

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

TEORIA CONSTITUCIONAL

EMILIO PELUSO NEDER MEYER

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

MARIA FERNANDA SALCEDO REPOLES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Emilio Peluso Neder Meyer, Paulo Roberto Barbosa Ramos, Maria Fernanda Salcedo Repoles – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-140-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria constitucional. 3. Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA
TEORIA CONSTITUCIONAL**

Apresentação

O livro Teoria Constitucional reúne artigos os quais articulam ideias sobre os principais fundamentos da teoria constitucional, dando especial atenção à sua dinâmica e desenvolvimento em um contexto globalizado que impõe novos e desafios à lei fundamental.

São discutidas questões atinentes ao poder constituinte, cultura constitucional, interpretação constitucional, princípios constitucionais e alternativas à ponderação, discricionariedade judicial, interpretação constitucional, judicialização e acesso à justiça. As temáticas abordadas procuram refletir debates contemporâneos que permeiam a Teoria da Constituição em todo o mundo. Pode-se perceber, de um lado, a necessidade de difusão (mas também revisão) de inúmeros pressupostos dogmáticos: vários artigos não só apresentam, mas criticam, o uso da proporcionalidade por órgãos judiciais nacionais e transnacionais. De outro lado, os trabalhos são acompanhados de uma abordagem de forte perspectiva crítico-filosófica: a influência da filosofia da linguagem e o papel da sociologia jurídica atestam a transdisciplinariedade necessária para compreender a complexidade dos problemas que hoje perpassam o Direito Constitucional.

Não são outras as razões pelas quais a tensão entre Constitucionalismo e Democracia é inúmeras vezes invocada. Os recentes avanços do Novo Constitucionalismo Latino-Americano (em países como Bolívia, Equador e Colômbia, por exemplo), a necessidade de reforçar o papel da participação popular no acesso à justiça, o reequacionamento da relação entre força normativa da Constituição e as recorrentes frustrações da "concretude constitucional", o enfrentamento e o questionamento de uma "cultura constitucional", são todas questões que são objeto de investigação. Mais do que isso, perpassando o caso brasileiro, a reforma política é discutida na sua dimensão constitucional; o papel do Supremo Tribunal Federal na relação entre controle difuso de constitucionalidade e controle concentrado de constitucionalidade é enfrentado na ótica de realização (ou não) de anseios democráticos, principalmente pensado a partir de importações acríticas de conceitos, como o de mutação constitucional; e, como não poderia deixar de ser, a problemática do ativismo judicial é o tema de inúmeros trabalhos.

Perguntas recorrentes perpassam a compreensão da teoria constitucional exposta nos artigos. A ausência de uma maior reflexão sobre a historiografia chama a atenção para a necessidade

de refletir a respeito da manutenção de uma dependência de inúmeros sistemas constitucionais latino-americanos de um processo econômico pouco afeto a uma base popular. Isto se coloca de forma incisiva quando se pensa como somos irmanados em um passado ditatorial e autoritário que precisa ser adequadamente reconstitucionalizado. É dizer, é preciso pensar direitos de indígenas, camponeses e quilombolas, apenas para ficar em algumas identidades, a partir de uma perspectiva eminentemente emancipatória e consciência do que significa, de fato, fazer democracia depois de autoritarismos.

É preciso perceber o papel reconstutivo que a Teoria da Constituição desempenha perante os institutos do Direito Constitucional. Várias das leituras dogmáticas de institutos da jurisdição constitucional são feitas a partir de uma chave de compreensão democrática. Assim, fenômenos como o papel dos princípios na ordem constitucional ou ativismo das cortes merecem detida atenção e reflexão nos textos que se seguem. Por exemplo, torna-se possível distinguir o ativismo judicial da atuação judicial responsável e garantidora da efetivação da Constituição.

Espera-se que o leitor possa, a partir das reflexões lançadas no livro, entrar em diálogo com perspectivas democráticas e emancipatórias que possam, de fato, cooperar com um sentido forte de construção do projeto constituinte de 1988.

**CONSTITUCIONALISMO, PONDERAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE
JUDICIAL: APONTAMENTOS SOBRE A APLICAÇÃO DO DIREITO NO ATUAL
ESTADO CONSTITUCIONAL**

**CONSTITUTIONALISM, PONDERATION AND JUDICIAL DISCRETIONARITY:
NOTES ON THE APPLICATION OF THE LAW IN THE CURRENT
CONSTITUTIONAL STATE**

**Renato Chinali Canarim
Fábio Luiz Angella**

Resumo

O Constitucionalismo, enquanto movimento político-jurídico-social, apresenta duas nítidas vertentes: a principialista e a garantista, estudadas por Ferrajoli. Esta última muito contribui para uma atual teoria jurídica, pautada pela ductibilidade constitucional, conceito desenvolvido por Zagrebelsky. Junto com a moderna distinção entre princípios e regras, trabalhada por Alexy, a ductibilidade muito contribui na aplicação e interpretação do Direito no contexto do atual Estado Constitucional, voltada à ponderação e à razoabilidade na aplicação dos postulados principiológicos aos casos concretos, evitando o abuso da discricionariedade e contribuindo para uma adequada legitimação das decisões judiciais, que devem procurar alcançar decisão que seja fundamentada, sem a pretensão de ser a única correta.

Palavras-chave: Constitucionalismo, Ductibilidade constitucional, Legitimação das decisões judiciais

Abstract/Resumen/Résumé

The Constitutionalism, as a political, legal and social movement, presents two distinct ramifications: the principialist and the guarantee, studied by Ferrajoli. The latter greatly contributes to a modern legal theory, guided by constitutional ductility, concept developed by Zagrebelsky. Along with the modern distinction between principles and rules, crafted by Alexy, the ductility greatly aids the application and interpretation of Law in the context of the present Constitutional State, focused on ponderation and fairness in the application of principles, avoiding the abuse of discretionarity and contributing to a proper legitimacy of judicial decisions, which should aim to achieve grounded decisions, with no claim to be the only correct ones.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutionalism, Constitutional ductility, Legitimation of judicial decisions

1 INTRODUÇÃO

No presente artigo, busca-se apresentar, inicialmente, a visão a respeito das duas vertentes do Constitucionalismo, quais sejam a garantista e a principialista, bem como suas respectivas conceituações e distinções, sob a ótica dos ensinamentos de Luigi Ferrajoli. Na sequência, é abordada a nova teoria jurídica consoante aos postulados teóricos de Gustavo Zagrebelsky, ao afirmar que é através da ductilidade constitucional que se configuram os atuais Estados Constitucionais.

Nesse sentido, há a exigência de que os princípios informadores das Constituições não sejam considerados absolutos, mas sim que se coordenem e complementem, em respeito ao próprio princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição. Tal é a razão pela qual Zagrebelsky aborda a ponderação como forma de solução para situações conflituosas entre os princípios, notadamente nos chamados *hard cases*.

Contudo, antes de se apresentar essa ideia de ponderação principiológica na concepção do mestre turinense Zagrebelsky, enquanto configuração jurídica atual, perscruta-se o ensinamento de Robert Alexy, inafastável ao se abordar a temática, pelas substanciais considerações que realizou.

Dessa forma, apresentam-se as distinções das normas jurídicas enquanto regras e princípios, apontando-se, também, a intensidade na aplicação e a submissão dos princípios a uma concretização, ao passo que as regras são de imediata aplicação aos casos concretos. Nesse ponto, aliás, há crucial distinção no método de resolução de conflito de regras e de conflito de princípios, respectivamente a subsunção e a ponderação.

Avançando, procura-se tratar tal temática sob o enfoque de Zagrebelsky, registrando-se a possibilidade de encontrar um significado pragmático dos princípios frente a um caso concreto, dada a impossibilidade de extração de seu significado em uma situação abstrata, da forma que as regras possibilitam.

Após, procede-se a análise da ideia da ponderação e da discricionariedade judicial, mas desta feita sob as óticas de Ronald Dworkin e de Robert Alexy, destacando-se o enfoque dado por cada um desses jusfilósofos, que contribuíram enormemente para o desenvolvimento teórico jurídico, com especial atenção na busca pela sistematização de métodos de resolução dos casos difíceis.

E, ao final, procura-se dar especial atenção à ideia de Gustavo Zagrebelsky, cujo entendimento vai no sentido de que a realização de sopesamento dos princípios constitucionais lhes confere racionalidade e legitimação para a decisão judicial, o que busca

garantir uma melhor forma de solução dos *hard cases*, oferecendo, assim, segurança jurídica nas relações intersubjetivas.

2 LUIGI FERRAJOLI E AS VERTENTES PRINCIPALISTA E GARANTISTA DO CONSTITUCIONALISMO

O constitucionalismo, enquanto movimento político-jurídico-social, tem a pretensão de organizar o Estado com base em uma Lei Suprema, a que todas as demais espécies normativas de Direito, bem como todos os poderes estatais lhe estejam sujeitos, devendo respeitá-la e obedecê-la em suas diretrizes.

Nesse sentido, Ferrajoli (2012, p. 13) afirma que o constitucionalismo, no tocante à elaboração das normas jurídicas, refere-se a dupla conformidade que deve existir, sendo o respeito aos procedimentos formais estabelecidos para sua edição, além da pertinência material dessas normas com os princípios constitucionalmente estabelecidos, orientadores do ordenamento.

Tanto que, para aferição dessa dupla conformidade do ordenamento infraconstitucional, faz-se possível identificar duas distintas modalidades de controle de constitucionalidade: (i) uma oriunda do continente europeu, e (ii) outra proveniente das plagas estadunidenses; mas devendo ambas ter o devido reconhecimento, por terem contribuído, de forma efetiva, para a formação da moderna concepção de Constituição.

Consoante ao modelo constitucionalista europeu, o controle de constitucionalidade se faz mediante mecanismo concentrado, concebido em oposição aos regimes totalitários das monarquias absolutistas, visando a anulação dos atos normativos que contrariassem a Constituição através de uma Corte especialmente estabelecida para isso.

Já quanto à vertente estadunidense, nesta o controle é realizado de forma difusa, justificada, em suas origens, pela história de sua independência e estruturação política, inaugurando a forma federativa de Estado. Seu resultado conduz à não aplicação das leis consideradas inválidas perante a Constituição, a ser declarada por qualquer membro do Poder Judiciário.

Luigi Ferrajoli (2012, p. 13-56), ao contextualizar sua teoria, apresenta-a inserida no debate polarizado entre duas ramificações, sendo elas: (i) os posicionamentos que objetivam uma superação “jusnaturalista” do positivismo jurídico, de um lado; (ii) e, de outro, as correntes doutrinárias que visam uma complementação ao positivismo exegético, considerando-se o exegetismo como o primeiro grande movimento da Teoria do Direito nas

sociedades modernas, caracterizado pela restrição interpretativa, voltada apenas ao texto da lei, que deveria ser aplicado sem inovações.

Ainda, para o autor, o constitucionalismo é dividido em duas grandes vertentes, quais sejam: (i) o constitucionalismo garantista (juspositivista ou normativo); e (ii) constitucionalismo principalista (antijuspositivista, jusnaturalista ou argumentativo).

Os seguidores desta segunda concepção de constitucionalismo, que se autodenominam pós-positivistas, têm, entre si, como ponto de aproximação, o entendimento de que os princípios ético-políticos configuram grande parte das normas constitucionais, em especial aquelas que dizem respeito aos direitos fundamentais, além de adotarem uma distinção forte, qualitativa e estrutural, entre os princípios (objetos de ponderação) e as regras (submetidas à subsunção), consoante ao ensinamento de Ferrajoli (2012, p. 17).

O mestre italiano é nitidamente adepto da concepção garantista do constitucionalismo, que teoriza o Direito sob a perspectiva de afirmar a vinculação e a inderrogabilidade da submissão às normas constitucionais relativas aos procedimentos e conteúdos compatíveis com a Constituição, inclusive, como adrede exposto, em relação à produção legislativa.

Em contrapartida, a corrente doutrinária do constitucionalismo principalista envolveria a superação do positivismo jurídico, considerado por seus professantes como inadequado para a atual sistemática da democracia constitucional. Destarte, essa corrente é marcada pela divergência declarada ao positivismo jurídico.

Outra característica de igual importância da vertente principalista é a de encarar o Direito como uma atividade judicial. Em outros termos, Direito seria a jurisdição, as formas pelas quais os tribunais decidem. Nesse contexto, a jurisprudência seria formada, assim, por todo conglomerado de práticas interpretativas e argumentativas utilizadas, e não pela mera subsunção do fato concreto a uma norma preestabelecida.

Em oposição, o constitucionalismo garantista não propõe essa superação, mas sim um reforço ao positivismo jurídico. Para muitos, essa teoria é oriunda de uma alteração do juspositivismo tradicional, igualmente trazendo, em sua concepção, a submissão da elaboração legislativa ao respeito formal e material das normas aos postulados de direito positivo.

Nessa linha, Ferrajoli (2012, p. 23) assim define:

[...] o constitucionalismo jurídico exclui a última forma de governo dos homens: aquela que, na tradicional democracia representativa, manifestava-se na onipotência da maioria. Graças a isso, a legalidade não é mais – como

no velho modelo paleopositivista – somente “condicionante” da validade das normas infralegais, mas é ela mesma “condicionada”, na sua própria validade, ao respeito e à atuação das normas constitucionais. Todo o direito se configura, desta maneira, como uma construção inteiramente artificial, na qual são reguladas não apenas as formas, como ocorria no velho paradigma formalista do paleopositivismo, mas também os conteúdos, através dos limites e vínculos a eles impostos pelo paradigma constitucional.

A pretensão do autor consiste em relacionar a democracia e o positivismo jurídico, remetendo a uma ideia de que a disciplina positiva da produção jurídica seria a única apta a democratizar, tanto a forma, como o conteúdo da produção normativa.

Outro ponto controvertido entre as teorias aqui delineadas é a ótica pela qual observam o confronto entre Direito e Moral. Para o constitucionalismo garantista, não se vislumbra conexão entre ambos, pois a sua separação seria uma consequência do princípio da legalidade, cuja finalidade é assegurar a submissão da atividade jurisdicional à lei.

Esta distinção entre Direito e Moral revela uma limitação para os juristas, a fim de que se repilam arbitrariedades derivadas de juízos morais individuais, além de servir como uma limitação à atividade legiferante, com o escopo de que o Poder Legislativo se abstenha de se imiscuir nas escolhas morais dos cidadãos.

Neste sentido, assevera o autor que a vertente garantista é marcada por um aperfeiçoamento do paradigma positivista sobre o Direito e a democracia, que integra o modelo tradicional do positivismo jurídico, denominado por ele como “paleo-jus-positivista”, considerado um sistema balizado e vinculado à normatividade positiva.

Ainda, comentando sobre o constitucionalismo garantista, Luigi Ferrajoli (2012, p. 24-25), registra três significados que ele pode apresentar: (i) como modelo de sistema jurídico; (ii) como teoria jurídica; e (iii) como filosofia política. Vejamos.

Enquanto modelo de sistema jurídico (i), tem-se que este revela um sistema de limites e vínculos constitucionais aos poderes, como afirmado acima, e que devem ser garantidos pelo controle de constitucionalidade, pelas limitações impostas, cuja violação gera antinomias, desembocando na invalidade da lei.

Como teoria jurídica (ii), apresenta-se a divergência entre o “dever ser”, de cunho constitucional, e o “ser”, de caráter legislativo infraconstitucional. Nesse sentido, admite-se que a existência de normas é dada pela sua regularidade formal (elaborada conforme o procedimento de criação legislativa), mas reconhece que a invalidade será a sua tônica, pelo desacordo substancial ou material com os padrões da Constituição.

Por último, em se considerando como filosofia política (iii), o constitucionalismo garantista é conclusivo ao refletir uma teoria da democracia substancial, entendida, dessa forma, como sistema jurídico-político.

Essa vertente do constitucionalismo determinou, assim, a positivação dos princípios de cunho ético-político que consubstanciavam o jusnaturalismo, transformando-os em princípios jurídicos, que não consistem mais em fontes externas ao sistema jurídico, porém sim como vera fonte de legitimação interna do ordenamento jurídico, integrando, destarte, o Estado Constitucional atual (FERRAJOLI, 2012, p. 25-26).

Neste contexto, temos que, para Luigi Ferrajoli, as diferenças entre constitucionalismo principialista e o constitucionalismo garantista estão em três pontos bem definidos, sendo eles: (i) a conexão entre direito e moral; (ii) a distinção qualitativa e contraposta entre princípios e regras; e (iii) a função da ponderação como oposição à subsunção na prática jurisdicional. Assim ele os explica:

[...] (1) uma espécie de dogmatismo moral conexo ao constitucionalismo conhecido como cognitivismo ético; (2) o enfraquecimento do papel normativo das Constituições e, portanto, da hierarquia das fontes; (3) o ativismo judicial e o enfraquecimento da submissão dos juízes à lei e da certeza do direito, que colocam em xeque, por sua vez, as fontes de legitimação da jurisdição. (FERRAJOLI, 2012, p. 27)

Depois de aventada tais diferenças, o autor consigna as consequências no que diz respeito aos seus riscos, como o cognitivismo ético. E, nesse ponto, assevera:

A tese de que todo ordenamento jurídico satisfaz, objetivamente, alguma “pretensão de justiça” e algum “mínimo ético” – de maneira que direito e moral estariam conexos, e a justiça, mesmo que em mínima medida, seria um elemento necessário do direito e uma condição de validade das normas jurídica-significa, em suma, o mesmo que a velha tese jusnaturalista. (FERRAJOLI, 2012, p. 31)

Destaca, ainda, o enfraquecimento da hierarquia das fontes e da normatividade constitucional, sem olvidar a questão do ativismo judicial e de suas consequências quanto à vinculação dos juízes à legalidade, com riscos de periclitada da segurança jurídica.

Percebe-se que, ao mesmo tempo em que o jurista florentino defende o constitucionalismo garantista, tende a aceitar a indeterminação quando concernente à linguagem legal que implique uma certa margem de “*discricionarietà interpretativa*”, através da qual, estranha e, quiçá, contraditoriamente, “*o intérprete é, frequentemente, orientado por escolhas de caráter moral*” (FERRAJOLI, 2012, p. 27).

Entretanto, é firme ao se posicionar na insustentabilidade da tese de uma “*conexão conceitual*” entre Direito e Moral, o que, na sua visão, implicaria em um absolutismo moral carregado de intolerância às opiniões dissidentes, o que, porém, não afasta que o constitucionalismo principialista comporte, com efeito, uma concepção objetiva de moral.

Neste sentido, Ferrajoli (2012, p. 30) aponta que, se uma tese moral é “*verdadeira*”, então não seria aceitável que não fosse por todos compartilhada e, provavelmente, não fosse a todos imposta pelos mecanismos coercivos jurídicos.

Conclui que é na base estruturante dos direitos fundamentais (“*direitos de todos*”) que se apoia a dimensão substancial da democracia constitucional, condicionando a validade e a coerência do direito positivo; e não nessa dita conexão entre Direito e Moral.

Por isso, importante trazer ao trabalho a ideia do professor florentino, quando trata dos direitos fundamentais sob a ótica da “*teoria garantista*” para o controle de constitucionalidade material.

Este modelo está intimamente ligado ao respeito pelo princípio da dignidade da pessoa humana, sem esquecer, é claro, de todo o acervo amplo de direitos fundamentais, com sujeição formal e material da produção e aplicação aos conteúdos constitucionais.

Sobre o assunto, Morais da Rosa (2011, p. 5) expõe seu entendimento, afirmando que, ao se deparar com a complexidade hodierna, “*a legitimação do Estado Democrático de Direito deve suplantiar a mera democracia formal*”, a fim de que alcance “*a democracia material, na qual os Direitos Fundamentais devem ser respeitados*”.

As liberdades individuais provenientes dos postulados iluministas são as bases do garantismo jurídico, a fim de agregar instrumentos jurídicos capazes de limitar o poder estatal. Como já afirmado adrede, tal limitação não diz respeito apenas ao Poder Executivo, mas se estende a todos os demais, inclusive ao Legislativo, que deve sofrer limitações contitudísticas na elaboração dos atos normativos.

A conclusão vai no sentido de que, para tal ramificação do constitucionalismo, os direitos fundamentais se situam na “*esfera do indecidível*”, como barreiras ao avanço do Poder Legislativo (ROSA, 2011, p. 7).

Expressando a conotação substancial dos direitos fundamentais, Luigi Ferrajoli assenta o seguinte:

Si las reglas sobre la representación política y sobre la autonomía negocial son normas formales sobre la producción de las decisiones sobre lo que es jurídicamente decidible, los derechos fundamentales circunscriben la que podemos llamar esfera de lo indecidible: de lo no decidible que, o sea, de las prohibiciones correspondientes a los derechos de libertad, y de lo no

decidible que no, o sea, de las obligaciones públicas determinadas por los derechos sociales.¹ (FERRAJOLI, 2011, p. 775)

E, em virtude do quanto exposto, os direitos fundamentais revelam não só uma forma de legitimação e de justificação das Cartas constitucionais, como também são fontes de deslegitimação e invalidação das regras que não lhe sejam consentâneas (FERRAJOLI, 2011, p. 775).

Portanto, a definição teórica dos direitos fundamentais, segundo os garantistas, são direitos subjetivos de que são titulares todos os seres humanos, enquanto seres dotados de *status* de pessoa, servindo de parâmetro para se aferir o grau de democracia substancial do ordenamento jurídico.

O que levou Alexandre Morais da Rosa a expor quatro teses propostas por Luigi Ferrajoli em relação aos direitos fundamentais. A primeira acusa diferença estrutural entre direitos fundamentais (inclusão dos demais) e direitos patrimoniais (exclusão dos demais indivíduos). A segunda tese leva à afirmação de que o respeito à implementação dos direitos fundamentais representa interesse e expectativa de todos, formando, assim, o parâmetro de igualdade jurídica para aferição da democracia material. Já com a terceira tese, ele expressa a pretensão supranacional de grande parte dos direitos fundamentais, excedendo os parcos limites territoriais do Estado. E, por derradeiro, a quarta se vincula à relação entre direitos e garantias, sendo que os direitos fundamentais se constituem em expectativas negativas ou positivas, que correspondem a obrigações de prestações ou a proibição de lesão, como garantias primárias (ROSA, 2011, p. 10).

Pela compreensão das quatro teses, e de tudo até aqui exposto, conclui-se que o garantismo volta suas atenções para a teoria geral do direito, explorando a concepção de submissão da produção normativa aos padrões constitucionais, seja no aspecto formal, seja no material, revisando, assim, o direito positivo, considerado capaz de decidir conflitos de interesses.

3 GUSTAVO ZAGREBELSKY E A DUCTILIDADE CONSTITUCIONAL

O constante evoluir social traz a inafastável necessidade de que as normas jurídicas estejam acompanhando *pari passu* tal transformação, devendo ser objeto de novas formas de

¹ Se o mecanismo de representação política e da autonomia de negociação são regras formais sobre a produção das decisões sobre o que é juridicamente decidível, os direitos fundamentais estão na esfera que chamamos de indecidível: do não decidível, isto é, as proibições correspondentes aos direitos de liberdade, e os não decidível, ou seja, das obrigações públicas determinadas pelos direitos sociais.

interpretação, a fim de que sejam eficazes relativamente às novas realidades sociais que reclamem a disciplina jurídica.

Em virtude disso, a vontade interpretativa deve se inclinar para a aplicação do direito, não se restringindo apenas às balizas do direito posto, expresso, como também deve alcançar os seus pressupostos, ou seja, todo o arcabouço cultural, ideológico e social que o gera e o sustenta.

Por esta razão, a discussão sobre a ideia de Direito e de Constituição, na atual conjuntura da sociedade, complexa, pluralista e sempre mais exigente no tocante à qualidade na elaboração e aplicação das leis, reflete a imperiosa necessidade de que o magistrado observe atentamente os fatos e as provas do processo para a entrega da jurisdição de forma mais amplamente fundamentada e voltada à efetivação dos valores constitucionais.

Zagrebelsky propõe, assim, a reunião de elementos relativos não só à Constituição, mas também às suas transformações, com o propósito de alcançar uma concepção adequada desse documento político-jurídico fundante e estruturante do ordenamento jurídico, mantendo-se o foco nos desafios propostos tanto pelo (quanto ao) direito constitucional.

Para este cenário, a doutrina europeia atribui de Estado Constitucional ao atual modelo estatal, cuja teoria, infelizmente, ainda não foi plenamente assimilada por grande parte dos juristas, encarcerados a conceitos mais tradicionalistas.

Temos, portanto, que o atual Estado Constitucional possui como característica central a afirmação da força normativa da Constituição, alçada esta a patamar de carta incorporadora de fortes vinculações que se impõem ao exercício do poder estatal.

No transcurso de sua obra, Zagrebelsky (2002, p. 2012) apresenta como uma das marcantes características do direito público atual a perda de sua posição central, afirmando que a soberania estatal assumiu novas e complexas configurações, que não podem ser definidas *a priori*, mas que deverão ser construídas pelo labor interpretativo.

Para melhor esclarecer tal aspecto, o mencionado autor se valeu da seguinte ideia:

Por usar uma imagen, el derecho constitucional es un conjunto de materiales de construcción, pero el edificio concreto no es obra de la Constitución em cuanto tal, sino de una política constitucional que versa sobre las posibles combinaciones de esos materiales.² (ZABREBELSKY, 2002, p. 13)

² Usando uma imagem, o direito constitucional é um conjunto de materiais de construção, mas o edifício pronto não é uma obra da Constituição, mas sim uma política constitucional que versa sobre as possíveis combinações destes materiais.

Tal a razão pela qual o professor turinense tende à substituição da soberania estatal pela soberania constitucional, de forma que assim seja atribuída à Constituição a condição de “*um compromisso de possibilidades*”.

E, neste contexto, está todo o avançado estudo referente às propostas de constituições “*abertas*”, que permitam, dentro dos limites contidos no próprio bojo constitucional, tanto a espontaneidade da vida social, como a direção política, ambas condições para uma sociedade pluralista e democrática (ZAGREBELSKY, 2002, p. 14).

A esta nova forma de fazer Direito, o autor denomina de “*mitezza*”, um direito maleável, em constante interação com a sociedade, capaz de responder às suas demandas mais prementes.

A respeito da palavra “*mitezza*”, optou-se por conservar a tradução de Marina Gascón (ZAGREBELSKY, 2002, p. 19), que, ao verter o termo para o espanhol, valeu-se do termo “*ductilidad*”, que significa a facilidade para alterar a forma, para dobrar-se. É termo derivado do adjetivo “*dúctil*”, ou facilmente maleável. Por bem expressar o interesse do autor, e por contar com correspondente em nossa língua lusitana, manteve-se, assim, dita expressão.

A ductilidade constitucional, portanto, traz em seu bojo a ideia de que o pluralismo é incompatível com qualquer noção de imposição pela força, vez que esta imposição remete à tradicional concepção de exacerbamento da soberania estatal, há muito superada.

As sociedades pluralistas atuais, com presença de variados grupos sociais voltados a distintos interesses, confere à Constituição, não apenas a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, como também a missão de facultar as condições indispensáveis para que esta se torne possível.

Nos dizeres de Gustavo Zagrebelsky (2002, p. 16):

El imperativo teórico de no contradicción – válido para la scientia juris – no debería obstaculizar la labor, propia de la jurisprudencia, de intentar realizar positivamente la “concordancia práctica” de las diversidades e incluso de las contradicciones que, aun siendo tales en teoría, no por ello dejan de ser deseables en la práctica.³

Em suma, a ductilidade constitucional é a característica essencial do Direito dos atuais Estados Constitucionais, exigindo que os valores e princípios consagrados constitucionalmente não sejam considerados estanques e mutuamente exclusivos, mas sim que se compreenda serem compatíveis entre si e com os valores sociais com os quais

³ O imperativo teórico da não-contradição – válido para a scientia juris – não deveria obstaculizar a atividade própria da jurisprudência de intentar realizar positivamente a ‘concordância prática’ das diversidades, e inclusive das contradições que, ainda que assim se apresentem na teoria, nem por isso deixam de ser desejáveis na prática.

convivem, sob a ótica do respeito ao princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição.

A conclusão desse professor italiano é de que o pensamento constitucional se orienta à conciliação e à convivência entre os princípios, afastada a supremacia do valor soberania, por muito tempo tido como o dominante. Veja-se:

Da revisão do conceito clássico de soberania (interna e externa), que é o preço a pagar pela integração do pluralismo em uma única unidade possível – uma unidade dútil, como se afirmou – deriva também a exigência de abandonar a soberania de um único princípio político dominante do que pode extrair-se dedutivamente todas as execuções concretas sobre a base do princípio da exclusão do diferente, segundo a lógica do **aut-aut**, do “ou dentro ou fora”. A coerência “simples” que se obteria deste modo não poderia ser a lei fundamental intrínseca do direito constitucional atual, que é, precipuamente, a lógica do **et-et** e que contém por isso múltiplas promessas para o futuro. Neste sentido, fala-se com acerto de um “modo de pensar do possível” (Möglichkeitsdenken), como algo particularmente adequado ao direito do nosso tempo. Esta atitude mental “possibilista” representa para o pensamento o que a “concordância prática” representa para a ação. (ZAGREBELSKY, 2002, p. 16).

O “*modo de pensar do possível*” possibilita, destarte, que esteja presente a ductilidade constitucional, representando uma dogmática jurídica fluida, capaz de, no âmbito da hodierna sociedade, conter elementos heterogêneos do direito constitucional atual.

4 A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

No intuito de melhor compreender a ponderação e a subsunção como métodos de resolução de conflitos entre princípios e de conflitos de regras, respectivamente, com apontamentos sobre a intensidade em suas aplicações, de fato é imperioso apresentar as distinções das normas jurídicas enquanto regras e princípios, sob a ótica de Robert Alexy e Gustavo Zagrebelsky.

4.1 A visão de Robert Alexy

Antes que se passe às recentes ideias de Zagrebelsky a esse respeito, pretende-se expor, agora, o pensamento elaborado por Alexy sobre a distinção existente entre regras e princípios, enquanto espécies de normas jurídicas.

Há distinções na intensidade de sua aplicabilidade, sendo que os princípios são submetidos à concretização por meio de verdadeira integração a ser feita pelos juristas, enquanto que as regras têm possibilidade de aplicação direta e imediata aos casos concretos.

Observa-se, ademais, que os postulados principiológicos se destacam por formarem o alicerce do sistema jurídico, sendo os fundamentos decisivos para a existência das regras jurídicas, condicionando-as.

Em apertada síntese, é possível inferir que os princípios constitucionais são os grandes responsáveis pela inclusão de valores fundamentais no sistema jurídico, preenchendo a base axiológica do ordenamento positivado, o que indica, com efeito, a plenitude da ordem constitucional, impregnando o ordenamento de racionalidade sistêmica.

Para Robert Alexy (1999), o critério distintivo fundamental entre princípios e regras se baseia no comportamento adotado em caso de colisão, uma vez que os primeiros se resolvem pela ponderação, enquanto que as últimas pela subsunção.

Destaca-se, ainda, que o reconhecimento aos princípios do seu caráter de norma jurídica tem especial relevância, uma vez que são tidos como normas impositivas, e não meras recomendações valorativas e ideológicas de observação prática opcional.

Razão pela qual é possível dizer, de modo bastante simbólico, que os princípios constitucionais “*desempenham a função de cimentação sistemática do ordenamento*”, ou seja, eles “*reduzem o ordenamento a uma unidade congruente de normas*” (TAVARES, 2012, p. 545-548).

Destarte, essa possibilidade de imposição no caso concreto significa que os princípios constitucionais demonstram uma natureza normativo-material, aliada à abstratividade que lhes é inerente, que permite abrangem tais princípios um rol não limitado de casos concretos.

Tal caráter sistêmico, contudo, não foi sempre a tônica do entendimento a respeito dos princípios. Diferentemente das concepções tradicionais, tanto jusnaturalistas, em que não eram considerados como insertos no Direito, bem como na doutrina positivista, em que se pensava serem esses tão apenas extraídos das regras jurídicas, hodiernamente é possível afirmar a plenitude dos princípios enquanto veras normas jurídicas, independentes das regras e orientando, e mesmo vinculando, o conteúdo dessas.

A evolução pós-positivista dos princípios, conforme Marques Neto (1995, p. 40-45), evidencia-se com a sua transposição dos códigos para a Constituição, dotando-os de idêntica importância sistêmica e valorativa, sejam explícitos ou mesmo implícitos. Tal autor assevera que a construção das normas jurídicas se opera através de consensos, com fundamento em princípios.

Princípios tais que, em última instância, perpassam e calibram a produção das regras jurídicas, dos enunciados que equacionam alguns postulados principiológicos, particularizando-os para um determinado ato verificável na vida social. Neste processo, urge reconhecer, tal espécie normativa é integrada ao ordenamento jurídico, sendo até mesmo entronizados em seu âmbito.

Fixada essa diferenciação entre regras e princípios, enquanto categorias distintas de normas jurídicas, além de serem os princípios constitucionais os vetores interpretativos de todo o ordenamento jurídico, auxiliando-o na sua composição sistêmica, relacionando-se consigo mesmo, importa destacar que isso traz um inevitável consectário, qual seja o da possibilidade da limitação de um princípio por outro, quando sejam ambos aplicáveis a uma dada situação fática, de forma que se fará indispensável um sopesamento, uma ponderação a respeito de qual deles deverá prevalecer, para atingimento de uma conclusão que se pretenda efetivadora ao máximo dos direitos fundamentais, sem prévio escalonamento de valores e na busca da concretização da justiça.

Como assinalado adrede, a compreensão dos princípios deve ser observada através de uma concepção semântica do Direito, uma vez que atribuem solidez e coerência ao próprio sistema. Nos dizeres do mestre português Canotilho (1993, p. 213), eles são as “*traves mestras jurídico-constitucionais*”.

Portanto, os princípios injetam uma carga valorativa no sistema jurídico, exercendo uma função de ordem tanto formal, quanto material. Entretanto, esse caráter sistêmico não deve ser utilizado de forma rígida, vez que, conforme o caso concreto sob análise, em que haja colisão entre os princípios, haverá adequação e maleabilidade entre eles, através da preponderância de um, sem que se exclua os demais.

4.2 A visão de Gustavo Zagrebelsky, sob a ótica do atual Estado Constitucional

Depois de apresentada as peculiaridades entre regras e princípios para Alexy, importa trazer à baila essa distinção entre as espécies de normas jurídicas consoante o escólio sempre oportuno de Zagrebelsky.

A grande relevância da distinção estrutural entre as espécies de normas jurídicas, sob a ótica do ensino desse último, consiste na sua abordagem do ponto de vista da atualidade e do Estado Constitucional.

Gustavo Zagrebelsky alude que o vocábulo “*norma*” é algo que deva ser ou produzir-se, sendo capaz de fazer com que o indivíduo se comporte de determinada maneira, pela sua adjetivação de jurídica.

Dessa forma, para ele, as normas legislativas são regras, em sua grande maioria, enquanto as normas constitucionais que dispõem sobre direitos fundamentais e sobre postulados de justiça são, de forma preponderante, princípios.

A distinção entre ambos se estende à sua interpretação e aplicação, sendo objeto de esforço jurídico-interpretativo através da linguagem do legislador apenas as regras. Quanto aos princípios, sua interpretação é pautada, geralmente, pela busca do significado linguístico “*autoevidente*”, sem que haja a necessidade de esclarecimentos pelo raciocínio sobre as palavras (ZAGREBELSKY, 2002, p. 110).

Destarte, as regras devem ser obedecidas, daí a fundamentalidade em se determinar com precisão a intenção do legislador, que proporciona critérios de ação sobre o que não se deve fazer ou o qual ação é obrigatória; ao contrário, aos princípios deve haver adesão, sendo de grande importância a compreensão do universo dos valores e as grandes opções da cultura jurídica, como componentes da essência de sua interpretação. Esses últimos, assim, não dizem nada a respeito sobre a maneira que não se pode ou que se deva agir, mas oferece critérios para a tomada de posições diante de situações concretas.

Outra característica que os distingue é a possibilidade de encontrar um significado pragmático dos princípios perante um caso concreto. Em outros termos, não é possível extrair seu sentido em uma situação abstrata, fora de um caso concreto, como se dá em relação às regras.

Nas palavras de Zagrebelsky (2002, p. 111):

Se podría indicar la diferencia señalando simplemente que son las reglas, y sólo las reglas, las que pueden ser observadas y aplicadas mecánicamente y pasivamente. Si el derecho sólo estuviese compuesto de reglas nos sería insensato pensar en la “maquinización” de su aplicación por medio de autómatas pensantes, a los que se les proporcionaría el hecho y nos darían la respuesta. Estos autómatas tal vez podrían hacer uso de los dos principales esquemas lógicos para la aplicación de reglas normativas: el silogismo judicial y la subsunción del supuesto de hecho concreto en el supuesto abstracto de la norma. Ahora bien, tal idea, típicamente positivista, carece totalmente de sentido en la medida en que el derecho contenga principios. La “aplicación” de los principios es completamente distinta y requiere que, cuando la realidad exija de nosotros una “reacción”, se “tome posición” ante ésta de conformidad con ellos. Uma máquina capaz de “tomar

posición” em el sentido indicado es uma hipótesis que ni siquiera puede tomarse em consideración mientras la máquina siga siendo máquina.⁴

E, neste sentido, não diferente das teorias tradicionais, Zagrebelsky também afirma que os princípios possuem uma dimensão de peso, dimensão essa não alcançada pelas regras, resultando na possibilidade dos princípios serem objeto de relativização e ponderação diante do caso concreto, ou seja, de poder o esforço interpretativo atribuir pesos diferentes aos princípios, na resolução da questão submetida ao crivo do Judiciário.

5 PONDERAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Depois de observadas as técnicas de utilização da ponderação e da subsunção como métodos para a resolução de seus conflitos, bem como de suas diferenças sob o aspecto de normas jurídicas, propõe-se, aqui, expor as técnicas de ponderação de princípios na visão tradicional de Robert Alexy e Ronald Dworkin e sob a ótica atual de Gustavo Zagrebelsky.

5.1 Sob a visão de Ronald Dworkin e de Robert Alexy

Antes que seja apresenada a atual visão da técnica de ponderação de princípios de Zagrebelsky, interessante trazer as concepções tradicionais de Robert Alexy e de Ronald Dworkin, realizando um diálogo entre ambas.

Um dos pontos marcantes da teoria de Alexy reside na contrariedade à concepção dworkiniana em diversos pontos. O mestre alemão, muito embora concorde na rejeição à ideia positivista de necessidade de discricionariedade para solução das lacunas no ordenamento jurídico, critica a teoria da existência de uma resposta correta para cada caso, conforme o pensamento do jusfilósofo estadunidense.

Isso porque, admitir que só é possível chegar a um único resultado acertado, previamente determinável, significa contrariar o chamado princípio da unidade hierárquico-

⁴ Se poderia indicar a diferença assinalando simplesmente que são as regras, e somente as regras, que podem ser observadas e aplicadas mecanica e passivamente. Se o direito apenas estivesse composto de regras, ser-nos-ia insensato pensar na “maquinização” de sua aplicação através de autômatos pensantes, proporcionando-lhes o caso e nos dariam a resposta. Esses autômatos talvez poderia fazer uso dos principais esquemas lógicos para a aplicação das regras normativas: o silogismo judicial e a subsunção do suposto de caso concreto no suposto abstrato da norma. Agora, essa ideia, tipicamente positivista, carece totalmente de sentido, na medida em que o direito contém princípios. A “aplicação” dos princípios é completamente diferente, e requer que, quando a realidade exija de nós uma “reação”, haja “tomada de posição” perante ela, em conformidade com esses. Uma máquina capaz de “tomar posição” no sentido indicado é uma hipótese que nem sequer pode tomar-se em consideração enquanto a máquina continue sendo máquina.

normativa da Constituição, ante o estabelecimento de patamares hierárquicos distintos entre os princípios constitucionais, aferíveis antecipadamente.

Na busca por encontrar uma solução correta para os princípios, Alexy chama a atenção para a racionalidade prática, elaborando uma tese chamada de teoria da argumentação jurídica, a fim de que sirva como critério de orientação da racionalidade das decisões jurídicas, vez que crê na incapacidade das normas positivadas, por si mesmas, em oferecerem a solução necessária para os problemas.

Assim, procura implementar uma teoria do discurso jurídico racional, cujo pressuposto inicial seja a constatação de que a metodologia jurídica fundamental é insuficiente, ante o vasto leque de casos que podem surgir dos conflitos sociais.

Nesse sentido, a afirmação normativa singular que expressa um julgamento envolvendo uma questão legal não é uma conclusão lógica derivada de formulações de normas válidas, tomada junto com afirmações de fatos comprovados ou previamente considerados verdadeiros.

Para Alexy, dá-se exatamente o contrário. Há fatores que obstam a existência de solução pronta e acabada às lides nas normas positivas no ordenamento jurídico. Dentre esses, é o que se vislumbra, por exemplo, na possibilidade de uma decisão que contrariasse formalmente um dispositivo legal válido.

Vê-se, dessa forma, que o posicionamento de Dworkin é baseado no direito das partes processuais de exigirem uma resposta que seja “*correta*”, de tal forma que, nos casos em que a questão não teria nenhuma “*resposta correta*” no sistema jurídico, “*podem ser muito mais raras do que geralmente se supõe*” (2005, p. 176).

Ronald Dworkin fantasia um magistrado capaz de, sempre conscienciosamente, realizar uma exegese consoante a uma dita integridade valorativa. Em outros termos, o juiz desempenharia o papel de intérprete da história institucional, realizando a análise constitucional, legal e jurisprudencial, com o escopo de identificação dos valores sociais envolvidos, tomando a sua decisão “*correta*”.

O seu propósito parece o de vincular o juiz aos precedentes prolatados, enraizando-o, na esteira da tradição do sistema jurídico anglo-saxônico, na ânsia de traduzir, na interpretação atual para resolução de casos, toda a carga jurisprudencial da cultura jurídica tradicional. Para Dworkin, esse é o caráter da resposta correta, numa aproximação de um caráter corporativista, sob a justificativa de que a decisão caminhará num sentido de coletividade, de não contrariedade aos precedentes.

A cada novo caso submetido ao Judiciário, assim, na hora de prolatar a decisão o magistrado deverá compreender que é integrante uma corrente histórica de posicionamentos interpretativos, sintetizando o futuro e o passado no ato decisório, trilhando a carreira pelas pegadas “certas” de seus antecessores.

Esse pensador estadunidense acredita que a solução justa se encontra fundada estruturalmente no raciocínio jurídico interpretativo contido nas decisões já existentes. Assim, as questões submetidas pelas partes aos órgãos jurisdicional seriam excludentes entre si, devendo o Estado-juiz apenas exercer a missão de reconhecer ou não o direito de uma delas, tornando impossível uma resposta intermediária.

As pretensões levadas ao juiz, ainda que devidamente justificadas com os argumentos indicativos da existência do direito alegados pelas partes, esbarrariam na sua impossibilidade de exercer a atividade argumentativa com a devida precisão, a fim de legitimar a sua decisão, ante os postulados dessa doutrina, no sentido de que somente a “resposta correta” é a que seria oferecida para as colisões de princípios que se lhe apresentarem.

5.2 Sob a ótica de Gustavo Zagrebelsky

A ideia atual de ponderação e discricionariedade judicial pode ser obtida através das lições de Zagrebelsky, no arcabouço teórico construído pelo jusfilósofo turinense. Na sua concepção, a cientificidade do Direito como disciplina lógico-formal deve ser afastada, pois tal teoria carece de sentido ante a conceituação do pensamento jurídico como uma incessante confluência de múltiplas exigências, materializadas nas inúmeras demandas surgidas em virtude do copioso número de princípios existentes.

Por sua vez, estes postulados principiológicos sofrem contato com a realidade prática das experiências sociais. Neste aspecto, vem a lume a contraposição existente entre a *scientia juris*, figurando como racionalidade formal e presidida pelo critério do “tudo ou nada”, e a *juris prudentia*, apresentada como racionalidade material e marcada pela progressão quantitativa de valores, que devem ser ponderados, mas sem exclusão plena no caso de colisão (ZAGREBELSKY, 2002, p. 122).

Neste contexto, exsurge a ideia de razoabilidade, que pode ser entendida como a prudência na aplicação do direito, ou, em outros termos, a realização dos princípios jurídicos, limitados às suas possibilidades de efetiva concretização.

A ductilidade constitucional, consoante ao exposto adrede, reivindica os princípios a seu favor, ainda que, porém, esteja distante de ser a panaceia para todos os males enfrentados pela comunidade jurídica. O que esse conceito faz, e o faz de forma excelente, é contribuir na busca para respostas que sejam as mais adequadas às expectativas legítimas dos litigantes.

Porém, a aplicação dessa ductilidade pressupõe a prática de procedimentos que permitam o confronto entre princípios. Na visão do mencionado autor, há que se selecionar uma classe jurídica capaz de representar verdadeiramente esses postulados, e não interesses obscuros.

Geralmente, as normas principiológicas não se estruturam segundo uma hierarquia de valores, pois, se assim efetivamente fosse, haveria uma incompatibilidade com o caráter pluralista da sociedade de nossos tempos.

A ampla gama de princípios e a ausência de uma hierarquia formal entre eles são dois fatores que influenciam na inexistência de uma ciência sobre a sua articulação, pendendo muitas vezes para interpretações sem prudência e ponderação. Por essa razão, afirma o autor o seguinte:

Necessária se faz a atenção à concordância prática e ao equilíbrio entre os bens jurídicos, guiado pelo princípio da proporcionalidade, na interpretação dos princípios constitucionais. (ZAGREBELSKY, 2002, p. 125)

Dessa forma, surge o respeito ao princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição, que busca harmonizar os variados princípios, a fim de que não lhes seja atribuído caráter absoluto. Para o autor, é qualidade inerente dessa espécie de norma a sua capacidade de relativização e conciliação reciprocamente e, neste aspecto, é que se distinguem das regras jurídicas (ZAGREBELSKY, 2002, p. 125).

Neste sentido, há de se observar a necessidade de orientação em “mão dupla”: (i) tanto do caso concreto pela norma jurídica, (ii) quanto da norma jurídica pelo caso concreto, pois não se atentar a esse diálogo existente, enquanto elemento de interpretação, resultará na produção de dois defeitos opostos, quais sejam: (i) uma casuística incompatível com a existência do Direito como ordenamento e (ii) uma ciência teórica inútil perante a sua finalidade.

Portanto, uma concepção prática do Direito implica na interpretação jurídica com a finalidade de adequação da norma ao caso concreto como ao ordenamento normativo em sua totalidade.

Ressalta-se que a interpretação estabelece um direcionamento, pois é preciso o intérprete estar ciente de que as demandas do caso concreto significam mais que a vontade

legislativa. E o autor ainda afirma que, em havendo necessidade, será levado ao sacrifício a própria lei, para fazer valer o juízo de constitucionalidade a que se submete (ZAGREBELSKY, 2002, p. 134).

O autor, seguindo a verdadeira renovação da hermenêutica jurídica, destaca o pensamento jusfilosófico da ponderação fundada na ideia de razoabilidade, enquanto ferramenta útil para o atingimento de coerentes soluções (desconsiderando a teoria da única resposta correta) aos casos difíceis, ou seja, àqueles que não possuem tratamento expresso e nítido para fácil resolução pelo ordenamento jurídico.

Através do juízo de ponderação, faz-se possível realizar o sopesamento dos princípios constitucionais, conferindo racionalidade e legitimação à decisão judicial, garantindo, conseqüentemente, maior segurança jurídica para as relações intersubjetivas.

Tal técnica da ponderação se revela como fonte do pensamento jurídico-filosófico, permitindo o surgimento de uma teoria social da justificação do Direito, com base na razoabilidade e na proporcionalidade.

6 CONCLUSÃO

O trabalho procurou demonstrar a divisão do constitucionalismo em suas vertentes garantista e principialista. Enquanto a segunda aponta para uma superação do positivismo, considerado inadequado para os tempos atuais, na sistemática democrática hodierna, a primeira não busca a superação, mas sim a complementação, o reforço ao juspositivismo, trazendo a necessidade de submissão da elaboração legislativa à conformidade formal e material aos postulados constitucionais.

Assim, o constitucionalismo garantista apresentado por Luigi Ferrajoli precisa ser compreendido como esse novo fundamento positivista, que procura dar, como bases a essa teoria do Direito, um fundo apoio no respeito aos direitos fundamentais.

É nessa toada, portanto, que ganham destaque esses direitos irremovíveis do ordenamento jurídico, para a realização de uma democracia substancial, atuando, além de bases, também como limitadores normativos, aos poderes estatais, inclusive ao Legislativo. Entretanto, esta categoria de direitos, para a teoria garantista, encontra-se na esfera do indecidível.

As considerações de Ferrajoli sobre constitucionalismo principialista e de Gustavo Zagrebelsky ductilidade constitucional, e de ambos sobre a distinção entre regras e princípios e a conseqüente ponderação em caso de conflito entre estes, sob o enfoque da atualidade, se

mostrou interessante abordar a ideia de conflito entre princípios nas teorias de Alexy e de Dworkin, para que fosse possível identificar se houve avanço na interpretação da referida teoria.

Em verdade, o conceito de ductilidade e toda a abordagem de Zagrebelsky a respeito da interpretação e aplicação do Direito é praticamente a ideia que se tem no Brasil do “neoconstitucionalismo”, especialmente quanto à ponderação, por meio da teoria do direito dúctil, ou seja, adaptável ao pluralismo da sociedade moderna e a distinção de regras e princípios.

Contudo, faz-se imprescindível que a prática jurisdicional brasileira se atente às peculiaridades de cada caso concreto, valorizando as teorias argumentativas, de forma a afastar o mero positivismo jurídico, sem os reforços a ele conferidos pelo constitucionalismo garantista, pois, se ele revela uma certeza do direito, de outro lado, porém, cobra o preço pela sua incompletude.

Alfim, destaca-se que tanto Alexy quanto Zagrebelsky concebem a ponderação como um método consistente, capaz de, através da racionalidade, oferecer ao juiz a fundamentação específica para o caso concreto. Dito de outro modo, para a solução das diversas lides surgidas da conflituosidade inerente ao pluralismo social, a racionalidade e a ponderação se legitimam e se justificam através da argumentação jurídica, capaz de encontrar soluções adequadas, sem a pretensão de que sejam as únicas possíveis.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático**. In: Revista de Direito Administrativo. n. 217. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução de A. K. Trindade. In: _____; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Principia iuris: Teoria del diritto e della democrazia, Teoria del diritto**. Bari (Itália): Editori Laterza, v. 1. 2007.

MARQUES NETO, Floriano P. de Azevedo. **O conflito entre princípios constitucionais:** breves pautas para sua solução. São Paulo: Revista dos Tribunais. Cadernos de direito constitucional e ciência política, 1995.

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material:** aportes hermenêuticos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil:** ley, derechos, justicia. Traducción de: Marina Gascón. Madri: Editorial Trotta, 2002. Título original: Il Diritto mitte. Legge diritti giustizia.