
ESTUDOS SOBRE OS PARADIGMAS DE RACIONALIDADE DISCURSIVA (DIANOÉTICA)

Guilherme Sandoval Góes - Doutor e Mestre em Direito pela UERJ. Professor de Direito Constitucional e de Direito Eleitoral da EMERJ. Coordenador do Curso de Pós-graduação em Direito Público da UNESA. Professor do Programa de Mestrado da ESG e da UNIFA Membro da Academia Brasileira de Estudos Estratégicos.

Cleyson de Moraes Mello - Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UERJ. Professor do PPGD da UVA. Diretor Adjunto da Faculdade de Direito de Valença. Professor Titular da UNESA. Membro do IAB.

Resumo: Sobre a influência do neoconstitucionalismo e da escola do pós-positivismo jurídico, o presente trabalho pretende analisar a interligação entre o direito e a filosofia de modo a compreender melhor a solução hermenêutica para a colisão de normas constitucionais de mesma hierarquia.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Teoria Constitucional. Estado de Direito. Racionalidade.

Abstract: Under the influence of the neoconstitutionalism and the post-positive school of law, this job aims at analyzing the connection between law and philosophy in such a way that we can understand the new interpretative model capable of solving post-modern constitutional problems.

Keywords: Neo-constitutionalism. Constitutional theory. Rule of law. Rationalism.

INTRODUÇÃO

Com espede no aporte lógico-filosófico trazido pelo giro epistemológico da revolução da filosofia da linguagem, o presente artigo visa demonstrar que o direito constitucional hodierno, calcado na dogmática pós-positivista, dá nova feição à normatividade dos princípios jurídicos.

Com rigor, o desenvolvimento desse novo principialismo constitucional envolve a tensão dialética entre a obtenção de certeza jurídica e a distribuição de justiça, ou seja, entre uma visão positivista do paradigma de racionalidade linguístico-subsuntiva e uma visão principialista de paradigma jusnatural de valores.

Na verdade, o desiderato acadêmico deste artigo é salientar o avanço da metodologia discursiva do direito, com bases epistemológicas na filosofia da linguagem, que abriu espaço para a ascensão da normatividade dos princípios a partir do delineamento de uma nova racionalidade do discurso jurídico. Não se pode negar que a racionalidade meramente linguística não preenche os requisitos necessários à efetividade ou eficácia social de normas constitucionais abertas, cuja tensão aparente exige a ponderação de valores como meio de solução de colisão normativa. Isto significa dizer, por outras palavras, que, em sede positivista de racionalidade limitada, impossível sair da incontinência verbal do texto da norma para alcançar qualquer estágio de convencimento argumentativo.

Portanto, em linhas gerais, a pretensão do presente artigo é examinar essa mudança de racionalidade normativa, provocada pela necessidade de dar plena efetividade a princípios constitucionais a partir da valorização da dimensão retórico-argumentativa das decisões judiciais. São os imperativos dogmáticos do principialismo que exigem o uso da racionalidade discursiva, esquecida que tinha sido pela aplicação mecânica reducionista da hermenêutica positivista.

No âmbito das pesquisas a realizar, a ideia é demonstrar que a racionalidade discursiva é a base da teoria da eficácia pós-positiva da Constituição, na medida em que é a base da força jurígena que a dogmática principialista imprime à dimensão retórico-argumentativa das decisões judiciais. É nesse sentido que ocorre a interconexão entre direito e filosofia,

entre positivismo e jusnaturalismo, entre letra da lei e valor ético que ela encerra, entre aplicação mecânica e aplicação axiológica da lei.

Assim, o objetivo do artigo que se segue é salientar que a efetividade ou eficácia social das normas de direito público depende atualmente das avançadas teorias discursivas do direito, especialmente daquelas construções pós-positivas que superam a lei sem apelar, entretanto, para justificações *jusnaturalis*. Não é demais predizer que, em face do novo quadro constitucional, cujo centro jurídico-axiológico é o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, a dimensão retórico-argumentativa das decisões judiciais transformar-se-á na principal arma hermenêutica da garantia da plena efetividade dos direitos fundamentais, notadamente da tutela dos hipossuficientes.

Em outras palavras, é correto afirmar que, sob o guarda-chuva normativo principiológico do neoconstitucionalismo, o juiz constitucional tem o condão de neutralizar a insensibilidade ética do pensamento liberal conectado a paradigmas de racionalidade formal. Com efeito, o espírito dogmático que interliga o direito e a filosofia é a busca pela maior efetividade dos princípios jurídicos e a proteção dos direitos fundamentais, sendo fácil perceber que a legitimação democrática das decisões judiciais virá dos paradigmas de racionalidade dianoética, de cunho discursivo.

No plano das interseções deontológicas que unem as dimensões ética e jurídica da Constituição, é preciso que se compreenda que o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana deve estar acima dos interesses neoliberais do Estado de Direito legislativo. Esta deve ser a tônica da dogmática pós-positivista dentro desse complexo cenário jurídico de crise da contemporaneidade.

A RACIONALIDADE DIANOÉTICA E A SUPERAÇÃO DO DIREITO AUTOPOIÉTICO

Resta indubitável que a dogmática jurídica brasileira deve seguir trilhando a vertente pós-positivista, que faz a reaproximação entre o direito e a ética, usando como ponte a filosofia jurídico-constitucional. Com espeque, no direito superador da lei, opera-se a desconstrução do legalismo estrito

do positivismo normativista kelseniano, sem, entretanto, adentrar a esfera discricionária do direito natural.

A nova racionalidade do direito, de cunho dianoético, vale dizer, discursivo, tem latitude científica suficiente para superar a racionalidade meramente linguístico-subsuntiva do positivismo jurídico a partir da dimensão retórica das decisões judiciais aceitas pela comunidade aberta de intérpretes da Constituição. Com isso a racionalidade empírico-subjetiva de caráter volitivo do mero decisionismo judicial perde sua hegemonia. Com efeito, o primeiro passo é reconhecer, com a ajuda do Professor Luís Roberto Barroso, a grave crise existencial do direito que:

não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a injustiça passeia pelas ruas com passos firmes e a insegurança é a característica da nossa era. Na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar. Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma. Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos pós e neo: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é.¹

Realmente a tarefa de distribuir justiça social com segurança jurídica é um dos grandes desafios do neoconstitucionalismo pós-positivista, que para tanto necessita ir muito além da mera revelação do sentido prévio da norma posta, vislumbrando a Constituição como uma reserva de justiça, caracterizada pela coerência do conteúdo material de suas normas que se harmonizam na unidade axiológica da busca do bem comum e da dignidade da pessoa humana.

É nesse sentido que a filosofia jurídico-constitucional é a antítese da visão autopoietica do Direito, tal qual concebida por Niklas Luhmann.² A perspectiva autopoietica tenta conferir ao direito a possibilidade de

¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Revista Jus Navigandi, Rio de Janeiro. Disponível <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em 06 de março de 2017, p. 2.

² LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1980; e Sistemas sociales. Lineamentos para una teoría general. Barcelona: Anthropos Editorial, 1998.

“autorreferência sistêmica” dentro de um paradigma de racionalidade formal, como se o direito pudesse ser autônomo em relação à sociedade e aos demais fluxos epistemológicos, *e.g.*, a política, a economia, a sociologia, a filosofia, etc.

Assim, sob a ótica da sofisticada teoria de Luhmann, os sistemas sociais são concebidos com base nos *princípios da noética*, vale dizer, parte da lógica que estuda as quatro leis fundamentais do pensamento: identidade, contradição, terceiro excluído e razão suficiente.³ É bem de ver, por conseguinte, que a noética se estrutura a partir de uma lógica de “ordem no sistema”, que não se harmoniza com as colisões de princípios constitucionais de mesma dignidade normativa, igualmente válidos e em vigor dentro de um mesmo ordenamento jurídico.

Ora o pós-positivismo se desenvolve exatamente neste espectro normativo complexo, onde florescem conflitos de normas de mesma hierarquia, o que evidentemente requer um tipo de discurso jurídico com base no pensamento discursivo que é, por excelência, um *pensamento dianoético*. Aliás, as expressões são sinônimas.

Com rigor, o que se quer aqui reafirmar é a mudança de paradigma da interpretação constitucional que se afasta da noese luhmanniana, para se aproximar da racionalidade discursiva,⁴ verdadeiramente dianoética que viabilizou o “giro epistemológico” no âmbito das investigações metodológicas pós-positivas, provocado por sua vez pelo giro pragmático da Filosofia da

³ Observe, com muita atenção, que a ideia de sistemas noéticos se interliga quase que umbilicalmente com os princípios da lógica clássica pautada na vertente silogística de cunho dedutivo. Pelo princípio da identidade, formulável na proposição “A é A”, não há qualquer possibilidade de algo existir e não existir ao mesmo tempo. Do mesmo modo, pelo princípio da não-contradição projeta-se a intelecção de que na hipótese de surgir duas proposições contraditórias, uma das duas é necessariamente falsa. Finalmente, pelo princípio do terceiro excluído, chega-se à conclusão que, diante de duas proposições contraditórias, apenas uma poderá ser considerada verdadeira. DANTAS, David Diniz Dantas. *Interpretação constitucional no pós-positivismo. Teoria e casos práticos*. São Paulo: Madras, 2004, p. 115-144.

⁴ Antônio Cavalcanti Maia e Cláudio Pereira de Souza Neto destacam que “No mundo francófono, as investigações de Chaïm Perelman salientaram a importância crucial da argumentação na autocompreensão hodierna do direito, erguendo inúmeras objeções ao positivismo jurídico. Essas críticas situam-se na ancoragem filosófica dessa perspectiva – herdeira do racionalismo moderno e sofisticada pelo empirismo-lógico do círculo de Viena -, quanto nas questões metodológicas, concernentes à racionalidade das decisões jurídicas, não acolhendo as premissas kelsenianas como definitivas, especialmente quando essas negligenciam o papel crucial desempenhado pelos princípios gerais de direito na economia geral de funcionamento dos sistemas jurídicos ocidentais após a Segunda Grande Guerra. Cf. MAIA, Antonio Cavalcanti & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Os princípios gerais de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Direitos fundamentais*. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro, vol. XII Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 168. (grifos nossos).

linguagem, especialmente após a obra de Wittgenstein II. Nesse sentido, lapidar o magistério de Écio Oto Ramos Duarte:

*De outro lado, a tentativa de oferecer pautas justificativas que assegurem a **racionalidade do método jurídico** deve se dar conta de que a fundamentação normativa, hoje, deve ser mediada desde os pressupostos discursivos inseridos na estrutura pragmática consolidada a partir de uma **razão linguística**. Para esse intento, é necessário um esboço das teorias básicas apresentadas pela Filosofia da Linguagem, especialmente as elaboradas por autores como Wittgenstein, Searle e Austin. Além dessas construções teóricas estruturarem os pressupostos de uma teoria filosófica da linguagem capaz de imprimir a razão linguística na reflexão dos fenômenos jurídicos, é salutar frisar que o próprio giro pragmático ocorrido na Filosofia da Linguagem provocará, por sua vez, um “giro epistemológico” no âmbito das investigações metodológico-jurídicas que, agora, desde um paradigma de **racionalidade discursiva**, deverá refletir-se em um novo condicionamento à elaboração da própria Teoria do Direito. (grifos nossos)⁵*

Assim sendo, insista-se, por fundamental, nesta intelecção de que a racionalidade dianoética é a base da teoria da eficácia pós-positiva da Constituição, porque base de legitimação da norma-decisão, aqui considerada como norma já devidamente interpretada pelo juiz/intérprete no plano concreto de significação.

E mais: levando-se em consideração os novos desafios advindos da judicialização da política - que transfere para o Poder Judiciário as decisões políticas fundamentais do Estado -, o juiz no Século XXI não pode prescindir dos paradigmas de racionalidade discursiva para resolver os conflitos principiológicos que surgem no contexto neoconstitucional do direito hodierno. Não há outro caminho para se alcançar a reaproximação entre a ética e o direito que não seja a aplicação das teorias argumentativas de racionalidade dianoética.

Assim, pode-se afirmar que os paradigmas de racionalidade discursiva superam o positivismo jurídico e sua crença de que o fenômeno jurídico também é dominado pelo pensamento matematizante das ciências exatas, únicas detentoras do conhecimento verdadeiro, depurado de leis naturais e

⁵ DUARTE, Écio Oto Ramos. Teoria do discurso & correção normativa do direito: aproximação à metodologia discursiva do direito. São Paulo, Landy, 2ª ed., 2004, p.35.

imutáveis. Para o positivismo jurídico, o conhecimento científico do Direito é objetivo, é a norma posta, é a norma efetivamente positivada. Observe, aqui, com atenção, que essa busca da cientificidade pura reduz o Direito ao conjunto de normas postas pelo legislador democrático. Ou seja, a letra fria da norma posta é o imperativo categórico da interpretação constitucional autopoiética, não cabendo ao juiz cogitar da retitude material dessa norma, na medida em que o Direito é um sistema axiomático e fechado composto de regras jurídicas.

É nesse sentido que despontam as ideias de autossuficiência, autorregulação e autorreprodução sistêmicas e que, aliadas ao dogma da pretensão de completude do Direito, perfazem juntos a visão autopoiética do Direito, tal qual concebida por Niklas Luhmann. Com efeito, na teoria de Luhmann, os diversos subsistemas sociais formulam suas comunicações a partir de “códigos binários”. O Direito, por exemplo, opera distinguindo o lícito do ilícito, de modo fechado, permitindo apenas o acoplamento estrutural. E assim é que a perspectiva autopoiética confere ao Direito a possibilidade de autorreferência sistêmica dentro de uma visão formal e autossuficiente, como se o direito fosse autônomo em relação à sociedade.

Sob a ótica da sofisticada teoria de Luhmann, o Direito é um sistema fechado autopoiético, que não se entrelaça com os demais subsistemas da sociedade. Trata-se de uma visão formal do direito positivo, compreendido como um sistema cerrado, autônomo, autorreprodutor, autossuficiente e autorreferenciado. Destarte, fácil é constatar, mais uma vez, que essa visão formalista, fechada e autopoiética do Direito não se coaduna com a ideia de inserção cientificamente válida dos valores éticos e do senso de justiça no discurso jurídico.

O papel do juiz do século XXI não é meramente técnico, da mesma forma que a normatividade do Direito não vem exclusivamente de sua sistematicidade intrínseca, dominada pela hegemonia da norma posta. No dizer de Haradja Leite Torrens:

O período da exegese é profundamente influenciado pelo legalismo, decorrente do exacerbamento dogmatista na interpretação do Código de Napoleão de 1804. Nele, o papel do juiz era eminentemente técnico, pois se limitava a conhecer dos fatos e subsumi-los à lei. Nesta situação, os valores relacionados à

*razoabilidade e à realização da justiça não eram importantes. Sobre esses aspectos, escreve Perelman, "se é verdade que os juizes devem fazer o direito, este direito, no espírito da escola da exegese, era reduzido a uma entidade quase mística, a Lei, expressão da vontade nacional. A hegemonia exegética caracterizou-se, sobretudo, pela personificação da justiça vendada, que não cogitava as consequências fáticas da aplicação da lei, na forma do brocardo *dura lex sed lex*. Durante esse período, o primado da segurança jurídica determinava a redução do direito à lei."*⁶

De clareza meridiana, pois, a perspectiva separatista entre o mundo jurídico e o mundo moral, cuja origem vem da aplicação mecânica da lei, patrocinada pela visão autopoietica positivista. Tal separação custa muito caro para a ciência jurídica, na medida em que a reduz a mera aplicação das normas postas pelo legislador democrático. Ora essa busca de segurança jurídica máxima esvazia o ideal constitucional de distribuição de justiça, como se fosse possível ao Direito adotar modelos matemáticos da escola positivista. Certamente não o é.

A visão formal/autopoietica/positivista/liberal/axiomática/dedutiva reduz o papel do Direito, tornando-o mero ente regulador da sociedade. Certamente não o é, também, ao revés, resta indubitável que o Direito não deve apenas regular a realidade social, mas, sim, moldá-la ou conformá-la, consoante os valores axiológicos compartilhados por essa mesma sociedade. Dessarte, não pode o Direito ficar atrelado a uma ontologia substancial do *Estado legislativo de Direito*, dominado pela hegemonia da lei positiva do legislador democrático, que faz coincidir o Direito com a Norma Posta, inteiramente objetivo, completo e ontologizado.

Para a visão autopoietica, aos operadores do Direito não cabe a tarefa de captar o sentido mutante de justiça no âmbito da realidade social, uma vez que o ideal de justiça se encerra no exato momento em que o legislador faz a positivação da norma. Já não lhe cabe mais a aferição da retitude axiológica dessa norma legislada.

Com isso, fica muito bem caracterizada a importância dos paradigmas de racionalidade dianoética, cuja dinâmica *jusfilosófica* é exatamente inserir

⁶ TORRENS, Haradja Leite. *Hermenêutica Jurídica e Paradigmas Interpretativos. Perspectivas e fundamentos de aplicação da teoria integrativa de Ronald Dworkin em face da ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p. 20.

cientificamente o sentimento constitucional de justiça no discurso jurídico contemporâneo. Afasta-se de uma dimensão jurídico-formalista do Direito, deslocando-se para o contexto neoconstitucional, com dimensão axiológico-indutiva.

É nesse diapasão que a racionalidade argumentativa se torna o novo imperativo categórico da nova interpretação constitucional, abrindo novo espaço hermenêutico para as teorias da argumentação jurídica, em detrimento do isolamento autopoietico do pensamento positivista. Assim, juízes e tribunais do tempo presente não podem ficar apartados da evolução social do Estado, abrindo-se a muitos outros fluxos epistemológicos advindos, *e.g.*, da filosofia, da geopolítica, da ciência política e outras.

Urge reconfigurar o perfil de juízes e tribunais de acordo com os novos tempos pós-positivistas, abandonando-se a figura do juiz-máquina e sua aplicação mecânica da lei, substituindo-a pela figura do juiz-democrático e sua aplicação axiológico-indutiva.

É por tudo isso que a análise que se segue vai procurar demonstrar que a norma-decisão é a norma-resultado que surge da aplicação axiológico-indutiva do direito, na qual juízes e tribunais devem fazer uso da racionalidade dianoética para justificar as razões que informam a prestação jurisdicional. Ou seja, a decisão final de mérito do juiz é o resultado da compilação de todos os elementos envolvidos na solução do caso decidendo, semânticos e extrassemânticos, jurídicos e extrajurídicos.

AS DECISÕES JUDICIAIS E A LEITURA AXIOLÓGICO-INDUTIVA DO DIREITO

Uma vez compreendida a importância dos paradigmas de racionalidade dianoética, impende agora examinar o papel do discurso axiológico-indutivo do Direito na fundamentação das decisões judiciais.

Com efeito, a eficácia da Constituição somente pode ser aferida a partir da norma-decisão, *i.e.*, da norma devidamente interpretada no plano concreto de significação e cuja normatividade foi justificada dentro de um paradigma de racionalidade dianoética. A interpretação sempre será

necessária para a fixação da norma-resultado. Calha, nesse sentido, a visão de Jane Reis Gonçalves Pereira:

Contra essa noção [a ideia de que só se efetiva a interpretação quando há dúvida sobre o significado do texto] é comum objetar-se que a interpretação é sempre necessária, pois só é possível determinar a clareza ou obscuridade de um texto após interpretá-lo. Mas, ao que parece, a dicotomia interpretação noética/dianoética (ou compreensão/interpretação) tornaria a referida divergência apenas semântica.⁷

Assim sendo, a ideia de norma-decisão é aqui desenvolvida dentro daquela imagem da obra de Wittgenstein II⁸ do *jogo de linguagem* se transformando em *jogo de interpretação*, imagem esta que serve também como substrato jusfilosófico para o já citado *jogo concertado dos princípios*, instrumento fundamental da hermenêutica constitucional contemporânea.

Com efeito, já se consolidou na melhor doutrina o entendimento de que a norma-decisão do juiz é a última fase do ciclo hermenêutico, que começa com a incidência dos fatos reais do caso concreto sobre a normadado (texto da norma preexistente no ordenamento jurídico) e acaba com a norma-produto (norma-resultado: norma propriamente dita) vinda de um processo de interpretação pautado nos paradigmas de racionalidade discursiva, dianoética, argumentativa, persuasiva.

⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 36.

⁸ A obra de Wittgenstein tem duas fases bem diferentes: na primeira, o autor é essencialista, isto é, admite que a linguagem tem um sentido próprio, independente do contexto fático que a circunscreve, já o segundo Wittgenstein, muda radicalmente de posição, desenvolvendo uma nova concepção lingüística pautada nos chamados “jogos de linguagem”. Tal concepção leva em consideração o contexto lingüístico na obtenção do sentido do texto. Dessarte, sob a ótica dos “jogos de linguagem”, Wittgenstein II não mais pergunta o que é a linguagem, mas, sim, como a linguagem funciona? Afasta-se, por conseguinte, Wittgenstein II do essencialismo lingüístico. Nesta nova perspectiva dos “jogos de linguagem”, admite o filósofo diferentes usos das palavras. A descoberta do texto não é mais feita a priori, mas dentro do contexto pragmático (contexto de vida). Nesse mister, a interpretação do texto deve ser vislumbrada como um conjunto de jogos de linguagem regidos por regras específicas, tornando-se, por via de consequência, em um “jogo de interpretação”. Com efeito, a nova metódica wittgensteiniana aponta diferentes métodos de interpretação válidos que podem se transformar na solução de um caso. E assim é que transportando as idéias wittgensteinianas para o campo da dogmática jurídica, podemos afirmar que a concretização constitucional admite diferentes caminhos exegéticos, ora bastando a simples referência ao “texto da norma”, ora buscando-se o resultado da interpretação a partir da formulação de “conceitos” inculpidos de forma vaga nas leis ou na Constituição. Para uma avaliação mais precisa das repercussões da obra de Wittgenstein II no “giro epistemológico” na metodologia jurídica, sugere-se, além, da célebre obra do próprio autor, WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. 2. edição. Petrópolis: Editora Vozes Ltda, 1996, também, a leitura de DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do discurso & correção normativa do direito: aproximação à metodologia discursiva do direito*. São Paulo, Editora Landy, 2.ed., 2004, p. 121-135.

Com a devida sensibilidade acadêmica, o leitor haverá de concordar que o “texto da norma” é a norma-dado dotada de *racionalidade linguística* que lhe é imposta pelo legislador democrático ao elaborar abstratamente a lei, enquanto que a “norma propriamente dita” é a norma-resultado dotada de *racionalidade discursiva* que lhe é imposta pelo jurista/juiz ao aplicar uma determinada teoria da argumentação jurídica num caso concreto.⁹

Eis aqui a essência da reconstrução neoconstitucionalista do direito, qual seja: a superação da racionalidade linguístico-subsuntiva ligada ao texto da norma que cede à racionalidade dianoética associada à dimensão retórico-argumentativa das decisões judiciais. Agora, a normatividade do direito não se atrela tão somente ao conteúdo semântico-literal da norma *in abstracto*, mas, também, ao grau de aceitabilidade da norma-decisão por parte da comunidade aberta de intérpretes da Constituição.

Com isso, a dimensão retórico-argumentativa das decisões ganha valor fundante na construção da normatividade do direito. O discurso jurídico já não é mais dimensionado apenas pela literalidade da norma posta, mas, também, pela coerência da argumentação jurídica feita por magistrados, promotores e advogados e cuja aferição final será feita pela *consciência epistemológica dos intérpretes da Constituição*.

Em consequência, é correto afirmar que a efetividade ou eficácia social de uma norma constitucional é aferida em função do grau de adesão que induz no âmbito daquilo que Karl Larenz denominou de “consciência jurídica geral dos membros da comunidade jurídica”,¹⁰ ou, como quer Peter Häberle,¹¹ da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”. É por isso que surge, dentro de uma sociedade pluralista e assimétrica como a brasileira, eivada de valores contraditórios, a necessidade de uma nova teoria da eficácia da Constituição, cuja interpretação seja feita por todos os cidadãos. Isto significa dizer por outras palavras que, tanto a Corte Suprema e o restante do poder judiciário, quanto os demais operadores do direito, carecem auscultar os

⁹ GÓES, Guilherme Sandoval. Neoconstitucionalismo e dogmática pós-positivista. In: BARROSO, Luís Roberto. A reconstrução democrática do direito público no Brasil. Livro comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 121.

¹⁰ LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Gulbenkian, 1968, p. 264.

¹¹ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

princípios de justiça e solidariedade impregnados na comunidade aberta de intérpretes da Constituição, na medida em que sua adesão é a régua que faz a medida exata da efetividade das normas constitucionais.

No plano hermenêutico, como já amplamente visto, não há como ilidir que os novos paradigmas de racionalidade discursiva dão nova feição para a correção normativa do direito, vez que imprimem força jurígena aos princípios constitucionais em geral e aos direitos fundamentais em particular.¹²

Materializa-se aqui o giro hermenêutico dos direitos fundamentais, cuja normatividade agora é função de atividade exegética focada num núcleo de racionalidade discursiva (dianoética) que distribui justiça no caso concreto em detrimento da ideia de certeza jurídica máxima e das próprias razões de Estado.

De forma lapidar, Nadia de Araujo mostra essa tendência de expansão do paradigma dos direitos fundamentais, tanto na ordem constitucional, quanto na ordem internacional. E mais ainda: tal solução vem dos direitos fundamentais e não mais das chamadas razões de Estado. Vale, pois, reproduzir, seu magistério, *in verbis*:

*O desenvolvimento da **teoria dos direitos fundamentais**, cuja universalização encontrou eco nos planos interno e internacional, interfere na metodologia do DIPr, que não pode ficar alheia a sua disseminação. É preciso adequar a sua utilização ao **paradigma dos direitos humanos**. A ordem pública tem papel fundamental para equilibrar a aplicação do método conflitual, especialmente se for dado ao aplicador da lei parâmetros para fazê-lo, o que só é possível se for utilizada a **perspectiva retórico-argumentativa**, estribada no desejo, de encontrar a solução justa, a partir da lógica razoável, e não mais apenas através das **razões de Estado**.¹³ (grifos nossos)*

Enfim, agregue-se por derradeiro que, os paradigmas de racionalidade

¹² De feito, a mundividência da racionalidade meramente linguística é muito limitada, especialmente porque acredita que a gênese da cientificidade do direito é sua própria sistematicidade intrínseca, o que evidentemente o isola de qualquer outra construção epistemológica. Nessa visão formalista, os valores axiológicos ainda não positivados não têm o condão de penetrar no discurso axiomático-dedutivo do direito, sem o grave risco de quebra de cientificidade. Assim sendo, observe, com muita atenção, que é o paradigma de racionalidade argumentativa que desloca a base teórico-metodológica dos direitos fundamentais, viabilizando destarte a confluência entre a ética e o direito, elemento central do neoconstitucionalismo pós-positivista.

¹³ ARAUJO, Nadia de. Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 22.

argumentativa consolidam um novo método de interpretar a Constituição; fixam as bases teóricas de uma nova teoria da eficácia constitucional e, finalmente, criam as condições necessárias e suficientes para a solução das antinomias constitucionais, usando a técnica da ponderação de valores.

Portanto, os paradigmas de racionalidade dianoética caracterizam-se por estabelecer como fundamento da decisão judicial a aceitação da sociedade aberta, cujo elo é exatamente a *argumentação*, de um determinado *discurso*.

O mérito da decisão judicial evolui de um caráter eminentemente formal-instrumental de aplicação subuntivo-silogística para adquirir um caráter substancial, axiológico, que desloca a solução concreta do caso para a esfera da ponderação de valores de mesma dignidade constitucional.

Em consequência, é bem de ver que a filosofia constitucional contemporânea não se limita à aplicação mecânica do texto da norma, dentro de um discurso axiomático-dedutivo, ao contrário, a nova interpretação constitucional vai muito além da mera integração da incompletude do sistema jurídico (lacunas, conceitos indeterminados, normas em branco, etc.), pois, valoriza a dimensão tópica (Theodor Viehweg)¹⁴ e da argumentação (Chäim Perelman) das atividades exegéticas do direito.

Trata-se da aplicação axiológico-indutiva do Direito, na qual não há uma única resposta certa previamente estabelecida para solução do caso concreto, mas, sim, um núcleo de racionalidade discursiva dentro de um processo de distribuição de justiça para um determinado caso concreto. Por outro lado, a racionalidade discursiva da leitura axiológico-indutiva do Direito não equivale à liberdade sem limites para a entrega da prestação jurisdicional, ao revés, no âmbito da reconstrução neoconstitucionalista do Direito, a norma-decisão (norma propriamente dita) sempre será submetida a padrões de consenso, de justiça e de eficácia social.

Em suma, todo este conjunto metodológico-conceitual faz parte da reconstrução neoconstitucionalista do Direito, cujo epicentro é a leitura axiológico-indutiva da lei. Os paradigmas de racionalidade dianoética usam fórmulas avançadas que desenvolvem o Direito, bem como o aproximam da ética. Desenvolvem o Direito porque são capazes de dar força normativa aos princípios constitucionais abertos de baixa densidade normativa.

¹⁴ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

Nesse sentido, o leitor haverá de concordar que tanto a concepção dedutiva (aplicação silogística partindo do caso geral para o particular), quanto a visão axiomática (pretensão de completude do direito: conceitos jurídicos fechados capazes de descrever *in abstracto* toda a realidade social) não se coadunam com normas constitucionais principiológicas de baixa densidade normativa e alto teor de vagueza.

Com efeito, no constitucionalismo brasileiro que é *axiologicamente fragmentado*,¹⁵ a aplicação inflexível do discurso axiomático-dedutivo do direito torna desnitrado o processo de interpretação constitucional, vez que a operação exegética fica desprovida do *jogo concertado dos princípios*, principal instrumento da atividade decisória dos magistrados de hoje em dia.

É Robert Alexy que aponta, pelo menos, quatro grandes motivos denegadores da concepção tecno-formal do direito, a saber: (1) a imprecisão da linguagem do direito, (2) a possibilidade de conflitos entre as normas, (3) o fato de que é possível haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, que não cabem sob nenhuma norma válida existente, bem como, (4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria textualmente um estatuto.¹⁶

Note-se que a reconstrução neoconstitucionalista do direito caminha na direção desta crítica de Alexy, na qual se verifica a insuficiência do discurso axiomático-dedutivo do direito na solução de problemas constitucionais da contemporaneidade. Urge, pois, inverter o sinal da nova interpretação constitucional deslocando-o para a **dimensão axiológico-indutiva do direito**. Já não mais atende ao dador da norma-decisão (juiz ou intérprete) a mera racionalidade subsuntiva amparada pelo pensamento sistemático-silogístico.¹⁷

¹⁵ A Constituição de 1988 é híbrida, nitidamente compromissória na medida em que tenta albergar, a um só tempo, as vertentes do liberalismo burguês e da social democracia. Daí a tendência de positivar o texto constitucional de modo amplo sem maiores detalhamentos acerca das condutas necessárias para a realização dos fins pretendidos, optando-se por fórmulas abertas que projetam “estados ideais”, cuja exegese é mais complexa, na medida em que o intérprete fica obrigado a definir a ação a tomar. Em essência, a Constituição de 1988 fica dividida entre valores contrapostos (axiologicamente fragmentada), ou seja, de um lado, os direitos sociais pressionando por ações estatais positivas superadoras da reserva do possível e, do outro, as liberdades privadas requerendo estatalidade mínima ou negativa.

¹⁶ ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. A Teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy Editora, 2001, p. 17.

¹⁷ Cf Guilherme Sandoval, op. cit., p.

Ao revés, a crítica de Alexy entremostra diferentes obstáculos hermenêuticos que se antepõem ao paradigma positivista e reforça cada vez mais a necessidade de novas fórmulas teóricas, aptas a superar a letra da lei, mas que, no entanto permaneçam subordinadas à ordem jurídica como um todo. É o que Karl Larenz brilhantemente denomina de “**direito extra legem, porém, intra jus.**”¹⁸

Esta é a razão pela qual se acredita que os paradigmas de racionalidade dianoética criam as bases teóricas que informam a correção normativa do direito a partir da leitura axiológico-indutiva, que supera a letra da lei (*extra legem*), mas, permanece limitada pela ordem jurídica como um todo (*intra jus*).

CONCLUSÃO

Este trabalho acadêmico procurou *ab initio usque ad mais* analisar a importância dos paradigmas de racionalidade dianoética na solução dos hodiernos casos de colisão de normas constitucionais de mesma dignidade normativa.

Impregnado pela lógica autopoietica da autorregulação, autossuficiência e autorreprodução sistêmicas, o paradigma positivista buscou desenvolver uma concepção axiomático-dedutiva do direito, onde a aplicação mecânica e o silogismo jurídico lhe serviam de fundamento. Sob este aspecto, é iniludível a prevalência do pensamento positivista fechado, desprovido de qualquer perspectiva de abertura axiológica.

É nesse sentido que desponta a reconstrução neoconstitucionalista do direito que vem sendo edificada a partir da virada hermenêutica da racionalidade discursiva (dianoética) que, por sua vez, viabiliza a ideia de que a dimensão retórica das decisões judiciais é parte integrante da normatividade do direito. Com o devido espírito científico, o presente trabalho acadêmico procurou apresentar uma arquitetura conceitual que permite ao intérprete justificar racionalmente sua norma-decisão.

Sem desconsiderar a hermenêutica tradicional positivista, os paradigmas de racionalidade dianoética buscam orientar o decisor no ato de transformar texto da norma (plano abstrato preliminar) em

¹⁸ Cf Karl Larenz, ob.cit., p. 502.

norma concretizada (plano concreto de significação). Trata-se, pois, de reconfiguração normativa que visa a solucionar qualquer que seja o problema constitucional a resolver (inclusive os chamados casos difíceis).

É por isso que é importante reconhecer que as características dos paradigmas de racionalidade dianoética permitem que o juiz/intérprete, na fixação de sua norma-decisão, faça uso da argumentação jurídica como meio de fundamentação da sentença.

Assim sendo, é possível imprimir força jurídica aos princípios, que muito embora sejam enunciados normativos abertos que não se prestam para a subsunção silogística, podem gerar direito subjetivo para o cidadão comum no caso concreto. Enfim, foram essas as questões que se me impuseram considerar ao investigar as bases teóricas dos paradigmas de racionalidade discursiva nestes tempos de reconstrução neoconstitucionalista do direito.

Situado entre o eclipse do normativismo positivista kelseniano e o perigo de reprivatização *jusnaturalista*, o neoconstitucionalismo buscou desenvolver fórmulas avançadas que reaproximem o Direito e a Ética. Vive-se, indubitavelmente, uma nova era jurídica de hegemonia axiológica dos princípios, onde a dignidade da pessoa humana se projeta como vetor exegético sobre toda a ordem jurídica nacional. Urge, pois, superar os tempos jurídicos da predominância cêntrica da norma posta que cristalizava a ideia de pretensão de completude do direito.

Em tempos de reconstrução neoconstitucionalista, a dimensão retórica das decisões judiciais passa a compor a normatividade do direito em função de seu grau de aceitabilidade por parte da comunidade aberta de intérpretes da Constituição. Portanto, cabe ao jurista contemporâneo repensar um novo modelo dogmático, considerando agora novas e avançadas fórmulas hermenêuticas de direito superador da lei, cujo desafio maior é a reinserção do senso de justiça como fundamento do direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. A Teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.

- ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. Rio de Janeiro: Malheiros, 2004.
- ARAUJO, Nadia de. Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. A reconstrução democrática do direito público no Brasil. Livro comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- _____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Revista Jus Navigandi, Rio de Janeiro. Disponível <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em 06 de março de 2017.
- BICKEL, Alexander M. The Least Dangerous Branch, 2ª ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986.
- DANTAS, David Diniz. Interpretação constitucional no pós-positivismo. Teoria e casos práticos. São Paulo: Madras, 2004.
- DUARTE, Écio Oto Ramos. Teoria do discurso & correção normativa do direito: aproximação à metodologia discursiva do direito. São Paulo, Editora Landy, 2ª ed., 2004.
- DWORKIN, O império do direito. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- GÓES, Guilherme Sandoval. Neoconstitucionalismo e dogmática pós-positivista. In: BARROSO, Luís Roberto. A reconstrução democrática do direito público no Brasil. Livro comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HABERMAS, Jurgen. Direito e democracia entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Gulbenkian, 1968.
- LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. Tradução Maria da Conceição Córte-Real. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1980.
- _____. Sistemas sociais. Lineamentos para uma teoria general. Barcelona: Anthropos Editorial, 1998.
- MAIA, Antonio Cavalcanti e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Os princípios gerais de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: BINENBOJM, Gustavo (Org.). Direitos fundamentais. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro, vol. XII, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- PERELMAN, Chäim. Lógica Jurídica. Nova retórica. São Paulo, Martins Fontes, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- TEUBNER, Gunther. O direito como sistema autopoietico. Tradução José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- TORRENS, Haradja Leite. Hermenêutica Jurídica e Paradigmas Interpretativos. Perspectivas e fundamentos de aplicação da teoria integrativa de Ronald Dworkin em face da ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.
- VIEHWEG, Theodor. Tópica e jurisprudência. Tradução Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.
- WALZER, Michael. Spheres of Justice – A Defense of Pluralism and Equality. USA: Basic Books, 1983.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. Investigações Filosóficas. 2. edição. Petrópolis: Editora Vozes Ltda, 1996.