nunca) se repetirão, devem ser vistos pelo Direito como um caso típico, como uma situação afirmada de modo universal, pois, se não for possível, para outros casos idênticos, afirmar a razão que justificou a resolução daquele caso único, também essa razão não poderia ter sido afirmada neste caso. Características relevantes que aparecem em outro caso podem alterar a solução dada, mas a exceção é válida apenas se tiver também a mesma qualidade universal.

Distinção relevante que se faz é entre "universalização" e "generalização". Quando uma universalidade excepcional ocorre, ela dá lugar a generalizações descritivas sobre o Direito, do tipo "nas disputas sobre guarda, a custódia é quase sempre entregue à mãe" (p. 124). Entretanto, essas generalizações são muito pouco úteis, pois, ao contrário da universalidade, não podem ser utilizadas como uma condição de justificação na argumentação. Assim, "universal" contrasta com "particular", pois são propriedades lógicas, enquanto que "geral" contrasta com "particular", por serem propriedades quantitativas (admitem diferenças de grau). Conclui-se que não há justificação sem universalização, já que fatos particulares, para que possam ser razões justificadoras, têm que ser universalizados, ainda que a proposição universal respectiva seja reconhecidamente excepcionável (*defeasible*).

O capítulo VI, intitulado "Argumentação fundada em Consequências", traz as posições existentes sobre a argumentação fundada em consequências. Há duas posições extremadas. Uma defende que a única justificação para uma decisão deveria levar em conta todas as suas consequências, mesmo que remotas, tais com a capacidade da decisão em produzir o maior benefício líquido (o prazer ou a satisfação de preferências), sob algum critério adequado de custo / benefício. A outra sustenta que a natureza e a qualidade da decisão seriam os únicos elementos que deveriam ser considerados relevantes na justificação de sua correção, sem considerara qualquer de suas consequências, ainda que próximas.

MacCormick rejeita os dois extremos. Prefere uma visão intermediária, de que alguns tipos e alguns conjuntos de consequências devem ser relevantes para a justificação das decisões. A questão

do consequencialismo está ligada ao tema universalista desenvolvido no capítulo V, pois decidir um caso e justificar a decisão exigem que essa decisão possa ser universalizada e comparada qualitativamente com os méritos de uma outra possível proposição universal que lhe seja rival, de modo que razões sejam dadas a favor da alternativa escolhida. Uma das armadilhas postas em desfavor dos consequencialistas diz respeito ao fato de os juízes, e mesmo os juristas em geral, serem muito mal aparelhados para a avaliação adequada das consequências de suas decisões, em comparação com os agentes dos Poderes Executivo e Legislativo. Por exemplo, há uma discussão, trazida na nota de rodapé da p. 143, sobre se a exploração de locatários por locadores foi consequência do *Rent Act* de 1957, editado por um governo conservador, ou se, ao contrário, foi apenas uma decorrência da escassez de imóveis naquele período. Por isso, um desafio para MacCormick é encontrar uma versão satisfatória do consequencialismo jurídico que escape de armadilhas como esta.

Retomando o exemplo dado no capítulo 4, relativo ao caso *R. v Dudley*, evocado para ilustrar o ditado antigo segundo o qual "casos difíceis produzem um mau Direito", que retrata a exortação no sentido de que os juízes se abstivessem de "distorcer" o Direito em face de situações individuais excepcionalmente duras, MacCormick adverte que a única forma plausível de estabelecer uma exceção adequada à tipificação do homicídio seria uma sentença judicial, ou, segundo o termo utilizado por Coleridge, a declaração de um princípio jurídico que autorizasse as pessoas cujas vidas estivessem em perigo imediato a julgarem se deveriam matar outra vítima inocente desse mesmo perigo de modo a salvarem suas vidas. O exemplo dado é aquele em que as pessoas que mataram o membro mais fraco de um grupo de náufragos para beber seu sangue, na suposição equivocada de que não seriam resgatadas, tiveram posteriormente sua pena de morte por homicídio convertida em prisão perpétua, ficando presas por apenas uns seis meses depois de seu julgamento. Neste caso, para abrandar o rigor da punição e, ao mesmo tempo, não distorcer o Direito e também não criar um precedente que pudesse no futuro ser usado por certas pessoas acusadas de homicídio, o Juiz Presidente da Inglaterra entendeu por valer de benesses como o indulto e a graça.

O que assusta nesse princípio universalista é a possibilidade lógica de que ele se transforme em norma capaz de governar casos futuros, pois a adoção daquele princípio criaria uma regra segundo a qual a defesa daqueles acusados pudesse também ser admitida em qualquer outro caso

similar de extrema necessidade. De forma semelhante, no caso das gêmeas siamesas, a operação para separá-las não poderia ser justiçada sem uma regra segundo a qual tal operação fosse possível sempre que circunstâncias raras se colocassem justificando uma cirurgia capaz de salvar a vida de uma irmã à custa da vida da outra.

No capítulo 7 ("Argumentando sobre a Interpretação"), MacCormick inicia diferenciando a concepção mais estreita da interpretação daquele de sentido bastante amplo do termo. Segundo esta última, qualquer ato de apreensão de significado, por mais simples, imediato e mundano que seja, é considerado interpretação, tal como a absorção de sentido do sinal "não fumar". Já de acordo com a concepção mais estreita, a qual é utilizada pelo autor, a interpretação ocorre apenas quando o intérprete se depara com alguma situação de dúvida quanto ao sentido, seguida pela resolução dessa dúvida por referência a alguma razão que dê apoio à preferência pelo sentido escolhido.

Passando às categorias principais de argumentos interpretativos, distinguem-se três tipos: **1) argumentos linguísticos**; **2) argumentos sistêmicos** (que se subdividem nos seguintes casos: harmonização contextual; argumentos a partir de precedentes; argumentos por analogia; argumentos conceituais; argumentos a partir de princípios gerais; argumentos a partir da história); e **3) argumentos teleológicos**. Sobre os argumentos sistêmicos, destaca-se que, se o Direito não fosse concebido de forma holística e coerente, cada decisão teria presumivelmente que ser considerada em seus próprios méritos, no que diz respeito a qualquer interpretação atraente das normas relevantes ao caso que estiver sendo analisado. Para evitar tal incoerência e falta de inteligibilidade, MacCormick propõe a sobreposição de um princípio de racionalidade na realidade concreta do Direito, de modo que o argumento de coerência seja um suplemento necessário aos argumentos relativos aos valores particulares próprios de alguns segmentos legais e aos objetivos político-jurídicos específicos que tenham motivado o legislador na elaboração de determinadas leis.

O Capítulo 8 ("Usando Precedentes") foca-se na importância dos precedentes como razão para promover um tratamento igual a casos iguais e um desigual a casos desiguais, bem como para assegurar um sistema jurídico imparcial que faz a mesma justiça a todos, independentemente de quem forem as partes do caso e de quem o esteja julgando. Uma terceira razão para aderir-se a precedentes seria a economia de esforço por parte de juízes e de advogados, os quais não teriam de realizar novo esforço argumentativo sobre as mesmas circunstâncias, visto que tal esforço é

considerado como já realizado anteriormente, a menos que surjam elementos especiais a demandarem reconsideração.

O direito jurisprudencial (*case Law*) – sistema no qual não apenas o Legislativo, mas também o Judiciário produz o Direito -, mesmo nos países do *common law*, não é em regra puro, pelo menos atualmente, pois acaba tomando a forma de interpretações explicativas da lei (glosas ou comentários). E, mesmo nos sistemas em que o precedente é vinculante, há partes na decisão que não são vinculantes, mas apenas persuasivas. Estas, conhecidas como *obter dicta*, são "opiniões que vão além dos pontos necessários para a decisão do caso particular" (p. 193). Já o elemento forte de um precedente é chamado *ratio decidendi*, definido por MacCormick (Legal Reasoning, p. 215) como "*uma justificação formal explícita ou implicitamente formulada por um juiz, e suficiente para decidir uma questão jurídica suscitada pelos argumentos das partes, questão sobre qual uma resolução era necessária para a justificação da decisão no caso*" (p. 203).

Para uma teoria mais formalista do precedente, este somente pode ser afastado se se mostrar que a nova decisão é mais coerente com a linha central do desenvolvimento jurídico, que seria a mais justa do que a decisão do precedente ou que produziria consequências preferíveis àquelas que seriam geradas pela adoção do precedente.

E, para mitigar a abertura excessiva da justificação jurídica, MacCormick propõe o atrelamento da justificação às regras jurídicas como forma de reduzir o campo de argumentação entre as partes e da deliberação judicial. Assim, filia-se a Kant, ao propor a sujeição a um sistema jurídico comum a todos para, só assim, poder universalizar racionalmente máximas de ação. E, da mesma forma, filia-se a Alexy, ao buscar combater a indeterminação onipresente da razão prática geral através da busca de modos mais determinados de argumentação interpessoal sobre questões práticas, como o recurso ao Direito e às preocupações específicas da argumentação jurídica. Assim, demonstra-se que a exigência de universalizabilidade tem o condão de conectar a justificação jurídica com a justificação em geral.

A lei não é a *ratio*. Esta é o que a Corte afirma como interpretação correta da lei, ou seja, é a solução do juiz, e não qualquer regra da qual sua conclusão dependa. Na aplicação da *ratio*, o processo de justificação deve ser visto como implicação, e não como afirmação, da proposição

jurídica universal, o que denota que, se determinados fatos ocorrem, então determinada decisão deve ser tomada, levando-se em consideração, para tanto, apenas os fatos considerados juridicamente relevantes, e não todos os fatos que subjazem à *quaestio juris*. E são assim considerados relevantes aqueles fatos que o juiz representa como fatos em razão dos quais ele chega à sua decisão, de modo que o que é universalizado é a máxima da decisão tomada pelo juiz, e não apenas a máxima que poderia emergir dos fatos comprovados. Os fatos, portanto, nem sempre são tomados pelo juiz tais como são, mas sim "*vistos pelo prisma de certas descrições fáticas padronizadas*" (p. 210), segundo o que se denominou "método de Goodhart", o qual é um corolário importante da teoria de MacCormick, segundo ele mesmo admite. Isso significa que outros fatos, não levados em conta pelo juiz, teriam o condão de modificar a solução proposta ou, até mesmo, de redesenhar a *ratio* anteriormente estabelecida, já que se trata de "*regras dotadas de exceções incapazes de serem previstas de forma exaustiva*"[48], conforme citação que MacCormick faz de Herbert Hart.

A primazia de princípios e valores sobre regras expressas é uma questão de julgamento, de sorte que algum grau de discricionariedade está envolvido na subjetividade judicial, embora MacCormick defenda, para arrepio dos realistas e dos particularistas, que há fatores objetivos envolvidos na tomada da decisão judicial, ainda que esta seja "determinada", e não "deduzida".

No embate entre particularistas e universalistas, MacCormick fica ao lado destes últimos, porque há de haver uma razão, pelo menos *prima facie*, que sirva de norte às expectativas que as pessoas possuem sobre determinada disposição jurídica ou contratual, como no exemplo da promessa, dado na p. 323. Para os particularistas, como Jonathan Dancy, o fato de alguém ter feito uma promessa não é sempre uma razão para executar o ato prometido, porquanto, em sua visão, não haveria nenhuma regra universal segundo a qual promessas devem ser cumpridas, de sorte que uma promessa particular somente poderia ser uma razão para executar o ato prometido se certas condições habilitadoras estivessem presentes e se algumas desabilitadoras estivessem ausentes.

Não obstante, para os universalistas, como MacCormick, uma promessa particular é uma razão para executar o ato prometido, até porque não é possível que se enumerem exaustivamente

[48] Ibid., p. 328.

todas as exceções possíveis para cada regra ou cada promessa. Amparando-se em Hart, afirma-se que uma regra que termina com "*a menos que...*" é, ainda, uma regra (ver nota de rodapé da p. 327). O que é universal e excepcionável (*defeasible*) não deixa, por causa da sua excepcionalidade, de ser universal.

No mesmo sentido se posiciona Thomas Bustamante ao defender que:

> O requisito da universalidade das normas jurídicas não é, em absoluto, incompatível com a superabilidade das regras. Quando se introduz uma exceção em uma norma jurídica, esta exceção deverá constituir a hipótese de incidência de uma nova norma introduzida pelo julgador no caso concreto. Essa norma deverá ser enunciada em termos universais e aplicada a todos os casos semelhantes, a menos que haja fortes razões em sentido contrário. (...) Se uma exceção a uma determinada regra jurídica não puder ser universalmente estabelecida, essa exceção não poderá ser justificada de forma correta.[49]

Verifica-se, a partir dessa noção, que a razão inspiradora de determinado precedente, seja no *Common Law*, seja no sistema codificado, não perde sua densidade argumentativa e seu caráter de universalidade pelo simples fato de ser superada por uma exceção vindoura, haja vista aquela *ratio* continuará sendo válida nos casos em que tal exceção não se faça presente. E o mesmo deve ser dito da própria exceção que impôs a superabilidade daquela razão universal, já que tal exceção também deverá, ela mesma, ser universalmente estabelecida, sem prejuízo do fato de que venha a aplicar-se apenas a algumas situações específicas, ditas excepcionais, por serem capazes de superar / excepcionar uma razão universal. Com essa abordagem, afasta-se em definitivo qualquer tipo de particularismo.

Ao tratar "sobre questões de opinião", MacCormick rejeita a visão cognitivista, no seu entender ingênua, acerca da qualidade intrinsecamente melhor ou pior dos argumentos. Entende, ao revés, que a filiação a uma corrente ou outra na tomada de decisão em casos difíceis é uma mera questão de opinião ou de julgamento, não uma questão do que o julgador vê simplesmente porque tal decisão está ou não diante dos seus olhos. Isso é assim porque o Direito não é a única disciplina ou arte prática na qual os especialistas mais altamente qualificados podem ter diferentes opiniões sobre os casos difíceis, pois o mesmo se observa na medicina, na engenharia, na contabilidade etc.

[49] BUSTAMANTE, Thomas. *Conflitos Normativos e Decisões Contra Legem: Uma Nota sobre a Superabilidade das Regras Jurídicas*. In As Novas Faces do Ativismo Judicial. Editora JusPODIVM, 2011, p. 120-121.

O desacordo sobre um caso concreto, longe de ser abrangente e universal de todo o sistema jurídico, é focado, episódico e local. Para resolver tais desacordos interpessoais, a única solução apropriada é a adoção de um procedimento decisório razoável, seja por maioria, seja por unanimidade[50] dos membros de um Tribunal.

Ao abordar os precedentes, MacCormick ensina que, para a "teoria declaratória", a tarefa dos juízes não é produzir o Direito, mas sim apenas declarar o que ele é, e aplicá-lo como ele é. Como única alternativa para contornar tal teoria, a "visão decisionista" propõe que o que a Corte decidiu é correto porque a Corte assim decidiu, e não porque ela teria declarado ou descoberto o que já era o direito aplicável ao caso concreto.

MacCormick opõe-se ao modelo decisionista, o qual foi fortemente adotado por Kelsen. Em contrapartida, enaltece a teoria de Dworkin, a qual, na década de 1970, desafiou a tese de que "não há resposta certa", tese esta que chegou a ter como adeptos juristas como Hart e o próprio MacCormick.

MacCormick, revendo seu posicionamento anterior, agora se filia à tese, também seguida por John Finnis, de acordo com a qual "*desenvolver o Direito é diferente de criar o Direito no sentido legislativo, e está sujeito a argumentos racionalmente persuasivos que usam materiais do Direito estabelecido*" (nota de rodapé da p. 358).

Isso não significa, porém, que não haja casos em que a razoabilidade não determinará finalmente a solução da controvérsia. Em tais casos, não haverá outro recurso senão atribuir o poder de decidir definitivamente a alguma pessoa dotada de autoridade, cujo pronunciamento deverá ser aceito por todos, ainda que esta solução não seja autocertificadora e racionalmente indefectível.

Por tratar-se de uma questão de julgamento, algum grau de discricionariedade está envolvido na subjetividade judicial, embora MacCormick defenda, para arrepio dos realistas jurídicos, que há fatores objetivos envolvidos na tomada da decisão judicial, ainda que esta seja "determinada", e não "deduzida". E, como visto no capítulo 12, no embate entre particularistas e universalistas, MacCormick fica ao lado destes últimos, porque há de haver uma razão, pelo menos *prima facie*,

[50] Na França, por exemplo, as cortes colegiadas (p. 331) não permitem a prolação de votos dissidentes, para que não se prejudique a confiança da população na clareza e na certeza da lei.

que sirva de norte às expectativas que as pessoas possuem sobre determinada disposição jurídica ou contratual. Para os particularistas, o fato de alguém ter feito uma promessa não é sempre uma razão para executar o ato prometido, porquanto, em sua visão, não haveria nenhuma regra universal segundo a qual promessas devem ser cumpridas, de sorte que uma promessa particular somente poderia ser uma razão para executar o ato prometido se certas condições habilitadoras estivessem presentes e se algumas desabilitadoras estivessem ausentes.

E, para que a decisão não seja arbitrariamente "determinada", lança-se mão da argumentação jurídica, a dar-se de modo racional.

Robert Alexy[51] cita uma decisão do Tribunal Constitucional alemão na qual este enfatizou a necessidade de que se clarifique o que se deve entender por "argumentação racional", ao decidir que "*o Direito... não se identifica com o conjunto de leis escritas*", de sorte que o juiz não está constrangido pela Lei Fundamental a aplicar ao caso concreto as indicações do legislador dentro dos limites do sentido literal possível. Deve o juiz, ao contrário, decidir fundamentado em uma argumentação racional, já que a lei escrita não cumpre a função de resolver um problema jurídico de forma justa, carecendo que o seu aplicador preencha tal lacuna de modo não-arbitrário.

Como se vê, as teorias de Alexy e MacCormick têm uma considerável semelhança.

Não obstante, há uma importante distinção, conforme afirma Manuel Atienza[52], no sentido de que "(a)mbos percorreram o mesmo caminho, porém em sentidos opostos". Isso significa que a distinção se dá em virtude de Alexy partir da generalidade do discurso prático para posteriormente introduzir-se no mundo do Direito, enquanto que a proposição de MacCormick finca suas raízes na realidade das decisões judiciais, para construir, a partir de sua análise, uma teoria da argumentação.

Conclusão

Como foi visto acima, o Professor Neil MacCormick, para dar conta dos problemas interpretativos, com exclusão das questões de fato, propõe como critérios gerais de resolução: uma

[51] ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 2ª ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Landy Editora: São Paulo: 2005, p. 53.
[52] ATIENZA, Manuel. O Direito como Argumentação. Traduzido por Eduardo Moreira e extraído da *Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ*, volume 1, nº 4, maio de 2010.

exigência de racionalidade geral, que é a coerência; um princípio da tradição utilitarista, que é o consequencialismo; e, finalmente, um princípio fundamental da razão prática kantiana, que é o princípio da universalidade.

Tais critérios podem ser aplicados tanto ao Direito Estadunidense, quanto ao Direito Brasileiro, pois o caráter dinâmico do Estado de Direito exige que seu ideal não seja tomado isoladamente enquanto mera promessa de certeza e segurança jurídicas, mas que seja também ilustrado pelo direito de defesa e pela importância de deixar tudo aquilo que é contestável ser contestado.

Esse caráter dinâmico não impede, porém, que a argumentação jurídica seja em algum sentido "silogística", ainda que isso possa causar arrepios a autores realistas.

Com efeito, qualquer petição jurídica é uma tentativa de construir um silogismo jurídico, quer em sistemas de *civil law*, quer na *common law*, uma vez que sempre se parte, por coerência, de uma premissa maior e universal, limitando-se, assim, o horizonte de uso de argumentos em princípio não-dedutivos (retóricos). No *common law*, as premissas para o silogismo são mais fracas e provisórias do que as argumentações formuladas a partir de leis escritas, o que não impede, porém, que os argumentos utilizados a partir de fontes não-codificadas busquem estar amparados em silogismos derivados de premissas, porquanto "a retórica mais eficiente será provavelmente aquela que se fundamenta em uma clara compreensão das implicações lógicas desse processo" (p. 57).

MacCormick sustenta que, embora não haja relação de dedução ou inferência entre a decisão e a razão justificadora, esta razão deve derivar argumentativamente de premissas apropriadas, em homenagem à concepção de Estado de Direito.

As razões têm que ser universalizáveis, de modo a que correspondam a uma resposta racional em um sentido objetivo. Isso não significa, porém, que tais razões tenham caráter absoluto, até porque sempre estarão sujeitas a exceções e qualificações até então não cogitadas. E, mesmo os casos singularíssimos devem ser vistos pelo Direito como um caso típico, como uma situação afirmada de modo universal, pois, se não for possível, para outros casos idênticos, afirmar a razão que justificou a resolução daquele caso único, também essa razão não poderia ter sido afirmada neste caso.

Viu-se que os precedentes – que ostentam papel de destaque nos EUA – fornecem razões para promover tratamento igual a casos iguais, e desigual a casos desiguais, bem como para assegurar um sistema jurídico imparcial que faz a mesma justiça a todos, independentemente de quem forem as partes do caso e de quem for o juiz que o esteja julgando. Além disso, verificou-se a economia de esforço na utilização de precedentes por parte de juízes e de advogados, os quais não teriam de realizar novo esforço argumentativo sobre as mesmas circunstâncias, visto que tal esforço é considerado como já realizado anteriormente, a menos que surjam elementos especiais a demandarem reconsideração.

E, para mitigar a abertura excessiva da justificação jurídica, propôs-se o atrelamento maccormickiano da justificação às regras jurídicas como forma de reduzir o campo de argumentação entre as partes e da deliberação judicial. Assim, mitiga-se a indeterminação onipresente da razão prática geral através da busca de modos mais determinados de argumentação interpessoal sobre questões práticas, como o recurso ao Direito e às preocupações específicas da argumentação jurídica, cabendo à exigência de universalizabilidade a função de conectar a justificação jurídica com a justificação em geral.

Ao abordar os precedentes, MacCormick ensinou que, para a "teoria declaratória", a tarefa dos juízes não é produzir o Direito, mas sim apenas declarar o que ele é, e aplicá-lo como ele é. Como alternativa para contornar tal teoria, a "visão decisionista" (Kelsen) propõe que o que a Corte decidiu é correto porque a Corte assim decidiu, e não porque ela teria declarado ou descoberto o que já era o direito aplicável ao caso concreto.

MacCormick, superando ambas tais teorias e revendo seu posicionamento anterior, agora se filia à tese segundo a qual desenvolver o Direito é diferente de criar o Direito no sentido legislativo, pois o desenvolvimento da solução jurídica está sujeito ao influxo de argumentos racionalmente persuasivos que usam, por sua vez, materiais do próprio Direito estabelecido.

Por fim, em defesa da universalizabilidade, viu-se que o que é excepcionável (*defeasible*) não deixa, por causa da sua excepcionabilidade, de ser universal. Com efeito, o que se universaliza é justamente a *máxima* da decisão tomada pelo juiz no caso concreto. Em outros casos, porém, que possam apresentar peculiaridades significativas, caberá ao juiz levá-las em conta no momento da

formulação da *ratio* que orientará a decisão para o novo caso, até porque as regras, a partir das quais a *ratio* universalizante é formada, são, como diz Hart, "*dotadas de exceções incapazes de serem previstas de forma exaustiva*".

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 2ª ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Landy Editora: São Paulo: 2005.

ATIENZA, Manuel. *O Direito como Argumentação*. Traduzido por Eduardo Moreira e extraído da Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ, volume 1, nº 4, maio de 2010.

BAKER, Thomas E. and Jerre S. Willians. *Constitutional Analysis in a Nutshell*. 2ª edition. Thomson West: 2003.

BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

BUSTAMANTE, Thomas. *Comment on Petroski – On MacCormick's Post-Positivism*. *In* German Law Journal: Review of Developments in German, European and International Jurisprudence. Vol. 12, nº 02, 2011, p. 693-728.

_____. *Conflitos Normativos e Decisões Contra Legem: Uma Nota sobre a Superabilidade das Regras Jurídicas*. *In* AS NOVAS FACES DO ATIVISMO JUDICIAL. Editora JusPODIVM, 2011, p. 115-144.

FARBER, Daniel A., SHERRY, Suzanna. *Desperately seeking certainty: the misguided quest for constitutional foundations*. The University of Chicago Press, Ltd, 2002.

FIGUEROA, Alfonso García. *Uma Primeira Aproximação da Teoria da Argumentação Jurídica*. Em "*Argumentación en el Derecho*". 2ª edição. Ed. Palestra, Peru: 2005, p. 49-101.

GERHARDT, Michael J. *The Power of Precedent*. Oxford University Press, 2008.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Notas sobre o Direito Constitucional Norte-Americano*. http://www.arnaldogodoy.adv.br/publica/notas_sobre_o_direito_constitucional_norte_americano.html.

HEALY, Thomas. *Stare Decisis as a constitutional requirement. West Virginia Law Review*. Morgantow. v. 104, 2001.

KIETZMANN, Luís Felipe de Freitas. *Da uniformização de jurisprudência no direito brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1124, 30 jul. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8701>. Acesso em: 10 jun. 2010.

MAcCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Tradução de Conrado Hübner. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O constitucionalismo inglês*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 452, 2 out. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5768>. Acesso em: 02 maio 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. – 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: Um Caso Clássico de Mutação Constitucional*. Obtida via internet. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 10 de maio de 2008.

MORAES, Alexandre de. *Legitimidade da Justiça Constitucional*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n° 8, novembro, 2001.

SEIGLER, Timothy John. *Understanding Original Intent and Stare Decisis: Two Methods of Interpreting the Establishment Clause*. Educational Administration Quarterly 2003; 39; 208. Downloaded from http:/eaq.sagepub.com at CAPES on September 30, 2008.

SHELDON, Charles H. *Essentials of the American Constitution.* Albany: Westview, 2002.

SOLUM, Lawrence B. *The Supreme Court in Bondage: Constitutional Stare Decisis, Legal Formalism, and the Future of Unenumerated Rights*. Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series. Research Paper n° 06-12, november 30, 2006.

WECHSLER, Herbert. *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*. Harvard Law Review, Vol. 73, nº 1, nov., 1959, p. 1-35.