

Artigos originais

A insuficiência da coerência normativa: por que ela não justifica satisfatoriamente?

Normative coherence insufficiency: why does it not fully justify?

  Lucas Moreschi Paulo¹

  Anizio Pires Gavião Filho²

Resumo: Este trabalho trata-se de uma investigação sobre duas questões, ambas relativas ao papel da coerência normativa no contexto decisório. Primeiramente, examina-se se a coerência constitui um critério suficiente para a justificação de respostas judiciais, isto é, se uma decisão pode ser corretamente justificada pelo simples fato de suas coerências interna e externa estarem satisfeitas. Em segundo lugar, caso a resposta à primeira questão seja negativa, analisam-se as consequências dessa assunção para a prática jurídica contemporânea, especialmente no que diz respeito à justificação da racionalidade de uma determinada decisão, bem como à sua adequação ao sistema e aos fundamentos normativos de um determinado sistema de direito. Como guia metodológico para esta investigação, adota-se o método hipotético-dedutivo. Para tanto, inicialmente será delineado o conceito de coerência em sentido normativo, com especial atenção ao seu papel na teoria da argumentação jurídica. Em seguida, será demonstrado como a coerência pode ser utilizada para a racionalização do raciocínio jurídico, ou, em outras palavras, como

¹ Doutorando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Com Doutorado-Sanduiche na Universidade da Coruña (Espanha). Mestre e graduado em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Professor no curso de Graduação e em cursos de Pós-graduação. E-mail: lucasmoreshipaulo@gmail.com.

² Doutor em Direito (Universidade Federal do Rio do Rio Grande do Sul – UFRGS). Mestre em Direito (UFRGS). Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado Acadêmico – da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – PPGD/FMP. Professor Titular da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Coordenador Grupo de Pesquisa “Colisão de Direitos Fundamentais e Direito como Argumentação” do PPGD/FMP. Procurador de Justiça, RS. E-mail: piresgaviao@hotmail.com.

pode funcionar como um parâmetro racional da argumentação de uma decisão judicial. Por fim, se a coerência, por si só, não se revele suficiente, será analisado criticamente o papel dos instrumentos processuais concebidos com fundamento nesse valor, bem como sua adequação à visão renovada dessa categoria.

Palavras-chave: Coerência Normativa; Decisão Judicial; Teoria da Argumentação Jurídica.

Abstract: The present is an investigation about two main questions, both on the role of normative coherence in the decisional context. Firstly, there is the concern whether coherence itself can be taken as a sufficient criteria for the justification of judicial answers, or not. That is if a decision is correctly justified for the simple fact of its internal coherence (the harmonious setting of its arguments in the particular argumentative system) and external coherence (the harmonious setting of its answer and concrete ruling and its effect on the normative sense of these given law systems) are satisfied. And secondly, if the first one is negatively answered, what are the other qualities that can be added to the justification analysis of one's decision rationality and adequacy to the system and to the normative grounds of a given system of law? As a methodological guide to this investigation, the hypothetico-deductive method is used. But first things first, and the concept of coherence in the normative sense will need to be drawn while its role in the legal argumentation theory is better underlined. Then, it will be shown how coherence can be used to the rationalization of legal reasoning, or, in other words, how it can be used as a rational parameter of one's argumentation. Lastly, if coherence itself is not enough, there will be the conceptual necessity for outlining what other qualities a system of arguments must have for it to can be considered as fully justified.

Keywords: Normative Coherence; Judicial Decision; Legal Argumentation Theory.

Submetido em: 03 de dezembro de 2022

Aceito em: 16 de agosto de 2023

1 Introdução

A pesquisa versa sobre duas questões centrais relativas à coerência normativa no contexto decisório. Em primeiro lugar, examina-se se a própria coerência pode ser considerada um critério suficiente para a justificação de decisões judiciais, isto é, se uma decisão pode ser corretamente justificada pelo simples fato de estarem satisfeitas sua coerência interna – a configuração harmoniosa de seus argumentos dentro do sistema argumentativo particular – e sua coerência externa – a harmonização da decisão concreta com seus efeitos normativos dentro do ordenamento jurídico.

Em segundo lugar, caso a primeira questão seja respondida negativamente, examinam-se as consequências dessa assunção para a prática jurídica contemporânea, especialmente no que se refere à justificação de um raciocínio que permita avaliar a correção de determinada decisão judicial, em face do ordenamento jurídico e de seus fundamentos normativos.

Como guia metodológico para esta investigação, adota-se o método hipotético-dedutivo. Primeiramente, será estabelecido um panorama geral dos motivos que levam a uma valorização, possivelmente exagerada, do papel da coerência na prática jurídica. Em seguida, será sintetizado o conceito de coerência, com ênfase em seu aspecto normativo e, posteriormente, serão relacionados os substratos metodológico-jurídicos que utilizam a coerência como instrumento de racionalização do raciocínio jurídico, ou seja, como parâmetro para uma argumentação justificativa racional. Por fim, considerando os conceitos e as implicações da coerência, demonstrar-se-á logicamente sua necessidade, mas também sua insuficiência como critério único a ser adotado para a avaliação de mecanismos e instrumentos processuais.

Este é o caminho científico adotado para alcançar o objetivo principal, que consiste em compreender e evidenciar o papel central da coerência no raciocínio jurídico, ainda que de forma não isolada. Parte-se do pressuposto de que a coerência é necessária

a um direito racional, mas não é suficiente. Torna-se, portanto, imperativo compreender os motivos dessa insuficiência, bem como as implicações dessa compreensão para a teoria e para a prática do direito na contemporaneidade.

2 O atual estado da arte e a coerência

O direito manifesta-se argumentativamente em problemas práticos, por meio de sua racionalidade construtiva. A materialização do sentido normativo-jurídico ocorre a partir da definitividade decisória dos juízes, a qual deve manifestar, em um raciocínio adequado, correto e justificado, o mandamento apto a produzir mudanças no mundo fático. No entanto, quando múltiplas decisões são demandadas ao Poder Judiciário acerca de questões relevantemente semelhantes ou fundadas nas mesmas bases principiológicas, surge um dever adicional no âmbito da motivação e da fundamentação da prática argumentativa de decidir: o dever de coerência, tanto sob a perspectiva da coerência narrativa – relativa à correção interna da argumentação da decisão em si – quanto da coerência normativa – referente à correção e à adequação externas da argumentação dispendida na decisão.

Desse modo, percebe-se que a prática jurisdicional consiste na resolução de problemas práticos, discursivamente desenvolvida a partir do oferecimento, pelo julgado, de razões, fundamentos e condicionantes que devem ter o condão não apenas de conduzir a respostas conclusivas acerca do que deve ser feito no mundo real, apresentadas de modo racional e lógico – isto é, decorrentes da fundamentação apresentada –, mas também de se alinhar à perspectiva jurídica externa do discurso jurídico judicativo voltado solução da lide. Ao primeiro momento denomina-se justificação interna da decisão judicial, ao passo que o segundo corresponde à justificação externa da motivação judicial.

Esses dois momentos justificativos da decisão judicial devem estar presentes no *decisum* para que ela possa ser considerada minimamente justificada. Assim, juízes e tribunais, por mais livres

que pareçam estar para decidir sobre questões que lhes cabem, competentemente, resolver, estão adstritos a determinados limites, como a moldura normativa e a margem de apreciação, bem como ao requisito teórico-metodológico da coerência normativa.

Contudo, a prestação jurisdicional queda-se qualitativamente obnubilada pelo enorme fluxo de processos ajuizados. A popular queixa acerca da morosidade da prestação jurisdicional não é descabida. Juntamente com as reivindicações feitas ao Estado por um tratamento mais efetivo e seguro no labor típico do Poder Judiciário, essa realidade levou a máquina legislativa a se movimentar na formulação de respostas à crise no atendimento do Judiciário, marcada pelo acúmulo diário de casos e autos – ainda que eletrônicos. Trata-se, contudo, de um problema que não é recente nem posterior ao reconhecimento constitucional do direito fundamental de acesso à justiça, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Sica (2014, p. 13) traça um interessante paralelo entre o congestionamento de litígios no Brasil e o congestionamento viário das grandes cidades, como São Paulo, de onde o autor é originário. Nesse sentido, assim como as políticas de facilitação da compra de automóveis ampliaram o tráfego urbano, a Constituição de 1988 reconheceu um amplo espectro de direitos fundamentais a serem concretizados pelo Estado administrador. Quando tais direitos não são efetivados, podem ser reclamados ao Estado-juiz, por força da abertura dos portões do Judiciário assegurada pelo art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República de 1988 (CF), que consagra a inafastabilidade da jurisdição diante de qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito fundamental. Assim, a litigiosidade mostra-se, senão inevitável, ao menos altamente provável.

Tal abertura dos portões do Poder Judiciário o instou a se manifestar cada vez mais a respeito dos problemas sociais, nem sempre com respostas consagradas jurisprudencialmente. Ademais, “como não se admite o *non liquet* justificado pelas incertezas e confusões normativas, o juiz fica obrigado a encontrar uma *regula*

juris para cada caso a decidir” (Rosito, 2012, p. 56). Isso resulta, inevitavelmente, no incremento da morosidade institucional do Judiciário, a ponto de aumentar a complexidade das demandas, a ponto de tornar inviável o cumprimento da exigência de celeridade processual e de ampliar o descrédito da instituição.

Tanto essa necessidade não é recente que Buzaid (1972, p. 142) já alertava para o perigo da pirâmide de autos que só aumenta, ano após ano, chegando ao ponto de não mais poder ser removida. A crise do Supremo Tribunal Federal, como foi chamada no período de Buzaid, já era alarmante, e hoje vive-se uma taxa de congestionamento nunca antes vista na história do Judiciário brasileiro. No Supremo Tribunal Federal, contudo, a taxa de congestionamento apresentou melhora, situando-se em 22%, dentro da meta anual de 39% ou menos (Brasil, 2020b, p. 21). Já no Judiciário em geral, segundo o último levantamento do CNJ (Brasil, 2020a, p. 36), a taxa foi de 74% na Justiça comum estadual e de 70% na Justiça comum federal, alcançando 71% quando consideradas conjuntamente todas as frentes da Justiça e os tribunais superiores. Diante desses números, não causa espanto que a credibilidade das instituições da justiça seja constantemente posta em xeque.

Então, não foi de modo imotivado que o vigente Código de Processo Civil (CPC) introduziu mecanismos voltados a uma maior dinâmica processual. Entre eles, destacam-se a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais; a instauração de incidentes destinados ao julgamento conjunto de processos oriundos de demandas repetitivas; a efetivação de acordos mediados por profissionais capacitados a facilitar a comunicação entre as partes; e, especialmente, a observância de determinados pronunciamentos vinculantes voltados à harmonização da jurisprudência, nos termos do art. 927 do CPC.

A justificativa para tais medidas reside na necessidade de assegurar os direitos fundamentais à igualdade e à segurança jurídica, bem como de atender à exigência legislativa de que juízes e tri-

bunais mantenham sua jurisprudência íntegra, coerente e estável, nos termos do art. 926 do CPC. A coerência passou, portanto, a fundamentar a aplicação dos precedentes judiciais consolidados nas hipóteses previstas nos incisos do art. 927.

De fato, é com base na igualdade que se reconhece a cada membro da comunidade política o mesmo núcleo essencial de respeito e consideração, não apenas no exercício da democracia representativa, mas também como cidadão, sujeito à tutela e à jurisdição do Estado. A igualdade desempenha papel central em um Estado Democrático de Direito, não apenas por legitimar a instituição de um governo, mas por lhe conferir sentido e propósito. Assim, se estivermos diante de um sistema político em que todos os indivíduos não sejam igualmente considerados pelo governo a que estão submetidos, tal sistema não é legítimo – ou perdeu sua legitimidade – e se torna injustamente tirânico (Dworkin, 2005, p. 9).

Para Grinover (1990, p. 177), há um enorme descompasso entre a doutrina – e mesmo a legislação – e a prática jurisdicional, uma vez que o avanço científico nessas áreas não significou melhora na atividade do Estado-juiz, tampouco da administração da justiça. A morosidade dos processos, seus custos efetivos, a sobrecarga e o congestionamento jurisdicional, bem como a burocratização da justiça e as complicações procedimentais, além das mentalidades extremamente conservadoras ou excessivamente ativistas, contribuem, em conjunto, para um distanciamento cada vez maior entre a teoria e a prática, entre os jurisdicionados e seus direitos, e entre a qualidade da prestação jurisdicional e os deveres que lhes são impostos pela legislação, pelo direito e pela comunidade político-jurídica.

Esse fato também incrementa a litigiosidade judicial, pois, quanto mais vezes recursos precisarem ser interpostos e discussões levadas ao Judiciário devido às complicações geradas pelo baixo grau

de segurança jurídica na cognoscibilidade do direito, maior será a demanda judicial. Além disso, a litigiosidade extrajudicial também se incrementa, resultado do descrédito das instituições.

Para Mancuso (2020, p. 70-71), constata-se que o Estado brasileiro, ao assumir o monopólio da jurisdição, não revelou o empenho e a eficiência apropriadas para garantir ao direito as seis qualidades que permitem a produção de resultados de boa qualidade. Os atributos para uma resposta jurisdicional adequada: **i)** justa (equânime); **ii)** jurídica (tecnicamente consistente e fundamentada); **iii)** econômica (equilíbrio entre custo e benefício); **iv)** tempestiva (respeitando a razoável duração do processo, conforme a EC45/04 e a alteração no art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88); **v)** razoavelmente previsível (cognoscível via interpretação jurídica média) – “o antônimo da loteria jurídica, a que se referia o Min. Victor Nunes Leal, nos anos sessenta do século passado, ao propugnar pela Súmula do STF” (Mancuso, 2020, p. 71) –; **vi)** idônea, assegurando a efetiva fruição do direito, valor ou bem da vida reconhecidos no julgado. Com base nessa noção, surgem os precedentes como instrumento de promoção dessas qualidades, mas muitas vezes com uma visão deturpada: são entendidos apenas como meio de reduzir o número de casos pendentes de julgamento de forma célere – porém acrítica, questão que passou despercebida em 2014.

Além disso, a prática dos precedentes também é fundamentada na perspectiva da segurança jurídica, uma vez que os problemas ocasionados pelo grande volume de processos é a inevitável – e combatida – existência de decisões conflitantes entre si. A segurança jurídica desempenha, ainda, um papel social, ao fornecer uma compreensão segura sobre a significação do direito. A essa relação chama-se confiabilidade legítima (Ávila, 2011, p. 138-142).

Daí que se encontrou na coerência uma categoria apta a fins retóricos, capaz de fundamentar uma estanque aplicação dos precedentes no direito brasileiro, vista muitas vezes como a chave para a solução de todos os problemas ligados à prática jurídica. A coerência é importante, mas sua existência não desabona a argumentação judicial na tomada de decisões. Ela concretiza a igualda-

de e a segurança jurídica, mas permanece necessário questionar: coerência de que tipo? Qual o conteúdo do direito que se igualiza e que se assegura?

E, também, por qual motivo juízes e tribunais devem ingressar argumentativamente em uma seara sistemática, que emana do dever de coerência, toda vez que decidem casos?

3 Coerência no direito

Retomando, percebe-se que a prática do direito consiste na constante solução de problemas por meio do uso da razão prática e da construção argumentativo-discursiva de razões e fundamentos. Esses fundamentos são apresentados de modo racional e lógico, justificam conclusões e encontram respaldo e correção no conjunto do sentido normativo do direito. Como visto, o primeiro momento denomina-se justificação interna da decisão judicial, ao passo que o segundo trata da justificação externa da motivação judicial. Ambos são essenciais tanto para a construção do raciocínio quanto para possibilitar sua avaliação *a posteriori*.

Há o dever de coerência nos dois momentos, como será demonstrado ao longo da pesquisa. Em cada caso, a coerência funciona como um arreio lógico-sistemático, tanto do discurso quanto do sentido normativo do direito, a conduzir o processo justificatório. Adicionalmente, a coerência exerce o importante papel de escrutínio sistemático-racional e de escrutínio ontológico-normativo, a possibilitar a justificação corrigida de diferentes ângulos de uma argumentação.

Ocorre que há maior filiação à chamada tese fraca acerca do papel da coerência no raciocínio jurídico, segundo a qual a presença da coerência é necessária tanto na sua formação (problema ontológico) quanto na sua utilização argumentativa na aplicação do direito (dimensão argumentativo-histórico-sistemática). Contudo, ela não é suficiente para que uma decisão judicial seja considerada correta apenas por ser coerente.

Partindo-se da premissa de que o direito é um empreendimento propositivo e teleológico – ou seja, que faz sentido como espectro de um mesmo fenômeno da juridicidade e possui uma autêntica intencionalidade de solução racional e adequada de casos, materializando respostas aceitáveis à multiplicidade complexa de casos que chegam aos tribunais –, conclui-se que outros argumentos e outras análises devem ser considerados para que uma decisão judicial possa ser considerada como corrigida, adequada, racional, universalizável e, ao final, após o desenrolar do desenvolvimento dialético e histórico do direito, reconhecida como fonte do direito.

A coerência não pode ser reduzida a uma mera harmonia jurisprudencial, embora redundante em suas consequências sistêmico-normativas – e felizmente assim o seja. Entretanto, não se pode ignorar os demais mandamentos que, juntamente com a coerência jurídica – isto é, a coerência de mesmas bases propositivas, teleológicas e principiológicas –, se espera que orientem aplicação e concretização histórica do direito.

É que a coerência, em sua faceta normativa – que não se confunde com sua faceta narrativa –, determina que os fatos e fundamentos narrados em uma decisão judicial façam parte de uma sequência inteligível de eventos (Maccormick, 2008, p. 247-249), a qual fundamenta o sistema do direito como conjunto de proposições cujo fundamento de validade se identifica e indica um sentido, constituindo um empreendimento teleológico válido (Fuller, 1963, p. 145). Nesse sentido, a coerência teleológica tem o papel de garantir que o sistema jurídico se manifeste primordialmente de maneira segura, ou seja, que os resultados dados pelo poder público às controvérsias jurídicas sejam historicamente aplicados, conhecidos ou calculáveis, evitando inovações irracionais e injustas na ordem jurídica.

Como elucidado, o direito se realiza por meio da interpretação e da aplicação das disposições normativas emanadas do Estado legislador, materializando textos que, via de regra, são imprecisos e vagos (Hart, 2001, p. 138). Existem divergências quanto ao signifi-

cado interpretativo dos provimentos textuais que advém do legislativo. As questões inerentes ao uso da linguagem, ao adentrarem o campo normativo, acarretam certo grau de indeterminabilidade, abrindo possibilidades para que o Judiciário preencha lacunas deixadas pelo legislador e, por vezes, exerça funções legislativas, o que pode gerar problemas na interpretação e aplicação do direito. Portanto, deve haver critérios claros e precisos pelos quais a prática jurídica possa se basear.

Dois desses critérios são formulados por Dworkin (1999, p. 164). O primeiro consiste em fundamentar o raciocínio de interpretação e aplicação das normas jurídicas de maneira extensiva, de modo a abranger também os princípios, compreendidos como valores e objetivos que estruturam toda a perspectiva normativa do direito. O segundo consiste em orientar a prática jurídica pela teoria do direito como integridade, segundo a qual o direito, como prática institucional, possui história, propósito e sentido; assim, os juízes subsequentes devem conferir continuidade coerente a essa história.

Como resolver a questão prática de que juízes e tribunais muitas vezes decidem em diferentes formas, sem o devido suporte teórico ou sem compreender plenamente o significado de uma norma jurídica que vem sendo aplicada majoritariamente em um determinado sentido? Essa é uma questão de cognoscibilidade do direito.

Assim, alia-se o problema da cognoscibilidade ao problema da litigiosidade de massa e à impossibilidade de declaração do *non liquet* judicial. O panorama e o palco estão armados para o crescimento da importância da coerência como um valor ou dever jurídico messiânico, capaz de restaurar a dignidade de um direito outrora tão imponente, mas hoje considerado ineficaz.

Ocorre que a coerência só se realiza penalmente se o direito admitir coexistir com o conceito de coerência forte, vinculado às noções mais positivistas clássicas, que incluem, entre outros dogmas, o dogma da completude, por exemplo. Como esse não

é o cenário teórico-metodológico adotado pelo direito na prática brasileira, há de se pensar o direito com base em sua caracterização fraca, isto é, um direito que necessita de coerência, mas que esta não se demonstra suficiente, por si só, para justificar adequadamente uma decisão, blindar o escrutínio judicial ou assegurar sua correção, efetividade e inviolabilidade. Ao menos, assim ocorre em alguns casos.

Desse modo, a coerência deverá ser vista com base na corrente mais coerente com a de sua operacionalidade. Se o direito atual é o direito do paradigma pós-positivista, não-positivista ou positivista inclusivo, a coerência deverá ser aquela consubstanciada em valores, presente como qualidade de um sistema jurídico que se manifesta em um empreendimento teleológico-jurídico propositivo.

Nesse sentido, as tentativas de Alexy e MacCormick de racionalizar o discurso jurídico vêm à tona. MacCormick elaborou um modelo de justificação baseado na coerência como dever de todo discurso jurisdicional inserido em um certo contexto jurídico, enquanto Alexy propõe os conceitos argumentativos da pretensão de correção e da justificação externa.

A coerência pode se prestar a justificar, segundo MacCormick (2008, p. 263), porque **a)** “está em conformidade com uma certa concepção de racionalidade na vida prática, concepção que exige tanto universalidade quanto o maior grau de generalidade possível nos princípios práticos”; **b)** “é mais provável que o direito seja inteligível nos seus efeitos e previsível na sua aplicação se for representado [...] por uma série razoavelmente pequena de princípios gerais que podem ser concebidos como parte do senso comum da comunidade”. Assim, parece ser “preferível que a aplicação e interpretação do sistema se guiem pela suposição de que suas disposições mais detalhadas sejam tratadas como derivações de alguns princípios” (MacCormick, 2008, p. 264), independentemente dos conteúdos efetivos desse sistema jurídico.

Assim, a coerência deve ser buscada para a garantia de uma forma de vida satisfatória, e não como um mero sistema autorreferente a uma determinada racionalidade. Por isso é que, como adverte MacCormick (2008, p. 264), “a coerência enquanto um valor puramente interno do direito não é garantia suficiente de justiça”. A “coerência impõe um constrangimento real e importante aos juízes” (MacCormick, 2008, p. 265). Há um dever jurídico e moral de demonstrar que as decisões decorrem do direito preexistente ou que, mesmo diante de uma situação absolutamente inédita, os fundamentos usados para solução de casos estão em sintonia com os princípios gerais aceitos pela comunidade. Essa exigência, por sua vez, conecta-se com os ideais de igualdade de tratamento e de universalização dos fundamentos das decisões.

Desse modo, o papel da coerência é dar racionalidade à interpretação e à aplicação do direito, ao “delimitar” as respostas justificadas aceitáveis, tanto nos casos de clara aplicação quanto nos casos-problema, em que a abordagem silogístico-interpretativa na dinâmica norma-caso não funciona, exigindo que outras considerações sejam priorizadas, como a sistematicidade, bem como outras questões relevantes (consequências e correção) que não serão aqui abordadas.

Já Alexy (2020) entende que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, porquanto as discussões jurídicas se dedicam a questões práticas, há exigência de correção do decidido e as discussões jurídicas encontram limites do tipo “escrito”. Além disso, o discurso jurídico deve estar justificado tanto internamente quanto externamente: internamente, verifica-se se a decisão decorre logicamente das premissas da fundamentação; externamente, avalia-se a correção das premissas do raciocínio, sua validade e a coerência de sua interpretação. Negar a existência de uma relação necessária entre a racionalidade discursiva e a jurídica seria, segundo Alexy (2020), incorrer em contradição performativa. Desse modo, um discurso jurídico não apenas deve demonstrar racionalmente suas razões, premissas, conceitos e conclusão, mas também deve estar conectado a fundamentos válidos e corretos do ponto de vista do direito.

Nesse ponto, a justificação externa é o que fundamenta a necessidade de demonstrar a correção dos argumentos utilizados na justificação interna, que podem ser diferenciados em três modais: **a)** regras de direito positivo, **b)** enunciados empíricos e **c)** premissas que não são de tipo **a)** ou de tipo **b)**. Essa última modalidade (**c)** é o campo típico de utilização da argumentação jurídica. Alexy (2020, *passim*) esclarece que, dentre os seis tipos de argumentos de justificação externa, os mais relevantes para a temática aludida são o argumento do uso de precedentes e o argumento da interpretação – entendida como forma de argumentação que promove, a partir dela, uma pretensão à correção.

Essa pretensão de correção, por sua vez, é uma noção de dupla dimensão. Tanto exige que um falante acredite e tenha por correto aquilo que defende e que argumenta quanto impõe uma necessária verificação material daquilo que argumenta. É um escrutínio tanto *a priori* quanto *a posteriori* do que se argumenta. O argumento da correção (*Richtigkeitsargument*) “afirma que tanto as normas e decisões jurídicas individuais quanto os sistemas jurídicos como um todo formulam necessariamente a pretensão de correção”, que se traduz sobretudo como uma pretensão à justiça, sob pena de serem juridicamente inválidos. Assim, todo discurso jurídico deve necessariamente formular uma pretensão de correção (*Anspruch auf Richtigkeit*) (Alexy, 2011, *passim*).

Assim, a coerência é autenticamente seguida em um direito verdadeiramente válido. Contudo, em uma ordem jurídica imperfeita – como ocorre em qualquer sistema pós-paradigma da legalidade, marcado pelos mitos da completude e do dado – a coerência mostra-se inapta a justificar satisfatoriamente decisões judiciais *per si*. O direito coerente transcende o atributo qualitativo da coerência que lhe é conferido. Isso se deve ao fato de que a coerência é graduada: um direito verdadeiramente coerente, em seu núcleo axiológico estruturante, existiria apenas nos graus mais elevados dessa escala. Dessa forma, torna-se necessário compreender por que a coerência é insuficiente, ainda que extremamente necessária.

4 A insuficiência justificatória integral da coerência

A insuficiência da coerência normativa como critério isolado de integral justificação (*per si*) das decisões judiciais já havia sido constatada por MacCormick, como visto. Contudo, a doutrina brasileira atual, especialmente em sua vertente processual, acabou por instrumentalizar a coerência como um valor meramente apto a justificar a utilização de precedentes obrigatórios.

Além disso, substancial compreender a coerência como um valor de um direito que se organiza como um todo unitário de valores e significados, indicando e transmitindo uma missão, um propósito ou um sentido. Esse valor é compreendido dentro de uma sistemática aberta do direito, que regula e fundamenta os desdobramentos normativos aplicados aos casos, ao mesmo tempo em que mantém uma função democrático-constitucional de integridade, sem, contudo, nela se esgotar. A coerência é um atributo de correção das decisões judiciais, servindo à pretensão de correção alexyana, sem com ela se confundir (Alexy, 2020, p. 189).

Importa ressaltar que a justificação com base puramente na coerência poderia chegar ao ponto de, por exemplo, fundamentar um direito nazista, baseado na conexão com um princípio anterior de pureza racial (Roesler; Martins; Jesus, 2011, p. 217). Assim, por mais que os juízes estejam adstritos a isso, este fato não quer significar que os juízes estejam vinculados tão-somente à condução das decisões por dedução a partir das leis – muito pelo contrário. Toda decisão, em algum grau, por mais aceitável ou desejável que seja, deve também ser fundamentável e garantida em seu sentido pelo direito posto, ainda que sob uma perspectiva aberta (MacCormick, 2006, p. 136).

Também, nota-se que o direito deve ser promovido com integridade. Mais do que isso, o direito coerente – sobretudo o delineado na noção normativa da coerência – deve ter sua prática calcada nessa preocupação. Entretanto, enquanto a coerência impõe um constrangimento para que juízes e tribunais considerem todo o tecido normativo-axiológico de significações do direito, o conceito de

direito como integridade estabelece apenas um ideal interpretativo. Segundo esse ideal, a melhor interpretação jurídico-comunitária deve ser buscada com base em um conjunto coerente de princípios – já estabelecidos como tal por uma noção jusfundamental mais ampla e complexa – não apenas para a solução tópica do problema, mas como solução desejável dentro da história significativa, valorativa e propositiva da prática racional do direito.

Assim, a coerência, em sua faceta judicante, pode funcionar, em um primeiro momento, de maneira interdecisional (sistemática externa) e, em um segundo momento, como critério de correção das decisões judiciais (externo à decisão, porém sistematicamente interno), racionalizando o processo decisório. Desse modo, é necessário visualizar em que a coerência pode se fundamentar, o que deve almejar e como pode ser aplicada, especialmente na etapa da justificação.

Coerência, contudo, não é alcançável pela mera observação das decisões pretéritas, ou da manutenção de uma jurisprudência estável e íntegra. A ideia por detrás da coerência, assim como da integridade, é a de concretização da igualdade – integrante nuclear do princípio basilar da dignidade da pessoa humana, fundamento da nossa ordem constitucional. Porém, a integridade é a materialização processual do direito à igualdade, que harmoniza e horizontaliza a prestação jurisdicional do Estado em uma história de significações. O papel da coerência na argumentação jurídica é único e mais amplo, visto que compreende os conceitos apresentados de unidade, sistema e do direito como integridade, como bem ressalta Michelin³.

Desse modo, a coerência, ainda que seja necessária, é insuficiente para sustentar a utilização desenfreada de precedentes, como tem-se visto na prática brasileira. Isso se verifica, sobretudo, no uso retórico da expressão “coerência” como sinônimo, para alguns, do direito como integridade – ou reduzida a esse conceito –

3 “O papel da coerência na argumentação jurídica é fundamentalmente o de identificar princípios jurídicos (e separá-los de princípios meramente morais ou políticos que um determinado julgador ou doutrinador possa considerar obrigatório). De fato, uma boa parte da argumentação fundada em princípio pode ser considerada simplesmente como uma instância de busca de um ideal de coerência do sistema jurídico. Em segundo lugar, a coerência oferece uma forma de lidar com a (aparente) pluralidade de princípios inconciliáveis” (Michelon, 2009, p. 5).

ou, para outros, de harmonia e unidade jurisprudencial. Coerência não é igual a consistência. Ela admite, tanto narrativamente quanto normativamente, inconsistências e premissas contraditórias, desde que essas divergências sejam razoáveis e fundamentáveis em uma pequena redução nuclear de princípios estruturantes daquela ordem jurídica – uma *pièce de résistance* que lhe permite ter sentido, mas não um sentido “autoevidente” como sugerem, e sim um sentido imanente, que restringe hipóteses de assertividade (correção) de uma decisão, mas não a delimita a uma única via interpretativa, nem apenas à aplicação histórico-institucional do direito.

Acerca dos precedentes, é necessário dizer que a coerência justifica a utilização de precedentes em casos, mas não os justifica suficientemente para que sejam a resposta final aos problemas da juridicidade. Precedentes não são a chave de garantia do sucesso da empreitada jurídico-decisória. A coerência é necessária como qualidade de uma decisão, mas não é suficiente, por si só, para justificar com plenitude toda e qualquer decisão. O precedente, assim como as demais fontes normativas do direito – como fibras de uma grande tapeçaria jurídica –, vincula, mas não permite concluir que sua mera referência, ou utilização isolada, assegure um juízo decisório suficientemente racional e corrigido.

Além disso, ainda que os precedentes sejam vinculantes, há necessária justificação das decisões judiciais, dever que decorre, no ordenamento jurídico legal, do artigo 93, inciso IX, da Constituição da República de 1988. Não apenas por isso, mas também por essa razão, há um direito fundamental à justificação das decisões judiciais, isto é, o cidadão-jurisdicionado tem a prerrogativa de exigir que o Estado-juiz demonstre suas razões para a tomada de decisão. Razões essas que são tanto de ordem lógico-narrativa-interna quanto de ordem sistemático-normativo-externa dos discursos justificatório-decisórios.

Toda decisão deve apresentar valor casuístico e transcendental, sobretudo quando o seu conteúdo se insere em um contexto de histórica aplicação do direito. As motivações das decisões serão mais bem justificadas à medida que demonstrem a aptidão para

potencialmente funcionar como paradigma de orientações futuras, ganhando verdadeiro *status* de “padrão normativo casuístico em decisões análogas futuras ou para casos de aplicação concretamente analógica” (Castanheira Neves, 1983, p. 12). Esses conteúdos não são estanques, permitindo assimilar a noção de que há coerência em um direito no qual respostas contraditórias – aparentemente incoerentes – coexistam. Esse é o aspecto histórico-humano do direito, o que não lhe retira sua estabilidade. Na verdade, a estabilidade não impede o movimento. Imagine-se um avião que, para movimentar-se, não pudesse ser estável: não seria algo desejável. A estabilidade diz respeito à oscilação do sentido interpretativo que o direito manifesta em seu eterno movimento de constituição (*continuum constituendo*) (Castanheira Neves, 1976, p. 12-13).

De qualquer modo, o Estado de direito impõe a justificação, e a coerência impõe a interpretação unitário-sistemático-integra do tecido normativo do direito. Dessa forma, técnicas de julgamento *per relationem*, ou de mera indicação de *ratio decidendis* de outros casos ao caso decidendo, não têm o condão, por si só, de sustentar argumentativamente casos. Daí que ações coletivas e ações civis públicas, bem como os incidentes de resolução de demandas repetitivas, de assunção de competência e de uniformização de jurisprudência, e, ainda, os julgamentos de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal e dos recursos repetitivos do Superior Tribunal de Justiça, devem ser vistos como mecanismos para decidir casos ultramente semelhantes de uma só vez, utilizando, assim, um mesmo discurso justificatório que leve em consideração todos eles, ou, então, apenas os casos mais representativos dessa controvérsia.

A aplicação de precedentes se dá por meio de argumento, especificamente pelo argumento do uso dos precedentes (Alexy, 2020, p. 237-238). No entanto, o mandamento vinculante do artigo 927 do Código de Processo Civil, segundo o qual os juízes e tribunais observarão determinadas decisões tomadas em vias específicas, bem como os enunciados de súmula vinculante e as súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de

Justiça, não tem o condão de ordenar uma decisão específica nem de desabonar a justificativa de sua utilização (ou não). O artigo 927 dispõe que “os juízes e tribunais observarão”. Observarão, mas não seguirão cegamente. Levado a uma interpretação mais textualista, “observar” não serve como desabonador para simplesmente aplicar sem argumentar. Nesse sentido, o artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil acerta ao dispor que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial” que: **i)** “se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida”; [...] **v)** “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”; e **vi)** “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Essa é a manifestação da vinculatividade. Os precedentes obrigatórios, ainda que fundamentados, em sua existência, na coerência e, mais diretamente, na segurança jurídica e na igualdade, não têm nesses valores fundamento suficiente para exigir sua adesão. Os precedentes ditos obrigatórios, portanto, são obrigatórios em sua observância, em sua consideração, sempre, em todos os casos, sobretudo quando evocados pelas partes. Mas não são obrigatoriamente vinculantes no sentido de uma adesão forçada. Se assim fosse, não seria por seu fundamento na coerência – porque isso seria uma contradição performática –, mas sim em uma desviada e disfarçada autoridade, como já previa Hobbes (2008, p. 230), ainda que contrapusesse a verdade, e não o sentido do direito, com o seu *auctoritas non veritas facit leggem*. Lei, nesse sentido, e naquele contexto, como o intencional reflexo do direito.

No Brasil, na linha do dever de coerência e do argumento do uso dos precedentes, encontrou-se outra maneira para a limitação da revisão judicial no âmbito externo das cortes de maior hierarquia e da expansão do protagonismo da atuação judicial: a uniformização das respostas judiciais, sobretudo a partir de uma

maior valorização de pronunciamentos vinculantes que terão observância obrigatória. Contudo, o problema, como visto, não está aí, mas sim na formação do sentido normativo do direito e, daí, na acepção cultural de uma prática jurídica pautada de modo racional e, também por isso, de modo coerente.

Os precedentes resolvem apenas em parte o problema, mas não por completo, isto é, não garantem cultura jurisdicional diversa de uma quase cultura processual, seguida apenas por exigência de lei. Há foco na litigiosidade e na segurança jurídica, mas não na formação e na constituição do raciocínio jurídico, este sim um reflexo da cultura normativa humana em sua essência, em autêntica dialeticidade e imersa no tempo.

Muito depende das posições (quase políticas) assumidas pelos membros da jurisdição para racionalizar o discurso jurídico e, assim, manter um distanciamento maior de posturas ativistas. De modo que se faz necessária a suavização do fenômeno por parte dos juízes de menor poder hierárquico, e a racionalização gradual – vistas as conquistas democráticas concretizadas via judicial – dos discursos e das posturas dos juízes do Supremo Tribunal Federal. Sem a racionalidade de cada indivíduo integrante do terceiro poder do Estado, de nada adiantará as preocupações formais sobre a estabilização de sentido do direito, ainda que se incorpore a essas preocupações uma dimensão material.

5 Conclusões

A materialização do sentido normativo-jurídico ocorre a partir da definitividade decisória dos juízes, a qual deve manifestar, por meio de um raciocínio adequado, corrigido e justificado, o mandamento que imperará mudanças no mundo fático.

O direito é um empreendimento propositivo e teleológico; por isso, faz sentido como um todo e possui fundamentação teleológica voltada à concretização de bens sociais – desde que não instrumentalizado para fins desviados. Ademais, o direito carrega em si uma autêntica intencionalidade de resolução de problemas

práticos que, no contexto do direito no Estado democrático de direito, exige sua afirmação por meio de decisões judiciais corretas, adequadas, racionalmente justificadas, universalizáveis e conectadas aos fundamentos do direito.

As questões inerentes ao uso da linguagem, ao adentrarem o campo normativo, acarretam certo grau de indeterminabilidade, conferindo uma margem de apreciação natural para os *players* do jogo jurídico. Há, contudo, a necessidade do estabelecimento de critérios para orientar o preenchimento dessa margem. Nesse contexto, coerência funciona como um critério maior, impondo condutas e garantindo respeito ao núcleo irreduzível e estruturante de uma certa ordem jurídica.

Deve-se pensar o direito com base na caracterização fraca dessa coerência, isto é, um direito que exige coerência, mas na qual esta não é suficiente, por si só, para justificar adequadamente, suficientemente, uma decisão judicial, blindar o escrutínio judicial ou assegurar que esta seja correta, efetiva e inviolável. Pelo menos, assim é em alguns casos.

Exatamente por isso, deve-se avaliar criticamente a assertividade do protagonismo da vinculatividade obrigatória de certos pronunciamentos judiciais, inclusive, com o uso de ferramentas processuais adicionais, como a reclamação, para assegurar a aderência das teses decididas em casos prévios, cujas razões de decidir foram abstraídas e generalizadas do caso concreto. Para isso, são necessários dois cuidados: **i)** de que os precedentes sejam aplicados a casos com relevante semelhança fática e jurídica ao caso em que se consolidou a regra de precedente, e **ii)** que se preserve a possibilidade de superação e distinção dos precedentes nos casos concretos.

Mais uma vez, a coerência justifica precedentes, mas não os justifica suficientemente para que sirvam como respostas finais aos problemas da jurisdição, da insegurança jurídica e da igualdade. Precedentes são necessários e válidos, mas não são invencíveis nem onipotentes. Do mesmo modo, a coerência serve pro-

pósitos maiores – ontológicos e metodológicos – do que apenas fundamentar a igualdade, a segurança jurídica e justificar o uso dos precedentes para a concretização de um direito mais célere e autoaplicável de modo acrítico pelos “juizadores aplicadores de precedentes”.

Referências

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 5. ed. São Paulo: Landy, 2020.

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. **Justiça em números 2019**. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2020a.

BRASIL. **Relatório de atividades 2019**. Supremo Tribunal Federal. Brasília: STF, 2020b.

BUZAID, Alfredo. **Estudos de direito**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1972.

CASTANHEIRA NEVES, António. **Justiça e Direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 1976.

CASTANHEIRA NEVES, António. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FULLER, Lon L. **The Morality of Law**. New Haven: Yale University Press, 1963.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas Tendências do Direito Processual**. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1990.

HART, Hebert L.A. **O Conceito de Direito**. Trad. Armino Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MACCORMICK, Sir Donald Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de direito**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

MICHELON, Cláudio Fortunato. **Principles and Coherence in Legal Reasoning** (Princípios e Coerência na Argumentação Jurídica). University of Edinburgh School of Law Working Paper n. 2009/08, 2009.

ROESLER, Cláudia Rosane; MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; JESUS, Ricardo Antonio Rezende de. A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidades. **Revista NEJ**, v.16, n.2, p. 207-221, 2011.

ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais:** racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Congestionamento viário e congestionamento judiciário. Reflexões sobre a garantia de acesso individual ao Poder Judiciário. **Revista de Processo**, v. 236, out. 2014, p. 13-16.