

**COERÊNCIA, ANTISUBORDINAÇÃO E INTEGRIDADE: PERSPECTIVAS HERMENÊUTICAS PARA PROTEÇÃO DE GRUPOS ESTIGMATIZADOS****Eduardo Ribeiro Moreira<sup>1</sup>****Maria Eugenia Bunchaft<sup>2</sup>****Resumo**

O presente trabalho pretende conectar as propostas da coerência, que elevam a mesma a um patamar de critério de racionalidade prática, à Filosofia do Direito, especialmente às propostas de Dworkin, MacCormick e Günther, propondo um modelo de coerência antissubordinação capaz de atender aos desafios de uma hermenêutica voltada para a proteção de grupos vulneráveis. Por meio de um método fenomenológico hermenêutico e tendo como técnica de pesquisa a documentação indireta, sustenta-se como hipótese a perspectiva segundo a qual, quando presentes atos estatais supostamente neutros que potencializam efeitos de subordinação, será necessária a verificação de outra forma de coerência: a coerência antissubordinação. Nós argumentamos que esta é uma forma mais sutil de efetivação do princípio da igualdade e revela potencialidade para resguardar direitos fundamentais de grupos estigmatizados.

**Palavras-Chave:** Coerência; Integridade; Hermenêutica; Antissubordinação; grupos estigmatizados.

**INTRODUÇÃO**

De início, é premente lecionar que a coerência deixou de ser uma boa ideia advinda de parte da lógica jurídica para receber dos filósofos do direito tratamento conectado à argumentação jurídica. (MacCormick, 2008). Se, por um lado, são inegáveis as compatibilidades e complementariedades entre ambas as teorias, por outro lado, o destaque aqui atribuído permite-se falar em uma teoria da coerência jurídica.

O objetivo geral do presente trabalho é conectar as propostas da coerência, que elevam a mesma a um patamar de critério de racionalidade prática, à Filosofia do Direito, especialmente às propostas de Dworkin (2011; 2003; 2010), MacCormick (2008), Günther (2004), assim como o teste de coerência universal com vistas

---

<sup>1</sup> Professor Adjunto IV de Direito Constitucional da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Pós-Doutorado pela Universidade Castilla La Mancha (Toledo-Espanha). Membro do programa de doutorado da UFRJ-IFICS em filosofia com concentração em filosofia prática e filosofia política. Membro do corpo docente do Mestrado da UFRJ em Teorias Jurídicas Contemporâneas. É membro do IBDC, IBEC, IAB, ABDF e ABCD. Co-fundador do círculo jusfilosófico neoconstitucionalista. Bolsista de Produtividade em Pesquisa 2. E-mail: eduardomoreira@terra.com.br

<sup>2</sup> Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Professora de Direito constitucional II, da Graduação em Direito da Unisinos. Pós-Doutora em Filosofia pela UFSC. Doutora em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. E-mail: mbunchaft@unisinos.br

a propor, no fim do trabalho, um modelo de coerência antissubordinação capaz de atender aos desafios de uma hermenêutica voltada para a proteção de grupos vulneráveis estigmatizados.

Neste primeiro momento, apresenta-se como primeiro objetivo específico a investigação dos aspectos relevantes que conduzem à ideia de coerência jurídica, sobretudo a partir da análise das propostas de Neil MacCormick sobre a coerência narrativa e a coerência normativa. Sustenta-se que a coerência deve ser entendida, antes de tudo, como fator de ligação racionalizada entre os fatos, os argumentos e a Filosofia do Direito, sob a coordenação de sentido, pois, segundo MacCormick (2008, p. 247), “[...] a falta de coerência no que é dito envolve uma falta de sentido.”

Já em um segundo momento (item 2), incorpora-se, como segundo objetivo específico, a estratégia de associar as propostas da coerência à ideia de integridade delineada por Dworkin. A concepção de coerência, em Dworkin, é um mecanismo voltado para conciliar o pluralismo de valores. O pluralismo de valores é uma das questões mais discutidas na filosofia política contemporânea. Essa temática é analisada por Dworkin (2011) em *Justice for Hedgehogs*, onde enfrenta a problemática da contraposição entre monismo e pluralismo de valores.

Nesse quadro teórico, o título da obra diz respeito ao poema de Arquíloco, a que se refere Isaiah Berlin em seu livro *The Hedgehogs and the Fox: An Essay on Tolstoy's View of History*, no qual discute a problemática do monismo e pluralismo. Portanto, “[...] a raposa sabe muitas coisas, mas o porco-espinho sabe apenas uma e grandiosa coisa”, afirma o poeta grego Arquíloco. (BERLIN, 1986, p. 435).

Não obstante toda a perspicácia da raposa e a possibilidade de desenvolver estratégias variadas para capturar o ouriço, no fim, a raposa termina superada pela mesma artimanha de sempre: o ouriço transforma-se em uma bola com espinhos apontando para direções diversas, inviabilizando o seu bote. Para Berlin (1986), esta célebre passagem de Arquíloco pode ser resgatada para classificar escritores e pensadores como ouriços e outros como raposas. Propugnamos investigar a relevância da estratégia de conciliação de valores em uma rede harmoniosa para a análise dos princípios jurídicos envolvidos na situação concreta.

Em um terceiro momento (item 3), sustenta-se como terceiro objetivo específico construir as bases do uso procedimental sobre uma das funções da coerência, ou seja, a de evitar as argumentações de incoerência de forma aplicada ao direito.

O item 4 propugna como quarto objetivo específico a análise da coerência como critério de justiça à luz da filosofia de Klaus Günther (2004). Para este autor, o discurso jurídico desdobra-se em duas dimensões discursivas: discursos de justificação e de aplicação. Será objeto do item 4 analisar as finalidades distintas de cada um desses níveis discursivos.

Por sua vez, o item 5 estabelece como quinto objetivo específico a compreensão do sentido do teste da coerência universal a partir do imperativo categórico kantiano. O referido teste ocorre a partir da observância do

imperativo categórico, o qual “ [...] opera segundo aquela máxima que possa querer que se converta, ao mesmo tempo, em lei universal” (KANT, 2010, p. 92). Nesse cenário, no item 6, elucida-se a conexão entre coerência e Princípio da Antissubordinação.

Por fim, no item 7, pretende-se, como sétimo objetivo específico, compreender como a coerência inspira a superação dos precedentes por meio de uma revisão da jurisprudência em relação à aplicação da norma. O critério fundamental é a verificação do fato de a decisão que estabeleceu o precedente, ter considerado ou não o sentido do conjunto de princípios. O método de abordagem utilizado é o fenomenológico-hermenêutico, partindo das contribuições de Heidegger (2006) e Gadamer (2015). Tal método propugna uma aproximação entre sujeito (pesquisador) e o objeto a ser pesquisado, descartando uma análise externa, como se o sujeito e o objeto não estivessem conectados. Diferentemente, o pesquisador está diretamente relacionado com o objeto de estudo, o qual interage com ele, sofrendo as consequências dos seus resultados.

Em relação ao método de procedimento, a pesquisa utiliza o método monográfico, ao pressupor que o estudo de um caso de maneira profunda pode ser considerado como referência para muitos outros. Utiliza-se como técnica de pesquisa a documentação indireta, por meio de pesquisa bibliográfica de autores que tratam do tema da coerência.

Assume-se como primeira hipótese a perspectiva segundo a qual, uma vez presentes atos estatais supostamente neutros que potencializam efeitos de subordinação, será necessária a verificação de outra forma de coerência: a coerência antissubordinação. Defende-se que esta assume relevância transcendente, com potencialidade de resguardar direitos fundamentais de grupos estigmatizados em constante situação de desvantagem contra investidas perfeccionistas de maiorias políticas.

Sustenta-se, como segunda hipótese, que a objeção da argumentação de incoerência é inovação necessária para incrementar a racionalidade e fazer com que as partes se orientem por condutas moralmente coerentes, pois ainda é vasto o número de casos em que o ordenamento jurídico brasileiro admite a contradição - tudo sem que haja qualquer objeção de efeito processual aos argumentos que não apresentem coerência.

Feitas essas considerações, passa-se a examinar a perspectiva de MacCormick (2008).

## **A PERSPECTIVA DE MACCORMICK: COERÊNCIA NORMATIVA E COERÊNCIA NARRATIVA**

Percebe-se a coesão entre fatos, argumentos e direito diante do raciocínio jurídico por aspectos não formais. Analisar a coerência do discurso é perceber seu percurso, o caminho das ideias no direito, que dão sentido de unidade. Quando esse percurso se efetiva sem unidade de sentido, a incoerência surge, ainda que não se possa afirmar que o discurso é contraditório. (Rodríguez, 2011, p. 65).

Nesse particular, segundo Moreira (2014), a coerência aparece entrelaçada com a argumentação jurídica, quando se busca a boa fundamentação da decisão, mas não se deve limitar a coerência a esse primeiro papel. A coerência serve também como técnica de ajustes sobre critérios de escolha e entre princípios assumidos, denominados por Günther (2004) como esquemas que verificam situações juridicamente padronizadas, que são coerentes entre si. Trata-se de uma das formas de responder a esses ajustes com base em casos hipotéticos em que a coerência é testada (teste de coerência).

Em face desta leitura, a coerência permite entender a função de casos hipotéticos submetidos à análise racional. (Hurley, 2006, p. 83-84). O resultado da análise de um caso hipotético pode levar ao assunto central, o que permite resolver casos semelhantes. De acordo com Moreira (2014), é essa perspectiva de organizar a aplicação do direito com tratamento igual aos casos semelhantes, a partir de uma deliberação racional, a preocupação de muitos autores que abordam a coerência; como o próprio termo quer traduzir, que a parte seja coerente como um todo e, nesta verificação, o papel do conjunto de princípios é de grande importância. É na noção de como a coerência pode fazer sentido que pode-se pensar se uma lei faz ou não sentido.

Assim, MacCormick (2008 apud Moreira, 2014) classifica a aplicação da coerência na filosofia do direito entre coerência normativa e coerência narrativa. A coerência normativa busca atender, da melhor forma possível, soluções jurídicas concebidas a partir da ordem jurídica. É por meio da análise de coerência que o “fazer sentido” é compreendido em virtude de serem as leis racionalmente relacionadas como um conjunto instrumental. Por essa percepção, pode-se defender que um ordenamento jurídico é coerente quando for posto em confronto com o conjunto de normas, para serem verificadas práticas não contraditórias, de forma que o resultado sobreviva na prática social.

Diante dessa estrutura conceitual, tal preocupação direciona-se ao elemento-chave na coerência normativa, que não pode ser confundida com a noção de consistência. A consistência aparece entre normas, para a verificação de compatibilidades entre elas. Verificar a consistência das normas é buscar solucionar sua antinomia. A consistência não trabalha em virtude dos valores presentes que unificam o ordenamento, portanto “a mera consistência de um conjunto de proposições não é garantia de sua coerência enquanto história.” (MACCORMICK, 2008, p. 249).

Nessa linha de raciocínio, seguindo uma estrutura teórica semelhante a MacCormick, Canaris postula que a ideia de sistema é caracterizada por dois atributos, que são verdadeiros pressupostos teórico-científicos e hermenêuticos do sistema. Para o autor, a ordenação propugna “expressar um estado de coisas intrínseco, racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade.” A unidade, por sua vez, “modifica o que resulta já da ordenação, por não permitir uma dispersão numa multiplicidade de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais.” (CANARIS, 2002, p. 13).

Outrossim, para MacCormick, na verificação da coerência normativa, ultrapassa-se a relação entre o cumprimento de uma norma sem infringir outra norma, para se voltar para o todo (ordenamento), que deve fazer sentido. A coerência normativa é uma questão de “subordinar o conjunto de leis a um valor ou valores relevantes”, emanados dos princípios jurídicos. (MACCORMICK, 2008, p. 251). A coerência das normas tem a função de observar se elas fazem sentido, conjuntamente e racionalmente relacionadas à realização de um valor comum.

Em suma, MacCormick (2008, p. 253) define a coerência normativa em função de sua justificabilidade sob princípios e valores da ordem superior, desde que os princípios ou valores pareçam aceitáveis, quando tomados em conjunto, no delineamento de uma forma de vida satisfatória. Os valores e princípios são encontrados nos documentos jurídicos existentes; os mesmos conferem uma visão coerente de determinado campo do direito ou de orientação geral (Constituição de um país).

Sob esse prisma, um exemplo foi a avaliação da ordem que permitia na Inglaterra que acusados de terrorismo fossem detidos por tempo indefinido, apenas com base em suspeitas. A *derogation order* foi declarada incompatível com os direitos humanos da Convenção Europeia de Direitos Humanos, determinando-se que o governo elaborasse uma legislação compatível com as exigências vinculantes de direitos humanos. MacCormick (2008) traz essa decisão como um lastro persuasivo de coerência de aplicação de leis e princípios a que elas (as leis) estão submetidas. Para o autor, a função judicial deve ser entendida como controladora entre os diferentes poderes no Estado de Direito.

Em síntese, a justificação da coerência apresenta-se no conhecimento do direito, o qual, ao lado de um extenso número de regras, encontra aí um núcleo comum de princípios. Estes princípios práticos podem ser concebidos como parte do senso comum da comunidade. (MacCormick, 2008, p. 263). Com isso, a coerência cumpre o papel de critério ideal destinado à preservação do Estado de Direito e pode concorrer, sem ferir, com outros critérios de justiça substantiva, além de outras dimensões da razão prática.

Pensando no desenvolvimento da coerência na filosofia do direito, MacCormick (2008), ao trabalhar o conceito de justificação, elaborou o teste da coerência narrativa. Denomina-se coerência narrativa aquela que se relaciona à justificação da descoberta de fatos e de elaboração de interferências razoáveis a partir de provas. (MACCORMICK, 2008, p. 263). A coerência narrativa se assemelha à resolução de um quebra-cabeça, no qual aparecem pistas, fatos e provas.

De fato, o teste de coerência narrativa é realizado por um emprego de raciocínio na avaliação de um ato de alta probabilidade. As narrativas descrevem um enredo, em uma observação temporal, concebida por uma explicação causal. (MacCormick, 2008, p. 282). As narrativas reconstróem os argumentos jurídicos sob fatos pretéritos, o que forma um tipo particular de ler a história. Os casos que levam anos para serem processados e reexaminados, desenvolvem narrativas sobre o passado, os quais levam em conta o direito vigente. No

desenvolvimento da teoria narrativa de MacCormick (2008), pode-se perceber seis exigências presentes no teste da coerência narrativa; são elas:

1. uma exigência contínua de implemento e verificação de racionalidade;
2. uma preocupação procedimental, percebida nos testes de coerência, como desafios para confirmar o uso da teoria;
3. forte presença no uso e verificação de casos e precedentes, influenciados pela tradição anglo-saxônica;
4. um princípio da tradição utilitarista, o consequencialismo, é admitido na solução dos seus casos;
5. um princípio fundamental da razão prática, advindo da preocupação com universalidade dos julgados;
6. a percepção de que, ao lado do procedimento, existem razões substanciais morais que anunciam uma forma de vida satisfatória com base no conjunto de princípios jurídicos.

Sob essa ótica, a tendência que atende a essas exigências, com base na motivação racional das provas, permite verificar a probabilidade do caso, e esse conceito é chave na compreensão da coerência narrativa. Segundo MacCormick (2008, p. 294), a “coerência narrativa fornece um teste sobre a verdade ou provável verdade de proibições sobre coisas e eventos não percebidos”, pois depende da coerência para alcançar a precisão sobre o encadeamento e o número de eventos supostamente ocorridos em um caso. A história que passa no teste da coerência é aquela versão que envolve o menor grau de improbabilidade.

Nesse ponto, a coerência narrativa é condição necessária de verificação do mundo real, com todo o complexo de eventos e elementos factuais que um processo jurídico pode conter. A coerência narrativa empresta um papel ao direito, o de coibir infrações a este que podem, fática e probatoriamente, ser demonstradas. A coerência narrativa relaciona-se aos eventos apresentados no fluxo de tempo, como se eles tivessem ocorrido no tempo real, ordenando os atos ao longo do tempo. (MacCormick, 2008, p. 298). A coerência normativa não corre ao longo do tempo, pois, por sua vez, é simultânea, como elemento integrante do sistema vigente.

Nesse sentido, segundo Moreira (2014), além de marcada temporalmente, a coerência, ao sustentar que normas agem de acordo com o conjunto de princípios, é traduzida com apelo substancial teleologicamente dirigido. O papel dos princípios é vetor da coerência, com o conjunto de normas e não suas interrelações. Ultrapassa-se, portanto, a oposição entre princípios, estudada na ponderação, para se buscar sua sintonia e seu sentido conjunto. A noção de sistema, relacionada ao fim que ele ordena, não é apenas o começo do caminho, mas também a chave da resposta, com a retrospectiva análise da coerência.

É mister frisar que a filosofia do direito tem, em seu objetivo de interesse contemporâneo, um conjunto de valores e princípios que são a base da justificação de uma racionalidade comum. O papel das normas jurídicas válidas para todos os integrantes da comunidade europeia retrata essa base de justificação comum, pois não é suficiente que as normas jurídicas de uma comunidade sejam apenas “formalmente operativas em diferentes

estados-membros; elas precisam ser operativas no mesmo sentido e serem vistas como tal.” (MACCORMICK, 2008, p. 301). As normas devem ser aplicadas conforme um entendimento comum acerca do conteúdo determinado pelos princípios.

Sob esse aspecto, o tratamento formal igualitário evita arbitrariedade. Os princípios comuns são imperativos de uma ordem jurídica enquanto sistema coerente. (MacCormick, 2008, p. 302). A justiça substantiva passa a preencher espaços necessários de uma demanda de correção. Esses espaços são complementados pela relação oferecida pela integridade, que demanda a coerência em diversos níveis, e pela aplicação ao caso concreto. Feitas essas considerações, passa-se à análise da interligação entre a ideia de coerência e a concepção de integridade em Dworkin.

### DWORKIN: COERÊNCIA COMO INTEGRIDADE

É relevante sublinhar que a interpretação é fundamental para a teoria de Dworkin (2003), assumindo especial relevância sua analogia com o romance em cadeia. A analogia pressupõe que, no processo interpretativo, cada autor deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse resultante da atuação de um único autor e não como produto de diversos autores. A atitude interpretativa deve tratar elementos como personagens, trama, tema, gênero em um sentido de continuidade e não como um novo começo. É clara a assertiva de Dworkin (2003, p. 288):

Assim como um romancista em cadeia deve encontrar, se puder, alguma maneira coerente de ver um personagem e um tema, tal que um autor hipotético com o mesmo ponto de vista pudesse ter escrito, pelo menos, a parte principal do romance até o momento em que este lhe foi entregue, Hércules deve encontrar, se puder, alguma teoria coerente sobre os direitos legais à indenização por danos morais, tal que um dirigente político com a mesma teoria pudesse ter chegado à maioria dos resultados que os precedentes relatam [...].

Com efeito, a atitude interpretativa permite compreender as instituições sob “sua melhor luz” e tratar as pessoas com igual consideração e respeito. Dworkin (2003) resgata a ideia da prática de cortesia para demonstrar o que significa uma atitude interpretativa. A cortesia é uma prática social da vida que também é objeto de interpretação. No passado, tal prática demandava que os homens se levantassem quando uma mulher chegasse ao ambiente para cumprimentá-los, que abrissem as portas para as mulheres, que tirassem o chapéu quando estivessem em um ambiente fechado. Os membros da sociedade aceitam essa regra sem questionar, havendo uma crítica para os comportamentos desviantes.

Dessa maneira, em um determinado momento, os indivíduos começam a fazer perguntas sobre essa prática e a indagar sobre qual o motivo para aderirem a ela. Com a emancipação das mulheres, tais práticas caíram em desuso, passando a ser interpretadas como sinal de sexismo e tratamento condescendente para com as

mulheres. A prática da cortesia permite afirmar que a interpretação da prática social se concretiza dentro de seu próprio âmbito e não fora dela.

Em Império do Direito, Dworkin (2003) divide o processo interpretativo em três etapas. Na primeira etapa, a pré-interpretativa, refere-se: “são identificados as regras e padrões que consideram fornecer o conteúdo experimental da prática.” (DWORKIN, 2003, p. 81). Deve haver um elevado nível de convergência nessa fase. Dworkin (2003) exemplifica a regra do reconhecimento de Hart como a descrição dessa etapa.

Nesse contexto, na etapa interpretativa, “o intérprete se concentra numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa.” (DWORKIN, 2003, p. 81). O nível de convergência já não é o mesmo da fase pré-interpretativa, no entanto, será nessa fase que se iniciará o processo de justificativa da prática social. Desse modo, “a justificativa não precisa ajustar-se a todos os aspectos ou características da prática estabelecida, mas deve ajustar-se o suficiente para que o intérprete possa ver-se como alguém que interpreta essa prática, não como alguém que inventa uma nova prática.” (DWORKIN, 2003, p. 81).

Por fim, há uma etapa pós-interpretativa, na qual “ele ajusta sua ideia daquilo que a prática realmente requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa.” (DWORKIN, 2003, p. 81). Dworkin (2003 apud Bunchaft, 2013) estabelece três virtudes políticas aceitas em um Estado Democrático, que configuram parâmetros de legitimação do direito e das instituições políticas. A equidade pressupõe que os procedimentos políticos sejam organizados de maneira que o poder seja distribuído em proporções equitativas, permitindo aos cidadãos terem capacidade de influência sobre as decisões públicas. Na equidade, verifica-se se os procedimentos políticos de decisão estabelecem proporções equitativas e se os cidadãos revelam igual influência sobre as decisões públicas.

Nessa perspectiva, segundo Dworkin, (apud Bunchaft, 2013, p. 287), a justiça analisa o resultado de uma decisão, tendo em vista a justificativa para a correta distribuição de bens, oportunidades e recursos. A virtude do devido processo legal diz respeito aos procedimentos adequados nos julgamentos dos cidadãos que violam a lei. Trata-se de três virtudes políticas que são relevantes fundamentos de legitimação do direito e das instituições políticas em um Estado democrático. A integridade, por sua vez, é um ideal político que pressupõe que os governos devem tratar os cidadãos com igual consideração e respeito, resguardando-os contra a parcialidade e a fraude.

Mostrarei que uma sociedade política que aceita a integridade como virtude política se transforma, desse modo, em uma forma especial de comunidade, especial num sentido que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar o monopólio de força coercitiva. Este não é o único argumento em favor da integridade, ou a única consequência de reconhecê-la que poderia ser valorizada pelos cidadãos. A integridade protege contra a parcialidade, a fraude e outras formas de corrupção oficial, por exemplo. (DWORKIN, 2003, p. 228).

Nessa linha de raciocínio, “[...] o Estado deve agir de forma coerente, e suas decisões devem ser fundamentadas com base na melhor interpretação do sistema jurídico e dos princípios públicos de justiça.” (Dworkin, 2003, apud BUNCHAFIT, 2013, p. 287). Nas palavras de Dworkin, “[...] os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípio sobre direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade.” (DWORKIN, 2003, p. 305). De acordo com Bunchaft (2013, p. 288), “diante de uma multiplicidade de possibilidades interpretativas aceitáveis, o juiz indaga-se sobre qual delas, na sua melhor luz, apresenta, do ponto de vista da moral política, a estrutura das instituições e decisões da comunidade.”

Nesse cenário, segundo Bunchaft (2013, p. 288), se o romance em cadeia parte de um equilíbrio sutil entre diferentes tipos de atitudes artísticas e literárias, a interpretação jurídica também parte de um delicado equilíbrio entre convicções políticas diferentes. Para Bunchaft (2013; 2012), em *Justice for Hedgehogs*, Dworkin(2011) amplia o conceito de integridade, que ganha nova dimensão, agora associando-se à ideia de responsabilidade, por meio de uma perspectiva moral mais profunda do que a delineada em *O Império do Direito*.

Diante dessa estrutura conceitual, a ideia de integridade agora vincula-se à concepção de dignidade humana. A compreensão de que os indivíduos deveriam ser tratados com igual consideração e respeito uns com os outros, em suas relações na comunidade, na obra de 2011, é decorrente da efetivação dos dois princípios de dignidade. Para Dworkin (2011), o respeito pela dignidade humana inspira duas exigências: (1) o princípio do autorrespeito, de acordo com o qual “cada pessoa deve levar a sua própria vida a sério; ela deve aceitar que é uma questão importante que sua vida seja uma realização de sucesso e não um desperdício de oportunidade.” (DWORKIN, 2011, p. 203). O princípio do autorrespeito, de fato, não corresponde a um princípio moral. Ele pressupõe uma atitude que o indivíduo deve assumir em relação à sua própria vida, de forma que “cada um de nós trate sua própria vida como tendo um tipo de importância.” (DWORKIN, 2011, p. 205).

O princípio da autenticidade, a seu turno, parte da perspectiva de que “cada pessoa tem uma responsabilidade especial e pessoal de identificar o que conta como sucesso em sua própria vida; ela tem uma responsabilidade pessoal de tornar sua vida uma narrativa ou estilo coerente que ela própria endossa.” (DWORKIN, 2011, p. 204). Segundo Bunchaft (2013, p. 289), o princípio da autenticidade não considera como crucial que cada um conduza sua vida diferentemente dos outros, mas que tal perspectiva seja estabelecida em resposta à situação e valores que são considerados apropriados.

Nesse particular, na compreensão de Dworkin (2011), os princípios supracitados assumem um triplo papel: (1) fornecem um parâmetro sobre o que os indivíduos devem fazer para viver bem; (2) elucidam os direitos que os indivíduos possuem em face da comunidade política; (3) eles são a base para os deveres morais

que os indivíduos estabelecem uns em relação aos outros. Para Dworkin (2011), se os valores são objetivos, surge a questão: os princípios morais de fato existem? Se afirmativa a resposta, como pode-se alcançá-los? Como garantir a objetividade moral em face do desacordo moral? A primeira questão, relativa ao problema da demonstração da existência de princípios morais, é respondida pelo ceticismo externo arquimediano de forma antagônica à perspectiva de Dworkin.

Em *Justice for Hedgehogs*, Dworkin (2011) sublinha que, na esfera do conhecimento, existem dois domínios que não se confundem: o da ciência e do valor. Uma vez que a moralidade, o direito e a ética integram o domínio do valor, é necessária uma metodologia específica para a análise das respectivas esferas que se diferencie dos pressupostos da epistemologia científica.

Em face desta leitura, assume especial relevância a interpretação por meio da qual os diversos valores são integrados. Determinados filósofos metaéticos ponderam que os juízos de valor não seriam descrições de uma realidade independente, mas, sim, expressões de preferências emocionais ou pessoais. A metaética, de fato, discute o status lógico dos juízos de valor que as pessoas comuns emitem quando enfatizam que a descriminalização da antecipação terapêutica de fetos anencéfalos é errada ou que a discriminação contra transexuais é iníqua.

Assim, Dworkin (2011) contrapõe-se à perspectiva do ceticismo externo, que discute a moralidade a partir de um ponto de vista externo, razão pela qual entende que a moralidade deveria ser discutida dentro do seu próprio âmbito. Os céticos externos propugnam uma descrição neutra a respeito de conceitos como legalidade, liberdade e igualdade, sem assumir qualquer juízo sobre qual desses valores seria mais relevante.

Desse modo, o ceticismo arquimediano não aceita a independência metafísica do valor. Essa forma de ceticismo propõe uma diferenciação entre proposições substantivas de primeira ordem, que são julgamentos “que as pessoas comuns emitem sobre liberdade, igualdade, democracia, justiça, legalidade e outros ideais políticos”<sup>3</sup> e as análises de segunda ordem, neutras e filosóficas, que são feitas pelos filósofos, sendo que estas são afirmações sobre a moralidade. (DWORKIN, 2010, p. 212).

Outrossim, Dworkin (apud Bunchaft, 2013) contrapõe-se a tal perspectiva, partindo do pressuposto de que nenhuma proposição de segunda ordem pode refutar os argumentos de primeira ordem. As proposições de segunda ordem fundamentam-se igualmente em argumentos substantivos. De acordo com Dworkin, “não se pode demonstrar que a análise filosófica dos conceitos políticos seja descritiva nos moldes da investigação científica das espécies naturais. A liberdade não tem DNA.” E conclui: “Os conceitos de liberdade, democracia, etc. funcionam como conceitos interpretativos de valor. O significado descritivo não pode ser removido da força valorativa porque o primeiro depende do segundo desse modo particular.” (DWORKIN, 2010, p. 212).

Em suma, a análise filosófica de um valor é normativa, engajada e conceitual. Indubitavelmente, a compreensão de conceitos interpretativos não pode ser neutra e desengajada, pois a estrutura dos valores políticos não seria física, mas normativa. Valores políticos, como justiça, democracia, dignidade humana, não são autônomos nem concorrentes, devendo ser analisados de maneira integrada. Dworkin (2010, p. 226-227) postula que:

Portanto, não podemos evitar, e devemos agora enfrentar a questão de saber como o valor dos valores integrados, inclusive os valores políticos, podem ser identificados. [...] Se quisermos entender melhor os valores integrados não instrumentais da ética, devemos compreendê-los de modo holístico e interpretativo, cada um à luz dos demais, organizados não hierarquicamente, mas na forma de uma cúpula geodésica.

Diante do exposto, em *Justiça de Toga*, Dworkin (2010) relata elementos comuns aos conceitos naturais e aos valores, como, por exemplo, a ideia de que a existência dos valores não depende dos sentimentos que os indivíduos têm em relação a eles e de que ambos possuem uma estrutura profunda. De fato, o que distingue um cientista que objetiva descrever a estrutura de uma partícula e o filósofo que interpreta conceitos como dignidade, liberdade ou igualdade, é uma diferença de grau.

É mister frisar que o papel da filosofia política é delinear interpretações de cada um dos valores de forma que estes se reforcem mutuamente, como, por exemplo, uma concepção de democracia que seja útil à igualdade e à liberdade. Nas palavras de Dworkin, “além disso, seu objetivo deve ser elaborar essas concepções políticas como parte de uma estrutura de valor ainda mais inclusiva, que ligue a estrutura política não apenas à moral em termos gerais, mas também à ética.” (DWORKIN, 2010, p. 228).

Em síntese, o filósofo (apud Bunchaft, 2013, p. 290), “em contraposição ao ceticismo, assume que o valor é objetivo e que a existência de respostas verdadeiras para as questões morais somente pode ser alcançada por meio da interpretação.” Nas palavras de Dworkin, “a fé do ouriço de que todos os verdadeiros valores formem uma rede entrelaçada, em que cada uma de nossas convicções sobre o que é bom, certo ou belo possui algum papel em sustentar cada uma de nossas outras convicções em cada um desses domínios de valor.” (DWORKIN, 2010, p. 120).

Sob essa ótica, em seu artigo “Casos Difíceis”, que compõe a obra *Levando os Direitos a Sério*, Dworkin (2002) defende um dos aspectos mais controversos de sua teoria: “a teoria da resposta correta”, que, à revelia do autor, tornou-se a “teoria da única resposta correta”, sendo esta atribuída ao filósofo. Desde *O Império do Direito*, assim como em *A Justiça de Toga* e, por fim, em seu artigo “Objective and Truth: You’d Better Believed It”, Dworkin (2003; 2010; 1996) estabeleceu críticas ao ceticismo, que foram aprofundadas pelo autor (2011) em *Justice for Hedgehogs*.

Nesse ponto, segundo Bunchaft (2013), embora desde *O Império do Direito* já tivesse assinalado suas críticas ao ceticismo externo, o autor só encontrou um argumento definitivo em *Justice for Hedgehogs*. Nesta

obra, por meio de uma argumentação vinculada ao Princípio de Hume (2000), pretende demonstrar que o ceticismo externo arquimediano é autodestrutivo. O princípio de Hume, nas palavras de Dworkin (2011, p. 44), revela-se como um axioma da metaética, segundo o qual “nenhuma série de proposições sobre como o mundo é, como uma questão de fato científico ou metafísico, pode fornecer um argumento de sucesso - sem algum julgamento de valor escondido em seus interstícios - para qualquer conclusão sobre o que deve ser aquele conjunto de proposições.”

O Princípio de Hume (2000) determina que premissas não valorativas não poderiam suscitar uma conclusão valorativa. Por isso, Dworkin (2011) contrapõe-se ao ceticismo externo, que propõe sua teoria com base em proposições metaéticas. O princípio de Hume (2000) possibilita estabelecer a diferenciação entre dois tipos de ceticismo: o ceticismo interno e o externo.

Nesse sentido, se o ceticismo externo é arquimediano, desengajado da moralidade, o ceticismo interno é engajado na dimensão moral, baseando-se em proposições substantivas de primeira ordem. Dworkin (2011) assevera que o ceticismo externo diferencia-se em ceticismo de erro e de status. Segundo Bunchaft (2012; 2013), o ceticismo de erro propõe que todas as alegações morais são falsas; portanto, a moralidade seria uma estratégia equivocada, tendo em vista a falsidade de todas as proposições de primeira ordem.

Os cétricos do erro alegam que todos os julgamentos morais são falsos. Um cético do erro pode entender a concepção ordinária como supor que as entidades morais existem: que o universo contém não apenas quarks, mésons, e outras partículas físicas muito pequenas, mas também as partículas especiais que denominei de morons, cuja configuração pode tornar verdade que as pessoas não devem torturar bebês e que as invasões militares opcionais que procuram a mudança do regime são imorais. [...] É ceticismo externo porque tem em vista confiar somente na metafísica neutra do valor: confia somente na reivindicação metafísica que não existe nenhuma partícula moral. (DWORKIN, 2011, p. 32).

É mister frisar que, para o ceticismo externo de erro, não há como estabelecer proposições morais que determinem se determinadas condutas são moralmente exigíveis. Somente entidades sobrenaturais teriam poder para impor deveres morais; mas estas não existem. Dworkin critica a John Mackie, um dos mais importantes filósofos representantes do ceticismo de erro, que parte do pressuposto do desacordo moral sobre questões relevantes em uma sociedade plural, como ação afirmativa, aborto, justiça social. Mackie ressalta que “alegações morais positivas devem ser falsas, porque as pessoas discordam sobre quais delas são verdadeiras.” (DWORKIN, 2011, p. 47)

No entanto, aduz Dworkin (2011) que o simples fato de um desacordo moral não implica que todas as convicções morais sejam errôneas. A popularidade de uma convicção moral não configura uma evidência da sua veracidade. Para Dworkin, a diversidade “é apenas uma questão de fato antropológico; ela não pode por si só

demonstrar que todos os julgamentos morais positivos são falsos.” E conclui: “contudo, pessoas, na sua diversidade, podem decidir o que é verdade, e isso é uma questão de justificação da convicção, não a melhor explicação sobre convergência ou divergência.” (DWORKIN, 2011, p. 48).

Sob esse aspecto, Mackie discorda da ideia segundo a qual quando as pessoas defendem opiniões morais verdadeiras, estariam mobilizadas por bens objetivos. Para Mackie, isso seria estranho, pois pressupõe que o bem objetivo “deveria ser buscado por aqueles que estão familiarizados com eles.” (DWORKIN, 2011, p. 48). Dworkin sublinha que “nenhuma opinião moral positiva é justificada, a menos que a opinião tenha sido produzida pelo contato direto com alguma verdade moral - que é motivacional.” (DWORKIN, 2011, p. 48-49).

Por fim, a última estratégia argumentativa do ceticismo de erro é a de que, uma vez que julgamentos morais pressupõem razões categóricas, eles são todos falsos. Existiria uma associação entre ter uma razão e ter um desejo, pois “você não pode ter uma razão para fazer algo, a menos que você tenha um desejo genuíno.” (DWORKIN, 2011, p. 49). Julgamentos morais pressupõem apenas o que as pessoas desejam. Ele incorpora uma postura cética em relação à verdade moral, pois não admite a possibilidade de razões categóricas, ou seja, razões que independem de desejos ou preferências. Se o ceticismo externo de status pressupõe a moralidade como um empreendimento mal compreendido, porquanto não seria possível afirmar a verdade ou falsidade das proposições de primeira ordem, o ceticismo interno afirma que os julgamentos morais somente seriam verdadeiros quando fossem decorrentes dos costumes de uma comunidade cultural específica. Portanto, são falsos, a menos que sejam capazes de serem aceitos por qualquer cultura, uma vez que as crenças morais são extraídas do interior de uma cultura específica.

É premente sublinhar que, para Dworkin (2011), o ceticismo interno não afronta o Princípio de Hume (2000), porquanto analisa a moralidade a partir de uma perspectiva engajada à moralidade e interna ao domínio do valor, contrapondo-se a proposições de segunda ordem, mas assentando-se em proposições de primeira ordem. O ceticismo interno enfrenta as questões da moralidade por meio de uma metodologia de justificação dos valores que enfrenta a temática da indeterminação, da incerteza e da incomensurabilidade, o que conduz à teoria da “nenhuma resposta correta”. O domínio do valor - que contempla a moralidade, a ética e o direito - é marcado por uma indeterminação.

Os céticos internos não negam as proposições substantivas, porquanto o próprio argumento da indeterminação na justificação do valor já é uma proposição substantiva que parte de um limite na possibilidade de justificação objetiva dos julgamentos de valor e de que as premissas da argumentação não poderiam ser consideradas nem verdadeiras nem falsas. A incerteza, a seu turno, é a impossibilidade de estabelecer qual das argumentações é mais convincente. (DWORKIN, 2011, p. 91). Mas o questionamento fundamental é: a unidade

entre os valores pode ser alcançada? Mesmo em caso de conflito, dever-se eleger um deles? Para a resolução de tais indagações, é essencial refletir-se sobre a temática do pluralismo de valores.

## O OURIÇO E A RAPOSA

Dworkin declara-se como um filósofo vinculado ao grupo dos autores que adotam a perspectiva do ouriço. De acordo com Berlin (1986), o grupo dos pensadores porcos-espinhos pressupõem que tudo está conectado a uma visão central única, a um sistema mais ou menos coerente e articulado por meio de um princípio universal organizador. Para Bunchaft (2012), na perspectiva dos pensadores que se identificam como filósofos filiados ao grupo das raposas, a realidade compôs-se de uma multiplicidade de objetivos, frequentemente sem conexão e contraditórios. Sob esse prisma, é clara a assertiva de Berlin (1986, p. 436):

De um lado, aqueles que relacionam tudo a uma única visão central, um sistema, mais ou menos coerente ou articulado, na forma em que compreendem, pensam e sentem - um único princípio universal organizador, nos termos de que sozinho tudo que são e dizem possui significado - e, no outro lado, aqueles que perseguem muitos objetivos, frequentemente não relacionados e mesmo contraditórios, e se forem conectados, são simplesmente em alguma maneira de facto, por alguma causa psicológica ou fisiológica, e não relacionado a nenhum princípio moral ou estético.

Berlin (2002) analisa a questão do conflito entre monismo e pluralismo no artigo “Dois Conceitos de Liberdade”, sustentando o pluralismo em contraposição ao perigo do monismo moral. Na compreensão de Berlin (apud Dworkin, 2010, p. 153-154), a ideia de unidade de valores não apenas é inalcançável, mas também incoerente, pois “o fato de garantir ou proteger um valor implica, necessariamente, abandonar outros ou fazer concessões.” A proposta conciliar valores em uma rede harmoniosa, de acordo com Berlin, poderia legitimar práticas políticas totalitárias, demonstrando o perigo do ouriço.

Dworkin (apud Bunchaft, 2012) defende a tese filosófica da unidade do valor. A integridade, que anteriormente se conectava apenas ao direito e à política, agora associa-se à moralidade e à ética às quais o Direito e a política devem se vincular. Dworkin sublinha a possibilidade de ameaça tanto na perspectiva do ouriço como na da raposa, pois “o fato de o perigo do ouriço ser maior do que o da raposa, como pensava Berlin, parece depender, em grande parte, da questão de lugar e tempo.” (DWORKIN, 2010, p. 152). O autor parte do pressuposto de que, de fato, na década de 1950, o ouriço parecia ser potencialmente mais ameaçador para a sociedade. Não obstante, nos Estados Unidos atual e em democracias ocidentais, a raposa revelou-se como um perigo mais efetivo. Dworkin pondera que:

É verdade que há perigos no ouriço, mas não devemos nos esquecer que também os há na raposa. Assim como os tiranos têm tentado justificar grandes crimes apelando à ideia de que todos os valores morais e políticos se unem em uma visão harmoniosa, de importância tão transcendental que o

assassinato se justifica quando está a seu serviço, também outros crimes morais têm sido justificados pela atração pela ideia oposta, a de que valores políticos importantes entram necessariamente em conflito, que não se pode defender escolha entre eles como a única escolha correta, e que sacrifícios em algumas das coisas que nos são caras são, portanto, inevitáveis. (DWORKIN, 2010, p. 150-151).

Dworkin (2010) cita o conflito irresolúvel entre liberdade e igualdade: se impostos altos seriam imprescindíveis para diminuir as disparidades econômicas entre cidadãos mais pobres e os ricos, garantindo a igualdade, então a tributação não pode ser concebida como uma violação da liberdade dos ricos. Sob essa ótica, “a propriedade que lhes é tomada por meio de impostos não lhes pertence legitimamente.” (DWORKIN, 2010, p. 160).

A temática suscitada por Dworkin (2010; 2011) é analisar se os valores políticos são independentes entre si ou se são interdependentes de maneira a se conectarem em uma rede harmoniosa. Feitas essas considerações, passa-se a examinar os fundamentos do uso procedimental da coerência de maneira específica no direito, evitando que as partes pautem suas condutas de forma moralmente incorreta.

## A OBJEÇÃO DA INCOERÊNCIA

De acordo com Moreira (2014), a teoria da coerência serve precipuamente para apontar um dos males do Direito: a legitimação da argumentação contraditória ou incoerente, na fase de aplicação judicial. Quantas vezes uma mesma parte não postula situações incoerentes ou pedidos contraditórios? Aquilo que poderia ser entendido como incoerente no senso comum é perdoado no processo, seja pelo descuido, seja em proteção ao princípio do contraditório. Em alguns casos, a argumentação promovida pela mesma parte chega a ser tão contraditória que são produzidos vícios não sentidos e perniciosos, afetando o tempo, o processo, a repercussão da justiça e a sua credibilidade.

Nesse quadro teórico, o sistema de garantias encontrou na defesa de um direito processual puro – principalmente no processo civil – refúgio e proteção, que, pensados fora do sistema, acabaram por gerar distúrbios concretos. Esses distúrbios podem ser notados na repercussão negativa que o Poder Judiciário recebe na demora excessiva de resultados concretos, no tempo desigual que é distribuído às partes e, em especial, na demora na satisfação dos créditos cobrados na justiça, que leva até a uma utilização desnecessária das cortes arbitrais. Quando a resposta é obtida com justiça, imparcialidade, segurança e celeridade pelo Poder Judiciário, não há necessidade de as disputas serem remetidas às cortes arbitrais.

Nesse cenário, um dos fundamentos problemáticos que não se tem combatido é justamente a incoerência alegada pela mesma parte. A objeção da incoerência foi trabalhada, no Brasil, por Anderson Schreiber (2004), com a terminologia “proibição do comportamento contraditório”. Essa expressão de tradição civilista

romanista, embora tenha a finalidade próxima de coibir os comportamentos incoerentes ou contraditórios, contém diferenças a serem assinaladas.

Deve-se ressaltar que a palavra objeção é pertinente, porque pode ser vencida. Portanto, uma proposição que é uma objeção a determinado fato pode ser vencida se, argumentativamente, ficar demonstrado que a aparente incoerência ou contradição não existe naquele caso. A análise sobre o pedido alternativo é um bom exemplo: se a entrega de A não for possível, deseja-se B. Dependendo dos fatos, pode ser alegada a incoerência por uma das partes entre a natureza dos bens envolvidos ou da própria vocação da opção, mas essa incoerência alegada pode ser derrubada e desimpedida com a argumentação de que o pedido alternativo é possível e viável diante dos fatos trazidos e da obrigação previamente compactuada.

Nesse particular, a análise da objeção de incoerência, assim como ocorre com a ponderação de interesses, verifica-se no caso concreto. A objeção da argumentação de incoerência pode ser projetada como uma ponderação de interesses conflitantes, só que expostos pela mesma parte. Limitar a segunda argumentação ou punir o falso interesse, para a parte não se afastar da moral, são as duas principais finalidades da objeção. O termo proibição, por sua vez, passa uma ideia de imperatividade não desejada pelo juízo da razão. Proibição é o termo consagrado pelo brocardo romano – *nemo potest venire contra factum proprium* –, alicerce do Direito Civil (Romano). Objeção funciona melhor como novo critério pautado na racionalidade prática, advinda de um juízo corretivo de coerência.

Em face desta leitura, uma observação pode ser feita acerca do que a teoria da coerência tem como objetivo: é que a mesma pode servir para afastar situações produzidas a partir de provas e depoimentos contraditórios, já que, somente afastando os mesmos, pode-se construir uma resposta certa, ou seja, uma resposta jurídica coerente que satisfaça a pretensão moral dirigida ao auditório. Isso pode ser percebido, por exemplo, na realização do Tribunal em afastar argumentos inconsistentes ou argumentos contraditórios. Os últimos, por sua vez, não devem ser confundidos com o princípio do contraditório; por isso, para evitar tal confusão indesejada, prefere-se adotar a terminologia de argumentação de incoerência no lugar de argumentação contraditória.

Dessa forma, apontar a incoerência pode ser uma inovação racional. Enquanto o contraditório nasce do processo, sendo uma terminologia processual já consagrada para outro fim – permitir a produção de provas plenamente pelas duas partes e contraditar cada prova à contestação da parte adversa – a incoerência, por sua natureza, nasce da filosofia, mais recentemente explorada por desdobramentos da argumentação jurídica.

Assim, para Alexy (2001), a argumentação jurídica refere-se às normas que levam à aplicação do Direito e, para tanto, deve estar em uma relação de coerência entre si. Por isso, esta elaboração interessa, porque não é qualquer alegação incoerente que deve ser combatida, mas aquela baseada em direitos fundamentais antagônicos ou em direitos fundamentais que traduzam situações antagônicas, desde que pela mesma parte. Essa é mais uma

forma de limitar o uso abusivo dos direitos fundamentais, invocados indiscriminadamente, de forma incoerente. Para tanto, os exemplos a seguir descritos ajudam a compreender a aplicabilidade da teoria da objeção da incoerência.

Diante dessa estrutura conceitual, a objeção de incoerência trabalha como a ponderação, de forma argumentativa procedimental. Vale como regra do discurso sem conteúdo próprio. Assim, acompanha a evolução da Teoria da Justiça, orientando-se como critério argumentativo procedimental. Se a ponderação trata dos direitos fundamentais em conflito, alegados por partes opostas, a objeção de incoerência trata dos direitos fundamentais, em conflito, alegados, de forma incoerente, pela mesma parte.

Outrossim, esta situação que a objeção de incoerência combate é exemplo de amoralidade, permitida (ou melhor, não proibida), até hoje, pela neutralidade do processo, enquanto a ponderação é situação originada pela necessidade de solução dos casos difíceis. Fica mais bem colocada como técnica de coerência narrativa, porque atua principalmente pelos fatos e provas contidos no processo, veículo do Direito, podendo barrar os direitos incoerentemente alegados. Difere, assim, da proibição do comportamento contraditório, que tem como finalidade de base obstaculizar o direito material, especialmente no campo civil.

Em suma, a objeção é critério para ser veiculado no processo para impedir, anular e até indenizar a incoerência jurídica, advinda da argumentação jurídica trazida pela mesma parte e apoiada em direitos fundamentais antagônicos, que traduzam uma incoerência argumentativa, seja em um mesmo processo – incoerência interna – seja em processos diferentes, enquanto incoerência externa.

Sob esse prisma, moral e Direito ficam reconciliados com essa mudança de atitude do intérprete: ou se pune aquele que deseja se beneficiar do uso argumentativo geral e amoral, afastando-se a argumentação correlacionada a direito falsamente alegado - na incoerência interna - ou afasta-se a argumentação correlacionada ao direito fundamental invocado por último em algumas das fases do processo (na incoerência externa), quando a situação incoerente estiver presente. Pune-se com o não aproveitamento da segunda situação ou, excepcionalmente, se aceita a segunda alegação, porque verdadeira, mas condena-se por má-fé pela primeira alegação incoerente em processo distinto e permite-se a revisão dos efeitos da primeira alegação, nos termos, limites e possibilidades do processo civil, por respeito à coisa julgada.

Em síntese, é possível afirmar que o comportamento incoerente repartido, uma das alegações tomadas isoladamente, é um argumento lícito. Com a comparação e percepção dos argumentos aglutinados, opera-se o conflito e, conseqüentemente, pode ser detectada a incoerência. Uma primeira consequência da objeção da argumentação de incoerência é impedir que o ato se torne incoerente, bloqueando o segundo argumento, alegado de forma oposta ao primeiro argumento.

De fato, esse 'bloqueio' de direito fundamental não é tão fácil assim, mesmo se justificando na prevenção de lesão a outra parte e pela correção do processo com a presença da moral. Deve ser feito um juízo justificado de observância da incoerência e um afastamento consequente do segundo argumento que atinge o devido processo legal. Quando é o segundo argumento que causa a incoerência, é menos traumática a solução: utiliza-se a objeção de incoerência com as atitudes passadas e bloqueia-se a otimização do direito fundamental, mal justificado – afinal ele é a causa da incoerência, o que significa dizer que não é ele que deve prevalecer no caso, até pelo fato de o direito da outra parte estar afetado com o (in)devido processo utilizado de forma incoerente. Tal solução, apesar de suscitar alguns questionamentos, é de inferência lógica, de implemento de racionalidade prática.

Sob essa ótica, um exemplo elucida o desenvolvimento em quadro. Na Espanha, julgou-se a constitucionalidade da aprovação de um Estatuto para reger a região da Catalunha. (ESPANHA, 2010). Cinquenta deputados federais insurgiram-se contra tal estatuto federalista, por via de ação direta de inconstitucionalidade. Após intensos debates políticos e a rejeição de um dos ministros da Corte Constitucional (Tremplz), por ter escrito um trabalho doutrinário, comentando o projeto de lei, o Tribunal Constitucional Espanhol inovou. Em sua decisão negou, preliminarmente, que os deputados em questão pudessem requerer a invalidade do estatuto catalão. O motivo é que tal requerimento de invalidação seria incoerente com outros estatutos federalistas que regulam outras regiões autonômicas espanholas e que haviam sido aprovados com o mesmo teor pelos mesmos parlamentares, isto é, os mesmos dispositivos ora combatidos haviam sido aprovados para outras regiões, o que feriu o tratamento isonômico dado às regiões federais. Para agravar a questão política, as regiões aprovadas eram de controle governamental do partido a que tais deputados pertenciam, mas a Catalunha não era.

Nesse ponto, tal decisão produziu dois olhares em direções opostas: o primeiro de excessiva restrição democrática e intervenção em outros poderes, afetando assim o princípio da separação das funções. Por essa concepção institucionalista, a decisão fora equivocada. O segundo olhar, em sintonia perfeita com a objeção de incoerência, é de que não se pode aprovar ou proibir um mesmo regulamento para autonomias distintas sem um ônus argumentativo – como a tutela da diferença regional – e que este, em nenhum momento, fora utilizado no caso.

Nesse sentido, o primeiro olhar não merece sustentação porque não relaciona, como faz o segundo olhar, direito, moral e política. Ao se fazer isso, na perspectiva integracionista, revela-se patente a coerência entre as votações e o propósito político da ação de inconstitucionalidade. Dessa maneira, concorda-se com a decisão que bloqueou a decisão política, causando o afastamento da incoerência até então presente no caso concreto. Foi indispensável a análise do comportamento da mesma parte, sobre o mesmo assunto, em processos distintos e que versavam sobre a regulamentação de direitos e normativas para cada região.

É mister salientar que a objeção de incoerência reconhecida servirá para legitimar e dar suporte reparatório aos efeitos nocivos da mesma parte. A reparação pode parecer, a título de indenização, de obrigação de fazer ou de impedimento de atividade, ou mesmo, de cessação de benefício. As formas de punição ou o ‘bloqueio’ da primeira argumentação incoerente podem aparecer como punição reparatória: aceita-se a segunda argumentação e, pelo primeiro fundamento falsamente alegado e que gerou a incoerência, condena-se pecuniariamente. Podem ainda as duas argumentações ser falsas e incoerentes, quando caberá bloqueio da segunda argumentação incoerente e, se a primeira for acolhida e só depois se puder perceber a manobra, é cabível a punição reparatória.

Sob esse aspecto, até mesmo a desconstituição do ato incoerente pode ser cogitada, como, por exemplo, a desapropriação por utilidade pública em que a justificativa utilizada no ato expropriatório é a construção de colégio municipal, necessário à comunidade local. Passam-se anos, nenhuma finalidade é dada e o Município em questão resolve vender o bem, ora desapropriado, a outro particular, de maneira que fica caracterizado o esquecimento da centralidade do interesse público primário. O “bloqueio” da venda – pelo Ministério Público, por exemplo – poderá ser realizado com base na objeção de incoerência percebida na conduta do Município.

Com efeito, aqui se percebe grande influência de uma ação de tutela de confiança na formulação e adoção de uma objeção de incoerência, não que uma decorra da outra, mas uma pode levar à reflexão sobre a outra. Até o retorno do bem ao proprietário original (retrocessão) – que ganha com a possibilidade de desfazimento da conduta contraditória e reparação do dano inicial - o particular, que foi privado do seu bem, deve ter a possibilidade de readquiri-lo pelo mesmo preço pago pela Administração, com correção.

Esta é apenas uma hipótese a minimizar a incoerência, que, com base na supremacia do interesse público, retira do particular seu *animus domini*, e, considerando ausente o interesse público anunciado – com a negativa em realizar o interesse público primário – o pacto fica quebrado, inclusive a atingida justificativa da própria supremacia do interesse público.

É mister frisar que a Administração Pública deve estar vinculada à boa-fé das argumentações e dos seus atos, mesmo nos momentos em que age discricionariamente. Uma mudança de postura deve ser justificada argumentativamente, e uma suposta incoerência justificável – pelos atos irregulares praticados pela Administração anterior, por exemplo – deve ser argumentativamente trazida aos atos e ter força suficiente para vencer a objeção. Só pelo fato de ser feito esse juízo de conflito, entre os argumentos e as condutas praticadas, motivadas por direitos fundamentais, e a sua observância excepcional, vencendo a objeção, já resulta em aplicação da teoria que, apesar de não acolhida no caso concreto, é aplicada com pretensão de correção.

Nesse contexto, segundo Schreiber (2004), outra situação que já mereceu destaque foi o julgamento da Resp n.º 141.879/SP, quando se discutia ato do Município de Limeira, que, após celebrar compromisso de venda

de imóvel público a particular, ajuizou ação de anulação do contrato quando já se concretizava a venda. O motivo da ação anulatória era que o parcelamento do pagamento não estava constante no Registro Geral de Imóveis. O pedido de anulação da venda foi julgado improcedente, pois o autor da venda e da ação anulatória, o Município de Limeira, era o responsável pela regularização do loteamento.

Nessa perspectiva, o comportamento decorrente do município ficou caracterizado como incoerente, pois, para realizar a venda, fundamentou-se na liberdade de contratação e autonomia federativa de auto-organização, ambos princípios constitucionais. Já no pedido da anulatória, pareceu se esquecer de tais fundamentos, além de motivar requisito vinculativo e apoiado na supremacia do interesse público, quando ele não foi lembrado no primeiro ato: o do compromisso de compra e venda.

Nessa linha de raciocínio, pretende-se demonstrar que, sem ferir o princípio do contraditório, as partes continuam podendo produzir provas contraditas às demais, desde que não o façam de forma oposta e incoerente ao que já fora desenvolvido por elas mesmas. O contraditório é garantido; só não se pode invocar tal princípio para se legitimar a imoralidade do processo. Direito e moral andam juntos; por isso, defende-se a medida para trazer efetividade à teoria da coerência. Para tanto, devem estar presentes direitos fundamentais – como no caso da ponderação – antagonicamente alegados. Não obstante, no caso da objeção da argumentação de incoerência, as alegações são feitas pela mesma parte, que têm de se valer do discurso prático para argumentar, de forma que todo o juízo é vinculado à pretensão de correção das situações opostas.

A propósito, outro exemplo, oriundo de caso concreto, ajudará a desenvolver mais a questão: hospital particular X, inadimplente com a companhia de energia elétrica, após a notificação sobre o seu corte de luz, entra com mandado de segurança, alegando, em síntese, a atividade essencial que realiza em proteção à vida humana, verdadeiro *mínus público*, reconhecido pela própria Agência Nacional de Energia Elétrica, ao proibir tal corte. A saúde é direito fundamental a ser protegido acima dos valores da livre iniciativa. Então, com essa base, a segurança é deferida. A luz não é cortada, e esse processo se encerra.

Ocorre que a situação do hospital X agrava-se, e o Ministério Público utiliza-se de uma ação civil pública, para promover intervenção na administração do hospital X. Em sua defesa, o hospital X utiliza-se da argumentação de que é pessoa jurídica de Direito Privado, que goza de autonomia e discricionariedade nos seus atos, estando fora da alçada de controle, muito menos de intervenção. Realiza função protegida pela livre iniciativa e deve ter direito a uma livre administração, pois não é bem público. Conhecendo o julgador os argumentos utilizados pelo hospital X para alcançar a liminar de segurança e evitar o corte de luz – completamente opostos aos ora utilizados – poderiam mesmo ser válidos para refutar a intervenção os argumentos ora apresentados pelo hospital X? Entendemos que não.

Diante do exposto, depreende-se que a argumentação e a prática forense que foram destacadas neste caso, pela duplicidade de seu discurso na aplicação de direitos fundamentais antagonicamente trazidos à saúde, à atividade pública e à livre iniciativa, são, enfim, incoerências externas vislumbradas. São externas porque arguidas pela mesma parte em processos distintos. Tal contradição oferecida pelas partes, que atribui-se o termo de “argumento de incoerência”, deve ser evitada em um Direito que pretende conectar com sucesso a moral intersubjetiva com a pretensão de correção presente.

Nesse quadro teórico, é a argumentação jurídica aplicada ao caso que tem a função de maximizar os direitos fundamentais alcançados pela filosofia – pretensão de correção – e pelo processo. Maximiza, sim, porque afasta os direitos fundamentais falsamente utilizados, sem correspondência real e, assim, permite a jurisdição o uso correto do Direito. As partes em geral, quando percebem que os direitos fundamentais são contrafaticamente testados no caso, podem se valer do abuso de direito expressamente contido no artigo 187 do novo Código Civil. Ele e a litigância de má-fé são complementados pela utilização da objeção das argumentações de incoerência.

Nesse cenário, os três elementos reunidos (um de direito material, outro de direito processual e o terceiro critério de racionalidade prática) visam a afastar os argumentos de incoerência e impedir as argumentações contraditórias ou de má-fé. As mesmas são rechaçadas pela lógica jurídica, mas encontram meios, na prática forense, de subsistir no ordenamento e proliferar-se nos processos.

Em face desta leitura, somente por uma construção técnica e rigorosamente pautada na teoria da coerência, como a aqui defendida, os argumentos incoerentes podem ser afastados. Ignorar tal situação é permitir que as situações exemplos de amoralidade se proliferem, causando mais descrença e demora desnecessária na aplicação judicial (adjudication). A coerência tem múltiplos usos viáveis no direito, não somente afastando-se a objeção de incoerência, mas, também, na verificação da coerência normativa, na coerência narrativa e em outras formas de coerência a seguir examinadas.

## COERÊNCIA COMO CRITÉRIO DE JUSTIÇA

Ao analisar a coerência dentro das normas jurídicas, Klaus Günther atribui, na fase de aplicação do direito, caso a caso, um dos mais importantes elementos advindos da razão prática, já que “a coerência, que precisa ser harmoniosamente almejada, não expressa qualquer ordem transitiva predeterminada, mas deve ser estabelecida em relação ao caso.” (GÜNTHER, 2004, p. 357).

Nesse particular, para Günther (2004), o discurso jurídico contempla dois níveis discursivos: discursos de justificação e de aplicação. Existem fins distintos para a justificação e aplicação de normas, que serão norteadas por fins específicos. A justificação de normas é baseada no princípio (U), estabelecido por Habermas, enquanto a aplicação de normas requer uma abordagem distinta direcionada aos casos concretos. O discurso de justificação

relaciona-se à criação discursiva de normas válidas fundamentadas pelo princípio (U), que contempla os interesses de todos os afetados pela norma sob pressupostos argumentativos ideais.

Assim, antecipam-se os efeitos colaterais da norma para a satisfação dos interesses dos afetados, generalizando os casos possíveis e uma série de consequências possíveis, levando-se em consideração os aspectos gerais e exemplares e não a partir da dimensão particular de cada contexto. Parte-se do parâmetro do traço em comum de outras hipóteses relevantes, minimizando-se a singularidade de cada situação. Günther (2004) analisa a justificação argumentativa de uma norma universalmente válida, resgatando a história narrada por Kant.

Diante dessa estrutura conceitual, suponha-se o fato de que um perseguido político, fugindo da polícia prussiana, entre na sala de aula do autor alemão, que o acolhe embaixo da mesa. Em seguida, chegam os policiais e indagam sobre o fugitivo. A questão é: viola-se a norma universalmente válida que proíbe a mentira ou entrega-se o fugitivo à força policial prussiana? A norma que proíbe a mentira é universalmente válida sob condições discursivas idealizadas, mas desconsidera efeitos colaterais particulares que não foram antecipados no discurso de justificação.

Daí a necessidade de considerar-se os efeitos da norma para os afetados em circunstâncias concretas, razão pela qual deve-se recorrer aos discursos de aplicação. É impossível prever todos os efeitos colaterais decorrentes da aplicação de uma norma, pois não dispõe-se de um saber ilimitado. Günther (2004) defende que a aplicação de normas a contextos particulares também é orientada por parâmetros procedimentais da ética do discurso. A coerência é estabelecida à luz de pressupostos discursivos, respeitando-se os princípios da não contradição, de consistência semântica, da veracidade, da simetria na participação dos sujeitos do discurso.

Outrossim, reconhece o autor que situações recorrentes paradigmáticas têm sinais próprios e podem formar 'esquemas' valiosos para a aplicação do direito. Tais esquemas de coerência são formados a partir de "possíveis situações de aplicação, descrições estruturadas da situação e combinações de sinais característicos situacionais." (GÜNTHER, 2004, p. 358).

## TESTE DE COERÊNCIA UNIVERSAL

Figuerola leciona a respeito do teste da coerência universal, que apresenta uma raiz moral de fundamento kantiano, pressupondo que aquilo que não é universalizável juridicamente, não é coerente – quando não é injusto – e, para ser aceito como exceção, necessita de um ônus argumentativo muito maior, valendo o mesmo para motivar a escolha de outro método distinto daquele que é o escolhido em situações análogas. Aqui se verifica um critério de coerência, voltado para a correção passível na fase de aplicação. Isto não significa que as decisões, não verificadas pelo teste da coerência universal, estejam necessariamente erradas. Elas podem ter outro fundamento, como podem ser consequencialistas ou podem ser corretivas, como as de antissubordinação. (MOREIRA, 2014).

Em suma, os argumentos consequencialistas podem aparecer na coerência narrativa de MacCormick (2008), como observou Figueroa (2005); entretanto, para a base de razão prática adquirir unidade, devem tais argumentos ser descartados por falta de coerência, e isso é possível com a verificação da coerência universal. Para MacCormick, ainda que tal consequencialismo não seja amoral, porque fundado na bondade e na relação honesta, em que os juízos morais estão associados de forma inseparável à avaliação das consequências dos nossos atos, caso os resultados sejam bons, a ação é moralmente correta. (MACCORMICK, 2008, p. 296).

A coerência universal pode adquirir status de teste quando assume-se que:

1. Aquele que fizer uma afirmação de conteúdo jurídico que contenha consequências para “certas pessoas deve ser capaz de aceitar essas consequências, mesmo na situação hipotética em que esteja na situação destas pessoas.” (ALEXY, 2001, p. 198);
2. Se todos deliberarem livremente sobre questões práticas na mesma condição, então somente serão decididas regras e proposições normativas que todos possam aceitar. A aceitação está presente na possibilidade de acordo moral, nem sempre possível, sobretudo quando o argumento for irracional ou o desacordo moral seja patente;
3. Para evitar o desacordo moral, testado a partir do conteúdo dos princípios jurídicos, o conteúdo deve encontrar justificção racional no caminho da condução e preenchimento do mesmo princípio, o qual pode ter desvelado o motivo que é apresentado na justificção racional, mesmo se não presentes os motivos de origem;
4. Com o exame da coerência universal, é possível resolver questões empíricas, resolvidas pelo discurso prático. Os resultados devem ser universais e realizáveis, com todos os limites levados em conta;
5. Por fim, a coerência universal é frontalmente atingida, quando não se encontra fundamento racional ou derivado da natureza da aplicação, e o resultado é uma determinação arbitrária.

Sob esse prisma, alguns autores podem defender que a coerência universal já se encontrava embutida na coerência normativa, porém a ideia de igualdade como justiça obriga a perceber, na coerência universal, uma capacidade formal global de sentido de justiça. A universalidade confrontada ao conjunto de princípios merece estudo e teste em momento separado da coerência normativa. A coerência universal nem sempre satisfaz sozinha os preceitos de justiça. Pelos avanços em propostas de teorias da justiça, o mandamento de desigualdade para os desiguais abre espaço para um tratamento distinto da coerência universal.

---

**TESTE DE COERÊNCIA À LUZ DO PRINCÍPIO DA ANTISUBORDINAÇÃO**

Por ter uma estrutura procedimental, a coerência deve tentar ser também corretiva, e isso se concebe quando se alcança um sentido que conduza à não discriminação arbitrária e à capacidade de eliminar mecanismos incoerentes que resultam em consequências de subordinação, entendida num espectro amplo.

Em síntese, segundo Moreira (2014), podem surgir situações paradigmáticas em que os efeitos resultantes da subordinação não são minimizados com a igualdade formal. Com esse fundamento, alguns professores norteamericanos, como Jack Balkin e Reva Siegel (2003-2004), resgatam a noção de testes de antissubordinação, com correção substancial, agora empregada como outra possível manifestação da coerência.

Antes de tudo, é mister sublinhar que, dentro de uma perspectiva ativista empreendida pela Suprema Corte, propugna-se diferenciar duas abordagens teóricas que irão explicitar o conteúdo da cláusula da Equal Protection, com diferentes consequências práticas relativamente a grupos minoritários. A primeira consiste na consagração do denominado “Princípio da Anticlassificação”, objetivando estabelecer um padrão de constitucionalidade mais rigoroso para as denominadas “classificações constitucionalmente suspeitas”, que são baseadas em distinções estabelecidas por critérios de raça, sexo, idade.

Por sua vez, a segunda perspectiva teórica corresponde à consagração do “Princípio da Antissubordinação”, visando a declarar como inconstitucionais determinados atos estatais aparentemente neutros, mas que incrementam situações fáticas configuradas por relações de subordinação, independentemente da existência de um propósito discriminatório.

De fato, o Princípio da Antissubordinação constitui um instrumento normativo mais sofisticado, capaz de atender ao caráter sutil da proteção ao princípio da igualdade, atendendo aos desafios de um Constitucionalismo sensível às demandas de grupos estigmatizados. Em uma leitura fundada na racionalidade intersubjetiva, é possível romper com compensações assimétricas e preconceituosas do mundo e, para tanto, a mobilização dos atores e postulantes jurídicos em interações com as propostas de seus governantes potencializa o engajamento deliberativo nas arenas de luta pelo reconhecimento.

Sob essa ótica, não se trata de medidas de paternalismo, mas de uma preocupação relevante que, ao lado da representação argumentativa e da ponderação, revela a necessidade de que tais situações alcancem um padrão de proteção de direitos. Este, na perspectiva de supremacia judicial, ainda é muito tímido. Por isso, é necessário pressupor toda uma estrutura formal para casos, como exemplificam as ações afirmativa, que foram criadas para tutelar as minorias estigmatizadas e socialmente estáticas. Com isso, permite-se um enquadramento da coerência não somente sua dimensão procedimental, porquanto o fundamento da mesma é moral e de correção. Pode-se definir os elementos de uma coerência antissubordinação da forma como seguem:

1. O princípio da antissubordinação nunca pode conduzir à discriminação: nenhuma classificação ou terminologia deve ser evitada quando o fim que se almeja é justamente proteger os grupos minoritários – índios, negros, judeus – pois são todos tuteláveis e passíveis de sofrer discriminação arbitrária e odiosa. Caso as terminologias sejam proibidas, e advirta-se que sua proteção leva a uma constante discriminação, interrompe-se o debate, e os grupos estigmatizados e desfavorecidos continuam sem proteção;
2. Os bens socialmente distribuídos devem levar em conta a pertença do grupo e suas desvantagens, para que assim se possibilite a correção da estratificação social. Os benefícios, que podem ser constituídos por impostos de renda negativos, socialmente distribuídos, enquadram-se nesta abstrata medida de coerência antissubordinação. É importante registrar que, caso isso não ocorra, o status jurídico-social do grupo em questão se manterá no tempo, pois as instituições, práticas e culturas impedem a natural mobilidade social, funcionando como uma imobilidade na condição de subordinação;
3. O papel da filosofia prática na fundamentação de atos que combatam a manutenção do status de insubordinação é amplo e vasto. A decisão política ou judicial, racional e de efeito prático permite que a mesma seja feita com um princípio ou precedente, que permita realocar valores sociais, transformações na relação entre o grupo e as instituições e responda ao reclame social sem causar dano à outra categoria.

Nesse ponto, a antissubordinação busca neutralizar todas as formas de preconceito que preservam o status das pessoas em desvantagem, discriminadas por seus valores e suas capacidades. Com isso, pode-se concluir que, em se tratando de alocação de bens e benefícios voltados para grupos de minorias, existe uma política de realocação, sem a qual o sentido de justiça distributiva permanece obsoleto e incoerente. As ações para realocação dos bens e rendas que beneficiam grupos subordinados ao poder econômico e culturalmente dominante são desejáveis e eticamente permissíveis.

Enquanto o debate ético prossegue, com perfeccionismos, utilitarismos e a participação daqueles que enxergam o direito como integridade, o sistema judicial, sem esta percepção da distribuição de riquezas e capacidades, é conclamado a decidir. As respostas ultrapassam o debate meramente normativo e, para tanto, o critério de racionalidade de coerência antissubordinação é valioso, pois confere opções não contabilizadas na defesa da igualdade total, que acaba por ser discriminatória.

Nesse sentido, a luta pela mobilidade social tende a chegar cada vez mais às Cortes e, na fundamentação do discurso e preenchimento axiológico dos princípios, indaga-se sobre quais são as respostas fornecidas pela filosofia do direito. Até mesmo os limites e as preocupações com lesão a outros afetados, que são impostos pela prática, são aperfeiçoados com a utilização da coerência para fins da não subordinação, a qual é legitimadora do discurso ético de proteção e racionalização dos pressupostos práticos de igualdades e diferenças corretivas.

---

**TESTE DE COERÊNCIA NA SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES**

É premente lecionar que, nos países onde os precedentes judiciais integram uma parte importante do direito, esta sistemática de regulação da produção jurídica por decisões judiciais pretéritas não está imune às críticas dos filósofos do direito. Muito pelo contrário, com os avanços metodológicos e filosóficos, a crítica não ficou apenas no plano externo, pois, com o retorno na aposta da razão prática, a crítica afetou o participante, deixando de lado a figura do observador externo e passando a influenciar e promover mudanças na aplicação judicial. Em especial no sistema de precedentes, a coerência permitiu uma releitura.

Sob esse aspecto, Dworkin (2003; 2010; 2011) analisou a coerência dentro do paradigma da deliberação, pois tanto o indivíduo delibera sobre suas razões, muitas vezes contrárias aos interesses dos outros, como o juiz decide sobre conflitos legais. A coerência deve servir também para apontar se as razões relatadas atendem ao sentido percebido no conjunto de princípios e, quanto a isso, importa dizer se a decisão foi tomada acertadamente. (Hurley, 2006, p. 69-102). Assim, retrospectivamente, consegue-se averiguar se as decisões acompanham o conjunto de princípios. A comparação de como a relação jurídica é resolvida por princípios, em casos semelhantes, facilita a resolução da disputa em análise (presente ou futura).

Nesse cenário, os casos hipotéticos, como os apresentados por Dworkin, respondem a questões de como os casos do tipo analisados podem ser resolvidos. O pensamento dominante diz que a doutrina dos precedentes – no Brasil, das decisões vinculantes – impõe uma força muito maior a essas decisões do que aos casos hipotéticos que verificam a coerência da decisão. (Hurley, 2006, p. 84). Além disso, muitos entendem que a coerência, ao realizar uma avaliação a uma decisão pretérita, pretende reescrever a decisão, o que seria indesejável e processualmente impossível. E, se fosse possível e aceita, acarretaria uma violação da irretroatividade das decisões. Tal legado ameaçaria a prática judicial dos precedentes por propostas de mudanças extrajudiciais, isto é, em nome da coerência. (Hurley, 2006, p. 93-94)

Nesse contexto, em resposta a essas acusações, deve-se lembrar que a coerência ajuda a organizar a prática judicial (adjudication), sem a pretensão retroativa de mudar os casos passados. Não se trata de retroatividade do injusto, mas de reflexos extralegais da coerência na incorporação do que se passa a acreditar que é válido, deixando-se o paradigma e o precedente superados. Na suposição de que a decisão é errada, de que ela gera um precedente, e pressupondo a coerência, deve-se apontar o erro e superar (futuramente) o precedente.

Se passível de recurso ou reexame da mesma matéria pela mesma corte ou corte superior, pode-se até rever aquilo que foi incoerentemente decidido, e, nesse particular, há uma retroatividade para outros casos. Porém, o que deve ser levado em conta é que, ao se afastar a decisão errada, busca-se a resposta certa. E para superar os críticos, deve-se lembrar que retroatividade trata de mudança da decisão com efeitos pretéritos e não mudança da crença dos acertos sobre o direito. (Hurley, 2006, p. 98). Não pode-se denominar propriamente como

retroatividade, porque as partes presentes na decisão errada não serão atingidas pela análise da coerência, a menos que o processo analisado ainda seja passível de recurso.

Com efeito, a coerência de superação dos precedentes permite uma revisão da jurisprudência tal como uma mutação constitucional em relação à aplicação da norma, só que se trata de nova compreensão da decisão e superação do paradigma decisório passado. A análise detida para se alcançar a superação dos precedentes observa se a decisão que fixou o precedente levou em conta e atendeu o sentido do conjunto de princípios; caso não o tenha feito, reputa-se o precedente como errado e, com a coerência, tenta-se alcançar a mudança do precedente. Isso permite que não se repita o erro de novo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, depreende-se que a coerência das normas possui o papel de verificar se elas fazem sentido, conjuntamente articuladas, devendo estar vinculadas à concretização de um valor comum. MacCormick (2008) define a coerência normativa a partir de sua justificabilidade à luz de princípios e valores de ordem superior, que estabelecem uma visão coerente de determinado campo do direito ou da Constituição de um país. A coerência narrativa investiga os eventos, em uma cadeia de probabilidades, para além das minúcias processuais do direito probatório. MacCormick (2008), ao teorizar a coerência desta forma – utilizando o consequencialismo nos precedentes – afasta-se dos filósofos do direito neokantianos, como Habermas e Dworkin (2011).

Mesmo assim, MacCormick (2008) não abre mão dos princípios e da razão prática, os quais são elementos vitais dentro do paradigma que buscamos formar neste trabalho. Talvez a posição teórica de MacCormick (2008) seja tributária da influência teórica de origem, em que teve, em Herbert Hart, seu mestre no começo da carreira. Já o seu notável avanço noutra linha teórica, provavelmente, só foi possível após ter, como interlocutores teóricos do direito de igual peso, Atienza e Alexy.

Em síntese, para Dworkin (2011), a ideia de coerência vincula-se ao ideal da integridade. Assim como o romance em cadeia pressupõe uma articulação entre diversas formas de atitudes artísticas e literárias, a interpretação no direito baseia-se em um delicado equilíbrio entre convicções políticas diversas. Em *Justice for Hedgehogs*, Dworkin (2011; 2003) associa o conceito de integridade à ideia de responsabilidade, por meio de uma perspectiva mais abrangente do que lecionado em *O Império do Direito*.

Por sua vez, Günther (2004) associa a ideia de coerência aos discursos de aplicação, analisando os efeitos da norma para os afetados em contextos concretos, de forma a complementar os discursos de justificação. MacCormick (2008) diferencia a coerência narrativa e a normativa, lecionando que esta é relacionada à verificação sobre se as normas fazem sentido dentro de um conjunto de leis ou relativamente a valores fundamentais. Trata-se de princípios práticos que integram o senso comum da comunidade. A coerência narrativa, a seu turno, decorre

de uma espécie de quebra-cabeça, onde surgem pistas, fatos e provas. A coerência narrativa está estritamente ligada à argumentação jurídica, o que, para nossa percepção, é o primeiro uso da coerência jurídica.

Em relação à objeção de incoerência, esta, no seu uso procedimental, pode ser utilizada para descartar procedimentos estabelecidos a partir de provas e depoimentos contraditórios, de forma a permitir a construção de uma resposta certa, juridicamente coerente que atenda a pretensão moral dirigida ao auditório.

Nesse linha de raciocínio, em relação à coerência universal, percebemos que esta nem sempre satisfaz aos desafios propostos pelas demandas de reconhecimento de determinados grupos, porque a situação de desigualdade do grupo desfavorecido não se atenua, nem alcança correção com a igualdade formal. Em suma, é fundamental resgatar não apenas teorias substancialistas de vanguarda, as quais visam proteger as minorias estigmatizadas, mas também um sentido em que a resposta certa seja obtida a partir da ordem jurídica como um todo.

Nessa perspectiva, a coerência antissubordinação ganha destaque transcendente, capaz de sustentar a proteção em face de investidas contra grupos minoritários em constante situação de desigualdade. Ademais, a coerência age com pretensão de correção da decisão passada que forma um precedente – no nosso caso, com efeito vinculante. Aqui, a coerência permite uma reavaliação dos precedentes que vinculam os tribunais inferiores, chamados de precedentes verticais, porque as cortes inferiores devem, em tese, observar as mais altas, e a decisão destas tem o poder de coordenação entre os juízes.

Nesse cenário, ambos os argumentos não são válidos, se estivermos diante de um superprecedente, como, no caso brasileiro, a súmula vinculante. Esta amarra, formalmente, até mesmo os tribunais superiores e, de certa maneira, o próprio tribunal que emitiu a decisão, hipótese de precedente horizontal, atingindo os níveis inferiores, com forte repercussão no nível equivalente, em que a volta na decisão vinculante importa na quebra de um paradigma jurídico-social. (Hershovitz, 2006, p. 103-104).

Nesse quadro teórico, o erro, neste caso o do superprecedente, é mais grave, porque tem força até maior do que de uma lei – caso os fundamentos interpretativos estejam expressos no efeito de vinculação, comum no caso de interpretação conforme em sede de súmula vinculante. Para superar esses superprecedentes, a conexão entre coerência, entendida pelo conjunto de princípios, e a motivação da decisão permitem verificar se as exigências foram atendidas e, em caso negativo, apontam-se os erros na intenção de superar o precedente, que é mais uma utilidade da coerência promovida pela filosofia do direito.

---

**CONSISTENCY, ANTI-SUBORDINATION AND INTEGRITY: HERMENEUTICAL PERSPECTIVES FOR PROTECTION OF STIGMATIZED GROUPS****Abstract**

This essay intend to connect the proposals of consistency - that elevate it to a level of practical rationality criterion – to the philosophy of law, especially the proposals of Dworkin, MacCormick, Günther, proposing one model of anti-subordination consistency capable of meeting the challenges of hermeneutics focused for the protection of vulnerable groups. Through a hermeneutical phenomenological method and incorporating as research technique the indirect documentation, we hold as hypothesis the view that, when existing state acts supposedly neutral that increase effects of subordination, the verification of another consistency is required: the anti-subordination consistency. We argue that this it is a more subtle form of realization of the equality principle and reveals potential to protect fundamental rights of stigmatized groups.

**Keywords:** Consistency; Integrity; Hermeneutic; Anti-subordination; Stigmatized groups.

**REFERÊNCIAS**

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. 1ª ed. São Paulo: Landy, 2001.

BALKIN, Jack e SIEGEL, Reva. The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination. **University of Miami Law Review**, Miami, vol. 58, n. 9, p. 9-34, 2003-2004. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1103/?utm\\_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss\\_papers%2F1103&utm\\_medium=PDF&utm\\_campaign=PDFCoverPages](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1103/?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss_papers%2F1103&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages)>. Acesso em 13 de Dezembro de 2013.

BERLIN, Isaiah. **The Hedgehogs and the Fox: An Essay on Tolstoy's View of History**. New York: Simon & Schuster, 1986.

\_\_\_\_\_. Dois Conceitos de Liberdade. In: BERLIN, Isaiah. **Estudos sobre a Humanidade: uma antologia de ensaios**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 262-278.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. O Julgamento da ADPF n. 54: uma reflexão à luz de Ronald Dworkin. **Sequência**, Florianópolis, v. 33, n. 65, p. 155-188. 2012.

\_\_\_\_\_. A jurisprudência brasileira da transexualidade. **Sequência**, Florianópolis, v. 34, n. 67, p. 277-308, 2013.

CANARIS, Claus-Wilhem. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gubelkian, 2002.

DWORKIN, Ronald. Objective and Truth: you'd better believed it. **Philosophy and Public Affairs**, Princeton, v. 25, n. 2, p. 87-139, 1996.

\_\_\_\_\_. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **A Justiça de Toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University, 2011.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **Recurso de inconstitucionalidad n. 8045/2006**. Trillo-Figueroa y Martínez Conde e 98 deputados do Grupo Parlamentar Popular del Congreso de los Diputados versus Gobierno de la

Generalitat de Catalunya. Sentença 31/2010. Decisão Majoritária: María Emilia Casas. Barcelona. Data de julgamento: 28 de junho de 2010.

FIGUEROA, Alfonso García. **La Argumentación en el Derecho**. 2ª ed. Lima: Palestra, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**-Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. Petrópolis: Vozes, 2015.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**: Justificação e Aplicação. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HEIDDEGER, Martin. **Ser e Tempo**. Rio de Janeiro: Vozes, 2006.

HERSHOVITZ, Scott. Integrity and Stare Decises. In: HERSHOVITZ, Scott. **Exploring Law's Empire**. Oxford: Oxford Press, 2006, p. 103-118.

HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**. São Paulo: UNESP, 2000.

HURLEY, Scott L. Coherence, Hypothetical Cases and Precedents. In: HERSHOVITZ, Scott. **Exploring Law's Empire**. Oxford: Oxford Press, 2006, p. 69-102.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

\_\_\_\_\_. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Guido de Almeida. São Paulo: Barcarolla, 2010.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Uma Teoria da Argumentação Jurídica. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2008.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro (org); Alfonso Figueroa (org). **Argumentação e Estado Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Ícone, 2012.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Direito Constitucional Atual**. São Paulo: Elsevier, 2012.

\_\_\_\_\_. **Critérios de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo-A Invasão da Constituição**. 1.ed. São Paulo: Método, 2007.

NIETZSCHE, Friedrich. **A Genealogia da Moral**. São Paulo: Escala, 2009.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo, Martins Fontes, 2000.

RODRIGUEZ, Victor Gabriel. **Argumentação Jurídica**, 5ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

SCHREIBER, Anderson. **A Proibição do Comportamento Contraditório**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004.

VITA, Álvaro de. Dois Tipos de Ceticismo Moral. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 55, São Paulo, novembro, 1999, p. 143-155.

*Trabalho enviado em 29 de junho de 2015.*

*Aceito em 09 de setembro de 2015.*