

## OS PARADOXOS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NO MARCO DO NEOCONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

### THE PARADOXES OF LEGAL ARGUMENTATION WITHIN THE DEMOCRATIC NEO-CONSTITUTIONALISM FRAMEWORK

Teresinha Inês Teles Pires\*

**RESUMO:** O presente artigo tem a intenção de expor, em linhas gerais, as origens, os fundamentos e os objetivos das teorias da argumentação jurídica, em consideração às inovações introduzidas pelo neoconstitucionalismo democrático. Em breve relato, far-se-á um esboço da discussão original, nos tempos da modernidade, sobre a extensão dos pressupostos da filosofia da razão prática na sustentação do caráter normativo do discurso jurídico. Em seguida, mostrar-se-á que o desenvolvimento da argumentação jurídica se estrutura sob a égide do modelo da razão comunicativa e da busca de um consenso intersubjetivo. Por fim, será explicitado o criticismo introduzido pela doutrina do neoconstitucionalismo, em relação à precedência das regras do discurso político na legitimação do sistema de direitos fundamentais. Permite-se, assim, concluir que o neoconstitucionalismo, em uma visão pós-positivista, avança na formulação de metodologias argumentativas, conferindo maior objetividade à interpretação das leis e impondo restrições significativas à arbitrariedade das decisões jurídicas.

**Palavras-chave:** Argumentação jurídica. Razão comunicativa. Neoconstitucionalismo.

**ABSTRACT:** This article intends to expose, in general lines, the origins, foundations and objectives of theories of legal argumentation, considering the innovations introduced by democratic neo-constitutionalism. In brief, an outline will be made of the original discussion, in times of modernity, about the extension of the presuppositions of the Practical Reason Philosophy in supporting the normative character of juridical discourse. Next, it will be shown that the development of legal argumentation is structured under the aegis of the model of communicative reason and the search for intersubjective consensus. Finally, the criticism introduced by the doctrine of neo-constitutionalism,

\* Doutora em Direito Público pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Promotora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT). Brasília – Distrito Federal – Brasil.

regarding the precedence of the rules of political discourse in the legitimation of the system of fundamental rights will be explained. It is thus possible to conclude that neo-constitutionalism, in a post-positivist view, advances in the formulation of argumentative methodologies, giving greater objectivity to the interpretation of laws and imposing significant restrictions on the arbitrariness of legal decisions.

**Keywords:** Legal arguments. Communicative reason. Neo-constitutionalism.

**SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 O DISCURSO DA RAZÃO PRÁTICA EM GERAL E O DISCURSO JURÍDICO: PERSPECTIVA DE CORREÇÃO DOS ENUNCIADOS NORMATIVOS; 3 A RAZÃO COMUNICATIVA E O PADRÃO DO ENTENDIMENTO INTERSUBJETIVO: LIBERDADES SUBJETIVAS E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA; 4 PARADIGMAS PÓS-POSITIVISTAS E NEOCONSTITUCIONALISMO: LIMITES INSTITUCIONAIS, ESTRATÉGIAS ANALÍTICAS E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA; 5 A JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES JURÍDICAS: ENTRE O RACIONALISMO E O DECISIONISMO; 6 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.**

## 1. INTRODUÇÃO

As questões relacionadas às estratégias de argumentação jurídica colocam os operadores do direito diante da necessidade de fundamentar suas decisões em métodos interpretativos válidos objetivamente. A partir dos padrões de análise constitucional introduzidos pelas doutrinas pós-positivistas, a compreensão das leis, particularmente, no juízo de aplicação, passou a incorporar exigências derivadas dos princípios e valores morais subsumidos ao sistema normativo, bem como das circunstâncias empíricas dos casos concretos.

Na esfera do direito, a problemática a ser apresentada se insere no desafio, muito em voga nos tempos atuais, do enfrentamento da arbitrariedade decisória. No julgamento dos casos, muitas vezes os juízes se deparam com a equivalente sustentabilidade de interpretações antagônicas, evidenciando-se todas elas como sendo interpretações aceitáveis, do ponto de vista da consistência do sistema normativo. Tais dificuldades, como se mostrará, podem ser equacionadas com a delimitação de testes de constitucionalidade que indiquem a possibilidade de se chegar a decisões mais acertadas para

cada situação particular. Perseguir juízos de correção jurídica é um consecutivo da própria finalidade da argumentação jurídica, na medida em que esta se vincula a uma visão racionalista do direito.

De toda sorte, trazer à lume o tema da argumentação jurídica, conduz, de plano, a uma incursão na dimensão discursiva e na correlação existente entre a razão prática em geral, afeta à fundamentação da obrigação moral, e o raciocínio jurídico. É necessário explicitar como o aperfeiçoamento de padrões de argumentação, aplicáveis ao direito, decorreu, já no contexto da razão comunicativa, da extensão da teoria do agir moral aos juízos normativos desenvolvidos na prática decisória, de modo a afirmar sua possível justificação em caráter de objetividade. Qual o papel da lógica dedutiva, da retórica e do raciocínio dialético nos processos de argumentação jurídica?

Seguindo esse norte, a presente investigação tem por objetivo, em termos genéricos, demonstrar a adequabilidade da passagem do modelo clássico de racionalidade, suportado na lógica formal, para o modelo da racionalidade comunicativa, suportado na categoria do entendimento intersubjetivo. Além disso, defende-se que essa mudança de paradigma abriu o caminho para o desenvolvimento do constitucionalismo democrático em bases argumentativas, com a superação dos esquemas dogmáticos que marcaram a era do direito natural.

Mais especificamente, esse estudo tem por objetivo mostrar que a evolução das teorias da argumentação jurídica importou na reformulação do conceito do direito e da doutrina dos direitos fundamentais. Ver-se-á, assim, que a solidificação de um sistema igualitário de liberdades individuais requer a inserção dos princípios abstratos das teorias clássicas da justiça nas estruturas da pragmática-linguística da ação comunicativa. Por outro lado, pretende-se apontar que as regras do discurso não resolvem todos os impasses introduzidos pelas teses constitucionalistas, eis que o consenso argumentativo nem sempre atende os requisitos do princípio da dignidade humana. Nesse sentido, surge uma tensão entre os processos de deliberação política e as demandas das minorias éticas.

A investigação é relevante, haja vista o crescimento do protagonismo judicial no julgamento das ações que versam sobre direitos fundamentais.

Sabe-se que, em um contexto pós-positivista, o direito legislado não esgota o significado normativo das categorias de direitos fundamentais, sendo que o discurso jurídico se complexifica através dos procedimentos argumentativos de concretização dos princípios constitucionais abstratos da liberdade e da igualdade. O estudo das teorias da argumentação jurídica, ora proposto, se justifica na própria reconstrução doutrinária do método da dicção do direito e no combate à discricionariedade das práticas interpretativas.

Nessa perspectiva, optou-se pela pesquisa teórico-especulativa, com o pincelamento sucinto de vertentes teóricas originárias, no que concerne às teses da argumentação jurídica, bem como de vertentes referenciais, a partir das quais o discurso prático incorporou parâmetros metódicos sistêmicos, alcançando novo estatuto de legitimação. Os autores centrais utilizados no texto, pode-se enumerá-los sem desconsiderar os demais autores citados, são Jürgen Habermas, Ronald Dworkin, Klaus Günther e Robert Alexy. Obviamente, as ideias enfocadas estão longe de alcançar um maior aprofundamento de suas teorias sistêmicas; porém, espera-se estimular o leitor a buscar leituras complementares, despertando a noção de que a teoria da argumentação jurídica, em suas várias correntes, se confunde com o debate acerca do que é o próprio direito na contemporaneidade.

A teoria do discurso de Habermas receberá atenção especial no trabalho, por representar paradigma essencial no assentamento das metodologias de argumentação jurídica. Em todas as áreas do direito positivado e dos procedimentos de interpretação das normas legais se leva em conta as regras do agir comunicativo, pois se parte da consideração de pretensões de validade divergentes entre si. A precedência da categoria da igual cidadania na legitimação da normatividade do direito evidencia que os argumentos devem ser apresentados em conformidade com a concepção intersubjetiva de racionalidade, em busca de uma resolução eficaz das demandas sociais.

De outro lado, tomar-se-á por referência o modelo, trazido por Dworkin, de “democracia coparticipativa”, que contém uma crítica significativa aos limites do procedimentalismo democrático de Habermas. Tem-se em vista que as duas teorias não são absolutamente contrapostas, eis que a concepção dworkiana da integridade do direito pressupõe, igualmente, os critérios dialógicos do consenso intersubjetivo. Apenas, é salutar adiantar, se acrescenta à busca da correção do direito como interpretação, na visão de

Dworkin, um espaço possível de exercício da “eticidade” individual, cujas matérias não devem estar submetidas ao acordo político.

É, ainda, digno de menção, na abordagem do tema, o esforço de Günther em demonstrar que os critérios da argumentação na moral e no direito não são os mesmos. O autor detalha, particularmente, as premissas da argumentação no juízo de aplicação, construindo uma ponte entre o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo. Além disso, trata-se de um autor que estabelece crucial diálogo com Habermas e com Dworkin, no tocante ao método do discurso jurídico. Por fim, aspectos da teoria de Alexy da argumentação na prática decisória serão apresentados, em um viés crítico. Como será explicitado, o critério da otimização/sopesamento defendido pelo autor no reconhecimento dos direitos fundamentais permite a legitimação de várias decisões aceitáveis, o que, em princípio, antagoniza com a abordagem constitucionalista da fundamentação de uma interpretação objetiva do conteúdo normativo dos direitos.

Nesse quadro, pretende-se salientar, como resultado da pesquisa, que as teorias neoconstitucionalistas, em sua maioria derivadas de doutrinas pós-positivistas, adicionaram categorias analíticas importantes à teoria da argumentação jurídica e, porque não dizer, lhe deram estrutura transformadora, por terem elevado os direitos fundamentais a patamar supremo de efetivação da democracia. Com isso, poder-se-á concluir no sentido da essencialidade do desenvolvimento de métodos de raciocínio jurídico que direcionem a incorporação ao sistema normativo de direitos não expressos na Constituição, sem implicar na rejeição do direito positivo como ponto de partida de toda ação interpretativa.

## **2. O DISCURSO DA RAZÃO PRÁTICA EM GERAL E O DISCURSO JURÍDICO: PERSPECTIVA DE CORREÇÃO DOS ENUNCIADOS NORMATIVOS**

A interrelação entre a teoria da razão prática e o direito, no âmbito discursivo, se sedimenta na indagação sobre a possibilidade de se construir juízos normativos com valor de verdade, obviamente, em uma concepção de verdade distinta da que se aplica ao discurso teórico. A pretensão de se atribuir validade às proposições normativas (morais/jurídicas) exige o

estabelecimento de critérios de validade, e, particularmente, em relação ao direito, critérios capazes de harmonizar seu estatuto de direito positivado e os parâmetros da realização de um direito justo.

O papel da lógica dedutiva nos juízos normativos é questão que remonta às origens da teoria da moralidade e, desde Kant, já se estabeleceu que o princípio da universalização, na razão prática, deriva de princípios que vão além das funções e categorias do entendimento teorético. Na esfera do direito, tal investigação é retomada pela retórica clássica, que, resgatando o método dialético na argumentação prática, demonstrou a insuficiência do raciocínio dedutivo na condução do discurso jurídico, haja vista a primazia da instância comunicativa. Nesta instância, o reconhecimento de um argumento deriva de sua aceitação perante a coletividade, composta por todos os interessados, política e juridicamente falando. Para a pacificação das divergências jurídicas, é imprescindível, regra geral, ultrapassar os padrões lógicos rígidos das inferências dedutivas, ampliando-se o terreno argumentativo, que se abre à assunção de distintas opiniões.

A tópica jurídica, apresentada por Viehweg, é um bom exemplo de uma teoria que explicita a natureza não silogística do raciocínio desenvolvido pelos operadores do Direito. A tópica consiste em uma técnica/metodologia de raciocínio sustentada no estudo das premissas utilizadas na busca da solução de determinados problemas. Trata-se de uma abordagem dialética, segundo a qual todas as proposições direcionadas à resolução das questões discutidas têm caráter hipotético e devem ser submetidas a um teste de aceitabilidade perante os interlocutores<sup>1</sup>.

Importante é acentuar que as especulações empreendidas pelas teses argumentativas se voltam à configuração do caráter interpretativo do Direito, tendo sido este, igualmente, o ponto de partida do crescimento das doutrinas pós-positivistas e neoconstitucionalistas, as quais serão analisadas mais adiante. A perspectiva da permanente problematização das pretensões de validade, concebida por Viehweg, em sua Tópica jurídica, direcionou o

---

1. Confira-se, nesse sentido, Viehweg (2008, p. 41-46). Saliente-se que Alexy reputa insuficiente a metódica proposta por Viehweg, porque não contém regras para a definição racional das melhores premissas e não indica como elas devem ser utilizadas na fundamentação jurídica (ALEXY, 2011, p. 35-38).

desenvolvimento do procedimentalismo argumentativo, com a recolocação das presunções retóricas em padrões adequados ao discurso contemporâneo.

Nesse particular, segundo Perelman, as estratégias de argumentação exigem uma ruptura com o modelo cartesiano, calcado, exclusivamente, nas provas demonstrativas da lógica formal, e uma retomada do raciocínio dialético e retórico. Isso porque, no terreno da argumentação, se está diante de pretensões de validade, no máximo, prováveis e verossímeis, e não de verdades científicas. O objetivo da argumentação é obter a adesão dos envolvidos, através do recurso às técnicas retóricas, voltadas para a busca do convencimento daqueles a quem o discurso é dirigido. Ademais, a argumentação tem em vista o alcance de uma legitimação objetiva, que transcende as particularidades de um “auditório” específico. Conforme esclarece Perelman, na base de um discurso prático há sempre a pressuposição de um auditório universal, na qualidade de uma “norma de argumentação objetiva”. Contudo, tal regra não é formulada coercitivamente, haja vista que cada comunidade cria uma concepção própria do “auditório universal”. (PERELMAN; OLBRECHTS-tyteca, 2005, p. 1; 15; 21; 29; 34 37).

Vê-se que a doutrina de Perelman antecipa premissas fundamentais das doutrinas discursivas que se seguiram às suas teses, redimensionando, definitivamente, a teoria do discurso jurídico, a partir do paradigma da linguagem. A retórica, retomada por Perelman, pode ser vista, assim, como precursora da ética do discurso (pragmática universal) de Jürgen Habermas, inclusive, no que diz respeito à pretensão de objetividade e validade intersubjetiva, incorporada à ação argumentativa. Entretanto, essa nova visão da retórica, assim como a tópica de Viehweg, é frágil para resolver o problema da legitimação do consenso político, pois, como bem aponta Alexy (nota supra), não se chega à elaboração de regras universais do discurso, capazes de fundamentar a validade das decisões práticas.

A teoria da argumentação elaborada por Robert Alexy, considerada teoria padrão no debate contemporâneo sobre a justificação racional das decisões normativas, propõe a tese de que o discurso jurídico é uma especificação do discurso prático em geral, por conter, em seus propósitos, a pretensão de se alcançar um juízo de correção. Trata-se de um “caso especial”, na visão do autor, considerando que o discurso jurídico está limitado às diversas pré-compreensões do Direito, tais como a lei, os precedentes e

a dogmática. Esta, aliás, é a principal característica do discurso jurídico, em comparação ao discurso prático em geral, sua necessária vinculação ao direito vigente. Não basta, portanto, fundamentar a racionalidade dos seus enunciados normativos, com base nos princípios e regras da razão prática, havendo-se, também, que justificar sua correspondência ao ordenamento jurídico (ALEXY, 2011, p. 31; 210-212).

Esse traço distintivo entre a moral e o direito, apontado por Alexy, é um passo significativo na resposta à indagação central trazida pelas teorias argumentativas, que tentam traçar critérios que orientem a fundamentação correta das decisões dos operadores do direito. No que pese Alexy estabelecer uma ligação metodológica entre o discurso da moral e o do direito, ele se concentra no desenvolvimento da especificidade do direito, chamando a atenção para sua dimensão institucional. A partir daí, torna-se possível delinear padrões de raciocínio jurídico, peculiares à funcionalidade da prática decisório-interpretativa. Pondere-se que a questão envolve a abordagem das regras da comunicação intersubjetiva, tanto no aspecto retórico quanto no aspecto da legitimação das pretensões de validade normativa. Alexy elabora, assim, uma vertente marcadamente racionalista de sustentação das decisões jurídicas, na qual, por outro lado, se amplificam as possibilidades discursivas, de modo que enunciados antagônicos se revelem, muitas vezes, igualmente, justificáveis (ALEXY, 2011, p. 200 e 281).

Outro autor paradigmático na esfera das teorias da argumentação jurídica é Neil MacCormick, que, diferentemente de Alexy, parte de uma visão centrada na análise jurisdicional. Por tratar-se de jurista originário de um país anglo-saxão, segue critérios próprios do sistema da *common law*, não se preocupando com a precedência das estruturas da razão prática em geral na composição do discurso jurídico. MacCormick afirma que a lógica dedutiva, aplicada por meio do método da subsunção (fatos/normas), tem papel importante na análise jurídica, mas é insuficiente para justificar a maioria das decisões judiciais, pois quase todos os textos legislativos possuem certo grau de vagueza e admitem mais de uma interpretação. Assim, argumentos adicionais são necessários para a resolução adequada das questões apresentadas, desde os argumentos de princípios, a analogia, até a consideração dos fins visados pela lei (MACCORMICK, 2006, p. 67; 86-7; 302-303).



Alexy e MacCormick são, atualmente, dois autores referenciais na discussão sobre a necessidade da justificação das decisões jurídicas, representando avanços essenciais no delineamento de uma tipologia normativa de argumentação, em sua diferenciação dos moldes da argumentação teórica. Alexy se destaca por sua visão sistemática, enfatizando a perspectiva procedimental e universalizante do discurso prático. MacCormick se destaca pelo aprofundamento dos problemas imanentes à prática jurídica, sobretudo, a argumentação judicial, contribuindo para uma resolução mais consistente das demandas sociais (ATIENZA, 2006, p. 8; 173; 187).

### 3. A RAZÃO COMUNICATIVA E O PADRÃO DO ENTENDIMENTO INTERSUBJETIVO: LIBERDADES SUBJETIVAS E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

A tão debatida teoria da ação comunicativa do filósofo Jürgen Habermas representa, grosso modo, uma metodologia linguística para a reformulação do discurso teórico e prático da modernidade, mediatizada por esquemas de argumentação intersubjetiva. A abordagem sistêmica do pensador o leva a estabelecer uma unicidade entre as pressuposições lógicas do desenvolvimento do discurso teórico e do discurso prático. No primeiro, se está diante de pretensões de verdade, ou objetividade científica; no segundo, se está diante de pretensões de validade, as quais, na mesma direção das principais teorias da argumentação prática em geral e da argumentação jurídica, contêm em si expectativas de correção e adequação no contexto da ação pragmático-discursiva<sup>2</sup>.

O que tal estrutura traz de novo na consideração de uma teoria da argumentação jurídica sustentada em critérios objetivos de análise e juízo acerca da fundamentalidade e justificação das decisões normativas? O parâmetro lançado por Habermas é o do consenso comunicativo. As pretensões de validade precisam ser racionalmente sustentadas perante a comunidade discursiva, em um processo de integração social, mediatizado pelo direito. Mas, o desenrolar do agir comunicativo fático pressupõe princípios uni-

2. Diante do escopo desse escrito, não se adentrará nas questões da filosofia da lógica de Habermas e as peculiaridades das premissas comunicativas por ele introduzidas na esfera do conhecimento teórico. Para se aprofundar sobre o assunto, consulte-se MacCarthy (1998, p. 337-358).

versalizantes através dos quais os partícipes do debate levem em conta os interesses de todos no alcance de um entendimento compartilhado. Para justificar as obrigações morais, Habermas enuncia o que denomina “princípio da universalização” como uma regra de argumentação condicionante da validade das proposições normativas. Esse passo analítico consiste na reformulação do imperativo categórico kantiano, de modo a substituir sua caracterização monológica pelo padrão da razão comunicativa (entendimento intersubjetivo), ou seja, a universalização das máximas do agir de cada indivíduo depende de um “processo cooperativo de argumentação”. Acredita-se que a força dos melhores argumentos propicie um teste confiável, no que concerne à universalização das razões apresentadas. Além disso, que as “regras pragmáticas do discurso” equalizem as expectativas de reconhecimento e eliminem eventuais desequilíbrios de poder (HABERMAS, 1990, p. 57-58; 67; 71-72).

Não se observa uma ruptura com a filosofia de Kant, e sim uma complementariedade, o que é admitido pelo próprio Habermas, ao esclarecer que o paradigma da consciência individual está inserido na categoria da intersubjetividade, e até a pressupõe, eis que a noção da autonomia da vontade só é concebível tendo por parâmetro a consideração de uma universalidade de seres humanos com iguais interesses. O que deve influenciar os participantes do agir comunicativo é a prescrição originária da razão prática no sentido de que suas razões atendam, igualmente, as pretensões legítimas dos outros, ou, em outras palavras, que todos sejam tratados como fins em si mesmos. Na prática argumentativa, há uma exortação a que todos busquem um entendimento centrado não em seus interesses individuais, e sim no bem comum. Para se chegar a isso, certamente, o “eu” individual precisa assentir, refletidamente, concordar, intimamente, com o dever moral, de modo que não se pode falar em consenso intersubjetivo sem que cada um dos sujeitos, por meio de sua liberdade individual, o aceite (HABERMAS, 2016, p. 13; 15-16).

É digno de menção que o caráter objetivo/universal da argumentação prática requer o estabelecimento de condições de possibilidade apriorísticas. Na linguagem de MacCarthy, Habermas presume a esfera do “a priori” de forma relativizada, renunciando ao termo transcendental e concebendo as regras universais do discurso no contexto de uma “recons-

trução racional” da ação comunicativa (MACCARTHY, 1987, p. 324). Cabe, aqui, uma comparação com o modelo argumentativa de Perelman, no qual, como exposto antes, o discurso nos auditórios concretos pressupõe sua articulação com um auditório ideal, universal, fundamental, pode-se dizer, para se atingir um acordo correto e não coercivo na composição das opiniões divergentes.

Sendo assim, qual a contribuição da pragmática universal na definição de um sistema de direitos subjetivos, a serem reconhecidos como condição para a garantia do regime democrático? Habermas sedimenta, a partir de pressupostos racionais discursivos, a estruturação de um sistema de direitos, derivado da prática argumentativa, estabelecendo paradigma importante na afirmação das liberdades subjetivas fundamentais em contraposição à coação do Estado. A reivindicação pública da garantia dos direitos subjetivos, entendidos como direitos de defesa em face de possíveis arbitrariedades do Estado, abre o caminho para a submissão da faticidade institucional do Direito aos procedimentos de legitimação de sua validade (HABERMAS, 2012, p. 47-48).

Segundo Habermas, a razão comunicativa reconstrói os parâmetros para se fundamentar a legitimidade do direito positivado. Ao adensar a tensão existente entre a faticidade e a validade do direito, o autor desenvolve sua crítica à racionalidade iluminista, resgatada por algumas teorias da justiça contemporâneas, de acordo com a qual o direito seria, meramente, uma ramificação da moral. O princípio formal da universalização das máximas do agir humano, válido no âmbito da razão prática em geral, não é, por si só, eficaz na análise da legitimidade das leis e no reconhecimento das pretensões de validade apresentadas pelos membros de uma comunidade jurídica. Tais questões somente são resolúveis no contexto de operacionalização do agir comunicativo, por meio de um acordo no qual se chega a uma autocompreensão intersubjetiva a respeito da aceitabilidade das demandas pelo reconhecimento dos direitos, com a participação igualitária de todos os envolvidos (HABERMAS, 2012, p. 19; 21; 39). Como se vê, enquanto na fundamentação da obrigação moral se nota grande similaridade entre a teoria de Habermas e as premissas racionais do sistema kantiano, na justificação de um direito válido, Habermas propõe uma transformação

significativa, pois o direito não é derivado da moral, e sim de padrões próprios de autocompreensão social.

Ao acentuar a primazia da esfera pública na definição das liberdades individuais, Habermas segue determinados critérios formulados por John Rawls, em sua teoria da justiça, no que pese opor-se, fortemente, ao discurso idealizante desse autor na proposição de uma sociedade política bem ordenada. Para Habermas, Rawls negligencia os aspectos normativo-pragmáticos que conduzem a busca de um consenso fático nas comunidades políticas concretas. Ainda assim, a teoria do agir comunicativo resgata a ideia de Rawls no sentido de que uma sociedade democrática deve permitir o exercício das liberdades fundamentais com a maior abrangência possível, estando tais liberdades, na esfera individual, limitadas apenas pelas liberdades dos demais cidadãos, asseguradas em igualdade de condições (HABERMAS, 2012, 92-94; 113-114)<sup>3</sup>.

Por outro lado, a concepção de democracia de Habermas é sedimentada em um esquema procedimental que envolve algumas dificuldades na perspectiva da ampliação da proteção dos direitos subjetivos. O direito positivo não se legitima sem ser justificado, por meio de argumentos aceitáveis. Mas o reconhecimento dos direitos deve ser efetivado na esfera da legislação, onde se desenvolve o processo de interação social, com a participação de toda a comunidade política. A autonomia privada é identificada com a autonomia pública, com base na noção do autogoverno, daí resultando a caracterização intersubjetiva dos direitos individuais. Somente os direitos reconhecidos, reciprocamente, pelos participantes da ação comunicativa são passíveis de ser pleiteados judicialmente. Os direitos subjetivos são “co-originários com o direito objetivo, por resultarem de uma cooperação social em direção ao acordo fundado em regras universais da razão” (HABERMAS, 2012, p. 52-3;115; 120-121).

A imparcialidade exigida pelas regras do discurso comunicativo traz consigo a elaboração de uma teoria da argumentação jurídica, na qual ressalta evidente a primazia da política e do direito em relação à moral. Os argumentos devem basear-se no sistema de direitos derivado da ação polí-

3. Sobre a doutrina de Rawls e sua compreensão relacionada à ampla garantia das liberdades individuais, recomenda-se a leitura da obra *O liberalismo político*, (HABERMAS, 2000).

tico-democrática, que inclui, certamente, os direitos fundamentais. Nesse particular, o papel da jurisdição constitucional é, apenas, o de corrigir eventuais distorções do processo legislativo, não podendo ultrapassar a moldura institucional do estabelecimento intersubjetivo dos direitos (HABERMAS, 2012, p. 154-155).

A hipertrofia do princípio do discurso cria certa ambivalência na doutrina dos direitos fundamentais, que parte, exatamente, da necessidade de se conceder um espaço de eticidade individual, no qual todos possam tomar suas decisões sem estarem sob a égide do consenso argumentativo. Para Habermas, a supremacia do princípio do discurso, mesmo em matérias fundamentais, é uma garantia da igualdade das liberdades individuais. Ademais, a exigência de igual participação e a possibilidade de revisão crítica dos acordos realizados abre oportunidade para que aquelas pretensões não aceitas sejam novamente apresentadas, em uma permanente reconstrução do ordenamento jurídico (HABERMAS, 2012, p. 160 e 166).

A dimensão fundamental do princípio da dignidade, incorporado às doutrinas constitucionalistas, como se verá abaixo, parece não receber suficiente amparo no sistema habermasiano, considerando que muitos aspectos das salvaguardas constitucionais dos direitos das minorias, em determinadas matérias, não são observados no processo político. A redução da eticidade ao procedimento pragmático pode sim produzir acordos injustos, capazes de conter em si um *deficit* de constitucionalidade não superado pela legislação política, o que impõe, em diversos contextos, o deslocamento da autocomposição decisória para as instâncias jurisdicionais. Nem sempre as minorias têm reais condições de vir a tornar-se majorias em outro momento da faticidade normativa do direito, por isso, defende-se aqui, alguns pressupostos da argumentação discursiva de Habermas devem se conjugar, modificando-se internamente, com determinados vetores hermenêuticos do neoconstitucionalismo.

#### 4. PARADIGMAS PÓS-POSITIVISTAS E NEOCONSTITUCIONALISMO: LIMITES INSTITUCIONAIS, ESTRATÉGIAS ANALÍTICAS E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

A doutrina do neoconstitucionalismo adveio do fortalecimento da doutrina dos direitos fundamentais, de sua reelaboração pós-positivista, no sentido de ampliar sua proteção para além dos direitos expressamente previstos no ordenamento legislativo. As teorias da argumentação jurídica se originaram desta vertente discursiva, como uma metodologia de legitimação das decisões normativas. Em contraposição à aceitação de uma atuação discricionária dos intérpretes do direito, tal como admitida pelo positivismo clássico, os neoconstitucionalistas preocupam-se com a formulação sistemática de argumentos aptos a conduzir a respostas as mais corretas e adequadas possíveis para os casos difíceis. Regata-se padrões focados nos interesses das minorias, em sentido moral e político, cujos direitos de liberdade e de igualdade sejam violados na esfera do consenso legislativo. Em linhas gerais, o neoconstitucionalismo implica uma ressignificação do conceito do direito, com a superação da dicotomia anterior entre jusnaturalismo e positivismo (SARMENTO, 2010, p. 237-242).

Trata-se de uma mudança de paradigma que, assim como a transformação resultante da razão comunicativa de Habermas, provém de uma concepção racionalista do direito, com a peculiaridade de se colocar no topo do debate a revalorização do direito constitucional e seus princípios fundamentais. Pressupõe-se o “giro hermenêutico” no discurso jurídico, o que, como visto antes, se sedimentou desde o início das formulações das doutrinas da argumentação, da retórica de Perelman e da tópica de Viehweg até a abordagem sistêmica de Alexy (CHAMON JÚNIOR, 2007, XXXII).

A maior importância atribuída aos direitos fundamentais, como presumido pelo neoconstitucionalismo, trouxe consigo a relativização do protagonismo do parlamento e a reedificação da atuação hermenêutica do Direito. Em tal contexto, Ronald Dworkin acendeu a discussão sobre o valor normativo dos princípios, considerados pelo autor como preceitos dotados do mesmo patamar de validade, tradicionalmente, conferido às regras jurídicas. Na medida em que o “constitucionalismo clássico” se centrava na mera necessidade de se limitar o arbítrio do poder governamental, o neoconstitucionalismo se volta para a garantia da concretização dos direi-

tos fundamentais, o que, enfatize-se, se estabelece, argumentativamente, no processo de interação social (BRITTO, 2012, p. 24 e 30).

A transferência da definição do espaço da eticidade, da delimitação das obrigações morais e políticos de cidadãos unidos entre si em uma comunidade discursiva, para a prática interpretativa resultou na reformulação do princípio da dignidade humana e no remanejamento da interrelação entre as categorias da liberdade e da igualdade, de maneira a aumentar a concessão ao exercício da autonomia individual em assuntos não vinculados a interesses públicos. A noção do autogoverno, para as teses neoconstitucionalistas, se distingue, em certa medida, daquela apresentada por Habermas. Este, como visto, embora seja um crítico do conceito de “vontade geral” das teorias contratualistas, mantém o parlamento como o *locus* exclusivo para a composição do acordo mais justo, no que atine ao estabelecimento dos direitos fundamentais subjetivos. Na vertente neoconstitucionalista, confere-se maior legitimidade ao poder judiciário no desempenho de sua função de revisar as leis à luz dos preceitos constitucionais.

Daí advém o conceito, proposto por Dworkin, de uma “democracia coparticipativa”, em contraposição ao modelo da “democracia representativa”. Para a primeira concepção, diferentemente do que se supõe na segunda, nem sempre a opinião majoritária expressa a resposta mais adequada na composição dos interesses de todos. A validade das leis que envolvem temas afetos ao plano das liberdades individuais depende, assim, da concordância moral de todos os cidadãos, ou seja, havendo opinião divergente, no que pese minoritária, há que se respeitá-la na qualidade de uma visão ética a ser incorporada ao ordenamento jurídico. Para Dworkin, somente um tal modelo de democracia, a “coparticipativa”, promove uma efetiva democracia constitucionalista (DWORKIN, 2011, p. 384 e 394).

Sendo assim, a validade das deliberações legislativas deve submeter-se, em muitos casos, à apreciação do poder judiciário, cujo papel vai além da simples correção de possíveis falhas procedimentais, eventualmente verificáveis nas decisões políticas, podendo, ainda, adentrar no mérito das decisões, no juízo que se fez sobre os próprios direitos em questão. Isso é o mesmo que dizer que, em uma democracia constitucionalista, determinadas matérias precisam ser retiradas da agenda política, por configurarem assunto de eticidade individual. Firma-se um limite institucional para a

hegemonia do critério da “aceitabilidade social” como condição sem a qual não seria legítimo o reconhecimento dos direitos subjetivos (PIRES, 2016, p. 51-52).

Vê-se que Dworkin adiciona elementos substanciais nos processos de análise e argumentação jurídicas, antagonizando, aqui, com Habermas, segundo o qual os procedimentos de legitimação do direito se operacionalizam, exclusivamente, no contexto legislativo. Para Habermas, a harmonização dos pontos de vista éticos é algo desejável e até exigível, contudo, a configuração material do seu reconhecimento é delineada na prática política, restando àqueles, cuja opinião não foi aceita, a possibilidade de rediscutir o tema em momentos futuros. É a chamada “compreensão procedimental da legitimidade”. Para Dworkin, os critérios de correção do direito são manejáveis também em outras esferas institucionais, principalmente, na jurisdicional, o que não significa rejeitar o padrão intersubjetivo da argumentação jurídica. Como bem colocado por Chamon Júnior, o juiz Hércules, idealizado por Dworkin, não atua de forma solipsista, monológica, já que a interpretação deve ser “publicamente sustentável”, a partir de valores objetivos, e não individuais (CHAMON JÚNIOR, 2007, p. 61 e 68).

Pode-se dizer que as regras do discurso, idealizadas para serem seguidas no procedimento legislativo, em busca de um entendimento racional, são as mesmas a conduzir o juízo do intérprete. O mesmo princípio da universalização, concebido por Habermas, único capaz de assegurar a legitimidade das pretensões de validade submetidas à crítica social, está, implicitamente, incorporado aos requisitos da integridade do direito, no âmbito da prática jurisdicional. A ele se acrescenta, por circunstâncias próprias do processo de aplicação do direito, outras metodologias argumentativas, tais como a coerência e consistência das decisões, não só em relação ao conjunto das leis como também em relação aos julgamentos anteriores dos tribunais, os chamados precedentes judiciais. Para os dois autores, Habermas e Dworkin, a ação discursiva direcionada à justificação da legitimidade do direito pressupõe a validade do procedimento de produção do direito. Trata-se, em sua aplicação aos casos concretos, de aferir se os direitos conferidos pelos atos legislativos contemplaram, em igualdade de condições, os interesses de todos. Entretanto, para Dworkin, os requisitos



da igualdade não se esgotam na igual oportunidade de participação no discurso, alcançando a dimensão material, ou substancial, dos direitos.

No mesmo sentido, Klaus Günther observa que na aplicação das normas jurídicas se pressupõe sua validade; destaca, ainda, a distinção existente entre a justificação de normas válidas e sua aplicação aos casos concretos. A validade das normas jurídicas é justificada partindo-se da consideração de um sistema integrado a legitimar o arcabouço legislativo vigente. O princípio moral da universalização, funciona, nessa etapa, como regra pragmática de argumentação. No juízo de aplicação, diferentemente, busca-se definir a adequabilidade das normas válidas, que podem colidir entre si, sendo necessário perquirir se são operacionais na resolução correta de um problema e qual a extensão de seu significado normativo, em cada contexto factual posto à apreciação dos julgadores (GÜNTHER, 2000, p. 86; 90-91e 97).

A distinção de Günther, acima apontada, é adotada tanto por Habermas quanto por Dworkin. O primeiro diz isso, expressamente, ao esclarecer que a justificação (das normas) e a aplicação (casos concretos) são etapas distintas da ética do discurso e da argumentação jurídica (HABERMAS, 2016, p. 24-25). Para o segundo, Dworkin, a justificação do direito, compreendido como um conjunto coerente de princípios, segue o padrão da integridade. A aplicação do direito, por sua vez, submete todo o sistema a um processo de reinterpretação, diante das novas situações veiculadas nos casos concretos (CHAMON JÚNIOR, 2007, p. 63; 65-66).

É salutar enfatizar que as doutrinas neoconstitucionalistas concentram-se na busca incessante da legitimação do direito válido, o que se desenvolve, argumentativamente, nas duas dimensões do direito, a de sua elaboração legislativa (seara da validade) e a de sua aplicação (seara da adequabilidade). De toda sorte, o direito é solidificado em sua diferenciação da moral, eis que se autoconstrói e se autolegitima nas esferas institucionais. Não há um discurso moral prévio a guiar a construção do direito. Se no “constitucionalismo clássico”, nas palavras de Marcelo Neves, a Constituição era pensada como “uma declaração de valores preexistentes, inerentes à pessoa humana” (NEVES, 2011, p. 65), o neoconstitucionalismo se estrutura em outras bases. Mesmo reconhecendo-se haver um conteúdo moral imanente às normas constitucionais, e, por certo, não é possível imunizar

o direito desse conteúdo, a perspectiva do alcance da correção do direito se direciona à prática argumentativa, a padrões próprios de legitimação, ao estabelecimento metodológico, ou procedimental, de critérios de raciocínio jurídico.

Alguns autores, como Alexy, Günther e Dworkin, preferem considerar o direito um “caso especial” do discurso moral. Habermas, por sua vez, rejeita essa ideia, por entender que, na legitimação do direito, o princípio da universalização se associa, intrinsecamente, ao princípio do discurso. O direito não só não é derivado da moral, como acreditava Kant, como também seus padrões de legitimidade não são os mesmos, estando inseridos, exclusivamente, nas relações sociais e na prática comunicativa. É preciso, todavia, perceber, que o escopo essencial, perseguido pelas teses argumentativas do neoconstitucionalismo pós-positivista é alcançar um juízo de correção do direito, o qual somente é factível na dimensão discursiva. Talvez possamos concordar com Alexy, quando destaca ser esse o maior ponto de unidade entre a moral e o direito, a perspectiva da correção racional-normativa. No que concerne aos procedimentos de legitimação, ao contrário, as diferenças se evidenciam, facilmente, pois o direito parte, de início, da pragmática universal, da comunicação linguística. Sua concretização normativa envolve paradigmas pluralistas, distintas visões ideológicas, a serem pacificadas, de forma inclusiva, no espaço público da ação comunicativa.

## 5. A JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES JURÍDICA: ENTRE O RACIONALISMO E O DECISIONISMO

Extraí-se da breve investigação feita nas seções anteriores que a abordagem interpretativa do Direito se centraliza na definição de métodos de raciocínio a serem utilizados na fundamentação do acerto ou desacerto das decisões jurídicas. Desde a tratativa do papel desempenhado pela lógica, no âmbito do Direito, até a consideração de outros critérios, próprios do seu campo discursivo específico, o que se tem em vista é a construção de diretivas capazes de orientar os teóricos e aplicadores do Direito na formulação das respostas mais adequadas aos problemas e demandas sociais, que,

permanentemente, se reestruturam por meio da dinamicidade do debate democrático e da elaboração dogmática e prática da ciência jurídica.

Como defendido por Habermas, a garantia dos direitos subjetivos depende de sua inclusão no sistema normativo, por meio da atividade política. Configura-se uma interdependência entre a política e o direito, sendo que o segundo funciona como uma instância legitimadora da primeira (HABERMAS, 2012, p. 170-171 e 173). Desse modo, em questões interpretativas, se existem dificuldades para se diferenciar o direito da moral, na teoria de Dworkin, não se pode negar que, em Habermas, surgem dificuldades no que concerne à diferenciação entre o direito e a política. Na justificação da validade das leis, ou seja, de sua legitimidade, utilizam-se os critérios próprios da teoria e da prática jurídicas; entretanto, o princípio condutor desse procedimento é o da aceitabilidade social, supondo-se que todos atuam em vista de um consenso racional (HABERMAS, 2012, p. 172).

Ocorre que as teorias da argumentação jurídica propiciaram o desenvolvimento de outros testes interpretativos, que vão além da simples observância da igualdade de participação política na elaboração das leis. O direito, como integridade, possui tipologias internas de raciocínio, que, eventualmente, se chocam com a ideia de legitimidade, se concebida, unicamente, sob o ponto de vista do processo político. Daí a aplicação de técnicas como a da consideração dos fins visados pela lei, a da história legislativa (os debates prévios à elaboração das leis) e a da interpretação conforme a Constituição. Tudo a indicar a possibilidade de que outros direitos individuais, que não os expressamente previstos, sejam declarados legítimos. A interpretação constitucional é plausível tanto no juízo de justificação (quando uma lei é questionada em abstrato), como no juízo de aplicação (julgamento de casos concretos).

Nesse quadro, impõe-se a delimitação de análises jurídicas mais rigorosas, a fim de vencer o relativismo interpretativo, ou decisionismo judicial. Não só os defensores da existência de uma única resposta correta, na linha de Dworkin, mas também os que não aceitam tal tese, como Alexy, intencionam, ao proporem ter algum sentido falar-se em padrões objetivos de argumentação jurídica, determinar estratégias, as mais adequadas possíveis, para se chegar a um juízo de correção jurídica. Todos concordam

que não há padrões metajurídicos apropriados para conduzir a prática interpretativa. O paradigma do direito natural já foi superado em matéria de argumentação jurídica.

Então, como fundamentar decisões jurídicas? Alexy, embora defenda a busca de correção dos enunciados normativos, é tolerante ao aceitar certo acolhimento do decisionismo na aplicação das leis, apelando para o princípio da otimização, em caso de colisão de normas ou princípios constitucionais. Em tal hipótese, deve-se assegurar, em grau máximo, a concretização de cada um dos comandos legais envolvidos, nos contextos fáticos apreciados, sendo aceitáveis decisões divergentes, ambas compatíveis, partindo-se de premissas distintas, com as regras de raciocínio jurídico (ALEXY, 2011, p. 117-118); assim, dois enunciados antagônicos podem ser, igualmente, válidos e a escolha por um deles deve atender à importância a ser concedida aos direitos, eventualmente, colidentes entre si.

Segundo Alexy, sua metodologia argumentativa é suficiente para combater a arbitrariedade interpretativa. Acredita que sua técnica do sopesamento não se identifica com o modelo decisionista, tratando-se de um modelo “fundamentado” (ALEXY, 2011, p. 165). Mas, pensando-se em um padrão mais forte de racionalidade das decisões, o princípio da otimização pode gerar contradições problemáticas, em face da crítica dos céticos. Afinal, o neoconstitucionalismo não pode se desprender de sua meta de conferir um estatuto de racionalidade objetiva na interpretação da Constituição, particularmente, dos direitos fundamentais. Sem incidir em categorias metafísicas, e lendo Dworkin à luz do puro conceito de integridade do direito, parece apropriado recorrer às estratégias de Hércules, desde que se compreenda que a decisão correta é uma busca incessante, calcada nas normas e decisões pretéritas, dos processos de argumentação jurídica (CHAMON JÚNIOR, 2007, p. 57-58).

Nesse quadro, reivindicar para o direito uma autonomia argumentativa, com referenciais distintos daqueles trazidos pelas teorias da justiça, bem como pela teoria do agir comunicativo, é o ponto de partida para a fundamentação de sua legitimidade, no marco do neoconstitucionalismo. Certamente, há que se aceitar a inserção de valores morais no próprio texto constitucional, e há de se aceitar a aplicabilidade, no discurso jurídico, dos princípios do discurso da teoria sociopolítica de Habermas.

Entretanto, o direito é independente da moral e da política na busca de seus padrões internos de legitimação. Nem o puro racionalismo prático da modernidade, nem a pura aceitação do majoritarianismo político enquanto condicionantes do sistema de direitos subjetivos.

Os procedimentos argumentativos do direito, na solução dos conflitos interpessoais, como bem lembrado por Atienza, não são lineares. Se é para se buscar uma decisão correta, múltiplos argumentos, relacionados à concretização dos princípios da liberdade e da igualdade, devem ser conjugados, desde o momento em que se define quais as normas aplicáveis ao caso até o momento em que escolhe a melhor interpretação do seu conteúdo normativo (ATIENZA, 2006, p. 259 e 261). Justificar a validade do direito, para além das abordagens decisionistas, requer coerência sistêmica. Pode-se dizer que Günther e Dworkin acertam ao vincular a defesa de uma interpretação adequada, no juízo de aplicação, à capacidade do direito de produzir decisões compatíveis entre si, que não se contradigam no julgamento de contextos normativos similares (CHAMON JÚNIOR, 2007, p. 199-201).

Importante acentuar, a título conclusivo, que o neoconstitucionalismo, no que pese suas várias vertentes,<sup>4</sup> a maior parte de seus representantes, na teoria do direito, sustenta uma concepção racionalista de sua prática, calcada em esquemas objetivos de argumentação jurídica, unificadores dos procedimentos decisórios. O movimento, analítico e dialético ao mesmo tempo, é no sentido da inovação das práticas de interpretação e aplicação do direito, que, sem perder de vista a base do positivismo jurídico, ultrapassa seus paradigmas através da conjugação das regras e dos princípios. Segue-se, grosso modo, modelos como o de Müller, fundamentado na diferenciação entre lei e norma, sendo que o direito positivo somente adquire normatividade, isto é, validade e legitimidade, após ser interpretado e aplicado aos casos concretos (CAMBI, 2011, p. 84; 90e 109).<sup>5</sup>

4. Ver, a tal respeito, Sarmiento (2010, p. 235), que explica que nem todos os autores identificados como neoconstitucionalistas defendem a aplicação de um método na justificação do direito, no juízo de aplicação. Há autores, como, no Brasil, Lênio Streck, segundo os quais se deve conferir aos julgadores margem alta de decisionismo na formulação de suas decisões.

5. Para o aprofundamento acerca da teoria de Friedrich Müller, consulte-se Müller (2012, p. 119-141).

No processo de interpretação, há que se sedimentar uma normatividade fundamentada em métodos eficazes, numa perspectiva sistêmica, na qual o significado da lei é alcançado pela associação entre o texto e os “elementos da realidade social” em questão. A intenção não é outra senão definir qual o melhor argumento para assentar a legitimação fundamentada das leis. No juízo de aplicação, pretende-se, assim, definir qual o argumento mais adequado para a resolução do caso concreto, levando-se em conta todas as circunstâncias nele envolvidas (MÜLLER, 2012, p. 15).

## 6. CONCLUSÃO

As teorias da argumentação jurídica partem da tese de que as decisões jurídicas precisam ser justificadas, não sendo possível aderir, no paradigma do neoconstitucionalismo, ao decisionismo ou ao puro pragmatismo, em questões interpretativas. Por isso, a construção de tais teorias buscou na filosofia do direito e nas premissas da razão prática em geral, o ponto de engate para o estabelecimento de métodos condutores do raciocínio jurídico.

Não é possível dissociar as práticas argumentativas e a própria concepção neoconstitucionalista do direito do modelo discursivo do entendimento intersubjetivo, articulado pela teoria do agir comunicativo. Fora da moldura do giro hermenêutico-linguístico, a justificação do discurso jurídico se veria limitada ao método dedutivo da racionalidade monológica, insuficiente para o propósito de se sustentar parâmetros mais consistentes de interpretação, sobretudo, no juízo de aplicação das leis.

Ademais, a formulação de um sistema de direitos subjetivos, centrado na máxima garantia dos direitos fundamentais, exige que os pressupostos de validade universal da ética do discurso sejam conectados aos padrões introduzidos pelo pós-positivismo jurídico, consubstanciados na teoria dos princípios e na dimensão da dignidade individual. Nesse sentido, visões substancialistas devem complementar o puro método procedimentalista, em matéria de justificação da legitimidade das leis e de sua adequada aplicação aos casos concretos. Viu-se que a concepção neoconstitucionalista

do direito elevou o respeito aos direitos das minorias políticas a verdadeira condição de possibilidade da própria democracia.

Assim, diante da necessidade de se combater o decisionismo e a ausência de critérios objetivos de interpretação jurídica, apontou-se a tendência, que se aperfeiçoa cada vez mais, entre os operadores e teóricos do direito, de se discutir metodologias filiadas ao perfil racionalista do direito. Entende-se que o esquema argumentativo, no caso, não pode se desviar da busca da correção, utilizando-se, com esse escopo, de múltiplos padrões analíticos, que conduzam, adequadamente, as práticas discursivas do direito, em uma permanente construção de sua normatividade.

Como se viu, as divergências metodológicas inerentes a importantes teorias, como, sobretudo, as de Habermas, Dworkin, Günther e Alexy, são equacionáveis por meio de um diálogo entre suas doutrinas, em que aspectos essenciais todas elas possam ser incorporadas à prática discursiva do direito, na esfera interpretativa. Tais autores se filiam às vertentes da argumentação jurídica, as quais afirmam a necessidade de não se abdicar da racionalidade prática como vetor da construção do direito.

Por certo, as teses adotadas pelo neoconstitucionalismo democrático resultam na refutação de alguns pressupostos do modelo habermasiano de legitimação discursiva do direito, como, por exemplo, o protagonismo do parlamento na definição do sistema de direitos subjetivos. Ainda assim, resta preservada a mesma preocupação de Habermas no tocante à diferenciação entre o direito e a moral, não sendo intenção do neoconstitucionalismo resgatar a concepção do direito natural, e sim situar a argumentação jurídica sob o alicerce da supremacia da Constituição. Da mesma forma, a defesa de Dworkin da existência de uma única decisão correta não significa postular o retorno ao solipsismo metódico da modernidade, já que as técnicas de interpretação do direito, para o autor, incorporam, implicitamente, regras consensuais de entendimento mútuo.

Defendeu-se, ainda, a importância do diálogo mantido entre Dworkin e Günther na justificação das decisões jurídicas e na afirmação de critérios objetivos de correção jurídica. Pôde-se verificar que a ênfase atribuída por Günther à autonomia do direito, no tocante às suas regras de argumentação, e à especificidade do raciocínio jurídico, no juízo de

aplicação, ampliou as possibilidades de legitimação das práticas decisórias e fortaleceu a recusa de proposições discricionárias que não se enquadrem em critérios adequados de justificabilidade. Por fim, no que pese a posição crítica firmada neste trabalho, em relação aos critérios interpretativos de Alexy, no contexto judicial, foi possível ressaltar a imprescindibilidade da teoria da argumentação jurídica do autor e de sua tese da conexão entre a razão prática em geral e o discurso jurídico. Sua doutrina em muito contribuiu, também, para o fortalecimento das exigências do neoconstitucionalismo, em matéria de incorporação dos padrões dos princípios no julgamento dos casos concretos.

Espera-se ter alcançado o escopo do texto, no sentido de apresentar um panorama sintético de teorias pontuais da argumentação jurídica, em sua conexão com o avanço do neoconstitucionalismo. Não se vislumbrou outra direção senão chamar a atenção para a necessidade de se estancar a cisão entre os modelos de racionalidade jurídica propostos pelos autores discutidos, evidenciando que sua composição dialógica representa o início de um novo sustentáculo doutrinário para a busca da objetividade dos juízos normativos. Em suma, mostrou-se, numa breve investigação, que as teorias da argumentação jurídica e as categorias de análise neoconstitucionalistas, na seara dos direitos fundamentais, demandam um permanente esforço discursivo, que segue se desenvolvendo no contexto das novas estruturas definitórias do direito.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ATIENZA, M. **As Razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. 3ª ed. São Paulo: Landy, 2006.

BRITTO, T. O. de; AGRA, W. de M. Neoconstitucionalismo. In: FRANCISCO, J. C. (Coord.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional**: do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 17-33.



CAMBI, E. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CHAMON JÚNIOR, L. A. **Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DWORKIN, R. **Justice for hedgehogs**. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 2011.

GÜNTHER, K. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva de uma argumentação jurídica. **Cadernos de Filosofia Alemã**, v. 6, p. 85-102, 2000.

HABERMAS, J. **A Ética da discussão e a questão da verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

\_\_\_\_\_. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

\_\_\_\_\_. **Moral consciousness and communicative action**. Cambridge/ Massachusetts: The MIT Press, 1990.

MCCARTHY, T. **La teoría crítica de Jürgen Habermas**. Madri: Tecnos, 1987.

MACCORMICK, N. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MÜLLER, F. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NEVES, M. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

PERELMAN, C.; OLBRECHTS-tyteca, L. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PIRES, T.I.T. **Direito ao aborto, democracia e constituição: dimensão moral, argumentação jurídica, dignidade humana, pluralismo ideológico, liberdade religiosa e consciência laica**. Curitiba: Juruá, 2016.

SARMENTO, D. **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

VIEHWEG, T. **Tópica e jurisprudência:** uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008.

### **Correspondência | Correspondence:**

Teresinha Inês Teles Pires

Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Eixo Monumental, Praça do Buriti, Lote 2, Sede do MPDFT, CEP 70.091-900. Brasília, DF, Brasil.

Fone: (61) 98135-3700.

E-mail: tes\_pires@hotmail.com

Recebido: 28/05/2017.

Aprovado: 21/12/2017.

#### **Nota referencial:**

PIRES, Teresinha Inês Teles. Os paradoxos da argumentação jurídica no marco do neoconstitucionalismo democrático. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 20, n. 1, p. 239-264, jan./abr. 2018. Quadrimestral.