

LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

BÁRBARA GABRIELE SANTOS FROTA

**NEOCONSTITUCIONALISMO E PRINCÍPIOS: COMO WITTGENSTEIN,
HERMENÊUTICA E TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO SE UNEM NA RESPOSTA
CORRETA**

NATAL/RN
2012

BÁRBARA GABRIELE SANTOS FROTA

NEOCONSTITUCIONALISMO E PRINCÍPIOS: COMO WITTGENSTEIN,
HERMENÊUTICA E TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO SE UNEM NA RESPOSTA
CORRETA

Monografia apresentada como requisito
parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito da Universidade do
Rio Grande do Norte (UNIRN).

Orientador: Prof^o Msc. Edinaldo Benício
de Sá Júnior

NATAL/RN
2012

Catálogo na Publicação – Biblioteca do UNI-RN
Setor de Processos Técnicos

Frota, Bárbara Gabriele Santos.

Neoconstitucionalismo e princípios: como wittgenstein, hermenêutica e teoria da argumentação se unem na resposta correta / Bárbara Gabriele Santos Frota. – Natal, 2012.

65f.

Orientador: Edinaldo Benício de Sá Júnior (Msc.)

Monografia (Graduação em Direito) – Centro universitário do Rio Grande do Norte.

1. Direito - Monografia. 2. Neoconstitucionalismo - Monografia. 3. Hermenêutica - Monografia. 4. Teoria da Argumentação - Monografia. I. Sá Júnior, Edinaldo Benício de. II. Título.

RN/UNI-RN/BC

CDU 340.132

BIBLIOTECA UNI-RN

340.132 F941n - RB: 37594 (M002146)

Título: Neoconstitucionalismo e princípios : ...

Autoria: Frota, Bárbara Gabriele Santos

2012, ex. 1

BÁRBARA GABRIELE SANTOS FROTA

NEOCONSTITUCIONALISMO E PRINCÍPIOS: COMO WITTGENSTEIN,
HERMENÊUTICA E TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO SE UNEM NA RESPOSTA
CORRETA

Monografia apresentada como requisito
parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito da Universidade do
Rio Grande do Norte (UNIRN).

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Nome Completo
Orientador

Prof. Nome Completo
Membro

Prof. Nome Completo
Membro

*Dedico a todos aqueles que foram
mordidos pela curiosidade e vontade de
saber mais.*

AGRADECIMENTOS

Primeiro ao meu orientador, Professor Benício, por ter me aceitado e continuado comigo depois de todos os percalços. Ao Professor José Eduardo, por ter me guiado os cinco anos de curso, na filosofia, no direito e na vida. E por fim, ao Professor Pablo Capistrano, que apesar de não estar mais no UNIRN, influenciou e acompanhou de perto o nascimento disso tudo.

A Cláudia, por ser minha melhor amiga e nunca me abandonar mesmo quando eu estou chata ou falo demais da monografia. As minhas amigas de Psicologia por serem meu porto seguro no meio de toda essa loucura sempre: Cíntia, Dandara, Dayany, Daniele, Luna, Allana, Alessandra, Amanda e todo mundo que sabe que mora no meu coração. Aos Pinks por não me mandarem ao paredão. Ao pessoal do TCE que acompanhou uma parte da loucura que foi tudo isso, em especial Suelha, companheira de lerê diário.

A filosofia, por tudo o que já fez por mim e por quem me tornou.

"A filosofia é uma luta contra o
enfeitiçamento de nosso intelecto
mediante os meios de nossa linguagem".

(Ludwig Wittgenstein)

RESUMO

O Neoconstitucionalismo, quanto teoria do direito, reconhece os Princípios como uma espécie da norma, tendo sido os mesmos positivados dentro da Constituição. Estes princípios, no entanto, possuem uma textura aberta, fazendo com que os métodos tradicionais de interpretação e argumentação não consigam dar conta de determinar totalmente uma resposta correta para casos assim. Busca-se, neste trabalho, uma dupla abordagem por meio da hermenêutica e da teoria da argumentação como uma possível solução a questão dos princípios. Assim, em um primeiro momento aborda-se a questão por meio da filosofia do 2º Wittgenstein, buscando-se determinar o sentido desses princípios. Posteriormente procurando-se criar uma ponte na teoria da argumentação por meio de uma abordagem conjunta entre Robert Alexy e Neil MacCormick para uma teoria de procedimento argumentativo que dê conta da questão da aplicação dos princípios corretamente no caso concreto.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo, Princípios, Resposta Correta

ABSTRACT

The neoconstitutionalism, as theory of law, recognizes the Principles as a kind of the norm, having been inside the same positivized the Constitution. These principles, however, have an open texture, making traditional methods of interpretation and argumentation can not realize fully determine a correct response to such cases. Looking up, in this work, a dual approach through hermeneutics and the theory of argumentation as a possible solution to the question of principles. So at first we address the issue through the philosophy of Wittgenstein 2nd, seeking to determine the significance of these principles. Subsequently seeking to build a bridge in argumentation theory through a joint approach between Robert Alexy and Neil MacCormick for a theory of argumentative procedure that takes into account the issue of applying the principles correctly in this case.

Keywords: Neoconstitutionalism, Principles, Right Answer

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. QUEDA E ASCENSÃO NO IMPÉRIO DO DIREITO: COMO O POSITIVISMO DEIXOU DE SER UMA TEORIA HEGEMÔNICA ABRINDO ESPAÇO AO NEOCONSTITUCIONALISMO	10
3. LEVANDO OS PRINCÍPIOS A SÉRIO: COMO O CONCEITO DE NORMA ABARCOU OS PRINCÍPIOS	20
4. WITTGENSTEIN E OS PRINCÍPIOS: A REVIRAVOLTA LINGUÍSTICO-PRAGMÁTICA PRODUZINDO UMA REVIRAVOLTA NO DIREITO	27
4.1. NEOCONSTITUCIONALISMO E REVIRAVOLTA LINGUÍSTICO-PRAGMÁTICA PODEM CONVERSAR?	27
4.2. CAUÇÕES E PRECAUÇÕES PARA O USO DE WITTGENSTEIN NA TEORIA LEGAL	32
4.3. WITTGENSTEIN: MODO DE USAR	36
5. HERMENÊUTICA E ARGUMENTAÇÃO: DUAS FACES DA MESMA MOEDA NO NEOCONSTITUCIONALISMO?	38
5.1. A HERMENÊUTICA NO NEOCONSTITUCIONALISMO	38
5.2.1. Robert Alexy: argumentação jurídica como caso especial da argumentação prática	46
5.2.2. Neil MacCormick: argumentação jurídica como dedução	54
5.2.3. Qual o caminho a seguir? Alexy ou MacCormick	57
5.3 ALGUMAS CRÍTICAS PERTINENTES	58
6. CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS	63

1 INTRODUÇÃO

O direito, segundo a sabedoria popular, acompanha a sociedade. E seguindo esta linha de raciocínio, quando do pós-2ª guerra mundial o direito entrou em crise. A cientificidade do direito, que havia se consolidado com Kelsen e sua Teoria pura do Direito recentemente, não conseguia sustentar-se com as acusações recebidas de que sua prática era muito permissiva e havia possibilitado atos de genocídio "em nome da lei" e canceladas pelo próprio estado.

Era o direito acompanhando as mudanças, que o levaram rumo ao atual Estado Democrático de Direito. Estado esse que retoma as promessas da Revolução Francesa, com sua Declaração de Direitos, e passa a possuir toda uma série de mecanismos, não só para controlar o estado, mas para garantir que este mesmo estado respeite o indivíduo lhe assegurando direitos para uma vida digna. E assim estes direitos foram insculpidos em diversas constituições ao redor do mundo, de maneira a garantir seu uso.

No entanto, neste processo de positivação de direitos e garantias nas constituições nacionais foi tomando forma uma categoria diferente da regra, já tão comum nos códigos. E é aí que aparece, então, o princípio, que vem como um mecanismo de segurança, uma garantia de que haverá previsões a todos os casos previstos. E este princípio possui uma forma mais aberta, o que lhe dá contornos menos definidos, mais borrados, de maneira a torna a moldura legal o mais abrangente possível e com isso busca assegurar a efetividade dos direitos. Sendo o princípio aceito, então, como norma, e passando a vincular comportamentos.

Mas logo se percebeu que o formato diferente do princípio permitia muitas determinações, que ele era abrangente demais e que os métodos de interpretação e argumentação tradicionais não conseguiam lhe dar conta da maneira que deveriam. Surge um problema prático, como garantir direitos com estes princípios de maneira correta? Como decidir, com os princípios, nos casos em que os métodos tradicionais eram incapazes de fornecer uma resposta correta?

O objetivo deste trabalho é oferecer uma resposta a questão dos princípios. É elaborar uma maneira de interpretar e argumentar por meio dessa nova forma normativa, garantindo, assim, respostas corretas para o direito.

2 QUEDA E ASCENSÃO NO IMPÉRIO DO DIREITO: COMO O POSITIVISMO DEIXOU DE SER UMA TEORIA HEGEMÔNICA ABRINDO ESPAÇO AO NEOCONSTITUCIONALISMO

Ao realizar seus estudos, Michel Foucault, faz uma análise histórica de como se deu a criação de saberes, vindo a descobrir que na verdade todo conhecimento científico ou ideológico se forma a partir de condições políticas que formam este saber e o sujeito desse saber. Em outras palavras, ele descobre que há um imbricamento entre saber e poder, em que as relações de poder constituem saberes e o saberes constituem relações de poder. Assim, nenhum saber é neutro, e exercer um poder é formar um saber.¹ Na ciência do Direito, uma disciplina naturalmente associada ao poder, isso também acontece. Ainda que de maneira velada, pode-se perceber dentro da própria história da filosofia do direito, essas mudanças de paradigma do saber/poder, que Foucault tão bem mapeia em outras áreas. E é justamente uma dessas mudanças dentro do conhecimento jurídico que interessa para o estudo que aqui a se realizar: a saída de cena do positivismo jurídico como saber hegemônico dentro do direito e a atual crise do direito no qual o neoconstitucionalismo tem aparecido como saída.

Quando se falar em Positivismo Jurídico como saber hegemônico, há que se dizer que há uma teoria sobre o que se entende por Positivismo Jurídico ou Juspositivismo, ainda que o mesmo seja associado a inúmeros pensadores e estes muitas vezes discordassem em vários pontos. Entre estes teóricos que se associam a teoria conhecida como Positivismo Jurídico, temos grandes nomes como, Savigny, Portalis, Bentham e Austin.² Culminando em um de seus expoentes mais conhecidos, Hans Kelsen e sua teoria pura do direito.

O começo da ascensão do positivismo remonta à formação do estado moderno que corre após a idade Média. Durante o medievo, o direito se constitui como um direito plural produzido pela própria sociedade para se adequar as suas necessidades. Com o advento do estado moderno, o estado toma para si a função de produtor da lei, o que elimina esta visão pluralista do direito. Se antes o juiz podia escolher qualquer norma para a resolução de controvérsias, agora ele necessita

¹ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2002. Fls. X e XXI

² BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 2006. Fls., 5 e 6.

escolher entre as opções discriminadas na lei, passando a ser um funcionário do estado. E dessa forma, decaí o chamado direito natural em favor do direito positivo, que vem do estado, que passa a ser considerado o mais importante. E isso muda também a concepção do que é direito, que passa a ser um conjunto de regras obrigatórias, onde caso haja violação haverá a intervenção de um terceiro, no caso o estado.³

Franz Wieacker, ao estudar a história do direito alemão, traz uma divisão do positivismo em duas vertentes, o Positivismo Científico e o Positivismo Legalista. O Positivismo Científico, para ele, seria a doutrina científica de Savigny e da Escola Histórica, o qual seria uma primeira tentativa de “purificar” o direito de elementos extrajurídicos. E o Positivismo Legalista determinaria que o direito fosse somente aquele posto pelo legislador e seus comandos. Wieacker ainda diferencia estas duas visões do que ele chama de positivismo Científico Geral, que seria o positivismo científico de Augusto Comte que determina normas para o fazer científico e para a ciência como um todo.⁴

Voltando-se para o estudo de Bobbio sobre a questão do positivismo, ele elenca sete características do que ele considera ser a “essência” do positivismo. Estas características são: (1) direito como fato não como valor, ou seja, um direito avalorativo; (2) direito como sendo uma coação exercida; (3) direito tendo como fontes a lei e o costume, sendo que este último só utilizado em casos que estiverem de acordo com o texto legal; (4) direito tem como comando da norma (Teoria da Norma e Teoria Imperativista); (5) direito é formado pelo conjunto de normas jurídicas vigentes na sociedade (ordenamento jurídico), sendo este ordenamento completo e coerente; (6) direito quando interpreta uma lei se prende ao conteúdo declarativo, sendo o interprete um “operador”; (7) direito é imperativo a ser obedecido, em outras palavras, a lei é a lei. Além dessa características, o positivismo viria a se dividir em três outros aspectos: método, teoria e ideologia. Onde o método seria uma maneira de abordar o direito, a teoria seria uma maneira de ver o direito e a ideologia seria as idéias orientadas para a ação. Assim, o direito seria composto por estas sete características que se dividiriam entre esses três aspectos, sendo que a número 1, seria o método, as de 2 a 6 seria a teoria e a 7

³ BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006. Fls.25 a 29.

⁴ WIEACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. Fls. 493 e seguintes.

seria a ideologia.⁵

Levando em consideração as características elencadas por Bobbio, outro autor, Dimitri Dimoulis, procurar fazer outra caracterização do que seria o positivismo.

Dimoulis tem por ponto de partida diferenciar o positivismo filosófico de Comte, a que se acostumou designar de positivismo jurídico, colocando que ambos se constituem como concepções teóricas diferentes e que examinar o positivismo jurídico em comparação com o filosófico trás muito pouco ao estudo do primeiro. Coloca que, ser positivista, dentro do direito, é ter como objeto de estudo o direito posto por uma autoridade, ou seja, válido. E divide a sua abordagem do positivismo em duas: (1) positivismo *lato sensu*; e (2) positivismo *stricto sensu*. Sendo que o positivismo *lato sensu* vê o direito como um conjunto de normas formuladas por seres humanos, rejeitando a dependência de elementos metafísicos, o que não exclui a criação de direito em instâncias não-estatais. Essa visão do direito não admitiria outro “criador” para o direito que não o homem, excluindo dessa forma o direito natural. Ainda assim, tal abordagem é abrangente o suficiente para albergar pontos de vista muito diferentes, e em alguns casos, até mesmo excludentes entre si. Já o Positivismo *Stricto Sensu* seria uma teoria sobre a validade e interpretação do direito, que tem como duas teses principais: a separação entre o direito e a moral; bem como a separação entre o direito e a política. O interesse nessa perspectiva não é o valor, mas a validade do direito, que é formal e se liga à competência da autoridade que cria a norma e os procedimentos utilizados.⁶

Um dos autores que poderia se encaixar na abordagem *stricto sensu* delineada por Dimitri Dimoulis seria justamente o vienense Hans Kelsen. Kelsen desenvolve a tese de que o direito é uma norma, ou um sistema de normas, do qual a ciência jurídica se ocuparia, mas somente em caráter descritivo e avalorativo. Dentro deste sistema de normas, a constituição ocuparia um local de destaque, onde ela fixaria a forma como as outras normas seriam criadas, mas tal fixação não seria uma obrigação.⁷

Alf Ross, por sua vez, seguindo o raciocínio de Kelsen, traz o conceito de

⁵ BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006. Fls. 131 a 134.

⁶ DIMOULIS, Dimitri. Positivismo Jurídico: Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político. São Paulo: Método, 2006. Fls. 66 a 68, 81 a 84, e 100 a 104.

⁷ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Fls. 84, 89, 246, 249.

direito vigente, que seria aquele conjunto abstrato de idéias que servem como esquema interpretativo para os fenômenos do direito em ação. No entanto, tal conceito não viria atrelado à moral, que ao contrário do direito vigente, não gera normas sentidas como socialmente obrigatórias.⁸

Voltando ao pensamento de Dimoulis, ele ainda, critica esta categorização realizada por Bobbio em sua obra, uma vez que o método e a ideologia não prescindem da teoria, não tendo, portanto, uma existência autônoma. E vai além, denunciando o clássico estudo de Bobbio como antigo, de forma que este não levaria em consideração os debates realizados sobre o tema desde a década de 60, quando o livro foi escrito, até os dias atuais. E atribui a defasagem do livro de Bobbio, a não-discussão, por exemplo, da obra de Josef Raz e Neil MacCormick, o que dificulta a penetração desses autores na doutrina brasileira, tornando-a também defasada.⁹

Dessa forma, o Positivismo Stricto Sensu se opõe ao que o autor chama de visão "Moralista Jurídica". Em geral, esta visão é chamada de "interpretativismo", "pós-positivismo" e "**neoconstitucionalismo**". Vale ressaltar, que a denominação, conforme explicitado por ele, não é unânime na doutrina, sendo uma denominação que ele utiliza por entender que os outros termos em uso são vagos. E é nesta visão que se tem que, a validade e interpretação da norma são vinculadas a moral, conectando direito e moral, ainda que por seja por meio de uma seleção e harmonização consciente do jurista. O que o Moralismo Jurídico quer, na visão do Dimoulis, é buscar a correção do direito em seus dois sentidos, tanto um direito justo como bem aplicado. E há duas "intensidades", o que ele chama de "tese moderada" e "tese radical" em que tal distinção se aplica a existência ou não de uma conexão necessária entre direito e moral. E ainda se pode dividir o moralismo em: (1) de validade, (2) de interpretação. O Moralismo de Validade relacionaria a questão da validade da lei com as exigências morais e dentro dele estaria Dworkin, que acreditava em uma firme conexão entre direito e moral. O autor ainda coloca que as idéias do Dworkin foram mal interpretadas no Brasil, onde apesar de muito difundido, o que se tem é na verdade uma leitura seletiva, com igual exposição seletiva de seus pontos de vista. Há de se olhar mais atentamente ao que Dimoulis chama de

⁸ ROSS, Alf. Direito e Justiça. Bauru: EDIPRO, 2000. Fls. 41, 68, 89, 90.

⁹ DIMOULIS, Dimitri. Positivismo Jurídico: Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político. São Paulo: Método, 2006. Fls. 100 e seguintes.

Moralismo de Interpretação, que seria na verdade um dos aspectos do Neoconstitucionalismo, ou seja, o uso de valores morais ainda que não estipulado, de forma a ser obter uma solução "correta". Além disso, se considera o que ele chama de "argumento dos princípios", ou seja, a utilização dos princípios jurídicos marcados pela abstração, flexibilidade e abertura, de forma a permitir a adaptação do direito. O autor coloca que esta visão responde a dois problemas da argumentação prática, a saber: (1) conflito entre a norma e a moral, (2) no caso de normas abstratas como decidir. Mas para Dimitri Dimoulis, ainda que esta visão dê resposta a estes dois questionamentos, o Moralismo ainda é problemático na medida em que é uma abordagem vaga, não tendo indicação do critério de justo e gerando inexactidão conceitual, uma vez que não se pode utilizar um direito injusto, mas também não se sabe com precisão o que seria este justo. E que na verdade, esta abordagem serviria para legitimar decisões dos detentores do poder.¹⁰

Ao se fazer uso de uma visão neoconstitucionalista, não há que se concordar com o autor. Ora, o que se percebe na realidade brasileira, é que ainda que não se tenha abandonado a posição positivista na doutrina, o neoconstitucionalismo tem ganhado força, inclusive que a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988 positivou inúmeros princípios morais entre seus artigos. De forma que, se fechar para esta visão, é dar as costas para uma parte do direito positivo brasileiro, direito este válido de acordo com os critérios formais positivistas admitidos pelo próprio Dimoulis em sua obra. Assim, entende-se que a visão neoconstitucionalista, ou moralista como quer o autor, é uma realidade na prática ao quais os jusfilósofos não podem se furtar.

O que percebe-se nas abordagens do juspositivismo expostas é, ainda que possua a aparência de um constructo teórico unificado, na prática este positivismo é um conjunto de teorias mais ou menos dispares que levam um único nome, Positivismo Jurídico. Dessa forma, se falar em Positivismo Jurídico, quanto abordagem filosófica, como uma teoria unívoca no direito é incorreto e pode levar a inúmeros equívocos.

Mas que espécies de transformações se operaram no direito, fazendo com que o positivismo jurídico, posteriormente hegemônico, decaísse e desse espaço para esta teoria denominada neoconstitucionalismo?

¹⁰ DIMOULIS, Dimitri. Positivismo Jurídico: Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político. São Paulo: Método, 2006. Fls. 86 a 92, 98 e 99.

Paulo Bonavides, em seu livro de direito constitucional, traça a evolução histórica do movimento constitucional. Remetendo-se ao movimento iluminista na França, em que o conceito de constituição aparece mais como um conceito político e filosófico. E isso ocorre, pois no estado liberal do Século XIX, a constituição disciplinava o poder estatal e os direitos individuais devido à introdução de filosofias e postulados políticos durante o estado liberal primitivo, que formou-se devido à harmonia trazida pela revolução francesa. Assim a constituição tem um caráter programático, sem normatividade, delineando a estrutura básica do estado. Somente em época posterior, no século XX, é pensada uma distinção entre o valor político da Constituição e o seu valor jurídico, tendo as declarações de direito sendo o valor político e as garantias o jurídico.¹¹

No entanto, tal distinção vem a ser abalada no pós-2ª guerra, onde o constitucionalismo, em transição para o estado social, é marcado pela instabilidade, havendo a volta da formula programática e entrando em crise a normatividade. Esta crise só vem a se resolver com a chegada do estado social, no qual as normas programáticas ganham novamente normatividade. E por fim, até mesmo os princípios passam a ser incluídos como espécie das normas, com advento do estado de direito. Estes princípios normativos passam a ser os pilares deste sistema constitucional que se convencionou a chamar de, estado de direito. E o reposicionamento dos princípios é o motivo que coloca os juristas em um novo marco em que o princípio passa do abstrato para o concreto.¹²

Luís Roberto Barroso, por sua vez, divide o neoconstitucionalismo em três marcos: (1) Histórico, (2) Filosófico, e (3) Teórico. No marco histórico, coloca que a mudança que leva ao neoconstitucionalismo relaciona-se com a reconstitucionalização ocorrida no pós-2ª guerra e ao longo do século XX. No Brasil, situa esse marco no processo de redemocratização e formação da Constituição Federal Brasileira de 1988. Já em relação a marco filosófico, coloca que é justamente o movimento do pós-positivismo, que consegue transcender ao declínio tanto do positivismo como do direito natural, ao conciliar o direito posto pelo estado com uma interpretação moral da constituição. E por fim, o marco teórico, que se subdivide em três outros: (1) força normativa da constituição, que deixa de ser

¹¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2007. Fls. 226 a 228.

¹² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2007. Fls. 229, 230, 236, 264, 291

somente uma mera carta de intenções passando a vincular efetivamente o fazer jurídico; (2) supremacia da constituição, em que os direitos fundamentais positivados passam a ser protegidos pelo judiciário; e (3) nova interpretação constitucional.¹³

Em outro artigo, Eduardo Aldune Lizana, analisando o fenômeno neoconstitucionalista, atribui a inspiração do constitucionalismo ao iluminismo. E define o uso do termo neoconstitucionalismo como para descrever práticas que acontecem nos estados constitucionais depois da 2ª Guerra Mundial. Seria um novo modelo de teoria do direito que incorpora a moral ao direito. Ele também elabora uma lista do que considera serem as características do termo, ainda que não compartilhadas por todos os autores: (1) passagem do estado legislativo para um estado constitucional de direito em que a constituição é rígida e há um controle de constitucionalidade; (2) Constituições de conteúdo normativo com direitos fundamentais e princípios; (3) força normativa da constituição; (4) considera os direitos fundamentais dentro do ordenamento jurídico; e (5) utilização do método da ponderação para resolver conflitos. Ele continua falando da dificuldade para definir os autores que seriam filiados a esta teoria, uma vez que eles não se apresentam como tal, mas menciona entre eles, Alexy, Dworkin e Zagrebelsky.¹⁴

Lenio Luiz Streck, ao examinar o plano hermenêutico do direito, chega a conclusões semelhantes as apresentada anteriormente, ao dizer que, com Estado Democrático de Direito, houve uma mudança no modo de produção do direito, sendo que antes esta produção era fruto de um modo liberal-individualista-normativista. Para ele, o estado liberal foi à institucionalização do triunfo da burguesia como classe dominante e o estado social, foi à institucionalização do capitalismo maduro, passando a intervir no estado. Assim surge o estado democrático de direito, sendo fruto da democratização social, da democracia que veio depois da Segunda Guerra Mundial e redemocratização de países saídos depois da ditadura. Há 50 anos não existia a idéia de uma lei sobre a lei, como Estado Democrático de Direito viria a pretender ao tentar transformar o modo de produção capitalista e a organização social por meio de características flexivamente sociais para implantar igualdades e liberdades em uma constituição. E dessa forma, este modelo de estado estaria

¹³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>> Acessado em 25/06/2012. Fls. 2 a 8.

¹⁴ LIZANA, Eduardo Aldunate. Aproximación Conceptual y crítica al Neoconstitucionalismo. Acessado em: <<http://www.scielo.cl/pdf/revider/v23n1/art04.pdf>> Acessado em 25/06/2012. Fls. 80, 82, 84, 85.

ligado aos direitos fundamentais, a Constituição e aos princípios. O Estado Democrático ultrapassa o Liberal e o Social, impondo ordem jurídica a atividade estatal e um conteúdo de transformação social, passando a incluir o judiciário na arena política, uma vez que sob esta perspectiva a justiça constitucional passa a guardar a vontade geral. E dessa forma, o critério legal passa a não ser somente formal, ou seja, se referir somente à maneira como essas normas são criadas, mas também passa a existir um critério material que precisa ser levado em consideração, ou seja, um conteúdo específico que precisa ser inserido nestas leis.¹⁵

Streck continua dizendo que, quando da passagem do estado liberal e do estado social, para o atual estado democrático de direito houve uma conseqüente crise de paradigma, tanto do paradigma liberal-individual-normativista, como do paradigma da filosofia da consciência. A este crise ele chama de crise de Paradigma dupla-face. O problema surgiria uma vez que dentro do discurso jurídico tido como dogmático, haveria o que ele chama de uma fetichização do discurso, no qual a lei seria uma coisa em si e isso, por naturalizar a concepção da lei, ocultaria a suas condições de produção. Mas que na verdade, a lei não é unívoca, de maneira que tal concepção seria um grande engano, pois não há algo como uma essência da lei. E assim, entra a questão dos princípios, que se antes vinham como instrumento de fechamento do sistema jurídico, agora passam a ter, normatividade, motivo pelo qual não são mais “tapa-buracos”, mas sim normas que efetivamente vinculam a interpretação e o saber jurídico. O princípio passa, então, a institucionalizar a moral dentro do direito por meio de sua construção democrática de mudanças sociais e consagração de direitos fundamentais.¹⁶

Um modelo sistematizador para o neoconstitucionalismo é proposto por Écio Otto Ramos Duarte, onde ele elenca 11 características do que ele considera como neoconstitucionalismo. Estas características são: (1) pragmatismo, o que orienta o direito a prática; (2) ecletismo metodológico, um conjunto de metodologias que se interconectam; (3) principialismo, que é a aceitação do princípio com uma norma do ordenamento e também de um argumento de correção e justiça; (4) estatalismo garantista, que seria a solução de conflitos e a proteção dos direitos fundamentais por via estatal; (5) judicialismo ético jurídico, ou seja, a elaboração de juízos de

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. Fls. 33, 37 a 39, 48.

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. Fls. 64, 66, 92 a 94, 113, 116.

adequação com natureza ética e jurídica trazendo uma conexão entre direito e moral; (6) interpretativismo moral-constitucional, onde os juízos de valor têm importância para a decisão; (7) pós-positivismo, que se opõem a neutralidade pregada pelo positivismo e considera o juízo de valor na prática do direito; (8) ponderação como o método de resolução dos conflitos no *hard cases*, uma vez que os critérios convencionais não conseguem dar conta dessas antinomias; (9) especificidade interpretativa, uma vez que se adiciona normatividade aos princípios e eles passam a ter vinculação, fazendo com que o método interpretativo que vinha sendo utilizado não desse mais conta sendo necessário uma nova maneira de interpretar; (10) Ampliação da *Grundnorm*, onde além da norma fundamental conter a forma da lei, passa a conter também o conteúdo dessa lei que seria justamente um fundamento moral; e por fim (11) Conceito não-positivista do direito, onde a constituição tem uma normatividade material, ou seja, uma justificação ética. Dessa forma, Suzanna Pozzolo, no mesmo livro, continua o pensamento de Écio, ao dizer que o neoconstitucionalismo é uma questão de política constitucional, pois a interpretação da constituição depende justamente da maneira como se concebe essa constituição, uma vez que a concepção dessa constituição leva as técnicas usadas para entendê-la, e as técnicas usadas levam as práticas sócias, que por sua vez levam a reconfigurar o objeto em questão, a própria constituição. E assim, a natureza do direito constitucional democrático mudou a própria natureza deste direito positivo mais estrito, tornando-o obsoleto. Essa nova visão admitiria a constituição como um modelo prescritivo com força normativa, onde os princípios também seriam normas com seus conflitos resolvidos por meio da ponderação, de forma que a jurisprudência teria uma função integrativa dentro do direito, que assim se viraria para a pragmática. E o ordenamento, nesse novo momento, se estruturaria em três níveis: regras, princípios e procedimentos. Suzana Pozzolo considera 6 as características desse novo estado constitucional contemporâneo: (1) supremacia da constituição no ordenamento jurídico; (2) subordinação da vontade legislativa ao conteúdo da justiça constitucional; (3) constituição rígida; (4) constituição garantista; (5) aplicação direta da constituição; (6) obediência imposta não somente aos legisladores, mas também aos cidadãos. A constituição passa a ser também a norma axiológica superior, não impondo só um vínculo negativo de respeito a seus preceitos, mas um vínculo positivo de se desenvolver estes preceitos. Passa a não ser somente uma moldura ou garantia, mas uma ponte entre o discurso jurídico e o

discurso moral, que vincula a justificação a um conteúdo normativo correto.¹⁷

Os pontos em comum entre todos os autores analisados são: (1) aceitação da supremacia da constituição; (2) força normativa dessa mesma constituição; (4) princípio como espécie normativa; (5) novo modelo interpretativo que advém desse novo modelo; (6) conexão entre o direito e moral.

Assim, o que todos esses teóricos apontam é que o momento atual do direito, que a maioria atribui ao pós-2ª guerra, é um momento que vai de encontro às crenças positivistas clássicas havendo um embate entre o positivismo e o posicionamento chama de neoconstitucionalista.

Ainda que todos esses pontos de vista se encaixem na classificação do Dimitri Dimoulis de Positivismo Lato Sensu, ou seja, todos aceitam que o objeto do direito é o direito posto pelo homem, eles rejeitam o direito natural como fonte do direito. E pode-se perceber claramente que, aqueles autores que aceitam uma visão neoconstitucionalista, diferem do Positivismo Stricto Sensu, uma vez que esta espécie de positivismo nega a ligação entre direito, moral e política, ao passo que o neoconstitucionalismo, ou ao menos os autores aqui elencados, admitem a ligação entre direito e moral, onde alguns aceitam inclusive que o próprio neoconstitucionalismo constitui-se como uma visão política.

E passasse a um ponto importante. O neoconstitucionalismo aceita a força normativa da constituição e dos princípios positivados em seu texto. E por esse motivo, o positivismo stricto sensu falha em dar conta dessa nova visão. Os princípios são uma espécie de norma diferente da regra, de modo que as formas clássicas de interpretação e argumentação das regras não dão conta desses princípios. Essa nova constituição demanda um novo tipo de interpretação. E é isso que o neoconstitucionalismo tenta oferecer. Ele percebe que o direito mudou e que por isso é necessário que haja uma nova maneira de olhá-lo. E assim, ele entra um novo elemento, a conexão entre direito e moral.

Mas voltando ao objeto desse trabalho, ainda que os neoconstitucionalista aceitem os princípios entre as normas constitucionais, é necessário entender o que são esses princípios.

¹⁷ DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Suzanna. Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da Teoria do Direito em tempos de Interpretação Moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2006. Fls. 64 a 72, 77 a 83, 87, 88, 90 a 93.

3 LEVANDO OS PRINCÍPIOS A SÉRIO: COMO O CONCEITO DE NORMA ABARCOU OS PRINCÍPIOS

Partindo de Kelsen, pode-se dizer que o objeto da ciência jurídica é o Direito, em que este é um conjunto de normas, implicando que na verdade o objeto desta ciência são estas normas. Mas o que vem a ser uma norma jurídica? De acordo com o mesmo Kelsen, uma norma seria um esquema interpretativo para um ato e este ato só teria sentido jurídico por meio da significação que lhe fosse dada por esta interpretação normativa. Mais do que isso, ela seria um comando ou prescrição, um **dever ser**. Para esta norma ser válida, ela precisaria ser vigente, ou seja, constituída por um ato de vontade do legislador e, portanto, também vinculativa. E esta vinculação normativa emanaria do, que Kelsen chamava de, *Grundnorm* ou norma fundamental, cuja existência seria pressuposta no sistema normativo, de forma que a sua validade não seria derivada e por isso não poderia ser posta em questão.¹⁸

Alf Ross, um dos expoentes do realismo escandinavo e discípulo de Kelsen, concorda com o mestre em relação ao conceito de norma, aceitando inclusive que os destinatários das normas são os juízes. No entanto, discorda quanto ao conceito de validade, que Ross acredita que tenha seja necessariamente atrelado a efetividade social da norma. Ele passa a trabalhar, então, com o conceito de direito vigente, ou seja, um conjunto de norma (esquemas interpretativos) que regulam fenômenos do direito em ação, sendo este último constituído por atos sociais.¹⁹

Assim, na verdade, ele está desenvolvendo um modelo que privilegia a aplicação e uso das normas dentro do judiciário, em que esta validade das normas derivaria diretamente do uso neste contexto específico. E, além disso, conforme Ross admite, este contexto de utilização permitiria a predição de determinados comportamentos. Há de ser observado que, há aí uma insipiente noção de segurança do ordenamento jurídico, uma vez que haverão determinados comportamento com maior ou menor probabilidade de ocorrer dentro de determinadas situações.

Faz-se importante observar que Ross não faz qualquer diferenciação entre normas e regras, aos quais ele usa de maneira indistinta em seu texto, como se

¹⁸ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Fls. 79, 4 et seq; 214 e 217.

¹⁹ ROSS, Alf. Direito e Justiça. Bauru: EDIPRO, 2000. Fls. 9 et seq, 41, 53.

fossem sinônimos.²⁰ Ambos os autores são considerados como pertencentes ao positivismo jurídico, o que certamente diz muito sobre esta aparente confusão.

Tal distinção não é feita posto que não é necessária dentro do positivismo, conforme pode-se depreender da própria maneira como ambos conceituam e entendem funcionar as normas jurídicas. Neste caso, a regra seria somente um atributo da norma, posto que esta tem como conteúdo um dever ser.

Mas a norma não é, atualmente, o único conceito que tem ocupado a ciência do direito. Há ainda um conceito que tem ganhado importância, o princípio, o qual os autores já apresentados não consideram como parte do ordenamento jurídico, não lhe fazendo referência. No entanto, o que se percebe, é que no ordenamento jurídico brasileiro estes princípios vieram positivados na Constituição de 1988, de forma que qualquer discussão sobre direito necessariamente passa pela discussão do que eles vêm a ser.

O caminho rumo a esta positivação dos princípios na constituição relaciona-se com o reconhecimento da jurisdição das normas programáticas, fato que reconciliou o conceito político e jurídico na constituição. Seguindo o pensamento de Crisafulli, toda norma-princípio que determina outras normas seria programática, e há nessa visão a inclusão dos princípios gerais na norma programática, garantindo a normatividade aos princípios com sua inclusão nas normas programáticas. E assim, passamos de uma visão do Positivismo Jurídico, o princípio como uma válvula de segurança para garantir a lei, para uma visão pós-positivista, onde há um hegemonia do princípio, que passa a inclusive tornar-se base do sistema constitucional, sendo positivado como foi na nossa Constituição de 1988.²¹ A mudança de status dos princípios, muda o status das constituições, que passam de meras cartas de intenções a ter um poder vinculativo, gerando a força normativa da constituição (Hesse) ou a Constituição como norma (Enterria).²²

José Afonso da Silva definiu o termo princípio, presente no título I da Constituição Federal de 1988, como "mandamento nuclear do sistema". E que este seria, ordenações que irradiariam no sistema de normas, podendo estar positivamente incorporados, no que se transformam em normas-princípios.²³

Aceitando que José Afonso permanece com o conceito de norma

²⁰ ROSS, Alf. Direito e Justiça. Bauru: EDIPRO, 2000. Fl. 31.

²¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2007. Fls. 237, 247 e 259.

²² CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. Portugal: Almedina, 2011. Fls. 1176.

²³ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2001. Fls. 95 a 97.

apresentado, fica bem claro que o autor, ao definir os princípios, o traz como algo externo ao ordenamento jurídico, que o influencia, mas de maneira bastante difusa. De certa forma, o autor ainda está em uma faixa de transição para longe das concepções positivistas mostradas anteriormente, a saber, Kelsen e Ross.

Mais de acordo com um pensamento pós-positivista da jurisidicidade dos princípios, J. J. Canotilho traz a visão de que a Constituição é um sistema aberto de regras e princípios, no qual este modelo principialista faz o sistema “respirar” pela textura aberta própria aos princípios. Se, tradicionalmente, a visão que se tinha era que as regras e princípios eram duas coisas independentes, o que se entende hoje é que estas regras e princípios são duas espécies da norma. Canotilho, então, parte para enumerar os critérios de separação entre as regras e os princípios, a saber: (1) Abstração, que os princípios têm em grau mais elevado que as regras; (2) Determinabilidade, que os princípios são mais vagos e indeterminados que as regras; (3) Caráter de fundamentabilidade, que os princípios são normas estruturantes do ordenamento; (4) Proximidade da idéia de direito, uma vez que os princípios são *standards*; e (5) Normogenética, que os princípios são fundamentos de regras.²⁴

Avançando no exame da questão dos princípios, uma enumeração das diversas maneiras como o termo princípio é usado em meio a doutrina é realizada por Ricardo Guastini que assim os dividiu nos seguintes modos de uso: (1) normas mais gerais; (2) com um alto grau de indeterminação; (3) com um caráter programático; (4) de hierarquia normativa elevada; (5) de função importante e fundamental no sistema jurídico; e (6) dirigidas aos órgãos de aplicação para fazer escolha de dispositivos ou das normas aplicáveis nos diversos casos. Sendo que estes modos têm em comum a questão da normatividade destes princípios, ou seja, os princípios são encarados como direito positivo, motivo pelo qual possuem conteúdo vinculativo.²⁵

Também partindo dessa perspectiva de normatividade dos princípios, são os ensinamentos de Ronald Dworkin, ao elaborar sua concepção de princípios. Em acepção genérica, ele coloca os princípios como toda norma que não seja regra. E mais especificamente, subdivide entre os princípios propriamente ditos e o que ele chama de política.

²⁴ J. J. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Portugal: Almedina, 2011. Fls. 1159 et seq.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007. Fls. 257 e 258.

O princípio seria, então, um padrão para promover a justiça, equidade ou outra dimensão de moralidade, ao passo que a política seria um objetivo geral a ser alcançado no aspecto econômico, político ou social. Além dessas divisões, Dworkin segue realizando uma nova diferenciação entre os princípios e as regras, onde a regra teria um caráter de tudo ou nada, onde ela é cumprida ou não; ao passo que o princípio apenas inclina a decisão em uma direção ou outra. Assim, na sua visão, os princípios teriam muita importância naquilo que ele chama de “casos difíceis”, casos em que somente a regra não é suficiente para poder resolvê-los. E mais, um conflito entre princípios teria uma resolução diversa de um conflito de regras. Por terem um caráter de peso ou importância, os princípios, quando em conflito, são resolvidos levando em consideração a força relativa de cada um, ao contrário do que ocorre em um conflito de regras, em que uma delas seria afastada para que o outro pudesse prevalecer.²⁶

Dworkin ainda tem muitas outras colocações interessantes, mas que fogem a discussão do tema, por um problema muito simples, todas elas levam em conta o modo de organização da *Common Law*. Dessa forma, acaba que ainda que as idéias sejam boas, não são aplicáveis ao nosso contexto normativo de *Civil Law*.

Por fim há as idéias de Robert Alexy, que começa pela análise do conceito de norma, considerando que este tem uma variedade de sentido que causa vagueza. Alexy, então, define norma como o sentido de um ato que trás um imperativo de comportamento com reação social, diferenciando entre norma e enunciado normativo, uma vez que a norma seria a idéia que se deve seguir e o enunciado normativo é a forma de expressão dessa idéia, em bom português, uma espécie de letra da lei. Para saber se, um enunciado qualquer contem, de fato, uma norma, o autor se vale do binômio, contexto de outros enunciados x contextos de uso do em relação ao enunciado em análise.²⁷

Alexy realiza, também, a distinção entre o conceito de validade da norma de seu conceito semântico, uma vez que eles não se tratam da mesma coisa. Assim, critica Ross por somente entender norma jurídica a norma válida. Ele defende que o conceito semântico da norma tem aplicações interessantes, como em problemas de dogmática e aplicação do direito. E novamente bate na tecla da distinção entre princípios e regras jurídicas, enumerando os seguintes critérios: (1) generalidade; (2)

²⁶ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Fls. 36, 39 et seq.

²⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2011. Fls. 51 et seq.

formas de aplicação; (3) surgimento; (4) conteúdo axiológico; (5) referência a idéia de direito; (6) lei jurídica suprema; e (7) importância para a ordem jurídica. Entendendo, então, da mesma forma que Dworkin, que, quanto ao cumprimento das regras, são do tipo tudo ou nada e que em caso de conflito uma é invalidada para que a outra possa ser válida; sendo no que tange aos princípios, Alexy irá defender serem estes mandamentos de otimização, e ao se falar em conflito entre princípios, na verdade o que aconteceria é uma colisão, em que um dos princípios terá procedência sobre o outro. Assim, em uma colisão de princípios, o que aconteceria seria justamente que, um princípio restringe a realização do outro na forma de uma procedência continuada. Além disso, Alexy enuncia uma lei de colisão, no qual, o fundamento de fato para uma regra para procedência jurídica de um princípio seria justamente as situações de procedência deste princípio. Ele traz o caráter *prima facie* da norma, que faz com que os princípios sejam cumpridos dentro de suas possibilidades jurídicas e fáticas.²⁸

Dessa forma, em relação à normatividade dos princípios, sua colocação como espécie da norma e suas características, o pensamento de Alexy está em consonância com os autores expostos até agora, uma vez que todos discutem mais ou menos os mesmos pontos em comum, e tirando Kelsen e Ross, todos têm uma posição mais ou menos homogênea. Já em relação aos conflitos normativos, ainda que seu entendimento sobre a questão das regras coincida com o de Dworkin, como já dito anteriormente, seu entendimento sobre os princípios traz inovação em relação ao que já foi dito anteriormente. Inovação essa que é bem vinda.

Esta inovação relaciona-se com a crítica que Alexy faz ao modelo de diferenciação utilizado por Dworkin, referindo-se a diferença feita entre as regras que são tudo ou nada e os princípios que apenas apontam direções, que Alexy acusa de ser simples. E isso merece atenção, uma vez que ambos possuem um modelo de princípios bastante próximo. Bem, tal acusação esquece-se do contexto jurídico peculiar do trabalho de Dworkin, que não partilha do sistema de *Civil Law* presente tanto na Alemanha, onde mora Alexy, assim como aqui no Brasil. Ainda que simples, o modelo de Dworkin consegue dar conta de explicar várias coisas. E nos parece que se o modelo possa parecer simples, é porque assim ele foi pensado para dar conta dos problemas específicos da *Common Law*, não sendo necessárias maiores

²⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 58, 60, 87, fls. 99 et seq.

elocubrações. Em um movimento de superação do modelo simplista de Dworkin, ele propõe, então, um sistema misto de regras e princípios, no qual ainda que seja impossível ordenar os princípios de maneira absoluta, ele sugere uma ordenação "flexível" que poderia surgir de dois modos: seja por uma argumentação em prol de um princípio, como pela jurisprudência criada pelos tribunais. Assim, Alexy passa, então, uma idéia de sopesamento para a resolução das colisões entre princípios. E, ainda, levanta a hipótese crítica do sopesamento não ser o modelo ideal, pelo risco de cair no decisionismo, e por isso, ao mesmo tempo busca oferecer um modelo fundamentado, que corrija esta falha. Teria-se, então, uma definição de critérios de racionalidade que pudessem ser atendidos quando do sopesamento, sem deixar recair em uma arbitrariedade.²⁹

Quanto a questão da norma pode-se dizer que os autores discutidos não tiveram grandes divergências, de forma que conclui-se que, a norma é um dever ser que impõem uma conduta a ser seguida de forma vinculativa. Há que se aceitar, conforme um conceito de positivismo *lato sensu*³⁰, o conceito de validade do direito como vinculado aos atos de promulgação do poder legislativo brasileiro, fazendo com que o direito, conjunto de normas que regulam a conduta humana, seja um direito positivo. E que mesmo os princípios, são princípios positivados no ordenamento. Dessa forma, a discussão anterior sobre a normatividade dos princípios deixa de ter relevância, uma vez que se estão positivados entres as normas do ordenamento, eles possuem normatividade.

Há de aceitar, também, os critérios de definição dos princípios, uma vez que mesmo entre os autores analisados, pouca coisa muda de uma lista para a outra, ou seja, eles concordam entre eles sobre a generalidade e indeterminação dos princípios. E interessante observar a idéia de Dworkin em relação ao que ele chama de casos difíceis³¹, que seria justamente os casos em que os métodos clássicos não conseguem dar conta de trazer a resposta correta.

O presente trabalho utiliza uma visão neoconstitucionalista³², o que implica em um reconhecimento e aceitação da tomada de importância que a Constituição, e o direito constitucional, ganharam, bem como, sua força normativa. Também

²⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2011. Fls. 104, 135 et seq.

³⁰ DIMOULIS, Dimitri. Positivismo Jurídico: Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político. São Paulo: Método, 2006. Fls. 78 a 84.

³¹ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Fl. 36.

³² DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Suzanna. Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da Teoria do Direito em tempos de Interpretação Moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2006. Fls. 63 a 72.

entende-se a Constituição como um sistema aberto de normas e princípios, no qual estes últimos são o fundamento do sistema ao fundamentarem as regras. E concorda-se com a idéia de Alexy dos princípios como mandatos de otimização, onde ao entrarem em colisão, um não anula o outro; e sua visão dos mandatos de otimização, que levam a uma idéia de ordenação flexível dos princípios com base na argumentação.

Posto Concluindo-se então, o Direito é um conjunto de normas, sendo que estas normas são um dever-ser que determinam a conduta humana vinculando-a. Essas normas se dividem em duas espécies, princípios e regras, em que as regras são do tipo tudo ou nada, sendo o seu conflito resolvido pela mera invalidação da outra norma menos adequada. No entanto, os princípios são comandos de otimização, devendo ser satisfeitos dentro da medida do possível frente a situação fática e/ou jurídica que surge. Por isso mesmo, quando em conflito, na verdade, o que ocorre é a colisão, onde um dos princípios terá o seu exercício limitado pelo outro, mais adequado. E esse conflito pode ser resolvido pelo sopesamento racional, sendo tal método, sob a forma de argumentação que o constitui e da jurisprudência criada por meio dele, é um sistema flexível de ordenação destes princípios. Por fim, considerando a adoção do conceito de positivismo lato sensu, há que se desconsiderar a discussão sobre a normatividade dos princípios, uma vez que estes já encontram-se positivados na constituição, e possuem validade e força normativa.

4 WITTGENSTEIN E OS PRINCÍPIOS: A REVIRAVOLTA LINGÜÍSTICO-PRAGMÁTICA PRODUZINDO UMA REVIRAVOLTA NO DIREITO

4.1 NEOCONSTITUCIONALISMO E REVIRAVOLTA LINGÜÍSTICO-PRAGMÁTICA PODEM CONVERSAR?

Com a mudança paradigmática que o direito sofreu, ao se afastar de um Positivismo *stricto sensu*³³, emergiu uma nova forma de ver o direito, a saber, o Neoconstitucionalismo. Écio Oto Ramos, ao elaborar uma sistematização do que viria a ser o paradigma neoconstitucionalista atual, elenca entre suas características, o principialismo. Ou seja, ao se adotar uma visão neoconstitucionalista do direito este aceitaria o “argumento dos princípios”.³⁴

Conforme já discutido anteriormente, os princípios dentro do direito têm um status normativo que advém justamente da positivação na constituição, motivo pelo qual são considerados como uma espécie da norma, junto com as regras. No entanto, ao contrário das regras, que possuem uma aplicação direta por possuírem um conteúdo mais restrito, os princípios possuem um amplo espectro de aplicação, motivo pelo qual sua aplicação fica prejudicada. Oras, se eles possuem uma amplitude maior qual seria o critério para um controle racional do uso destes princípios?

Tendo este questionamento em mente, analisa-se outra mudança paradigmática, desta vez dentro da filosofia, aquilo que foi chamado de Giro Lingüístico por Richard Rorty, Guinada Linguística por Jürgen Habermas e Reviravolta Linguístico-Pragmática por Manfredo Araújo de Oliveira. Como o próprio nome denuncia, é o movimento feito dentro da filosofia em direção as questões da linguagem.³⁵

E qual seria exatamente a relevância de se discutir esta “Reviravolta” para solucionar a questão proposta? Ora, a dimensão no qual se dá a aplicação dos princípios é justamente a linguística. Não somente porque estes se encontram positivados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ou seja,

³³ DIMOULIS, Dimitri. Positivismo Jurídico: Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político. São Paulo: Método, 2006. Fls. 78 a 84.

³⁴ DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Suzanna. Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da Teoria do Direito em tempos de Interpretação Moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2006. Fls. 63 e seguintes.

³⁵ STRECK, Lenio Luiz. Hemenêutica Jurídica e(m) Crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. Fls. 161 e seguintes.

escritos no texto da lei maior do ordenamento jurídico brasileiro; mas porque, também quando em uso continuarão mergulhados na dimensão lingüística, uma vez que este uso ou se dará de forma oral ou escrita. Ou seja, a linguagem permeia a produção jurídica e qualquer tentativa no sentido de se compreender os princípios precisa começar de seu fundamento, a própria linguagem.

Retomando os gregos, a questão da linguagem é estudada desde Platão, que ao escrever o *Crátilo*, coloca o embate entre duas teses, o convencionalismo, que dizia que a ligação entre nomes e coisas seria arbitrária, e o naturalismo, em que cada coisa tem seu nome por natureza. Seu objetivo era combater a tese convencionalista, defendida pelos sofistas, uma vez que esta possibilitava que a linguagem fosse inventada e questionada. Dessa forma, para ele, a linguagem seria um instrumento para conhecer o mundo, mas, mesmo sem ela, seria possível conhecê-lo por meio da atividade intelectual. Aristóteles, posteriormente criticou a teoria dualista sobre o mundo de Platão, pois para ele a linguagem não se manifesta nas coisas, mas as significa, ou seja, as palavras só tinham sentido definido porque as coisas tinham uma essência.³⁶

Como último expoente na linha da tradição filosófica ocidental da linguagem, iniciada em Platão, temos Ludwig Wittgenstein. Com a publicação do seu *Tractatus Logico-Philosophicus*, no qual ele desenvolve a Teoria da Figuração, em que a linguagem figura o mundo. Seria como se a linguagem fosse como uma imagem estática do mundo, o correspondendo e o representando.³⁷ Sua teoria da figuração é bem mais ampla, mas para os objetivos do presente trabalho não há necessidade de maiores pormenores. Assim, a teoria de Wittgenstein acaba sendo uma teoria designativo-instrumentalista-comunicativa da linguagem, tal qual a tradição.

E ocorreria dentro do próprio pensamento dele a Reviravolta, pois Wittgenstein posteriormente revê as idéias do *Tractatus*, escrevendo então sua obra póstuma: "Investigações Filosóficas". Ainda que seu segundo pensamento contenha inúmeras idéias conflitantes com o seu pensamento primeiro, os comentadores concordam³⁸ que há uma continuidade entre as idéias de sua primeira e segunda

³⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. Fls. 119 e seguintes.

³⁷ OLIVEIRA, Manfredo de Araújo de. *Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Loyola, 2001. Fls. 96 e seguintes.

³⁸ HALLER, Rudolf. *Questions on Wittgenstein*. London: Routledge, 1988. Fl. 64

MORENO, Arley R. *Wittgenstein: Ensaio Introdutório*. Rio de Janeiro: Taurus, Fl. 62

PEARS, David. *As Idéias de Wittgenstein*. São Paulo: Cultrix, 1973. Fl. 97

WEDBERG, Anders. *A History of Philosophy*. Oxford: Claredon Press, 1986. Fl 319

obra, de modo que, essa segunda fase de seu pensamento seria uma espécie de evolução de suas reflexões na primeira parte de sua obra.

Continuando com sua preocupação com o funcionamento e os limites da linguagem, Wittgenstein, na sua segunda fase, seria em parte influenciado pela crítica da linguagem de Fritz Mauthner, de forma irônica, uma vez que o próprio Wittgenstein tinha rejeitado a crítica de Mauthner no *Tractatus*, em sua proposição 4.003.³⁹

Mauthner, dentro do contexto da sociedade da Viena do Fim de Século, e assustado com o uso de nomes pomposos na política, revolta-se. Admite que, tudo é questão de linguagem, sendo que esta insere-se como um fenômeno social. Sendo a lógica, portanto, a antropologia cultural, uma vez que não há estrutura comum a todas as línguas. Mas, ao contrário de Wittgenstein, suas idéias acabam lhe levando a um “só sei que nada sei” socrático.⁴⁰

Wittgenstein irá lutar, a seu modo, contra o “enfeitiçamento pelos meios da nossa linguagem”.⁴¹ O que ele irá buscar, no “Investigações Filosóficas”, é justamente, como no *Tractatus*, entender os limites da linguagem, separar aquilo que pode ser dito do que não pode. No *Tractatus*, essa tentativa culmina no silêncio, aonde percebemos os limites da linguagem e nós calamos por não ser possível ir além. O “Investigações Filosóficas” continua de onde o *Tractatus* parou, no caminho dos limites da linguagem, mas conclui que a linguagem não tem uma essência comum.⁴² Assim, ele elabora uma crítica a tradição filosófica ocidental da linguagem. Ele critica uma passagem de Santo Agostinho em especial, citado nominalmente no início do livro, que defendia uma visão da linguagem como em que as palavras têm significado ao se colarem aos objetos, como uma espécie de etiqueta. Para Wittgenstein, isso, na verdade, seria justamente o fascínio lingüístico da exatidão agindo em nós, em que procuramos uma única significação para os nomes, quando na verdade falar em significação, essência, por si só é um engodo. O que ele propõe, então, é clarificar a linguagem por meios precisos para caracterizar imprecisamente o que é impreciso.⁴³

Para alcançar o seu objetivo ele se volta para a pragmática, ou seja, para as

³⁹ HALLER, Rudolf. Questions on Wittgenstein. London: Routledge, 1988. Fl. 57

⁴⁰ JANI, Alan; TOULMIN, Stephen. Viena de Wittgenstein. Rio de Janeiro: Campus, 1991. Fl. 136 e seguintes.

⁴¹ WITTGENSTEIN, Ludwig. Investigações Filosóficas. Petrópolis: Vozes, 2008. Fl. 71.

⁴² PEARS, David. As Idéias de Wittgenstein. São Paulo: Cultrix, 1973. Fl. 16.

⁴³ MORENO, Arley R. Wittgenstein: Ensaio Introdutório. Rio de Janeiro: Taurus. Fl. 70 a 87.

formas como efetivamente usamos a linguagem. E essa virada se dá pelo entendimento de que, ao teorizar sobre essa linguagem, os filósofos se cegam para isso.⁴⁴ E assim, abandona o que considera como ideal de exatidão lingüística, adotando que a linguagem é sempre ambígua. Para dar conta dessa nova maneira de ver a linguagem, utiliza-se de alguns novos termos, a saber: “Jogo de Linguagem”, “Formas de Vida” e “Semelhanças de Família”.

O termo “Jogo de Linguagem” significa uma situação de uso que visa revelar as contusões que nosso entendimento recebeu ao ir de encontro a linguagem. Sendo que esse jogo não possui um único significado, não é determinado, motivo pelo qual vem à baila a questão da práxis humana que é justamente representada pelas formas de vida, já que este jogo só passa a significar algo em consonância com o uso dado a ele.⁴⁵

Wittgenstein não é claro em relação ao significado do termo “formas de vida” e a utiliza no livro em contextos diferentes, ainda que a mesma só seja utilizada cinco vezes. Rudolf Haller coloca que, o há duas formas de ver a expressão: (1) como pura ação; (2) como conceito de regularidade.⁴⁶ Já Wuchterl elenca três maneiras com a qual Wittgenstein usa o termo em sua obra: (1) como modelo de uma linguagem primitiva; (2) unidade funcional lingüística e (3) totalidade das atividades lingüísticas, sendo este último um uso mais raro. Mas o que Wittgenstein queria fazer referência é justamente aos contextos de uso, fossem estes contextos o que fossem, uma vez que a tarefa da filosofia é descrever as coisas como acontecem. E mais que isso, ele coloca que um erro filosófico comum é retirar a linguagem do seu contexto de uso.⁴⁷

E por fim, Wittgenstein também trás o conceito de semelhança de família, que relaciona-se com os outros dois, na medida em que os ordena. Isso porque, para ele, a semelhança de família viria a ser uma propriedade, uma série de traços fisionômicos que permitem identificar diferentes jogos de linguagem como pertencentes a um mesmo conjunto, de maneira que ainda que sejam diferentes entre si, exista aquele “quê” de semelhança. A idéia do conceito é por si só interessante na medida em que determina uma limitação, ainda que imprecisa.⁴⁸

⁴⁴ PEARS, David. As Idéias de Wittgenstein. São Paulo: Cultrix, 1973. Fl. 18

⁴⁵ MORENO, Arley R. Wittgenstein: Ensaio Introdutório. Rio de Janeiro: Taurus. Fl. 63 a 71.

⁴⁶ HALLER, Rudolf. Questions on Wittgenstein. London: Routledge, 1988. Fl. 118

⁴⁷ OLIVEIRA, Manfredo de Araújo de. Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea. São Paulo: Loyola, 2001. Fl. 132, 138, 140,

⁴⁸ MORENO, Arley R. Wittgenstein: Ensaio Introdutório. Rio de Janeiro: Taurus. Fls. 72 e 73.

Assim, na prática, o que temos são diferentes formas de usar a linguagem (Jogos de Linguagem), que variam de acordo com os diversos tipos de vivência humana (Formas de Vida), e o que garante tudo isso faça parte do mesmo contexto é a semelhança de traços (Semelhança de Família), que permite dar limites a estes grupos, ainda que imprecisos. Assim, Wittgenstein consegue ultrapassar toda a questão da significação exata, que era tão importante no *Tractatus*, mas sem deixar de delimitar a questão do uso e da linguagem.

Estes limites se voltam para a maneira como de fato utilizamos a linguagem, a maneira como nos comunicamos de fato, pois este uso acaba sendo regulado pelas formas de vida, que não são aleatórias. Essas formas de vida são os contextos de vida humana⁴⁹, em um sentido de linguagem partilhada antropocêntrico.⁵⁰ Conforme adquirimos esse modo de usar a linguagem, através de um treinamento dentro deste meio social, os jogos de linguagem irão agir de acordo com estas regras estabelecidas. E mesmo utilizando as mesmas regras, ninguém joga do mesmo jeito, porque a linguagem não vem a ser um destino, estando mais ligada a criação humana, assim como a noção de jogo. E é nesse contexto de jogos de linguagem, dentro das formas de vida, é que o homem pode compreender o sentido das palavras por meio do uso reto das palavras.⁵¹

Dessa forma, o que Wittgenstein faz é buscar os limites da linguagem na noção de uso dentro de uma interação social, de forma que ainda que este seja o limite da linguagem, suas fronteiras não fiquem firmemente fixadas, ficando certo ar de indeterminação. É justamente este, o componente pragmático da Reviravolta. Ou seja, ele em um primeiro momento opera o giro em direção a linguagem e depois um segundo giro em direção a pragmática.⁵² Ele rompe com a tradição ao fugir ao essencialismo, pois é o uso que limita a linguagem, não um conceito fixo, uma essência que precise ser buscada, uma vez que isso seria necessariamente um enfeitamento da linguagem.

Wittgenstein é um dos primeiros autores a dar relevo à questão da pragmática na questão lingüística, motivo pelo qual permite dizer que ao contrário de outros, seu

⁴⁹ DALL' AGNOL, Darlei. Seguir Regras: Uma Introdução às Investigações Filosóficas de Wittgenstein. Pelotas: Editora da Universidade Federal de Pelotas, 2011. Fl. 51

⁵⁰ PEARS, David. As Idéias de Wittgenstein. São Paulo: Cultrix, 1973. Fl. 150

⁵¹ OLIVEIRA, Manfredo de Araújo de. Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea. São Paulo: Loyola, 2001. Fls. 123, 143, 144

⁵² STRECK, Lenio Luiz. Hemenêutica Jurídica e(m) Crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. Fl. 175 e 176.

próprio pensamento é a reviravolta, uma vez que ele é um dos últimos autores da tradição e um dos primeiros a ir de encontro a ela na medida em que, ao escrever as Investigações, faz uma crítica ao seu primeiro pensamento.

Dessa forma, Wittgenstein e suas idéias expressas na segunda fase do seu pensamento, oferecem um aparato metodológico para trabalhar a questão da linguagem na questão dos princípios constitucionais. E não só por isso, como o Écio Oto Ramos também discute, o Neoconstitucionalismo também tem, entre suas características, o mesmo pragmatismo que encontra-se presente na Reviravolta e nas colocações do Wittgenstein do Investigações Filosóficas.⁵³

4.2. CAUÇÕES E PRECAUÇÕES PARA O USO DE WITTGENSTEIN NA TEORIA LEGAL

Tendo-se discutido sobre a adequação da utilização das discussões levantadas por Wittgenstein a questão dos Princípios, agora será buscar-se-á desenvolver a discussão sobre as aplicações de Wittgenstein dentro do direito. Apoiando-se, inicialmente, nas discussões promovidas pelos americanos Brian Bix e Anil Shankar, sobre a questão do “seguir regras”. Posteriormente, também serão discutidas as idéias de Darlei Dall’ Agnol, buscando-se então consolidar uma visão de Wittgenstein no direito. A escolha da bibliografia é justificada pela percepção de que a discussão sobre a relação entre Wittgenstein e o direito nos países de língua inglesa (Inglaterra e Estado Unidos, especificamente) vem a ser mais desenvolvida, ao contrário da brasileira onde Wittgenstein é ainda tratado de maneira mais incidental dentro do direito.⁵⁴ Uma vez que apesar de austríaco, Wittgenstein passou boa parte de sua vida na Inglaterra, de maneira, que suas idéias têm um alcance filosófico maior lá do aqui.

Brian Bix, ao discutir o uso de Wittgenstein no direito, começa alertando que a conexão mais comum é a questão de “seguir regras”, sendo este a mais comentada dentro da doutrina americana. Continua fazendo um alerta para que, muitas das

⁵³ DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Suzanna. Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da Teoria do Direito em tempos de Interpretação Moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2006. Fls. 64, 65.

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. Hemenêutica Jurídica e(m) Crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. Fl. 165 e seguintes.

pretensas discussões sobre a aplicação de Wittgenstein, na verdade, são somente uma tentativa, do autor, de se esconder por trás de um nome mais reconhecido. Em outras palavras, na verdade os autores ao invés de discutir Wittgenstein, o invocam no texto apenas para legitimar os próprios argumentos.⁵⁵

Ele inicia sua análise por Saul Kripke, que em seu livro, *"Wittgenstein on rules and private language: an elementary exposition"*, lê nas "Investigações Filosóficas" um viés ceticista, sendo esta visão compartilhada por muitos dos teóricos do direito que buscam utilizar Wittgenstein, o que os leva a verem o direito como radicalmente indeterminado. Conforme visto anteriormente, Wittgenstein desenvolve uma abordagem para o problema do limite da linguagem, no qual, ele propõe que a linguagem seria um jogo lingüístico, estando atrelado a sua noção de uso dentro dos diferentes contextos da atividade humana (Formas de Vida), e que jogos lingüísticos diferentes se relacionariam pelo conceito de "semelhança de família". Com base nisso, Kripke argumentaria em seu livro que não há como saber se o sentido de uma palavra é sempre o mesmo ou se estou usando a mesma corretamente, e que o critério de correção seria justamente o consenso da comunidade. Bix argumenta que a tentativa de Kripke é descobrir a origem de seguir uma regra, quando o objetivo de Wittgenstein não seria este, e sim, descobrir a natureza e a epistemologia. Assim, para a leitura Wittgensteiniana de Kripke, seguir uma regra e o próprio direito seriam indeterminados, uma vez não seria possível fixar um sentido. Bix faz a ressalva que nenhum estudioso sério usaria Kripke, rechaçando sua visão cética.⁵⁶

Na mesma direção do Bix, Anil Shankar chama as idéias do Kripke de Kripkestein, uma vez que as mesmas seriam uma espécie de amalgama entre as idéias de Wittgenstein e as do próprio Kripke. Trazendo que, o próprio Wittgenstein, iria desaprovar tal leitura de suas idéias e essa demanda por clarificação absoluta. As idéias de Wittgenstein não refutam a dúvida, e Shankar atenta, ainda, para o fato de outros autores considerarem importante responder aos questionamentos de Kripke.⁵⁷

De fato, há de se relembrar a rejeição de Wittgenstein a questão da essência das coisas, tese que ele rejeita no próprio "Investigações Filosóficas" ao buscar

⁵⁵ BIX, Brian. Cautions and Caveats for the Application of Wittgenstein to Legal Theory. Disponível em:

<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=619123> Acessado em 01/05/2012. Fls. 218 e 219.

⁵⁶ BIX, Brian. Law, Language and Legal Determinancy. Oxford: Oxford University Press, 2003. Fl. 37 a 39.

⁵⁷ SHANKAR, Anil. Wittgenstein and the Rule of Law. Disponível em <http://works.bepress.com/anil_shankar/1/> Acessado em 01/05/2012. Fls. 1 a 8.

justamente determinar precisamente o impreciso. Assim, uma leitura conforme Kripke esquece-se que o próprio autor analisado não buscava ir ao fundamento último das coisas uma vez, pois o considerava esse um erro metafísico comum a filosofia, que seria causado justamente pelo enfeitiçamento da linguagem que ele buscava combater.

Mais a frente, Bix discute a questão dos *easy cases*, que seriam os casos de aplicação de uma regra que não haveria controvérsia. Bix destaca que, o uso dado a “seguir uma regra” no “Investigações Filosóficas”, é em relação a sequências matemáticas. E continua dizendo, sobre que a razão para que não haja controvérsia nesses casos é justamente, pois, uma vez que aqueles que aplicam uma regra compartilhem uma mesma forma de vida, terão o mesmo treinamento para seguir essa regra. Bix discute duas leituras que ele considera extensivas do pensamento do Wittgenstein, ou seja, que dizem mais do que Wittgenstein efetivamente quis dizer. A primeira é de B. Langille, o qual ele critica por aplicar o conceito de Gramática wittgensteiniano de maneira inapropriada ao dizer que o Direito Constitucional teria uma gramática própria, constituindo-se como uma forma de vida. A sua crítica aqui é, no sentido de que, Wittgenstein utiliza o conceito de gramática de maneira bem próxima ao uso ordinário e não em um contexto legal. Dessa maneira, Langille erraria ao utilizar um termo fora de seu contexto de uso (fora do seu jogo lingüístico).⁵⁸ E, posteriormente, dirige sua crítica contra Dennis Paterson. Bix explica que, Paterson desenvolve a idéia de “seguir uma regra” para explicar como uma aplicação da regra pode ser melhor do que outra. Assim, considera duas opções: (1) que regra contem algo que a determina, e (2) consenso da comunidade determina se é correto ou não. Patterson, então, resolve o problema com uma abordagem que mistura estas duas idéias, fazendo referência a comunidade, mas também ao propósito da regra. O motivo da crítica de Bix é mesmo da abordagem de Langille, Wittgenstein não se referiu ao Direito quando escreveu suas considerações sobre “seguir a regra”, estando preocupado com a questão da linguagem descritiva e da matemática.⁵⁹

Shankar, por sua vez, em um diálogo com Bix, coloca que muito se discutem sobre os perigos de se aplicar a filosofia da linguagem ao direito, uma vez que Wittgenstein pouco escreveu sobre o tema. No entanto, Shankar entende que ainda

⁵⁸ BIX, Brian. *Law, Language and Legal Determinacy*. Oxford: Oxford University Press, 2003. Fls. 42 a 48.

⁵⁹ BIX, Brian. *Law, Language and Legal Determinacy*. Oxford: Oxford University Press, 2003. Fls. 50 e 51.

que sejam levantadas questões sobre se as regras do direito são compatíveis com o tipo de contingência social que Wittgenstein defende, o objetivo dele era justamente mudar o modo como vemos as coisas, o que na verdade significa mudar tudo. Sendo que, quando na aplicação de sua teoria no direito, o que acabou acontecendo foi que, a falta de estabilidade epistemológica não produziu clarificação. Shankar defende que, aceitar o pensamento de Wittgenstein no direito, significa abandonar uma visão tradicional e repensar tudo.⁶⁰

Bix, por outro lado, declara que há mais uma limitação para o uso direto de Wittgenstein no direito, pois apesar do pensamento de Wittgenstein se referir perfeitamente ao *easy cases*, não serve aos *hard cases*, ou seja, os casos de aplicação controversa que abrangem os princípios e seu conteúdo mais geral. Bix descarta o pensamento de Stanley Fish, de que, as diferenças entre os *hard cases* e *easy cases* seria devido as diferenças na forma de vida, pois isso não abarcaria os casos onde se tem a mesma forma de vida mas diferentes visões. E também refuta a visão de W. B. Gallie, em que, possui a mesma forma de vida e aplicar a regra de formas diferentes significa que temos interpretações diferentes. Bix argumenta que essas visões não explicam porque há interpretações discordantes. Em resumo, ele acredita que os autores, que ele analisa, na verdade vão além do texto de Wittgenstein.⁶¹

Enfim, ainda que a Bix faça observações importantes para qualquer uso dos conceitos de Wittgenstein no direito, cai no mesmo erro que denuncia. Ao busca a fundamentação última de seguir uma regra, ele se esquece que esta fundamentação é uma ilusão metafísica, nos termos do próprio Wittgenstein. Além disso, ao afirmar que as aplicações de Wittgenstein ao direito são limitadas, não leva em consideração a própria dimensão lingüística do direito. Ora, se o direito é linguagem e a tarefa a que se propõem Wittgenstein é entender como a linguagem é usada, então pode-se pensar com perfeição por meio do esquema de pensamento wittgensteiniano a questão dos limites da própria linguagem jurídica. Repare que, apesar dos exemplos ao qual Wittgenstein aplica seus conceitos serem aplicações de cores e séries matemática, em nenhum momento ele faz uma ressalva limitando seu esquema somente aos exemplos dados, de forma que é perfeitamente plausível

⁶⁰ SHANKAR, Anil. Wittgenstein and the Rule of Law. Disponível em: <http://works.bepress.com/anil_shankar/1/> Acessado em 01/05/2012. Fls. 16 a 25.

⁶¹ BIX, Brian. Law, Language and Legal Determinacy. Oxford: Oxford University Press, 2003. Fls. 49, 54, 55, 58, 59, 62.

assumir que ele referia-se a linguagem de maneira geral. Por sua vez, Shankar também traz precauções ao uso de Wittgenstein ao direito, mas diferentemente de Bix, ele consegue entender que, o uso de Wittgenstein está condicionado a uma abordagem completamente nova, uma vez que Wittgenstein tem a intenção de mudar tudo com seus pensamentos sobre a questão da linguagem.

4.3 WITTGENSTEIN: MODO DE USAR

Se pensarmos que, a segurança na aplicação dos conceitos é uma ilusão, podemos entender melhor a advertência do Shankar sobre pensar uma abordagem radicalmente nova em relação à aplicação de Wittgenstein ao direito. Para ele, não é possível explicar sobre o que seria seguir uma regra, pois não há essência da regra em si. A consequência dessa afirmação dentro do direito é: não podemos definir um princípio com certeza, de modo que haverá sempre certa imprecisão. No entanto, ainda que dê margem a uma leitura radicalmente indeterminista, não é isso o que Wittgenstein efetivamente diz. Ora, conforme dito anteriormente Wittgenstein tenta caracterizar imprecisamente por meios precisos aquilo que é impreciso, ou seja, a linguagem.⁶²

Dessa forma, Wittgenstein pensa na expressão de Jogo de Linguagem associado às Formas de Vida. Mais do que isso, pensa em um Jogo de Linguagem Moral Normativo, que abrange sentenças e princípios, e que vem justamente como um jogo que trás guias gerais de ação, ou seja, prescreve comportamentos. Exatamente o que a norma jurídica (regras e princípios) faz. Mas para utilizar o Jogo de Linguagem é necessário mais do que hermenêutica, uma vez que se só houvesse interpretação, ao interpretar se faria nova regra que levaria a outra regra e assim infinitamente. É necessário que haja um treino em relação aos usos nas Formas de Vida, porque dominar a prática é saber como seguir a regra, e que mesmo usar sempre a mesma regra é seguir a regra. Wittgenstein compara, então, as regras a trilhos. Ou seja, as regras levam ao jogo de linguagem, uma vez que elas também são ação. E assim, o significado dos jogos de linguagem não ficaria

⁶² MORENO, Arley R. Wittgenstein: Ensaio Introdutório. Rio de Janeiro: Taurus. Fl. 70.

restrito ao critério das formas de vida, pois que o Jogo de Linguagem, junto com as formas de vida, tem o seu próprio critério de correção, seguir a regra. Utilizar as idéias de Wittgenstein nos leva a dizer que os princípios não poderiam ter um conceito definido, não há como fixar com exatidão seguir uma regra dentro do contexto da Forma de Vida. E uma vez que Wittgenstein sugere que para dominar a técnica de seguir a regra corretamente, seria necessário treinamento na capacidade de julgar através do exemplo, subsumindo casos particulares a regra, ele aponta para o contexto da Argumentação Jurídica como real determinador do uso de um Princípio.⁶³

⁶³ DALL' AGNOL, Darlei. Seguir Regras: Uma Introdução às Investigações Filosóficas de Wittgenstein. Pelotas: Editora da Universidade Federal de Pelotas, 2011. Fls. 71 a 80, 87 a 93, 102, 126 a 127.

5 HERMENÊUTICA E ARGUMENTAÇÃO: DUAS FACES DA MESMA MOEDA NO NEOCONSTITUCIONALISMO?

5.1 A HERMENÊUTICA NO NEOCONSTITUCIONALISMO

O termo, Hermenêutica, apresenta inúmeras indefinições, sendo considerado sinônimo de: explicação, explanação, exegese e interpretação. A Hermenêutica é, em uma definição rápida, a ciência e a arte da interpretação e possui a tarefa de fornecer indicações metodológicas para prevenir arbitrariedades na interpretação. Assim, interpretar seria um modo de tornar compreensível, de transformar algo estranho em algo reconhecível, e é com isso que se ocupa a teoria hermenêutica. Mesmo assim, até o século XVII a disciplina não tinha nome, cabendo a Lutero a descoberta e revitalização da área.⁶⁴

A palavra hermenêutica vem de *ermenéuein* que significa: (1) expressar; (2) expor; (3) traduzir. Na modernidade, ficou associada como a arte da interpretação. No direito, haveria duas escolas, a escola da exegese e a escola histórica, que levava em conta aspectos diferentes em relação à interpretação. A escola da exegese levava em conta: (1) codificação do direito; (2) mentalidade do jurista com o princípio da autoridade; (3) separação dos poderes; (4) reorganização do ensino superior. Já a escola histórica levava em conta: (1) individualidade e variedade dos homens, (2) irracionalidade das forças históricas; (3) pessimismo antropológico; (4) amor pelo passado; (5) costume reexaminado.⁶⁵

Paulo Bonavides coloca a interpretação, dentro do direito, como operação lógica que investiga o significado da norma, não havendo norma jurídica que dispense interpretação. As fontes da interpretação podem ser: (1) autêntica, aquela determinada pelo legislador; (2) judiciária, aquela realizada pelos órgãos julgadores; (3) doutrinária, realizada pelos doutrinadores. Em relação aos meios de interpretação, eles podem ser: (1) Gramatical, ou seja, o significado literal das palavras; (2) Lógica, que é a conexão da lei interpretada com outras leis; (3) Analógica, que se relaciona ao uso da analogia; (4) Extensível, quando uma lei falha é utilizada. Quanto aos resultados da interpretação, eles se dividem em: (1)

⁶⁴ GRONDIN, Jean. Introdução a Hermenêutica Filosófica. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999. Fls. 23, 27, 48, 49.

⁶⁵ MOURA, Lenice S. Moureira. (Org.) O Novo Constitucionalismo na Era Pós-Positivista. São Paul: Saraiva, 2009. Fls. 237, 445, 446.

Declarativa, quando a interpretação literal e a interpretação relacionada com as outras leis do ordenamento coincidem; (2) Extensiva, quando a lei é alargada para que a vontade do legislador seja cumprida; (3) Restritiva, quando a lei fala mais do que a interpretação. Os métodos de interpretação podem ser: (1) Lógico-sistemático, se interpreta em relação às outras normas do ordenamento; (2) Histórico-teleológico, leva-se em consideração todo o processo de criação pelo qual a lei passou. Por fim, temos aqueles tipos de interpretação que são: (1) Subjetivista, quer procurar a vontade do legislador; (2) Objetivista, quer procurar a vontade da lei. Para finalizar, Bonavides coloca que, no constitucionalismo clássico, há uma preferência pela visão objetivista, ou seja, busca-se a vontade da lei. Eles buscavam se colocar distantes de valores ideológicos e inovavam pouco, ignorando a tensão entre a tradição liberal e a realidade constitucional. Este posicionamento mudou, e percebe-se que no constitucionalismo moderno se tem buscado uma hermenêutica material da constituição.⁶⁶

Passando ao pensamento de Kelsen, a interpretação é a operação que acompanha o direito, na aplicação do escalão superior para o inferior, como um ato intencional de determinação. Mas, como não é possível vincular em todas as direções, acaba que o direito é a moldura de aplicação com várias possibilidades possíveis, o que torna o juiz um criador do direito relativamente livre. A única resposta correta seria uma ficção para garantir a segurança jurídica, só sendo realizável de forma aproximada.⁶⁷

A interpretação, para Canotilho, é a atribuição de significado a um ou vários símbolos lingüísticos presentes na constituição, para poder decidir. Dessa forma, para concretizar a constituição, é necessário densificar as regras e os princípios, ou seja, preencher, complementar ou precisar essas disposições legais para se ter a norma, que seria justamente o texto interpretado. Sendo que esta interpretação revelaria enunciados lingüísticos condicionados pelo contexto, devendo a interpretação, permitir o desenvolvimento da teoria da constituição. E, na questão do método justo de interpretação em uma questão controvertida, considera-se um conjunto de métodos para a interpretação constitucional.⁶⁸

Dessa forma, os métodos jurídicos de interpretação da constituição se

⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2007. Fls. 437 a 447, 452.

⁶⁷ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Fls. 387 a 391, 393, 396.

⁶⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. Portugal: Almedina, 2011. Fls. 1200 e 1201.

dividiriam em: (1) Jurídico, uma vez que a constituição não seria diferente das outras leis, de forma que os métodos tradicionais seria o suficiente, em que estes métodos tradicionais são: Gramatical, Sistemático, Histórico, Teleológico e Genético; (2) tópico-problemático, no qual seriam utilizados os tópoi, que são esquemas de pensamento que orientam, guiam a discussão e permitem a decisão do problema em discussão; (3) hermenêutico-concretizador, no qual a idéia de que a interpretação começa por uma pré-compreensão do sentido pelo intérprete, concretizando a norma para e a partir de uma situação histórica concreta; (4) Científico-Espiritual, no qual se deve levar em conta a ordem de valores, e o fato de que a constituição é um elemento integrador; (5) Metodica Jurídica Normativo-Estruturante, em que a norma não é só um texto, mas também um pedaço da realidade social, e essas coisas têm que se integrar na decisão; (6) Comparativo, no qual se compara entre ordenamentos de países diferentes para poder se vislumbrar o significado da norma.⁶⁹

Mas o juiz não está livre para escolher, uma vez que se encontra vinculado pela Constituição e não se admite que o aplicador manipule a semântica do texto constitucional. Ainda sim, este intérprete necessita corporificar o texto, lhe dando conteúdo e significado.⁷⁰

A interpretação constitucional *stricto sensu* é quando temos que dar uma resposta à questão, só há a atribuição de significado, havendo igualdade entre texto e norma. A interpretação em sentido mais amplo não considera esta identidade entre a norma e o seu texto, uma vez que as palavras têm problemas em relação à determinação do seu significado, e de um ponto de vista pragmático, o que se percebe é que estes problemas levam a uma indeterminação das soluções normativas estipuladas para certos casos. Assim, a norma não está no texto, não preexiste ao trabalho do direito, mas é resultado do emprego dos métodos de interpretação ao caso concreto. Tem-se, então, que considerar que toda interpretação tem caráter político *lato sensu*, em que a constituição é jurídica e política. E dentro desta conjuntura, há de se considerar como conciliar a segurança com a complexidade da constituição, pois a função da constituição não deve ficar em aberto. O que nos leva a que, para uma teoria da constituição adequada, é

⁶⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. Portugal: Almedina, 2011. Fls. 1195 a 1198, 1209 a 1214.

⁷⁰ MOURA, Lenice S. Moureira. (Org.) O Novo Constitucionalismo na Era Pós-Positivista. São Paul: Saraiva, 2009. Fls. 233.

necessário uma teoria da interpretação principialista, e que não pode ser apenas subsunção. Pois, ainda que a interpretação seja a determinação de sentido, quando há mais de um sentido que pode ser determinado e se levamos em conta as diferenças que ocorrem em relação à interpretação constitucional, que: (1) tem caráter aberto; (2) político; e (3) fator axiológico, essa indeterminação se torna mais comum, dificultando a realização da interpretação.⁷¹

Sendo que há um problema adicional, a Constituição não costuma trazer as regras de sua interpretação. A única lei que dispõe alguma diretriz interpretativa é a Lei de Introdução ao Código Civil, a LICC, que privilegia o método teleológico. Assim não é sempre fácil desentranhar com clareza a finalidade da norma, ainda mais quando a constituição não é um sistema em si, mas um modo de interpretar todos os outros ramos do direito, uma filtragem constitucional. Essa interpretação constitucional se sujeita a categorias, podendo ser: (1) Legislativa, no qual se verifica a estrutura do poder, observa o processo legislativo e apreciam-se os vetos do chefe do executivo; (2) Administrativa, que tem poder executivo para pautar a conduta; (3) Judicial, que pode aplicar diretamente um preceptivo constitucional e verifica a compatibilidade entre a norma e constituição exercendo um controle, onde sua interpretação é final e vincula aos outros poderes; e (4) Doutrinária, que se dirige a fornecer subsídios para órgãos encarregados de realizá-las. Além de possuir, as normas constitucionais, características particulares, relembrando: (1) superioridade hierárquica; (2) natureza da linguagem; (3) conteúdo específico; e (4) caráter público; no qual a natureza da linguagem e as normas principiológicas fazem com que as estas normas tenham maior abertura e menor densidade jurídica. E assim, a interpretação constitucional é um fenômeno múltiplo sobre o qual influi: (1) contexto cultural, social e institucional; (2) posição do intérprete; e (3) metodologia jurídica. E no qual, na interpretação Constitucional é necessário determinar o significado das normas que integram a Constituição, seja em seu critério material ou formal. E ao se aplicar métodos diferentes pode-se ter: (a) que todos conduzem ao mesmo resultado ou, (b) que eles produzem a resultados diferentes. E o início da interpretação são os princípios constitucionais, que

⁷¹ DANTAS, David Diniz. *Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo: Teorias e Casos Práticos*. São Paulo: Madras, 2005. Fls. 195, 198, 200, 205 a 207, 214, 216, 220 e 260.

espelham a ideologia da constituição.⁷²

Quando esses princípios, pelos motivos já expostos, entram em conflito, é natural quando se trata de constituições longas e densas. Assim, a Constituição não é só moldura ou garantia, tornando-se uma ponte entre o discurso jurídico e a moral. A interpretação constitucional passa a ser uma interpretação moral que vem contraposta, no discurso neoconstitucionalista, a uma interpretação em sentido literal, gerando justiça, mas incerteza dentro do direito. O que esta interpretação moral trás de novo está na mesma área das razões em favor do processo democrático e aquelas em favor da persistência da Constituição.⁷³

Essa retomada da moral nas Constituições do pós-guerra se deve pela experiência desastrosa na Alemanha Nazista, no qual ainda na vigência da Constituição de 1919 da República de Weimar, Hitler conseguiu ascendeu ao poder ao abrigo do Art. 53 da Lei Fundamental e usou como base legal do Estado-Policial Nazista o Art. 48 da mesma lei. Havendo, posteriormente, somente uma eliminação de fato da constituição de Weimar pelos Nazistas, sem que a mesma tenha sido revogada formalmente. E mesmo com a Constituição de Weimar ainda valendo, os direitos humanos e liberdades individuais eram anátemas para os Nazistas, motivo pelo qual houve toda uma perseguição a minorias étnicas e opositores do regime.⁷⁴ Esta fato teve uma influência marcante no movimento constitucional do pós-guerra, influenciando positivamente essa retomada da moral dentro do direito, justamente para poder ir em direção contrária ao que havia acontecido durante o regime Nazista.

Assim, o movimento neoconstitucionalista vem para demonstrar a frustração do projeto iluminista de que o esclarecimento dos sujeitos pensantes bastaria para solucionar os problemas que surgissem, e desfez as ilusões de verdades definitivas. No estado democrático de direito, se reconhece que a sociedade é plural e democrática, que as partes têm garantias processuais e que é necessário que haja a justificação das decisões. E sob o prisma desse estado democrático é preciso, ao mesmo tempo, garantir a certeza das relações por meio de padrões normativos e

⁷² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010. Fls. 109 a 111, 119 a 122, 128, 130, 133, 134, 145, 151, 155, 157 e 341.

⁷³ DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Suzanna. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da Teoria do Direito em tempos de Interpretação Moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2006. Fls. 94, 98, 99, 101.

⁷⁴ CAERGEN, R. C. Van. *Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional*. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. Fls. 330, 331 e 341.

decisões coerentes com o direito vigente e adequadas ao caso concreto.⁷⁵

E é aqui que entra novamente Wittgenstein. Pois na medida em que se busca criar uma visão wittgensteiniana dos princípios constitucionais que venha a dar conta da dimensão lingüística indeterminada dessas normas-princípios, essa busca é fundamentalmente uma busca hermenêutica. O que se busca é fixar um sentido para esses princípios, de forma que esta categoria legal, que já existe, possa ser operada com racionalidade e garantindo o ideal da segurança jurídica. No entanto, o que percebe-se a longo de todo o último capítulo é que, Wittgenstein, apesar de dar conta competentemente da questão, não chega à conclusão desejada, na medida em que admite que a linguagem não seja algo que possui um significado fixo em si, que pode ser retirado por meio de uma simples análise em abstrato da norma. Ele entende a linguagem como algo impreciso, mas que precisa ser determinado precisamente. E mesmo que imprecisa, não pode-se, como já se viu, cair em um discurso ceticista de que “tudo pode”, pois a imprecisão não significa indeterminação. Significa que apenas que não há uma essência, que a linguagem não possui uma coisa em si, uma vez que Wittgenstein rejeita a idéia de uma essência das coisas, mas que este significado é construído discursivamente, dentro de um “jogo de linguagem” nessa “forma de vida”. Ou seja, ele joga toda essa formação de sentido em uma direção pragmática, no que efetivamente está sendo feito.

Mais acima, foi exposto todo um panorama hermenêutico dentro do direito, no qual fica claro em que o próprio direito já percebeu que, os chamados métodos clássicos de interpretação, não dão conta plenamente do paradigma constitucional, por suas próprias especificidades de um direito mais permeável e flexível com instrumentos equitativos, mais moldáveis ou de razoabilidade prática.⁷⁶ Os direitos fundamentais, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, vêm com diretrizes, declarações axiológicas e cláusulas abertas de conteúdo principiológico. E, faz-se imperativo uma solução, como a proposta por meio de uma “hermenêutica wittgensteiniana”, uma vez que, quanto mais rígida a constituição, mais maleáveis os métodos de interpretação⁷⁷, porque precisam sempre se ajustar ao programa e

⁷⁵ CATONI, Marcelo. (Org.) *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004. Fls. 49, 51, 52 e 520.

⁷⁶ DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Suzanna. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da Teoria do Direito em tempos de Interpretação Moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2006. Fl. 106.

⁷⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007. Fl. 458.

esfera normativos⁷⁸. Um método, baseado na filosofia Wittgenstein, é perfeitamente aceitável, ainda que somente ele não seja o suficiente para dar conta do problema, pela própria imprecisão da linguagem como visto. Mas, quando às vezes somente compreender não é o suficiente para alcançar o sentido exato, o que se pode fazer? Nestes casos a argumentação vem a serviço da interpretação, fornecendo uma maior ou menos capacidade do interprete de discursar. Transformando a argumentação em decisiva na interpretação constitucional.⁷⁹ Carlos Wagner Dias Ferreira apresenta quatro motivos para se adotar a argumentação racional, elas são: (1) seria um absurdo defender os valores sem dizer por quê; (2) determinar o motivo ou fundamento delimita a aplicação; (3) não é admissível apresentar teorias sobre os direitos sem fundamentar; e (4) para levar os direitos a prática, é necessário ter idéias claras sobre eles. E assim, temos que fundamentar no direito, sendo a fundamentação um feixe ou conjunto de razões jurídicas, no qual a interpretação, a hermenêutica, se une como um ato de argumentação.⁸⁰

5.2 ARGUMENTANDO COM PRINCÍPIOS: COMO A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA FORNECE RESPOSTAS CORRETAS NOS CASOS DE INDETERMINAÇÃO E COLISÃO

Conforme visto anteriormente, uma solução por meio da teoria de Wittgenstein não resolve completamente o problema da determinação do sentido nos princípios, pelo fato dos “jogos de linguagem” não serem precisos e dependerem de uma “forma de vida”. Assim, a Argumentação, se coloca como saída para o fechamento dessa problemática, uma vez que é esta mesma argumentação lida com estas questões no caso concreto, na prática, ou melhor, na pragmática, como bem defendia Wittgenstein.

Como bem se sabe, a prática do direito é a argumentação e ninguém tem dúvidas disso. Sendo que esta argumentação dentro do direito acontece em três âmbitos: (1) produção de normas, (2) aplicação das normas; (3) dogmática jurídica,

⁷⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. Portugal: Almedina, 2011. Fl. 1229

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010. Fl. 387.

⁸⁰ MOURA, Lenice S. Moureira. (Org.) O Novo Constitucionalismo na Era Pós-Positivista. São Paul: Saraiva, 2009. Fls. 227, 234, 235 e 283.

que envolve criar critérios de produção e aplicação do direito, além de ordenar o próprio sistema jurídico.⁸¹

Mas, além disso, a argumentação possibilita que se possa decidir contra o próprio texto da lei, no caso de uma lei injusta, se coloca como uma forma de resolução conflitos entre os princípios constitucionais, bem como nos casos em que há colisões, que ocorrem por estes princípios estarem no mesmo patamar hierárquico, como um auxiliar da ponderação.⁸²

A ponderação, neste contexto de neoconstitucionalismo, tem uma tríplice contingência: (1) necessidade de resolver casos de tensão; (2) inexistência de ordenação em abstrato de bens e valores da Constituição; (3) estrutura das normas constitucionais. Podendo ser aplicado em três casos: (1) lacuna na lei; (2) conceito normativo indeterminado; (3) quando a densificação da norma for inconstitucional.⁸³ E só é possível realizar tal balanceamento, pois: (1) inexistente uma ordenação, o que gera uma decisão situativa; (2) formação principial; (3) fratura da unidade de valores da comunidade.⁸⁴

Esse método argumentativo, então, iria funcionar balanceando os valores em jogo, levando em conta a exigência da justiça, ou seja, unindo não só uma solução compatível com o sistema jurídico como a solução compatível com o caso em tela. Tipicamente, ainda que se pense nos três usos demonstrados acima, a ponderação está mais ligada ao conflito de normas, em especial os princípios que são formulados em uma linguagem genérica em tom absoluto, quando os campos de aplicação destes às vezes se sobrepõem. Neste caso, ela é uma técnica de aplicação em que se comparam duas normas quando a interpretação já foi feita. E nesse contexto a ponderação tem que considerar: (1) conteúdo dos princípios, (2) justiça; (3) variáveis do caso; e (4) grau de satisfação de cada um dos princípios. Para assim, realizar um juízo de ponderação, com atribuição metafórica de pesos diferentes, aos princípios em rota de colisão, de modo a determinar qual o mais forte.⁸⁵

⁸¹ ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2006. Fls. 13, 17, 18.

⁸² CRISTÓVAM, José Sergio da Silva. *Colisões entre Princípios Constitucionais: Razoabilidade, Proporcionalidade e Argumentação*. Curitiba, Juruá Editora, 2008. Fls. 117 e 159.

⁸³ DANTAS, David Diniz. *Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo: Teorias e Casos Práticos*. São Paulo: Madras, 2005. Fls. 279 e 280.

⁸⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Portugal: Almedina, 2011. Fl. 1237.

⁸⁵ DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Suzanna. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da Teoria do Direito em tempos de Interpretação Moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2006. Fl. 106 a 108, 110 e 111.

Para Canotilho, essa ponderação, que leva em conta a existência de dois bens ou direitos reentrantes e que não possui regras abstratas que conduzam a uma solução da colisão, precisa de justificação e motivação para a prevalência parcial de um dos bens ou direitos, de maneira que para ele essa contemporização ou transação entre princípios assegura aplicação coexistente destes princípios por meio da criação de uma hierarquia axiológica móvel entre os princípios conflitantes.⁸⁶

Os juízes precisam desse senso de adequabilidade, que possui várias possibilidades, que não são ao acaso, para gerar a solução correta por meio de uma interpretação normativa e argumentativa fundada em cada situação, processo construído pela partes e partilhado pelas mesmas, uma verdade discursiva. Sendo esta decisão, tomada no contexto discursivo de uma esfera pública, já que a concepção dos princípios requer um agir político.⁸⁷

E como, então, unir essa dimensão argumentativa do direito com a própria questão da ponderação, considerada em seu sentido geral e em todas as suas acepções, como uma forma de garantir racionalidade a própria ponderação e poder enfim resolver a questão dos princípios constitucionais? Há duas possíveis respostas a ser consideradas.

5.2.1 ROBERT ALEXY: ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMO CASO ESPECIAL DA ARGUMENTAÇÃO PRÁTICA

Para Robert Alexy, a fundamentação é mais do que uma consequência lógica ou um silogismo. Devendo minimamente, para a fundamentação ser bem-sucedida, que a sentença na qual foi utilizada, possa ser reconstruída e que sua conclusão resulte das proposições postas nos fundamento, proposições estas que não devem contradizer-se. A fundamentação seria diferente da aplicação da norma, já que para a fundamentação, é uma questão de validade, e a aplicação é só uma questão de conveniência, seja em relação a uma situação ou em relação a outras normas. E é preciso se pensar em coerência em relação ao discurso de aplicação, já que é necessário considerar todas as características de uma dada situação a luz de todas

⁸⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. Portugal: Almedina, 2011. Fl.

⁸⁷ CATONI, Marcelo. (Org.) Jurisdição e Hermenêutica Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004. Fls. 65 a 67, 70, 162.

as normas que entram na questão. Para continuar explorando a questão da fundamentação, Alexy volta-se para o que se entende por razão prática ou racionalidade, rumo às teorias procedimentais, pois para ele esta razão prática ou racionalidade se dá no âmbito das teorias procedimentais, em que uma declaração normativa N passa a ser correta quando fruto de um procedimento P. Voltando-se para uma teoria do discurso, que possui como tarefas, determinar a relação entre certeza jurídica e correção, desenvolver os postulados da racionalidade e assentar o procedimento argumentativo e o institucional de aplicação do direito de uma teoria do estado constitucional de democrático. No entanto Mas esse modelo do discurso tem o defeito de não determinar o resultado, além de não se poder saber com precisão se a declaração normativa N é correta, várias N's podem possíveis, restando ao procedimento excluir possibilidades. Mas que estes problemas são admissíveis, pois (1) não há alternativas aceitáveis e porque (2) reside aí justamente a força da teoria procedimental. Ele ainda arremata dizendo que esta possibilidade argumentativa não significa um permitir-jurídico, já que, os limites dessas possibilidades, vêm do que é permitido pela lei.⁸⁸

Vale ressaltar que o movimento que Alexy realiza é o de examinar a argumentação prática geral, partindo, então, para o discurso do direito, pois, para ele, o discurso jurídico seria um caso especial da argumentação prática geral. Ele, então, toma emprestado de Habermas a concepção de que, o resultado do discurso prático é racionalmente motivado sendo resultado de uma vontade racional em consenso justificado, e que, a consequência disso é suscetível de verdade em sentido amplo. Além de aceitar que, dentro da teoria do discurso, as convicções podem ser modificadas em virtude dos argumentos apresentados. Buscando então resolver o problema proposto pelo dilema de Münchhausen, o qual seja, justificar uma proposição com outra proposição em um recurso ao infinito, Alexy se volta para o estabelecimento de regras para o discurso. E considera então quatro caminhos possíveis para a fundamentação: (1) regras técnicas; (2) fundamentação empírica, que mostra que certas regras vigoram mesmo ou que os resultados do procedimento correspondem as nossas convicções normativas; (3) fundamentação definidora, que analisa as regras que definem o jogo de linguagem, a práxis, e as aceita como critério; e (4) pragmática-transcendental, ou universal, a validade de determinadas

⁸⁸ ALEXY, Robert. *Direito, Razão, Discurso: Estudos para Filosofia do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. Fls. 19, 20, 26, 46, 78 a 80, 84 e 133.

regras são condição de possibilidade lingüística. Alexy também acredita que não há uma única resposta correta, limitada ao discursivamente possível, podendo haver decisões incompatíveis, ainda que racionais. Porque a pretensão de correção no discurso de direito, é limitada pelas exigências legais, dogmáticas e precedentes, e é relativa aos participantes e um momento no tempo. Mais uma vez, voltando ao ponto de que, ter várias respostas não significa que todas são possíveis, e que todo o processo discursivo é dar os limites para estas respostas. Alexy, além disso, considerar que a limitação do discurso prático necessita que o próprio sistema jurídico preencha essas limitações por meio de alguns procedimentos: (1) criação estatal de normas jurídicas, ainda que nenhum sistema seja capaz de garantir completude total; (2) Argumentação Jurídica, que também não garante uma única resposta correta; e (3) Processo Judicial, que é onde se determina uma resposta. Desses processos, dois são institucionalizados, (1) e (3), sendo regulado por normas que buscam chegar a um resultado definitivo por meio da argumentação e decisão. Já argumentação jurídica, por seu turno, ainda que tenha pretensão de correção, possui limitações que fazem com que seja necessário que seja fundada racionalmente na moldura do ordenamento jurídico. Alexy se vale, então, de uma diferenciação entre dois tipos de justificação, a externa e a interna, para elaborar sua teoria discursiva. Sendo que a justificação interna seria uma forma mais simples e geral e a justificação externa poderia ser de três tipos: (1) Direitos Positivos; (2) enunciados empíricos; e (3) reformulações da norma que precisam recorrer à argumentação jurídica.⁸⁹

Alexy elabora, então, uma formula para esta justificação interna que na verdade diz que: Sempre que tem-se uma determinada situação, então tem-se uma situação de dever ser. Se há um caso concreto, então devemos aplicar a situação de dever ser relacionada. E este esquema na verdade nada mais é do que o Silogismo Jurídico, amplamente utilizado dentro do direito, como maneira de buscar respostas corretas. No entanto, o que ele vai dizer é, que este modelo silogístico não resolve todas as questões, como quando a estrutura do caso é mais complexa, sendo três as situações no qual isso ocorre: (1) ambigüidade, (2) vagueza, (3) abertura valorativa. A ambigüidade, pode ser resolvida, a maioria das vezes, observando-se o contexto de aplicação da norma, mas a vagueza e abertura valorativa não podem

⁸⁹ ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2006. Fls. 159, 160, 164, 165, 171 a 174, 179, 180 e 181.

ser resolvidas somente assim. Devendo-se então, para resolver essas situações, determinar uma regra semântica para precisar o significado, e assim, se coloca a questão da possibilidade de um procedimento de aplicação do direito assegurado da racionalidade e a fundamentabilidade racional dos juízos de valor, aspecto que fica em voga neste momento atual neoconstitucionalista, que traz para a baila no direito a discussão sobre valores. O próprio Alexy, aceita que haja um conteúdo moral no direito, e considera que as teorias procedimentais dão racionalidade a este conteúdo moral, já que, com isso, se formam regras do discurso que são racionais. E essa racionalidade prática procedimental possui quatro postulados: (1) medida máxima de clareza conceitual idiomática; (2) medida máxima de ser informado empiricamente; (3) máxima da generalidade; e (4) máxima da liberdade de pré-juízos; sendo estes postulados somente ideais que só podem ser realizados aproximadamente e que, por isso mesmo, excluem a certeza absoluta nas respostas. E assim, ele tenta sistematizar uma teoria do discurso formulando regras que a organizem, regras essas que dão racionalidade a este discurso.⁹⁰

Alexy elabora, então, 28 regras para compor o procedimento jurídico, a começar com as regras do discurso prático geral, para só depois elaborar as regras do discurso jurídico. Serão expostas somente as regras do discurso prático por hora:

3. Regras

1. Regras Básicas

(1.1) Nenhum orador pode se contradizer

(1.2) Todo orador só pode afirmar aquilo em que de fato acredita.

(1.3) Todo orador que aplicar um predicado F a um objeto tem de estar preparado para aplicar F a todo outro objeto que seja igual em todos os Aspectos relevantes.

(1.3') Todo orador só pode afirmar aqueles julgamentos de valor ou de obrigação em dado caso os quais está disposto a afirmar nos mesmos termos para cada caso dado em todos os aspectos relevantes.

(1.4) Oradores diferentes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados.

⁹⁰ ALEXY, Robert. *Direito, Razão, Discurso: Estudos para Filosofia do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. Fls. 20, 22, 24 a 26, 87, 89, 103, 174, 175, 103.

2. Regras da Racionalidade

(2) Todo orador precisa apresentar razões para o que afirma quando lhe pedirem para fazer isso, a menos que possa citar razões que justifiquem uma recusa em providenciar uma justificação.

(2.1) Qualquer pessoa que pode falar pode participar de um discurso.

(2.2) (a) Qualquer pessoa que pode falar pode problematizar qualquer asserção

(b) Toda pessoa pode introduzir qualquer asserção no discurso.

(c) Toda pessoa pode expressar suas atitudes, desejos e necessidades.

(2.3) Nenhum orador pode ser impedido de exercer os direitos estabelecidos em (2.1) e (2.2) por qualquer tipo de coerção interna ou externa ao discurso.

3. Regras para Alterar o Encargo do Argumento

(3.1) Quem quiser tratar uma pessoa A de forma diferente do que a pessoa B, está obrigado a justificar isso.

(3.2) Quem quiser atacar uma afirmação ou norma que não é tema da discussão precisa apresentar uma razão para fazer isso.

(3.3) Quem quer que tenha apresentado um argumento só é obrigado a produzir outros argumentos no caso de existirem argumentos contrários.

(3.4) Quem quer que ofereça uma asserção ou manifestação sobre suas atitudes, desejos ou necessidades num discurso, que não valha como argumento com relação a uma manifestação anterior precisa justificar essa interjeição quando lhe pedirem para fazer isso.

5. As Regras de Justificação

(5.1.1) Toda pessoa que fizer uma afirmação normativa que pressuponha

uma regra com certas conseqüências para a satisfação dos interesses de outras pessoas tem de ser capaz de aceitar essas conseqüências, mesmo na situação hipotética em que esteja na posição dessas pessoas.

(5.1.2) As conseqüências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada e de todo indivíduo tem de ser aceitas por todos.

(5.1.3) Toda regra tem de ser clara e poder ser universalmente ensinada.

(5.2.1) As regras morais subjacentes a visão moral de um orador devem ser capazes de agüentar o exame crítico nos termos de sua gênese histórica. A regra moral não pode agüentar esse teste se:

(a) mesmo que seja passível de justificação racional, no ínterim tenha perdido sua justificação, ou

(b) não era originalmente passível de justificação racional e não foram descobertas novas razões durante o ínterim.

(5.2.2) As regras morais subjacentes a visão moral do orador devem suportar o exame crítico nos termos de sua gênese individual. Uma regra moral não suporta esse exame se tiver apenas sido adotada por razões com algumas condições justificáveis de socialização.

(5.3) Os limites atualmente dados de realização devem ser levados em conta.

6. As Regras de Transição

(6.1) É possível para cada orador qualquer tempo fazer uma transição para o discurso teórico (empírico).

(6.2) É possível para cada orador a qualquer tempo fazer uma transição para um discurso lingüístico analítico.

(6.3) É possível para cada orador a qualquer tempo fazer uma transição para o discurso teórico do discurso.⁹¹

Além disso, dessa listagem de regras, Alexy elabora um modelo do argumento que é o ponto 4 dessa lista, modelo este que, na verdade, é um silogismo

⁹¹ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. São Paulo: Landy Editora, 2001. Fls. 293 a 296.

geral. Posteriormente ele elabora um modelo mais específico para o discurso jurídico, no qual ele traz um modelo silogístico jurídico, como visto na questão da justificação interna, e ainda dá algumas regras de justificação externa relacionada aos métodos clássicos de interpretação já apresentados. Uma vez que aqui se considera uma interpretação com base em Wittgenstein, não se aplica ao caso dos princípios essa segunda etapa das suas regras.⁹²

Por fim, Robert Alexy, elabora toda uma técnica de Ponderação no caso de uma colisão entre princípios, determinando passo-a-passo, como esta deve ocorrer. Começa definindo o sopesamento como uma situação, em que, ao se possuir interesses ou princípios no mesmo nível, um deles adquire um peso maior em relação ao caso concreto discutido. Não é que, um desses interesses/princípios tenha sido invalidado, mas antes estabelecendo uma relação de procedência.⁹³

E são colocadas, quatro possibilidades para solução de uma colisão entre princípios, que ele sistematiza em um diagrama:

- (1) $P_1 \text{ P } P_2$
- (2) $P_2 \text{ P } P_1$
- (3) $(P_1 \text{ P } P_2) \text{ C}$
- (4) $(P_2 \text{ P } P_1) \text{ C}$

Nos casos (1) e (2), há uma relação de precedência incondicionada, também chamada de abstrata ou absoluta, o que não ocorre nos princípios, uma vez que os mesmo se encontram no mesmo patamar. Já nos casos (3) e (4), há uma relação de procedência concreta ou relativa, ou seja, relacionada ao caso concreto no qual se encontra a colisão. E, esta relação de precedência, acaba tendo o papel de, além de ser condição de precedência, ser um pressuposto de suporte fático de uma regra. E leva ao que Alexy chama de, lei de colisão (K'), onde as condições de precedência de um princípio sobre outro é suporte fático de uma regra que expressa à consequência jurídica do princípio deste princípio, que tem precedência. Para ele, a

⁹² ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. São Paulo: Landy Editora, 2001. Fls. 296 a 299.

⁹³ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2011. Fls. 95 e 96.

questão dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, que se divide em: (1) adequação; (2) necessidade; (3) proporcionalidade em sentido estrito, que seria propriamente o sopesamento. Assim, ponderação significaria uma otimização dos benefícios, por meio de uma graduação do fazer e por meio da lei do sopesamento; que determina que, quanto mais o grau de não-satisfação ou afetação de um princípio, tanto maior deverá ser a satisfação do outro. E estes princípios deveriam ser usados com a máxima abstração, o que significa flexibilidade, e o incentivo a dedução. Haveria, então, três tipos de critérios classificatórios para realizar um sopesamento: (1) classificatório, que diferencia entre bom e ruim; (2) comparativo, avalia entre dois objetos; (3) métrico, atribui um número que significa um valor. Alexy defende um modelo de sopesamento fundamento, por meio de uma teoria da argumentação, conforme já demonstrado, o que traria o elemento racional a este sopesamento. Como este procedimento é compatível com resultados diversos, é necessário uni-lo a uma teoria do direito, em que tal junção pode ocorrer em diversas dimensões, como o discurso prático geral, discurso jurídico, processo legislativo ou processo judicial. E ainda, que os dois últimos se encontrem institucionalizados, há ainda argumentação e a decisão, o que traz um elemento de indeterminação. E os dois primeiros não são institucionalizados, ainda que vinculados a lei, o que reduz incertezas, sem as eliminar por completo, por ser necessária a argumentação.⁹⁴

E por fim, ele elabora uma fórmula de sopesamento:

Fórmula do Sopesamento

$$G P_{i,j} C = \frac{I P_i C}{W P_j C}$$

Alexy chega a este novo esquema, juntando dois diagramas diferentes sobre aspectos relacionados à questão da ponderação, chegando a essa versão final. Cada uma dessas letras representa algum aspecto do sopesamento. Assim, P_i é a

⁹⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2011. Fls. 96, 99, 116, 119, 144, 165, 167, 527, 549, 550 e 574.

variável do princípio em avaliação, C as circunstâncias do caso, I a intensidade da intervenção, W a importância, P_j é o princípio em avaliação e o segundo C é a importância no caso concreto.⁹⁵

5.2.2 NEIL MACCORMICK: ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMO DEDUÇÃO

Neil MacCormick começa, discutindo a questão do Estado de Direito como um todo, em que este não pode haver sem regras de direito, pois é a regra que oferece consequências para um conjunto de fatos operativos. Assim, o estado de Direito traz benefícios, ao assegurar a certeza e a segurança jurídica, trazendo razoável certeza das regras e padrões de julgamento. E este direito cuida, então, de determinar a verdade, ao investir certas pessoas para determinar os fatos em um procedimento de certificação da verdade, que transforma os fatos brutos do caso concreto em fatos institucionais, e também, produz uma verdade condicionada a certas condições de atribuição, ainda que estas condições não sirvam a todos os propósitos.⁹⁶

Este ideal de certeza jurídica é o preferido pelas pessoas, por gerar a idéia de que há uma “melhor regulação” e uma “melhor legislação”. É comum, ao direito, estabelecer disposição condicionada a critério valorativo, de forma que, justificar tais avaliações, não é um mero deduzir. Estas avaliações são premissas, que levam a uma determinação. Como, ninguém é mais convincente nas premissas que na conclusão, é necessário, para que tais avaliações não sejam mera arbitrariedade, que haja uma justificação, com apelo na razão, visto que no direito cada afirmação repousa em um argumento interpretativo menos explícito. E este caráter argumentativo, próprio ao direito, muda esta idéia de certeza, pondo argumentação e segurança em tensão. Ocorre que, a indeterminação no direito, não é só resultado da linguagem, ou da argumentação, que é vaga e indeterminada, mas também pelo direito de defesa, sendo por ele amplificada.⁹⁷

Assim, a indeterminação é criada também pelas demandas do direito, que possui um caráter dialético inerente ao sistema, uma vez que, o direito é uma

⁹⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2011. Fls. 600, 601 e 603.

⁹⁶ MACCOMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Fls. 17, 33, 95, 96 e 329.

⁹⁷ MACCOMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Fls. 19, 35, 36, 97, 97, 101, 308 e 329.

habilidade prática, uma arte, que depende de conhecimento e aprendizado. Ainda que os argumentos jurídicos sejam sobre determinados, tem que serem avaliados em sua qualidade. E a ciência do direito vem a ser uma tentativa de compreender o direito em sua práxis, na prática. Se, explicar a decisão requer a apresentação de razões, e estas razões, justificam a decisão, elaborar restrições a argumentação jurídica serve para determinar o indeterminado com base em bons fundamentos de um tipo jurídico. Pode-se dizer que, MacCormick aceita, então, aquilo que é conhecido como “fórmula de Radbruch”, em que, a certeza no direito tem precedência, sendo que em casos em que há injustiça não há direito em absoluto. Assim, refletir sobre o estado de direito é se engajar em um discurso do que é digno de valor, ou seja, necessariamente passar por uma consideração valorativa. E este procedimento, na nova retórica, oferece uma moldura racional aceitável para a argumentação no direito. Esta racionalidade é uma virtude técnica, que consiste na adequação dos meios aos fins, possui-se um sistema de escolha entre razões em conflito, em conjunto consistente e coerente, e que não se pode exigir que este sistema seja suprema e perfeitamente racional. No direito, argumentos de todos os tipos são utilizados, devendo chegar a uma conclusão, onde é necessário que haja um estágio de argumentação, que resume o grau relativo de persuasão de todos esses argumentos e explique porque a conclusão alcançada é apropriada. Dessa maneira, a textura aberta e maior vagueza não significam incerteza no uso, já que se teria todo um procedimento racional por trás, que daria um elemento de garantia, ainda que sem a almejada precisão ou “única resposta correta”.⁹⁸

Sendo MacCormick um dedutivista, para ele, alguns casos não necessitam de um procedimento mais específico para se obter uma solução, bastando que se utilize a subsunção. No entanto, haveria casos, casos difíceis ou *hard cases*, em que a subsunção não poderia oferecer resposta, já que eles teriam problemas de: (1) interpretação; (2) pertinência; (3) prova; e (4) qualificação. Sendo que nos casos (1) e (2), seriam uma questão na própria premissa normativa, e nos casos (3) e (4), na própria questão fática. A questão da interpretação se relacionaria com a questão da norma aplicável a determinada situação; a questão da pertinência, é saber qual a premissa menor; e na questão da qualificação, há fatos que não se questionam

⁹⁸ MACCOMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Fls. 373, 39, 31, 69, 183

(primários) e, fatos (secundários), que podem ou não integrar o caso.⁹⁹

Assim, MacCormick, elabora critérios que viriam justamente a resolver estas situações de indefinição, em que o caso seria submetido a estes critérios, como uma espécie de "*check list*", em que ao se verificar a presença dos requisitos em uma argumentação a mesma seria a correta ou, ao menos, a mais adequada à situação específica visada. Este modelo se inicia com o critério da Universalidade, que seria como uma exigência da justiça formal, no qual, se decide visando os precedentes, ou casos que vieram antes, e considerando os efeitos nos casos que ainda virão. A universalidade não é generalidade, de forma que, também se aplica aos problemas de prova. Segue-se a este, o critério da Consistência, que baseia-se em que as premissas normativas não entrem em contradição com a norma válida, assim como a premissa. Depois, há o critério da Coerência, que é uma questão de grau, se dividindo em duas: (1) normativa e (2) narrativa. Na coerência normativa, considera-se o direito como racional e de acordo com a universalidade, bem como a relação desse direito com o caso analisado, devendo o todo ser dotado de sentido, havendo dois tipos de argumentos, por princípio e analogia. Já a coerência narrativa, é relacionada aos fatos da questão, que é racional, mas nem sempre verdadeira, e a maneira como estes fatos se organizam, como um todo possuidor de sentido. E por fim, temos a consequência, que é diferente de um resultado, estando relacionado com este, porém indo além. Ela é um juízo hipotético, em que se avalia no que irá resultar determinada solução, levando em consideração a própria questão da justiça e os valores de cada ramo do direito.¹⁰⁰

MacCormick acredita que, o raciocínio da decisão é argumentação prática, que se realiza com base na pressuposição de que podem existir certas questões sobre o qual há certo e errado, e na exclusão de coisas não-razoáveis. Se as questões permanecem inconclusivas não é porque a resposta correta não pode ser objetiva, mas porque são inconclusivas entre opiniões rivais. Os juízes divergem para saber se as consequências adversas devem, ser postas em consideração, e se as devem considerar como questões de conveniência ou justiça. E assim, há dois tipos de razões substantivas, que podem ser apresentados na justificação da decisão judicial: (1) razões de persecução de objetivos, para dar a decisão; (2)

⁹⁹ ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2006. Fls. 121 a 125.

¹⁰⁰ ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2006. Fls. 126 a 130, 133 e 134.

razões em contraposição as razões de persecução. E, se há respostas corretas, elas não são óbvias, e para decidi-las, tem-se que fazer um julgamento reflexivo e totalmente contextual, não sendo uma percepção imediata ou palpite puro.¹⁰¹

5.2.3 Qual o caminho a seguir? Alexy ou MacCormick

Fica a pergunta, qual das duas soluções argumentativas seria a mais correta ou a melhor? Quem teria razão, Robert Alexy ou Neil MacCormick? Há de se levar em conta algumas informações sobre os dois. Alexy, por ser alemão e fazer parte de um sistema jurídico próximo ao brasileiro, o Civil Law, tem mais proximidade com a questão dos princípios constitucionais. Além disso, ele possui ampla aceitação doutrinária, sendo bastante citado, discutido, e até mesmo, criticado na doutrina brasileira. Por outro lado, MacCormick vem de um sistema jurídico "estranho", o Common Law, que não possui um direito codificado, como o nosso. E não só isso, suas idéias não tem uma relevância muito grande entre os doutrinadores brasileiro, sendo ele, de certa forma um *outsider*, ou seja, um desconhecido. Apesar disso parecer dizer muita coisa sobre os dois, na realidade a coisa é bem outra.

Atienza é categórico em afirmar que Alexy e MacCormick na verdade possuem abordagens parecidas, partindo de pontos contrários, mas que chegando ao mesmo lugar.¹⁰² Sendo assim, as diferenças apontadas podem ser muito mais facilmente desconsideradas.

Alexy parte da argumentação prática, para somente então, chegar ao direito, que seria um caso especial dessa argumentação, utilizando Habermas para isso. Já MacCormick parte do direito, de observar os casos concretos da Common Law, o que ocorre, para chegar a argumentação prática. Assim, uma harmonização entre os procedimentos dos dois é algo que faz sentido, e que possui ampla plausibilidade teórica.

Conforme exposto acima, Alexy possui um modelo metodicamente baseado nas regras e com esquemas de argumentação, como a ponderação. MacCormick é

¹⁰¹ MACCOMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Fls. 150, 156, 157, 331, 332 e 359.

¹⁰² ATIENZA, Manuel. As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica. São Paulo: Landy Editora, 2006. Fls. 118.

mais simples e direto, elaborando uma *check list* para avaliar a presença de certos requisitos nos argumentos, ou seja, sua qualidade. Ambos apóiam um modelo silogístico a seu modo.

Assim, o ideal seria utilizar os pontos fortes dos dois para chegar ao mesmo objetivo. Ou seja, utilizar as regras minuciosas de Alexy em conjunto com o *check list* de MacCormick, admitindo-se o uso do silogismo, como maneira de se alcançar uma argumentação prática racional para o caso em análise, a saber, a argumentação dos princípios constitucionais. Mas não é tão simples assim. Levando em consideração o esquema geral deste procedimento, como ele se organizaria?

A justificação possui duas categorias, a interna e a externa. Para os fins de uma argumentação de princípios, dever-se-ia, então, considerar os elementos apresentados em Alexy, suas regras da argumentação prática, seu modelo de ponderação e de argumento, como a justificação interna, que garante que as premissas de uma argumentação levem a uma conclusão; enquanto que, o *check list* de MacCormick, viria a ser justamente a justificação externa, o que garantiria que o procedimento elaborado por Alexy tivesse um elemento qualitativo, garantindo a razoabilidade de todo o procedimento.

5.3 Algumas Críticas Pertinentes

Lenio Luiz Streck, analisando sobre a questão do momento atual dentro do direito, e discutindo sobre a questão da hermenêutica e da teoria da argumentação, defende que, por meio da hermenêutica jurídica, se é possível atingir a verdade. E, ao discutir sobre essa questão hermenêutica, admite que este novo momento esteja indissociavelmente ligado a Reviravolta Linguístico-Pragmática, que põem em cheque a idéia de uma essência lingüística, e da mesma forma, a garantia de um único significado para a linguagem.¹⁰³

Em análise posterior, ele afirma que a teoria da argumentação é inadequada, como metodologia dentro do direito, por cindir entre discurso de fundamentação e

¹⁰³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. Fls. 161, 175, 176 e 179.

aplicação, ao passo que na hermenêutica isto é um único passo, a aplicação. Para ele, não é que a hermenêutica exclua a justificação ou explicitação, como procedimento, o que ele não admite é eliminar a hermenêutica. Mas que na verdade, o que ocorre na teoria da argumentação, é uma eliminação da pré-compreensão. Pré-compreensão esta que não é um elemento formal, mas que ocorre na totalidade de nossa realidade.¹⁰⁴

Streck argumenta que Hans-Georg Gadamer critica a interpretação feita por partes, por entender que, não há um sentido inato ao texto, a mesma questão da essência já levantada por Wittgenstein. De maneira que, para a hermenêutica, a linguagem é condição de possibilidade, não um instrumento. A pré-compreensão une *hard* e *easy cases*. Além disso, Streck alinha Dworkin com a hermenêutica, ao argumentar que o mesmo não faz uma distinção entre interpretar e aplicar, superando a discricionariedade.¹⁰⁵

Crítica, ainda, a própria questão da ponderação, que também não consegue aderir a Reviravolta Linguístico-Pragmática, ao encobrir o verdadeiro raciocínio fazendo com a ponderação acabe sendo mera subsunção. E chega a acusar Robert Alexy de retornar esta discricionariedade, ao distinguir entre contexto de aplicação e justificação, dizendo que a teoria da argumentação não superou o esquema sujeito-objeto. E continua, afirmando que, na verdade, a Hermenêutica vem para fechar o sistema, por meio dos princípios introduzidos no mundo prático do direito, sem produzir uma diferenciação entre *hard* e *easy cases*. Os caminhos da hermenêutica, nesse contexto, seriam: (1) possíveis regras para guiar o ato interpretativo; (2) sem cisão entre conhecer e aplicar; e (3) falar em subjetivo, ou objetivo, é só um esquema sujeito-objeto, típico da filosofia de consciência, anterior a Reviravolta. Assim, para ele, a resposta correta na hermenêutica, se dá pela adequação entre o discurso fundamentado com a situação correta e adequada a Constituição, e só se entende essa Constituição aplicando a mesma, pois a interpretação acontece na aplicação. Compreendemos para interpretar, e ao interpretar explicitamos argumentativamente, chegando a uma teoria do conhecimento.¹⁰⁶

¹⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas, da Possibilidade à Necessidade de Respostas Corretas em Direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. Fls. 13, 78, 80, 177.

¹⁰⁵ MOURA, Lenice S. Moureira. (Org.) O Novo Constitucionalismo na Era Pós-Positivista. São Paul: Saraiva, 2009. Fls. 64, 65, 73 e 74.

¹⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas, da Possibilidade à Necessidade de Respostas Corretas em Direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. Fls. 178, 179, 181, 183, 216, 235, 264, 314, 355, 356

A importância de analisar as idéias de Streck é demonstrar, como a aproximação dupla, tentada por este trabalho, é importante. Por um lado, tem-se Wittgenstein, que trás toda a abordagem da filosofia da linguagem para elaborar uma teoria hermenêutica para a questão dos princípios; e de outro lado, Robert Alexy e Neil MacCormick, unindo forças para uma teoria da argumentação dos princípios, em cima da interpretação elaborada por meio de Wittgenstein.

E assim, consegue-se dar conta da crítica que Streck elabora, pois Wittgenstein trás para esta aproximação a Reviravolta Lingüístico-Pragmática, que Streck denuncia como ausente na teoria da argumentação, ao mesmo tempo em que consegue estabelecer uma teoria da argumentação que, consegue dar conta do que realmente se faz na prática do direito, trazendo uma forma de justificar e fundamentar as decisões de maneira racional. Fundamentação essa que o próprio Streck considera importante que o juiz elabore, e que é para condição de legitimidade da decisão.¹⁰⁷

¹⁰⁷ MOURA, Lenice S. Moureira. (Org.) O Novo Constitucionalismo na Era Pós-Positivista. São Paul: Saraiva, 2009. Fls. 75 e 76.

6 CONCLUSÃO

E então, sobre a questão dos princípios? Se o objetivo era conseguir respostas corretas para a questão do princípio então ele foi alcançado. E mais, superando-se as críticas de Lenio Luiz Streck, endereçadas a teoria da argumentação. Se, o que se esperava era uma certeza absoluta sobre a determinação dos princípios, descobre-se, neste trabalho, que tal coisa é um ideal que certamente não pode ser alcançado. Não há certeza na questão dos princípios, porque eles foram criados para serem abertos, e a linguagem é algo indeterminado, o que não significa que devemos aceitar uma visão cética de que, se não está determinado, podemos aceitar qualquer coisa. Não. Se há indeterminação, não quer dizer que há incerteza, devendo-se voltar para a prática em busca de respostas corretas. Com tal visão em mente, se buscou no trabalho uma abordagem dupla, onde por um lado temos uma proposta hermenêutica, a de Wittgenstein, que se propõem a buscar o significado do "jogo de linguagem" na "forma de vida" e que nos guia rumo a uma pragmática. De outro lado, temos Alexy e MacCormick, cada qual com sua respectiva teoria da argumentação, que se unem para potencializar os pontos fortes de cada um e assim criar uma teoria procedimental racional pra que se possa defender e justificar as decisões jurídicas. E não só isso, pois com a junção de ambos, se tem critério para avaliar a qualidade dos argumentos utilizados no procedimento, trazendo um elemento material importante, que não permite coisas não-razoáveis na argumentação dos princípios.

No entanto, ambas as abordagens admitem um espaço de "Respostas Corretas", ou seja, não há delimitação precisa que leva a única resposta correta, como a que Dworkin propõem.

Nem poderia. A linguagem, por estar voltada para a prática, é indefinida e não se presta a uma única resposta correta em abstrato. A única resposta correta no direito só possível na aplicação, quando o magistrado, diante de determinadas opções, escolhe uma delas determinando-a como solução da sua sentença.

Podem surgir comentários de que isso traria incerteza ao direito, mas tal crítica não procede, pois é necessário e benéfico ao direito dotar seus magistrados de algum elemento de discricionariedade. E uma vez que se elabora todo um

procedimento vinculativo como esse, em que ele demonstra minuciosamente como, e porque, decidiu de determinada maneira e não de outra, creio que está mais do que claro que, ainda que seja uma escolha aleatória, tem um forte componente racional que permite que a decisão seja correta.

Assim, em última instância, o elemento que determina totalmente a questão dos princípios é o ato discricionário do juiz ao escolher entre as opções disponíveis e ao elaborar e dar a sua sentença, em que somente uma das possibilidades é utilizada.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso**: Estudos para Filosofia do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. São Paulo: Landy Editora, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: Teorias da Argumentação Jurídica. São Paulo: Landy Editora, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>> Acesso em: 25/06/2012.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

BIX, Brian. **Cautions and Caveats for the Application of Wittgenstein to Legal Teory**. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=619123> Acessado em 01/05/2012.

BIX, Brian. **Law, Language and Legal Determinancy**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

CAERGEN, R. C. Van. **Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional**. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição.** Portugal: Almedina, 2011.

CATONI, Marcelo. (Org.) **Jurisidção e Hermenêutica Constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004.

CRISTÓVAM, José Sergio da Silva. **Colisões entre Princípios Constitucionais: Razoabilidade, Proporcionalidade e Argumentação.** Curitiba, Juruá Editora, 2008.

DALL'AGNOL, Darlei. **Seguir Regras: Uma Introdução às Investigações Filosóficas de Wittgenstein.** Pelotas: Editora da Universidade Federal de Pelotas, 2011.

DANTAS, David Diniz. **Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo: Teorias e Casos Práticos.** São Paulo: Madras, 2005.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político.** São Paulo: Método, 2006.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Suzanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da Teoria do Direito em tempos de Interpretação Moral da Constituição.** São Paulo: Landy, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder.** Rio de Janeiro: Edições Graal, 2002.

GRONDIN, Jean. **Introdução a Hermenêutica Filosófica.** São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999.

HALLER, Rudolf. **Questions on Wittgenstein.** London: Routledge, 1988

JANIK, Alan; TOULMIN, Stephen. **A Viena de Wittgenstein.** Rio de Janeiro: Campus, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIZANA, Eduardo Aldunate. **Aproximación Conceptual y crítica AL Neoconstitucionalismo.** Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/revider/v23n1/art04.pdf>> Acessado em 25/06/2012.

MACCOMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MORENO, Arley R. **Wittgenstein: Ensaio Introdutório.** Rio de Janeiro: Taurus.

MOURA, Lenice S. Moureira. (Org.) **O Novo Constitucionalismo na Era Pós-Positivista.** São Paul: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Manfredo de Araújo de. **Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea.** São Paulo: Loyola, 2001.

PEARS, David. **As Idéias de Wittgenstein.** São Paulo: Cultrix, 1973.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça.** Bauru: EDIPRO, 2000.

SHANKAR, Anil. **Wittgenstein and The Rule Of Law.** Disponível em <http://works.bepress.com/anil_shankar/1/> Acessado em 01/05/2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas, da Possibilidade à Necessidade de Respostas Corretas em Direito.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris

WEDBERG, Anders. **A History of Philosophy.** Oxford: Oxford University Press, 1986.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas.** Petrópolis: Vozes, 2008.