

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

TEORIA CONSTITUCIONAL

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA

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/UFS;

Coordenadores: Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-068-8

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

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria constitucional.
I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

O livro Teoria Constitucional, resultado do esforço de jovens e veteranos constitucionalistas brasileiros, reúne pesquisas relevantes sobre as novas perspectivas da teoria constitucional. Muito embora o constitucionalismo encontre os seus fundamentos nos séculos XVIII, XIX e nas primeiras décadas do século XX, tem passado por inúmeras e consideráveis transformações no século XXI por conta do novo lugar que tem sido reservado à constituição em um mundo globalizado.

Se nos séculos anteriores os elementos que deram vazão à ideia de constituição estavam assentados na necessidade de criar instrumentos para limitar o exercício do poder no âmbito dos estados nacionais, como forma de garantir as condições para que os cidadãos pudessem usufruir dos direitos fundamentais, os quais passaram a se constituir em anteparo diante dos abusos do poder estatal, no século XXI a questão que se coloca é como estender essas conquistas para espaços que ultrapassem as fronteiras dos estados nacionais, como mecanismo adequado para evitar que as forças sem controle de âmbito transnacional ou multinacional oprimam os indivíduos, por meio da inviabilização dos seus direitos fundamentais, porquanto operando em um universo não sujeito a regras ou a regras pouco efetivas.

A superação desse quadro exige uma reflexão profunda das ideias matriciais da teoria constitucional como fundamento para análise e reanálise de categorias as quais devem ser moldadas para oferecer condições de reflexão para busca de alternativas e estratégias para manter o poder ainda sem controle do mundo globalizado dentro de certos limites, os quais devem se relevar como fronteiras para a garantia dos direitos elementares da pessoa humana.

Os trabalhos intitulados A(sobre)posição dos influxos da política sobre o direito e a (simbólica) concretização constitucional: o rompimento do acoplamento estrutural e o surgimento de um acoplamento artificial; A busca pela efetivação da justiça: breve análise metodológica da intervenção em situações de conflitos entre princípios constitucionais; A constituição de 1988 e sua fórmula política: notas sobre a legitimidade do poder estatal a partir da realização da fórmula política; A nova ordem constitucional e a situação jurídica dos empregados públicos não efetivos: análise jurídica da regularidade dos contratos de trabalho celebrados e seus reflexos jurídicos; A possibilidade de incidência do controle de constitucionalidade sobre súmulas (não vinculantes) editadas pelos Tribunais Superiores; A

reclamação 4335/AC e seus reflexos para o direito brasileiro: novas perspectivas para a jurisdição e hermenêutica constitucional no Brasil; A redemocratização brasileira por meio da constituição brasileira de 1988: um paradoxo?; A interpretação das normas constitucionais de Häberle como alternativa ao positivismo jurisprudencial: análise do caso brasileiro; Acerca do poder constituinte decorrente: aplicação do princípio da simetria no processo legislativo; As questões institucionais e a estabilidade institucional; Constituição e racionalidade jurídica no contexto do neoconstitucionalismo; Matizes construtivas da supranacionalidade frente aos princípios e normas constitucionais; O controle de constitucionalidade das leis entre Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella; O controle de constitucionalidade das leis e a crítica de Jeremy Waldron; O diálogo institucional entre cortes constitucionais: a jurisdição constitucional justificada pelos diálogos transnacionais; O direito fundamental de liberdade no Brasil: limites e possibilidades frente à horizontalidade dos direitos fundamentais; O novo constitucionalismo pluralista latino-americano e o estado plurinacional da Bolívia; O perfil constitucional da saúde: reflexões teóricas se comparada acerca do reconhecimento do direito à saúde nas constituições brasileira e italiana; O poder executivo como intérprete imediato da Constituição: ensaio sobre os diálogos constitucionais travados a partir de políticas públicas; O positivismo jurisprudencial brasileiro: a judicialização da terra indígena Raposa Serra do Sol; O Welfare State na América Latina. A (in)efetividade das promessas da modernidade; O neoconstitucionalismo e o ser da constituição brasileira: entre simbolismo e substância normativa; Precedentes à brasileira: uma adaptação peculiar da Common Law; Reflexões para uma teoria da constituição adequada à proteção das pessoas portadoras de sofrimento mental, Pluralismo jurídico e plurinacionalidade na América Latina: lutas, limites e conquistas; Teoria da inconstitucionalidade por arrastamento na jurisprudência do STF e Uma (des) leitura da PEC 33/11: seria uma resposta (adequada) ao ativismo judicial? contribuem sobremaneira para esse debate, além de lançar luzes sobre peculiaridades do constitucionalismo brasileiro e de novos aspectos do constitucionalismo latino-americano.

**CONSTITUIÇÃO E RACIONALIDADE JURÍDICA NO CONTEXTO DO
NEOCONSTITUCIONALISMO PÓS-POSITIVISTA**

**CONSTITUTION AND LEGAL RATIONALITY IN THE CONTEXT OF POST-
POSITIVIST NEOCONSTITUTIONALISM**

**Clayton Gomes de Medeiros
Marcelo Paulo Wacheleski**

Resumo

O objetivo do presente trabalho foi produzir um texto explicativo e crítico a partir da temática central do constitucionalismo e da racionalidade jurídica no contexto do neoconstitucionalismo pós-positivista, onde se aborda a distinção ente constitucionalismo e neoconstitucionalismo, a racionalidade do direito nas perspectivas constitucionalista e neoconstitucionalista, bem como as respectivas razões determinantes de tais distinções e suas causas determinantes. Por fim buscou-se apresentar o papel da teoria da argumentação na teoria dos princípios, objetivando responder ao questionamento que se coloca a cerca da temática, busca-se revelar se o modelo do constitucionalismo sob princípios possibilita um déficit de racionalidade no direito e necessariamente permite uma abertura para o decisionismo, como sendo a decisão pautada em outros elementos distintos da racionalidade jurídica, trazendo ao ordenamento jurídico uma maior falibilidade. Foi empregado o método dedutivo bibliográfico objetivando descortinar os conceitos e conteúdos apresentados no trabalho, partindo-se de premissas gerais para as mais específicas.

Palavras-chave: Constitucionalismo; racionalidade jurídica; neoconstitucionalismo; pós-positivismo.

Abstract/Resumen/Résumé

The aim of this work was to produce an explanatory and critical text from the central theme of constitutionalism and legal rationality in the context of post-positivist neoconstitucionalism, which deals with the distinction being constitutionalism and neoconstitucionalista as well as the respective determinants reasons for such distinctions and their determinants. Finally we sought to present the role of argumentation theory in the theory of principles, aiming to answer the question that arises about the theme, we seek to reveal the constitutionalism of the model under principles enables "deficit" of rationality in law and necessarily allows an opening for decisionism, as the decision guided by other distinct elements of legal rationality, bringing the law further fallibility. Bibliographic deductive method aiming to unveil the concepts and contents at work, starting from general to more specific assumptions was employed.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutionalism; legal rationality; neoconstitutionalism; post-positivism.

1. INTRODUÇÃO

Empregando-se o método dedutivo bibliográfico objetivou-se descortinar os conceitos e conteúdos apresentados no trabalho, partindo-se de premissas gerais para as mais específicas, buscando distinguir os conceitos Constitucionalismo e Neoconstitucionalismo (ou positivismo e pós-positivismo). Remonta-se aos modelos de Estado e as formas como sofreram limitações de poder, pois relacionam-se diretamente aos conteúdos que se pretendeu tutelar nos diversos ordenamentos jurídicos que auxiliaram ou instigaram o desenvolvimento dos sistemas constitucionais.

O século XVII foi marcado pelo predomínio do “Estado autoritário” onde prevalecia a obediência às autoridades, como ocorriam nas monarquias absolutistas, tendo na figura do monarca, o poder máximo concentrado em suas mãos. De forma diversa no “Estado de polícia”, que predominou no século XVIII pautava-se no aspecto opressivo e obsessivo do intervencionismo estatal. (BOBBIO, 2004, p. 412-413) Já o “Estado de Direito”, releva-se no século XIX como sendo o modelo que se submete ao direito no intuito de proteger garantias positivadas em favor dos indivíduos. Tais modelos de Estados apresentam-se como estruturas de poder, que sofrem maior ou menor limitação.

Observa-se que esta realidade, quanto à limitação do poder, que se firma nos ordenamentos jurídicos modernos, não foi sempre assim, e que a construção histórica do Estado Constitucional demonstra a conquista dos direitos fundamentais inseridos nos ordenamentos jurídicos, e a formação do Estado moderno como resposta ao poder arbitrário do sistema feudal foi marcada pela preservação da liberdade.

No Estado de Direito os poderes públicos são regulados por normas gerais, quer sejam elas denominadas constitucionais ou leis fundamentais, refletindo a superioridade do governo das leis sobre o governo dos homens. Ainda, referindo-se ao Estado de Direito sob a perspectiva da doutrina liberal, este seria subordinado às leis ao mesmo tempo em que promove a constitucionalização dos direitos naturais, transformando-os em direitos juridicamente protegidos, ou seja, direitos positivos. (BOBBIO, 2013, p. 17-18)

Quanto aos direitos naturais, supracitados, tem-se como referência o termo jusnaturalismo, empregado para expressar a existência de direitos naturais reconhecidos socialmente, sem que decorram de norma jurídica emanada do Estado, e que devem ser respeitados por este, sendo tais direitos a base das revoluções liberais e fundamento das doutrinas políticas que enfrentaram a monarquia absolutista. Dai decorreu Declaração de Independência dos Estados Unidos da América em 1776 e a Revolução Francesa e sua

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, repletas de ideias jusnaturalistas, sob influência dos Contratualistas John Locke, Hobbes e Rousseau, assim se iniciando o constitucionalismo moderno. (BARROSO, 2013, p. 114-116)

2. CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO: ENTRE O POSITIVISMO E O PÓS-POSITIVISMO E A RACIONALIDADE DO DIREITO

Os direitos naturais foram incorporados pelos instrumentos normativos e ensinados dogmaticamente, tendo a Escola da Exegese imposto o apego ao texto e à interpretação gramatical e histórica, impedindo atuação criativa do juiz em nome de uma interpretação pretensamente objetiva e neutra. Com o advento do Estado Liberal consolidam-se os ideais constitucionais em textos escritos que simbolizam o auge, e em seguida a superação histórica do direito natural, com a sua incorporação aos ordenamentos positivos, dando guarida ao positivismo filosófico pautado na ciência como único conhecimento verdadeiro e conhecimento científico objetivo. (BARROSO, 2013, p. 117-117)

A racionalidade do positivismo jurídico, derivado do positivismo filosófico, objetivava dar a ciência jurídica uma cientificidade semelhante às ciências exatas e naturais, afastando-se de valores morais, subjetividades e decisionismo.

Pode-se enumerar algumas características do positivismo jurídico, dentre elas, a aproximação entre Direito e norma; a afirmação de que a norma jurídica é una e emana do Estado; a completude do ordenamento jurídico e o formalismo que dará validade à norma se observados os critérios e procedimentos para sua elaboração. (BARROSO, 2013, p. 118-119)

Este ideal de norma plenamente capaz de solucionar as possíveis lacunas e auto-completar, operou como uma ideologia de juízo de valor, por influenciar o direito, assim operando-se o fracasso político do positivismo.

O fracasso do positivismo deu abertura para maiores reflexões a cerca do Direito, sua função e interpretação, a este ideário de meios para entender o Direito, tem se denominado, pós-positivismo. (BARROSO, 2013, p. 119-120).

Evidencia-se que os termos positivismo e pós-positivismo se polarizam, e que trazem uma carga de significados distintos, mas se aproximam das terminologias Constitucionalismo e Neoconstitucionalismo, uma vez que o primeiro refere-se as regras matrizes do direito positivo, inclusive as limitações ao poder, como sendo um dos atributos da Constituição em favor das liberdades. (MENDES e BRANCO, 2013, p. 39.) Já o Neoconstitucionalismo

estaria mais próximo ou vinculado ao termo pós-positivismo, posto que indica uma perspectiva jusfilosófica que se caracteriza por ser constitucionalista, entendida como limites jurídicos ao poder político e anti-positivista, partindo da constitucionalização de um catálogo de direitos fundamentais, propondo assim um modelo teórico para a explicação e descrição do Direito do Estado Constitucional, afastando a tese juspositivista da separação conceitual de Direito e moral, propondo também um modelo axiológico-normativo em cujas linhas deveria desenvolver-se o Direito real. (POZZOLLO, 2003, p. 188.)

Destarte, tem-se a racionalidade do pós-positivismo, ou Neoconstitucionalismo, pautada em valores, princípios e regras.

No constitucionalismo ou positivismo o conceito de Estado de Direito poderá ser tomada num sentido débil ou formal, correspondendo aos ordenamentos em que os poderes públicos são conferidos pela lei e exercidos segundo os procedimentos estabelecidos na legislação. De modo diverso, o Estado de Direito em sentido forte designa tão somente aqueles ordenamentos jurídicos em que os poderes públicos estão vinculados à lei não somente quanto à forma, mas também quanto ao conteúdo. São os estados constitucionais em que o poder legislativo está vinculado aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais. (FERRAJOLI, 2003, p. 13)

Contrariando as Constituições anteriores, originadas de um contexto pré-definido onde é possível identificar as forças que originaram a construção de seu texto, a Constituição de 1988 se reinventa ao surgir do seio da Assembleia Constituinte. Essa característica do constitucionalismo moderno, presente na Carta de 1988, promove uma reaproximação do Direito com a ética e os valores, o que havia sido negado pelo positivismo jurídico consubstanciado no Estado Moderno da separação dos poderes. Sendo estes valores inseridos explícita ou implicitamente no texto constitucional e identificados como princípios e servindo, também, para dar harmonia e unidade ao texto constitucional, bem como, para reduzir as tensões internas das normas. “Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.” (BARROSO, 2003, p. 30)

Apresentam-se como pilares do Estado contemporâneo, primeiro a ideia de democracia como fundamento do poder e em segundo lugar a limitação do poder pelo Direito, onde a força normativa da Constituição serve como medida para as demais regras jurídicas balizando o agir do poder público. (SALGADO, 2007, p. 26)

No mesmo sentido Luís Roberto Barroso afirma que o constitucionalismo significa Estado de Direito, poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. (BARROSO, 2013, p. 25)

Luigi Ferrajoli estabelece que, dentre as muitas possibilidades de concepção quanto aos termos Constituição e Constitucionalismo, uma característica comum é a que todas transmitem a ideia de submissão dos poderes políticos, inclusive do Poder Legislativo, onde o Constitucionalismo equivale a um sistema jurídico, conjunto de limites, de vínculos substanciais e formais impostos à todas as fontes normativas, bem como uma teoria do direito, que torna-se uma concepção prévia de validade das leis, que devem observar se seus conteúdos estão em conformidade com os princípios de justiça e constitucionalidade estabelecidos. (FERRAJOLI, 2012, p. 13-14)

Para Luigi Ferrajoli o Constitucionalismo possui duas concepções opostas, que são de essencial relevância para este trabalho, uma concepção em que se entende haver a expansão ou o completamento do constitucionalismo, e outra em que a superação do sentido jusnaturalista ou ético-objetivista do positivismo jurídico, frequentemente traduzida por neoconstitucionalismo. (FERRAJOLI, 2012, p. 13-14)

No que se refere ao constitucionalismo como ideologia política, este pode identificar-se com a filosofia que considera que o Estado Constitucional de Direito representa a melhor ou mais justa forma de organização política. Assim apresentar o constitucionalismo como a melhor forma de governo há que se fazer frente a um óbice importante, qual seja, o óbice democrático ou o de supremacia do legislador, pois mais Constituição e maiores garantias judiciais reduzem as esferas de decisão das maiorias parlamentares. Desta forma, a filosofia política constitucionalista não é necessariamente equivalente ao chamado patriotismo constitucional, pois a primeira se refere a uma forma certa de organização do Estado de Direito e a segunda consiste em fazer da própria Constituição um elemento de adesão e integração política e social. (SANCHÍS, 2003, p. 102)

O neoconstitucionalismo apresenta-se como uma nova perspectiva de algumas das ideias centrais do positivismo jurídico. (SANCHÍS, 2003, p. 103)

Observa-se, então, que o neoconstitucionalismo prospera ao apresentar ao Direito uma possibilidade de ação interpretativa. Uma das maiores diferenças entre os neoconstitucionalistas e os constitucionalistas esta relacionada a rigorosa separação positivista entre Direito e moral.

Pode-se entender o Estado atual como o principal ator a serviço da proteção dos direitos que aparecem como valores morais externos à ordem jurídica, e ao se referir a valores morais, tem-se que o constitucionalismo não conseguiria dar guarida aos aspectos garantistas, em razão de sua submissão limitada a lei.

Suzana Pozzollo emprega o termo neoconstitucionalismo para indicar uma perspectiva jusfilosófica que se caracteriza por ser constitucionalista, entendida como limites jurídicos ao poder político e anti-positivista, onde o neoconstitucionalismo parte da constitucionalização de um catálogo de direitos fundamentais, propondo assim um modelo teórico para a explicação e descrição do Direito do estado constitucional, afastando a tese juspositivista da separação conceitual de Direito e moral, propõe também um modelo axiológico-normativo em cujas linhas deveria desenvolver-se o Direito real. (POZZOLLO, 2003, p. 188)

O neoconstitucionalismo é o resultado da Constituição como regra de jogo da competência social e política que permite garantir a autonomia dos indivíduos como sujeitos privados, e da Constituição como um programa diretivo (SCHIER, 2001, p. 136) de transformação social e política, não tendo apenas um papel de fixar regras, mas sim, condicionar em maior ou menor grau as futuras decisões coletivas, mediante o reconhecimento de cláusulas que incidem nas políticas públicas. Assim, os documentos jurídicos do neoconstitucionalismo se caracterizam, efetivamente, porque estão repletos de normas que indicam as autoridades públicas e aos particulares o que devem ou não fazer, geralmente recebem distintas denominações como valores, princípios, diretrizes, direitos ou garantias, no entanto como se tratam de normas supremas sua eficácia é direta e imediata. (SANCHÍS, 2003, p. 108-111)

A Constituição pode ser vista, assim como as demais normas, tendo a pretensão de que a realidade se ajuste ao seu conteúdo. Pois o constitucionalismo forte apresenta como características uma Constituição com normas superiores que condicionam a validade de todos os demais componentes do ordenamento jurídico, as quais representam um critério de interpretação prioritário, com eficácia ou aplicação direta, pois enquanto norma suprema sua aplicação será obrigatória. Além de ser uma garantia judicial, na medida em que realizam um controle concreto e abstrato. Por fim, possui um denso conteúdo normativo que tem como destinatários os cidadãos em suas relações jurídicas. (SANCHÍS, 2003, p. 116)

O anti-positivismo presente no neoconstitucionalismo baseia-se nas mudanças estruturais que levam o Estado Constitucional a modificar o Estado de Direito, caracterizado pela redução das fontes jurídicas à lei, o que representa, por um lado, a expressão da vontade do legislador e, por outro lado, o princípio da legalidade. Com a introdução da carta

constitucional, que colocou a lei em uma posição subordinada e introduziu, junto aos critérios de validade formal já presentes, critérios de validade material capazes de condicionar a atividade legislativa. O positivismo seria inadequado para dar conta do Direito do Estado Constitucional, pois se altera o objeto, também o método de análise deve ser alterado, pois está ligado ao Estado de Direito. (POZZOLLO, 2003, p. 188-190)

A razão mais relevante da superação do positivismo, ou constitucionalismo, pelo chamado neoconstitucionalismo refere-se à noção de validade jurídica, entendida como estrita ou exclusivamente formal, que se revela inadequada e insuficiente para ser empregada pelo Direito do Estado Constitucional.

Os ordenamentos jurídicos ocidentais do pós-guerra seriam exemplo de Direito Constitucionalizado para os quais o juspositivismo seria inadequado, posto que reconhecem princípios de justiça e direitos fundamentais que impõe ao Estado tarefas de intervenção na sociedade e na economia, transformando o arbitro em julgador. Logo, o Estado não mais se permite apenas limitar o respeito das liberdades negativas, mas passa a assumir tarefas ativas para cumprir direitos positivos. (POZZOLLO, 2003, p. 190)

Assim, princípios e direitos são constitucionalizados através de expressões mais amplas e abertas à interpretação, que para serem aplicadas se faz necessário tomar uma posição moral destinada a lhes dar concretude.

Robert Alexy retrata da relevante distinção entre regras e princípios, e que não pode haver nenhuma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nenhuma doutrina satisfatória sobre colisões, nenhuma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico, sem essa distinção (entre regras e princípios). A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. ALEXY, 2008, p. 63-64)

Evidencia-se que tanto regras quanto princípios são normas, na medida em que ambos dizem o que deve ser, ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de “dever-ser”, ainda que de espécie muito diversa. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas e passa a apresentar três teses: 1) a que sustenta que toda tentativa de diferenciar as normas em duas classes, a das regras e a dos princípios, e seria diante da diversidade existente fadada ao fracasso; 2) a que é defendida por aqueles que embora aceitem que as normas possam ser

divididas de forma relevante em regras e princípios, salientam que essa diferenciação é somente de grau; 3) e a que para ele seria a correta, onde sustenta que as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença qualitativa. (ALEXY, 2008, p. 64-67)

Entendendo que normas podem ser distinguidas em regras e princípios, não apenas por uma questão de graduação de relevância, mas por uma questão qualitativa da norma retratada.

Ronald DWORKIN, segundo o qual as diferenças entre princípios e regras podem ser estabelecidas em dois aspectos: (i) distinção lógica: as duas proposições normativas direcionam a decisão sobre obrigações jurídicas em circunstâncias específicas, contudo dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, contudo com diversa natureza. “As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.” (ii) A segunda perspectiva de diferenciação está na distinção quanto à dimensão: “[...] os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou da importância. Quando os princípios se inter cruzam [...] aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. [...] não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.” (DWORKIN, 2010, p. 39)

A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. (ALEXY, 2008, p. 63)

Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, ou seja, mandamentos de otimização, que podem ser satisfeitos em graus variados, e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. Tem-se que princípios podem ser mais ou menos satisfeitos, já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige, nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio. (ALEXY, 2008, p. 68)

Nota-se que o fato de princípios poderem ser mais ou menos satisfeitos não lhes retira a relevância, muito pelo contrário, isso lhes dá uma margem de realização em qualquer caso, posto que podem ser mais ou menos satisfeitos, o que se deduz é que em qualquer das hipóteses será ao menos minimamente realizado, não trata-se de uma norma binária (ou realiza tudo ou não se realiza nada), destarte ao se tratar de princípio sempre deve-se ter ao menos uma realização mínima, o mesmo não ocorrerá com a regras que podem ser totalmente satisfeita ou não satisfeitas, ou seja, uma realização binária.

Em outras palavras Gustavo Zagrebelsky retrata a ductilidade do texto constitucional, para que haja uma interpretação “maleável”, para que haja a coexistência de valores e de princípios, sobre o que hoje se baseia necessariamente uma Constituição para não renunciar às suas tarefas de unidade e integração e ao mesmo tempo não se fazer incompatível com sua base material pluralista, assim se exige que tais valores e princípios se assumam com caráter não absoluto. (ZAGREBELSKY, 1995, p. 14)

Um dos traços característicos do constitucionalismo atual consiste na fixação mediante normas constitucionais, de princípios de justiça material destinados a informar todo o ordenamento jurídico, o que significa numa mudança referente às concepções do Estado de Direito, sendo que tais princípios não tinham incidência jurídica prática. (ZAGREBELSKY, 1995, p. 93)

Observa-se, então, que os princípios operam como mandamentos de otimização, significa dizer que podem ser concretizados em maior ou menor grau, mas que o princípio inserido em um ordenamento jurídico busca a otimização, a melhoria, resultado mais favorável, já que ele (o princípio) poderá cada vez mais ser concretizado em maior grau, um princípio soa como uma busca incessante pela melhoria constante e ascendente.

3. O PAPEL DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO NA TEORIA DOS PRINCÍPIOS

O juspositivismo busca separar Direito e moral, mas tal separação não se faz presente no neoconstitucionalismo, que tende à retomada entre Direito e moral nos documentos constitucionais.

Com relação às epistemologias contemporâneas, Paulo Ricardo Schier, afirma que não há mais espaço para verdades absolutas, inquestionáveis e universais. O espaço do “nós pensamos” toma lugar do autoritário “penso, logo existo”. A ciência deixa se der lugar do solitário investigador para se tornar o lugar do diálogo. A dimensão epistemológica das

ciências sociais abre espaço para o homem, através de uma razão dialógica capaz de estabelecer consensos e compromissos. (SCHIER, 1999. p. 45-48)

Assim, o direito deixa de ter a ideia de transitar no campo de verdades incontestáveis ou definitivas, passa a demandar uma de argumentação bem estruturada, pois a construção de uma nova tradição exige um ônus de justificação mais acentuado, não sendo compatível com o discurso das respostas prontas, dogmáticas, incontestáveis, onde se pode notar a relevância da teoria da argumentação para a teoria dos princípios. (SCHIER, 2013)

O que diferencia as Constituições do direito infraconstitucional não é apenas a questão de hierarquia normativa ou grau, mas também seu conteúdo qualitativo. A incorporação de valores, enquanto direitos fundamentais, determina a não separação do conteúdo ético do conteúdo jurídico da Constituição. Para atribuir sentido as disposições constitucionais seria preciso dar sentido concreto aos valores e adotar certa concepção de princípios e de direitos fundamentais. Não apenas por ser o vértice do sistema normativo, pelo valor moral que parece ser o único a dar unidade a um sistema que perdera sua sistematicidade interna pela falta de sentido, mas pela pulverização e incoerência da lei e de outras fontes de direito. As normas substituídas por valores explicaria a inadequação do método positivista pensado para um Direito composto apenas por normas, como do Estado legalista é uma das teses fundamentais dos neoconstitucionalistas. (POZZOLLO, 2003, p. 198-200)

No Estado Constitucional é a Constituição a norma hierarquicamente superior, tanto formalmente como substancialmente. A Constituição não impõe ao legislador somente o respeito lógico-formal, mas também o desenvolvimento de normas constitucionais e sua aplicação. As Constituições são dotadas de força, derivada, justamente, de ter constitucionalizado valores que converteriam a Constituição em um objeto completamente diferenciado do Direito infraconstitucional: a Constituição como um valor em si, e que dependem da Teoria da Argumentação para sua efetividade.

Porém, como elabora Paulo Ricardo Schier, o processo de constitucionalização, permite indiscutíveis avanços, mas pode propiciar indubitáveis retrocessos quanto ao perigo de uma subjetivação excessiva do direito, de uma incontrolável moralização da juridicidade, de uma fuga da teoria do direito para a teoria da argumentação, da crise da democracia representativa e dos problemas que dizem respeito com a própria controlabilidade e racionalidade das decisões. (SCHIER, 2013)

O Direito por princípios torna-se flexível e dúctil, necessita de uma metodologia interpretativo-aplicativa que não seja severamente dedutiva como a subsunção, mas sim, de uma técnica ponderativa ligada á razoabilidade prática e a instrumentos equitativos uma

metodologia ligada ao balanceamento de princípios e valores em cada caso concreto. O intérprete assume o papel de guardião do constitucionalismo moderno. Desta forma, a lei ocupa posição subordinada aos ditames constitucionais, um papel residual, perderia seu caráter de livre expressão do poder político, se converteria em mero instrumento de atuação dos princípios constitucionais. O neoconstitucionalismo afirma que positivismo jurídico e Direitos do Estado constitucional são incompatíveis por diversas razões, como por exemplo o positivismo ideológico que sustenta que o Direito positivo é justo e deve ser obedecido pelo simples fato de ser positivado, ou mesmo pela concepção positiva de que a lei ordinária possui posição soberana, sendo que no Estado constitucional ela se subordina à Constituição, e ainda em razão do juspositivismo como metodologia, que separou o Direito de moral, expulsando a moral do horizonte jurídico, sendo que o Direito Constitucional, por sua vez está arraigado de princípios morais positivados. (POZZOLLO, 2003, p. 193-195)

O Neoconstitucionalismo como teoria do direito pode resumir-se em cinco máximas: I) mais princípios do que regras; II) mais ponderação do que subsunção; III) onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes; IV) onipresença judicial ao invés de autonomia do legislador ordinário; V) coexistência de uma pluralidade de valores. O neoconstitucionalismo se projeta sobre a teoria das fontes de modo que não é mais possível seguir o rigoroso legalismo. (SANCHÍS, 2003, p. 118)

A teoria da argumentação ganha, desta forma, papel de suma relevância para a compreensão e concretização do Neoconstitucionalismo, como sendo o primado dos princípios, que devem ser ponderados e não subsumidos, orientadores de todas as áreas jurídicas e hierarquicamente superiores às leis ordinárias.

A compreensão do sistema jurídico exige a presença normativa de regras e princípios, caso contrário a presença de um sistema constituído exclusivamente por regras reduziria a racionalidade prática fomentando a produção legislativa e inflacionando desnecessariamente a regulação dos comportamentos. “Conseguir-se-ia um ‘sistema de segurança’, mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto. Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. Corresponderia a uma organização política monodimensional. (CANOTILHO, 2003, p. 1162)

O desejo de um sistema exclusivamente principiológico também quebraria a busca da segurança jurídica e tornaria mais complexa a aplicação do próprio sistema jurídico. Para J. J. Gomes Canotilho o modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios poderia

conduzir à consequências também inaceitáveis, com a indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema. (CANOTILHO, 2003, p. 1162)

No mesmo sentido Paulo Ricardo Schier, afirma a impossibilidade de existência de um sistema jurídico baseado apenas em regras, pois seria ineficiente para a solução de casos difíceis, bem como inviável um sistema composto apenas por princípios, pois não daria respaldo para solucionar os enunciados imprecisos contidos nas regras para a solução de casos concretos. (SCHIER, 2001, p. 104)

Assim, se faz necessária a Teoria da argumentação jurídica, para contribuir com esta estruturação do direito e para que a ponderação não represente uma desconstrução da segurança jurídica no ordenamento.

4. O MODELO DO CONSTITUCIONALISMO SOB PRINCÍPIOS POSSIBILITA UM “DÉFICIT” DE RACIONALIDADE NO DIREITO E NECESSARIAMENTE PERMITE UMA ABERTURA PARA O DECISIONISMO?

Questiona-se se o Neoconstitucionalismo seria uma abertura para um “deficit” de racionalidade que teria como consequência o decisionismo e o subjetivismo às decisões e interpretações das normas, trazendo ao ordenamento jurídico uma sensação de insegurança jurídica, já que trabalha com valores morais e princípios que ultrapassam os critérios básicos adotados pelo juspositivismo.

Para responder ao questionamento feito, nota-se que o decisivo não é mais a mera existência de uma Constituição, mas sim uma Constituição com qualidades materiais ou substanciais, onipresente em todo processo de criação e aplicação do Direito. (SANCHÍS, 2003, p. 119)

Humberto Ávila afirma que as mudanças trazidas pelo Neoconstitucionalismo possuem um relação de causa e efeito, ou de meio e de fim, e que há um encadeamento em sua construção, que seriam as Constituições do pós-guerra, inclusive a Constituição de Brasileira de 1988, repletas de princípios em detrimento de regras, e o modo de aplicação dos princípios seria a ponderação em vez de subsunção, e esta aplicação dependeria mais do Poder Judiciário, que teria que realizar uma atividade de análise mais individual e concreto, levando-se assim a uma aplicação mais centrada na Constituição. (ÁVILA, 2009, p.188)

Embora faça a apresentação desta construção quanto ao Neoconstitucionalismo, Humberto Ávila, elabora uma crítica, onde conclui que não se pode afirmar que a Constituição Brasileira tenha adotado um modelo normativo principiológico, e nem a orientação de que seus fundamentos encontram referibilidade no ordenamento jurídico brasileiro, logo auxiliaria a desvalorização do Constitucionalismo Brasileiro. (ÁVILA, 2009, p.202)

Para Paulo Ricardo Schier na fase pós-positivista, os princípios operam como expressão de justiça, e caracterizam o núcleo, o “coração das Constituições”, servindo como base para a leitura de todas as questões da dogmática jurídica, evitando-se uma interpretação meramente formal, nesta fase impõe-se a adequação material e substancial com os padrões de justiça positivados na Constituição. (SCHIER, 2001, p. 107)

Em virtude do caráter diretamente normativo da Constituição suas cláusulas são de imediata eficácia, com independência e superioridade à lei. As tensões que ocorrem dentro da Constituição não se resolvem na lei ou no Tribunal Constitucional, mas sim na sociedade aberta dos interpretes constitucionais. Deste modo, o sistema de valores desordenado, porque mais de um princípio entra em jogo num determinado caso, deve ser ponderado por juízes. (SANCHÍS, 2003, p. 125)

Neste ponto apresenta-se o risco para o decisionismo, a possibilidade da presença de decisões pautadas em subjetivismo, o que traria o risco ao Direito por afastar a racionalidade e a segurança jurídica.

Ocorre que o Neoconstitucionalismo não tem por fim afastar a racionalidade de seu modo de operar, mas sim controlar, inclusive, traçando meios para o controle do decisionismo.

Para tratar da teoria da argumentação jurídica nota-se que a fundamentação jurídica sempre diz respeito à questões práticas, ou seja, àquilo que é obrigatório, proibido e permitido. No discurso jurídico existe de uma série de condições restritivas, às quais a argumentação jurídica se encontra submetida e se referem à vinculação à lei, ao precedente e à dogmática. Mas essas condições, que podem ser expressas por meio de um sistema de regras e formas específicas do argumentar jurídico, não conduzem a um único resultado nos casos concretos. São necessárias valorações que não são dedutíveis diretamente do material normativo, mas indaga-se se essas valorações são passíveis de um controle racional. (ALEXY, 2008, p. 548)

A racionalidade pode operar como mecanismo de controle da argumentação jurídica, já que no discurso jurídico há uma série de condições restritivas, na medida em que estas condições são passíveis do controle de racionalidade.

Relevante contribuição para entender a abertura, embora não apresente um critério de racionalidade, mas um critério ideológico, é feita por Gustavo Zagrebelski, ao afirmar que o Direito Constitucional é um conjunto de materiais de construção, mas o edifício concreto não é obra da Constituição enquanto tal, mas sim de uma política constitucional que versa sobre as possíveis combinações destes materiais. (ZAGREBELSKY, 1995, p. 13)

Tais materiais seriam as regras e os princípios, que por si só representam apenas letra da norma, mas a significação e aplicação de tais materiais se dará pelos interpretes, concretizando a política constitucional, e este interprete se valerá neste momento da ponderação.

A ponderação apresenta-se como método indispensável para aplicação dos princípios. As regras, ao contrário são normas que apresentam um conteúdo realizável dentro do juridicamente possível e se reconhecidas como válidas devem ser obrigatoriamente aplicáveis.

A ponderação realizada a partir da proporcionalidade subdivide-se em subprincípios denominados como adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. “Os subprincípios da adequação e da exigibilidade ou indispensabilidade, por seu turno, determinam que, dentro do faticamente possível, o meio escolhido se preste para atingir o fim estabelecido, mostrando-se, assim, ‘adequado’. Além disso, esse meio deve se mostrar ‘exigível’, o que significa não haver outro, igualmente eficaz, e menos danoso a direitos fundamentais”. (GUERRA FILHO, 2003, p. 70-71) A estrutura da ponderação importará na proporcionalidade em sentido estrito mediante a demonstração de que o meio utilizado foi o mais adequado para atender a necessidade existente com o menor sacrifício ao princípio colidente. “No último passo do controle da proporcionalidade em sentido estrito, verifica-se se a importância da satisfação do princípio que opera em sentido contrário justifica o dano ou a não-satisfação do outro. Há, portanto, um cotejo da vantagem para o princípio preferido com o custo que se carrega para o princípio relegado.” (BRANCO, 2009, p. 180)

Porém, na solução de um caso concreto podem ser utilizadas tanto as regras quanto os princípios constitucionais, que permitirão uma melhor sistematização do ordenamento jurídico, bem como uma maior relação entre a norma e a realidade.

Hodiernamente diversas decisões judiciais são pautadas apenas em princípios abstratos como se as regras não existissem, evidente que há a possibilidade de se afastar a incidência de uma regra quando esta for inaplicável ao caso concreto. Porém, qualquer decisão deve ser

devidamente fundamentada, especialmente quando se afasta a subsunção da norma ao fato, pois a fundamentação das decisões judiciais deve demonstrar que o resultado alcançado foi o mais adequado.

Estefânia Maria de Queiroz Barboza, enfrenta tal questionamento remetendo-se aos países do Common Law, que nunca tiveram a ilusão de que os limites do intérprete estariam contidos no próprio texto normativo, porém, não se deixa de analisar a coerência e segurança jurídica do sistema, dando-se a relevância aos precedentes vinculantes assim como na razão de decidir para a vinculação dos precedentes nos casos futuros e as hipóteses de revogação e distinção dos precedentes como componentes da própria doutrina. (BARBOZA, 2014, p. 193-194)

A fundamentação das decisões é mais que um dever judicial, passa a ser um requisito formal de validade e de legitimidade indispensáveis num Estado Democrático de Direito, de outra forma, seria a abertura ao decisionismo judicial e a perda e distorção da segurança jurídica. (SARMENTO, 2006, p. 36-37)

Daniel Sarmento, revela que é possível que um juiz mediano no momento da aplicação do direito, nem sempre tenha capacidade ou condições de avaliar criticamente a moralidade positiva vigente na sociedade em que está inserido, mas tal problema afetará a todos, mas no caso dos juízes, haverá a vantagem de suas decisões necessitarem de motivação, como previsto no artigo 93, inciso XI da Constituição de 1988. (SARMENTO, 2009, p. 321)

O modelo de interpretação principialista aqui apresentado, espelha-se em doutrinas e constituições diversas, como bem mostra Virgílio Afonso da Silva, afirmando que os quatro ou cinco métodos de interpretação constitucional não são necessariamente complementares (as vezes são conflitantes), e quem se dedicar à usar um destes métodos deverá arcar com o ônus da demonstração de sua aplicabilidade e primazia. Afirma, ainda, que seria de suma importância que no Brasil se desenvolvesse uma Teoria Constitucional Brasileira, mas não abre mão do que já foi construído pela doutrina brasileira, ou não possam ser útil à uma Teoria Constitucional Brasileira, logo admite a utilidade das teorias até então esposadas. (SILVA, 2005, p. 134-143)

A necessidade da construção de parâmetros que devem ser “buscados para balizar e controlar a interpretação jurídica, de modo a assegurar, ao menos, a aplicação isonômica do direito”, apontando-os “...como elementos de verificação da racionalidade do discurso” (reconhecendo-os como “os únicos instrumentos capazes de controlar em alguma medida as possibilidades quase ilimitadas que a ponderação oferece”). Indica, além de parâmetros especiais ou particulares, dois parâmetros gerais para solução dos conflitos no sistema, “eles

servem de referência a ser usada pelo aplicador diante de qualquer conflito” ... “podem ser descritos da seguinte forma: (I) em uma situação de ponderação, regras (constitucionais e infraconstitucionais) devem ter preferência sobre princípios; e (II) as normas que atribuem ou promovem diretamente direitos fundamentais dos indivíduos devem ter preferência sobre as que com elas por acaso se choquem e se liguem à realização desses direitos apenas de forma indireta.” (BARCELLOS, 2005, p. 160-164)

Ao assumir o pluralismo em uma constituição democrática, assume-se uma proposta de soluções e coexistência possíveis, “um compromisso de possibilidades” e não um projeto rigidamente ordenador baseado na força política. Somente assim pode-se ter constituições “abertas”, que permitam, dentro dos limites constitucionais, tanto a espontaneidade da vida social quanto a concorrência para assumir a direção política. Será assim a política constitucional derivada da adesão e do abandono do pluralismo, e não a Constituição que determinará os resultados constitucionais históricos. Logo, não se pode pensar na Constituição como centro irradiador, mas sim como centro onde tudo deve convergir (centro a alcançar e não centro de onde partir). (ZAGREBELSKY, 1995, p. 14)

Por fim o panorama jurídico traz uma Constituição de princípios garantidos através de mecanismos jurisdicionais, papel este a ser assumido pela argumentação ou pela racionalidade jurídica. (SANCHÍS, 2003, p. 133)

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Constitucionalismo pós-positivista, ou Neoconstitucionalismo, adota uma roupagem distinta do Constitucionalismo positivista, que tinha nas regras sua máxima, cabendo pouco ou nenhum campo para a interpretação das normas jurídicas existentes em um dado ordenamento jurídico.

As Constituições do pós-guerra em repúdio à sobreposição de direitos naturais, buscaram normatizar direitos e garantias superando o positivismo, que já havia cumprido seu relevante papel até este dado momento. Com a normatização de direitos fundamentais teve lugar a coexistência de regras e princípios dentro do mesmo arcabouço jurídico.

Regras e princípios passam a ter conteúdos distintos, sendo os princípios normas abertas e gerais com maior potencial axiológico, oferecendo a possibilidade de interpretação e valoração.

Decorrem deste modelo algumas soluções advindas da abertura normativa para a resolver casos difíceis, porém, encontram-se novos desafios para a Teoria do Direito e da Argumentação sob o prisma da Teoria dos Princípios, na medida em que tal abertura pode resultar em decisionismo ou subjetivismo por parte do interprete, o que deixaria a Teoria do Direito em risco por não possibilitar uma segurança jurídica, e, em diversos casos um sensação de injustiça ou desigualdade.

Assim diversos pensadores do Direito vem estudando a Teoria do Direito e da Argumentação Jurídica, para que seja pensada e construída em sintonia com o calçamento necessário ao ordenamento jurídico. Novas teorias e métodos são apresentados e analisados sob o enfoque epistemológico, de maneira que afastem o subjetivismo e mantenham a racionalidade das decisões no que se chama de Neoconstitucionalismo.

As sociedades pluralistas atuais não possuem força suficiente para se fazerem exclusiva e dominantes, ou seja, para estabelecer a base material da soberania estatal no sentido do passado, mas conferem à constituição estabelecer e realizar as condições de possibilidade da vida em comum. Assim a Constituição representa um ponto de partida para a garantia de legitimidade para cada um dos setores sociais, para tentarem imprimir ao Estado os significados, no âmbito das possibilidades oferecidas e pelo compromisso constitucional.

Desta forma as normas jurídicas como as retratadas no Constitucionalismo positivista, não dava abertura e condições hermenêuticas de compreensão e realização da Carta de Direitos positivados, posto que limitadas pelo positivismo e uma interpretação meramente gramatical ou literal da norma, diante de uma pluralidade de necessidades, anseios e conflitos sociais, que o trabalho prospectivo do legislador já não consegue alcançar, sem trazer a baila a globalização, as novas tecnologias e a velocidade com que o mundo, a sociedade e por consequência o direito se movimentam.

O Neoconstitucionalismo, como sendo uma referência ao Constitucionalismo pós-positivista, pauta-se em princípios que possuem um caráter mais geral e abrangente de norma constitucional, e permite que a Constituição seja um instrumento norteador das interpretações e decisões jurídicas. Não abre mão da regras, que ainda são úteis em seu sistema jurídico.

Ressalta-se que o subjetivismo e o decisionismo não são incorporados pelo Neoconstitucionalismo, embora sejam questionados, a Teoria da Argumentação jurídica pauta-se pela racionalidade, como pode-se notar na fundamentação das decisões para afastá-los.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (organizadores). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva: 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: _____. (organização). **A nova interpretação Constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **O Novo direito constitucional brasileiro: Contribuições para a construção teórica e prática da justiça constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 12. ed. Vol. 1. Brasília: Universidade de Brasília. 2004.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2013.

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

FIORAVANTI, Maurizio. Estado y constitución. *In: _____*. (organização). **El Estado Moderno en Europa: instituciones y derecho**. Madrid: Trotta, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução André Karam Trindade. *In: FERRAJOLI, Luigi. ROSA, Alexandre Morais da...[et al.]* **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev, atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e democracia: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003.

SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. *In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; _____; BINENBOJM, Gustavo* (organizadores). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. *In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel* (coordenação). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional: Construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1999.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito constitucional: anotações nucleares**. Curitiba: Juruá, 2001.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Constitucionalização do direito no contexto da constituição de 1988**. Texto inédito cedido pelo próprio autor, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da Silva. Interpretação constitucional e sincretismo metodológicos. *In:* _____. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

POZZOLLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. *In:* CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Trotta: Madrid, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho Dúctil**: Ley, derechos, justicia. Tradução Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.