

**TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO DIREITO DE NEIL MACCORMICK: A  
RELAÇÃO ENTRE A ORDEM JURÍDICA E A ORDEM MORAL**  
*NEIL MACCORMICK'S NEOINSTITUTIONAL THEORY OF LAW: THE RELATIONSHIP  
BETWEEN LEGAL AND MORAL ORDERS*

**Francielle Benini Agne Tybusch\***  
**Evilhane Jum Martins\*\***  
**Nathália Tavares de Souza Almeida\*\*\***

**RESUMO:** Neil MacCormick no livro *Institutions of Law: An essay in legal theory* expressa a consolidação da sua teoria que ficou conhecida como neoinstitucionalista. O autor formula sua teoria no que tange a normatividade do Direito. A teoria de MacCormick tem como ponto fulcral a ideia de Direito como uma ordem normativa institucional. Nesse sentido, objetiva-se analisar de forma descritiva os seus principais pressupostos, levando em conta que a teoria do direito proposta pelo autor - a nova teoria institucional do direito – ilustra que ele não se apresenta como positivista puro. Tem como problema: o que poder-se-ia entender por Direito e, por consequência, uma ordem normativa institucional a partir de MacCormick? A fim de responder o presente questionamento, a metodologia empregada obedece ao trinômio: Teoria de Base/Abordagem, Procedimento e Técnica. Como Teoria de Base e Abordagem optou-se pelo método dedutivo. Os procedimentos elegidos foram a pesquisa bibliográfica e documental (em meios físicos e digitais). A técnica empregada foi a construção de fichamentos e resumos estendidos. O neoinstitucionalismo é uma das importantes teorias que se propõe a atualizar o legado positivista e se mostra relevante no cenário do pensamento jurídico contemporâneo.

**Palavras-chave:** Neoinstitucionalismo; teoria institucional do direito; ordem normativa institucional.

\* Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM com bolsa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul, FAPERGS. Bacharel em Direito pela Faculdade Palotina de Santa Maria - FAPAS. Professora do Curso de Direito da Universidade Franciscana - UFN. Professora Substituta do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. Membro da equipe técnica da Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global da Universidade Federal de Santa Maria. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade (GPDS) da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM e do Grupo de Pesquisa em Direito, Risco e Ecocomplexidade da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS.

\*\* Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA), Linha de Pesquisa: Direitos Humanos e Meio Ambiente. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Bacharel em Direito pela Universidade da Região da Campanha (URCAMP). Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos dos Povos e Comunidades Tradicionais da Universidade Federal do Pará, integrante do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade da Universidade Federal de Santa Maria e, integrante do Grupo de Pesquisa Tutela de Direitos e sua Efetividade vinculado à Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Realiza pesquisas no âmbito da América Latina que congregam os seguintes ares do saber: Jurisdição e Processo na contemporaneidade, Direito Internacional Público, Direito Ambiental, Direito e Sustentabilidade, Ecologia Política e Geopolítica Ambiental. Autora do livro: “A encruzilhada sul-americana na economia dos agrotóxicos: o cenário geopolítico ambiental e as implicações no tratamento jurídico e ecológico”.

\*\*\* Mestre em Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário do Pará (CESUPA). Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos dos Povos e Comunidades Tradicionais da Universidade Federal do Pará. Integrante da equipe do Núcleo de Propriedade Intelectual (NUPI-CESUPA), atuando com pesquisa sobre proteção do conhecimento tradicional, notadamente na Amazônia.

**ABSTRACT:** Neil MacCormick in the book *Institutions of Law: An essay in legal theory* expresses the consolidation of his theory which became known as neoinstitutionalist. The author formulates his theory regarding the normativity of Law. MacCormick's theory focuses on the idea of law as an institutional normative order. In this sense, it aims to analyze in a descriptive way its main assumptions, taking into account that the theory of law proposed by the author - the new institutional theory of law - illustrates that it does not present itself as a pure positivist. It has a problem: what could be understood by law and, consequently, an institutional normative order from MacCormick? In order to answer the present question, the methodology used obeys the trinomial: Theory of Basis / Approach, Procedure and Technique. As Theory of Base and Approach, we opted for the deductive method. The chosen procedures were the bibliographical and documentary research (in physical and digital media). The technique used was the construction of extended abstracts and files. Neoinstitutionalism is one of the important theories that intends to update the positivist legacy and is relevant in contemporary legal thinking.

**Key-words:** Neo-institutionalism; institutional theory of law; institutional normative order.

## 1. INTRODUÇÃO

Neil MacCormick, catedrático de Direito Público na Universidade de Edimburgo na Escócia, é um importante teórico com contribuições tanto para a argumentação jurídica quanto para a teoria do direito. O referido autor acreditava que a sua teoria não contraria as correntes positivistas mais tradicionais como a de Herbert Hart (*The Concept of Law*, 1961), entretanto, entende necessário apresentar um complemento ou atualização e extrapolar o que já foi dito.

No Brasil, MacCormick é ainda um autor pouco lido nos cursos de graduação e pós-graduação, e conhecido apenas como teórico da argumentação jurídica. A teoria institucional do direito está presente no terceiro livro de uma coleção publicada pela Oxford University Press (*Law, State and Practical Reason*). Na obra, o autor revela que entende o fenômeno jurídico como uma ordem normativa institucional. Assim, o autor tem como premissa básica que o Direito é uma ordem normativa institucional, e temos que esse conceito de normatividade estrutura toda a sua teoria do direito.

Nesse sentido, o presente artigo pretende analisar de forma descritiva os principais pressupostos da teoria de MacCormick, ressaltando que, a teoria do direito proposta pelo autor - a nova teoria institucional do direito - ilustra que o mesmo não se apresenta como positivista puro. Assim, para ilustrar o que vem a ser uma ordem normativa, utiliza, primeiramente, para esclarecer este conceito, o exemplo da prática de filas, o tipo de prática que podemos observar que constantemente seguimos e orientamos nossa conduta sem questionar o motivo. Aborda

ainda quem tem a autoridade para estipular esses padrões de conduta de modo a institucionalizar essa ordem, o que é feito e materializado em regras.

Dizer que o direito é uma ordem normativa institucional, portanto, implica em analisar o papel das agências na sua institucionalização. A partir delas, a ordem institucionalizada, e, por conseguinte, o direito, não versam de mera e livre convenção, mas portam instituições mandatórias que se tornam um referencial com base no qual os desvios serão passíveis de crítica ou até mesmo sancionáveis.

Tendo em vista tais considerações, a presente pesquisa se sustenta na seguinte problemática: Partindo da análise da teoria institucional do direito, o que poder-se-ia entender por Direito e, por consequência, uma ordem normativa institucional a partir de MacCormick?

A fim de responder o presente questionamento, a metodologia empregada obedece ao trinômio: Teoria de Base/Abordagem, Procedimento e Técnica. Como Teoria de Base e Abordagem optou-se pelo método dedutivo. Os procedimentos elegidos foram a pesquisa bibliográfica e documental (em meios físicos e digitais). A técnica empregada foi a construção de fichamentos e resumos estendidos.

Desse modo, a presente investigação está subdividida em duas seções sistematicamente interligadas. Inicialmente discutir-se-á o que o autor entende por ordem normativa e, posteriormente, o que se entende por ordem normativa institucional, a qual se distingue de ordem normativa informal (categoria da qual, em última análise, faz parte a moral). Em seguida, a partir da descrição de paralelo com a literatura, discute-se a valorização do *insight* hartiano sobre o ponto de vista interno dado pelo autor, buscando-se as diferenças entre Direito e Estado ressaltadas pelo autor.

No tópico seguinte, será abordado a tese de separação entre direito e moral defendida pelo autor que afirma que a despeito de serem conceitualmente diferentes, não sustenta uma independência mútua. Sendo assim, o direito e a moralidade se distanciam em função do caráter positivo da lei contrastada com a autonomia fundamental da moralidade.

## **2. O FENÔMENO JURÍDICO COMO ORDEM INSTITUCIONAL NORMATIVA**

A premissa básica da teoria do Direito de Neil MacCormick é a definição do Direito como uma ordem normativa institucional. A teoria do autor tem como pontos elementares dessa definição de direito os conceitos de (i) normas, (ii) ordem normativa e (iii) institucionalização

da ordem normativa. A partir desses três pontos se pode apreender o que ele entende por ordem normativa institucional.

A habilidade humana de comunicação inteligível através da linguagem é um exemplo que o autor fornece, uma vez que a mesma se estrutura com base em normas complexas de origem indeterminada. Contudo, as normas ainda que implícitas e de difícil reconstrução não tornam a comunicação inteligível. MacCormick ao estudar as instituições, bem como as práticas jurídicas investiga o que as torna tão evidentes como padrão à conduta humana ou senão o que as torna desejáveis (MACCORMICK, 2007, p. 295).

Quando o autor se refere a normas, ele está falando tanto de normas jurídicas, como outros tipos presentes no nosso dia-a-dia. Um exemplo de simples apreensão de norma implícita utilizada de forma cotidiana e até irrefletida é a prática de filas.

Geralmente, há a formação automática de filas para tomar o ônibus ou no supermercado, ainda que sem qualquer ingerência exterior “oficial”, o que se faz sem a necessidade que hajam empurrões, por exemplo. Quando houver ordem ou organização desse tipo está presente o que o autor denomina de ordem normativa.

Se, por outro lado, uma organização deste mesmo tipo (formação de uma fila) depende de um programa de ação previamente estabelecido já se vislumbra a sua institucionalização. Seria o caso de um sistema de prestação de serviços (para reservar passagens de trem, por exemplo) que fornece senhas e dispõe de uma sequência numérica eletrônica que será seguida para o atendimento, nessa situação já se vislumbra que aquela prática de fila foi institucionalizada. Isso implica dizer que existe a possibilidade de uma ordem normativa adquirir a forma de uma ordem normativa institucional (MACCORMICK, 2007).

Nesse cenário, alcançar a ordem almejada só é possível se esse conjunto de padrões de conduta forem observado pelas pessoas como mandatórios (eficácia), ao passo que haja observância do que foi estabelecido como norma (padrão, esperado). Essas expectativas dependem, em última análise, que esse conjunto normativo seja no todo inteligível racionalmente, o que confere uma qualidade sistêmica a essas normas que fundamentam a aspiração a ordem.

Para explicar, portanto, a normatividade do direito, MacCormick usa o exemplo de fila, e que para o interesse deste artigo será um exemplo que vai acompanhar nossas ideias até o final. Usá-lo como ilustração pode parecer algo banal, mas como explica Berteza tem o seu propósito e cumpre-o muito bem:

Isso é algo com o que todos nós estamos muito familiarizados, e pode parecer sem relação com o direito, com certeza, mas serve perfeitamente o propósito, porque temos aqui uma prática (filas) que exemplifica as características básicas do Direito: quando há fila, nós normalmente encenamos algo tendo a estrutura de uma prática ordenada e institucionalizada dotado de força normativa. E assim, se olharmos para os traços fundamentais das filas podemos lançar luz sobre a natureza do próprio direito, e se explicarmos a força normativa da fila, podemos ser capazes de ganhar alguns insights sobre a normatividade do Direito. (tradução livre)<sup>1</sup> (BERTEA, 2012, p. 4)

“O mundo que nos rodeia, o nosso mundo humano, bem como o nosso planeta, inclui não apenas puros fatos físicos e realidades fáticas, mas também fatos institucionais” (tradução livre)<sup>2</sup> (MACCORMICK, 1998 p. 301). Diferente da realidade fática, os fatos institucionais dependem de atos e eventos interpretados à luz da ordem normativa. Quando um pedaço de papel retangular é reconhecido como dinheiro ou um pedaço de plástico como cartão de crédito, tomamos informações não factuais para formar esse entendimento. Por isso, eles têm sempre interpretação subjacente e fazem necessariamente referência a um quadro normativo.

Essa realidade não factual da qual obtemos as informações que solidificam esses conceitos contém um conjunto de regras (jurídicas ou não) que fazem referência a definição de dinheiro e crédito ao consumo, por exemplo. Sem esses pressupostos não seria possível dar significado àqueles outros. “Interpretação das coisas e seu uso à luz das regras relevantes é o que faz com que esses objetos físicos tenham o significado que eles têm (tradução livre) (MACCORMICK, 2007, p. 11)<sup>3</sup>

O que, sobretudo, permite assumir a sua relevância para o convívio em sociedade “estabelecendo uma ideia preliminar de fatos institucionais como onipresentes e elementos inerentes da realidade social”. (MACCORMICK, 2007, p. 11) (tradução livre)<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Texto original: “This is something we are all very familiar with, and it may seem unrelated to law, to be sure, but it aptly serves the purpose because we have here a practice (queuing) that exemplifies the basic features of law: when we queue, we typically enact something having the structure of an orderly and institutionalized practice endowed with normative force. And so, if we look at the fundamental traits of queuing we can shed light on the nature of law itself, and if we explain the normative force of queuing we might just be able to gain some insight into the normativity of law”

<sup>2</sup> Texto original: “The world around us, our human world as well as our planetary environment, includes not just sheer physical facts and realities, but also institutional facts”

<sup>3</sup> Texto original: “Interpretation of the things and their use in the light of the relevant rules is what makes such physical objects have the meaning they have”

<sup>4</sup> Texto original: “establishing a preliminary idea of ‘institutional facts’ as omnipresent and inherent elements of social reality”

Se negligenciarmos a maneira pela qual as instituições podem emitir normas, vamos ter deixado escapar muito de sua importância sobre a centralidade na sociedade moderna. E se negligenciarmos a maneira pela qual as normas que são emitidas por instituições podem tornar-se importantes apenas por causa de sua emissão institucional, vamos ter deixado de perceber muito da importância do direito (tradução livre)<sup>5</sup>. (SCHAUER, 2009, p. 15)

Para quem está familiar com o vocabulário jurídico, o autor explica como essa mesma ideia de instituições se relaciona na nossa mente de forma automática com alguns conceitos:

Para aqueles familiarizados com o direito, a ideia de fatos institucionais liga-se facilmente com a ideia de que um elemento importante na lei ocidental é formada por "instituições" (a palavra comumente usada neste contexto) como contrato, a propriedade, o casamento, crédito, fundação ( Stiftung), e semelhantes. Ele também se conecta com a ideia de que a lei é 'institucional' no sentido de ser administrada através de 'instituições' como tribunais, legislativo, agências do Ministério Público, forças policiais, e outros semelhantes. A reflexão sobre estas ideias lança luz sobre muitas questões que têm preocupado os pensadores legais ao longo dos séculos. Por outro lado, a reflexão sobre o caráter normativo do direito, por sua vez, ajuda a esclarecer muito sobre todos os tipos de instituições e os fatos institucionais que estão conectados a eles. (tradução livre) (MACCORMICK, 1998, p. 302)<sup>6</sup>

O primeiro ponto para enxergar o direito inserido no gênero ordem normativa e mais especificamente na espécie comportada por aquela - ordem normativa institucional - é saber o que é cada parte dessa definição: ordem, normatividade e institucionalidade. O autor usa o exemplo da fila reiteradamente por ser um exemplo "mundano" ao qual provavelmente estamos familiarizados:

---

<sup>5</sup> Texto original: "If we neglect the way in which institutions can issue norms we will have missed much of importance about the centrality of institutions in modern society. And if we neglect the way in which the norms that are issued by institutions can become important just because of their institutional issuance, we will have missed much of importance about law"

<sup>6</sup> Texto original: "For those concerned with law, the idea of institutional facts links up easily with the idea that an important element in Western law is formed by 'institutions' (a commonly used word in this context) like contract, property, marriage, trust, foundation (stiftung), and the like. It also connects with the idea that law is 'institutional' in the sense of being administered through 'institutions like courts, legislatures, public prosecution agencies, police forces, and the like. Reflection on these ideas casts light on many questions that have preoccupied legal thinkers over the centuries. On the other hand, reflection about the normative character of law in its turn helps to clarify much about all sorts of institutions and the institutional facts that are connected with them".

ocorre espontaneamente e sem qualquer intervenção ou direção oficial, por vezes, de uma forma mais organizada e dirigida. A prática de 'fila', ou 'formar fila', é certamente uma questão de experiência comum. Na medida em que as pessoas 'esperam a sua vez' em uma fila, há um movimento ordenado pelo check-out, ou em um bonde ou ônibus, até o limite de lugares disponíveis a bordo, e, em seguida, para o próximo ônibus [...] Indivíduos mais fracos ou menos fortes não são forçados a sair ou 'atropelados' até que ninguém mais tente passar. Do ponto de vista de praticamente todas as pessoas, uma espécie de justiça e eficiência prevalece. Não há necessidade de funcionar perfeitamente a fim de trabalhar de forma satisfatória. Sempre pode haver alguém 'desaforado' o suficiente para 'furar' a fila. (tradução livre)<sup>7</sup> (MACCORMICK, 2007, p. 13)

A conformidade esperada às normas pode sofrer desvios sem com isso comprometer a prática da instituição em si, contudo, existe um mínimo de obediência que a torna eficaz. Dizer que cada um deve 'esperar a sua vez' pressupõe que existe de fato uma prática mutuamente coordenada a esperar na fila e ser atendido um por vez pela maioria, caso contrário seria impossível sustentar a formação de filas. (MACCORMICK, 2007, p. 14)

As normas são usadas no juízo que o indivíduo faz sobre o que fazer, a exemplo da fila. A prática de fila é normativa, porquanto sempre que houver uma formação de fila para algo que você também se interessa, você deveria (*ought to*) esperar a sua vez. "Tal indutor de ação 'deveria' (*ought to*) nos alerta para a presença de alguma norma, e ao caráter normativo das opiniões que as pessoas têm em tal definição" (tradução livre)<sup>8</sup> (MACCORMICK, 2007, p. 14). Se várias pessoas desejam a mesma coisa (comprar uma passagem de trem), as pessoas, reconhecendo que as outras tem interesses similares e para que todos alcancem seu objetivo de modo a evitar conflitos, têm o entendimento mútuo da necessidade de formar e obedecer uma fila. (MACCORMICK, 2007, p. 15)

A conduta humana, segundo o autor, de forma cotidiana é guiada por uma ordem normativa. Os relógios marcam o tempo, e nós guiamos nossos compromissos com base no

---

<sup>7</sup> Texto original: "it occurs quite spontaneously and without any official intervention or direction, sometimes in a more organized and directed way. The practice of 'queuing', or 'standing in line', is surely a matter of common experience. To the extent that people 'take their turn' in a queue or line, there is an orderly movement through the checkout, or on to a tramcar or bus, to the limit of places available on board, and then on to the next tram or bus that calls at the stop. [...] Weaker or less forceful individuals are not forced out or 'jumped over' till nobody else is left trying to get through. From nearly everybody's point of view a kind of fairness and efficiency prevails. This need not to work perfectly in order to work satisfactorily. There may always be somebody with brass neck enough to jump the queue"

<sup>8</sup> Texto original: "Such an action-guiding 'ought' alerts us to the presence of some kind of norm, and to the normative character of the opinions that people hold in such setting"

relógio, mas o que é o tempo? No livro anterior ao ora debatido, *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, onde já havia um esboço de onde a teoria do autor iria se encaminhar, ele ilustra essa questão com um brilhante exemplo literário remetendo a obra *As Viagens de Gulliver* de Jonathan Swift.

No livro, um dos clássicos da literatura, em um dos trechos, Gulliver é capturado e revistado, e no relato dos seus pertences a descrição dos comissários de Lilibut encarregados dessa atividade é precisa e permite que identifiquemos que entre um de seus pertences se encontra um relógio, mas faz também com que questionemos porque conseguimos distinguir aquele artefato como relógio e o seguimos – criticando o próprio modo de vida ocidental.

Os comissários conseguem com grande êxito fazer uma descrição externa, sem saber o que é, apenas compreendendo os seus aspectos físicos, que sobremodo não capturam o significado que aquele apetrecho tem para o homem ocidental. Do ponto de vista externo se trata de apenas um objeto sem significado, pois este apenas é compreendido por quem partilha das convenções sociais que lhe conferem sentido inteligível. Desse modo, explicita como a questão de medir o tempo é algo que fora há muito internalizado e corporificado e pode ser observado na ordem social (MACCORMICK, 2009).

Nesse contexto, formar fila de forma espontânea e o relógio são exemplos que ilustram como se abandonarmos o seu sentido como posto ou algo dado e natural, podemos compreender que esse engajamento revela mais a fundo o que temos por trás delas como conceitos subjacentes que a informam. Quem utiliza e interage com esse complexo conjunto de convenções normativas – ou ordem normativa- é que tem consciência das convenções ou normas convencionais que conferem significados.

Vamos à escola, à universidade, ao trabalho com pontualidade seguindo nossas obrigações relacionadas e sabemos implicitamente como fazê-lo ou como dizer as horas, como realizar tarefas cotidianas e todas elas funcionam porque todos seguem as mesmas regras internas. Essas normas e padrões que observamos todos os dias não necessariamente nos foram justificadas, nem tentamos reconstruí-las ou saber como foram formuladas. Ainda assim, nos comunicamos de forma inteligível e seguimos observando normas e padrões de conduta, o que mostra a importância destes para a vida social.

Se, por exemplo, um professor marca uma avaliação e um horário para a sua realização, não será questionado por que seremos avaliados, porque nesse horário, nem a que tempo ele se refere. Esses padrões são onipresentes. Em vários aspectos de grande relevância na vivência em comunidade se tem “regularidades que nós podemos discernir em conduta



observada do que Hart, memoravelmente, nomeou ponto de vista interno” (MACCORMICK, 2010, p. 255). MacCormick valoriza o *insight* de Hart notadamente sobre o ponto de vista interno, mas entende que se deve conduzir ou nas suas palavras extrapolar o ponto que foi deixado por Hart.

Diferenciamos falantes da linguagem, usuários de relógios, pessoas que tentam manter seus compromissos e quem “fura” fila, por exemplo. Todas essas regularidades são informadas por normas de comportamento implícitas as quais, por sua vez, utilizamos para guiar nosso comportamento e julgar a conduta alheia, pois se espera que esses padrões sejam observados pelos demais indivíduos. Existem comportamentos que um observador externo poderia identificar, mas por outro lado, existem regras de conduta que geram esses comportamentos que apenas o observador interno pode compreender.

Novamente surge a questão da observância compartilhada. “Furar” fila não é algo aceitável e o padrão está em respeitar a ordem da fila. Isso é algo implícito e também partilhado como padrão na comunidade que se esforça para manter essa ordem. “A ordem que depende de uma observância razoável e fiel das normas implícitas e padrões tais como aqueles envolvidos nos exemplos mencionados chama-se ordem normativa” (MACCORMICK, 2010, p. 256).

Esses padrões guiam nossa ação e o que pensamos das condutas alheias como espelhadas ou não em padrões ideais. Quando não se encaixam nesse padrão, são tidas como contra a ordem normativa e são passíveis de crítica. “É uma ‘ordem normativa’, porque, ou na medida em que, pode-se explicá-la fazendo referência ao fato de que os atores estão guiando suas ações por referência a uma opinião a respeito do que eles e outros devem fazer” (tradução livre) <sup>9</sup>(MACCORMICK, 2007, p. 15)

A prática de filas é possível ainda que nunca tenha havido um acordo explícito sobre o seu significado, para o autor, isso representa que haja algum tipo de ideia comunitária subjacente. Importante frisar, que, como qualquer prática social, podem haver diferentes nuances a depender do contexto sociocultural que se insere (MACCORMICK, 2007, p. 16).

Eu ajo de acordo com o que acho certo a fazer, bem como penso que você também acha isso direito e age reciprocamente conforme sua opinião, e assim por diante. Temos crenças mútuas que são normativas em seu conteúdo, e pessoas suficientes agem com base nessas crenças para que possa ser o caso de que as crenças mútuas

---

<sup>9</sup> Texto original: “It is a ‘normative order’ because, or to extent that, one can account for it by reference to the fact that actors are guiding what they do by reference to an opinion concerning what they and others ought to do”

são em geral cumpridas, e que os casos detectados de não conformidade são tratados como desvio de conduta. (tradução livre)<sup>10</sup>(MACCORMICK, 2007, p. 17-18)

O autor distingue ainda ordem normativa informal de ordem normativa institucional. A primeira se encontra em situações que dependem de crenças mútuas, nesse tipo de ordem não há preocupação com a autoridade que emite e rege as normas, como no caso de filas não institucionalizadas, ou seja, no caso de uma simples convenção. Nesse sentido, a ordem normativa informal carece da exatidão que a institucional pode oferecer e depende do que se convencionou e, dessa forma, pressupõe um entendimento mútuo entre os indivíduos.

Essas normas implícitas dentro de uma ordem normativa informal não tem uma articulação autorizativa *prima facie*, o que significa dizer que elas - também conhecidas como convenções - tem um esforço para unificar as variadas interpretações de uma prática. Não há “necessariamente qualquer agência que possa problematizar formulações explícitas de normas da ordem, muito menos para clarificar dúvida sobre o que é correto ou para estabelecer uma nova versão disso” (MACCORMICK, 2010, p.257) e daí decorrem interpretações rivais de uma mesma prática.

Uma ordem normativa informal pode inclusive se transformar em ordem institucional quando houver:

a emergência de agências que podem dar articulação autorizativa de a *fortiori* pode tanto inovar e estabelecer mudanças em normas comumente observadas ou para serem observadas em um grupo facilitador, como preferencialmente, perfazer uma institucionalização da ordem normativa dentro de uma gama de operações de tais agências (MACCORMICK, 2010, p. 257)

Para pensar porque que deliberadamente as pessoas criariam padrões de conduta é importante perceber que os seres humanos são usuários de normas e as suas interações interpessoais dependem daqueles, por isso a necessidade desse entendimento mútuo determinando o que é certo ou errado e o que se deve fazer (MACCORMICK, 2007, p. 19).

Apresentada as convenções, se passa ao que o autor chama de ordem normativa institucional, para identificá-las cumpre perceber que elas:

---

<sup>10</sup> Texto original: “I act as I think it right to do, subject to thinking you also think it right and act reciprocally on your opinion, and so on. We have mutual beliefs that are normative in content, and enough people act on these beliefs for it to be the case that mutual beliefs are normally satisfied, and and that detected cases of nonconformity are treated as wrong on the same account”.

são caracterizadas pela presença de normas publicizadas e decisões em textos autênticos (isto é, de alguma forma oficial ou autorizada), de tal maneira que compreender e interpretar tais textos torna-se uma parte implícita de manutenção da ordem. (MACCORMICK, 2010, p. 257)

Assim, nem sempre a organização em filas decorre de uma pura convenção social, mas pode ser imposta como no caso do check-in dos aeroportos em que as filas se categorizam ainda em executivo e primeira classe, por exemplo. Existe ali uma autoridade que regula essa disposição em filas e não meramente uma convenção ou normas implícitas de comportamento, e nesse caso não se baseiam no entendimento mútuo e simples expectativas de observância. São antes normas explicitamente estabelecidas por quem foi encarregado de prestar aquele serviço (MACCORMICK, 2007, p. 21).

Se, por um lado, as “ordens normativas informais não estão centradas sobre agências estabelecidas com autoridade expressa para regular corretas compreensões acerca das normas da ordem normativa ou para assegurar tais regulações” (MACCORMICK, 2010, p. 256). Por outro, no caso das práticas normativas institucionalizadas haverá sempre alguém com autoridade para esclarecer questões ambíguas ou obscuras. “Já não é então uma questão de negociação de diferentes interpretações de convenções vagas, mas é uma questão de decisão, quando alguma dúvida surge [...]” (tradução livre)<sup>11</sup> (MACCORMICK, 2007, p. 21)

Em uma clara analogia as instâncias judiciais, o autor diz que o atendente no balcão seria o decisor de primeira instância para eventuais dúvidas, e infere que se ainda assim se o problema se repete e é recorrente, a inconsistência de pensamento dos diferentes atendentes em casos diferentes pode ser prejudicial ao consumidor. Nesse caso, o gerente elaboraria uma norma mais geral que sanasse a dúvida de maneira uniforme – precedentes?!- a qual vincularia as próximas decisões dos atendentes.

Existem dois níveis ou duas camadas que precisamos apreender sobre a prática normativa. Para tanto, o autor retoma o exemplo da fila que foi formalizada ou institucionalizada. Essa prática continua sendo uma prática normativa referente ao que deve ser feito e o que é a coisa certa a fazer. Mas existe agora, a partir da sua institucionalização - que foi viabilizada através de novas instituições e autoridade com capacidade de sanar dúvidas e

---

<sup>11</sup> Texto original: “it is no longer then a matter of negotiating different interpretations of vague conventions, but it is a matter for decision, when some doubt arises [...]”

conflitos referentes as normas que regem as filas - a ligação entre a prática normativa de formar fila e outra prática normativa de autorizar uma pessoa a autoridade de supervisão. Essa autoridade diz respeito a competência de monitorar a fila, de modo a assegurar que cada pessoa que entra na fila seja atendida na ordem certa, e que ninguém fure a fila ou ninguém seja prejudicado por ter tido a sua vez preterida por quem passou a sua frente. (MACCORMICK, 1998, p. 312)

Essa pessoa que porta a autoridade de supervisor terá margem para decidir se, no caso de uma ordem estabelecida por senha, se uma pessoa ao ter o número chamado não comparece no momento adequado, se essa pessoa perde a vez e deve voltar para o final da fila ou pode ser atendida quando comparecer. O que envolve determinar o que é comparecer no momento adequado: quantas vezes o atendente chamou aquela senha; se o fez de forma inaudível, etc.

Por isso essa configuração dualista a que o autor se refere com 'normas sobre decidir sobre filas' e as 'normas da fila'. As quais correspondem a formulação de normas e sua aplicação e gestão.

Chegamos ao ponto nodal do que vem a ser uma ordem normativa institucional e a importância desse conceito para a melhor compreensão do direito. As ordens normativas formalizadas, como já foi referido anteriormente, giram em torno de agências com autoridade para adjudicar se for o caso de interpretações antagônicas de uma prática comum.

O 'institucional', lembramos, é um 'plus', algo adicionado à ordem normativa. Portanto, segue sendo um conjunto de normas direcionadas sobre o que é certo ou errado fazer, ou seja, normas de conduta partilhadas. Mas esse adicional vai permitir que, para assegurar as relações que dependem dessas normas, exista uma articulação autorizativa conferida pelas agências - as quais fornecem essa mesma compreensão sobre a correta interpretação das normas que compreendem essa ordem.

As agências, dentro de uma ordem normativa formalizada, podem além de sanar dúvidas de interpretação sobre uma norma, formular essas normas, agora de forma explícita, abandonando aquele caráter subliminar da maioria das práticas normativas informais. Sendo assim, aquilo que é esperado, na ordem normativa institucional, pode ser positivado pelas agências.

Questões sobre o que é certo e errado fazer e como agir são agora respondidas pelas próprias agências sem a necessidade de buscar um entendimento mútuo. A partir dessa institucionalização, existem agências com competência para determinar ou retificar o que havia sido dito a propósito de uma mesma prática, bem como estabelecer novos paradigmas.

O surgimento dessas agências fornece a institucionalização da ordem normativa, ou seja, com a sua emergência podemos observar a sua caracterização como não apenas ordem normativa, mas ordem normativa institucional. Assim, seguir a interpretação oficial fornecida pelas agências passa a ser elemento essencial à manutenção dessa ordem.

“Ordem normativa é possível, porque os seres humanos são usuários de normas. Eles podem, e, de fato, em todos os lugares coordenam as suas atividades por referência a normas partilhadas ou comuns, mesmo sem fazê-los explícitos e sem formalizá-los de qualquer forma. Esta mesma capacidade de coordenação, por sua vez, possibilita a formalização, ou institucionalização, de agências de determinação, aplicação, e cumprimento de normas (tradução livre)<sup>12</sup> (MACCORMICK, 2007, p. 303)

Essa possibilidade de formalização, portanto, remete às bases informais da ordem normativa. É essa capacidade de convencionar e coordenar condutas em prol de um objetivo comum que, em última análise, permite a institucionalização dessas convenções a partir da delegação de poder às agências. As regras são um termo específico usado para se referir a normas estipuladas explicitamente e aplicadas por quem tem autoridade. Um uso particular desse termo faz referência a articulações que possam ser trabalhadas a partir de dois elementos: o primeiro que estipularia um conjunto de fatos operativos (FO), e “CN”, a consequência normativa que necessariamente segue “FO”, os quais estão relacionados e vinculados.<sup>13</sup>

A força prática das regras, ou qual a força que devemos dar para as regras é um problema enfrentado pelo autor. Ele sugere três possibilidades, para o autor, existem diferentes espectros de obrigatoriedade de aplicação das regras e força prática variável: elas podem ser tratadas como de aplicação absoluta, estrita e discricionária.

Na primeira, se aplicaria a lógica dedutiva (se FO, então CN) como nas regras matemáticas ou de um jogo de xadrez. No segundo caso, haveria margem para, de forma discricionária, abrir exceções - ainda que aquela expressão lógica continuasse a demandar sua aplicação, ou mesmo a possibilidade de *overruling*. Por último, uma regra seria de aplicação discricionária se, diante do caso concreto que se apresentasse balanceado, dado as suas peculiaridades, o tomador de decisões a usasse apenas como alternativa ou plano B. A primeira e a últimas se configurariam como dois extremos (MACCORMICK, 2007, p. 26).

---

<sup>12</sup> Texto original: “Normative order is possible, because humans are norm-users. They can and everywhere do coordinate their activities by reference to shared or common standards, even without making these explicit and without formalizing them in any way. This very capability for co-ordination in turn makes possible formalization, or institutionalization, of norm-establishing, norm-applying, and norm-enforcing agencies”.

<sup>13</sup> Similar a fórmula lógica “se p, então q”, utilizada em Argumentação Jurídica e Teoria do Direito (2009).

O autor deixa claro que o que vai determinar o tratamento a ser dado a regra não é o conteúdo da regra, mas então onde?

A resposta é óbvia - não depende do conteúdo das regras de primeiro nível sobre uma prática, mas em normas de segundo nível, que estabelece os termos de autorização ou concessão do tomador de decisão. ‘Aqui estão as regras que você tem que aplicar; você deve tratá-los como sendo de aplicação absoluta/ de aplicação estrita / de aplicação discricionária.’<sup>14</sup> (MACCORMICK, 1998, p. 317)

Se o tratamento dado às regras for de aplicação absoluta ou estrita, MacCormick afirma que seria o caso de se enquadrarem na categoria elaborada pelo teórico Joseph Raz denominada ‘razões excludentes’.

Se uma regra é de aplicação absoluta, o decisor que está obrigado a aplicá-la deve se questionar somente se naquele fato se vislumbram os fatos operantes (FO) ou não. Já se uma regra é de aplicação estrita, continua relevante avaliar se FO se materializou, mas, por outro lado, é dado ao tomador de decisões avaliar as circunstâncias, ainda que não tenha uma ampla liberdade para tanto. Nesse caso, pode verificar se existe um caso especial que justifique a aplicação direta da CN mesmo se não identificado o FO, ou se seria o caso de não aplicar aquela consequência jurídica ou normativa (CN) mesmo que os fatos operativos se apresentem naquela situação.

Uma regra de aplicação discricionária própria não é excludente nesse sentido, mas servem quando os outros fatores não fornecem uma orientação clara ao tomador de decisão.

A posição de decisão importa em questionamentos sobre o que é o mais sábio, ou o mais justo ou o mais razoável, ou o mais eficiente.

Uma vez que é bom ser justo, bom ser sábio, bom ser eficiente, bom ser razoável, podemos reconhecer estes conceitos como “valores”. Eles são valores diferentes e, assim, um julgamento em que se dá preferência a um é diferente de um julgamento orientados principalmente ao outro. Sendo valores, permitem satisfação em maior ou menor grau; portanto, situações podem ser melhores ou piores, e não simplesmente certa ou errada se julgadas em termos de

---

<sup>14</sup> Texto original: “The answer is obvious – it depends not on the content of the first-tier rules about a practice, but on second-tier norms laying down the terms of authorization or empowerment of the decision-maker. ‘Here are the rules you have to apply; you are to treat them as being of absolute application/of strict application/of discretionary application’”.

um determinado valor (tradução livre)<sup>15</sup>. (MACCORMICK, 1998, p. 319-320)

Uma diferença essencial que o autor propõe em relação as regras seria a universalidade dos valores. Ser justo pode ser um bom valor a seguir na administração de uma fila, mas não somente nessa situação e sim em todas as circunstâncias da vida, o mesmo acontece com os demais valores apresentados pelo autor como eficiência, sabedoria (‘prudência’), razoabilidade e racionalidade, bondade e humanidade. (MACCORMICK, 1998, p. 320)

A partir desses valores é possível extrair generalizações normativas que nos ajudem a colocá-los em prática: “Deve-se ouvir os dois lados da história em qualquer caso de disputa” seria uma dessas generalizações que traduzia o que se quer com valores como justiça e equidade, e, ao atender a essas máximas, esses valores seriam atendidos e assegurados no caso concreto. Contudo, em relação a essas generalizações, justamente por serem universais, não seria útil tentar aplica-las através do método dedutivo. A fórmula dedutiva explicita situações particulares a qual a regra deve ser aplicada, e uma vez que as generalizações derivadas de valores se aplicam a quase todas as circunstâncias não faria sentido estrutura-las dessa forma. Segundo o autor, são essas generalizações derivadas de valores que se denomina princípios gerais. (MACCORMICK, 1998, p. 320)

O autor leciona que o Direito “pertence ao gênero ordem normativa, mais particularmente à espécie ordem normativa institucional, na qual o direito estatal é uma das subespécies mais importantes, porém, de alguma forma, a única” (MACCORMICK, 2010, p. 254).

A normatividade do direito estatal justamente por ser uma ordem institucionalizada não se trata de mais de um exercício de coordenação, o que faz com que se siga obrigatoriamente várias instituições de forma compulsória e o seu desvio se torna mais difícil, pois no caso da não observância do que foi estipulado como norma de conduta não poderá exigir a sua contrapartida, e até mesmo pode vir a ser compelido a seu cumprimento, ou seja, existem várias razões que obrigam os indivíduos a agir precisamente conforme a regra prevista para aquela situação. Importante ressaltar a palavra específica que foi utilizada nesse contexto: exigir, o que faz referência a normatividade do direito estatal a qual se impõe na medida da

---

<sup>15</sup> Texto original: “Since it is good to be fair, good to be wise, good to be efficient, good to be reasonable, we can recognize these concepts as naming ‘values’. They are different values, and thus a judgment oriented primarily to one is different from a judgment oriented primarily to another. Being values, they permit of satisfaction to a greater or less degree; hence situations can be better or worse, not simply right or wrong judged in terms of a certain value”.

estrita observância das regras de determinada instituição. “Desta forma, os fatos institucionais tornam-se duras realidades, fatos que nos constroem, não apenas normas que orientam o julgamento autônomo”. (tradução livre) (MACCORMICK, 2007, p. 33)<sup>16</sup>.

MacCormick foca a sua análise no Estado Constitucional moderno, que, ao final, se tem que a sua estrutura, nas suas mais diversas manifestações, pode ser compreendida como um exemplo especialmente complexo de institucionalização.

No pensamento do autor, a teoria institucional fornece uma concepção pluralística intrínseca do ordenamento jurídico, o que implica dizer que vários sistemas podem coexistir e explica que:

a presente teoria pode endossar completamente a qualidade normativa de qualquer sistema particular de Direito e ainda permite um pluralismo radical de modo que ordens normativas objetivamente válidas podem oferecer respostas conflituosas para o mesmo ponto sem que exista, necessariamente, qualquer método especificamente legal para eliminar o conflito (MACCORMICK, 2010, p. 258)

E, algo que reflete de sobremaneira as práticas dos tribunais e demais agentes públicos vem na conclusão do autor de que “é perfeitamente possível conflitos ficarem sem solução ou que a solução possa ser mais uma questão política do que processual” (MACCORMICK, 2010).

O Direito Estatal não é o único caso de ordem normativa que podemos pensar. São também exemplos de ordem normativa o direito internacional público, o direito da comunidade europeia, o direito europeu dos direitos humanos, o direito eclesiástico, bem como a ordem mantida dentro de universidades e escolas. O autor sugere ainda a reflexão de se essas últimas devem ser consideradas como subordinadas ao direito estatal como hoje são tratadas.

Explica que poder “diz respeito ao que as pessoas podem fazer ou induzir a ser feito”. Por outro lado, poder político inclui e, fundamentalmente, exige a habilidade para usar a força física para superar a oposição direta”.

tem sido característica do poder pelo menos no mundo moderno ser exercido territorialmente, normalmente com o pleito de legitimidade exclusiva em relação a um território mais ou menos definido. No positivismo inglês clássico de Austin ou Bentham, ambos contam e dependem do “hábito de obediência”. O estado é o palco do poder territorial. A política no conceito do dia a dia diz respeito à

---

<sup>16</sup> Texto original: “In this way, institutional facts become hard realities, facts that constrain us, not merely norms that guide out autonomous judgement”



competição sobre o exercício do poder, normalmente sustentado preferencialmente por discurso, retórica ou persuasão, de preferência tratado pelo recurso à força física, mas sempre com alguma referência implícita a essa possibilidade [...] a pretensão a legitimidade que o Estado possui a qual constitui parcela significativa do sucesso que os governantes apresentam ao exercer o poder, comumente dependente da autorrepresentação como corporificadora e institucionalizadora de ordem normativa satisfatória, tanto em termos seculares ou sagrados quanto em alguma mistura. (MACCORMICK, 2010, p. 259)

Contudo, o autor entende que de forma mais explícita, o poder depende, por exemplo, de apoio popular, legitimação democrática, pressão psicológica, indução econômica, dominação retórica, carisma pessoal e controle dos programas públicos.

O autor assevera que o Direito não tem na sua essência a característica de um sistema coercitivo, contudo:

é uma característica dos estados que sejam associações territoriais e coercivas, que reivindicam o monopólio do uso legítimo da coerção em seus territórios [...]. Daí ser aspecto necessário do direito estatal ser coercivamente aplicadas, mediante o uso, quando necessários, de meios físicos para obrigar o cumprimento. O Direito Estatal é coercitivo, bem como uma forma institucional de ordem normativa (tradução livre)<sup>17</sup>. (MACCORMICK, 2007, p. 53)

Na teoria de MacCormick, os conceitos são separados, mas a prática os une. Ou seja, não há uma identidade entre Estado e Direito, mas, em uma sociedade complexa, os agentes ao interagirem uns com os outros orientam suas condutas esperando que a mesma ordem será obedecida pelos demais. Sendo assim, quando há uma falha e alguém não guia sua conduta com base nessas normas alguém pode ser prejudicado. Desse modo, para que haja segurança e para que essas crenças mútuas que pautam o sistema sobrevivam aos desvios, o exercício de poder sustenta sanções para as condutas desviantes.

a ordem normativa não é sustentável sem alguma disposição de poder e, e ao fim, força bruta. Entretanto, não se trata de uma dependência conceitual de norma ou coerção, como a dependência conceitual vista por Austin entre comando, sanção e dever” (MACCORMICK, 2010, p. 260)

---

<sup>17</sup> Texto original: “it a defining character of states that they are territorial and coercive associations, claiming a monopoly of the legitimate use of coercion within their territories.[...] Hence it is necessary aspect of state-law that it is coercively enforced through the use, when necessary, of physical means to compel compliance. State law is coercive as well as an institutional form of normative order”

“Logo, a ideia de Hart quanto a ordem legal não essencialmente coerciva, mas envolvendo ‘cooperação voluntária num sistema coercivo’ pode ser endossada, ainda que dentro de um quadro-padrão que toma certa distância do trabalho dele”. (MACCORMICK, 2010, p. 260).

## 2. A RELAÇÃO ENTRE A ORDEM JURÍDICA E A ORDEM MORAL

Como referido anteriormente, o autor inicialmente propôs uma atualização do positivismo sem necessariamente contrariar as correntes positivistas tradicionais. As críticas que se seguiram ao positivismo jurídico, e que as teorias mais recentes tentam dar conta, fazem graves acusações quanto a sua insuficiência de lidar com a complexidade social deixando margem para arbitrariedades e lacunas.

O autor, não apenas nessa obra, aponta as insuficiências em lidar com o direito a partir de uma visão estritamente positivista. Sobre esse aspecto, explica Michelon:

MacCormick busca oferecer uma solução para o que muitos consideram ser uma insuficiência intrínseca do positivismo jurídico. A tentativa de resolver essa deficiência do positivismo, mesmo que realizada dentro de um espírito não totalmente hostil ao positivismo, distanciou progressivamente MacCormick de seus antepassados positivistas e contemporâneos. Uma boa maneira de entender esta trajetória é de começar por identificar essa alegada insuficiência do positivismo. E essa alegada deficiência é melhor percebido nas apresentações canônicas do positivismo epistemológico por Kelsen e Hart. Em suma, essa deficiência, que é evidente em ambas Teoria Pura de Kelsen e no positivismo analítico de Hart é que o positivismo epistemológico oferece pouca ajuda para o tomador de decisão judicial ou, mais amplamente, para o praticante. Nenhuma das duas ofereceu uma base segura para uma metodologia legal ou de uma teoria da argumentação jurídica.<sup>18</sup> (MICHELON, 2010, p. 2)

---

<sup>18</sup> Texto original: “MacCormick seeks to offer a solution for what many consider to be an intrinsic insufficiency of legal positivism. The attempt to tackle that shortcoming of positivism, even if carried out in a spirit not entirely inimical to positivism, has progressively distanced MacCormick from his positivist forbearers and contemporaries. A good way to understand that trajectory is to start by identifying this alleged insufficiency of positivism. And that alleged deficiency is better perceived in the canonical presentations of epistemic positivism by Kelsen and Hart. Simply put, that deficiency, which is apparent in both Kelsen’s Pure Theory and Hart’s analytical positivism is that epistemic positivism offers very little help to the legal decision-maker or, more broadly, to the practitioner. Neither has it offered the secure basis for a legal methodology or for a theory of legal argumentation”.

Como afirmou em Argumentação jurídica e Teoria do direito, MacCormick pretendia que sua teoria fosse tanto descritiva quanto normativa. Na obra ora analisada, o autor intitula a sua teoria como pós-positivista ao valorizar o lugar do seu caráter descritivo, sem olvidar que esse caráter é sempre orientado para conduzir condutas.

Enquanto a teoria institucional foi desenvolvida originalmente dentro da tradição do pensamento positivista jurídico, MacCormick agora declara ser "pós-positivista". Ele baseia-se em muitos insights de ambos H. L. A. Hart e Hans Kelsen, mas ele rejeita a dicotomia do "positivismo jurídico" e "lei natural" e baseia-se também sobre a teoria da lei natural, particularmente a análise do bem comum de John Finnis. Finnis escreve na tradição aristotélico-tomista e assim também faz MacCormick quando escreve, por exemplo, que o "caráter inteiro da empresa [legal] determina que seus fins intrínsecos, ou 'causas finais', são a realização da justiça e do bem comum, de acordo com uma concepção razoável destes".(tradução livre)<sup>19</sup> (MURPHY, 2006, p. 141-142)

As normas pautam a atividade humana diariamente, sejam elas jurídicas ou morais. A comunidade pode convencionar uma ordem normativa, isto é, um conjunto de normas que entende como necessárias e corretas indicações sobre o que fazer. Essa mesma ordem normativa, que regula inúmeros passos da vida em sociedade, pode se tornar institucional, ainda que não tenha sido criada assim, caso uma autoridade que tenha competência para tanto assim as legitime.

Como já visto, para o autor, o Direito tem a natureza de uma ordem normativa institucional. O Direito seria uma atividade orientada a determinados valores, como a justiça. As garantias fundamentais seriam aqui esses mesmos valores já institucionalizados e assim limites éticos internalizados.

O Direito, em seu caráter de ordem normativa institucional, possui necessariamente, tanto conexões e contrastes com temas políticos quanto com temas morais. O Direito, sendo, ao mesmo tempo, de ordem normativa e de ordem institucional conecta-se, naturalmente,

---

<sup>19</sup> Texto original: "While the institutional theory was developed originally within the tradition of legal positivist thought, MacCormick now declares it to be "post-positivist" (p.5). He draws on many insights of both H. L. A. Hart and Hans Kelsen but he rejects the dichotomy of "legal positivism" and "natural law" and relies also on natural law theory, particularly John Finnis's analysis of the common good. Finnis writes in the Aristotelian-Thomist tradition and so too does MacCormick when he writes, for example, that the "whole character of the [legal] enterprise determines that its intrinsic ends, or 'final causes', are the realisation of justice and the common good, according to some reasonable conception of these".

com cada um dos dois polos em contraste. (MACCORMICK, 2010, p. 269)

Sendo assim, importante entender sobre a relação entre Direito e Moral na teoria do autor é que estes ainda que conceitualmente distintos não podem ser afirmados como independentes.

Seres humanos se tornam indivíduos com um seguro sentido de identidade somente no contexto de família (ou substitutos da família), comunidade e sociedade. Cada um de nós está situado, portanto, em um ponto complexo, na divisa, dentro de uma pluralidade de ordens normativas. [...] Tanto as ordens normativas informais (por exemplo, convenções) quanto as institucionais (regras formais, contratos expressos) fazem pressão sobre nós durante nossa vida ativa. (MACCORMICK, 2010, p. 262)

Cada indivíduo enquanto agente racional é livre para escolher e decidir como agir frente a cada demanda de uma ordem normativa (informal ou institucional). As inúmeras ordens normativas podem se relacionar e exercer pressão sobre o mesmo indivíduo acarretando diversos deveres e responsabilidades. Nesse contexto, o indivíduo precisa estipular suas prioridades e o melhor modo para cumpri-las ou não. E “ninguém, além dela, pode decidir a maneira pela qual deverá conduzir esse complexo processo de deliberação e decisão. Autonomia pessoal é uma condição necessária de agência em uma situação dessas”. (MACCORMICK, 2010, p. 263)

Quando essas várias esferas entram em choque e exigem responsabilidades contraditórias, como quando, por exemplo, uma pessoa é intimada para ser testemunha em um processo criminal contra um membro da própria família, o autor vislumbra que se depara com um nível fundamental de moralidades nos termos kantianos.

Nem sempre as escolhas são fáceis, mas são sempre escolhas e isso é preciso se ter em mente. São livres, pois se não fossem também não seriam escolhas.

Para MacCormick, ainda que as mesmas questões possam ser debatidas sob ótica moral ou jurídica, ele assevera que é mais fácil saber o que o Direito espera como conduta em determinada situação do que a moral poderia fornecer, justamente por conta do caráter institucional do direito que faz com que ele disponha de agências com autoridade que formulam regras de comportamento, enquanto que a moral depende da autonomia moral de cada agente (MACCORMICK, 2007).

O autor explica melhor a autonomia moral:

Autonomia, isto é, a autonomia de cada agente moral, tem um lugar especial na definição de moralidade e na contabilização do carácter especial da deliberação moral e tomada de decisão. Cada agente moral é uma lei para ela / ele próprio(a). De forma literal, a lei moral para cada agente moral é o que ela ou ele razoavelmente julga para determinar o certo é para ela / ele próprio(a)[...]. Aqui, a autonomia permanece, mas a universalidade recua. Qual é a boa vida para mim é certamente o que eu autonomamente construo para mim, aquele para o qual assumo a responsabilidade [...]. Não precisamos, na verdade não devemos achar que é necessário ou mesmo permitido, legislar nosso ponto de vista de uma boa vida para ninguém. [...] Autonomia é uma qualidade das pessoas, ou seja, de sujeitos atuantes, conscientes, que formam a sua vontade de acordo com julgamentos razoáveis com base nas informações obtidas através dos sentidos externos e internos e ganharam na argumentação com os outros ou com a leitura e reflexão. Através da vontade racional eles vão construir e agir de acordo com as conclusões relativas às obrigações e direitos que são inerentemente universalizáveis (tradução livre). (MACCORMICK, 2007, p. 249 – 251) <sup>20</sup>

O que, por sua vez, esclarece a moralidade como conceitualmente distinta do Direito:

Para resumir esta caracterização da moralidade, deliberação e decisão como deliberação moral e decisão moral são autônomos. [...] A moral é intrinsecamente autônoma; e, em consequência, também é tanto discursiva e controversa. [...] O direito tem instituições para estabelecer regras comuns e para torná-las cada vez mais e mais determinadas. Esta "concretização progressiva de normas", como Kelsen observou [...] O direito é (neste sentido) heterônomo, bem como autoritário e institucional; ele fica assim em claro contraste conceitual com a moralidade, que é autônoma, discursiva e controversa. (MACCORMICK, 2007, p. 251- 255)<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Texto original: “Autonomy, that is, the autonomy of each moral agent, has a special place in defining morality and in accounting for the special character of moral deliberation and decision-making. Each moral agent is a law unto her/ himself. More literally, the moral law for each moral agent is that which she or he reasonably judges to determine the right for her/ himself. [...]Here, autonomy remains, but universality recedes. What is the good life for me is certainly that which I autonomously shape for myself, that for which I take responsibility. [...] We need not, indeed should not, think it necessary or even permissible, to legislate our view of a good life for anyone else.[...]Autonomy is a quality of persons, that is of conscious acting subjects, who shape their will according to reasonable judgments based on the information derived through external and internal senses and gained in discussion with others or from reading and reflecting. By that rational will they construct and act upon conclusions concerning duties and rights that are inherently universalizable”.

<sup>21</sup> Texto original: “To sum up on this characterization of morality, deliberation and decision as moral deliberation and decision are autonomous. [...] Morality is intrinsically autonomous; and in consequence it is also both discursive and controversial. [...] the law has institutions for establishing common rules and for rendering them progressively more and more determinate. This ‘progressive concretization of norms’, as Kelsen noted [...] Law is (in this sense) heteronomous, as well as authoritative and institutional; it thus stands in clear conceptual contrast to morality, which is autonomous, discursive, and controversial”.

O contraponto dos dois conceitos reside então na formalidade ou institucionalização da ordem normativa jurídica:

MacCormick diferencia a moral do direito por ser normativa, mas não institucional: a moralidade consagra e depende da autonomia dos agentes morais. A distinção entre direito e moral, no entanto, não impede a possibilidade de estabelecer limites externos sobre o que pode ser aceito como lei válida. Pode haver discordância razoável sobre as condições de “guerra justa”, por exemplo, mas genocídio “não é um projeto justificável em qualquer posição moral razoavelmente enunciável que qualquer agente moral razoável poderia construir” (tradução livre)<sup>22</sup> (MURPHY)

“A moralidade diz respeito a uma ordem normativa concebida para ser válida independente do poder e, ainda, por ser de escopo universal, direcionando todo agente moral dessa forma” (MACCORMICK, 2010, p. 264) justamente por ser independente de poder sua adesão depende estritamente da vontade racional de cada agente.

Decisões morais no contexto de uma escolha real são decisões de princípio. Idealmente, os princípios governantes seriam aqueles que poderíamos arguir em um discurso livre e sem coerção. Esse ideal inclui uma aceitação de que os princípios que governam devem ser universais em sua aplicação e devem considerar interesses e ideais de todas as pessoas capazes de participar do discurso ou suscetíveis de serem afetadas pelo resultado do discurso. Todas as pessoas possuem pleno direito de entrar em um discurso moral, e a decisão final quanto ao certo e errado em questões morais é, para cada agente, uma questão de conclusões que alguém tira através de comprometimentos que esse alguém determina após seu envolvimento em um discurso, verdadeiro ou imaginário, com terceiros. [...] Esse, entretanto, é um ideal abstrato, um modelo-guia. Dilemas morais verdadeiros dizem respeito a decisões concretas tomadas sob pressão de demandas e comprometimentos problemáticos. O melhor que cada um pode fazer é procurar uma visão coerente da situação geral à luz dos princípios que, idealmente governariam determinada situação apreciada em sua completa realidade concreta (MACCORMICK, 2010, p. 264-265)

---

<sup>22</sup> Texto original: “MacCormick differentiates morality from law in being normative but not institutional: morality enshrines and depends on the autonomy of moral agents. The distinction between law and morality, however, does not prevent the possibility of setting outward limits on what can be accepted as valid law. There can be reasonable disagreement about the conditions of “just war”, for example, but genocide is “not a justifiable project in any reasonably statable moral position that any reasonable moral agent could construct”

Nesse cenário, os agentes morais:

chegam a conclusões de princípios, agonia da decisão, como parte da tentativa de discriminar demandas razoáveis que enfrentam, ou demandar que enfrentam em circunstâncias nas quais é problemático resistir. Uma fonte de tais problemas pode ser o poder coercivo do Estado; e, obviamente, existem outras formas de coerção interpessoal (MACCORMICK, 2010, p.265)

A moralidade seria um exemplo de ordem normativa informal:

isto é, dentro de princípios e regras comuns convencionadas por pessoas em comunidades muitas vezes ligadas a tradições e observâncias religiosas. A conexão entre essa e as decisões totalmente autônomas de um agente está no sentido de que o que é convencional tanto carece de formulação autoritária como de decisões institucionais e cumprimento (MACCORMICK, 2010, p.265)

A moralidade e a ordem moral devem ser “universalistas em sua aplicação e autônomas porque baseiam se nos julgamentos de autodeterminação do indivíduo responsável, mas socialmente localizado” (MACCORMICK, 2010, p.266).

O Direito, por outro lado, exala positividade, nele são buscadas as repostas para dilemas do que é permitido ou obrigatório de forma descritiva e não o que seria em um plano ideal. É, nesse sentido, posto. “Uma decisão corretamente tomada no sentido de que dada regra deva se transformar em Direito confere, sim, àquela regra, o caráter deve ser, de fato, uma regra de Direito”. (MACCORMICK, 2010, p.267)

E, assim, entram em debate as fontes públicas que aparentemente fornecem respostas às dúvidas dos cidadãos. Regras encontradas na legislação, publicações ou doutrina podem servir de fonte para identificar padrões de conduta. Uma questão como a que versa sobre a velocidade permitida pode ser resolvida em alguma dessas fontes, e o será de diferentes formas a depender do sistema jurídico que se insere. Cada lugar com diferentes órgãos ou agencias dará uma resposta distinta por ser o caráter positivo do Direito de jurisdição relativa (MACCORMICK, 2010, p. 268).

No caso do direito estatal, isso significa dizer que o direito pode mudar a cada território, a exemplo das leis de trânsito. Observamos que uma lei que pode ser boa para o tráfego de carros em determinada rua da Inglaterra não poderá ser transportada para uma rua brasileira, na qual uma mesma questão será resolvida por outra fonte que não a lei inglesa.

Característica essa que o autor traz para contrapor em face dos juízos morais, os quais

apesar de pessoais e controversos, não são tão relativísticos assim. Se advogo que dirigir acima de determinada velocidade é inerentemente perigoso para a vida e a integridade física ou um desperdício de recursos naturais, e se advogo que humanos não devem colocar em perigo a segurança física dos outros ou fazer demandas excessivas de recursos não renováveis, então sou obrigado a advogar que dirigir rapidamente é errado em qualquer local onde possa causar perigo ou desperdiçar muito combustível. (MACCORMICK, 2010, p. 268)

Assim, os juízos morais se aplicam universalmente e não são restritos por jurisdição ou território. E “a verdade sobre questões morais não pode ser identificada por referência a fontes estabilizadas, públicas e institucionais” (MACCORMICK, 2010, p.268).

Confrontadas com a questão sobre o que fazer, é mais acertado e fácil as pessoas seguirem tendo como fundamento das justificativas dadas pelo Direito e pelo Estado do que seus próprios sentimentos sobre o que julgam ser correto sob pena de encontrarem inclusive desvantagens ao seguirem esse caminho a exemplo da coerção estatal.

Precisam existir meios eficazes para fazer respeitar as leis civis decididas pelos tribunais em tais casos, através de organismos públicos associados. Na medida em que existam tais instituições e funcionem de forma eficaz, todas as pessoas têm razão para levar a sério as exigências da lei impõe [...] Há razões poderosas para a conformidade, e estes podem ter uma realidade assustadora mesmo para alguém que, por bons motivos, discorde por razões fundamentais de regras do estado que necessitam de determinada conduta. [...] regras perversas podem ser regras de aplicação compulsória e aqueles que percebem o mal, mesmo ou especialmente aqueles que resistem abertamente, estão totalmente e dolorosamente expostos ao risco ou a realidade da coerção. A paz do estado institucional e sua lei institucional não é em todos os casos a paz da justiça (tradução livre)<sup>23</sup>. (MACCORMICK, 2007, p.53)

---

<sup>23</sup> Texto original: “There must be effective means of enforcing civil remedies awarded by courts in such cases, through associated public agencies. To the extent that such institutions exist and function effectively, all persons have reason to take seriously the requirements the law imposes [...] There are powerful reasons for conformity, and these can have a daunting reality even for someone who, on good grounds, dissents for fundamental reasons from the state’s rules requiring certain conduct.[...] Evil rules may be enforced rules, and those who perceive evil, even or especially those who openly resist it, are fully and painfully exposed to the risk or the actuality of enforcement action. The peace of the institutional state and its institutional law is not in every case the peace of justice”.



“No entanto, ainda está no caráter de autonomia moral o que deve servir para cada um de nós como o derradeiro árbitro entre as demandas de ordens normativas institucionais e informais, e o derradeiro teste sobre o que é certo fazer”. (MACCORMICK, 2010, p. 269)

Essa posição valorativa implica na asserção de que existem limites morais ao Direito. “Por isso, é perfeitamente possível e razoável definir limites exteriores ao que pode ser aceito como lei válida. Disposições que são injustificáveis por referência a qualquer argumento moral razoável não devem ser consideradas válidas como leis” (tradução livre)<sup>24</sup> (MACCORMICK, 2007, p. 240).

O que ele quer dizer aqui é que se o conteúdo normativo de uma determinada disposição não pode ser justificada por uma das possíveis concepções de justiça (por exemplo, do ponto de vista dos direitos humanos), que pode ser feito por pessoas razoáveis, então este conteúdo pode não ser considerado como legal (tradução livre)<sup>25</sup> (VILLA, p. 08)

Sempre que for o caso de um projeto que não seja justificável em qualquer posição moral razoavelmente enunciável que um agente moral razoável poderia construir, ela também não pode ser considerada como direito válido. Sendo assim, a injustiça extrema não pode ser tomada como Direito.

### 3. CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou apresentar os pontos-chaves no desenvolvimento do que ficou conhecido como o legado de MacCormick para a teoria do Direito e para o pós-positivismo. O tema ora abordado foi tratado pelo autor mais especificamente no livro *Institutions of law* e em vários artigos a exemplo de *Norms, institutions and institutional facts*, mas não de forma isolada, no livro argumentação jurídica e teoria do direito já vinha sendo delineado o caminho que por ele seria trilhado, bem como a valorização dos pontos que o autor endossa das correntes positivistas tradicionais.

A proposta do autor de formular uma nova teoria institucional do direito cumpre em abandonar uma teoria formal do direito e se propõe a proporcionar uma compreensão mais

---

<sup>24</sup> Texto original: “It is therefore perfectly possible and reasonable to set outward limits to what can be accepted as valid law. Provisions which are unjustifiable by reference to any reasonable moral argument should not be considered valid as laws”.

<sup>25</sup> Texto original: “What he substantially means here is that if the normative content of a given disposition cannot be justified by one of the possible conceptions of justice (for instance from the point of view of human rights) which can be advanced by reasonable people, then this content could not be considered as legal”.

completa desse fenômeno do que as demais. Como afirmou o autor ora estudado, regras, convenções e princípios todos dizem respeito sobre o que fazer, sobre o que deve ser feito, sobre o que é certo ou errado fazer. Nesse sentido, portanto, são todos normativos, e podem ser usados como base de ação individual ou como critério de avaliação ou julgamento da conduta alheia.

Temos, em conclusão, que nosso mundo é guiado não apenas pela realidade fática, mas essa é também informada por fatos institucionais. As práticas normativas podem ser informais baseadas em convenções, ou institucionalizadas com base em uma regra ou conjunto de regras. A teoria geral do direito de MacCormick em *Institutions of law* consagra seu nome entre os importantes teóricos do Direito. A sua teoria geral do Direito está pautada primordialmente tendo na natureza jurídica uma espécie de ordem normativa institucional que poderia ser observada de forma concreta nos Estado modernos.

Sua teoria institucional do direito lança novas bases acerca da natureza do direito e dos sistemas jurídicos. Ao afirmar o direito como ordem normativa institucional analisa também o papel do direito na vida social, tendo como escopo a harmonia social. Para fazê-lo o autor esclarece os conceitos ordem normativa e ordem institucional. Os seres humanos utilizam diariamente de forma necessária de normas e padrões de conduta, as quais (co)ordenam a vida social. Saber o que fazer nem sempre é algo fácil, e a deliberação pode ser pautada numa ordem normativa (formal ou informal). Uma mesma ordem normativa convencional (informal), pode se tornar institucional, desde que haja uma autoridade que forneça sua articulação autorizativa (agências).

O Direito, que dispõe de caráter institucional, tem agências que desempenham tal autoridade, formulando regras de comportamento, sanando dúvidas em relação a sua aplicação e compelindo o seu cumprimento, se necessário. Assim, a função de instruir as atividades sociais é complementada aqui por meios de garantir sua efetividade. O autor deixa claro também que ainda que o Direito se relacione com o Estado, ele não se resume a ele.

No que tange a sua tese da separabilidade, para o autor, o direito e a moralidade se afastam necessariamente em virtude do caráter positivo da lei, contrastada com a autonomia que é característica da moralidade. Assim como Hart representou um novo olhar sobre o ordenamento jurídico, MacCormick também tem um olhar diferente sobre o que seria o direito e as instituições jurídicas.

O autor consegue trazer reflexões que também ajudam a pensar a realidade brasileira, e fomentam debate fértil, uma vez que quem quer que precise pensar e interpretar o direito

guarda responsabilidades. O presente artigo não pretendeu exaurir a discussão sobre a nova teoria institucionalista do autor, mas abordar de forma descritiva pontos centrais que ajudam a entender seus principais pressupostos. Se puder ajudar na assimilação desses conceitos e estimular no campo acadêmico maior debate sobre teoria do direito, no qual MacCormick dificilmente é reconhecido como teórico no país, cumpriu sua função.

## REFERÊNCIAS

BERTEA, Stefano. *The Master Rule, Normativity, and the Institutional Theory of Law*. In: J.E Fossum and A. Menendez, *Law and Democracy in Neil MacCormick's Legal and Political Theory*, Dordrecht: Springer, 2011, 69-91. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2112932>>. Acesso em: 19 de junho de 2016

LIMA FILHO, Eduardo Neves. MARTINS, Tiago Fernando. MacCormick, Hart e Dworkin, o Debate Jurídico Argumentativo. In: DIAS, Jean Carlos (Coord.). *Pensamento Jurídico Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

MACCORMICK, Neil. Norms, institutions and institutional facts. In: *Law and Philosophy*, 1998.

\_\_\_\_\_. *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*. Oxford University Press, Oxford, 2007.

\_\_\_\_\_. Ainda sobre instituições e direitos. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. OLIVEIRA, Elton Somensi (Coord.). *Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico*. Barueri: Manole, 2010.

\_\_\_\_\_. *Argumentação jurídica e Teoria do direito*. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MICHELON, Claudio. *MacCormick's Institutionalism between Theoretical and Practical Reason*. University of Edinburgh School of Law Working Paper No. 2010/12.

MURPHY, Tim. *A Review of Neil MacCormick's Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*. *The Irish Jurist*, Vol. 41, 2006, 140–142.

SCHAUER, Frederick. *Institutions and the Concept of Law: A Reply to Ronald Dworkin (with Some Help from Neil MacCormick)*. *LAW AS INSTITUTIONAL NORMATIVE ORDER: ESSAYS IN HONOUR OF SIR NEIL MACCORMICK*, M. Del Mar, ed., Ashgate, 2009.

VILLA, Vittorio. *Neil MacCormick's Legal Positivism*. Disponível em: <<http://www.eui.eu/documents/mwp/conferences/neilMacCormick/papervilla.pdf>>. Acesso em: 19 de junho de 2016.

Encaminhado em 05/02/19

Aprovado em 24/03/19