

1. Introdução

Segundo a sabedoria popular, o direito acompanha a sociedade. E com a mudança operada no direito e a posterior crítica ao Positivismo Jurídico, temos em sua esteira uma nova teoria do direito, chamada Neoconstitucionalismo, trazendo consigo a distinção entre regras e princípios. Os princípios, antes relegados a meras cláusulas de compromisso, passam a ser os pilares de sustentação da Constituição. Passa-se a aceitar que os princípios então sejam uma espécie da norma, junto com as regras. Com a normatização dos princípios, para os neoconstitucionalistas, ocorreria também a positivação da moral, que está subjacente a estes e que os constituem. Por se constituírem como valores positivados, não são hierarquizados, e tendo caráter mais abrangente, dão uma textura mais aberta à Constituição, o que permite que ela consiga dar conta de todas as demandas sociais. E assim estes direitos foram insculpidos em diversas constituições ao redor do mundo, de maneira a garantir seu uso.

E é nesse processo de positivação de direitos e garantias nas constituições nacionais que foi formado uma nova categoria, o princípio, que vem como um mecanismo de segurança, uma garantia de que haverá previsões a todos os casos. E este princípio possui uma forma mais aberta, o que lhe dá contornos menos definidos, mais borrados, de maneira a tornar 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.

Este novo paradigma, ainda que mais benéfico, tem a desvantagem de que, se mal utilizado, diminui a segurança jurídica mesma que busca trazer, na medida em que o uso dos princípios pode resvalar em mero arbítrio do julgador se utilizado de forma que acaba tendo um efeito negativo e por interferir em demasia no sistema de separação dos 3 poderes e atrapalhando o checks and balances, levando a um risco de politização da política e de perda de legitimidade democrática.

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 não são capazes de trazer clarificação para o direito e fornecer uma resposta correta?

Acredita-se que através da argumentação. Sendo o direito linguagem, é necessário que se siga a recomendação wittgensteiniana da virada linguística para a pragmática, para a linguagem em uso, como os contextos determinam o uso desses

princípios. Os contextos de uso desses princípios são casos de colisão, quando um órgão julgador é então chamado a examinar alguns casos controversos ou difíceis. Nesses casos, além de ter que decidir, o julgador precisa justificar e fundamentar adequadamente sua escolha, fato que muitos não conseguem e motivo de insegurança e desconfiança com o uso dos princípios. Assim, é necessário um procedimento adicional que consiga dar conta de organizar, normatizar e trazer justificativas razoáveis para as decisões judiciais. Esse procedimento é justamente a argumentação, que trabalhando junto com uma interpretação da norma, traz um processo racional para a elaboração de justificativas racionais.

O objetivo deste trabalho é trabalhar com a questão dos princípios, oferecendo uma visão da questão embasada por meio da reviravolta linguística pragmática e um modo de uso por meio da argumentação, um modo de uso que ofereça respostas corretas.

2. Uma breve contextualização

Com a ascensão do constitucionalismo no pós-2ª Guerra e ao longo do século XX, houve uma redefinição da Constituição e do estado democrático de direito. O marco normativo desta mudança se caracterizava pela força normativa da constituição, supremacia da constituição e um novo modelo de interpretação constitucional.¹

Esse novo modelo de interpretação constitucional acaba por trazer problemas, uma vez que a norma não tem regras para sua interpretação e que é a interpretação constitucional o que determina o significado das normas que integram a constituição formal e material.² Mais que isso, se tem uma divisão da norma em duas categorias, uma que organiza as leis, o poder executivo e a constituição e outras normas que limitam e dirigem o poder estatal. Dentro desse segundo tipo de norma está a questão dos direitos fundamentais, que dentro do universo constitucional tem validade universal.³ Isso tem grande importância, tendo em vista que o papel da constituição,

¹ 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. 3 a 5, 8.

² BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010. Fls. 109 e 110.

³ ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. Trad. Luis Afonso Heck-Porto Alegre :Livraria do advogado Editora, 2007. Fl. 105.

quando cumpre suas tarefas fundamentais de formação de unidade político e jurídica, é de ser uma ordem jurídica fundamental do estado, regulando todas as esferas da comunidade.⁴

E com toda essa importância, quando constituições longas e densas sofrem com conflitos entre os princípios positivados em suas normas⁵, de uma maneira que vai além da necessidade de interpretação correta, surge a necessidade de se também dar respostas corretas para esses conflitos, que não conseguem encontrar sua solução nos métodos tradicionais de resolução de conflito, a saber: (1) hierárquico; (2) cronológico; (3) Especialização.⁶ Ainda que haja a

E esses métodos tradicionais não funcionam muito bem por não conseguirem dar conta dos princípios, que possuem uma forma diferenciada e porque há nesse novo paradigma uma ruptura na visão das relações lógicas entre as normas. Assim, o que se teria na verdade não é somente uma necessidade de dedução, mas também se recorre a uma coerência narrativa.⁷ J. J. Canotilho, que traz a visão de que a Constituição é um sistema aberto de regras e princípios e que são estes princípios que, em um modelo principialista, fazem o sistema “respirar” pela sua própria textura aberta. Se, tradicionalmente, a visão era que as regras e princípios eram duas coisas independentes, o que se entende hoje é que estes são duas espécies da norma. E ele continua enumerando os critérios de separação entre estas duas espécies: (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.⁸

É com são estes princípios, com sua textura aberta que acaba gerando conflitos que não conseguem ser resolvidos pelos métodos tradicionais, que requerem ainda mais

⁴ HESSE, Konrad – A Força Normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safE, 1991. Fl. 6.

⁵ 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.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010. Fl. 331.

⁷ REGLA, Josep Aguiló. Do “Império da Lei” ao “Estado Constitucional.” Dois paradigmas jurídicos em poucas palavras. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org.) Argumentação e Estado constitucional. São Paulo: Ícone, 2012. Fl. 6.

⁸ J CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. Portugal: Almedina, 2011. Fls. 1159 et seq.

atenção dos novos métodos de interpretação constitucional para a determinação de respostas corretas para esses casos. Mas que precisam ser resolvidos, posto que o espírito que a constituição encarna precisa ser mantido, sendo o seu descumprimento a maior das inconstitucionalidades.⁹

3. A Reviravolta Linguístico-Pragmática e sua Ligação com Wittgenstein

Mas antes de se partir para a questão dos princípios e o conflito que os mesmos se veem envolvidos, é preciso se entender mais sobre a linguagem mesmo e com que tipo de visão se que se pode ou que se efetivamente tem dele atualmente.

Retomando os gregos, a questão de “o que é a linguagem” vem sendo estudada desde Platão, que ao escrever o Crátilo, coloca duas teses, a saber: (1) o convencionalismo, que dizia que a ligação entre nomes e coisas seria arbitrária; e (2) 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. Para ele, a linguagem seria um instrumento para conhecer o mundo, mas, mesmo sem ela, seria possível conhecê-lo por meio da atividade intelectual. Para Aristóteles, então a linguagem não manifestaria, mas significaria as coisas, sendo a palavra um símbolo.¹⁰

Essa é noção é modificada com uma evolução posterior do pensamento filosófico, especificamente a capitaneada pela segunda parte do pensamento, que Wittgenstein escreve em seu Investigações Filosóficas. E é com este livro que se efetua a reviravolta propriamente dita. Com a “virada”, a linguagem mesmo passa a ser o fundamento de todo o pensar, sendo impossível filosofar sobre algo que não seja linguagem, e a Reviravolta só se radicaliza quando passa da linguística para a Pragmática. Com o Tractatus, Wittgenstein efetua a Reviravolta Linguística, dirigindo sua atenção a linguagem e a colocando como um tema privilegiado dentro do campo de estudo filosófico. E é com o Investigações que ele termina de efetuar o giro, situando sua filosofia para além de somente a Linguagem, mas associando esta com a questão Pragmática, fazendo que ainda que trabalhasse com a mesma problemática, sua

⁹ BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. Fl. 28.

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. Hemenêutica Jurídica e(m) Crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. Fls. 119 e seguintes.

perspectiva mudasse radicalmente.¹¹ Efetuando uma legítima reviravolta Linguístico-Pragmática, de acordo com Manfredo Araújo de Oliveira, ou um Giro Linguístico por Richard Rorty e Guinada Linguística por Jürgen Habermas. Como o próprio nome denuncia, é o movimento feito dentro da filosofia em direção as questões da linguagem.¹²

Em primeiro lugar, deve-se explicar a estrutura incomum de organização do livro. O mesmo, tendo sido escrito postumamente, possui uma organização por meio de parágrafos numerados, que de maneira geral tem uma apresentação desordenada dos mais diversos temas, não necessitando ser lidos em sequência e dando a aparência de um apanhado de anotações esparsas uma vez que não tem fio condutor.¹³

Wittgenstein abre seu livro com uma citação de Santo Agostinho no qual fica clara a tese essencialista, ou a tese de que a linguagem tem uma essência, um naturalismo, que cada coisa tem seu nome naturalmente. Desse modo, na proposição seguinte, ele começa fazendo uma crítica contundente a esta visão, que vem a ser a visão clássica do que seria a linguagem até o *Tractatus*, chamando-a de representação de uma linguagem mais primitiva.¹⁴ Dessa forma deixando bem claro sua oposição aos pensamentos expressos no *Tractatus* e seu rompimento com a visão clássica, que considera reducionista.

Para ele, então, a linguagem não seria unitária, de modo que a significação das palavras não tem uma significação definitiva, tal como acreditava Santo Agostinho. Admitindo então que a textura aberta ou abertura de conceitos seria uma característica da linguagem, para que esta possa se adequar a casos não previstos e quebrando com o paradigma de exatidão da linguagem.¹⁵

Avançando temos uma das ideias mais importantes do livro, que vem a ser a de “Jogos de Linguagem”. Ela está ligada a questão da mudança, uma vez que os mesmos são mutáveis e transitórios.¹⁶ Dessa forma, os jogos de linguagem, que está relacionada

¹¹ OLIVEIRA, Manfredo de Araújo de. *Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Loyola, 2001. Fls. 12, 14 e 117.

¹² STRECK, Lenio Luiz. *Hemenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. Fls. 161 e seguintes.

¹³ OLIVEIRA, Manfredo de Araújo de. *Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Loyola, 2001. Fls. 118.

¹⁴ WITTEGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Petrópolis: Editora Vozes, 2008. Fls. 15 e 16.

¹⁵ OLIVEIRA, Manfredo de Araújo de. *Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Loyola, 2001. Fls. 130 a 132.

¹⁶ HALLER, Rudolf. *Questions on Wittgenstein*. London: Routledge, 1988 Fl. 117.

com a própria visão da linguagem, é um termo que Wittgenstein se utiliza para dar conta de sua questão principal de saber com exatidão o que é essa linguagem. Ela não possui um único significado porque há vários tipos de jogos diferentes que se relacionam por meio de suas semelhanças de família¹⁷, o que acaba por colocar o foco na práxis por trazer imprecisão a questão da linguagem.¹⁸

Essa imprecisão trazida por Wittgenstein é proposital, na medida em que o mesmo considera que a tarefa da filosofia seria justamente lutar contra o enfeitiçamento que a linguagem exerce sobre nós.¹⁹ E assim, ele busca, com este conceito, usar meios precisos para caracterizar imprecisamente aquilo que é impreciso. No entanto, constatar o vago não é nos render a ele, uma vez que o uso da linguagem parte das formas de vida, que não aleatórias.²⁰

Aqui esbarramos é outro conceito importante. A ideias de formas de vida é trazida no Investigações com dois significados diferentes: (1) como pura ação. (2) como conceito de regularidade. E além disso também tem um senso antropológico que remete a questão de background no qual as pessoas estão imersas, de maneira que concordam naquilo que fazem ao usar a linguagem e quando fazem isso concordam sobre a forma de vida.²¹

Mesmo partilhando os mesmos jogos, isso não significa que sempre se chega aos mesmos resultados²², uma vez que a linguagem não é dada, mas resultado da capacidade de criação e invenção humanas. E daí que vem a ideia de jogo, porque um jogo não é uma fatalidade, nem imposição de forças sociais, pois uma comunidade só surge no jogo.²³

Mas dentro desta comunidade, com esses jogos de linguagem relacionados entre si por meio de semelhanças de família e que partilham formas de vida, é que pode surgir a linguagem, uma vez que dentro dessas condições, ela pode ser determinada, ainda que com certo grau de imprecisão, e sendo essa condição da própria a linguagem, por não possuir uma essência. Mas que na verdade, dentro do direito, temos a argumentação

¹⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig. Investigações Filosóficas. Petrópolis: Editora Vozes, 2008. Fl. 51 e 52.

¹⁸ MORENO, Arley R. Wittgenstein: Ensaio Introdutório. Rio de Janeiro: Taurus. Fl. 64.

¹⁹ WITTGENSTEIN, Ludwig. Investigações Filosóficas. Petrópolis: Editora Vozes, 2008. Fl. 71.

²⁰ MORENO, Arley R. Wittgenstein: Ensaio Introdutório. Rio de Janeiro: Taurus. Fl. 70 e 75.

²¹ HALLER, Rudolf. Questions on Wittgenstein. London: Routledge, 1988. Fls. 118 e 130.

²² STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. Fl. 170.

²³ OLIVEIRA, Manfredo de Araújo de. Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea. São Paulo: Loyola, 2001. Fl. 144.

como essa dimensão de delimitação e colação de certeza, posto que se constitui o momento zero em que as formas de vida encontram os jogos de linguagem.

Conforme visto anteriormente, a interpretação não resolve completamente o problema da determinação do sentido nos princípios constitucionais, pelo fato dessa linguagem, ser formada por “jogos de linguagem” que não são precisos e dependem de uma “forma de vida”, ou seja, por causa da própria constituição da linguagem. Colocando-se, assim, a Argumentação como um elemento importante para encontra-se um fechamento para a problemática, uma vez que no direito é essa argumentação que se traduz como prática, ou na fala de Wittgenstein, como pragmática, que era para onde a filosofia deveria se virar para resolver seus problemas.

Dentro do contexto de resolução de conflitos entre normas da constituição, a ponderação 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 aplicada em três casos: (1) lacuna na lei; (2) conceito normativo indeterminado; e (3) quando a densificação da norma for inconstitucional.²⁴ 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.²⁵ Ou seja, pode-se perceber que a ponderação pode e deve ser aplicada na colisão entre princípios, mas essa ponderação não é aplicada “no seco”, ela leva em conta a argumentação utilização.

Dessa forma, no caso do uso da argumentação como método de ponderação, o funcionamento de tal situação se daria por meio de um balanceamento dos valores em jogo, levando em conta a exigência da justiça, ou seja, unindo não só uma solução nos casos em que a ponderação é utilizada como forma de resolver conflitos entre normas ou colisão entre princípios, 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

²⁴ DANTAS, David Diniz. *Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo: Teorias e Casos Práticos*. São Paulo: Madras, 2005. Fls. 279 e 280.

²⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Portugal: Almedina, 2011. Fl. 1237.

atribuição metafórica de pesos diferentes aos princípios em rota de colisão, de modo a determinar qual o mais forte.²⁶

Determinar que existe um meio de adequabilidade, em um caso controverso, é necessário na medida em que os juízes precisam sentir que há várias possibilidades, e que estas não são ao acaso, para gerar a solução correta por meio de uma interpretação normativa e argumentativa fundada em cada situação, processo construído pelas 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.²⁷

Nesse contexto, a argumentação se coloca como saída para o fechamento dessa problemática do conflito entre princípios, uma vez que é esta mesma argumentação que consegue lidar com estas questões no caso concreto, na prática. Como bem se sabe, a prática do direito é a argumentação e ela se dá em 3 frentes: (1) produção de normas, (2) aplicação das normas; (3) dogmática jurídica, que envolve criar critérios de produção e aplicação do direito, além de ordenar o próprio sistema jurídico.²⁸

Mais que isso, a argumentação se mostra na prática uma operacionalização da metodologia de ponderação, uma operacionalização com regras claras e bem definidas, no qual se pode perceber um processo racional de tomada de decisão, que justifica o convencimento do julgador.

É justamente a argumentação que resolve os casos em que acontece uma colisão entre princípios, que ocorre por estes princípios estarem no mesmo patamar hierárquico e, como um auxiliar da ponderação²⁹, 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. E só é possível realizar tal balanceamento, pois: (1) inexistente uma ordenação, o que gera uma decisão situativa; (2) formação principal; (3) fratura da unidade de valores da comunidade.³⁰

²⁶ 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.

²⁷ CATONI, Marcelo. (Org.) Jurisdição e Hermenêutica Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004. Fls. 65 a 67, 70, 162.

²⁸ ATIENZA, Manuel. As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica. São Paulo: Landy Editora, 2006. Fls. 13, 17, 18.

²⁹ CRISTÓVAM, José Sergio da Silva. Colisões entre Princípios Constitucionais: Razoabilidade, Proporcionalidade e Argumentação. Curitiba, Juruá Editora, 2008. Fls. 117 e 159.

³⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. Portugal: Almedina, 2011. Fl. 1237.

Esse método argumentativo, então, iria funcionar balanceando os valores em jogo, levando em conta a exigência da justiça, ou seja, unindo uma solução compatível com o sistema jurídico, com a solução compatível com o caso em tela, posto que conforme se trabalha tanto com princípio como com regra, nem o razoável nem o concretamente disposto pode prosperar totalmente necessitando de uma junção dos dois.³¹ Neste caso, ela é uma técnica de aplicação em que se comparam duas normas quando a interpretação já foi feita.

Há que se considerar que essa solução elimina uma tese de discricionariedade forte, diminuindo o papel dos juízes como legisladores, em especial tendo-se em vista que tal papel não seria admissível.³² E mais que isso, se garante a segurança jurídica, posto que se garante mesmo a coerência e plena exibibilidade do direito, a justiça.³³

4. Uma Proposta de Argumentação com Princípios

Há mais de uma proposta, dentro da argumentação jurídica, sobre como se argumentar melhor. Uma das mais interessantes é a do jurista Neil MacCormick. Para ele a questão da indeterminação é criada também pelas demandas do direito, que possui um caráter dialético inerente ao sistema, uma vez que, o direito é uma habilidade prática, uma arte, que depende de conhecimento e aprendizado. Ainda que os argumentos jurídicos sejam sobredeterminados, têm que ser 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 à 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

³¹ MÜLLER, Friedrich. Teoria Estruturante do Direito. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2009. Fl. 195.

³² SANCHÍS, Luís Prieto. Os Princípios, o problema da discricionariedade judicial e a tese da unidade da solução justa. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org.) Argumentação e Estado constitucional. São Paulo: Ícone. Fl. 228.

³³ MORAIS, Carlos Blanco de. Segurança jurídica e justiça constitucional. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. 41, n. 2, p. 619-630, 2001. Fl. 621.

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”.³⁴

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 (primários) e, fatos (secundários), que podem ou não integrar o caso.³⁵

Assim, MacCormick elabora critérios que viriam justamente 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, ela 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 se baseia em que as premissas normativas não entrem em contradição com a norma válida, assim como a premissa fática. Depois, há o

³⁴ MACCOMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Fls. 373, 39, 31, 69, 183

³⁵ ATIENZA, Manuel. As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica. São Paulo: Landy Editora, 2006. Fls. 121 a 125.

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 por 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 de determinada solução, levando em consideração a própria questão da justiça e os valores de cada ramo do direito.³⁶

MacCormick acredita que o raciocínio da decisão é argumentação prática, que se realiza com base na pressuposição de que podem existir certas questões sobre as quais há o certo e o errado, e a 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 devem-se considerar como questões de conveniência ou justiça. E assim, há dois tipos de razões substantivas, que podem ser apresentadas na justificação da decisão judicial: (1) razões de persecução de objetivos, para dar a decisão; (2) razões em contraposição às 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.³⁷

5. Conclusão

Conforme pode-se depreender, a linguagem não possui um caráter preciso, sendo constituída por diversos jogos de linguagem que se organizam em função das diversas formas de vida existentes constituídas para dar os “limites” para os jogos de linguagem. Essas constatações se tornam importante dentro do direito, pois, conforme

³⁶ ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2006. Fls. 126 a 130, 133 e 134.

³⁷ MACCOMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Fls. 150, 156, 157, 331, 332 e 359.

visto, com a Reviravolta Linguístico-Pragmática, toda a Filosofia se vira para a questão da linguagem, por ela constituir o conhecimento em si. E isso não é diferente no direito, uma vez que 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 e isso está condicionado a uma abordagem nova, uma vez que Wittgenstein tem a intenção de mudar tudo com seus pensamentos sobre a questão da linguagem.³⁸

Mais que isso, Wittgenstein, com toda a percepção de imprecisão da linguagem, acaba oferecendo respostas corretas, uma vez que ao colocar a linguagem na forma de “jogos de linguagem” que seguem “formas de vida” atrela o sentido destes jogos a suas condições de uso, fazendo com que em circunstâncias delimitadas, com determinadas variáveis somente uma resposta seja correta. Pois de acordo com sua teoria, a questão da pragmática está atrelada a linguagem. De maneira que, ainda que uma mesma palavra tenha múltiplos significados em abstrato, em determinado contexto, ela passa a ter um significado determinado pela práxis. E isso que direciona para a própria questão da argumentação jurídica³⁹, uma vez que é nela que os argumentos em abstrato são colocados em contato com os seus contextos de uso e dando uma solução e única resposta correta aos casos difíceis gerados pelo conflito de Princípios dentro de uma Constituição.

Mais uma vez, o fechamento completo não é possível por causa das características da própria linguagem que, 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 é possível na aplicação, quando o magistrado, diante de determinadas opções, escolhe uma delas determinando-a como solução da sua sentença. Vale ressaltar que é benéfico ao direito dotar seus magistrados de algum elemento de discricionariedade. Com um procedimento argumentativo se vincula os mesmos, eles não podem dizer qualquer coisa e mesmo aquilo que podem dizer precisa ser demonstrado minuciosamente como, e porque, decidiu de determinada maneira e não de outra. Creio

³⁸ SHANKAR, Anil. Wittgenstein and The Rule Of Law. Disponível em <http://works.bepress.com/anil_shankar/1/> Acessado em 01/05/2012. Fl. 17.

³⁹ FROTA, Bárbara Gabriele Santos. Neoconstitucionalismo e princípios: como wittgenstein, hermenêutica e teoria da argumentação se unem na resposta correta. 2012. 67f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário do Rio Grande do Norte, 2012. [Orientador: Prof. Msc. Edinaldo Benício de Sá Junior] Fl. 38

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.

Nesse contexto, um modelo argumentativo se faz necessário, não somente para funcionar como uma teoria formalista, no qual seguindo determinados rituais e formulas tem-se uma resposta necessariamente correta. Esse modelo é necessário justamente para suplantar um modelo desse tipo, que no final, podem até trazer respostas corretas, mas não respostas que de fato tragam satisfação a aqueles que procuram o direito.

6. Referências

ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. Trad. Luis Afonso Heck-Porto Alegre :Livraria do advogado Editora, 2007. Fl. 105.

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>> Acessado em 25/06/2012.

BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

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

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

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

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.

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

HESSE, Konrad – A Força Normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safE, 1991.

MORAIS, Carlos Blanco de. Segurança jurídica e justiça constitucional. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. 41, n. 2, p. 619-630, 2001.

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

MÜLLER, Friedrich. Teoria Estruturante do Direito. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2009,

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

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

REGLA, Josep Aguiló. Do “Império da Lei” ao “Estado Constitucional” Dois paradigmas jurídicos em poucas palavras. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org.) Argumentação e Estado constitucional. São Paulo: Ícone, 2012.

SANCHÍS, Luís Prieto. Os Princípios, o problema da discricionariedade judicial e a tese da unidade da solução justa. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org.) Argumentação e Estado constitucional. São Paulo: Ícone.

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

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

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