

ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMO PROCESSO DE JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: UM ESTUDO SOBRE AS CONTRIBUIÇÕES TEÓRICAS DE NEIL MACCORMICK

Fausto Santos de Moraes¹

Lucas Augusto da Silva Zolet²

Resumo

Esta pesquisa, produzida mediante o método hipotético-dedutivo, tem como objetivo investigar a teoria da argumentação jurídica de MacCormick, sobretudo, transitando nos elementos do Direito como fato institucional, dos casos controvertidos, bem como da justificação de segunda ordem. O objeto de estudo está inserido no âmbito das relações entre Direito e Democracia, porque as premissas dessa relação envolvem os pressupostos da argumentação como manifestação prática do Direito no âmbito do Estado Democrático. Esse ponto ganha ainda mais relevância quando do debate acerca do papel da jurisdição no enfrentamento de casos controvertidos, principalmente, por meio dos elementos teóricos da universalidade, coesão, coerência e consequencialismo. Ao explorar o problema da argumentação em casos controvertidos, destaca-se que as decisões podem envolver, além de referências ao direito positivo e aos precedentes, os elementos da justificação de segunda ordem. Logo, defende-se que o caráter argumentativo do Direito representa um recurso efetivo de enfrentamento das tensões democráticas oriundas dos desafios do século XXI.

Palavras-chave: Argumentação jurídica; Casos controvertidos; MacCormick.

INTRODUÇÃO

O objetivo geral do trabalho, orientado por meio de pesquisa bibliográfica, é investigar os pressupostos da teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick, sobretudo, transitando nos elementos do Direito como fato institucional, dos casos controvertidos, bem como da justificação de segunda ordem. A pesquisa, portanto, versa sobre o problema da argumentação e justificação das decisões judiciais em casos controvertidos.

Esta revisão bibliográfica, produzida pelo método hipotético-dedutivo, tem seu objeto de estudo inserido no âmbito das relações entre Direito e Democracia, porque as premissas dessa relação envolvem os pressupostos da argumentação jurídica como manifestação prática do Direito no âmbito do Estado Democrático, principalmente, na medida da efetivação dos direitos fundamentais.

O método hipotético-dedutivo foi escolhido porque permite uma abordagem fundada na formulação

¹ Doutor em Direito Público, UNISINOS, RS, Brasil. Docente da Escola de Direito e do Programa de Pós-Graduação Estrito Senso. E-mail: faustosmoraes@gmail.com

² Mestre em Direito - Mestrado em Direito, Democracia e Sustentabilidade - IMED (2016). E-mail: lucas.zolet@bol.com.

de hipóteses, onde o objeto de pesquisa é estudado a partir do processo de inferência dedutiva para fins de verificar uma coerência lógica do conteúdo. A estrutura do trabalho foi organizada em duas partes, na primeira, são desenvolvidos pressupostos da teoria da argumentação de MacCormick, na segunda, são apresentados os elementos da justificação de segunda ordem.

Nesse contexto, a atenção da pesquisa está voltada para a argumentação jurídica no âmbito da aplicação das normas, bem como no que se refere à dogmática jurídica, porque esses espaços englobam a construção argumentativa das decisões judiciais de uma forma geral. Aliás, enquanto a aplicação das normas jurídicas cuida da solução dos casos, por sua vez, a argumentação relacionada à dogmática fornece critérios para aplicação do Direito.

A opção pela produção teórica de MacCormick se dá em função da preocupação do autor com os aspectos práticos da teoria do Direito, também porque suas perspectivas teóricas não excluem a moral e suas decorrências do estudo e da aplicação jurídica. A referida doutrina permite compreender elementos de validade na sua relação com diferentes concepções argumentativas e no enfrentamento dos casos controvertidos, bem como melhor entender a natureza e os limites do poder dos julgadores no âmbito do regime democrático.

O presente trabalho, desse modo, consubstancia-se em uma análise circunscrita das questões teóricas da doutrina de MacCormick, sobretudo acerca da relevância da argumentação jurídica e, por conseguinte, da justificação das decisões. Essa aproximação pretende confirmar que as decisões judiciais em casos controvertidos podem envolver os elementos da justificação de segunda ordem além das referências ao direito positivo e à jurisprudência.

ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE NEIL MACCORMICK

A argumentação jurídica possui uma ligação particular com os fundamentos do Direito. Essa ligação parte da concepção que a prática jurídica consiste em argumentar. Quanto melhor construídos os argumentos jurídicos também melhor uma decisão judicial estará justificada perante as expectativas da sociedade. Justificar uma decisão judicial significa respeitar o Estado Democrático de Direito e os alicerces das liberdades democráticas.

Em regra, no âmbito da justificação de uma decisão, a argumentação jurídica dependeria apenas dos raciocínios lógicos dos pressupostos normativos considerados válidos no sistema jurídico. Aliás, segundo Atienza (2006, p. 122), o raciocínio deve ser lógico em um sentido técnico da dedução, ou seja, respeitando, independentemente de qualquer relação com as justificações externas, uma validade lógica de não contradição entre os argumentos e às inferências normativas.

Ocorre que existem casos problemáticos que podem romper com a premissa da lógica dedutiva,

impondo limites à justificação interna. Nessa perspectiva, a teoria de MacCormick é relevante porque atenta para o caráter controvertido do Direito, bem como para o estudo das condições interpretativas que permitem que determinado argumento possa ser considerado justificado. Observa MacCormick (2012, p. 15) que o essencial é que as decisões judiciais sejam formadas por boas razões, ou seja, que a argumentação seja vista como um processo de justificação da decisão.

Como a argumentação deve ser vista como processo de justificação, então as razões utilizadas para fins de interpretação também devem ser adequadamente justificadas. As razões formam pressupostos e são condições para que qualquer argumentação seja considerada justificada, conforme observa Atienza (2006, p. 119), essa ideia prescreve que tanto a argumentação prática como a jurídica cumprem uma função racional. Porém, existem diferentes razões de justificação a depender do tipo de argumentação, por exemplo, as razões teleológicas, deontológicas e de autoridade.

As razões teleológicas e deontológicas fazem parte da argumentação prática geral, isto é, em regra estão fora do cenário institucional do Direito. MacCormick (2010, p. 67) observa, por meio da teoria de Robert Summers, que o conjunto das razões teleológicas e deontológicas, aquelas que tem valor independente da autoridade jurídica, pode ser considerado um conjunto de razões substantivas.

Uma razão teleológica tem sua força em determinado fato que é considerado um objetivo social, independentemente da sua regulação jurídica. Portanto, razões teleológicas pressupõem uma valoração, por exemplo, realizar um objetivo social depende do que ele significa para a sociedade, bem como de que modo sua realização irá trazer benefícios coletivos. (SUMMERS, 1978, p. 717).

Assim, para fins de realização de x deve ser considerado uma boa razão para fazer y (que ocasiona x), bem como pressupõe-se que x tem valor positivo. Por exemplo, a proteção da saúde pública é uma boa razão para fins de implementar campanhas de vacinação e, de modo valorativo, pressupõe-se que a saúde pública tem um valor positivo.

Já uma razão deontológica tem sua justificação em uma espécie de decisão moral da sociedade, um empreendimento público que constrói um juízo de valor acerca de ações ou estado de coisas resultante dessas ações. (SUMMERS, 1978, p. 718). Razões deontológicas envolvem elementos (a) valiosos em si mesmos e (b) responsáveis por decisões de fazer ou deixar de fazer algo. Significa que algo deve ser feito por ser ou estar correto, independentemente de considerar as consequências da ação.

Nada obstante, MacCormick (2010, p. 67) concede destaque ao conjunto das razões de autoridade. Ao contrário das razões substantivas, as razões de autoridade possuem um caráter eminentemente inserido nos cenários institucionalizados, como do cenário institucional da ordem jurídica. Todavia, embora as razões de autoridade possuem uma maior relevância para o contexto jurídico-institucional, observa-se que no âmbito da argumentação jurídica estas razões não se apresentam com exclusividade, sobretudo porque alguns casos podem

exigir também uma argumentação baseada no conjunto das razões substantivas.

Essa ligação entre os diferentes tipos de razões parte da premissa que as razões de autoridade, para fins de inteligibilidade ou aceitabilidade das decisões judiciais, podem depender das razões teleológicas e/ou deontológicas. Essa relação de dependência pode estar presente em alguns casos em que a justificação por meio de razões de autoridade depende da combinação com razões substantivas, ou seja, uma justificação externa. Nesses casos, a argumentação jurídica precisaria considerar uma espécie de pretensão implícita e razoável de justiça. (MACCORMICK, 2007, p. 276).

Afirma-se que a teoria da argumentação de MacCormick defende a possibilidade que diferentes razões sejam consideradas para fins de justificar uma decisão. Por isso, observa-se uma dependência entre razões de autoridade e razões substantivas, também porque ao aplicar razões de autoridade é preciso, primeiro, compreende-las na sua relação com o conjunto substantivo de razões.

MacCormick (2005, p. 46) considera a prática da argumentação jurídica mais do que apenas uma dedução lógica baseada em fatos institucionais, até porque a ordem normativa precisa ser atualizada diante do surgimento de novos problemas, oriundos das mudanças do ambiente natural, tecnológico e social. Assim, o autor defende que a argumentação jurídica é um caso especial da argumentação moral. Esse reconhecimento é atribuído a tese do caso especial de Alexy.

Ao contrário do que se pode imaginar, ao defender a tese do caso especial, MacCormick (2005, p. 85) procura estabelecer um freio à irracionalidade da argumentação. Quer dizer que argumentação só pode ser entendida na medida daquilo que é considerado racionalmente defensável, isto é, a partir de instrumentos razoáveis e coerentes de persuasão racional. Se a argumentação abrange tanto as razões de autoridade como as razões substantivas, então a tese do caso especial é uma tentativa de alcançar as diferentes dimensões da argumentação prática.

Todavia, para Alexy (2014, p. 128) o fundamento que concede caráter especial à argumentação jurídica é a afirmação que a pretensão de correção do discurso jurídico é diferente daquela do discurso prático geral. Embora exista uma espécie de pretensão de justiça nos dois tipos de discurso, no jurídico a pretensão não cuida do que é absolutamente correto, mas do que é considerado racionalmente justificado.

Em um sistema jurídico a justificação depende essencialmente de razões de autoridade, entretanto a tese do caso especial exige uma pressuposição de integração e especificação entre os diferentes tipos de discursos. A finalidade dessa integração é estabelecer que as decisões estejam justificadas conforme as razões de autoridade, bem como garantir que essas razões estabelecidas sejam justas e razoáveis. (ALEXY, 2014, p. 137).

A tese do caso especial não pressupõe que sempre é possível harmonizar o fomento da pretensão com seu cumprimento, mas que essa harmonização deve estar implícita nas pretensões do Direito. Assim, a integração de argumentos práticos e jurídicos trata-se da tentativa de desenvolver a institucionalização da razão prática,

sobretudo, porque essa justifica a existência do sistema jurídico. Logo, a argumentação prática geral está vinculada às razões fundantes das estruturas institucionais.

A teoria de MacCormick pode ser considerada uma teoria integradora da argumentação. A partir das harmonizações entre discurso jurídico e razão prática o autor constrói um pensamento descritivo e prescritivo do Direito, uma vez que cuida tanto dos aspectos não-dedutivos (materiais) quanto dos aspectos dedutivos (formais) da argumentação jurídica. (ATIENZA, 2006, p. 119).

Além disso, defende-se que a teoria da argumentação de MacCormick é conectada com sua teoria do Direito, por isso a tese defendida pelo autor afirma por uma conexão argumentativa entre Direito e moral. A preocupação de MacCormick, então, é vincular a argumentação a um contexto de legalidade e Democracia, isso só é possível a partir da consideração dos efeitos fundamentais do Estado Democrático de Direito no âmbito da justificação das decisões judiciais.

Pensando nos termos do Estado Democrático de Direito, nota-se que é pertinente investigar as questões da argumentação jurídica na sua relação com as características do Direito como fato institucional. Essa finalidade parte da compreensão que uma das tarefas mais importantes da argumentação jurídica é lembrar que a sociedade democrática se estabelece por meio de regras e que elas devem ser aplicadas com precisão e fidelidade. (MACCORMICK, 2011, p. 20).

Assim, com o objetivo de desenvolver uma melhor compreensão do Direito no pensamento de MacCormick, procura-se, na próxima etapa da pesquisa, investigar a interface proposta pelo referido autor entre argumentação, Direito e Estado Democrático. Essa etapa, somada com o estudo dos casos controvertidos e da justificação de segunda ordem, é parte indispensável para estabelecer uma visão ampla do construído teórico do autor.

O direito como fato institucional

Nesta parte procura-se estabelecer questões fundamentais acerca da teoria institucional do Direito. Essa teoria defende o reconhecimento de dois elementos essenciais para as formações do Direito como uma ordem normativa institucionalizada, quais sejam, os costumes humanos (sociais e morais) e os padrões de autoridade (jurídicos e políticos).

O institucionalismo é uma teoria contemporânea que reconhece o caráter argumentativo do Direito. Isto é, uma ordem jurídica é composta tanto por normas jurídicas, estabelecidas pelas autoridades, quanto por normas reconhecidas no exercício da prática argumentativa do Direito. Porém, para compreender o caráter institucional do Direito é preciso entendê-lo na sua relação com a essência da norma, precisamente com o *status* ontológico de norma. O caráter institucional do Direito envolve uma análise da existência ideal da norma como

um pensamento de consciência e da existência real como um fenômeno social. (WEINBERGER, 1992, p. 32).

Ota Weinberger (1992, p. 33) observa que uma norma não compõe simplesmente uma entidade material, capaz de ser observada a partir de métodos ou técnicas observacionais. Isso se deve porque as atividades humanas não são orientadas apenas a partir da observação das condutas externas, mas também por questões internas e comportamentais do pensamento e da consciência humana, as quais podem constituir elementos decisivos para a gênese normativa.

Uma norma pode ser considerada uma expressão oriunda do pensamento em sentido objetivo, derivada do processo da consciência humana, independentemente de articulações explícitas acerca dos seus fundamentos e propósitos. (WEINBERGER, 1992, p. 34). Esse é um ponto destacado a partir da análise da existência idealizada de uma norma de comando que envolve deveres de conduta.

Uma norma no seu conteúdo ideal envolveria um ponto de vista interno dos padrões de comportamento humano. Por exemplo, é possível conhecer por métodos de observação que alguns condutores de automóveis param ao receber um sinal vermelho. Entretanto, essa percepção é parte da análise externa do reconhecimento de uma norma social, porque o reconhecimento definitivo depende também de padrões críticos reflexivos acerca do comportamento humano. (HART, 1994, p. 57).

Outro exemplo da noção de normatividade, originalmente destacado por MacCormick (2007, p. 14), são as filas de espera nas diversas situações do convívio social. Esperar a vez na fila é um exemplo ilustrativo acerca de uma prática normativa que é socialmente aceita sem necessariamente exigir uma formulação externa. Ou seja, respeitar uma fila esperando é um dever socialmente reconhecido em situações que várias pessoas querem se utilizar de um serviço ou oportunidade que não pode ser concedido a todas simultaneamente.

A organização das relações geralmente depende de um critério de ordem. A prática de fazer filas consiste em organizar por meio de uma ordem quem deve fazer uso de seus interesses com prioridade. A partir de uma percepção material as pessoas podem reconhecer uma ordem externa, capaz de condicionar o respeito à prática normativa comum. Logo, a noção de norma analisada da sua existência real, parte da ideia de realidade em equilíbrio com sua existência material, quer dizer, com somente aquela realidade que pode ser percebida e alcançada diretamente pelos sentidos humanos ou por métodos e técnicas de observação. (WEINBERGER, 1992, p. 37).

Há por evidente uma conexão entre os elementos da existência ideal e real da norma, sobretudo, a partir da compreensão ideal e da percepção material reciprocamente consideradas. O ato de uma instituição positivar uma norma, oriunda do interesse de estabelecer um dever para além das suas existências volitivas, ideais e materiais, é um fato que constitui as razões de origem e de existência institucionalizada da norma. (WEINBERGER, 1992, p. 39).

Outra noção para melhor explicar o institucionalismo do Direito é a institucionalização. Muitas práticas

são organizadas em observação de uma autoridade, por exemplo quando uma repartição encarregada do serviço de produzir documentos estabelece diferentes regras de ordem de atendimento, inclusive priorizando o agendamento do atendimento via sistemas eletrônicos e não por um critério de ordem de chegada. Esse exemplo de regra prevista pela autoridade, segundo MacCormick (2007, p. 24), pode ser compreendido como uma regra expressamente articulada.

As regras expressamente articuladas podem ser compreendidas como disposições que cuidam de fatos operativos e consequências normativas. Se ocorrer um conjunto de fatos, então determinadas consequências normativas devem decorrer deles. Porém, no contexto da sociedade existem hipóteses que podem exigir uma variação entre a consideração dos fatos operativos e suas consequências. Uma regra pode permitir ser considerada a partir de uma aplicação discricionária, levando em conta fatores, finalidades e consequências pertinentes com um caso específico. (MACCORMICK, 2007, p. 27).

No entanto, uma aplicação discricionária não decorre em completa arbitrariedade com a consideração da regra. Uma autoridade pode recorrer a ponderação de interesses e expectativas baseada em fatores considerados relevantes para a sociedade, por exemplo, equidade e razoabilidade. Esses fatores funcionam como verdadeiros guias de orientação consequencialista da aplicação normativa e são geralmente chamados de princípios gerais. (MACCORMICK, 2007, p. 29).

De qualquer maneira, é possível reconhecer uma diferenciação mínima entre regras sociais implícitas e regras expressamente articuladas pela aplicação de uma autoridade. No primeiro tipo a ordem pode depender apenas de questões de vontade e de reconhecimento recíproco, por sua vez, nas regras expressas há uma força de coerção capaz de fazer com que indivíduos assumam posições diferentes acerca da experiência comum. (MACCORMICK, 2007, p. 31).

Evidentemente alguns fatos constituídos de mera convenção passam a ser formalizados por meio de uma autoridade. Aqueles fatos que antes eram baseados em ordens informais podem ser organizados a partir de uma ordem normativa. Uma regra de trânsito é capaz de ilustrar uma ordem normativa, sobretudo, diante do reconhecimento da autoridade de fazer obrigatória sua observação.

Fatos sociais passam a ser considerados como institucionais na medida da atuação da autoridade que estabelece regras formais expressamente articuladas. Essas regras constroem os indivíduos a se adaptarem conforme o estabelecido pela autoridade institucional. Significa dizer que impensáveis relações humanas podem ser controladas a partir da institucionalização de uma ordem e do reconhecimento da autoridade como legítima, especialmente, para fins de formular novas regras e também administrar as regras já existentes. (MACCORMICK, 2007, p. 34).

Na contemporaneidade estabelecer normas geralmente está relacionado com a existência de instituições socialmente reconhecidas, assim, afirma-se que tanto a existência e o desenvolvimento de uma normatividade

jurídica da realidade social são resultados de fatos institucionais. O Direito como fato institucional parte da compreensão do agir humano, como as ações são interpretadas e como a relação com as demais pessoas deve ser protegida na medida dos interesses comuns.

Uma ordem normativa precisa ser atualizada considerando os diferentes problemas da contemporaneidade. Novas interpretações são refletidas em uma ordem normativa institucionalizada na medida dos diferentes interesses e valores que recebem atenção por parte dos indivíduos. Afirma-se que a existência do Direito é uma questão de fato institucional porque essa realidade passa pelo modelo contemporâneo que as pessoas governam e são governadas. (MACCORMICK, 1985, p. 07).

Especula-se que não pode haver Estado Democrático sem uma ordem institucionalizada e caracterizada pela segurança e coerência dos efeitos das regras jurídicas. Ocorre que existem problemas acerca da certeza do Direito, visto que mesmo diante de uma razoável quantidade de regras ainda sim existem controvérsias sobre o problema da justificação das normas. Para MacCormick (1985, p. 04) essa análise é problemática porque envolve premissas da relação entre Direito e moral.

Nesse contexto, a certeza jurídica é colocada em dúvida e acaba por desenvolver casos controvertidos. A dificuldade destes casos está presente em problemas de interpretação tanto do Direito quando dos fatos constituídos em um contexto de desacordo. Tolerância religiosa, liberdade sexual, proteção dos animais, novas tecnologias, são exemplos de questões polêmicas e presentes na contemporaneidade. Esses diferentes assuntos se mostram controvertidos porque envolvem não somente o que as pessoas pensam, mas verdadeiramente a forma como as pessoas vivem.

Com o objetivo de apresentar fundamentos dos chamados casos controvertidos, procura-se na próxima etapa da pesquisa estabelecer uma definição operacional para o termo. Essa tarefa se mostra necessária para fins de contrastar a conceituação dos referidos casos em vista da existência de críticas doutrinárias acerca da indevida distinção estrutural entre *hard cases* e *easy cases*.

Existem casos controvertidos?

Casos controvertidos envolvem problemas de interpretação. Para MacCormick (2005, p. 184) um caso pode ser considerado controvertido quando há fortes argumentos a favor de interpretações opostas, apresentadas por uma ou em favor de cada uma das partes. Também são controvertidos os casos problematizados a partir de questões de pertinência, classificação, avaliação ou prova.

Essas questões podem ser assim resumidas: (a) problemas de interpretação, quando existe uma norma a ser aplicada, mas sua aplicação permite diferentes leituras; (b) problemas de pertinência, quando a dúvida não está na interpretação, mas se existe uma norma aplicável ao caso; (c) problemas de classificação, quando há dúvidas

acerca da possibilidade de um fato integrar uma hipótese de incidência no caso concreto; e (d) problema de prova, quando há dúvida sobre a ocorrência de um fato, isto é, da premissa menor no sentido da análise lógica. (ATIENZA, 2006, p. 125).

Por outro lado, no pensamento de Hart (1994, p. 252) os casos controvertidos fazem parte da textura aberta da norma jurídica. Um exemplo desses casos são as hipóteses em que há regulamentação incompleta ou não há regulamentação pelo sistema jurídico, por isso pergunta-se como decidir um caso para o qual não existe uma norma de regulamentação? Segundo Hart esses casos não são somente controvertidos, mas simbolizam a incompletude do sistema jurídico na medida que o Direito se torna incapaz de fornecer respostas objetivas.

Destaca-se que casos controvertidos podem ser aqueles que envolvem lacunas ou obscuridades do Direito. Mas, para Dworkin (1986, p. 354), essa definição pode não ser muito bem-sucedida, porque nem sempre a controvérsia vai residir na existência de lacunas ou obscuridades. Nesse contexto, o autor considera inapropriada uma definição de caso controvertido que não seja aproximada às discordâncias das partes acerca das interpretações de sentido, ou seja, uma discussão além da questão semântica das regras. Logo, a definição de caso controvertido pode ser problematizada a partir do debate acerca das possibilidades de atribuição de sentido aos textos jurídicos.

Nessa linha de pensamento, a doutrina de Streck (2006, p. 248) considera um equívoco a distinção entre *harde* e *easy cases*. É que para o autor não se pode fazer uma separação estrutural entre os casos, pois todos os tipos exigem uma fundamentação prévia e capaz de justificar as aplicações judiciais. Também porque antes de qualquer distinção é preciso considerar um processo de compreensão que é responsável por expressar os fenômenos essenciais da interpretação.

Para diferenciar algo é preciso antes compreender sua origem essencial, sobretudo, como condição de possibilidade da atribuição de sentido. Compreender faz parte de uma dimensão metafísica que vai além de explicações argumentativas causais. Todavia, Streck (2006, p. 251) não nega a possibilidade da existência de *hard* e *easy cases*, mas sim da mera diferenciação ou cisão destes a partir de planos e indicadores objetivados que desconsideram o processo interpretativo.

Mesmo considerando as críticas de Streck, entende-se que não há inconformidade teórica capaz de comprometer a possibilidade de qualificação de casos como controvertidos, porque o próprio pensamento de MacCormick reconhece que há uma dificuldade evidente de definir o ponto que separa um *hard* de um *easy case*.

Aliás, MacCormick (2011, p. 21) observa que um caso é fácil apenas no sentido de que ele não necessariamente dá origem a problemas de interpretação. Não significa que, a partir de um processo de compreensão, ele não possa ser considerado complexo e exigir considerável atenção interpretativa do julgador ao tomar uma decisão. Quer dizer que o autor escocês não subestima a complexidade dos raciocínios silogísticos, apenas considera que existem casos que esse raciocínio pode se mostrar restrito.

É por evidente, por outro lado, que a decisão de alguns casos pode exigir razões substantivas. Isso significa reconhecer a existência de uma porosidade entre direito positivo, argumentação jurídica e raciocínio prático geral, porque segundo MacCormick (2011, p. 21) ambos se relacionam com questões fundamentais da razoabilidade prática. Porém, reconhecer um espaço poroso não significa afirmar que os juízes podem ser deixados à vontade para seguir suas próprias razões. Afinal, toda decisão deve buscar argumentos justificáveis com base em fundamentos jurídicos.

Defende-se, portanto, que a preocupação de MacCormick em reconhecer a existência de casos controvertidos não se dá para fins de diferenciação teórica e objetivada de casos. A preocupação do autor está no reconhecimento do compromisso do julgador quanto à necessidade da argumentação da decisão tomada, particularmente, em casos que envolvem valores relevantes para a sociedade.

Apesar do reconhecimento do esforço do Judiciário na busca por coerência e razoabilidade nas decisões, principalmente nos julgados que procuram a efetiva concretização de direitos, ressalta-se que as questões relacionadas às políticas públicas, por vezes presentes em casos controvertidos, deveriam ser restritas ao interesse do Poder Legislativo, sobretudo em sociedades democráticas.

O ideal é que os desacordos políticos da sociedade fossem resolvidos por uma maioria eleita, que estaria legitimada a tomar decisões no âmbito de temas que são considerados difíceis. Ocorre que mesmo reconhecendo um ideal de contenção do Judiciário, MacCormick (2005, p. 398) observa que por vezes os tribunais precisam enfrentar temas controversos. Nessas situações, os julgamentos proferidos são, e devem ser, decisões que envolvam um compromisso genuíno do Judiciário com a sociedade, por exemplo, questões acerca da proteção dos direitos fundamentais.

A JUSTIFICAÇÃO DE SEGUNDA ORDEM EM CASOS CONTROVERTIDOS

Justificar uma decisão em um caso controvertido significa ir além da justificação interna. Deve-se, portanto, avançar para uma justificação de segunda ordem. Essa justificação consiste, primeiro, em uma análise da compatibilidade da decisão com o requisito da universalidade, segundo, que a decisão tenha sentido com o sistema jurídico (coesão e coerência), bem como faça sentido no mundo (argumentação consequencialista).

O requisito de universalidade envolve aspectos da ideia de justiça formal, quer dizer que um caso presente deve ser decidido por meio dos mesmos critérios utilizados em casos passados, bem como seu precedente seja utilizado para fins de justificação das decisões em casos futuros. Para MacCormick (2012, p. 76) o requisito da universalidade deve ser o primeiro critério de fundamentação em uma decisão no âmbito da justificação de segunda ordem, porque faz parte do dever judicial de racionalidade e segurança com os interesses da sociedade.

Justificação universal significa que os juízes possuem responsabilidade política com suas decisões. Portanto, exige-se dos juízes um esclarecimento público, onde a justificativa da decisão deve envolver mais do que apenas os motivos pelos quais foi tomada. A ideia de justiça formal compreende que justificar é diferente de motivar uma decisão, porque observar premissas universais significa expor razões elementares para a defesa de um argumento. (MACCORMICK, 2005, p. 310).

O requisito da universalidade afirma que uma decisão depende de uma razão justificadora. Por exemplo, em um caso envolvendo os direitos dos pais biológicos de criarem seus filhos, é possível estabelecer uma premissa universal: x tem direito de cuidar e criar o filho y, porque x é pai ou mãe biológica de y. Segundo MacCormick (2005, p. 309) essa premissa pode e deve ser universalizada, todavia não é absoluta, pois existem questões que podem constituir exceções ao universal.

Nota-se, então, que uma norma universal pode ser mais específica que outra. Isso se deve porque, segundo MacCormick (2005, p. 329), uma premissa universal, como propriedade lógica, contrasta com uma premissa apenas geral e uma premissa particular, como propriedade lógica, contrasta com uma decisão específica. Logo, a universalização cuida da justificação lógico-qualitativa de uma decisão a partir do princípio de justiça formal.

Um exemplo da universalidade são os casos que autorizam a interrupção da gestação de um feto que não possui chances de sobreviver ao nascer. No ano de 2012 o STF decidiu pela possibilidade da antecipação do parto no caso da anencefalia de fetos, ou seja, caso um feto seja diagnosticado com anencefalia a gestante pode decidir pelo aborto sem depender de autorização judicial prévia. A premissa universal pode ser a seguinte: se em face da anencefalia um feto não possui chances de sobreviver depois do nascimento, então pode ser realizada a antecipação terapêutica do parto.

Essa premissa foi observada em um aspecto mais geral em um caso ocorrido no ano de 2015, no âmbito da ação nº 201502725759, da 1ª Vara dos Crimes Dolosos Contra a Vida de Goiânia. No caso um feto foi diagnosticado com síndrome do cordão curto (*body-stalk*), a doença que é considerada incurável também impossibilita a vida extrauterina do feto. Assim, a gestante requereu autorização para realizar um aborto, ao deferir o pedido da gestante o juiz se utilizou de premissa equiparada ao caso dos fetos anencéfalos: “Apesar de não ser [anencefalia] o que ocorre no presente caso, os efeitos são os mesmos: a impossibilidade de sobrevivência do feto e o risco de vida para a genitora”. (BRASIL, 2015b, p. 05).

Percebe-se, que no caso envolvendo a síndrome *body-stalk*, a decisão respeitou o critério de universalidade, porque considerou a seguinte proposição universal: se um feto não possui chances de sobreviver depois do nascimento, inclusive colocando em risco a integridade física da mãe, então pode ser realizada a antecipação terapêutica do parto. Assim, o requisito da universalidade é relevante para que as decisões em casos controvertidos respeitem o dever com o princípio de justiça formal.

Coesão e coerência como uma questão de sentido no sistema jurídico

A justificação no âmbito de casos controvertidos envolve uma argumentação baseada em premissas universais que podem remeter a deliberações mais ou menos específicas. Porém, essa argumentação não é suficiente, pois também é preciso uma decisão coesa e coerente, sobretudo, para fins de fazer sentido no âmbito do sistema jurídico.

MacCormick (2012, p. 106) explica que a falta de coesão e coerência decorre em uma falta de sentido, porque um sistema deve corresponder a uma estrutura coesa e coerente de regras, onde o respeito destas é a própria garantia que determinados objetivos sociais podem ser buscados coletivamente. Logo, a sistematicidade no Direito significa uma contraposição à arbitrariedade das instituições, bem como uma expressão normativa quanto à sustentabilidade democrática dos valores e princípios relativos às relações sociais.

Além disso, um sistema jurídico deve ser compreendido como um conjunto inter-relacionado de normas, onde todas as normas possuem uma base comum de validade formal, ou seja, quando um juiz interpretar uma lei, deve haver a certeza que a sustentação formal da lei está em uma fonte normativa final, por exemplo, uma Constituição. Esse pensamento garante que a coesão e coerência sejam testes formais de validade de uma decisão judicial. (MACCORMICK, 2005, p. 751).

Nada obstante, faz-se importante diferenciar os elementos da coesão e coerência. A coesão significa a ausência de contradição lógica entre normas jurídicas. Portanto, para a uma decisão ser coesa, ela não pode estar em contradição com alguma outra norma válida e obrigatória do sistema jurídico. Todavia, MacCormick (2012, p. 106) salienta que em uma situação fática extrema a falta de coesão pode ser justificada e interpretada evitando eventuais contradições formais entre as normas.

A falta de coesão pode ser justificada em situações extremadas porque o Direito possui objetivos racionais, voltados para a garantia da ordem social de um modo compatível com as razões públicas. Quer dizer que, em casos extremos, alcançar objetivos sociais passa também pelo respeito à coesão racional, porém isso pode ser relativizado na medida em que as consequências de uma decisão estiverem em consonância com princípios afins ao Direito. (MACCORMICK, 2012, p. 149).

Já o elemento da coerência trata da compatibilidade axiológica entre as normas como um todo justificável em vista de um princípio ou valor comum da sociedade. Aliás, para MacCormick (2005, p. 756), valores podem ser objetivamente entendidos como estados de coisas de (a) promoção social legítima, valiosa ou obrigatória; e (b) na condição de propósitos, objetivos ou fins da coletividade.

Nota-se que, na concepção de MacCormick, há uma sobreposição entre valores e princípios, porque princípios podem significar valores operacionalizados dentro do sistema jurídico e, por isso, são relevantes para solução de casos na medida que funcionam como guias para interpretação das normas. Todavia, consoante

observa Atienza (2006, p. 131), argumentos de princípios não possuem caráter definitivo na solução de casos, porque dependem de avaliações subjetivas e apenas podem oferecer justificativas na falta de outras normas jurídicas que atuem em sentido contrário.

MacCormick destaca o elemento da coerência em relação à coesão, distinguindo coerência normativa de narrativa. A coerência normativa é uma justificação a partir das soluções encontradas no sistema jurídico como um todo unitário. Já coerência narrativa se relaciona a tipos de justificações que cuidam de soluções por meio de questões no tempo. (MACCORMICK, 2005, p. 623).

Dito de outro modo, a coerência narrativa se refere à integridade do sistema no tempo, isto é, do fluxo coerente de eventos e atos no tempo histórico. Por isso, afirma-se que uma narrativa coerente é aquela que ordena as ligações anacrônicas dos eventos e atos jurídicos ao longo do tempo. Por outro lado, a coerência normativa cuida do caráter sincrônico do Direito, porque parte de uma ideia de coerência simultânea dos eventos e atos jurídicos. (MACCORMICK, 2005, p. 748).

Destaca-se que uma decisão deve ser coerente com as incontáveis normas jurídicas de um sistema, fazendo sentido também quando considerada em conjunto, bem como deve responder à história do Direito de um modo plausível. Mas para verificar a coerência normativa de uma decisão ou ato jurídico é preciso partir da seguinte pergunta: determinada norma ou decisão faz sentido no sistema jurídico? Essa pergunta se faz relevante porque, conforme já referido, a falta de coerência decorre em uma falta de sentido.

É possível destacar o exemplo das leis que estabelecem limites de velocidade. Em julho de 2015, na cidade de São Paulo, foi implementada uma medida de redução de velocidades em marginais. A redução, que foi objeto de críticas por parte dos usuários das estradas, estabeleceu que a velocidade máxima permitida nas marginais seria reduzida de 90 km/h para 70 km/h, no caso dos carros, e de 70 km/h para 60 km/h no caso dos caminhões que trafegam pela pista expressa. Já nas pistas locais, a diminuição foi de 70 km/h para 50 km/h. (BRASIL, 2015).

A medida aplicada pelo Município é um exemplo de norma que, ao menos à primeira vista, parece não atentar contra a coerência normativa. Isso porque a referida medida promove com coerência um valor social: maior segurança no trânsito por meio da redução de acidentes e atropelamentos. Logo, a medida serve a um valor comum da sociedade, especialmente presumindo que a maior parte das pessoas defendem medidas que reduzam os riscos de perigo à vida humana.

Nota-se, assim, que o exemplo acima mencionado apenas afirma que a coerência normativa possuiu um aspecto avaliativo de subordinação das normas jurídicas a valores socialmente relevantes. Quer dizer que um conjunto de regras pode ser entendido como coerente com o sistema quando satisfaz ou concretiza um princípio, por exemplo, de não colocar em perigo uma vida humana. Certamente é possível melhor compreender a imposição da redução de velocidade quando o que está em jogo é a coerência da medida com as leis de trânsito

tomadas em seu conjunto.

Mas poderia um juiz afirmar pela invalidade da medida de redução considerando tão somente a análise do elemento da coerência com os princípios do Direito? Defende-se que dificilmente essa decisão poderia ser tomada, porque a coerência normativa da medida se deve a sua derivação lógica de outras normas, princípios ou valores já existentes no Direito. Então para um julgador decidir pela invalidade da medida seria preciso analisar a validade do elo de coerência entre a medida e as demais normas do sistema jurídico que como um todo sustentam a base formal de coerência normativa.

É por evidente, então, que a coerência normativa funciona como uma espécie de constrangimento aos juízes. O teste da coerência é um constrangimento porque em toda nova decisão um juiz não pode abandonar uma fundamentação baseada diretamente nas normas já estabelecidas. Ou melhor, ao tomar uma nova decisão um juiz deve respeitar o desenvolvimento do Direito - coerência narrativa -, como também estabelecer um novo Direito tão somente a partir da sua moldura de referência - coerência normativa. (MACCORMICK, 2005, p. 665-674).

Defende-se que a coesão e a coerência podem ser utilizadas de modo combinado na prática argumentativa do Direito, afinal todas as normas jurídicas são passíveis de interpretação em um processo judicial. Reconhece-se, todavia, que as possibilidades interpretativas concedem um espaço de discricionariedade para a utilização prática dos elementos da coesão e coerência.

No entanto, consoante observa MacCormick (2005, p. 654-660), se uma decisão coerente e coesa parte da consideração de fazer sentido com o todo do sistema jurídico, então quando da interpretação de novos casos, tanto o Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, devem respeitar as regras de competência previamente estabelecidas, sobretudo, para que não excedam arbitrariamente seus poderes constituídos no contexto do Estado Democrático de Direito.

Resta, ainda, apontar as justificativas do uso da coerência. MacCormick (2005, p. 661) observa que o dever de respeito com os elementos da coerência tem por base fundamental quatro questões. Primeiro, o compromisso de coerência significa uma efetiva conformidade da ordem institucional com a racionalidade da vida prática, segundo, decidir por coerência impõe um dever com a clareza relativa do Direito, bem como com a previsibilidade razoável da sua aplicação.

Em terceiro lugar, a coerência procura promover, na maior medida possível, um Direito compreensível, onde seus efeitos e aplicações tomem forma de princípios gerais, especialmente, de modo a fazer sentido para a sociedade. Por último, aplicar o Direito com coerência significa também possibilitar que uma ordem institucional seja percebida como uma ordem segura e possível para fins de desenvolvimento das relações humanas. (MACCORMICK, 2005, p. 662).

Nota-se, que a coesão e coerência, somadas ao requisito da universalidade, constituem um fator relevante

para o Direito como um sistema não arbitrário de normas, bem como formam uma etapa indispensável para a justificação de casos controvertidos. Aliás, na justificação de segunda ordem há um processo complexo e problemático de interação entre as considerações de universalidade, coesão e coerência, princípios e analogias.

O problema é que, também como os princípios, também a analogia, coesão e coerência possuem um caráter não definitivo na solução dos casos controvertidos, pois esses elementos implicam uma avaliação de justificação formal das decisões. Logo, a coesão e coerência lidam com a racionalidade formal e não com o conteúdo ou substância do Direito. (ATIENZA, 2006, p. 130).

Nesse contexto, MacCormick (2012, p. 252-253) observa que a universalidade, coesão e coerência, são elementos relevantes, mas não suficientes para a completa justificação de uma decisão. A etapa determinante da justificação parte de uma argumentação consequencialista, porque uma decisão também precisa ser produzida por meio de argumentos que façam sentido no mundo, ou seja, argumentos que versem sobre os propósitos mais essenciais aos fins do Direito.

Argumentos consequencialistas como uma questão de sentido no mundo

A utilização de argumentos consequencialistas certamente é um desafio, sobretudo, para a jurisdição constitucional. É um desafio porque a problemática destes argumentos versa sobre em que medida as decisões podem ser justificadas a partir das suas consequências. Ou seja, a utilização de argumentos consequencialistas exige o desenvolver de critérios racionalmente possíveis para fins de uma avaliação comparativa de diferentes hipóteses de solução judicial para um caso.

Como afirmado anteriormente, argumentos consequencialistas podem envolver uma justificação deliberativa e universalizada acerca de propósitos essenciais ao Direito, por exemplo, fundamentos plurais da comunidade, baseados em valores de justiça formal, política pública, bem comum, conveniência jurídica e razoabilidade. Logo, argumentar por meio de consequências é fazer com que uma determinada decisão tenha sentido no mundo. (MACCORMICK, 2012, p. 252).

Uma argumentação consequencialista, baseada em critérios avaliativos acerca dos fundamentos plurais da comunidade, pode concluir que é dever e responsabilidade do Estado o fornecimento de medicamentos. Esse dever pode ser argumentado a partir de uma política de interesse público de acesso à saúde e, portanto, a responsabilidade do Poder Público pode ser fomentada judicialmente, por exemplo, em casos de doenças graves e medicamentos de alto custo.

Além disso, a concepção de fundamentos consequencialistas pode compor parte de uma justificação por razões substantivas. (ATIENZA, 2006, p. 135). Assim, um argumento que seja baseado em razões teleológicas pode defender uma necessária alteração do estado de coisas para fins de construir consequências positivas para a

sociedade, por exemplo, quando uma decisão reconhece a efetividade de políticas públicas de acesso à educação.

Todavia, para MacCormick (2005, p. 401) uma argumentação consequencialista precisa estar também justificada não apenas no âmbito de casos individualmente considerados, deve complementar os elementos da justificação de segunda ordem observando, principalmente, proposições jurídicas capazes de abranger os elementos da coesão e coerência com o sistema jurídico.

Nessa linha de pensamento, no âmbito da justificação de segunda ordem, ressalta-se que a argumentação de uma decisão por meio das suas consequências deve observar uma visão intermediária de justificação. Desta forma, afirma-se que uma justificação judicial deve rejeitar pelo menos dois tipos extremados de justificação consequencialista.

O primeiro é aquele que considera um julgamento tão somente baseado na totalidade das consequências consideradas no seu maior benefício líquido, quer dizer, baseia-se em um único critério de valor para fins de consideração do cálculo de custo e benefício. Já o segundo tipo de justificação a ser rejeitado é aquele que desconsidera a relação consequencialista nas decisões judiciais, ou seja, se preocupa apenas com a natureza e a qualidade da decisão, ignorando a extensão que os efeitos da decisão podem provocar e suas consequências práticas. (MACCORMICK, 2005, p. 350).

Assim, os juízes podem considerar suas decisões em termo das suas consequências, mas devem fazer com respeito às normas jurídicas previamente constituídas. Nesse contexto, a argumentação consequencialista deve estar justificada não apenas nos efeitos diretos com o caso individual, deve observar proposições capazes de abranger o requisito da universalidade, bem como ser garantida por um *status* normativo. (MACCORMICK, 2005, p. 353).

Argumentar por consequências, para MacCormick (2012, p. 105), também é uma prática intrinsecamente avaliativa, comparativa e subjetiva, de diferentes e possíveis hipóteses da decisão. Ou melhor, trata-se de saber se a consequência da decisão, que deve ser tolerada pelo Direito, é aceitável também da perspectiva das relações sociais.

Se utilizar de argumentos consequencialistas significa uma tentativa de identificar se é razoável que uma decisão estabeleça como válida uma determinada prática social. Uma razão consequencialista pode ter com fundamento uma base externa, por exemplo sociológica e antropológica, para fins de responder acerca das consequências de uma decisão. Porém, diante do dever de justificação, os juízes devem construir suas deliberações em casos controvertidos fazendo uma avaliação das consequências jurídicas em relação aos princípios considerados relevantes e respectivamente associados a um ramo próprio do Direito. (MACCORMICK, 2005, p. 388).

Assim, um caso pode exigir uma argumentação comparativa para validar uma hipótese x ou y. Um juiz poderia preferir pela hipótese x em face da proteção de princípios associados, por exemplo, ao ramo do Direito

Tributário. Outro juiz poderia decidir pela hipótese y em relação de critérios múltiplos de consonância com os princípios do Direito. Nesses moldes, uma decisão poderia lançar diferentes hipóteses para fins de justificar a adoção de uma consequência em especial, o que importa não é a possibilidade de uma resposta correta, mas sim a satisfação, na maior medida possível, da prática de justificação e argumentação das decisões judiciais.

Distingue-se, portanto, (a) resultado concretamente considerado e (b) consequências de uma decisão, porque o que importa para os argumentos consequencialistas, como implicação lógica final da justificação de segunda ordem, é verificar hipoteticamente uma eventual mudança do estado de coisas compatível com uma pluralidade de valores afins ao Direito. (ATIENZA, 2006, p. 134).

A justificação de segunda ordem é uma tentativa de estabelecer um procedimento racional para as decisões. Esse procedimento prescreve o dever de incluir uma análise da universalidade, coesão e coerência, bem como integra uma avaliação consequencialista dos valores relevantes para a sociedade. Porém, com MacCormick, reconhece-se que os problemas trazidos pelos casos controvertidos não deveriam ser resolvidos tão somente com base em razões do Poder Judiciário.

CONCLUSÃO

O estudo do pensamento de MacCormick permite concluir que a argumentação jurídica é um caso especial da argumentação moral e, por isso, quando questões sobrepõem o caráter formal e institucionalizado do Direito, faz-se necessário recorrer à justificação de segunda ordem. Isso significa que por vezes a prática de argumentação jurídica precisa se utilizar de critérios de universalidade, coesão, coerência e de razões consequencialistas.

Todavia, julgamentos feitos no curso da justificação de segunda ordem não versam sobre respostas definitivas aos problemas contemporâneos da sociedade. Apenas constituem um estágio final da justificação, onde a argumentação da decisão deve priorizar, por exemplo, as alternativas e princípios essenciais para fins de proteção dos direitos fundamentais em casos controvertidos.

Nesse espaço incerto da justificação jurídica, o caráter argumentativo do Direito representa um recurso efetivo de enfrentamento das tensões democráticas oriundas entre Poder Legislativo e Judiciário, bem como pode ser considerado uma condição de respeito aos compromissos democraticamente estabelecidos, principalmente, por meio do conjunto normativo e institucional da comunidade política.

Significa que uma prática efetiva da argumentação jurídica no âmbito do Estado Democrático de Direito se mostra relevante em face da sua condição de legitimação democrática das decisões judiciais. Esse ponto ganha ainda mais relevância quando do debate acerca do papel da jurisdição constitucional no enfrentamento de casos controvertidos.

A questão fundamental passa por uma jurisdição atenta e compreensiva com suas responsabilidades políticas, isto é, que o exercício da argumentação não seja mero exercício de autoridade, mas também uma função integrada com os pressupostos da ordem democrática. Logo, o contexto do Estado Democrático de Direito favorece não só a construção de uma nova relação entre Democracia e Direito, mas também favorece um cenário de atenção e respeito aos desacordos políticos da sociedade.

Nessa linha de pensamento, defende-se que a realização judicial do Direito deve considerar um sistema de diversidade condizente com o arranjo constitucional da comunidade. Porém, ao mesmo tempo é preciso lembrar que a Democracia se estabelece por meio de regras e que elas devem ser respeitadas com maior rigor possível. Portanto, a argumentação jurídica, como um processo de justificação racional das decisões, torna-se um elemento indispensável da relação entre Direito e Democracia, sobretudo para o enfrentamento dos desafios impostos pela sociedade do século XXI.

LEGAL REASONING AS PROCESS OF LEGAL DECISION JUSTIFICATION: A STUDY ABOUT THE THEORETICAL CONTRIBUTIONS OF NEIL MACCORMICK

Abstract

This research, produced by the hypothetical-deductive method, aims to investigate the MacCormick legal reasoning theory, mainly, transiting in elements of Law as institutional fact, hard cases and the second-order justification. The study object is entered in relations between Law and Democracy, because the assumptions that relationship involve assumptions of the reasoning as a practical manifestation of the Law in the Democratic State. This point becomes even more important when the debate about the role of jurisdiction in tackling hard cases, especially, through the theoretical elements of universality, consistency, coherence and consequentialism. By exploring the problem of reasoning in hard cases, it is emphasized that decisions may involve, in addition to references to positive law and precedents, the elements of second-order justification. Therefore, it's argued that the argumentative nature of Law is an effective remedy for tackling the democratic tensions arising from the challenges of the twenty-first century.

Keywords: Legal reasoning; Hard cases; MacCormick.

REFERÊNCIAS

ALEX, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3 Ed. São Paulo: Landy, 2006.

BRASIL, Prefeitura de São Paulo (2015). **Acidentes com vítimas caem 36% nas marginais Tietê e Pinheiros após**

redução da velocidade máxima. Disponível em: <<http://www.capital.sp.gov.br/portal/noticia/6023>>. Acesso em: 13 out. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de Goiás (2015b). **Alvara Judicial nº 201502725759.** Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/juiz-autoriza-aborto-feto-sindrome.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2015.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire.** 10 Ed. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

HART, Herbert. **The concept of law.** 2 Ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

MACCORMICK, Neil. **A moralistic case for a-moralistic law?** Vol. 20. Val. U. L. Rev. 1 (1985). Disponível em: <<http://scholar.valpo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1518&context=vulr>>. Acesso em: 06 set. 2015.

_____. **Argumentación e interpretación en el derecho.** Cuadernos de Filosofía del Derecho (DOXA), nº 33. 2010. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcn60b7>>.

Acesso em: 07 set. 2015.

_____. **Institutions of law: an essay in legal theory.** New York: Oxford University Press, 2007.

_____. MacCormick on MacCormick. In: MENÉNDEZ, Agustín José (Ed.); FOSSUM, John Erik (Ed.). **Law and democracy in Neil MacCormick's legal and political theory: the post-sovereign constellation.** Rotterdam: Springer Netherlands, 2011.

_____. **Legal reasoning and legal theory.** Oxford: Oxford University Press Scholarship Online, 2012.

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

STRECK, Lenio. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SUMMERS, Robert S. **Two types of substantive reasons: the core of a theory of common-law justification.** (1978). Cornell Law Faculty Publications. Vol. 63, nº 5, p. 707-788. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2402&context=facpub>>. Acesso em: 14 set. 2015.

WEINBERGER, Ota. The norm as thought and as reality. In: MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. **An institutional theory of law: new approaches to legal positivism.** Boston: D. Reidel Publishing Company, 1992.

Trabalho enviado em 06 de maio de 2016.

Aceito em 13 de setembro de 2016.