

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO PENSAMENTO JURÍDICO DE
NEIL MACCORMICK: UMA PROPOSTA INSTITUCIONAL A PARTIR DA TEORIA
ARGUMENTATIVA**

*JUDICIAL REVIEW IN THE LEGAL THOUGHT OF NEIL MACCORMICK: AN
INSTITUTIONAL PROPOSAL FROM ARGUMENTATIVE THEORY*

*CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL PENSAMIENTO JURÍDICO DE
NEIL MACCORMICK: UNA PROPUESTA INSTITUCIONAL A PARTIR DE LA
TEORÍA ARGUMENTATIVA*

**Raul Nicolas Dombek Coelho¹
Tatiana Facchini da Silva²**

RESUMO

A presente pesquisa busca delinear um modelo geral de controle de constitucionalidade a partir das contribuições de Neil MacCormick para a teoria da argumentação jurídica e para a compreensão do direito enquanto um fenômeno institucional. A partir da leitura extensiva da obra do jurista escocês, pretendeu-se identificar de que modo e em que medida suas propostas de controlabilidade racional da decisão judicial e de moralidade institucional podem influir para a consecução de uma maior solidez no exercício adjudicatório das cortes constitucionais. Inexistindo uma teoria geral do *judicial review* no pensamento de MacCormick, promoveu-se uma construção propositiva dos elementos centrais de uma abordagem argumentativa do controle de constitucionalidade tendo por premissas os conceitos e ilações do jusfilósofo sobre a argumentação jurídica no Estado de Direito constitucional. Como conclusão, foi possível constatar na obra “maccormickiana” a existência de guias conceituais e interpretativos relevantes para

¹Mestrando em Direito das Relações Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Analista Judiciário junto ao Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. E-mail: raul.coelho27@gmail.com. ORCID: [0000-0002-3703-4576](https://orcid.org/0000-0002-3703-4576).

²Mestranda em Direito das Relações Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direitos Humanos, Responsabilidade Social e Cidadania Global pela PUC-RS. Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Paraná. Advogada. E-mail: tatiana.facchini.silva@gmail.com. ORCID: [0009-0001-2229-7648](https://orcid.org/0009-0001-2229-7648).

a oxigenação e abertura ética das decisões constitucionais, os quais se alinham a uma pretensão possível de objetividade, coerência, coesão e universalidade na avaliação de validade constitucional das normas.

Palavras-chave: Neil MacCormick; controle de constitucionalidade; teoria da argumentação; teoria institucional do direito.

ABSTRACT

This article seeks to outline a general model of judicial review based on Neil MacCormick's contributions to the legal reasoning theory and to the understanding of law as an institutional phenomenon. From an extensive reading of the Scottish jurist's work, it was aimed to identify how and to what extent his proposals for the rational controllability of judicial decisions and institutional morality can influence the achievement of greater solidity in the adjudicative exercise of constitutional courts. In the absence of a general theory of judicial review in MacCormick's theory, it was intended to draw a propositional construction of the central elements of an argumentative approach to judicial review, having as premises the concepts and conclusions of the legal philosopher about legal argumentation in the constitutional Rule of Law. As a conclusion, it was possible to verify in MacCormick's work the existence of conceptual and interpretive guides relevant to the oxygenation and ethical openness of constitutional decisions, which are aligned with a possible claim of objectivity, coherence, cohesion and universality in the assessment of constitutional validity of norms.

Keywords: Neil MacCormick; constitutionality control; argumentation theory; institutional theory of law.

RESUMEN

Esta investigación busca esbozar un modelo general de control de constitucionalidad basado en los aportes de Neil MacCormick a la teoría de la argumentación jurídica y a la comprensión del derecho como fenómeno institucional. A partir de una lectura extensa de la obra del jurista escocés, se buscó identificar cómo y en qué medida sus propuestas sobre la controlabilidad racional de las decisiones judiciales y la moral institucional pueden influir en el logro de una mayor solidez en el ejercicio adjudicativo de los tribunales constitucionales. Ante la ausencia de una teoría general del control judicial en el pensamiento de MacCormick, se impulsó una construcción preposicional de los elementos centrales de un enfoque argumentativo del control de constitucionalidad, teniendo como premisas los conceptos y conclusiones del filósofo del derecho sobre la argumentación jurídica en la Regla constitucional de Ley. Como conclusión, se pudo constatar en el trabajo de MacCormick la existencia de guías conceptuales e interpretativas relevantes para la oxigenación y apertura ética de las decisiones constitucionales, las cuales se alinean con una posible pretensión de objetividad,

coherencia, cohesión y universalidad en la valoración de la validez constitucional de las normas.

Palabras clave: Neil MacCormick; control de constitucionalidad; teoría de la argumentación; teoría institucional del derecho.

Data de submissão: 12/03/2024

Data de aceite: 11/04/2024

1 INTRODUÇÃO

A obra de Neil MacCormick delinea um modelo único de teoria do direito que tem como suas preocupações centrais a compreensão da natureza institucional do fenômeno jurídico, a teoria da decisão judicial em relação aos aspectos argumentativos e interpretativos do direito aplicado e, por fim, a razão prática e seus desdobramentos e intersecções nos âmbitos do discurso moral e do discurso jurídico. A questão da validade legal, intimamente relacionada com muitos de seus temas de estudo, permeia a obra do jurista escocês sem que, no entanto, se torne objeto específico e nodal de análise. Nesse sentido, discussões desenvolvidas à luz do constitucionalismo, mais especificamente debates sobre o controle de constitucionalidade, se tornam tangenciais e esparsas na extensa obra de MacCormick, carecendo de uma sistematização conceitual que permita, de imediato, identificar o modelo defendido pelo jurista para declaração de invalidez normativa por vício de inconstitucionalidade.

Nesse contexto, a presente pesquisa pretende esboçar os contornos da estrutura de controle de constitucionalidade contida, implícita e explicitamente, na obra de Neil MacCormick. Para tanto, promove-se extensa pesquisa bibliográfica, sobretudo nas fontes primárias de autoria do jurista estudado, mas também em seus comentadores, nacionais e internacionais, extraindo conceitos relevantes e proposições que demonstrem um modelo de controle de constitucionalidade compatível com as concepções ontológicas e pragmáticas defendidas por MacCormick a respeito do Direito. Desse modo, adota-se uma metodologia

eminentemente bibliográfica e exploratória em face da literatura já produzida sobre o marco teórico adotado.

Inicialmente, busca-se esquadrihar os elementos centrais da teoria institucional do Direito, faceta central em toda a obra do jusfilósofo escocês. Nesse sentido, pretende-se compreender as noções de institucionalidade e institucionalização, bem como os processos de formação e consolidação de normas em um Estado de Direito orientado pelo regime político democrático. Em um segundo momento, parte-se a uma exposição particularizada da teoria da argumentação e interpretação em MacCormick, analisando-se não apenas o modelo interpretativo proposto como também intersecções entre o direito e a moralidade no pensamento do jusfilósofo, tendo-se por base para uma compreensão preliminar do papel ocupado pela validade normativa em sua visão teórica do direito. Por fim, o trabalho se volta especificamente para a questão de controle de constitucionalidade, delineando um sistema geral de controle a partir dos conceitos e propostas inicialmente apresentados à luz de estudos complementares já realizados sobre esta temática na obra de MacCormick em relação ao modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, investigando sua compatibilidade e adequação com as linhas gerais da proposta do jurista.

2 O DIREITO ENQUANTO ORDEM NORMATIVA INSTITUCIONAL

De acordo com Neil MacCormick, o direito, assim como outras formas de lei – canônica, desportiva, etc. – tem por objetivo precípua uma aspiração à ordem. Em outras palavras, a sociedade exige, para seu funcionamento, algum nível de ordenamento e organização e, a partir daí, são estabelecidos padrões de comportamento que devem ser seguidos de forma vinculante por todos aqueles que ocupem determinado território (Kozicki; Pugliese, 2018, p. 163). Essa ordem é institucional justamente porque advém de um conjunto de regras pré-estabelecidas pelas Instituições do Estado (Pires, 2020, p. 52), representadas por autoridades incumbidas de criar, aplicar e interpretar normas, tais como legisladores, administradores públicos e magistrados (Silva, 2017, p. 175).

Para entender o direito enquanto instituição de ordem normativa, o autor inicia sua análise a partir da concepção de “fatos institucionais”. Para ele, os fatos institucionais são aqueles que dependem, para apreensão de seu significado, da interpretação a partir da referência de algum quadro normativo. Conseqüentemente, a concepção dos fatos institucionais pode ser bastante útil à compreensão do Direito de Estado contemporâneo, que está repleto de instituições como o contrato, a propriedade, casamento, etc.

Antes de adentrar propriamente ao estudo das nuances que envolvem a normatividade institucional, contudo, o Autor procura oferecer exemplos de como tal fenômeno pode surgir até mesmo em contextos desprovidos de regras ou normas explícitas. Para tanto, ele utiliza do exemplo da fila que, nas palavras de MacCormick, pode ser considerada uma prática de sucesso enquanto uma espécie de “instituição sócio-moral” (MacCormick, 2007a, p. 14).

É preciso, para que tal prática funcione, que seus participantes reconheçam minimamente a existência de uma ordem a ser seguida, de modo que, em sendo observada a referida ordem, aqueles que dela participam terão suas expectativas atendidas. Para tanto, não se mostra necessário, ao menos em um primeiro momento, a formação de normas explicitamente articuladas, já que a ação comum, por meio da cooperação de participantes conscientes, conduz aos resultados almejados (MacCormick, 2007a, p. 14).

Não obstante, ainda que existam fenômenos sociais em que a ideia de normatividade surja de maneira espontânea e quase orgânica – como o exemplo das filas – no momento em que tal prática é transposta para um âmbito oficial (estatal, comercial, etc.), alguém pode receber a tarefa de decidir celeumas que surjam a partir de tal prática, tais como: em que momento a fila foi formada? Há possibilidade de se reservar um assento a um ausente? Há participantes que devam ter preferências sobre outros?

Inicia-se, então, um ponto de virada em por meio do qual as normas implícitas podem ser tornar explícitas, práticas informais tornam-se formais e convenções podem tornar-se instituições (Dwier, 2008, p. 825). A partir daí, a cooperação mútua tratada anteriormente é substituída por uma autoridade externa formada por

aqueles que fornecem determinado serviço (Kozicki; Pugliese, 2018, p. 166). Passam a existir, então, não apenas normas sobre determinada prática, mas sim, normas de decisão sobre a prática em questão (MacCormick, 2007a, p. 23).

Na medida em que institucionalização de práticas inicialmente informais tende a se utilizar de normas por escrito e, considerando em que textos escritos precisam ser interpretados, a adoção de tais regras é geralmente acompanhada de um elemento adicional, qual seja: a determinação de pessoas, geralmente em posição de autoridade, responsáveis por aplicar e interpretar as normas (Kozicki; Pugliese, 2018, p. 166). Além disso, MacCormick prevê que a articulação das regras explícitas conta com dois elementos essenciais. O primeiro deles especifica uma situação hipotética que pode surgir e é chamado de “fato operativo” (FO), enquanto que a decisão a ser tomada acerca de tal situação é chamada de “consequência normativa” (MacCormick, 2007a, p. 25). Dessa forma, a articulação expressa de normas surge a partir do seguinte raciocínio: “sempre que FO, então CN”.

Qual é, porém, a força prática de tais normas explícitas? Ao tratar sobre esse tema, o autor estabelece uma divisão em 3 pisos distintos: em primeiro lugar, tem-se as normas de aplicação absoluta, que são aquelas pelas quais o Fato Operativo (FO) apenas pode ser atendido pela aplicação absoluta e irrestrita da Consequência Normativa (CN). Em segundo lugar, encontram-se as normas de aplicação estrita, nas quais aquele encarregado da aplicação da norma recebe algum grau de discricionariedade para fazer exceções ou ainda para anular a regra em casos especiais. Por fim, estão as normas de aplicação discricionária. Nelas, é esperado do tomador de decisão que ele considere cada caso a partir de todos os fatores que lhe pareçam relevantes e, apenas então, decida pela aplicação ou não da regra cabível (MacCormick, 2007a, p. 27).

Ainda assim, para a tomada de decisão, ainda que discricionária, não deve haver uma liberdade total daquele encarregado de tal tarefa. O Autor propõe, para tanto, uma discricionariedade “guiada” por critérios de justiça, sensatez, eficiência, racionalidade etc. que auxiliem, dentre as diversas opções possíveis, a tomada de decisão que melhor contemple o caso concreto (Kozicki; Pugliese, 2018, p. 168).

Em determinadas situações, uma decisão pode ser baseada no critério de eficiência – colocando assim, em segundo plano, considerações sobre justiça, por exemplo. E vice-versa. Portanto, considerando que tais critérios pressupõem necessariamente um juízo de valor do tomador da decisão, são eles conceituados pelo autor enquanto valores, princípios, ou mesmo princípios gerais (MacCormick, 2007a, p. 28). Referidos valores ou princípios podem ser aplicados a uma extensa lista de situações e estão disseminados na ordem institucional.

Ainda acerca da construção das práticas de institucionalização, o Autor observa o poder coercitivo que a ordem institucional exerce no processo de aplicação e cumprimento das normas. Em suma, dentro da ordem institucional, torna-se extremamente difícil – ou quase impossível – o acesso a determinado serviço sem que as regras da instituição sejam satisfeitas, o que as tornam restrições praticamente impenetráveis (a não ser que se esteja diante de uma violação deliberada). Surgem nesse contexto, portanto, as chamadas “agências institucionais”, que recebem a atribuição de formular e administrar as regras entre diferentes pessoas ou entes (MacCormick, 2007a, p. 34).

Segundo o autor, o papel das agências institucionais é crucial para o funcionamento da ordem e a manutenção da coerência dentro de um Estado Constitucional Moderno, pois são elas que garantem a execução, administração e aplicação das leis (MacCormick, 2007a, p. 35).

É também característica desse Estado a distinção entre os poderes legislativo, executivo e judiciário e a necessária separação entre eles. Porém, como garantir que referido Estado tenha tais poderes governamentais de forma que sejam eles diferenciados entre si e, ao mesmo tempo, equilibrados? A resposta, segundo o Autor, vem por meio de “práticas apropriadas” (normas, regras e princípios) que sejam reconhecidos e aceitos por todos aqueles que o compõem (MacCormick, 2007a, p. 40).

Assim, a partir do momento que os integrantes de tal ordem estatal reconhecem que eventual estatuto (ou constituição, como se explicará melhor adiante) aprovado por um parlamento deve ser seguido e respeitado; reconhecem, ainda, que o poder executivo é exercido por um chefe de estado e, por fim,

reconhecem que autoridade final na interpretação de leis e regras promulgadas pelo poder legislativo é exercida por um conjunto de juízes organizados em um sistema de tribunais, está-se, então, diante de poderes executivo, legislativo e judiciário institucionalizados e, em última análise, de um Estado institucionalizado (MacCormick, 2007a, p. 40).

Ademais, como introduzimos acima, um dos principais pontos que envolvem a construção de um Estado no contexto de uma ordem normativa institucional é a existência de um conjunto de regras comuns a todos os seus integrantes e cuja legitimidade seja reconhecida pelos cidadãos. Justamente por isso, segundo MacCormick, a existência de um Estado pressupõe a existência de uma constituição (MacCormick, 2007a, p. 45).

De onde advém, porém, a normatividade da constituição? Em outras palavras, o que faz as pessoas sentirem-se na obrigação de cumprir as diretrizes constitucionais? Sendo MacCormick, tal senso de dever remonta-se, mais uma vez, às convenções, que nascem – em um primeiro momento – como práticas informais e que, em última análise, garantem legitimidade às instituições (Dwier, 2008, p. 829).

A constituição, portanto, não necessariamente pressupõe a existência de um documento escrito. Ela representa, por outro lado, a funcionalidade das relações institucionais que operam de acordo com o que está estabelecido no texto escrito. A compreensão do funcionamento de uma ordem jurídica territorial, com o Judiciário, o Executivo e o Legislativo interagindo, nos permite explicar o que está contido em uma constituição (MacCormick, 2007a, p. 47).

O poder judiciário – e os Tribunais – nesse contexto, desempenham papel fundamental. Em muitos Estados, como no caso do Brasil, existem tribunais constitucionais responsáveis por interpretar a Constituição, que, por sua vez, sustenta todo o conjunto normativo. Para além disso, em muitos casos também é amplamente reconhecido que as decisões dos Tribunais – especialmente dos tribunais superiores – possuem grande relevância dentro da ordem normativa, pois servem enquanto precedentes que vinculam a atuação de outros tribunais,

estabelecendo, assim, um novo nível de regras de conduta (MacCormick, 2007a, p. 41).

Ao mesmo tempo, contudo, devem vigiar e policiar os limites de atuação do legislativo e do executivo, fazendo valer o sistema de pesos e contrapesos que garante o funcionamento da ordem institucional. O Estado Democrático de Direito pressupõe, portanto, que as decisões tomadas pelos Tribunais sejam devidamente justificadas, sendo a devida justificação uma condição para sua própria legitimidade (Lopes, 2015, p. 40).

É nesse contexto que os estudos de MacCormick acerca da argumentação jurídica ganham relevância para o presente estudo, já os esforços engendrados pelo autor para descortinar os processos que envolvem a construção argumentativa das decisões judiciais são fundamentais na busca de legitimidade, em última análise, da própria ordem normativa institucional.

3 VALIDADE NORMATIVA E ARGUMENTAÇÃO DECISÓRIA EM MACCORMICK

Para além de suas acepções teóricas sobre o direito enquanto fenômeno institucional, MacCormick dedica parte essencial de sua obra à teoria da decisão judicial, tendo por enfoque a argumentação e a justificação jurídicas. Nesta seara, o jusfilósofo adota uma posição dedutivista e antivoluntarista nos processos de aplicação e interpretação normativa, que parte de uma posição herdada do positivismo europeu clássico e, posteriormente, se abre sob influência do pós-positivismo e da filosofia da linguagem.

MacCormick defende que o direito é um objeto discursivo e sujeito a argumentação, isto é, um conjunto de enunciados linguisticamente indeterminados e que passam por um processo de solidificação a partir da persuasão e da argumentação retórica. Tal caráter do fenômeno jurídico, entretanto, aparenta entrar em contradição com a própria lógica do Estado de Direito, que demanda certeza e previsibilidade da atuação normativa a fim de garantir segurança jurídica aos jurisdicionados. Assim, a grande questão sobre a determinação do direito no exercício da razão prática se torna, para o autor, a conciliação de um fenômeno

subjetivo e sujeito à argumentação por meio de processos institucionalizados com as exigências axiológicas de um Estado de Direito (MacCormick, 2005, p. 13).

O processo intelectual contido no centro da decisão consiste na avaliação da massa dispersa de materiais e fontes normativas, denominadas “direito bruto” (*raw law*), e em sua filtragem e seleção, tornando-o um ordenado compreensível e coerente com os princípios e valores que regem o conjunto normativo, descrevendo uma ordem implícita na aparente desordem (MacCormick, 2005, p. 29).

A partir dessa reelaboração normativa, faz-se necessário o uso do raciocínio silogístico, identificando-se a norma aplicável e os fatos sob análise. Ainda que se possa argumentar quanto à aplicabilidade de determinada norma ou mesmo quanto ao significado desta norma, MacCormick defende que o silogismo segue sendo a operação lógica fundamental apta a determinar o quadro normativo em que o debate jurídico será desenvolvido (MacCormick, 2005, p. 42). Trata-se de medida garantidora da certeza e previsibilidade do direito aplicado, em consonância com os valores centrais do Estado de Direito. A decisão que atribui a norma aplicável e seu significado de conteúdo não exclui o raciocínio silogístico do processo decisório. Ao contrário, tal decisão antecede a aplicação do silogismo e a condiciona, determinando quais normas universais serão aplicadas a instâncias particulares (MacCormick, 2005, p. 71).

Tal processo de determinação de premissas e aplicação do silogismo consiste, segundo MacCormick, em um processo de justificação racional, tendo em vista a inexistência de premissas objetivas, absolutas, mas apenas de argumentos prováveis e demonstráveis, que, em sua faceta não-dedutiva, se mostram de especial relevo nos chamados “casos difíceis” (Spaak, 2007, p. 350).

Assim, MacCormick compreende que a decisão judicial está dividida em duas etapas de justificação: uma justificação de primeira ordem, pautada pela simples aplicação do silogismo com subsunção de uma premissa menor faticamente verificada a uma premissa normativa maior, e uma justificação de segunda ordem, que surge ante a insuficiência do puro raciocínio silogístico, antecedendo-o como uma etapa argumentativa necessária em muitos casos (Silva, 2017, p. 178). Esta última dimensão de justificação deve permanecer atenta aos

aspectos de universalidade, consistência e consequência, assim como deve observar as consequências normativas da decisão, sob pena de se prejudicar a sistematicidade e segurança jurídica do ordenamento, valores caros ao modelo de Estado de Direito e da argumentação racional (Rubinger-Betti; Roesler, 2017, p. 139).

A seleção de premissas é chamada por MacCormick (2005) de “argumento interpretativo” e consiste em um elemento presente em qualquer afirmação sobre direito, ainda que implicitamente. Não se trata de um argumento exato ou lógico pautado na busca pela verdade, mas sim um argumento do campo da persuasão e da preferibilidade, vinculado a um conjunto de valores morais e jurídicos que resultam no exercício da razão prática e não da razão dedutiva da lógica formal (MacCormick, 2005, p. 77). Na visão do autor, três são as categorias de argumentos interpretativos: i) argumentos linguísticos, que dialogam com facetas da linguagem da norma analisada; ii) argumentos sistêmicos, que busca adequar o conteúdo da norma a seu contexto normativo e iii) argumentos de avaliação teleológica, que direcionam a interpretação ao objetivo ou intenção buscados pela norma (MacCormick, 2005, p. 124).

A visão positivista tradicional adotou a chamada “regra de ouro” no que diz respeito ao emprego desses argumentos interpretativos. Tal regra preconiza que, inicialmente, adotem-se argumentos linguísticos a fim de se determinar a norma aplicável, passando-se à adoção de argumentos sistêmicos apenas com a insuficiência da abordagem linguística e, por fim, com a utilização de argumentos teleológicos apenas quando se verificar a falha dos dois métodos anteriores. De maneira geral, MacCormick se filia à adoção desta regra em razão da maior garantia de previsibilidade nos julgamentos (MacCormick, 2005, p. 138) e, não obstante, rejeita a adoção rígida da regra de ouro, admitindo a inversão da ordem de argumentos utilizados em casos excepcionais quando a regra de ouro se mostrar pragmaticamente insuficiente ou equivocada (Pires, 2020, p. 63).

O critério último eleito por MacCormick como guia de seu modelo de adjudicação é a razoabilidade, por ele próprio referida como uma categoria jurídica indeterminada (MacCormick, 2005, p. 165). MacCormick sustenta que a

razoabilidade atua enquanto um vetor de previsibilidade e controlabilidade das decisões. É possível que existam erros de parcialidade ou anomalias de julgamento, mas, fora dessas hipóteses, inexistiria critério para classificar uma determinada interpretação como superior a outra. Assim, estando os julgadores dispostos a adotar decisões fundamentadas e abertas à revisão, evitando-se caprichos individuais, pode-se dizer que a razoabilidade subjaz enquanto critério avaliativo de racionalidade e aceitabilidade de uma decisão, ainda que o avaliador não esteja plenamente de acordo com seu conteúdo (MacCormick, 2005, p. 169).

A extensão do que se entende por razoabilidade pode variar a cada tópico ou matéria analisada, de modo que a razoabilidade se fundamenta enquanto um meta-valor que permite o sopesamento de valores imediatos ou de primeira ordem, os quais variam a cada tópico ou ramo do direito sob discussão (MacCormick, 2005, p. 178-179). Afastar ou determinar a aplicação de determinada norma utilizando-se de critérios razoáveis em uma justificação de segunda ordem não significa declarar a invalidade formal da norma, mas tão somente decidir se a norma é ou não aplicável ao caso em concreto. As normas, apesar de, em tese, universalizáveis, não trazem muitas vezes as exceções à sua aplicação, hipóteses estas que devem ser declaradas pelo aplicador do direito (Pires, 2020, p. 54-55).

Assim, na concepção de MacCormick, a validade das leis no momento de sua aplicação depende sempre de uma justificação suficiente e adequada. Assim, as leis enquanto instituições sociais são construídas e refinadas por práticas argumentativas, não se cogitando sua existência plena e holística tão somente a partir de seu significado literal ou linguístico (Pires, 2020, p. 57). Nesse sentido, o jusfilósofo tece algumas reflexões acerca da validade normativa e de como esse conceito se relaciona à justificação argumentativa das decisões judiciais, de modo que a própria validade de uma norma depende de sua justificação para atuar como premissa silogística maior em um determinado caso.

A validade normativa, assim, decorre do atendimento a condições pré-determinadas de governabilidade e exercício do poder, sendo condição necessária ao caráter vinculante das normas (MacCormick, 2007a, p. 161). MacCormick defende que, na prática jurídica, a validade normativa é pressuposta em

observância à boa-fé, apenas vindo a ser afastada mediante impugnação e prova de vício material ou formal, o que garante segurança jurídica, assim como a proteção de valores essenciais do ordenamento (MacCormick, 2007a, p. 162). Desse modo, pode-se concluir que a validade normativa para MacCormick decorre da facticidade social da norma, que decorreu da institucionalização de um senso de dever previamente existente e a partir dele pressupõe inicialmente a validade da norma (Dwyer, 2008, p. 829).

Nesse contexto, MacCormick compreende que a validade normativa também está associada com a justiça ou a moralidade do conteúdo da norma. A existência de infindáveis controvérsias morais tornaria, não obstante, de extrema dificuldade a fixação de uma linha de validade pautada na estreiteza moral da norma, não sendo possível se fixar objetivamente o que seria uma norma justa é uma norma injusta (MacCormick, 2007a, p. 272). Assim, o jusfilósofo entende que a razoabilidade deve ser novamente empregada como vetor interpretativo, excluindo-se do âmbito de validade normativa todas as visões morais que não sejam vistas como minimamente razoáveis. Exemplo disso seriam ideologias que pregam a submissão de determinada categoria de pessoas a outra categoria de pessoas, como aquela decorrente de relações de gênero ou raça. Normas que amparassem esta submissão não poderiam ser consideradas direito por violar o critério mínimo de razoabilidade moral. Tratando-se a moralidade de uma prática discursiva e sendo de grande dificuldade estabelecer a linha de tolerância quanto à validade de leis injustas, MacCormick defende que a positivação de valores morais em estatutos legais e cartas de direito humanos é a forma mais segura e eficiente de se impedir o amparo jurídico a práticas imorais e irrazoáveis (MacCormick, 2007a, p. 273).

MacCormick sustenta que o raciocínio jurídico existe autonomamente em relação ao raciocínio moral, mas ambos apresentam relevantes analogias e similaridades entre si por se tratarem de duas formas de racionalidade prática (MacCormick, 2008a, p. 192). O autor acredita que a moralidade é um elemento de grande relevância na decisão judicial. Ao realizar um julgamento, o magistrado deve se atentar para as consequências universalizáveis de sua decisão, isto é, para a aplicabilidade do raciocínio empregado a todas as situações em que o mesmo

enunciado normativo se aplique. Trata-se da observância ao “imperativo categórico smithiano” (MacCormick, 2008a, p. 198). O imperativo categórico kantiano prescrevia que, para que uma ação fosse considerada ética, deveria ser possível sua projeção como uma lei universal da natureza. A essa máxima, MacCormick acrescenta a leitura de Adam Smith sobre os sentimentos humanos, compreendendo que estes sentimentos compõem a natureza comum da humanidade com a disposição de cada indivíduo buscar o próprio benefício e evitar o mal a si próprio. Assim, a medida de justiça no direito poderia ser mensurada em referência ao atendimento a esta natureza sentimental humana, sendo possível se falar, nesse sentido, na existência de um direito natural (MacCormick, 2008a, p. 200).

O conceito de direito natural defendido por MacCormick, não se confunde com um direito ideal e abstrato a ser espelhado pelo direito positivo (MacCormick, 2008a, p. 202). Ao contrário, a visão do jurista muito se aproxima da percepção humana sobre o direito natural, segundo a qual o direito natural é a expressão da evolução das sociedades humanas, criando instituições e regras de conduta com base nas circunstâncias enfrentadas por cada sociedade e em traços comuns do comportamento humano. Nesse contexto, defende o autor que seria razoável preservar as normas e instituições geradas naturalmente por essa evolução histórica, utilizando-se delas como guias para avaliação da justiça no direito atual (MacCormick, 1981, p. 99).

Em síntese, pode-se concluir que a moralidade, parametrizada pelas máximas do imperativo categórico smithiano, do direito natural socialmente construído e da razoabilidade, integra a discursividade jurídica e influi diretamente sobre a aferição de validade normativa, integrando o bojo axiológico da segunda ordem de justificação argumentativa e sendo, portanto, elemento constitutivo essencial do direito enquanto instituição discursivamente construída.

4 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, TEORIA INSTITUCIONAL DO DIREITO E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Os tópicos precedentes dedicaram-se a delinear as balizas de duas das mais importantes contribuições de Neil MacCormick para a compreensão do Direito e das variáveis que lhe acompanham no contexto de Estados constitucionais modernos.

Em um primeiro momento, evidenciamos como o autor concebe o direito enquanto ordem normativa institucional, traçando conexões indissociáveis entre práticas convencionais informais – como a simples formação de uma fila – e o surgimento e consolidação de instituições estatais em Estados democráticos.

Demonstrou-se, para tanto, que o denominador comum que permite a construção e sustentação de uma ordem normativa é justamente a legitimidade conferida às práticas sociais por seus próprios participantes, sejam elas informais ou institucionais. Afinal, da mesma forma que uma fila não atingiria seus objetivos sem a consciência, confiança e cooperação mútua de seus integrantes, as instituições estatais e mecanismos delas derivados – no âmbito de um Estado Democrático de Direito – apenas terão validade se aqueles que compõem determinado Estado reconhecerem o caráter normativo e cogente de tal ordem institucional.

Em um segundo momento, evidenciamos como o caráter argumentativo do direito pode (e deve) ser compatível com o Estado Democrático de Direito, já que é justamente a partir da sistematização das variáveis que envolvem o raciocínio jurídico, com o mapeamento dos argumentos interpretativos e suas consequências, que se pode garantir maior previsibilidade e segurança jurídica às decisões judiciais, satisfazendo – ou ao menos buscando satisfazer – as exigências do Estado de Direito.

Estabelecidas tais premissas, chega-se ao cerne da presente pesquisa, qual seja: delinear, a partir dos aportes teóricos acima sintetizados, quais seriam os parâmetros para um modelo de controle de constitucionalidade na visão de Neil MacCormick.

Como já sinalizamos anteriormente, o autor não adota uma tese explícita sobre controle de constitucionalidade, de modo que tangencia referido tópico esparsa e circunstancialmente. Ainda assim, é possível aplicar conceitos por ele trabalhados de forma geral aos elementos que, em contextos específicos,

circundam tal temática. Trouxemos ao final do primeiro tópico a ideia de Agências Institucionais, que são conceituadas por MacCormick enquanto mecanismos do Estado encarregados de funções essenciais para a manutenção de governo democrático (MacCormick, 2007a, p. 35). Mais à frente, demonstramos como as constituições desempenham um papel essencial e crucial para o estabelecimento e a institucionalização da ordem jurídica, já que são elas que estabelecem as agências institucionais e lhes atribuem seus respectivos poderes (MacCormick, 2007a, p. 49).

Partindo de tais premissas e transportando tais conceitos para o contexto da sociedade brasileira, não é difícil enxergar o Supremo Tribunal Federal enquanto Agência Institucional essencial à engrenagem do sistema normativo, sob a ótica do exercício da função jurisdicional.

É necessário relembrar que a Constituição Federal de 1988 abrange uma extensa variedade de matérias – econômicas, sociais, tributárias, eleitorais, dentre outros – de modo que o alargamento do campo constitucional torna constante a necessidade de discussões políticas e jurídicas da compatibilidade de outras normas e/ou decisões com o texto da constituição (Victor, 2015, p. 237).

Surge, portanto, a precípua função do Supremo Tribunal Federal enquanto agência (nas palavras de MacCormick) que atua enquanto fio condutor do diálogo institucional, já que por muitas vezes é dele o papel de dialogar com outros poderes (legislativo e executivo) e com a própria sociedade civil na tarefa de interpretar legislações e decisões judiciais à luz da Constituição. Não é demais relembrar que a própria Constituição atribui ao STF a função de “guardião” Constitucional (art. 102, *caput*), de modo que tal “guarda” é operacionalizada a partir do controle de constitucionalidade.

Ao exercer tal função, o Supremo Tribunal Federal se vê, em diversas ocasiões, com a tarefa de conciliar o ideal do Estado de Direito, que exige previsibilidade e segurança e o caráter argumentativo do direito, que, como vimos acima, é dotado de inúmeras variáveis e está suscetível a constantes alterações. A solução, neste contexto, como proposto por MacCormick, é o reconhecimento de

um freio fundamental que advém do próprio processo de argumentação jurídica (MacCormick, 2008b, p. 22).

Não obstante, MacCormick defende que o poder judiciário ocupa um papel político peculiar, devendo ser isolado das pressões eleitorais que atuam sobre o legislativo e o executivo. As influências políticas da decisão judicial apenas podem se manifestar argumentativamente e de forma aberta no campo decisório, garantindo-se a observância do Estado de Direito de modo que a atribuição da última palavra às cortes é garantia imparcial da ordem constitucional que sustenta todos os demais ramos de atuação política do Estado (MacCormick, 2007b, p. 207). As cortes, ao se absterem de participar da política partidária, ocupam um papel político particular essencial para o equilíbrio constitucional ainda que não estejam isentas de juízos ideológicos. Promovendo uma atuação isolada do jogo político-partidário, o poder judiciário contribuiria de modo especial para a busca do bem comum e a manutenção do Estado de Direito, contribuição que ocorre em distintos modelos de separação de poderes podendo adquirir distintos níveis de tolerância ao ativismo judicial a depender do desenho institucional adotado (MacCormick, 2007b, p. 210).

Nesse contexto, a avaliação da validade normativa ante o texto constitucional se reveste de um critério adicional de adjudicação vinculado à moralidade institucional proposta por cada constituição. Apoiando-se em Dworkin, MacCormick defende a existência de um plano ideal de moralidade pressuposto no arranjo constitucional, o qual representa uma série de direitos individuais de autodeterminação ante outros indivíduos e o Estado. Tal plano abstrato de moralidade é expresso parcialmente pela constituição em um determinado conjunto institucional que passa a representar uma moralidade institucional como relativização desta moralidade ideal em um cenário concreto e determinado de instituições políticas (MacCormick, 1983, p. 16). A moralidade institucional seria, portanto, o conjunto de princípios e doutrinas morais que se adequam a uma determinada instituição concreta com o menor sacrifício em relação ao plano ideal de moralidade constitucional (MacCormick, 1983, p. 22).

Assim, MacCormick defende a adequação do controle de constitucionalidade e da atuação política do judiciário, enquanto agência independente e vinculada à proteção do Estado de Direito, ao modelo de moralidade institucional por ele proposto. Novamente subjaz um intrincamento entre a moral e o direito, de modo que a avaliação da validade normativa depende da adequação da norma não apenas em relação a padrões mínimos de moralidade social, mas também de sua adequação a um padrão de moralidade institucional contingente e especificamente proposto por uma dada constituição. Portanto, a análise da constitucionalidade de determinada norma depende necessariamente de uma avaliação preliminar de seu conteúdo moral, seja em relação aos critérios mínimos de convivência ética entre indivíduos, seja em relação aos valores morais institucionais constitucionalmente previstos para determinadas instituições.

Outra feição relevante da atuação jurisdicional indicada por MacCormick diz respeito à necessidade de coerência normativa, isto é, à necessidade de que o conjunto de proposições normativas faça sentido como uma unidade coesa (MacCormick, 2005, p. 190). Tal coerência, em um sistema construído com regras diversas e múltiplas, depende da utilização de princípios enquanto como vetores de leitura que permitam uma compreensão holística do ordenamento. As normas fazem sentido em conjunto ao serem relacionadas entre si como a realização dos valores fundamentais cristalizados nos princípios que, por sua vez, apenas podem ser compreendidos como um conjunto na medida em que preconizam uma determinada forma de vida moralmente compreendida (MacCormick, 2005, p. 193). Dessa forma, a moralidade institucional bebe em uma determinada concepção de bem comum cuja compreensão é, em certa medida, pressuposta e decorrente de valores mínimos de uma moralidade geral que, como defende MacCormick, sustenta a própria viabilidade de qualquer nível de juridicidade.

Portanto, uma corte constitucional, ao adentrar questões políticas, não pode exercer arbitrariamente funções legislativas, mas deve permanecer argumentativamente no quadro normativo a ela posto e deve considerar como suas decisões passam a ser integradas ao sistema normativo como um todo (MacCormick, 2005, p. 109). A criação do direito pelos tribunais não se equipara a

um puro ato legislativo, mas decorre, nesse sentido, de um desenvolvimento do direito, isto é, de uma derivação argumentativa logicamente contingente, mas axiologicamente induzida a partir dos princípios e valores contidos nas normas já existentes (MacCormick, 2005, p. 203). Assim, avaliar a compatibilidade de determinada norma com o ordenamento vigente passa pela utilização de premissas do próprio direito submetidas a um influxo argumentativo que permitam aferir a possibilidade de integração da nova norma (Strätz, 2012, p. 184).

Para além dos critérios gerais de eticidade e coerência normativa, a avaliação de compatibilidade de uma norma com a constituição demanda, na visão de MacCormick, que a norma em questão atenda aos requisitos de universalidade e consistência. Este último se refere à não contradição de uma norma consigo própria e com as normas que lhe sustentam, podendo ser compreendida como a observância das possibilidades de significado do texto (Lopes; Benício, 2015, p. 50). Trata-se do critério mais intuitivamente associado à verificação de constitucionalidade mas que, na perspectiva de MacCormick, se torna apenas um dos critérios cujo preenchimento condiciona a validade normativa. A universalidade, por fim, diz respeito à possibilidade de aplicação geral de determinada regra. No mesmo sentido, a exceção à aplicação de uma regra deve apresentar caráter universalizante, baseada em contornos ou formas racionais gerais que permitam identificar as exceções pontuais em casos diversos, sob pena de se criar um direito de exceção (Bustamante, 2011, p. 121).

Portanto, a inconstitucionalidade normativa se torna um fenômeno complexo que não se restringe a uma simples verificação de contradição do conteúdo de determinada norma com o texto constitucional. Ao contrário, o reconhecimento de qualquer forma de inconstitucionalidade exige o exercício de justificações argumentativas atentas à eticidade, universalidade, racionalidade, coerência e consistência da norma sob análise.

Como apontam alguns estudos preliminares (Lopes; Benício, 2015, p. 56), tais padrões argumentativos não são observados, ao menos de forma clara, pelo Supremo Tribunal Federal, o que revela a dissonância entre a razão prática empregada pelo judiciário brasileiro e o modelo argumentativo de MacCormick

nesta seara. Não obstante, a proposta de MacCormick se mostra adequada e compatível com o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, podendo ser empregado como instrumento ou ferramenta para a resolução de casos difíceis envolvendo validade normativa.

5 CONCLUSÃO

A partir da pesquisa bibliográfica realizada, tornou-se possível compreender os elementos centrais da teoria de Neil MacCormick sobre a decisão judicial e a validade normativa. Em que pese a questão do controle de constitucionalidade careça de maior aprofundamento na obra do jurista, seus conceitos e estudos acerca da constituição, do direito enquanto fenômeno institucional e da argumentação decisória permitiram delinear um esboço sobre o papel e a posição do *judicial review* em sua proposta teórica, de modo a ser possível sua utilização em sistemas concretos de controle que busquem maior criteriosidade na avaliação da compatibilidade de normas em face da constituição.

Incorporando à análise da constitucionalidade ou da validade normativa elementos relacionados à moralidade, geral e institucional, e a critérios apriorísticos de racionalização sob inspiração kantiana, MacCormick fornece um modelo de controle de constitucionalidade multifacetado e complexo que exige maior esforço argumentativo por parte dos magistrados e busca, direta ou indiretamente, aprimorar a qualidade das normas em vigência sob determinado contexto constitucional. Revela-se, assim, uma proposta teórica cujos efeitos são de difícil mensuração, mas que garantem maior solidez à racionalidade prática promovida pelas cortes constitucionais e pelo poder judiciário como um todo. Não obstante, a prática judiciária brasileira ainda se mostra distante da proposta teórica delineada, podendo ser aprimorada e complementada pela teoria argumentativa e institucional maccormickiana.

REFERÊNCIAS

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

DWYER, Déirdre. Beyond Kelsen and Hart? MacCormick's Institutions of Law. **The modern law review**, v.71, n.5, p. 823-839, set. 2008.

KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William S. Direito, Estado e Razão Prática: a teoria do direito de Neil MacCormick. In: TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emilio Medauar (orgs). **Coleção Teoria Crítica do Direito: o positivismo jurídico no séc. XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LOPES, Ana Maria D'ávila; BENÍCIO, Márcio. Análise da decisão judicial sobre a "briga de galos" (ADIN nº 1.856/2011) a partir da teoria argumentativa de Neil MacCormick. **Revista brasileira de direito animal**, v.20, p. 37-58, dez. 2015.

MacCormick, Neil. Jurisprudence and the Constitution. **Current Legal Problem**, v.36, n.1, p. 13-30, jan. 1983.

MacCormick, Neil. **Institutions of Law: an essay in legal theory**. 1ª ed. Nova York: Oxford University Press, 2007a.

MacCormick, Neil. Natural law reconsidered. **Oxford Journal of Legal Studies**, v.1, n.1, p. 99-109, mar./jun. 1981.

MacCormick, Neil. **Practical reason in law and morality**. 1ª ed. Nova York: Oxford University Press, 2008a.

MacCormick, Neil. Judicial Independence: who cares? **Proceedings of the British Academy**, Londres, v.151, p. 195-211, 2007b.

MacCormick, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008b.

MacCormick, Neil. **Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning**. 1ª ed. Nova York: Oxford University Press, 2005.

PIRES, Teresinha Inês Teles. A teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: Dimensão normativa, raciocínio prático e justificação das decisões jurídicas. **Revista do Direito Público**, Londrina, v.15, n.2, p. 49-70, ago. 2020.

RUBINGER-BETTI, Gabriel; ROESLER, Claudia. As limitações e possibilidades dos critérios avaliativos propostos por Neil MacCormick para a argumentação jurídica.

Filosofia e teoria geral dos direitos fundamentais, Vitória, v.18, n.1, p. 133-164, jan./abr. 2017.

SILVA, Neimar Roberto de Sousa e. Direito e argumentação jurídica em Neil MacCormick. **Revista Interdisciplinar do Direito - Faculdade de Direito de Valença**, [S. l.], v. 10, n. 1, 2017.

SPAACK, Torben. Guidance and constraint: the action guiding capacity of Neil MacCormick's theory of legal reasoning. **Law and Philosophy**, v.26, n.4, p. 343-378, jul. 2007.

STRÄTZ, Murilo. O direito constitucional estadunidense na perspectiva retórica de Neil MacCormick. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n.19, p. 145-185, jan./jun. 2012.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo Institucional e controle de constitucionalidade**. Debate entre o STF e o Congresso Nacional. São Paulo: Saraiva, 2015.