

CAPÍTULO IV: A COERÊNCIA E A FILOSOFIA DO DIREITO

4.1 A Coerência na Filosofia do Direito

A coerência deixou de ser uma boa idéia advinda de parte da lógica jurídica, para receber dos filósofos do direito tratamento conectado à argumentação jurídica¹. Se por um lado são inegáveis as compatibilidades e complementaridades entre ambas as teorias, o destaque aqui atribuído permite-nos falar em *uma teoria da coerência jurídica*. Neste primeiro momento (4.1), apresentaremos aspectos relevantes que conduzem a coerência jurídica, sobretudo a partir da análise das propostas de Neil MacCormick e Klaus Günther sobre a coerência narrativa e a coerência normativa. Em um segundo (4.2) momento, buscaremos construir as bases sobre uma das funções da coerência, ou seja, a de evitar as argumentações de incoerência de forma aplicada ao direito. Já no terceiro momento (4.3), tentaremos conectar as propostas da coerência que elevam a mesma a um patamar de critério de racionalidade prática aplicadas à filosofia do direito.

A coerência deve ser entendida antes de tudo, como fator de ligação racionalizada entre os fatos, os argumentos e a filosofia do direito, sob coordenação de sentido, pois “a falta de coerência no que é dito envolve uma falta de sentido”². A coesão entre fatos, argumento e direito percebe-se diante do raciocínio jurídico por aspectos não formais. Analisar a coerência do discurso é perceber o seu percurso, o caminho das ideias no direito, que dão sentido de unidade. Quando esse percurso se dá sem unidade de sentido, a incoerência aparece, ainda que não se possa afirmar que o discurso é contraditório.³

A coerência aparece entrelaçada com a argumentação jurídica, quando se busca a boa fundamentação da decisão, mas não se deve limitar a coerência a esse primeiro papel. A coerência serve também como técnica de ajustes sobre critérios de escolha e princípios assumidos, denominados por Günther como esquemas que verificam situações juridicamente padronizadas que são coerentes entre si. Trata-se

¹ Neil MacCormick, *Retórica e Estado de Direito*.

² Neil MacCormick, *Retórica e Estado de Direito*, p. 247.

³ Victor Gabriel Rodrigues, *Argumentação Jurídica*, p. 65.

de uma das formas de responder a esses ajustes com base em caso hipotéticos em que a coerência é testada (teste de coerência). A coerência permite entender a função de casos hipotéticos, com análise racional.⁴ O resultado da análise de um caso hipotético pode levar ao assunto central, o que permite resolver casos semelhantes. É esse respeito, de organizar a aplicação do direito com tratamento igual aos casos semelhantes, a partir de uma deliberação racional, a preocupação de muitos autores que abordam a coerência. Como o próprio termo quer traduzir que a parte seja coerente como um todo e, nesta verificação, o papel do conjunto de princípios é de grande importância. É a noção de como a coerência pode fazer sentido que podemos pensar numa lei que faz ou não sentido.

MacCormick classifica a aplicação da coerência na filosofia do direito entre coerência normativa e coerência narrativa. A coerência normativa busca atender, da melhor forma possível, soluções jurídicas concebidas a partir da ordem jurídica. É nessa análise de coerência que o fazer sentido é entendido em virtude de serem as leis racionalmente relacionadas como um conjunto instrumental. Por essa percepção, pode-se defender que um ordenamento jurídico é coerente, quando for posto em confronto com o conjunto de normas, para se verificarem práticas não-contraditórias, e o resultado sobreviva na prática social. Esta preocupação é com elemento chave na coerência normativa e que não pode ser confundida com a noção de consistência. A consistência aparece entre normas, para a verificação de compatibilidades entre elas. Verificar a consistência das normas é buscar solucionar sua antinomia. A consistência não trabalha em virtude dos valores presentes que unificam o ordenamento, portanto “a mera consistência de um conjunto de proposições não é garantia de sua coerência enquanto história”.⁵

Na verificação da coerência normativa, ultrapassa-se a relação entre o cumprimento de uma norma sem infringir outra norma, para se voltar para o todo (ordenamento) fazer sentido. A coerência normativa é uma questão de “subordinar o conjunto de leis a um valor ou valores relevantes”, emanados dos princípios jurídicos.⁶ A coerência das normas tem a função de observar se elas fazem sentido,

⁴ S, L. Hurley, *Coherence, hypothetical cases and precedents*, p. 83-84.

⁵ Neil MacCormick, *Retórica e Estado de Direito*, p. 249.

⁶ Neil MacCormick, *Retórica e Estado de Direito*, p. 251.

conjuntamente e racionalmente relacionadas à realização de um valor comum. MacCormick define a coerência normativa em função de sua justificabilidade sob princípios e valores da ordem superior, desde que os princípios ou valores pareçam aceitáveis, quando tomados em conjunto, no delineamento de uma forma de vida satisfatória.⁷ Os valores e princípios são encontrados nos documentos jurídicos existentes; os mesmos conferem uma visão coerente de determinado campo do direito, ou de orientação geral (constituição de um país).

Um exemplo foi a avaliação da ordem que permitia na Inglaterra que acusados de terrorismo fossem detidos por tempo indefinido, apenas com base em suspeitas. A *derogation order* foi declarada incompatível com os direitos humanos da convenção europeia de direitos humanos e determinou que o governo elaborasse uma legislação compatível com as exigências vinculantes de direitos humanos. MacCormick traz essa decisão como um lastro persuasivo de coerência de leis e princípios a que elas (as leis) estão submetidas. Para o autor, a função judicial deve ser entendida como controladora entre os diferentes poderes no estado de direito.

A justificação da coerência apresenta-se no conhecimento do direito, o qual, ao lado de um extenso número de regras, encontra aí um núcleo comum de princípios. Estes princípios práticos podem ser concebidos como parte do senso comum da comunidade.⁸ Com isso, a coerência cumpre o papel de critério ideal destinado à preservação do estado de direito e pode concorrer, sem ferir, com outros critérios de justiça substantiva, além de outras dimensões da razão prática.

Pensando no desenvolvimento da coerência na filosofia do direito, MacCormick, ao trabalhar o conceito de justificação, elaborou o teste da coerência narrativa. Denomina-se de coerência narrativa aquela que se relaciona à justificação de descoberta de fatos e de elaboração de interferências razoáveis a partir de provas.⁹ Está a coerência narrativa estritamente ligada à argumentação jurídica, o que, para nossa percepção, é o primeiro uso da coerência jurídica. A coerência narrativa articula-se como se estivéssemos resolvendo um quebra-cabeça, onde aparecem pistas, fatos e provas. O teste de coerência narrativa é realizado por um

⁷ Neil MacCormick, *Retórica e Estado de Direito*, p. 253.

⁸ Neil MacCormick, *Retórica e Estado de Direito*, p. 263.

⁹ Neil MacCormick, *Retórica e Estado de Direito*, p. 247.

emprego de raciocínio na avaliação de um ato de alta probabilidade. A coerência narrativa investiga os eventos em uma cadeia de probabilidades, para além das minúcias processuais do direito probatório.

As narrativas descrevem um enredo, em uma observação temporal, concebida por uma explicação causal.¹⁰ As narrativas reconstrõem os argumentos jurídicos sob fatos pretéritos, o que forma um tipo particular de ler a história. Os casos que levam anos para serem processados e reexaminados desenvolvem narrativas sobre o passado, os quais levam em conta o direito vigente. No desenvolvimento da teoria narrativa de MacCormick, podemos perceber cinco exigências presentes no teste da coerência narrativa, são elas:

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

A tendência, que atende a essas exigências, com base na motivação racional das provas, permite verificar a probabilidade do caso, e esse conceito é chave na compreensão da coerência narrativa. A “coerência narrativa fornece um teste sobre a verdade ou provável verdade de proibições sobre coisas e eventos não percebidos”¹¹, pois depende da coerência para alcançar a precisão sobre o

¹⁰ Neil MacCormick, *Retórica e Estado de Direito*, p. 282.

¹¹ Neil MacCormick, *Retórica e Estado de Direito*, p. 294.

encadeamento e o número de eventos supostamente ocorridos em um caso. A história que passa no teste da coerência é aquela versão que envolve o menor grau de improbabilidade. A coerência narrativa é condição necessária de verificação do mundo real, com todo o complexo de eventos e elementos factuais que um processo jurídico pode conter. A coerência narrativa empresta um papel ao direito, o de coibir infrações ao direito que podem fáctica e probatoriamente serem demonstradas.

A coerência narrativa relaciona-se aos eventos apresentados no fluxo de tempo, como se eles tivessem ocorrido no tempo real, ordenando os atos ao longo do tempo.¹² A coerência normativa não corre ao longo do tempo, pois, por sua vez, é simultânea, como elemento integrante do sistema vigente.

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

A filosofia do direito tem em seu objetivo de interesse contemporâneo um conjunto de valores e princípios que são a base da justificação de uma racionalidade comum. O papel das normas jurídicas válidas para todos os integrantes da comunidade europeia retrata essa base de justificação comum, pois não é suficiente que as normas jurídicas de uma comunidade sejam apenas “formalmente operativas em diferentes estados-membros; elas precisam ser operativas no mesmo sentido e serem vistas como tal”.¹³ As normas devem ser aplicadas conforme um entendimento comum com o conteúdo determinado pelos princípios. O tratamento formal igualitário evita arbitrariedade. Os princípios comuns são imperativos de uma ordem jurídica enquanto sistema coerente.¹⁴ A justiça substantiva passa a preencher espaços necessários de uma demanda de correção. Esses espaços são

¹² Neil MacCormick, *Retórica e Estado de Direito*, p. 298.

¹³ Neil MacCormick, *Retórica e Estado de Direito*, p. 301.

¹⁴ Neil MacCormick, *Retórica e Estado de Direito*, p. 302.

complementados pela relação oferecida pela integridade, que demanda a coerência em diversos níveis e pela aplicação ao caso concreto. Verificar as possibilidades da coerência no conjunto de casos concreto é objeto da parte final deste capítulo (4.3) e dessa relação com a integridade do final do capítulo seguinte (5.3). Por ora, ficamos com uma importante percepção de uso procedimental da coerência e seus efeitos na objeção de incoerência.

2. A Objeção da Incoerência

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

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

Nesse contexto, um dos fundamentos problemáticos que não se tem combatido é justamente a incoerência alegada pela mesma parte. A objeção da incoerência foi trabalhada, no Brasil, por Anderson Schreiber, com terminologia

“proibição do comportamento contraditório”.¹⁵ Essa expressão de tradição civilista romanista, embora tenha a finalidade próxima, de coibir os comportamentos incoerentes ou contraditórios, contém diferenças a serem assinaladas.

A palavra *objeção* é pertinente, porque pode ser vencida. Assim, uma proposição que é uma objeção a determinado fato pode ser vencida se, argumentativamente, ficar demonstrado que a aparente incoerência ou contradição não existe naquele caso. A análise sobre o pedido alternativo é um bom exemplo: se a entrega de A não for possível, deseja-se B. Dependendo dos fatos, pode ser alegada a incoerência por uma das partes entre a natureza dos bens envolvidos, ou da própria vocação da opção, mas essa incoerência alegada pode ser derrubada e desimpedida com a argumentação de que o pedido alternativo é possível e viável diante dos fatos trazidos e da obrigação previamente compactuada. A análise da objeção de incoerência, assim como ocorre com a ponderação de interesses, verifica-se no caso concreto. A objeção da argumentação de incoerência pode ser projetada como uma ponderação de interesses conflitantes, só que expostos pela mesma parte. Limitar a segunda argumentação ou punir o falso interesse, para a parte não se afastar da moral, são as duas principais finalidades da objeção.

A terminologia *proibição*, por sua vez, passa uma idéia de imperatividade não desejada pelo juízo da razão. A proibição é a terminologia consagrada pelo brocardo romano – *nemo potest venire contra factum proprium* –, alicerce do Direito Civil (Romano). Objeção funciona melhor como novo critério pautado na racionalidade prática, advinda de um juízo corretivo de coerência.

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

¹⁵ Anderson Schreiber, A Proibição do Comportamento Contraditório.

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

Para Alexy,¹⁶ a argumentação jurídica refere-se às normas que levam à aplicação do Direito, e, para tanto deve estar em uma relação de coerência entre si. Por isso, esta elaboração interessa, porque não é qualquer alegação incoerente que deve ser combatida, mas aquela fundamentada em direitos fundamentais antagônicos ou em direitos fundamentais que traduzam situações antagônicas, desde que pela mesma parte. Essa é mais uma forma de limitar o uso abusivo dos direitos fundamentais, invocados indiscriminadamente, de forma incoerente. Para tanto, os exemplos a seguir descritos ajudam a compreender a aplicabilidade da teoria da objeção da incoerência.

A objeção de incoerência trabalha como a ponderação, de forma argumentativa procedimental. Vale como regra do discurso sem conteúdo próprio. Assim, acompanha a evolução da Teoria da Justiça, orientando-se como critério argumentativo procedimental. Se a ponderação trata dos direitos fundamentais em conflito, alegados por partes opostas, a objeção de incoerência trata dos direitos fundamentais, em conflito, alegados, de forma incoerente, pela mesma parte. Esta situação, que a objeção de incoerência combate, é exemplo de amoralidade, permitida (ou melhor, não proibida), até hoje, pela neutralidade do processo, enquanto a ponderação é situação originada pela necessidade de solução dos casos difíceis. Fica mais bem colocada como técnica coerência narrativa, porque atua principalmente pelos fatos e provas contidas no processo, veículo do Direito, podendo barrar os direitos incoerentemente alegados. Difere assim da proibição do comportamento contraditório, que tem como finalidade de base obstaculizar o direito material, especialmente no campo civil. A objeção é critério para ser veiculado no processo, para impedir, anular e até indenizar a incoerência jurídica, advinda da argumentação jurídica trazida pela mesma parte e apoiada em direitos fundamentais antagônicos, que traduzam uma incoerência argumentativa, seja em um mesmo

¹⁶ Robert Alexy, Teoria da Argumentação Jurídica, p. 133.

processo – incoerência interna – seja em processos diferentes – incoerência externa¹⁷. Moral e Direito ficam reconciliados com essa mudança de atitude do intérprete: pune-se aquele que deseja se beneficiar do uso argumentativo geral e amoral, afastando-se a argumentação correlacionada a direito fundamental falso – na incoerência interna – ou a argumentação correlacionada ao direito fundamental por último invocado – na incoerência externa, quando a situação incoerente estiver presente; pune-se com o não aproveitamento da segunda situação, ou, excepcionalmente, se aceita a segunda alegação, porque verdadeira, mas condena-se por má-fé pela primeira alegação incoerente em processo distinto e permite-se a revisão dos efeitos da primeira alegação, nos termos, limites e possibilidades do processo civil, por respeito à coisa julgada.

Vale dizer que o comportamento incoerente repartido, uma das alegações tomadas isoladamente, é um argumento lícito. Com a comparação e percepção dos argumentos aglutinados, opera-se o conflito e, conseqüentemente, pode ser detectada a incoerência.

Uma primeira consequência da objeção da argumentação de incoerência é impedir que o ato se torne incoerente, bloqueando o segundo argumento, alegado de forma oposta ao primeiro argumento. Esse ‘bloqueio’ de direito fundamental não é tão fácil assim, mesmo se justificando na prevenção de lesão a outra parte e pela correção do processo com a presença da moral. Deve ser feito um juízo, justificado, de observância da incoerência, e afastamento conseqüente do segundo argumento que atinge o devido processo legal. Quando o segundo argumento é o que causa a incoerência, é menos traumática a solução; argui-se a objeção de incoerência, com as atitudes passadas, e bloqueia-se a otimização do direito fundamental, mal justificado – afinal ele é a causa da incoerência, o que significa dizer que não é ele que deve prevalecer no caso, até pelo direito da outra parte estar afetado com o (in)devido processo utilizado de forma incoerente. Tal solução, apesar de suscitar

¹⁷ A incoerência interna aparece quando existem alegações de direitos fundamentais, utilizados pela mesma parte, de forma antagônica no mesmo processo. Já na incoerência externa, constituída por alegações de direitos fundamentais utilizados pela mesma parte, verifica-se em processos diferentes, o que também é atentatório contra a moral, embora com mais dificuldades de identificação.

alguns questionamentos, é de inferência lógica, de implemento de racionalidade prática.

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

Tal decisão produziu dois olhares em direções opostas: o primeiro de excessiva restrição democrática e intervenção em outros poderes, afetando assim o princípio de separação das funções. Por essa concepção institucionalista, a decisão fora equivocada. O segundo olhar, em sintonia perfeita com a objeção de incoerência, é de que não se pode aprovar ou proibir um mesmo regulamento para autonomias distintas sem um ônus argumentativo – como a tutela da diferença regional – e que, em nenhum momento, fora utilizado no caso. O primeiro olhar não merece sustentação porque não relaciona, como faz o segundo olhar, direito, moral e política. Ao se fazer isso, na perspectiva integracionista, fica-nos patente a coerência entre as votações e o propósito político da ação de inconstitucionalidade.

Por isso estamos de acordo com a decisão que bloqueou a decisão política, causando o afastamento da incoerência até então presente no caso concreto. Foi indispensável à análise do comportamento da mesma parte, sobre o mesmo assunto, em processos distintos e que versavam sobre regular direitos e normativas para cada região.

A objeção de incoerência reconhecida servirá para legitimar e dar suporte reparatório aos efeitos nocivos da mesma parte. A reparação pode parecer, a título de indenização, de obrigação de fazer ou de impedimento de atividade, ou, mesmo, de cessação de benefício.

As formas de punição, ou o 'bloqueio' da primeira argumentação incoerente podem aparecer como punição reparatória: se aceita a segunda argumentação e pelo primeiro fundamento falsamente alegado e que gerou a incoerência, condena-se pecuniariamente. Podem ainda, as duas argumentações serem falsas e incoerentes, quando caberá bloqueio da segunda argumentação incoerente e, se a primeira for acolhida, e só depois se puderem perceber a manobra, é cabível a punição reparatória.

Até mesmo o desfazimento do ato incoerente pode ser pensado. Como, por exemplo, a desapropriação por utilidade pública em que a justificativa usada no ato expropriatório é para a construção de colégio municipal, necessário à comunidade local. Passam-se anos, nenhuma finalidade é dada, e o Município em questão resolve vender o bem, ora desapropriado, a outro particular, de maneira que fica caracterizado que o interesse público primário foi esquecido. O 'bloqueio' da venda – pelo Ministério Público, por exemplo – poderá ser realizado com base na objeção de incoerência percebida na conduta do Município. Aqui se percebe grande influência de uma ação de tutela de confiança na formulação e adoção de uma objeção de incoerência. Não que uma decorra da outra, mas uma pode levar à reflexão sobre a outra. Até o retorno do bem ao proprietário original (retrocessão) ganha com a possibilidade de desfazimento da conduta contraditória e reparação do dano inicial – o particular, que foi privado do seu bem, deve ter a possibilidade de readquiri-lo pelo mesmo preço pago pela Administração, com correção. Esta é apenas uma hipótese a minimizar a incoerência, que, com base na supremacia do interesse público, retira do particular seu *animus domini*, e, considerando ausente o interesse público anunciado – com a negativa em realizar o interesse público primário –, o pacto fica quebrado, inclusive a atingida justificativa da própria supremacia do interesse público.

A Administração Pública deve estar vinculada à boa fé das argumentações e dos seus atos, mesmo nos momentos em que age discricionariamente. Uma mudança de postura deve ser justificada argumentativamente, e uma suposta

incoerência justificável – pelos atos irregulares praticados pela Administração anterior, por exemplo – deve ser argumentativamente trazida aos atos e ter força suficiente para vencer a objeção. Só pelo fato de ser feito esse juízo de conflito, entre os argumentos e as condutas praticadas, motivadas por direitos fundamentais, e a sua observância excepcional, vencendo a objeção, já resulta em aplicação da teoria, que mesmo que não acolhida no caso concreto, é aplicada com pretensão de correção.

Outra situação que já mereceu destaque¹⁸ foi o julgamento da Resp nº 141.879/SP, quando se discutia ato do Município de Limeira, que, após celebrar compromisso de venda de imóvel público a particular, ajuizou ação de anulação do contrato quando já se concretizava a venda. O motivo da ação anulatória era que o parcelamento do pagamento não estava constante no Registro Geral de Imóveis. O pedido de anulação da venda foi julgado improcedente, pois o autor da venda e da ação anulatória, o Município de Limeira, era o responsável pela regularização do loteamento. O comportamento decorrente do município ficou caracterizado como incoerente, pois, para realizar a venda, fundamentou-se na liberdade de contratação e autonomia federativa de auto-organização, ambos princípios constitucionais; já no pedido da anulatória, pareceu se esquecer de tais fundamentos, além de motivar em requisito vinculativo e apoiado na supremacia do interesse público, quando ele não foi lembrado no primeiro ato, o do compromisso de compra e venda.

A objeção da argumentação de incoerência é inovação necessária, para incrementar a racionalidade e fazer que as partes se orientem por condutas moralmente coerentes, pois ainda é vasto o número de casos em que o ordenamento jurídico brasileiro admite a contradição. Tudo sem que haja qualquer objeção de efeito processual aos argumentos que não apresentem coerência. Pretendemos demonstrar o que seria essa objeção, sem ferir o princípio do contraditório, pois as partes continuam podendo produzir provas contraditas às demais, desde que não o façam de forma oposta e incoerente ao que já fora desenvolvido por elas mesmas. O contraditório é garantido, só não pode por esse princípio se legitimar a imoralidade do processo. Direito e moral andam juntos, por isso defendemos medida, para trazer efetividade à teoria da coerência. Para tanto, devem estar presentes direitos fundamentais – como no caso da ponderação –

¹⁸ Anderson Schreiber, A Proibição do Comportamento Contraditório, p. 65.

antagonicamente alegados. Só que, no caso da objeção da argumentação de incoerência, as alegações são feitas pela mesma parte, que tem de se valer do discurso prático para argumentar, e todo esse juízo é vinculado à pretensão de correção das situações opostas.

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

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

O que observamos é que a argumentação e a prática forense que foram destacadas neste caso, pela duplicidade de seu discurso, na aplicação de direitos fundamentais antagonicamente trazidos à saúde, à atividade pública e à livre iniciativa são, enfim, incoerências externas vislumbradas. Externas porque arguidas pela mesma parte em processos distintos. Tal contradição, oferecida pelas partes, que batizamos de argumento de incoerência, deve ser evitada em um Direito que pretende conectar com sucesso a moral intersubjetiva com a pretensão de correção presente. É a argumentação jurídica aplicada ao caso, que tem a função de maximizar os direitos fundamentais alcançados pela filosofia – pretensão de correção –, e pelo processo. Maximiza, sim, porque afasta os direitos fundamentais

falsamente utilizados, sem correspondência real e, assim, permite a jurisdição, o uso correto do Direito. As partes em geral, quando percebem que os direitos fundamentais são contrafaticamente testados no caso, podem se valer do abuso de direito expressamente contido no artigo 187 do novo Código Civil. Ele e a litigância de má-fé são complementados pela utilização da objeção das argumentações de incoerência. Os três elementos reunidos (um de direito material, outro de direito processual e o terceiro critério de racionalidade prática) visam a afastar os argumentos de incoerência e impedir as argumentações contraditórias ou de má-fé. As mesmas são rechaçadas pela lógica jurídica, mas encontram meios, na prática forense, de subsistir no ordenamento e proliferar-se nos processos. Somente por uma construção técnica e rigorosamente pautada na teoria da coerência, como a aqui defendida, os argumentos incoerentes podem ser afastados. Ignorar tal situação é permitir que as situações exemplos de amoralidade se proliferem, causando mais descrença e demora desnecessária na aplicação judicial (adjudication). A coerência tem múltiplos usos viáveis no direito, não somente afastando-se a objeção de incoerência, mas, também, na verificação da coerência normativa, coerência narrativa e outras formas de coerência a seguir examinadas.

3 Coerência como Critério de Justiça

Ao analisar a coerência dentro das normas jurídicas, Klaus Günther atribui na fase de aplicação do direito, caso a caso, um dos mais importantes elementos advindos da razão prática, já que “a coerência, que precisa ser harmoniosamente almejada, não expressa qualquer ordem transitiva predeterminada, mas deve ser estabelecida em relação ao caso”¹⁹.

Reconhece o autor que situações recorrentes paradigmáticas têm sinais próprios e podem formar ‘esquemas’ valiosos para a aplicação do direito. Tais esquemas de coerência são formados a partir de “possíveis situações de aplicação, descrições estruturadas da situação e combinações de sinais característicos situacionais”.²⁰ Ao buscar a compatibilidade da norma com o conteúdo comum dos

¹⁹ Klaus Günther, Teoria da Argumentação, p. 357.

²⁰ Klaus Günther, Teoria da Argumentação, p. 358.

princípios de dado ordenamento – coerência normativa – ou da relação com as provas para com o sentido principiológico – coerência narrativa – permite-se alcançar o primeiro estágio de verificação de sentido.

Nos testes de coerência alcança-se um segundo estágio de aplicação de sentido, pois eles permitem verificar o encaixe da norma na relação que se quer alcançar. O maior e mais importante em termos teóricos é desvendar que existem outros testes extraíveis da coerência na filosofia do direito para além da coerência normativa e da coerência narrativa.

Teste de Coerência Universal

Figuroa lembra-nos do que pode ser traduzida pelo teste da coerência universal, que apresenta uma raiz moral de fundamento kantiano. O referido teste ocorre a partir da observância do imperativo categórico, segundo o qual “opera segundo aquela máxima que possa querer que se converta, ao mesmo tempo, em lei universal”.²¹

O referido teste permite ver que, em diversas situações, aquilo que não é universalizável juridicamente, não é coerente – quando não é injusto – e para ser aceito como exceção, necessita de um ônus argumentativo muito maior, valendo o mesmo para motivar a escolha de outro método distinto daquele que é o escolhido em situações análogas. Aqui se verifica um critério de coerência, voltado para a correção passível na fase de aplicação. Isto não significa que as decisões, não verificadas pelo teste da coerência universal, estejam necessariamente erradas; elas podem ter outro fundamento, como podem ser consequencialistas ou podem ser corretivas, como as de antissubordinação. Os argumentos consequencialistas podem aparecer na coerência narrativa de MacCormick, como observou Figuroa²²; entretanto, para a base de razão prática adquirir unidade, devem tais argumentos ser descartados por falta de coerência e isto é possível com a verificação da

²¹ Immanuel Kant, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, p. 92

²² Alfonso Figuroa, *La Fundamentación: Conceptos Fundamentales*. In: *La argumentación en el derecho*, p. 186.

coerência universal. Ainda que tal consequencialismo não seja amoral, porque fundado na bondade e na relação honesta²³, em que os juízos morais estão associados de forma inseparável à avaliação das consequências dos nossos atos, caso os resultados sejam bons, a ação é moralmente correta. Neste ponto MacCormick, ao teorizar a coerência desta forma – utilizando o consequencialismo nos precedentes – afasta-se dos filósofos do direito neokantianos, como Habermas e Dworkin. Mesmo assim, MacCormick não abre mão dos princípios e da razão prática os quais são elementos vitais dentro do paradigma que buscamos formar neste trabalho. Talvez a posição teórica de MacCormick seja tributária da influência teórica de origem, em que teve em Herbert Hart, seu mestre no começo da carreira. Já o seu notável avanço noutra linha teórica, provavelmente somente foi possível, após ter como interlocutores teóricos do direito de igual peso, como Atienza e de Alexy.²⁴

A coerência universal pode adquirir status de teste se tivermos em mente:

- a) aquele que fizer uma afirmação de conteúdo jurídico que contenha consequências para “certas pessoas deve ser capaz de aceitar essas consequências, mesmo na situação hipotética em que esteja na situação destas pessoas”.²⁵
- b) Se todos deliberarem livremente sobre questões práticas na mesma condição, então somente serão decididas regras e proposições normativas que todos possam aceitar. A aceitação é presente na possibilidade de acordo moral, nem sempre possível, sobretudo quando o argumento for irracional ou o desacordo moral seja patente.
- c) Para evitar o desacordo moral, testado a partir do conteúdo dos princípios jurídicos, o conteúdo deve encontrar justificação racional no caminho da

²³ Neil MacCormick, *Retórica e Estado de Direito*, p. 296.

²⁴ Essa visão sobre a linha teórica de MacCormick pode ser extraída da entrevista publicada no Brasil, no final de seu livro, onde ele enfatiza suas influências e se declara um não-positivista. Neil MacCormick, *Retórica e Estado de Direito*, p. 360-365.

²⁵ Robert Alexy, *Teoria da Argumentação*, p. 198.

condução e preenchimento do mesmo princípio, o qual pode ter desvelado o motivo que é apresentado na justificação racional, mesmo se não presentes os motivos de origem.

- d) Com o exame da coerência universal é possível resolver questões empíricas, resolvidas pelo discurso prático. Os resultados devem ser universais e realizáveis, com todos os limites levados em conta.

- e) Por fim, a coerência universal é frontalmente atingida, quando não se encontra fundamento racional ou derivado da natureza da aplicação, e o resultado é uma determinação arbitrária.

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

5. Teste de Coerência de Antissubordinação

Quando presentes situações peculiares que reforcem as particularidades, em virtude de processos discriminatórios, isto é, de preferências destituídas de razão ou de fundamento lógico, será necessária a verificação de outra forma de coerência. Por ter uma estrutura procedimental, a coerência deve tentar ser também corretiva e isso se concebe quando se alcança um sentido que leve a não discriminação arbitrária e à capacidade de livrar mecanismos incoerentes que resultam em consequências de subordinação, entendida num espectro amplo.

Ao lado da coerência universal podemos encontrar situações paradigma em que a proteção a um grupo é juridicamente mais importante do que cumprir regras universais, porque a situação do grupo desfavorecido não melhora, nem alcança correção com a igualdade formal. Com essa base alguns professores estadunidenses, como Reva Sigal, (reconhecido interlocutor pelo próprio MacCormick, na já referida entrevista), trabalham a noção de testes de antissubordinação, com correção substancial, agora empregada como outra possível manifestação da coerência.

Em uma leitura fundada na racionalidade intersubjetiva é possível romper com compensações assimétricas e preconceituosas do mundo, e, para tanto a mobilização dos atores e postulantes jurídicos em interações com as propostas de seus governantes, potencializa o engajamento deliberativo nas arenas de luta pelo reconhecimento. Não só de teorias substancialistas de vanguarda, as quais visam proteger as minorias estigmatizadas, mas também de um sentido em que a resposta certa se obtenha a partir da ordem jurídica como um todo. Nesse, a coerência antissubordinação ganha destaque transcendente, capaz de sustentar a proteção em face de investidas contra grupos minoritários em constante situação de desigualdade. Não se trata de medidas de paternalismo, mas de uma preocupação necessária, que ao lado da representação argumentativa, da ponderação, mostra que essas situações devem encontrar um padrão de proteção de direitos, que, na perspectiva de supremacia judicial, ainda são muito tímidas. Por isso, é necessário ter em mente toda uma estrutura formal para casos, como exemplificam as ações afirmativas, que foram criadas para tutelar as minorias que se encontravam estigmatizadas e socialmente estáticas. Com isso, permitimos um enquadramento da coerência não somente procedimental, já que o fundamento da mesma é moral e de correção. Podemos definir os elementos de uma coerência de antissubordinação.

a) o princípio antissubordinação nunca pode levar à discriminação: nenhuma classificação ou terminologia deve ser evitada quando o fim que se almeja é justamente proteger a classe – raça, negros, judeus – pois são todos tuteláveis e passíveis de sofrer discriminação arbitrária e odiosa. Caso as terminologias sejam proibidas e advirta-se que sua proteção leva a uma

constante discriminação, interrompe-se o debate, e os estigmatizados e desfavorecidos continuam sem proteção²⁶.

b) grupos em desvantagem devem receber status de diferentes (diferença para os desiguais), quando resultados práticos implicarem que, com sua classificação, se transforme a discriminação histórica ou social em situação de correção.

c) os bens socialmente distribuídos devem levar em conta a pertença do grupo e suas desvantagens, para que assim se possibilite a correção da estratificação social. Os benefícios, que podem ser constituídos por impostos de renda negativos²⁷, socialmente distribuídos, enquadram-se nesta abstrata medida de coerência antissubordinação. É importante registrar que, caso isso não ocorra, o status jurídico-social do grupo em questão, se manterá no tempo, pois as instituições, práticas e culturas impedem natural mobilidade social, funcionando como uma imobilidade na condição de subordinação.

d) O papel da filosofia prática na fundamentação de atos que combatam a manutenção do status de insubordinação é amplo e vasto. A decisão política ou judicial, racional e de efeito prático permite que a mesma seja feita com um princípio ou precedente, que permita realocar valores sociais, transformações na relação entre o grupo e as instituições e responda ao reclame social sem causar dano à outra categoria.

A antissubordinação busca neutralizar todas as formas de preconceito que preservam status das pessoas em desvantagem, discriminadas por seus valores e suas capacidades. Com isso podemos concluir em se tratando de alocação de bens e benefícios voltados para grupos de minorias, que existe uma política de realocação, sem a qual o sentido de justiça distributiva permanece obsoleto e

²⁶ Jack Balkin e Reva Sigel, *The american civil rights tradition: anticlassification or antissubordination?*

²⁷ John Rawls, *uma Teoria da Justiça*, p. 248.

incoerente. As ações para realocação dos bens e rendas, que beneficiam grupos subordinados ao poder econômico e culturalmente dominante, são desejáveis e eticamente permissíveis. Enquanto o debate ético prossegue, com perfeccionismos, utilitarismos e a participação daqueles que enxergam o direito como integridade, o sistema judicial sem esta percepção da distribuição de riquezas e capacidades, é conclamado a decidir. As respostas ultrapassam o debate meramente normativo e, para tanto, o critério de racionalidade de coerência antissubordinação é valioso, pois confere opções não contabilizadas na defesa da igualdade total, que acaba por ser discriminatória. A luta pela mobilidade social tende a chegar cada vez mais nas cortes e é, na fundamentação do discurso e preenchimento axiológico dos princípios, que respostas da filosofia do direito são fornecidas. Até mesmo os limites e as preocupações com lesão a outros afetados que a prática pode impor ficam aperfeiçoadas com a utilização da coerência para fins da não subordinação, a qual é legitimadora do discurso ético de proteção e racionalização dos pressupostos práticos de igualdades e diferenças corretivas.

6. Teste de Coerência na Superação de Precedentes

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

Dworkin pensou a coerência dentro do paradigma da deliberação, pois tanto o indivíduo delibera sobre suas razões, muitas vezes contrárias aos interesses dos outros, como o juiz decide sobre conflitos legais. A coerência deve servir também para apontar se as razões relatadas atendem ao sentido percebido no conjunto de princípios, e isso importa dizer se a decisão foi tomada acertadamente.²⁸ Assim, retrospectivamente consegue-se averiguar se

²⁸ S. L. Hurley, *Coherence, Hypothetical Cases and Precedent*, p. 69.

as decisões acompanham o conjunto de princípios. A comparação de como a relação jurídica é resolvida por princípios em casos semelhantes ajuda a resolver a disputa em análise (presente ou futura).

Nesse ponto, os casos hipotéticos, como os apresentados por Dworkin, respondem a questões de como os casos do tipo analisado podem ser resolvidos. O pensamento dominante diz que a doutrina dos precedentes – no Brasil das decisões vinculantes – impõe uma força muito maior a essas decisões do que aos casos hipotéticos que verificam a coerência da decisão.²⁹ Além disso, muitos entendem que a coerência, ao realizar uma avaliação a uma decisão pretérita, pretende reescrever a decisão, o que seria indesejável e processualmente impossível. E, se fosse possível e aceita, acarretaria em uma violação da irretroatividade das decisões. Tal legado ameaçaria a prática judicial dos precedentes por propostas de mudanças extra-judiciais, isto é, em nome da coerência³⁰.

Em respostas a essas acusações deve-se lembrar de que a coerência ajuda a organizar a prática judicial (adjudication) sem a pretensão retroativa de mudar os casos passados. Não se trata de retroatividade do injusto, mas de reflexos extralegais da coerência na incorporação do que passa a se acreditar que é válido, deixando o paradigma – e o precedente – superados. Na suposição que a decisão é errada e ela gera um precedente, pela coerência, deve-se apontar o erro e superar (futuramente) o precedente. Pode-se até, se passível de recurso ou reexame da mesma matéria pela mesma corte ou corte superior que aquilo que foi incoerentemente decidido, passe a ser revisto e, nesse sentido, há uma retroatividade para outros casos. Porém, o que deve ser levado em conta, é que, ao afastar a decisão errada, busca-se a resposta certa. E para superar os críticos deve-se lembrar que retroatividade trata de mudança da decisão com efeitos pretéritos e não mudança da crença dos acertos sobre o direito³¹. Não podemos chamar propriamente de retroatividade, porque as partes presentes na decisão errada não serão atingidas pela análise

²⁹ S. L. Hurley, *Coherence, Hypotetical Cases and Precedent*, p. 84.

³⁰ S. L. Hurley, *Coherence, Hypotetical Cases and Precedent*, p. 93-94.

³¹ S. L. Hurley, *Coherence, Hypotetical Cases and Precedent*, p. 98.

da coerência, a menos que o processo analisado ainda seja passível de recurso.

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

Nesse ponto, a coerência age com pretensão de correção da decisão passada que forma um precedente – no nosso caso, com efeito vinculante. Aqui, a coerência permite uma reavaliação dos precedentes que vinculam os tribunais inferiores, chamados de precedentes verticais, porque as cortes inferiores devem, em tese, observar as mais altas, e a decisão destas tem o poder de coordenação entre os juízes. Ambos os argumentos não são válidos, se estivermos diante de um super-precedente, como no caso brasileiro, a súmula vinculante, que amarra formalmente até mesmo os tribunais superiores e de certa maneira o próprio tribunal que emitiu a decisão, se a mesma for vinculante, hipótese de precedente horizontal, atinge os níveis inferiores e tem forte repercussão no nível equivalente, em que a volta na decisão vinculante importa na quebra de um paradigma jurídico-social³². O erro neste caso, o do super precedente é mais grave, porque tem força até maior do que de uma lei – caso os fundamentos interpretativos estejam expressos no efeito de vinculação, comum no caso de interpretação conforme em sede de súmula vinculante. Para superar esses super precedentes a conexão entre coerência, entendida pelo conjunto de princípios e a motivação da decisão permite verificar se as exigências foram atendidas e, em caso negativo, apontam-se os erros na intenção de superar o precedente. Esse é mais uma utilidade da coerência promovida pela filosofia do direito.

³² Scott Herhovitz, Integrity and Stare Decises, p. 103-104.