

**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

CONSTITUTION AND LAW RATIONALITY IN THE CONTEXT OF NEOCONSTITUCIONALISM

**Juliane Andrea de Mendes Hey Melo
Rosa Maria Alves Pedroso**

Resumo

Este artigo visa abordar e discutir se o modelo de constitucionalismo sob princípios possibilita um déficit de racionalidade no direito e se, necessariamente, permite uma abertura para o decisionismo. Analisa-se o período do constitucionalismo, de modo a entender a racionalidade imposta por este modelo e sua impropriedade para as novas Constituições da metade do século XX, para analisar as propostas do modelo neoconstitucionalista, atualmente vigente em nosso ordenamento jurídico, de modo a perceber a presença de um modelo não apenas de princípios, mas de regras e princípios. Percebe-se que a abertura do sistema a princípios não é inconsequente, pois a teoria da argumentação lhe imprime racionalidade.

Palavras-chave: Constituição, Racionalidade, Princípios, Neoconstitucionalismo, Argumentação, Ponderação

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to investigate and discuss if the model of constitutionalism under principles allows a "deficit" of rationality in the law and if, necessarily, allows an opening for decisionism. Analyzes the constitutionalism period in order to understand the rationality imposed by this model and its inadequacy for the new Constitutions half of the twentieth century, to analyze the proposals of neoconstitucionalist model, currently use in our legal system, in order to understand the presence of not only a model of the principles, but by rules and principles. It can be seen that the opening of the principles system is not inconsequential, as the theory of argumentation gives it rationality.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitution, Rationality, Principles, Neoconstitucionalism, Argumentation, Balancing

1. Introdução

É assente que hodiernamente não há mais lugar para um constitucionalismo pautado no positivismo jurídico, uma vez que valores maiores expressados por princípios compõe as Constituições contemporâneas.

Entrementes, esse modelo principiológico ainda gera muitos debates. Entre eles, tema de grande relevância na ciência jurídica é se esse modelo de constitucionalismo sob princípios possibilita um “déficit” de racionalidade no direito e necessariamente permite uma abertura para o decisionismo.

Neste trabalho, com o objetivo de contribuir para este debate, analisa-se o período do constitucionalismo (também chamado por muitos por positivismo), de modo a entender a racionalidade imposta por este modelo e sua impropriedade para as novas Constituição que surgem na segunda metade do século XX. Em seguida, analisa-se as propostas do modelo pós-positivista, atualmente vigente em nosso ordenamento jurídico, de modo a perceber a presença de um modelo não apenas de princípios, mas de regras e princípios.

Neste ponto, percebe-se a abertura proporcionada pelos princípios no ordenamento jurídico, principalmente quando colidentes. Isso, porque, a colisão de princípios constitucionais leva a necessidade de ponderação destes, de modo que coexistam, mesmo um precedendo ao outro.

Por fim, é aqui que se percebe a necessidade de imprimir racionalidade ao modelo por meio da teoria da argumentação no modelo de princípios.

Desde já ressalta-se que a presente abordagem não possui a pretensão de exaurir a temática, e sim conceder um panorama geral dos estudos desenvolvidos a respeito.

2. As características e racionalidade do constitucionalismo

O Constitucionalismo, como essência, significa limitação do poder e supremacia da lei (BARROSO, 2009. p. 5).

Em que pese incipiente, Barroso (2009. p. 6/7) entende que o constitucionalismo encontra suas origens na cultura grega e na república romana, uma vez que já havia um ideal constitucionalista de limitação de poder. Já o constitucionalismo moderno, que nos interessa no momento, nasce com a revolução francesa e com a Constituição Americana de 1787 (FIORAVANTI, 1998, p. 77)¹.

Fioravanti (1998, p. 77/78)² bem explica que enquanto a revolução francesa tende a combinar o modelo individualista com o estadista, a revolução americana tende a combinar o individualismo e o historicismo, excluindo de seus horizontes as filosofias estadista europeias da soberania política. Ou seja, a revolução francesa teve como mote justamente o rompimento com o regime anterior (Estado Absolutista) para fundar um nova ordem estruturada sobre o sujeito único de direitos, já na revolução americana, o rompimento não era uma preocupação, por não existir um regime anterior (existia uma pátria mãe que não se configurava como oposição) e pela vontade de continuar com o sistema de *common law* herdado da Inglaterra. Essas características culminam em dois regimes constitucionais com racionalidades distintas, um pautado num modelo de regras e o outro pautado no modelo de princípios.

Neste primeiro momento, o presente artigo concentra-se no constitucionalismo construído a partir da Revolução Francesa, que deu origem ao modelo positivista. Como bem leciona Zagrebelsky (2007, p. 47), a teoria dos direitos públicos subjetivos, desenvolvida no século XIX e conforme os postulados do Estado de Direito, pretendia limitar o princípio segundo o qual frente à autoridade do Estado Soberano não podiam existir mais que posições de sujeição. Dessa maneira, o Estado não estava mais a margem ou acima da lei, mas dentro e submetida a esta. Com isso, produziu-se segurança e igualdade com a proteção das pessoas das ações arbitrárias do Estado.

Neste sentido, na Declaração dos Direitos do Homem e dos Cidadãos, em 1789, é afirmada pela primeira vez a soberania de uma nação no artigo terceiro³. Com isso, a função jurisdicional outrora exercida como governo de território passa a ser de mera aplicação mecânica da vontade soberana contida na lei. Portanto, há um engrandecimento da função legislativa, já que esta presume conter a vontade geral. Assim, a lei está na vanguarda desse novo modelo porque contém a vontade da nação soberana que deliberou sobre a supressão dos antigos particularismos (FIORAVANTI, 2004, p. 24).

¹ Para melhor compreensão dos fatores históricos, recomenda-se a leitura de: BARROSO, 2009. p. 6/33.

² No mesmo sentido: “La quadra demonstra como as primeiras constituições do mundo (com exceção do constitucionalismo americano) tratam de dar resposta ou submeter ao controle o poder do monarca absoluto.” STRECK, 2004, p. 97.

³: “O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente”.

Todavia, ao legislador não é imposta nenhuma limitação legal já que era o próprio senhor dela: “*Estar sujeto a sí mismo no es sujeción, sino libertad*” (ZAGREBELSKY, 2007, p. 48). Streck (2004, p. 97) bem esclarece que o Poder Legislativo não era um “órgão do Estado que deva submeter-se a nenhum mandato superior porque aparece primeiramente como representação do povo que tem por missão defender a liberdade e a propriedade frente ao monarca”.

Portanto, os juízes são suspeitos nesse sistema, pois a lei deve ser aplicada de maneira clara e uniforme, para que entre a aplicação da lei e a vontade geral não exista a interferência de nenhuma vontade particular (FIORAVANTI, 2004, p. 25). Neste sentido, coloca Barboza (2014, p. 71) que “a *rule of law* na França se tornou equivalente ao conceito de supremacia do Parlamento e seu corolário, o princípio da legalidade”.

O desenvolvimento do positivismo jurídico é impulsionado pelas grandes codificações, que representaram no direito “a realização política do princípio da onipotência do legislador” (BOBBIO, 1995, p. 54). Logo, todo o direito deveria estar organizado nos Códigos, o que contribuiu para ideia de um sistema completo e coerente que “conjugue a coercibilidade estatal do direito positivo com a perfeição material do direito material” (SOUZA NETO, 2002, p. 81). Nessa conjuntura, surge a escola da Exegese⁴, que pelo culto à lei, entendia que uma “decisão sempre poderia ser tomada com base no texto legal, sendo, portanto, o ordenamento jurídico um sistema completo, coerente, e claro, não contendo lacunas ou antinomias” (SOUZA NETO, 2002, p. 81).

Destarte a inclusão de alguns direitos nas Cartas Constitucionais, estes operavam como simples diretivas e não como direitos vinculantes. Assim, como o alcance concreto dos direitos vinham fixados na lei, a função protetora de liberdade podia tornar-se limitação e inclusive abolição das mesmas quando prevalecessem as orientações histórico-políticas opostas (ZAGREBELSKY, 2007, p. 49/50). Neste contexto, a Constituição foi o documento jurídico que atendeu a reivindicação histórica do liberalismo e assegurou a burguesia como classe dominante (LOIS, 2006, p. 259).

Marcadamente, um dos maiores embates do positivismo foi a separação do direito da moral. O debate jurídico sobre a Constituição, nesses moldes, são travados na doutrina alemã, em especial com a publicação dos trabalhos de Kelsen, que é considerado o um dos maiores

⁴ Bem esclarece Barroso: “A Escola da Exegese desenvolve-se a partir de 1804, na sequência histórica do Código Civil napoleônico, e tem o seu apogeu entre 1830 e 1880, quando tem início sua decadência.” In: BARROSO, 2009. p. 274.

representantes do positivismo jurídico. Kelsen (1939, p. 1) pretendia libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe seriam estranhos, referindo-se a moral.

Neste sentido, as regras tinham prevalência em relação aos princípios. Como denota Schier (2001, p. 98), os princípios tinham um caráter depreciativo e de “tampa-buraco” do sistema, já que “não passavam de conselhos éticos ou morais aos quais não estavam os legisladores vinculados”. Os princípios somente seriam aplicados no contexto positivista na ausência de todas as demais fontes do direito.

Assim, leciona Fioravanti (2004, p. 27) que na segunda metade do século XX começa a se perceber a impropriedade do Estado de Direito nos moldes positivistas, pois a Constituição concebida como uma norma superior a lei é portadora de princípios que devem controlar e julgar a obra do legislador. Essa percepção decorreu do fato de o positivismo, entendido como uma teoria formalista, ter possibilitado que o direito fosse utilizado como “instrumento de políticas opressoras e desumanas, como foi o caso ocorrido durante o período nazista” (SOUZA NETO, 2002, p. 133). Outrossim, Sarmiento (2007, p. 117) também aponta a inflação legislativa, em que os Códigos perderam a centralidade com o aumento no número de leis extravagantes cada vez mais concretas e menos abstratas e generalistas, como uma das causas da desvalorização da lei e, por conseguinte, do próprio positivismo.

Já no Brasil, o renascimento do direito constitucional se dá com a discussão prévia, convocação e elaboração da Constituição de 1988, que proporcionou a bem sucedida “a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito” (BARROSO, 2014, p. 4). Neste sentido, bem coloca Schier (2014, p. 46) que as discussões do pós-positivismo chegaram com justificado atraso no Brasil, já que a Constituição Semântica do período militar não necessitava de debates sobre a força normativa da Constituição.

Em síntese, há um desencantamento geral com o culto à lei que pregava a atribuição de qualquer conteúdo a esta desde que ditada pela autoridade competente (SARMENTO, 2007, p. 117).

Portanto, o positivismo não logrou êxito no propósito de criar um ciência totalmente distante da moral e da política (BARZOTTO, 2007, p. 133). Pozzolo (2003, p. 190) complementa o pensamento ao afirmar que com as Constituições pós Segunda-Guerra, não é mais possível aplicar a teoria positivista, uma vez que estas foram amplamente preenchidas com princípios de justiça e direitos fundamentais. Portanto, continua a autora, a lei, sozinha, não tem mais legitimidade perante a Constituição por ser um ato político desprovido de

efetividade jurisdicional. Por outro lado, os princípios e direitos trazidos pela Constituição são vagos e imprecisos, por isso demandam de uma posição moral para dar-lhes concretude.⁵

3. As características e racionalidade do neoconstitucionalismo

Nesta toada, essencial compreender que no momento pós-positivista os princípios tem uma maior centralidade no sistema jurídico⁶, pois são entendidos como valores jurídico supremos da sociedade, dotados de normatividade e vinculatividade (SCHIER, 2001, p. 106). Portanto, o “reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo” (BARROSO, 2014, p. 13).

Neste tecido, Schier (2005, p. 10) diz que os princípios são o próprio ‘coração das Constituições’, “iluminando a leitura de todas as questões da dogmática jurídica, que devem passar pelo necessário processo da filtragem constitucional axiológica”. No mesmo sentido, Sarmiento (2007, p. 119) diz que os direitos fundamentais são o coração das Constituições, uma vez que estes são reconhecidos como valores dotados de uma força irradiante para todas as relações jurídicas, bem como por influenciarem na interpretação e aplicação de todas as normas jurídicas.

Outrossim, como relembra Duarte (DUARTE; POZZOLO, 2006, p. 61), a teoria da constituição construída a partir deste ponto não se esgota na ultrapassagem do positivismo como ciência jurídica, pois “implicará, ainda, uma ‘teoria democrática da constituição’, ‘um discurso sobre o método’ (*juristische Methodik*), em suma, um conceito conjunto que compreende uma dogmática jurídica, uma metodologia, uma teoria da norma jurídica e uma teoria da justiça.”

Assevera Brandão (2008, p. 95), então, que o monismo do legislador é substituído pelo pluralismo dos poderes constituídos, já que todos os poderes estão subordinados à “partilha constitucional de competências e dotados de instrumentos de recíproca fiscalização, de forma a impedir que um deles possa, por si só e de modo ordinário, alterar o disposto na Constituição, circunstância que denotaria a incorporação da soberania por poder constituído, e, por conseguinte, a convação dos direitos individuais em meras tolerâncias, em singelos atos de autolimitação do Estado”.

⁵ Para defender sua tese, a Pozzolo (2003, p. 197/198) afirma que a moral pode conter vários significados: individual, positivo (grupo social), combinada (regras pré-determinadas), crítica (juízos éticos expressados em condições ideais) e universal ou objetiva (comportamento humano em si mesmo – puro valor).

⁶ Em sentido contrário vide: ÁVILA, 2009, p. 5/6.

Outrossim, Barroso (2014, p. 6) bem resume a transição do positivismo para o pós-positivismo:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.

Interessante notar que este período pós-positivista também é chamado por muitos como neoconstitucionalismo em oposição ao período anterior chamado de constitucionalismo⁷. Bem aduz Ávila (2009, p. 1) que não há apenas um conceito de neoconstitucionalismo, pois a diversidade de concepções, elementos e perspectivas impossibilita a formulação de uma teoria única. Por isso, fala-se em Neoconstitucionalismo(s) no plural, embora algumas ideias sejam recorrentes nos mais diversos autores.

Aparte dessa questão nominativa, Sanchis (2003, p. 123) divide em três as acepções principais do neoconstitucionalismo: primeiro como teoria de Estado de Direito, entendido como modelo institucional de uma determinada forma de organização política; Segundo como teoria do direito, que explica as características deste direito; E, por fim, como uma ideologia, para explicar a fórmula política.

O neoconstitucionalismo como teoria de Estado de Direito é ligada a tradição liberal e a uma tradição social. Concebe a Constituição como uma “regra do jogo” de competência social e político, cujo pacto mínimo permite assegurar a autonomia dos indivíduos como sujeitos privados e agentes políticos. Traz a ideia de supremacia da constituição, inclusive como limitação do poder político e uma elevação do judiciário (SANCHIS, 2003, p. 131).

O neoconstitucionalismo como teoria do Direito consubstancia-se na demanda de nova teoria do direito, uma vez que a teoria positivista estava pautada na estabilidade e legalidade do direito e ocorre uma crise, já que a lei deve se curvar aos mandamentos constitucionais. Onipresença da constituição significa o efeito de irradiação conteúdo – repleto de valores, princípios, direitos fundamentais diretrizes para o poder público - que esta

⁷ Vide: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Trotta: Madrid, 2003.

tem sobre as demais fontes do direito (SANCHIS, 2003, p. 131). Não se olvida que esse constitucionalismo forte acaba ensejando uma nova interpretação jurídica, uma vez que, o neoconstitucionalismo não pode ser descrito como alguns princípios conjugados entre si, mas uma pacto de postulados distintos e conflitantes entre si. Ou seja, os princípios convivem e acabam triunfando um sobre o outro sem perder sua validade jurídica (SANCHIS, 2003, p. 135).

Desde já esclarece-se, conforme aponta Schier (2001, p. 104), que nesta fase, não se passa de um sistema puro de regras (positivismo), para um sistema puro de princípios, eis que nas regras haveria dificuldade em resolver os casos difíceis⁸ e colisões, enquanto nos princípios a imprecisão dos enunciados dificultaria a obtenção da correta forma de agir nas situações concretas. Portanto, para o novo sistema jurídico constitucional as regras e princípios passam a desempenhar funções diferentes (SCHIER, 2005, p. 8).

Alexy (2014, p. 135) entende que um modelo misto de regras e princípios que surge da “ligação entre um nível de princípios e um nível de regras” é o mais aceitável mediante o fracasso dos modelos puros. Neste sentido, introduz o autor uma diferença qualitativa entre os princípios e regras, segundo a qual aqueles são mandamentos de otimização consubstanciados em “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, enquanto estes contêm determinações que são sempre satisfeitas ou insatisfeitas (ALEXY, 2014, p. 90). Entrementes, o autor sustenta a possibilidade de um duplo caráter das normas de direitos fundamentais, ou seja, quando “construídas de forma a que ambos os níveis sejam reunidos dentro delas” (ALEXY, 2014, p. 141).

Por isso, Barroso (2009, p. 247) conceitua o pós-positivismo como a superação de modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias. Converte no mesmo entendimento Ávila (2009, p. 17), para o qual a Constituição Brasileira de 1988 “é um complexo de regras e princípios com funções e eficácias diferentes e complementares”.

Nesta toada, Dworkin (2010, p. 39/42) bem coloca que aos princípios não pode ser aplicada a *ratio* do “tudo ou nada” inerente às regras, pois os princípios possuem uma dimensão do peso ou importância que as regras não têm. Os princípios se inter cruzam, ou seja, “aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um” (DWORKIN, 2010, p. 42).

⁸ DWORKIN conceitua casos difíceis como “aqueles em que nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção”. DWORKIN, 2010, 3ª Ed, p. 131.

Claramente adepto da Teoria de Alexy, Vergílio Afonso da Silva (2009, p. 45) aponta que o traço distintivo entre regras e princípios é a estrutura dos direitos que essas normas garantem, já que as regras garantem direitos definitivos, enquanto os princípios garantem direitos *prima facie*. Neste sentido, Silva melhor explica, um direito garantido por uma regra deverá ser realizado totalmente no caso concreto. Já um direito garantido por princípios será realizado parcialmente, pois “no caso dos princípios há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente” (SILVA, 2009, p. 45). Logo, os princípios são realizados em diversos graus conforme as condições fáticas e jurídicas do caso concreto, inclusive pelo fato de normalmente os princípios colidirem com outros princípios (SILVA, 2009, p. 46).

Zagrebelsky (2007, p. 110) também diferencia as normas e princípios em termos parecidos:

Así pues – por lo que aquí interesa -, la distinción esencial parece ser la siguiente: las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen como debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas. Los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o de dissenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto.

Diante de um sistema misto com regras e princípios, inclusive com normas de caráter dúplice, eventuais conflitos não conseguem ser dirimidos com base na regra de subsunção levando a necessidade de ponderação das normas constitucionais. Todavia, Ávila (2009, p. 18) alerta que a subsunção não cedeu lugar para a ponderação por completo no sistema brasileiro, já que a Constituição de 1988 é composta tanto por regras, como por princípios.

Logo, a ponderação e a argumentação jurídica assumem papel de relevo nesse novel sistema, o que será melhor explicado nos próximos capítulos.

4. Papel da ponderação na teoria dos princípios

Portanto, como visto de maneira apenas introdutória acima, a colisão entre princípios leva à necessidade de ponderação destes, já que a subsunção aplicada às regras “não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas” (BARROSO, 2014 p. 14). Assim, do ponto de vista metodológico, a ponderação é uma

alternativa à subsunção, pois a ponderação irá decidir os conflitos ao considerar todas as premissas pertinentes (BARCELLOS, 2005, p. 31/33).

Tendo em vista que os princípios são mandados de otimização (Teoria de Alexy), na hipótese de dois princípios poderem ser aplicados ao mesmo fato, mas preverem consequências jurídicas incompatíveis, ocorre a fixação de uma ‘relação condicionada de precedência’ (SILVA, 2009, p. 50). Condensado o raciocínio, Silva (2009, p. 50) explica que um princípio sempre terá precedência sobre outro na resolução de um caso concreto, porém nem sempre será o mesmo princípio que irá triunfar. Logo, “a despeito de se tratar, nos dois casos, do mesmo princípio não é possível formular, em abstrato uma relação de precedência entre eles”, pois “essa relação é sempre condicionada à situação concreta” (SILVA, 2009, p. 51).

Estabelecidas as notas iniciais, Barcellos (2005, p. 23/27) entende que ponderação é a “técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis das formas hermenêuticas tradicionais”. A autora identifica na doutrina três diferentes maneiras de compreender a ponderação. A primeira consiste numa forma de aplicação dos princípios. A segunda consiste na solução de qualquer conflito normativo, relacionado a princípios ou não. Por fim, a terceira é ligada à teoria da argumentação por compreender a ponderação em um sentido amplo, “como elemento próprio e indispensável ao discurso e à decisão racionais” (BARCELLOS, 2005, p. 27).

Sanchis (2003, p. 142) bem coloca que ponderar é buscar a melhor decisão quando na argumentação ocorrem razões conflitivas e de mesmo valor. Tendo em vista que os preceitos contidos na constituição são todos de mesma hierarquia, não se pode dizer que um sempre triunfará sobre o outro ou que não tenha validade, por isso o correto é fazer a análise do caso em concreto e decidir nesta situação qual o princípio ou regra que será aplicada. Isso é o juízo de ponderação. Essa antinomia, conforme o autor, caracteriza-se: pela impossibilidade de catalogar em abstratos os possíveis conflitos e em que medida devem resolver-se; mediante a natureza dos princípios não se pode determinar a invalidade de um em favor de outro, pois estes devem compor-se; e a ponderação dos princípios nem sempre será a mesma, pois cada um deles pode preponderar dependendo do caso concreto.

No mesmo sentido, Barroso (2014, p. 14) entende que “a ponderação de normas, bens ou valores (v. *infra*) é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele (i) fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à escolha do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional”.

Essencial a colocação de que a ponderação somente será aplicada quando o caso concreto verse sobre a aplicação de princípios, já que se o caso for de aplicação direta da lei não haverá ponderação, mas submissão a lei (SANCHIS, 2003, p. 144/145.). Logo, como esclarece Ávila (2009, p. 8), não se pode admitir o uso de princípios constitucionais (por conseguinte, da ponderação) nas situações em que as regras legais são compatíveis com a Constituição, pois consentir-se-ia com a desvalorização da função legislativa e culminaria com a desconsideração do próprio princípio democrático e, por consequência, do princípio da separação dos Poderes. Por isso, o autor insiste na importância da “eficácia das regras frente aos princípios, na separação dos Poderes e no controle fraco de proporcionalidade como mecanismos de salvaguardar a liberdade de configuração do Poder Legislativo, no lugar de simplesmente exaltar a importância dos princípios e da ponderação” (ÁVILA, 2009, p. 9).

No mesmo sentido, leciona Silva (2009, p. 52) que raramente ocorre um conflito entre regra e princípio, pois a regra é o produto do sopesamento de dois princípios garantidores de direitos fundamentais realizado pelo legislador, logo não há uma relação de colisão, mas de restrição de direito fundamental.

Desse modo, a ponderação que aqui se refere é aquela realizada pelos juízes, em especial pelo Tribunal Constitucional. Esclarece-se esta questão porque o legislador realiza sopesamento de princípios quando elabora as leis, como já foi colocado anteriormente. Assim, a ponderação realizada pelos juízes pode ser chamada de concreta, enquanto a realizada pelos legisladores é abstrata. Por outro lado, em caráter excepcional, o Tribunal Constitucional pode realizar uma ponderação abstrata no caso de análise de inconstitucionalidades de leis frente aos princípios constitucionais SANCHIS, 2003, p. 149).

Portanto, esclarece Sanchis (2003, p. 149) que quanto mais se parece o preceito legal com o princípio fundante, menor será a concretude da condição de sua aplicação e mais difícil será resultar um juízo de ponderação pelo Tribunal Constitucional. Assim, quanto maior o número de detalhes nas propriedades fáticas que conformam a condição de aplicação da lei, mais factível será o resultado da ponderação do Tribunal Constitucional.

Barcellos (2005, p. 276/277) admite que não é possível a fixação de parâmetros absolutos que permeiem a ponderação, entretanto a construção de parâmetros abstratos pode fornecer ao aplicador balizas para orientar a decisão.

Para tanto, a autora (BARCELLOS, 2005, p. 278/291) propõe três grupos de perguntas para auxiliar na ponderação⁹. O primeiro grupo de perguntas se referem à estrutura do enunciado normativo, pois como já aviltado por Ávila, as regras preferem os princípios já que a ponderação foi realizada pelo legislador. Já o segundo grupo está ligado ao conteúdo do enunciado (prerrogativas que o enunciado confere) e tem por objetivo auxiliar o intérprete a visualizar o núcleo do princípio de modo a empregar aquele princípio que promova de forma direta os direitos fundamentais do indivíduo, em detrimento daquele que promova apenas de forma indireta. Por fim, o terceiro grupo de perguntas tem o propósito de identificar as circunstâncias que interferem no sentido e aplicação do enunciado, tais como modo de exercício, tempo ou lugar, condição do titular do direito, etc.

Sanchis (2003, p. 150/151) também propõem alguns passos para se extrair a validade da ponderação. O autor defende que a ponderação deve ter um fim constitucional legítimo como fundamento de interferência na esfera de outro princípio. Em segundo lugar, deve-se acreditar na adequação, aptidão e idoneidade da medida objeto da ponderação para proteger o fim constitucional. Em terceiro, a ponderação deve ser necessária, ou seja, não há outra medida menos gravosa ou restritiva para obter a finalidade desejada. Por último, a ponderação completa-se com o juízo de proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a existência de um equilíbrio entre os benefícios que se obtém com a medida limitadora e os danos causados ao princípio limitado.

A teoria da ponderação ou sopesamento proposta por Alexy (2014, p. 96), defende que a solução de conflitos de princípios, melhor entendido como ‘situação de tensão’, “consiste no estabelecimento de uma situação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto”. Neste sentido, a condição sob a qual um princípio tem precedência sobre o outro é chamada de suporte fático. Neste sentido, Silva (2005, p. 138) explica que para Alexy toda situação que possui uma característica que isoladamente considerada “poderia ser subsumida à hipótese de incidência de um determinado direito fundamental deve ser considerada como abrangida por seu suporte fático, independentemente da consideração de outras variáveis”. Portanto, a limitação de um princípio em favor de outro somente é possível após o sopesamento de argumentos e contra-argumentos com base nas variáveis do caso concreto (SILVA, 2005, p. 138).

⁹ Por questão de sintaxe do texto, não serão expostas todas as perguntas formuladas pela autora. Para tanto, recomenda-se a leitura do Capítulo X de BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Diversas críticas são dirigidas à ponderação, já que não se pode negar o caráter valorativo e a discricionariedade que a permeia. A pergunta que então é feita é se o constitucionalismo pautado em princípios permite decisionismo e ausência de racionalidade. Este será o tema do capítulo derradeiro.

4. Papel da teoria da argumentação na teoria dos princípios.

A pergunta que finalmente se propõe a responder é se o modelo do constitucionalismo sob princípios possibilita um “déficit” de racionalidade no direito e necessariamente permite uma abertura para o decisionismo? Seriam os princípios constitucionais ‘varinhas de condão’¹⁰ nas mãos do julgador para poder decidir como quiser?

Sarmento (2009, p. 312) expõe a preocupação do constitucionalismo brasileiro com o poder contramajoritário do Poder Judiciário e seus métodos e filosofias de interpretação constitucional, já que “cada vez mais, o Poder Judiciário tem sido provocado para manifestar-se e dar a “última palavra” sobre temas que dividem a opinião pública e que têm impacto real ou simbólico na vida das pessoas, a partir da interpretação de normas constitucionais de significado dúbio”. No mesmo sentido leciona Barboza (2014, p. 71) ao afirmar que há um movimento de judicialização da política ao lado do caráter aberto das normas de direitos fundamentais que acaba por conferir aos “juízes o poder de instituir os valores de moralidade política que irão dar significados a esses direitos, muitas vezes em detrimento de uma deliberação política por parte do Parlamento”.

Schier (2014, p. 48) alerta que, embora muito tenha se avançado no constitucionalismo brasileiro nas últimas duas décadas, há “falta de tradição democrática e de teorias constitucionais adequadas, os discursos simplistas podem autorizar a construção de um constitucionalismo com conteúdo autoritário, com forte carga de voluntarismo ou solipsismo e *déficit* de racionalidade”. Para o autor, o excesso de principialismo, inerente à constitucionalização do direito, torna tudo uma questão de princípio que possibilita a ausência de limites, manipulação, relativização e uma abertura para voluntarismo (SCHIER, 2014, p. 53/54).

Sarmento (2007, p. 143/144) bem expõe a ubiquidade é inerente ao constitucionalismo, ou seja, há dois lados da moeda. Para o autor, a principialização do Direito é boa no sentido de ter lhe conferido maior plasticidade e dinamismo, de forma a

¹⁰ Expressão utilizada originariamente por: SARMENTO, 2007, p. 144.

estretar sua relação com a moral e impedir graves injustiças. Por outro lado, a outra face da moeda, é o decisionismo, pois os juízes deslumbrados com sua função elasticada negligenciam seu dever de fundamentar racionalmente as decisões.

Assim, Schier (2014, p. 55/57) diz que há uma dupla complexidade do processo de constitucionalização no direito brasileiro em razão da complexidade e pluralidade de respostas legítimas e da complexidade contextual que vivemos. Ora, diz que o processo de ponderação é subjetivo, todavia não deve ser arbitrário, por isso exige-se um processo de racionalização (SCHIER, 2014, p. 11).

Portanto, tema cada vez mais relevante é a racionalidade e justificação do direito nas das decisões judiciais, uma vez que o sistemas constitucionais modernos “conferem ao intérprete um espaço de atuação e criação cada vez mais amplo” (BARCELLOS, 2005, p. 39). Somente assim, as decisões do judiciário pautadas em ponderação não serão acusadas de arbitrariedades e ilegitimidades. Neste sentido, “a legitimidade daquelas que se valem da técnica da ponderação depende fortemente de sua racionalidade e capacidade de justificação” (BARCELLOS, 2005, p. 41).

Nesta toada, Barroso (2014, p. 15) então chega ao conceito da argumentação, segundo o qual é “o controle da racionalidade das decisões proferidas, mediante ponderação, nos *casos difíceis*, que são aqueles que comportam mais de uma solução possível e razoável”.

Sarmento (2007, p. 145) ressalta a necessidade de valorização da argumentação jurídica e da racionalidade prática, no sentido de reconhecer o dever do intérprete de buscar racionalmente a melhor resposta. Essa busca deve ocorrer, ainda, em um debate aberto, no qual todos possam argumentar de maneira livre e aberta. Assim, a decisão deve se afastar de argumentos pessoais e subjetivos do julgador para alcançar um resultado adequado tanto à ordem jurídica como um todo e às peculiaridades do caso.

Neste sentido, Barroso (2014, p. 15) destaca o especial dever de fundamentação proveniente das decisões que envolvem a atividade criativa do juiz, já que fogem da sua ‘área segura’ de aplicação direta da lei. Dessa forma, o autor propõe algumas considerações que o aplicador do direito deve ter para assegurar a legitimidade e racionalidade das suas decisões:

Para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação nessas situações, o intérprete deverá, em meio a outras considerações: (i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as

consequências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos. (BARROSO, 2014, p. 15).

Neste tecido, Schier (2014, p. 58) destaca o papel da argumentação como “o de possibilitar a construção de uma racionalidade, ainda que fraca, para os sentidos construídos no momento da aplicação do direito infraconstitucional na perspectiva da constitucionalização”.

O controle da racionalidade das decisões é um tema deveras debatido também pela doutrina internacional. Vários são os autores que propuseram uma teoria da argumentação para este fim. Neste sentido, Alexy (2005, p. 53) destaca que a teoria argumentativa que propõe é uma continuação de várias outras já propostas, como por exemplo as teoria de Viehweg, Hassemer, Routtleunthner e Rödning. Toledo (2005, p. 48) destaca que o pensamento de Alexy foi a base sobre a qual se passou a discutir a “possibilidade e a validade de uma fundamentação racional do discurso jurídico, especificamente jurídico, estipulando-lhe algumas regras e formas”.

Dessa maneira, Toledo (2014, p. 19) enfatiza a justificação discursiva segundo regras de argumentação como imprescindível para a solidez de um Estado Democrático de Direito, logo “as decisões tanto políticas quanto jurídicas nesse tipo de Estado expressam o acordo que melhor satisfaz os interesses dos participantes do discurso, com a formação comum do juízo mediante a ponderação daqueles interesses expressos em argumentos, respeitando a autonomia do Outro”.

Outrossim, Alexy (2014, p. 217/218) diz que o traço fundamental da sua teoria da argumentação é a justificação da decisão jurídica, que divide-se em justificação interna e externa, “na justificação interna verifica-se se a decisão se segue logicamente das premissas que se expõem como fundamentação; o objetivo da justificação externa é a correção destas premissas”.

Alexy, então, preocupa-se com o aspecto procedimental do discurso prático racional na obra sobre Teoria da Argumentação. Para tanto o discurso prático deve obedecer a certas regras para que buscam a correção dos argumentos, assim é correto o que é discursivamente racional (ALEXY, 2014, p. 217/218). “A elaboração e cumprimento dessas regras proporcionam a racionalidade do discurso e é precisamente a racionalidade o que confere universalidade às conclusões obtidas consensualmente” (TOLEDO, 2005, p. 50).

Portanto, extraindo o pensamento de Alexy, Toledo (2014, p. 20) conclui:

Formalmente, a controlabilidade da decisão somente poder ser feita então, pelo exame do procedimento racional de justificação efetivado, pelo que se afasta no maior grau possível, a perigosa arbitrariedade de um decisionismo na esfera dos três poderes estatais e, em especial, no órgão judicial, dotado de autoridade máxima em um Estado Democrático de direito, o Tribunal Constitucional.

Não se pretende aqui aprofundar a teoria da argumentação criada por Alexy, mas apenas expor a importância do seu papel no controle da racionalidade das decisões judiciais, pois para Alexy (2014, p. 53) “o juiz deve atuar sem arbitrariedade; sua decisão deve ser fundamentada em uma argumentação racional”.

Outra teoria argumentativa muito difundida é a preconizada por Dworkin. O defende o uso de argumentos principiológicos que devem ser sopesados para a solução dos casos difíceis.

Nesta toada, Dworkin (2010, p. 164/165) une o conceito de argumento de princípio com a necessidade de integridade das decisões:

Nos casos difíceis, a argumentação jurídica versa sobre os conceitos contestados, cuja função e natureza são muito semelhantes ao conceito das características de um jogo. Eles incluem muitos dos conceitos substantivos através dos quais o direito se manifesta, como os conceitos de contrato e de propriedade. Também se incluem aí dois conceitos de muito maior relevância para a presente argumentação. O primeiro é a ideia de ‘intenção’ ou ‘propósito’ de uma determinada lei ou de uma cláusula estabelecida por lei, este conceito faz uma ponte entre a justificação política da ideia geral de que as leis criam os direitos e aqueles casos difíceis que interrogam sobre os direitos foram criados por uma lei específica. O segundo é o conceito de princípios que ‘subjazem’ às regras positivas do direito, ou que nelas estão ‘inscritos’. Este conceito faz uma ponte entre a justificação política da doutrina segundo a qual os casos semelhantes dever ser decididos da mesma maneira e aqueles casos difíceis nos quais não fica claro o que essa doutrina geral requer. Juntos, esses conceitos definem os direitos jurídicos como uma função, ainda que muito especial, dos direitos políticos.

Ao abordar a teoria desenvolvida por Dworkin, Gunther (2004, p. 405) explica que “o juiz precisará estabelecer uma relação coerente entre a sua decisão e a teoria pública geral, passando pela justificação da vontade legiferante e aqueles princípios que, diante de um caso isolado, podem ser tomados do Direito consuetudinário”.

Assim, Dworkin (2010, p. 203) assevera que devemos confiar nas técnicas de decisão judicial, pautadas em argumentos de princípio e derivadas de integridade – julgamento de casos semelhantes, justamente para reduzir a possibilidade de erros a respeito das capacidades dos homens e das mulheres julgadores.

Por todo exposto, percebe-se, como afirma peremptoriamente BARCELLOS (2005, p. 48), que as decisões judiciais em um Estado de Direito Republicano e Democrático devem ter seus processos racionais de escolhas explicitamente demonstrados:

aprimorar a consistência metodológica da técnica da ponderação e construir parâmetros jurídicos capazes de orientar o emprego são esforços dogmáticos que podem contribuir, em primeiro lugar, para que a vinculação ao sistema das decisões que empregam esta técnica seja juridicamente mais consistente e racional. (...) em segundo lugar, e aqui apenas de forma indireta, a ordenação objetiva e clara das etapas a serem percorridas pelo intérprete no uso da ponderação poderá facilitar a demonstração pública do processo decisório no momento da motivação.

5. Conclusões

Assentada a premissa de que o positivismo foi um modelo legalista pois ligado à supremacia da lei em detrimento dos princípios, percebeu-se a sua insuficiência para a compreensão contemporânea do direito. Acentua-se, atualmente, a prevalência da Constituição e, por conseguinte, a prevalência dos valores fundamentais que dela emanam. Não se olvida que os princípios são entendidos como o coração da Constituição. Nesta balada, passa-se a defender uma ligação necessária entre Direito e a Moral para a correta interpretação das normas constitucionais.

Todavia, em que pese a centralidade dos princípios no modelo neoconstitucional, não se defende um sistema puro de princípios, mas um sistema misto, no qual os princípios e regras convivem de maneira harmoniosa.

Dessa maneira, a interpretação constitucional não poderia seguir a regra da subsunção anteriormente defendida pelo positivismo, já que aos princípios devem ser aplicados em conjunto para a solução de um fato concreto. Quer-se dizer que a aplicação de um princípio ao caso concreto não irá determinar a exclusão de outro, pois estes devem ser sopesados.

Nesta balada, a ponderação ganha destaque na doutrina constitucional, uma vez que na colisão dos princípios constitucionais a ponderação decide o conflito de modo a considerar todas as premissas pertinentes, ou seja, não é factível a anulação por completo de um princípio a favor de outro.

Ora, não é negada pela doutrina que é inerente à ponderação um alto grau de subjetivismo e possibilidade de manipulação das decisões judiciais em que a técnica de ponderação de princípios é aplicada. Por isso, a preocupação do neoconstitucionalismo passa a ser encontrar uma forma adequada de fundamentação e controle democráticos das decisões advindas da ponderação.

A fundamentação e racionalidade das decisões, em especial as jurisdicionais, perpassa pela Teoria da Argumentação. Essencial apontar que as Teorias da Argumentação de

Alexy, baseada na racionalidade interna e externa do discurso, e a de Dworkin, baseada em argumentos de princípios e no Direito como integridade, tem especial destaque.

Portanto, a ponderação não leva a irracionalidade das decisões, pois a decisão alcançada por este processo deve ser fundamentada e os seus argumentos deve ser expostos.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros.

_____. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 2ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ÁVILA, Humberto. “NEOCONSTITUCIONALISMO”: ENTRE A “CIÊNCIA DO DIREITO” E O “DIREITO DA CIÊNCIA”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 21 de julho de 2014.

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. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. Disponível na Internet: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf> Acesso em: 21 de julho de 2014. p. 4.

BARZOTTO, Luiz Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Keelsen, Ross e Hart**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 95.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição**. São Paulo: Lady Editora, 2006

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FIORAVANTI, Maurizio. Estado y Constitución. In: FIORAVANTI, Maurizio (Org.). In: **El Estado moderno en Europa: instituciones y derecho**. Madrid: Editora Trotta, 2004, p. 13-43.

_____. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Editora Trotta, 1998.

GUNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. São Paulo: Landy Editora, 2004.

LOIS, Cecilio Caballero. Direito, racionalidade e constituição: a superação dos impasses provocados pelo neoconstitucionalismo contemporâneo, a partir da teoria do direito como integridade. **Revista Seqüência**, no 52, p. 257-278, jul. 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Saraiva, 1939.

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

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel (COORD.). **A constitucionalização do direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

_____. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (organizadores). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 317. p. 311-322.

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

SCHIER, Paulo Ricardo. Constitucionalização do direito no contexto da constituição de 1988. In: CLÉVE, Clémerson Merlin. (Org.). **Direito Constitucional Brasileiro**. 1ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Direito constitucional**. Anotações nucleares. Curitiba: Juruá, 2001.

_____. Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, no. 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 21 de julho de 2014.

SILVA, Vergílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia.

_____. Interpretação constitucional e sincretismo metodológicos. In: _____. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TOLEDO, Claudia. Teoria da Argumentação Jurídica. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p-47-65, jan.jun./2005. p. 48.

_____. Introdução à edição brasileira. In: ALEXY, Robert. Teoria **dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil – ley, derechos, justicia**. Torino: Trotta, 2007.