



REVISTA ESPERANÇA GARCIA

ISBN: 978-65-00-82363-9.

revista.esperanca.garcia@pcs.uespi.br

O USO DAS VESTES DO PRESÍDIO NA SESSÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI: ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL N. 1.862.433/MA COM BASE NA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE NEIL MACCORMICK

THE USE OF PRISON GARMENTS IN THE JURY COURT SESSION: ANALYSIS OF SPECIAL APPEAL N. 1,862,433/MA BASED ON NEIL MACCORMICK'S THEORY OF LEGAL ARGUMENTATION

Vanessa de Oliveira Amorim¹
Rogério Monteles da Costa²

RESUMO

A presente pesquisa trata da argumentação jurídica com base na tipologia de Neil MacCormick. No contexto pós-positivista é exigência democrática a argumentação jurídica a fim de que os juízes apresentem as razões sobre a escolha racional da decisão. A proposta do artigo então é analisar a correção da decisão do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 1.862.433/MA, publicada em 11 de maio de 2020, e compreender a estrutura argumentativa, bem como avaliar se está fundamentada a partir da teoria padrão da argumentação jurídica de Neil MacCormick. A investigação, nesse contexto, parte da possibilidade de submeter a decisão sobre o uso das vestes do presídio na sessão do Tribunal do Júri, caso difícil, aos critérios de coerência, consistência e universalidade. O percurso da pesquisa concentra-se na coleta de dados bibliográficos e documental e na análise da legislação. A conclusão, portanto, é que aplicada a teoria de Neil MacCormick ao caso concreto do Recurso Especial n. 1.862.433/MA, a decisão não se encontra justificada.

Palavras-chaves: Argumentação Jurídica; MacCormick; Veste do presídio; Sessão do Júri.

ABSTRACT

This research deals with legal arguments based on the typology of Neil MacCormick. In the post-positivist context, legal reasoning is a democratic requirement in order for the judges to present the reasons for the rational choice of the decision, a proposal to analyze the correction of the decision of the Superior Court of Justice, in Special Appeal no. 1,862,433 / MA, published on May 11, 2020, is to understand the argumentative structure and assess

¹ Mestra em Direito e Gestão de Conflitos, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), amorimvanessa.oliveira@gmail.com.

² Doutor em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), rmonteles@gmail.com.

whether it is well grounded from Neil MacCormick's standard theory of legal argumentation. The investigation, in this context, starts from the possibility of submitting the decision on the use of prison clothes in the session of the Jury Court, in a difficult case, to the criteria of coherence, consistency and universality. The research path focuses on the collection of bibliographic and documentary data and on the analysis of legislation. The conclusion, therefore, is that Neil MacCormick's theory was applied to the specific case of Special Appeal no. 1.862,433 / MA, the decision is not justified.

Keywords: Juridical Argumentation, MacCormick, Dress the prison, Jury Session.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa investiga, na segunda década do século XXI, no Brasil, a aplicação da teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick ao julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial n. 1.862.433/MA, que trata sobre a nulidade de uma sessão do júri quando o réu compareceu ao julgamento utilizando as vestes do sistema penitenciário, mesmo com irresignação da defesa para adiamento do ato a fim de substituir o uniforme por indumentária civil.

Saber em que medida a decisão proferida no Recurso Especial n. 1.862.433/MA está justificada de acordo com os critérios da teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick é o móvel da pesquisa à luz do contexto do Estado Democrático de Direito que exige, por seus fundamentos de legalidade e segurança jurídica, a racionalidade das decisões judiciais, na medida em que as teorias da argumentação propõem estabelecer critérios que demonstrem que uma decisão está justificada racionalmente ou não e, assim possibilitar aos afetados o seu controle.

Nesse quadro, foi escolhida a teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick para analisar a correção da decisão do Recurso Especial n. 1.862.433/MA. Para isso, alcançar o objetivo pretendido, percorre-se a relação entre o Estado Democrático de Direito, o pós-positivismo e o surgimento das teorias da argumentação jurídica, elegendo-se o esquema proposto por Neil MacCormick, um dos expoentes da teoria *standard* (padrão) da argumentação, para verificar se houve por parte do órgão julgador a construção de uma justificação racional para o caso.



O artigo descreve a teoria da argumentação jurídica de MacCormick, jurista e filósofo escocês, que apresentou os conceitos-chaves de sua teoria na obra *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, de 1978, propondo modelo para análise dos casos difíceis com a verificação de quatro requisitos: universabilidade, consistência, coerência e aceitabilidade das consequências. Após, o artigo analisa a decisão do Recurso Especial n. 1862.433/MA em cotejo com referida teoria de MacCormick a fim de avaliar se está corretamente fundamentada.

O desenvolvimento da pesquisa compreendeu a análise da decisão judicial, com coleta de dados bibliográficos, conforme levantamento ao final indicado, bem como coleta documental referente ao caso sob análise.

Para tanto, o trabalho está dividido em três seções: primeiro, apresenta-se uma exposição sobre o contexto do pós-positivismo e o surgimento das teorias da argumentação; após, há a exposição concisa da teoria de Neil MacCormick quanto aos critérios da universabilidade, consistência, coerência e aceitabilidade das consequências; ao final, avalia-se se os requisitos foram atendidos para aferir a correção da decisão do Superior Tribunal de Justiça quanto ao raciocínio que a justifica.

2. A ARGUMENTAÇÃO PRÁTICA COMO IMPERATIVO DA DECISÃO JUDICIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

É exigência democrática dirigida ao Poder Judiciário, que exerce poder contra majoritário, fundamentar a sentença, ou seja, motivá-la. Fundamentar a sentença não é apenas descrever a norma, posto que sua estrutura é destinada a outras pessoas, ou seja, a decisão judicial não é apenas para a causa que está sob análise, possuindo uma transmissão social. A argumentação é considerada uma atividade realizada à luz da razão prática cujos elementos são a razão (o sujeito); uma questão verossímil (o objeto) e o discurso.

Na era contemporânea somente se pode falar em argumentação jurídica no pós-positivismo, pois o fenômeno jurídico não se esgota na norma, como proposto por Kelsen (autor positivista). O segundo pós-guerra proporcionou a incorporação dos direitos de terceira dimensão ao catálogo dos direitos de primeira dimensão (direitos individuais) e de segunda dimensão (sociais), o que representou a promoção do Estado Democrático de Direito que



agrega um plus normativo à faceta ordenadora do Estado Liberal de Direito, que funcionou até metade do século XX, e à promotora do Estado Social de Direito. A mudança também ocorreu na filosofia, transformando a linguagem como condição de possibilidade para o processo de compreensão do objeto pelo sujeito (Streck, 2014, p. 275).

É nesse momento, no século XX, que ocorre a passagem do paradigma positivista para o pós-positivista ou constitucionalista. Apesar da imprecisão do termo “neoconstitucionalismo” apontada por Atienza (2014, p. 3), segundo o qual a o prefixo “neo” causa uma falsa impressão de que se trata de um novo constitucionalismo, esta tem sido utilizada por parte da doutrina para designar o estado do constitucionalismo contemporâneo (Barcellos, 2007, p. 83). Atribui-se a Susana Pozzolo, em 1998, a utilização do termo “neoconstitucionalismo” pela primeira vez, apontando que suas características estariam na escolha da primeira opção das seguintes: princípios x regras; ponderação x subsunção; Constituição x independência do legislador; juízes x liberdade do legislador.

Barcellos (2007, p. 83) aponta que é possível ordenar as características do neoconstitucionalismo em dois grupos: um que congrega elementos metodológico-formais e outro que reúne elementos materiais. Para o primeiro, o constitucionalismo opera sobre três premissas fundamentais, das quais depende em boa parte a compreensão dos sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos: (i) a normatividade da Constituição, ou seja, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas, como as demais, de imperatividade; (ii) a superioridade da Constituição; e (iii) a centralidade da Constituição no sistema jurídico.

No segundo grupo, pelo menos duas características materiais das atuais constituições: (i) incorporação de normas que refletem diretamente valores e opções políticas; e (ii) a expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional (Barcellos, 2007, p. 84).

Por sua vez, Ferrajoli (2012), qualificado como neoconstitucionalista em sua opinião de maneira errônea, contrapõe dois tipos de constitucionalismo jurídico: (i) constitucionalismo principialista – tendencialmente jusnaturalista, caracteriza-se pela conexão entre o Direito e Moral, pela contraposição entre princípios e regras e pela preponderância da ponderação no exercício da jurisdição; e (ii) constitucionalismo garantista ou normativo – nega as teses da primeira corrente, sendo seu traço característico a concepção positivista do Direito. O



constitucionalismo garantista seria para Ferrajoli a via do meio entre os paleo-positivistas (Kelsen, Bobbio e todos aqueles que não se deram conta do fenômeno da constitucionalização dos direitos depois do segundo pós-guerra) e os neojusnaturalistas.

Atienza (2014, p. 10), por sua vez, defende uma teoria do Direito (i) constitucionalista; (ii) não positivista; (iii) baseada na unidade da razão prática; (iv) que defende o objetivismo moral mínimo; (v) reconhece a importância dos princípios; (vi) da ponderação; (vii) do papel ativo da jurisdição; e (viii) destaca o caráter argumentativo do Direito. É assim, uma teoria separada da positivista e da chamada neoconstitucionalista e não supõe uma volta ao Direito Natural.

Reconhecer uma teoria do Direito como *constitucionalista* não se condiciona a reconhecer o fenômeno da constitucionalização do Direito. Assim, não se considera uma teoria do Direito constitucionalista apenas por seu aspecto formal (hierarquia normativa ou a rigidez constitucional), o Direito no Estado constitucional caracteriza-se também por traços valorativos (pelo reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais). Atienza menciona ainda que os autores neoconstitucionalistas também não seriam propriamente constitucionalistas por abrirem demasiadamente a identificação de todo o Direito com a Constituição, de forma que a resolução de um problema jurídico estaria diretamente na Constituição, sendo despicienda a lei ou até mesmo regra da Constituição, podendo basear-se diretamente nos princípios e valores constitucionais para a sua resolução (Atienza, 2014c, p. 11).

Atienza considera que o fato da Constituição possuir ingredientes valorativos não determina que existe nesta uma ordem de valores precisos, ao contrário, as Constituições são documentos ambíguos, posto que refletem as ideologias, forças políticas e sociais que a tenham impulsionado. Assim, a importância da interpretação em relação aos enunciados para que o jurista diante da necessidade de chegar a uma solução justa deve interpretá-los de acordo com alguma filosofia moral e política de caráter substantivo (Atienza, 2014c, p. 11).

A crítica que o constitucionalismo dirige ao *positivismo jurídico* é que sua visão não consegue alcançar a complexidade da experiência jurídica e não oferece ao jurista um instrumento teórico para que possa desenvolver sua principal tarefa no marco do Estado constitucional que é a proteção dos direitos fundamentais. O paradigma positivista exclui o componente do

valor do Direito, abandonando-o a uma visão monocular da fonte do direito como autoritária, esquecendo que o Direito é uma construção humana (Atienza, 2014c, p. 13).

Para Atienza, a característica da *unidade da razão prática* quer dizer que no raciocínio prático, as razões últimas são as de caráter moral, em outras palavras, o raciocínio de justificação de um juiz tem necessariamente uma dimensão moral, isso não quer dizer que os raciocínios jurídicos e morais se confundem. É pressuposto da unidade da razão prática, o *objetivismo moral*, pois caso não existisse uma objetividade (ainda que mínima) estaria sendo facultada a arbitrariedade na construção da teoria do Direito e estimulando uma prática jurídica (especialmente, a judicial) abusiva, pois o exercício do seu poder seria arbitrário (Atienza, 2014c, p. 16).

Para Atienza (2014, p. 17) os valores para serem considerados desta forma precisam ser submetidos ao *discurso racional* e não adentrar no campo da irracionalidade ou do discurso puramente retórico, persuasivo ou ainda no campo da pretensão da verdade absoluta.

Nesse sentido, a resolução de um caso pode ter como premissa de partida um conjunto de princípios que podem apontar para soluções opostas e nessas situações a *ponderação* é o procedimento racional a ser utilizado, que requer níveis mais exigentes de argumentação (Atienza, 2014c, p. 20). Em consequência, não se pode confundir um juiz ativo com um juiz formalista (aquele que apenas atende ao texto da lei e não leva em conta os motivos que lhe estão subjacentes) ou ativista (aquele que não leva em conta os limites do Direito) (Atienza, 2014c, p. 21).

Para Atienza (2014c, p. 21–22) as características apontadas acima relacionam-se à *argumentação jurídica*, pois no Estado Constitucional, a tese da unidade da razão prática supõe a incorporação no Direito da argumentação moral, o objetivismo moral é um pré-requisito para compreender a exigência que os órgãos públicos têm de embasar suas decisões, a importância dos princípios requer nível de maior complexidade da argumentação em Direito, e o modelo de juiz ativo também poderia ser definido como um juiz argumentativo, ou seja, leva a sério a obrigação de fundamentar suas decisões e, portanto, também aceita a existência de certos limites.

Conclui Atienza (2014, p. 22) pela necessidade do desenvolvimento de uma teoria da argumentação com o potencial de articular a dimensão lógico-formal com a dimensão

material e a dimensão pragmática (retórica e dialética) e contribuir, assim, para orientar os juristas na resolução de três questões centrais de sua prática: (i) como compreender e analisar uma argumentação ocorrida em algum campo ou instância jurídica; (ii) como avaliá-la; e (iii) como argumentar.

Argumentar é levantar fundamentos a favor ou contra algo. A teoria (ou teorias) da argumentação jurídica tem como objeto as argumentações produzidas em contextos jurídicos. Atienza (ATIENZA, 2014b) distingui três campos jurídicos que podem ocorrer argumentações: (i) produção ou estabelecimento de normas jurídicas; (ii) aplicação de normas jurídicas à solução de casos; (iii) dogmática jurídica.

No segundo campo (aplicação de normas jurídicas) comportam dois subtipos de argumentação: argumentações relacionadas a problemas concernentes (i) aos fatos ou (ii) ao Direito. Para os fins desta pesquisa interessa a argumentação jurídica relativa à interpretação do Direito e que são propostas nos tribunais (ATIENZA, 2014b). No campo da dogmática, Atienza também apresenta subdivisão das funções da argumentação: (i) fornecer critérios para a produção do Direito nas diversas instâncias em que ele ocorre; (ii) oferecer critérios para a aplicação do Direito; e (iii) ordenar e sistematizar um setor do ordenamento jurídico.

As teorias da argumentação jurídica também se ocupam da segunda função da dogmática jurídica. A distinção para a argumentação relacionada à interpretação do Direito consiste no fato de que neste os aplicadores do direito têm de resolver casos concretos enquanto naquele, o dogmático do Direito, se ocupa dos casos abstratos. Não obstante, os dogmáticos se apoiem certas vezes em casos concretos e os tribunais também precisem resolver casos abstratos.

O auge dos estudos da argumentação jurídica ocorreu nos anos cinquenta do século XX, costuma-se falar em duas fases no desenvolvimento da teoria da argumentação jurídica: a dos precursores e a da elaboração da teoria *standard* (elaborada a partir dos finais dos anos 70) (Atienza, 2017, p. 33–34).

A característica dos precursores (Viehweg - *Tópica*, Perelman – *Nova Retórica* e Toulmin – *Lógica Informal*) foi a tese de que o raciocínio não poderia ser visto como um tipo de raciocínio dedutivo. Alexy e MacCormick, que integram a corrente *standard* da argumentação jurídica, têm como ponto em comum o fato de que para compreender o raciocínio jurídico em toda sua complexidade são necessários outros recursos além da lógica (Atienza, 2017, p.



33). Um destes recursos das teorias *standard* é a distinção entre os contextos de justificação externa e de justificação interna das decisões judiciais.

Roesler (2018, p. 28) aponta que os autores da teoria *standard* mais disseminados desenvolveram método da decisão e de avaliação da argumentação baseada em casos concretos para demonstrar como, especialmente nos *hard cases* (casos difíceis), é possível argumentar racionalmente e indicar os fundamentos decisórios que permitem controlar o subjetivismo da decisão judicial.

Os autores da terceira geração, dos quais se destacam Manuel Atienza e Juan Antonio García Amado, possuem em comum a crítica à abertura demasiada da segunda geração, com a proposta da conformação do direito principiológico com situações pragmáticas. A quarta geração (atual) da argumentação jurídica apresenta preocupação com a premissa fática, dando ênfase na interpretação racional dos fatos; e, nessa perspectiva o Direito vai precisar se abrir para outros campos do conhecimento, leituras epistemológicas (geral/jurídica), psicologia experimental, moral, do testemunho, economia comportamental, filosofia da mente, marketing; etc.

Portanto, apresentado um breve resumo das teorias da argumentação jurídica, no contexto do Neoconstitucionalismo, interessa a esta pesquisa a Teoria da Argumentação Jurídica proposta por Neil MacCormick e o seu modelo de avaliar a racionalidade da decisão judicial e indicar os elementos pelos quais elas devem ser justificadas, como forma de defender os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

3. A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE NEIL MACCOMIRCK E OS CRITÉRIOS DE JUSTIFICAÇÃO

Neil MacComirck (1941-2009), jurista e filósofo escocês, influenciado por Hume, Hart e da tradição da *common law* (não apenas a inglesa, mas também a escocesa) apresenta as teses fundamentais da sua teoria sobre argumentação jurídica (ramificação da argumentação prática) na obra *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, de 1978. O objeto de investigação do autor são as decisões dos tribunais ingleses e escoceses. Em 2006, entrevistado por Manuel Atienza, para revista *Doxa*, MacCormick afirmou que a obra *Rhetoric and the Rule of*



Law: A Theory of Legal Reasoning (2005), em português, *Retórica e Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*, apresenta atualização da sua teoria da argumentação jurídica, declarando-se um autor pós positivista (Atienza, 2006, p. 488).

MacCormick (2009, p. 10) explica que seu modelo não se propõe a estabelecer verdades necessárias sobre a argumentação jurídica em todo o mundo, mas de oferecer hipóteses sobre o que ele denomina de “elementos invariáveis” na argumentação jurídica, e por isso tem aptidão a se estender a qualquer sistema jurídico.

A argumentação prática, em geral, e a argumentação jurídica, em particular, cumprem, para MacCormick, essencialmente, uma função de *justificação*, assim, se alguém abre um processo contra outro pedindo, por exemplo, uma indenização por lesão ao seu direito, é uma condição lógica para o deferimento do seu pedido que sua reivindicação possa ser justificada. A outra parte, para negar o pedido, também precisa justificar. O juízo ou tribunal ao qual for apresentada a demanda também deverá apresentar uma justificação da decisão que atender à reivindicação do autor ou da defesa do demandado (Maccormick, 2009, p. 18).

Assim, *justificar* uma decisão jurídica para MacCormick quer dizer dar boas razões que mostrem que as decisões em questão garantem “a justiça de acordo com o Direito” (Maccormick, 2009, p. 21). O jurista escocês a partir da distinção entre o contexto de descoberta e o contexto de justificação situa a sua teoria da justificação jurídica no segundo campo.

A Filosofia da Ciência apresenta distinção entre o *contexto de descoberta* e o *contexto de justificação* das teorias científicas. A descoberta consiste em enunciar/descobrir uma teoria e que, segundo a opinião geral, não é suscetível de uma análise de tipo lógica, quer dizer não se rege pelas regras do método científico. Já o *contexto de justificação* é o procedimento de justificar/validar a teoria, ou seja, confrontá-la com os *fatos* a fim de mostrar a sua validade, exigindo uma análise de tipo lógica (embora não apenas lógica), portanto, submetida às regras do método científico (Atienza, 2014b).

MacCormick parte da consideração de que, pelo menos em alguns casos, as razões justificatórias que os juízes articulam em suas decisões são de caráter estritamente dedutivo, ou seja, o argumento dedutivo se constrói a partir da conclusão que está implícita em proposições ou premissas da argumentação, sendo (*p*) a premissa maior (premissa

normativa); (q) premissa menor (premissa fática) e (r) a conclusão. Em termos lógicos, se (p e q), então r . Todavia, a justificação por dedução tem limites, pois nem todas as normas jurídicas conseguem dar uma resposta clara acerca da questão que surge, podendo se revelar ambígua ou obscura em determinado contexto.

Para ilustrar, a norma “*no smoking*” significa “não fumar” ou “não estar vestido com a roupa”. Assim, para compreender o sentido da norma faz-se necessário trabalhar com as *razões teleológicas* e *deontológicas* a fim de adequar o raciocínio para uma decisão racional. Portanto, a teoria de justificação desenvolvida por MacCormick é destinada aos casos de inaplicabilidade do silogismo jurídico, nos *hard cases*, ou casos difíceis.

MacCormick formula uma divisão de casos difíceis, que podem envolver problemas de *interpretação*, de *pertinência*, de *prova* ou de *qualificação*; sendo que os dois primeiros afetam a premissa normativa e os dois últimos, a premissa fática (Atienza, 2005, p. 112). Pode-se dizer que existe um *problema de interpretação* quando não há dúvida quanto à qual seja a norma aplicável (quer dizer, temos uma norma da forma $p \rightarrow q$), todavia p admite mais de uma leitura ($p' \rightarrow q$, ou então $p'' \rightarrow q$). O *problema de pertinência* existe quando se pergunta “existe uma norma aplicável ao caso?”.

Quanto à *premissa fática*, o problema da prova refere-se ao estabelecimento da premissa menor, pois provar significa estabelecer premissas verdadeiras sobre o presente e a partir dela formular conclusões sobre o futuro. Por sua vez, o *problema de qualificação* refere-se ao fato de quando não há dúvidas sobre a existência do fato primário que se considera provado; a discussão é se eles integram ou não um caso que possa ser subsumido à norma, em termos propositivos, dados r, s, t , isso é uma hipótese de p ? Em termos de lógicos, os problemas de interpretação (premissa normativa) e os de qualificação (premissa fática) são logicamente equivalentes; a distinção só tem repercussão do ponto de vista processual, pois se o problema é considerado como de qualificação isso implica que a decisão, em sede recursal, terá valor de precedente (Atienza, 2005, p. 114).

Desse modo, diante de casos difíceis MacCormick propõe que para justificar uma decisão, no primeiro nível, precisa cumprir o requisito de *universalidade*, e, em segundo nível, que a decisão em questão *tenha sentido* em relação ao sistema (cumprir os requisitos de consistência e de coerência) e em relação ao mundo (argumento consequencialista).



O requisito da *universalidade*, fundado nos princípios de igualdade e segurança jurídica do Estado Democrático de Direito, exige que os argumentos da decisão (*ratio decidendi*) possam ser aplicados a outros casos com as mesmas características, para tantos os argumentos devem ser formulados em uma premissa que seja a expressão de uma norma geral ou de um princípio, isto é, a premissa maior do silogismo judicial (Atienza, 2014b). Na obra *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, de 1978, MacCormick associa tal característica à justiça formal que é o dever dos tribunais de decidir de acordo com os precedentes (Rübinger-Betti, 2018, p. 77).

Para se valer do conceito de *universalidade*, MacCormick utilizou-se do esquema de Toulmin, as normas jurídicas seriam o que Toulmin chama de apoio (*backing*), que é aquilo que garante a validade, a vigência e relevância das garantias; os fatos seriam os dados (*datas*) e o julgamento seria a conclusão (*claim*) (Rübinger-Betti, 2018, p. 79), ou seja, a argumentação da decisão possui a seguinte estrutura de fundamentação: sempre que os fatos são F1, F2, ... Fn, então o julgamento *j* deve ser proferido (Maccormick, 2008, p. 198).

As decisões jurídicas para MacCormick também *precisam ter sentido* em relação ao sistema jurídico, ou seja, precisam atender os critérios da *consistência* e da *coerência*. A *consistência* é uma exigência que pode se dar ou não, não é uma condição necessária para a *coerência* e diz respeito a internamente a argumentação não apresentar contradição.

Para Atienza (2014a), a *consistência* é verificada quando a decisão se baseia premissas normativas, que não entram em contradição com normas estabelecidas de modo válido que também dever ser estendida à premissa fática; assim, este requisito por um lado, deriva da obrigação dos juízes de não infringir o Direito vigente e, de outro, da obrigação de que a decisão esteja de acordo com a realidade apresentada em termos de prova.

Assim, para MacCormick (2008, p. 248) o requisito *consistência* é atendido quando é satisfeita pela não-contradição, ou seja, um grupo de proposições pode ser mutuamente consistente se cada uma puder ser, sem contradição, afirmada em conjunto com cada uma das outras e com a conjunção de todas as outras. Diz Rübinger-Betti (2018, p. 80) que no contexto brasileiro, por exemplo, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei n. 4.657/1942 estabelece uma série de critérios para a aplicação das normas jurídicas.

A *coerência*, por sua vez, é conceituada como a propriedade que um conjunto de proposições tem de serem analisadas e fazerem sentido em conjunto. Esse conjunto de normas podem ser de tal natureza que são compatíveis com alguma norma mais geral que se for considerada como desejável ou justa para as relações, então estamos diante de um princípio que tanto explica quanto justifica todas ou qualquer uma das normas em questão (Maccormick, 2009, p. 197).

MacCormick, assim, conclui que uma importante característica distintiva da consistência e da coerência em termos lógicos: a ligação entre a ideia de coerência e caráter valorativo do ordenamento jurídico - enquanto a consistência é a ausência de contradição lógica entre duas ou mais regras, a coerência, por seu turno, é a compatibilidade axiológica entre duas ou mais regras, todas justificáveis em vista de um princípio comum (CARDOSO et al., 2011, p. 114).

MacCormick compreende ainda a diferença entre a *coerência normativa* e *coerência fática*, sendo a primeira um mecanismo de justificação, pois está ligada a ideia de que o Direito é uma empresa racional (noção de universalidade), tomando as normas como conjuntos dotados de sentido, promovendo a certeza do Direito, já que as pessoas não podem conhecer com detalhe o ordenamento jurídico, mas, podem conhecer seus princípios básicos. Por sua vez, a coerência fática narrativa oferece um teste com relação a questões de fato, quando não é possível uma prova direta (Atienza, 2014a).

Por fim, a decisão precisa atender o *critério consequencialista* (a consequência jurídica da decisão judicial). Segundo Atienza (Atienza, 2014a), para MacCormick a argumentação consequencialista é compatível com a ideia de que para justificar as decisões judiciais, utilizam-se dois tipos de razões substantivas; as *razões finalistas* (justifica-se a decisão porque promove um estado de coisas desejável) e as *razões de correção* (justifica-se a decisão por ser considerada correta ou boa em si mesma, sem levar em conta nenhum outro objetivo posterior).

MacCormick para que as consequências sejam relevantes para justificar as decisões, deve-se ampliar o olhar para além das *consequências causais* e dos *resultados particulares*. O juiz imparcial para declarar um direito em particular (*jus dicere*) é necessário declarar que tal direito está disponível em todos os casos semelhantes. Assim, o juiz deve olhar, dentre o conjunto de situações possíveis, qual terá que ser coberta, do ponto de vista jurídico pela decisão proposta. A consideração do conjunto de soluções possíveis é necessária para uma



avaliação adequada da *aceitabilidade da decisão* tomada no caso presente uma vez que servirá como orientação de decisões futuras em relação a casos semelhantes (Maccormick, 2008, p. 142–145).

Feitas estas considerações, passa-se a verificar se foram cumpridos os requisitos da *universabilidade, consistência, coerência e aceitabilidades* das consequências na decisão proferida no Recurso Especial n. 1.862.433/MA.

3. A APLICAÇÃO NO RESP 1.862.433/MA DOS REQUISITOS DE UNIVERSABILIDADE, CONSISTÊNCIA, COERÊNCIA E ACEITABILIDADE DAS CONSEQUÊNCIAS PROPOSTOS POR NEIL MACCORMICK

O Recurso Especial n. 1862.433 foi interposto pelo Ministério Público do Estado do Maranhão em face do acórdão lavrado na sessão de julgamento realizada em 12/08/2019, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão (TJMA), por meio de sua Terceira Câmara Criminal, que deu provimento ao apelo da defesa do réu para anular a sentença, bem como a sessão de julgamento do Tribunal do Júri popular e determinar nova sessão de julgamento, com o acórdão assim ementado:

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. MOTIVO FÚTIL. PRELIMINAR DE EXTEMPORANEIDADE DA OFERTA DE RAZÕES DO 2º APELO. MERA IRREGULARIDADE. APELANTE QUE FOI SUBMETIDO A JULGAMENTO UTILIZANDO UNIFORME DO SISTEMA PENITENCIÁRIO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA ISONOMIA, DA VEDAÇÃO AO TRATAMENTO DESUMANO OU DEGRADANTE E DA VEDAÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. AFRONTA À GARANTIA DA PARIDADE ARMAS NO PROCESSO PENAL. NULIDADE ABSOLUTA. NECESSIDADE DE ANULAÇÃO DA SENTENÇA E DA SESSÃO DE JULGAMENTO. 1º APELO PREJUDICADO. 2º APELO CONHECIDO E PROVIDO. I. A oferta extemporânea de razões do recurso tempestivamente interposto perfaz mera irregularidade que não obsta o conhecimento da irresignação recursal e o enfrentamento da matéria ventilada em seu bojo argumentativo. Precedentes do STJ e do STF; II. A submissão do acusado a julgamento pelo Tribunal do Júri popular utilizando vestes de interno do sistema penitenciário, em contraposição à irresignação da defesa técnica quanto a referido fato, leva à anulação da sentença e do respectivo ato processual, diante da clara violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da vedação ao tratamento desumano ou degradante e da vedação a direitos fundamentais, posto que tal ocorrência gerou desnecessária



estigmatização prévia do apelante perante o Conselho de Sentença, a denotar clara infração à garantia da paridade de armas no processo penal; III. 1º Apelo prejudicado. 2º Apelo conhecido e provido. O voto do relator foi acompanhado pelos demais membros da 3ª Câmara e "unanimemente e em desacordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, a Terceira Câmara Criminal julgou prejudicado o 1º apelo e deu provimento ao 2º apelo, nos termos do voto do Desembargador Relator" (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, 2019).

Na base, o Ministério Público do Estado do Maranhão ofereceu denúncia em desfavor de I.S.L., acusado da prática de crime doloso contra a vida. A ação foi distribuída para a 1ª Vara Criminal da Comarca de Timon/MA, seguindo o rito do Tribunal do Júri. Em 29/06/2018 foi realizada a sessão do júri popular que resultou na condenação de I.S.L. a pena privativa de liberdade de 15 (quinze) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

O réu I.S.L. encontrava-se preso desde 17/10/2016 no presídio Jorge Vieira, na comarca de Timon/MA, bem estava sob o patrocínio da Defensoria Pública do Estado do Maranhão. Para a sessão de julgamento do Tribunal do Júri designada para 29/06/2018, o acusado apresentou-se com a roupa do presídio, qual seja, camisa da cor laranja, com a inscrição da palavra "INTERNO". No início da sessão, houve protesto da defesa para o adiamento do júri a fim de que o acusado comparecesse em nova sessão com indumentarias civis. Todavia, o juiz presidente da sessão, após ouvido o Ministério Público, negou o pedido da Defensoria Pública, o que constou da mídia audiovisual da sessão bem como da ata da sessão.

Em face da sentença proferida pelo Tribunal do Júri, as partes interuseram respectivos recursos de apelação para o Tribunal de Justiça do Maranhão (TJMA). Em segunda instância, os recursos foram distribuídos para a Terceira Turma Criminal, tendo como relator o Desembargador Josemar Lopes Santos. Também integram a referida Câmara, os Desembargadores José de Ribamar Froz Sobrinho e Tyrone José Silva. A conclusão do acórdão foi a de que a sessão plenária de julgamento, sob o rito do Tribunal do Júri, é nula quando o acusado participa da referida sessão com indumentária que o submeta à estigmatização negativa, no caso, o uniforme do presídio.

As premissas normativas do acórdão estão na Constituição Federal: i) artigo 1º, Inciso III, e 5º, *caput* e Inciso III (princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da vedação ao tratamento desumano ou degradante); artigo 5º, XLI (a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais); artigo 5º, LVII (presunção de inocência) (BRASIL, 1988).



O julgado produzido pela instância *ad quem* possui também como premissa normativa a Resolução da Organização das Nações Unidas (ONU) que trata das Regras Mínimas para Tratamento de Prisioneiros e, dentre outras diretrizes, estabelece na Regra 19 que “em circunstâncias excepcionais, quando o preso necessitar afastar-se do estabelecimento penitenciário para fins autorizados, ele poderá usar suas próprias roupas, que não chamem atenção sobre si” (BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

Em face da decisão proferida pelo TJMA, o Ministério Público interpôs Recurso Especial (RESP) para o Superior Tribunal de Justiça (STJ) que foi identificado como n. 1.862.433/MA. O julgamento do referido RESP ocorreu por decisão monocrática da lavra do Ministro Felix Fischer, da Quinta Turma, que assim foi ementada:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. NULIDADE. INDEFERIMENTO DE ADIAMENTO SESSÃO DO JURI. RÉU COM VESTIMENTAS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020).

O caso objeto do RESP n. 1.862.433/MA pode ser considerado um caso difícil na perspectiva de Neil MacComirck em razão de estarmos diante de um problema de *interpretação* ou de *qualificação* que são logicamente equivalentes, vejamos as proposições do referido acórdão:

Tabela 1 – Problema de interpretação do caso objeto do Resp. 1.862.433/MA

	Processo	Recurso Especial n. 1.862.433/MA
	Órgão julgador	Quinta Turma do STJ
	Relator	Ministro Felix Fischer
Dados	A	Réu usou o uniforme da unidade prisional durante a sessão plenária do Júri
	B	Houve pedido da defesa pelo adiamento da sessão que foi indeferido
	C	O réu foi condenado pelo Conselho de Sentença
	Norma (p)	O art. 563, CPP dispõe que "nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa"
Conclusão	$p' \rightarrow q'$	realizar sessão do júri com pedido da defesa por adiamento em razão da roupa de presídio do réu é nula.
	$p'' \rightarrow q''$	realizar sessão do júri com pedido da defesa por adiamento em razão da roupa de presídio do réu (sem demonstração do prejuízo) não é nula.

Fonte: Elaboração dos autores.



Outra maneira de apresentar as proposições da decisão para problema de qualificação seria:

Tabela 2 – Problema de qualificação do caso objeto do Resp. 1.862.433/MA

	Processo	Recurso Especial n. 1.862.433/MA
	Órgão julgador	Quinta Turma do STJ
	Relator	Ministro Felix Fischer
Dados	A	Réu usou o uniforme da unidade prisional durante a sessão plenária do Júri
	B	Houve pedido da defesa pelo adiamento da sessão que foi indeferido
	C	O réu foi condenado pelo Conselho de Sentença
	Norma (p)	O art. 563, CPP dispõe que "nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa"
	Z	Dados A, B, C, isso é uma hipótese de Z? Pode-se falar de nulidade quando o réu usa o uniforme do presídio na sessão do júri popular?

Fonte: Elaboração dos autores.

Assim, de uma forma ou de outra trata-se de um *caso difícil* na concepção de Neil McCormick, pois não consegue ser resolvido pelo raciocínio lógico dedutivo do julgador. Dessa forma, passamos a analisar se a decisão atende os critérios de avaliação propostos: a universabilidade; a consistência e a coerência e o consequencialismo.

Quanto ao critério de considerar a decisão justificada de tal modo que possa ser utilizada em casos análogos, a cláusula geral desse julgado poderia ser exposta da seguinte forma “a declaração de nulidade exige a comprovação de prejuízo, em consonância com o princípio *pas de nullité sans grief*, consagrado no art. 563 do Código de Processo Penal”. Todavia, esta premissa para justificar a decisão normativa, deve contar pelo menos com uma premissa que seja a expressão de uma norma geral ou de um princípio (a premissa maior do silogismo judicial), o que não se verifica no enunciado. Contudo, os argumentos do voto do Ministro Relator no RESP n. 1.862.433/MA, não podem ser utilizados a outros casos com as mesmas características, ou seja, a passagem do precedente a uma regra jurídica.

Quanto a fazer sentido em relação ao sistema jurídico, a decisão precisa atender os critérios da *consistência e coerência*. Na decisão do RESP n. 1.862.433/MA, o requisito da consistência considera-se atendido, pois as premissas normativas não entram em contradição com normas



estabelecidas de modo válido. Todavia, quanto ao requisito da coerência este não se encontra atendido, pois está incompatível com os valores e princípios do direito brasileiro vigente (arts. 1º, Inciso III, e 5º, *caput* e Inciso III, da Constituição Federal (CF) – princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da vedação ao tratamento desumano ou degradante); artigo 5º, Inciso XLI, da CF (vedação qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais) e 5º, Inciso LVII, da CF (princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade).

Além disso, pode-se acrescentar que a decisão do RESP não enfrentou o disposto na resolução das Organizações das Nações Unidas que trata das Regras Mínimas para Tratamento de Prisioneiros, conhecida como Regras de Mandela que, dentre outras diretrizes, estabelece a Regra 19 que “em circunstâncias excepcionais, quando o preso necessitar afastar-se do estabelecimento penitenciário para fins autorizados, ele poderá usar suas próprias roupas, que não chamem atenção sobre si” (BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

Trata-se de Resolução aprovada em Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) da qual o Brasil é signatário. Tal documento buscar recomendar aos Estados bons princípios e práticas no tratamento de presos e na gestão prisional. Nesse sentido, apesar da resolução não ter sido ratificada pelo direito positivo local, para a teoria de MacCormick os tratados internacionais ratificados são considerados como parte do direito vigente. Assim, o julgador deve levar em consideração os documentos internacionais. Portanto, deve a decisão judicial manter coerência com os princípios da referida Resolução da ONU.

Por fim, a argumentação exposta na decisão monocrática não se compromete com qualquer efeito provável decorrente da ausência de nulidade de usar a roupa do presídio na sessão do Tribunal do Júri, apesar do protesto da defesa. Na decisão em análise o julgador apenas menciona que não houve demonstração de prejuízo para a defesa do réu o uso da roupa do presídio, deixando de considerar como os argumentos utilizados não vão gerar consequências melhores se comparadas com alternativas de solução.

Está implícito na decisão que acolher a justificativa do Ministério Público significa, sob uma ótica utilitarista, evitar que sessões do Tribunal do Júri realizadas com o réu vestido com o uniforme do sistema penitenciário sejam anuladas em todo o Brasil.

Dessa forma, uma parte necessária da justificação da decisão consiste em demonstrar que elas não contradizem regras jurídicas validamente estabelecidas (*consistência*), outra parte adicional consiste em mostrar que elas estão apoiadas em princípios jurídicos estabelecidos ou em analogias próximas e razoáveis feitas a partir de regras jurídicas estabelecidas, sempre que algum princípio defensável sustente a relevância da analogia.

4. CONCLUSÃO

A decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a (não) nulidade da sessão popular em razão do réu está vestindo as roupas do sistema penitenciário (uniforme de presidiário), apesar de pedido da defesa pelo adiamento para o uso da indumentária civil, constitui um caso difícil. Um caso é considerado difícil quando não se consegue aplicar o raciocínio lógico dedutivo a partir da norma e a decisão de julgamento aplicável ao caso fático.

O principal objetivo da teoria de Neil MacCormick é fornecer uma adequada compreensão da justificação nos casos difíceis, para isso faz-se necessário recorrer a critérios para aferir a correção da decisão, tendo em vista que, as decisões judiciais devem ser racionalmente justificadas como concretização do ideal do Estado Democrático de Direito. MacCormick, propõe a universalidade, a consistência e a coerência e o consequencialismo como elementos para determinar a correção de uma decisão.

Dessa forma, no presente artigo foram inicialmente expostas as ideias sobre a importância da argumentação jurídica no contexto do pós-positivismo ou Neoconstitucionalismo, o que levou ao desenvolvimento das primeiras teorias sobre a argumentação jurídica em 1950, passando pelas teorias ditas padrões da argumentação, e, nesse ponto, servindo-nos da teoria de Neil MacCormick para analisar a correção da decisão proferida no RESP n. 1.862.433/MA.

Pela análise da decisão com a teoria de justificação de Neil MacCormick concluiu-se que a decisão proferida no RESP n. 1.862.433/MA não é universalizável, porque a possibilidade de realização da sessão de júri popular com o réu utilizando as roupas do presídio, apesar do protesto da defesa, foi considerada uma situação excepcional, não devendo, portanto, ser



repetida. É consistente porque os argumentos utilizados não entram em contradição, todavia esse não é uma condição necessária para a justificação da decisão.

A decisão não é coerente, pois as proposições analisadas em conjunto com as normas da Constituição Federal e mesmo com a Resolução das Regras de Mandela da ONU (Regras de Mandela), que o Brasil é signatário, não atendem ao conjunto de princípios e valores hierarquicamente superiores. Verifica-se ainda, na decisão, a inexistência da análise sobre as consequências de não considerar como prejuízo para o réu o uso das vestes do presídio, mesmo com o pedido da defesa.

Portanto, a decisão proferida no Recurso Especial n. 1.862.433/MA não está baseada em argumentos universalizáveis e coerentes, não podendo ser considerada uma solução adequada nem legítima no Estado Democrático de Direito, e, notadamente, não serve como precedente para casos similares.

REFERÊNCIAS

- ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito -Teoria da Argumentação Jurídica**. 2. ed. [S. l.]: Forense Universitária, 2014a.
- ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito -Teoria da Argumentação Jurídica**. 2. ed. [S. l.]: Forense Universitária, 2014b. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5571-7/>.
- ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentação jurídica**. 1. ed. Curitiba: Alteridade, 2017.
- ATIENZA, Manuel. Entrevista a Neil MacCormick. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, [s. l.], v. 0, n. 29, p. 479, 2006.
- ATIENZA, Manuel. **Las razones del Derecho: Teorías de la argumentación jurídica**. 2. ed. México: Univesidad Nacional Autonoma de México, 2005.
- ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, [s. l.], v. 7, n. 2, p. 1–24, 2014c.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, [s. l.], v. N° 15, n. janeiro/fevereiro/março, p. 1–31, 2007.
- BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras mínimas das Nações Unidas para tratamento dos presos**. Brasil: 2016.



BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL 1862433/MA. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. NULIDADE. INDEFERIMENTO DE ADIAMENTO SESSÃO DO JURI. RÉU COM VESTIMENTAS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. RECURSO ESPE. 2020.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO. Apelação Criminal 96502019. PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. MOTIVO FÚTIL. PRELIMINAR DE EXTEMPORANEIDADE DA OFERTA DE RAZÕES DO 2º APELO. MERA IRREGULARIDADE. APELANTE QUE FOI SUBMETIDO A JULGAMENTO UTILIZANDO UNIFORME DO SISTEMA PENITENCIÁRIO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA ISONOMIA, DA VEDAÇÃO AO TRATAMENTO DESUMANO OU DEGRADANTE E DA VEDAÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. AFRONTA À GARANTIA DA PARIDADE ARMAS NO PROCESSO PENAL. NULIDADE ABSOLUTA. NECESSIDADE DE ANULAÇÃO DA SENTENÇA E DA SESSÃO DE JULGAMENTO. 1º APELO PREJUDICADO. 2º APELO CONHECIDO E PROVIDO. 2019.

CARDOSO, Argemiro *et al.* A NOÇÃO DE COERÊNCIA NA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE NEIL MACCORMICK: CARACTERIZAÇÃO, LIMITAÇÕES, POSSIBILIDADES. **Novos Estudos Jurídicos**, [s. l.], v. 16, n. 2, p. 207–221, 2011.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janed. [S. l.]: Elsevier, 2008.

ROESLER, Claudia. A análise da decisão judicial em perspectiva crítica: o que fazemos quando analisamos decisões judiciais. *In*: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (org.). **Retórica e Argumentação Jurídica: modelos em análise**. Curitiba: Alteridade, 2018. p. 21–44.

RÜBINGER-BETTI, Gabriel. Os critérios de avaliações judiciais segundo Neil Maccormick. *In*: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (org.). **Retórica e Argumentação Jurídica: modelos em análise**. Curitiba: Alteridade, 2018. p. 67–97.

STRECK, Lenio Luiz. SUPERANDO OS DIVERSOS TIPOS DE POSITIVISMO: PORQUE HERMENÊUTICA É APPLICATIO?. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, [s. l.], v. 34, n. 2, p. 275–298, 2014.

