

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DO DIREITO

GILMAR ANTONIO BEDIN

JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA

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

Teorias do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Gilmar Antonio Bedin, João Paulo Allain Teixeira – Florianópolis:
CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-072-5

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 do direito. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC

www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DO DIREITO

Apresentação

APRESENTAÇÃO

A chamada Teoria do Direito alcançou, no decorrer do século 20, uma sofisticada elaboração teórica e um grau de maturidade diferenciado. Este processo teve, com a publicação da segunda edição da obra Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, em 1960, um momento marcante de sua configuração e um instante singular de afirmação do projeto epistemológico maduro de um dos seus principais modelos teóricos: o chamado positivismo jurídico.

Neste sentido, a publicação da obra Teoria Pura do direito foi, como afirma Tércio Sampaio de Ferraz Júnior, um verdadeiro divisor de águas da teoria jurídica no século 20: há um antes e depois da obra da Teoria Pura do Direito. Esta relevância histórica da referida obra de Kelsen justifica-se pela consistência teórica dos argumentos apresentados e ao fato do livro em questão ser uma das primeiras grandes sistematizações científicas do conhecimento jurídico.

Além disso, é importante lembrar que a publicação da obra Teoria Pura do Direito foi o texto que, em certo sentido, fundou a chamada Escola de Viena e deu um estatuto científico à chamada Ciência do Direito. Neste sentido, a sua preocupação central sempre foi formular uma proposta de ciência jurídica em sentido estrito, isto é, uma ciência purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos da ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica de seu objeto.

Mas, por que retomar esta trajetória nesta apresentação? Porque os principais textos que compõe a presente obra (que foram apresentados ao Grupo de Trabalho de Teoria do Direito do XXIV Encontro nacional de Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito CONPEDI, realizado de 03 a 06 de junho de 2015, na cidade de Aracaju, Sergipe, Brasil) dialogam, direta ou indiretamente, mesmo quando realizam fortes crítica, com a matriz teórica elaborada por Hans Kelsen. Neste sentido, pode se dizer que a sua contribuição ainda está muito viva e durante a apresentação dos trabalhos foi uma referência recorrente.

Desta forma, é possível dizer que a leitura dos mais de vinte textos que compõe o presente livro tem na obra de Hans Kelsen um ponto de apoio importante, ainda que não se restrinjam, em nenhuma hipótese, na análise de sua contribuição sobre um tema específico. Mas, é

evidente que a sua contribuição está de alguma forma presente, por exemplo, quando se discute os temas como:

- a) itinerários do positivismo, a crise na lei na pós-modernidade ou pós-positivismo;
- b) conceito de fato jurídico, de lacunas, de norma jurídica e de completude do ordenamento jurídico;
- c) política como fator complicador do direito;
- d) dogmática jurídica como disfarce do uso de argumentos práticos nas decisões judiciais;
- e) raciocínio jurídico, moralidade e estrutura das decisões judiciais;
- f) constitucionalismo, neoconstitucionalismo e transconstitucionalismo;
- g) sujeito cognoscente, construtivismo, substancialismo e procedimentalismo.

Estes temas estão, de uma forma ou de outra, presentes nos textos que compõe o presente livro e, portanto, esta é uma obra que merece ser lida com cuidado. Neste contexto, a referência as contribuição de Hans Kelsen é um porto seguro para a análise e uma referência indispensável para todos os interessados. Boa leitura.

OS ORGANIZADORES

**CONSTITUIÇÃO E RACIONALIDADE JURÍDICA NO CONTEXTO DO
NEOCONSTITUCIONALISMO PÓS-POSITIVISTA**
**CONSTITUCIÓN Y RACIONALIDAD JURÍDICA EN EL CONTEXTO DEL
NEOCONSTITUCIONALISMO PÓS-POSITIVISTA**

Ariadne Nascimento da Silveira Bonato

Resumo

O presente artigo objetiva analisar a técnica da ponderação, demonstrando como ela representa a melhor técnica para interpretação dos princípios, os quais foram (re)introduzidos no Neoconstitucionalismo. Para tanto, primeiramente, será feito um paralelo comparativo entre o positivismo e o neoconstitucionalismo, analisando, principalmente, a técnica interpretativa de cada, até chegar à ponderação. Com o objetivo de delimitar o objeto da ponderação, será realizada a distinção entre princípios e regras, utilizando-se como base o autor Robert Alexy. Uma vez delimitado o objeto, demonstrar-se-á como a técnica da ponderação pode ser utilizada de maneira racional se utilizada corretamente e fundamentadamente, como proposto na Teoria da Argumentação de Robert Alexy.

Palavras-chave: Positivismo, Neoconstitucionalismo, Teoria da argumentação, Ponderação, Teoria dos princípios, Racionalismo.

Abstract/Resumen/Résumé

El presente artículo tiene como objetivo analizar la técnica de la ponderación, demostrando como ella representa la mejor técnica para la interpretación de los principios, los que fueron reintroducidos en el neoconstitucionalismo. Para tanto, primeramente, se hará un paralelo comparativo entre el positivismo y el neoconstitucionalismo, analizando, principalmente, la técnica de interpretación utilizada por cada una, hasta llegar a la ponderación. Con el objetivo de delimitar el objeto de la ponderación, será hecha una diferenciación entre los principios y las reglas, utilizando como base el autor Robert Alexy. Una vez delimitado el objeto, se hará la demostración de cómo la técnica de la ponderación puede ser utilizada de manera racional se utilizada correctamente y de manera fundamentada, como propuesto en la Teoría de la Argumentación de Robert Alexy.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Positivismo, Neoconstitucionalismo, Teoría de la argumentación, Ponderación, Teoría de los principios, Racionalismo.

1. Introdução

Muitas críticas são feitas ao sopesamento aduzindo que esta técnica leva ao decisionismo e a irracionalidade, no entanto o presente artigo pretende demonstrar o quão estas críticas são levianas.

Para tanto, primeiramente será realizada uma distinção entre o Positivismo e o Neconsotitucionalismo, oportunidade em que serão demonstradas as mutações sofridas pelo Direito, sendo as principais voltadas a subsunção da lei à constituição, a qual limita formal e materialmente a sua produção, à positivação dos princípios e a importância conferida a eles.

Outra distinção importante diz respeito ao papel do juiz, ao qual cabe ser o guardião da constituição, transformando-se em um legislador concorrente.

Com a positivação dos princípios a técnica da subsunção mostrou-se insuficiente, sendo desenvolvidas diversas técnicas de interpretação, inclusive a técnica do sopesamento, também chamada de balanceamento ou ponderação.

No entanto, para compreender esta técnica, analisar-se-á, primariamente, a distinção de princípios e regras realizada por Robert Alexy, segundo o qual as regras correspondem a determinações e devem ser respeitadas integralmente, já os princípios são “mandamentos de otimização”, podendo ser satisfeitos em variados graus, dependendo das possibilidades fáticas e jurídicas para satisfação.

Outra distinção apontada por Robert Alexy diz respeito a solução de conflito de regras e colisão de princípios, enquanto na primeira uma regra exclui a outra, na segunda ambos devem ceder em favor do outro, por meio do sopesamento, encontrando uma eficácia recíproca.

Com isto, delimitar-se-á e identificar-se-á os princípios dentro de um sistema jurídico.

Vencida esta parte, demonstrar-se-á como o sopesamento pode ser utilizado de maneira decisionista e racional, visando demonstrar que apesar de todas as críticas, o sopesamento é a melhor técnica de interpretação de princípios, o qual deve ser utilizado com cautela para não incorrer em decisões arbitrárias pelo juiz.

2. O caminho do positivismo (constitucionalismo) ao pós-positivismo (neoconstitucionalismo).

A passagem da idade média para a idade moderna trouxe modificações profundas para a sociedade, principalmente quanto à maneira de se entender, compreender e aplicar o Direito, o qual foi marcado pela mudança da concepção naturalista à positivista¹.

Roberto Altheim explica os motivos que levaram a esta transformação:

Alguns fatores fizeram nascer a necessidade de superação desta ordem. O desenvolvimento inicial da economia mercantil e monetária europeia necessitava de um direito estável, único e individualista, que garantisse a segurança necessária à previsão e ao cálculo mercantil capitalista, bem como possibilitasse o desenvolvimento do comércio sem os percalços criados pela multiplicidade de ordenamentos. Tal direito único e estável forneceria a base adequada para a atividade dos empresários (banqueiros e comerciantes), de modo a deixá-los livres das limitações de ordem comunitária e dos privilégios locais².

Com a emergência do sistema capitalista, surgiu uma grande preocupação com o patrimônio, buscando sua proteção através da Lei, que passou a servir para garantir o cumprimento irrestrito do contrato³.

O nascimento da idade moderna se deu sobre três pilares: universalismo, individualismo e racionalismo.

O universalismo reconhecia a igualdade existente entre todos os seres humanos, independente da nacionalidade e cultura. Desta maneira, o direito serviria para todos igualmente, independente de sua região.

O individualismo quebrou o paradigma medieval de reconhecimento da pessoa através do coletivo, ou seja, as pessoas não eram mais conhecidas devido à ordem ou corporação de ofício que faziam parte, mas sim por suas próprias características, em suma, o ser humano passou a ser enxergando individualmente.

Por fim, o racionalismo reconhecia a razão humana independente da religião, cultura ou nacionalidade do indivíduo. Nessa ótica, todos os seres humanos possuíam a capacidade de compreender o Direito igualmente.

Neste sentido, Roberto Altheim explica de maneira sucinta que:

“a sociedade passou a ser pensada a partir dos indivíduos, que por meio de sua razão poderiam compreender completamente o mundo e, a partir desta compreensão, manifestar suas intenções e exercer suas vontades. As normas jurídicas decorrentes da soma dessas vontades individuais formariam regras universalmente válidas”⁴.

¹ Norberto Bobbio. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Icone, 1995. p. 26.

² ALTHEIM, Roberto. **Direito de Danos: Pressupostos Contemporâneos do Dever de Indenizar**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 23

³ CORDEIRO, Eros Belin de Moura. O contrato tradicional: Cumprimento Irrestrito do Conteúdo do Pacto. In: **Da revista dos Contratos**. Saraiva: São Paulo. p. 68

⁴ Ibidem. p. 24.

Assim, o Direito que era dotado de incertezas e de pluralidades de fontes, passou a ter apenas uma, o Estado, representante do povo, o qual possuía, também, o monopólio da interpretação e aplicação das leis.

O juiz que antes era autônomo e possuía liberdade para solucionar o caso concreto, podendo escolher entre as regras consuetudinárias, critérios equitativos ou precedentes, no Estado moderno tornou-se um órgão do estado, subordinado ao poder legislativo. Assim, o juiz passou a solucionar os conflitos de acordo com as regras emanadas unicamente pelo órgão legislativo, as quais eram consideradas direito posto e aprovadas pelo Estado⁵.

A arquitetura do positivismo reduzia todas as fontes jurídicas do Direito exclusivamente à Lei, devido ao princípio da legalidade e porque ela representava a expressão da vontade do legislador⁶.

O Objetivo do positivismo, explica Kelsen, era o de afastar a ciência jurídica de elementos estranhos a ela, tais como a psicologia, sociologia, ética e teoria política, visando a segurança e a previsibilidade jurídica⁷.

Norberto Bobbio aponta duas ideias-matizes para este movimento de primazia da legislação. A primeira, como a lei correspondia ao ordenamento racional da sociedade, não poderia surgir de “comandos individuais e ocasionais”, mas somente de normas gerais e coerentes emanadas pelo poder soberano. A segunda, corresponde a finalidade racional das leis, pois como o homem consegue controlar a natureza por conhecer as suas leis, o direito também pode transformar as estruturas sociais por meio da renovação das leis, ou seja, a sociedade se transforma de acordo com os objetivos das leis⁸.

No âmbito da interpretação, Bobbio aponta que o positivismo admitia a interpretação textual, cujos meios hermenêuticos correspondiam a gramatical, teleológico, sistemático e histórico, e algumas vezes a interpretação extratextual, cujo meio hermenêutico correspondia a analogia. Por outro lado, repudiava a interpretação contrária ao que a lei estipulava, a qual Bobbio denomina de interpretação “*antitextual*”⁹.

⁵ Ibidem. p. 28-29.

⁶ POZZOLLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONEL, Miguel, **Neoconstitucionalismo(s)**. Trotta: Madrid, 2003. p. 189

⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 1.

⁸ Ibidem. p. 119-120.

⁹ Norberto Bobbio explica cada um destes meios de interpretação nos seguintes termos: “a) o meio léxico (chamado com expressão pouco correta interpretação gramatical), que consiste na definição do significado dos termos usados pelo legislador, mediante a análise e a comparação dos contextos linguísticos nos quais tais termos são empregados (se a definição consiste na formulação das regras para o uso de um tempo, pelo uso de um termo pode-se, ao contrário, extrair a sua definição). b) O meio teleológico, chamado comumente de

Desse modo, Susanna Pozzollo¹⁰ e Luis Roberto Barroso¹¹ afirmam que diante de uma lide caberia ao interprete apenas a técnica de subsunção, ou seja, identificar a norma aplicável, revelar o seu sentido e aplicar ao caso concreto.

O positivismo jurídico não ignorava os princípios, no entanto também não lhes conferia normatividades, pois os considerava “enunciados dotados de elevada carga axiológica, baixa densidade normativa e alto grau de indeterminação e abstração”, sobre os quais não poderia ser aplicada a técnica de subsunção¹².

A aplicação dos princípios somente era aceita quando a lei, os costumes, a analogia, a equidade não solucionavam o caso, como uma “função supletiva, integradora ou corretiva das regras jurídicas”¹³. Assim, “no contexto positivista, os princípios são os “tapa-buraco” do sistema”¹⁴, uma “válvula de segurança”¹⁵.

O positivismo fornecia, ainda, uma teoria para os casos difíceis, segundo a qual autorizava o juiz a decidir discricionariamente quando não havia um direito claro¹⁶.

O “fetiche da lei” e o legalismo acrítico “serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados”¹⁷, como por exemplo, no totalitarismo nazista alemão em que “todos os atos que extingam por completo a dignidade humana das vítimas deste regime nazista eram promovidos em nome da legalidade, isto é, dentro dos quadros da Lei”¹⁸.

interpretação lógica, expressão imprópria, visto que se trata de um meio interpretativo baseado na ratio legis, isto é, no motivo ou finalidade para os quais a norma foi posta. Partindo do duplo pressuposto de que o legislador, como ser razoável, se coloque fins e estabeleça meios idôneos a serem atingidos, uma vez individualizado o fim do legislador, este pode dar aqui esclarecimentos sobre as modalidades de sua consecução, isto é, sobre o conteúdo da lei. c) O meio sistemático, que implica não só no pressuposto da racionalidade do legislador, como também no pressuposto de que a vontade do legislador seja unitário e coerente. Com base em tal pressuposto pode-se procurar esclarecer o conteúdo de uma norma, considerando-a em relação a todas as outras. d) O meio histórico, que consiste na utilização de documentos históricos diferentes do texto legislativo, para reconstruir a vontade do legislador; com relação ao direitos dos Estados parlamentares, tal meio comporta essencialmente o estudo dos trabalhos preparatórios, pelos quais se pode conhecer as várias intenções para as quais uma lei foi aprovada e qual delas prevalece sobre as outras. Op. Cit. BOBBIO, Norberto. **O positivismo...** p. 28-29.

¹⁰ Op. Cit. POZZOLLO, Susanna. Um constitucionalismo... p. 193

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 331.

¹² SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito constitucional**. Anotações nucleares. Curitiba: Juruá, 2001. p. 98.

¹³ Idem.

¹⁴ Ibidem p. 99.

¹⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil – ley, derechos, justicia**. Torino: Trotta, 2007. p. 117.

¹⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 127.

¹⁷ Op. Cit. BARROSO, Luís Roberto. **Curso ...** p. 263.

¹⁸ HONENSKO, Vitor Hugo Nicastro. **A norma jurídica e os direitos fundamentais**: um discurso sobre a crise do positivismo jurídico. São Paulo: RCS, 2006. p. 98-99.

O fracasso do positivismo abriu caminho para uma reflexão sobre o Direito, sua função social e sua interpretação, isto é, o surgimento de um novo modelo denominado de neoconstitucionalismo¹⁹ ou pós-positivismo²⁰.

Contudo, conforme acentua BARROSO, o pós-positivismo não desconstrói tudo o que foi vivido e o que foi aprendido, mas sim supera o conhecimento convencional, ele “guarda deferência” ao positivismo, contudo reintroduz a ideia de justiça e legitimidade. Ele apresenta o pós-positivismo como uma terceira via:

O pós-positivismo se apresenta, em certo sentido, como uma *terceira via* entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política.²¹

Em decorrência disto, apesar de este novo modelo possuir muitas diferenças com o positivismo jurídico, em outros aspectos são tangenciais como acentua Luis Roberto Barroso ao tratar destas semelhanças: “busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas”. Eis a razão de se nominar este novo regime jurídico de pós-positivismo²².

O pós-positivismo, como Estado de Direito, surgiu da convergência de duas constituições que comumente caminham separadas. A primeira (tradição liberal), uma constituição que regula a sociedade e a política, assegurando a autonomia dos indivíduo, igualitários, que desenvolvem livremente seus planos de vida. Este é um modelo norte americano, que contribuiu com a supremacia constitucional e garantias jurisdicionais. Neste modelo o constitucionalismo se resume em judicialismo, o qual é preocupado apenas em salvaguardar o respeito às regras políticas e sociais. Na segunda tradição (tradição social), a constituição não se limita a expor as regras do jogo, mas também entra nele, impondo diversos direitos sociais, regulando a saúde, educação, relações trabalhista, etc. Esta

¹⁹ Lênio Luiz Streck, ao tratar sobre o tema, faz uma severa crítica ao termo “neoconstitucionalismo” em STRECK, Lênio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: ____ et alii. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

²⁰ Op. Cit. BARROSO, Luís Roberto. **Curso ...** p. 264.

²¹ Ibidem. p. 270.

²² Ibidem. p. 271.

concepção surgiu na revolução francesa. Aqui o poder é do povo, representado pelo legislativo²³.

Luis Pietro Sanchís aponta que o pós-positivismo possui elementos de ambos os modelos. Do primeiro, vislumbra-se a garantia jurisdicional e uma desconfiança do legislativo. Da segunda, herdou um ambicioso programa normativo, que vai além de estabelecer a regra do jogo²⁴.

Umas das maiores marcas do pós-positivismo é a importância conferida aos princípios no sistema jurídico²⁵.

No pós-positivismo propõe-se um novo modo de interpretar, sem separar o Direito da Moral como no positivismo. Sobre o assunto, leciona Susanna Pozzollo:

“El argumento neoconstitucionalista parte del dato positivo de la constitucionalización del bill of rights, o sea, de un catálogo más o menos detallado de derechos fundamentales, y de la justiciabilidad de la carta fundamental por obra de un órgano para ello específicamente predispuesto, es decir, por el juez de las leyes. A partir de tal dato positivo, el neoconstitucionalismo propone un cierto modelo teórico par la explicación y descripción del Derecho del Estado constitucional, caracterizado por negar la tesis iuspositivista de la separación conceptual entre Derecho y moral²⁶”

Assim, a introdução da constituição fez com que a lei, que no positivismo era a expressão da vontade do legislador e devia ser observada, ficasse subordinada a ela, bem como estabeleceu critérios de validade formal e material, condicionando a atividade legislativa²⁷.

A lei deixou de ser a única, suprema e racional fonte do direito, acarretando em uma crise do positivismo jurídico, impulsionando uma nova teoria do direito que Luis Prieto Sanchis resume em cinco pontos²⁸:

a) mais princípios que regras: neste ponto afirma que há uma diferença entre conflito de normas e de princípios. Nas normas, quando há conflito, ou é porque uma delas não é válida, ou porque uma é exceção da outra. Já com relação aos princípios, mesmo estando em colisão, serão sempre válidos, porém um se sobreporá ao outro;

²³ SANCHÍS, Luis Pietro. **Neoconstitucionalismo y ponderacion judicial**. In: CARBONEL, Miguel, **Neoconstitucionalismo(s)**. Trotta: Madrid, 2003. p. 124-127

²⁴ Idem.

²⁵ 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: Lumen Júris, 2007. faces da teoria do direito em tempo de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy, 2006. p. 143

²⁶ Op. Cit. POZZOLLO, Susanna. **Um constitucionalismo...** p. 188

²⁷ Ibidem. p. 189

²⁸ Op. Cit. SANCHÍS, Luis Pietro. **Neoconstitucionalismo...** p. 124-127. P. 131-137

b) mais ponderação que subsunção: pautado na diferenciação de princípios e regras;

c) onipresença da constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes: A lei deixa de ser a referência suprema para a resolução dos casos;

d) onipotência judicial no lugar da autonomia legislativa: como a constituição está presente em todos os tipos de conflito, o constitucionalismo culmina na onipotência judicial;

e) coexistência de valores, muitas vezes contraditórios.

A constituição assume um ponto central no pós-positivismo, ela é formalmente e substancialmente superior ao ordenamento jurídico, ela impõe ao legislador o respeito lógico-formal de suas decisões e o desenvolvimento das normas constitucionais e sua aplicação. A constituição diferencia-se das demais normas infraconstitucionais devido a constitucionalização de valores, o que lhe confere uma “força invasiva geral”, nas palavras de Susanna Pozzollo, “la Constitución sería un valor en sí”²⁹.

A introdução da interpretação moral no neoconstitucionalismo decorreu, para

Susanna Pozzollo, da positivação dos princípios pela constituição por meio de expressões vagas e imprecisas. Assim, estes direitos ou valores para serem interpretados e aplicados necessitariam de uma “toma” de posição moral destinada a concretizá-los³⁰.

Desse modo, observa-se que a metodologia de interpretação assumida pelo positivismo, de subsunção, não seria suficiente para o neoconstitucionalismo. Assim, desenvolveu-se uma técnica ponderativa, a qual explica Pozzollo:

“Una metodología, por tanto, dirigida a la ponderación o al balanceamiento de los principios y de los valores en juego, en cada ocasión transportados al caso concreto, que permitiría tener en cuenta las exigencias de justicia que cada vez cada caso, justamente, lleva consigo. El intérprete, en el fondo, debería elegir entre la estricta legalidad y la justicia sustancial, adoptando la solución menos traumática y más compatible con la realidad (ocasional) y con el sistema jurídico en su conjunto, haciendo así prevalecer uno u otro valor contingentemente relevante³¹”

Neste momento, a interpretação e a tarefa de guardião da Constituição recaem sobre o juiz, o qual possui a tarefa de garantir a constituição, remodelando a lei sobre o conteúdo constitucional, transformando-se em um legislador concorrente³².

²⁹ Op. Cit. POZZOLLO, Susanna. **Um constitucionalismo ...** p. 192

³⁰ Ibidem. p. 191

³¹ Ibidem. p. 193

³² Ibidem. p. 193

Zagrebelski faz uma análise comparativa entre o legislador do positivismo e o juiz do pós-positivismo:

El legislador deve resignarse a ver sus leyes tratadas como <<partes>> del derecho, y no como <<todo el derecho>>. Pero puede pretender, tanto de los jueces como de la Corte constitucional, que se mantengan abiertas las posibilidades de ejercitar su derecho a contribuir políticamente a la formación del ordenamiento jurídico. Sí este derecho no se respetase, tal vez tendríamos un Estado más constitucional, pero desde luego ya no un Estado constitucional democrático. (...) Hoy, ciertamente, los jueces tienen un gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia³³

Em suma, Suzanna Pozzolo apresenta as principais características do neoconstitucionalismo:

a) a adoção de uma noção específica de Constituição como norma; b) a defesa da tese segundo a qual o direito é composto (também) de princípios; c) a adoção de técnica interpretativa denominada “ponderação” ou “balancamento”; d) a consagração de tarefas de integração à jurisprudência e de tarefas pragmáticas à Teoria do Direito³⁴.”

Objetivando comparar o positivismo com o pós-positivismo, ela faz uma análise baseada na tripartição idealizada por Bobbio³⁵.

No primeiro ponto, chamado por Bobbio de “juspositivismo como ideologia”, afirma que enquanto o positivismo sustenta que o direito por ser positivo é justo e deve ser obedecido em decorrência do dever moral, o neoconstitucionalismo se mostra “la ideologia política menos complacente con el poder”. No segundo ponto, “positivismo como teoria”, aponta que no positivismo a Lei é soberana, enquanto no neoconstitucionalismo a lei é subordinada a constituição. No terceiro ponto, “positivismo como metodologia”, afirma que enquanto o positivismo separou o direito da moral, o neoconstitucionalismo positivou princípios morais, que reintroduziu ao ordenamento jurídico os problemas morais³⁶.

³³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil – ley, derechos, justicia**. Torino: Trotta, 2007. p. 153.

³⁴ POZZOLO, Susanna. O neoconstitucionalismo como *último* desafio ao positivismo jurídico. A reconstrução neoconstitucionalista da teoria do direito: suas incompatibilidades com o positivismo jurídico e a descrição de um novo modelo. In: ____ e DUARTE, Écio Oto Ramos **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempo de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy, 2006. p. 79

³⁵ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo**... p. 233.

³⁶ POZZOLLO, Susanna. **Um constitucionalismo** p. 194-195

Em consonância, complementa Écio Oto Ramos Duarte³⁷

“O primeiro, o Neoconsitucionalismo Teórico, aspira descrever os logros da constitucionalização e assume a defesa de que o modelo do sistema jurídico derivado desse processo está caracterizado, além de uma Constituição “invasora”, pela positivação de um catálogo de direitos fundamentais, pela onipresença na Constituição de princípios e regras, e por algumas peculiaridades da interpretação e da aplicação das normas constitucionais em relação à interpretação e da aplicação das normas constitucionais em relação à interpretação e à aplicação da lei. Por sua vez, a segunda forma de Neoconsitucionalismo, o Neoconsitucionalismo ideológico, não se limita a “descrever os logros do processo de constitucionalização, senão que os valora positivamente e propugna a sua defesa e aplicação. Em particular, sublinha a importância dos mecanismos institucionais de tutela dos direitos fundamentais” e adota o modelo axiológico da Constituição como norma, pondo em evidência, dessa maneira, a defesa da radical especificidade da interpretação (e aplicação) constitucional em relação à lei. Por último, o Neoconsitucionalismo terminológico análogo, o positivismo metodológico – que distingue entre as funções de descrever o direito e valorar-prescrever o direito –, mantém que a identificação e/ou a justificação do direito deve ser realizada a partir da tese da conexão necessária entre direito e moral”.

Humberto Ávila aponta as principais mudanças do positivismo ao pós-positivismo, quais sejam³⁸:

(...) princípio em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo ou Executivo (ou mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta aplicação da Constituição em vez da lei).

No mesmo sentido, leciona Paulo Ricardo Schier ao apresentar os fenômenos do neoconstitucionalismo:

(i) maior presença da constituição em detrimento da lei; (ii) maior presença do juiz em detrimento do legislador; (iii) maior participação dos princípios em detrimento das regras; (iv) mais ponderação e menos subsunção; (v) vinculação do Estado à Constituição como “limitação”, mas também como “prestação” e legitimação material; (vi) maior heterogeneidade axiológica dos textos constitucionais e, logo, mais pluralismo; (vii) aproximação entre direito e moral; (viii) ênfase na substância,

³⁷ DUARTE, Écio Oto Ramos e POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da constituição**. São Paulo: Landy Editora, 2006. p. 25

³⁸ AVILA, Humberto Bergman. “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 em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 16/08/2014. p. 187

sem, contudo, o abandono da forma, do procedimento; e, finalmente, (ix) eixo teórico fundado na teoria da argumentação sob perspectiva do pós-positivismo³⁹”

Desse modo, evidenciam-se as principais diferenças entre o positivismo e o pós-positivismo.

3. A interpretação no pós-positivismo: teoria dos princípios, teoria da argumentação e o sopesamento

Com as inovações trazidas pelo pós-positivismo, o ordenamento jurídico foi inflado por princípios, assim, a metodologia de interpretação adotada no positivismo, de subsunção, não se mostra suficiente neste novo modelo jurídico.

Assim, surgiram diversas teorias⁴⁰ objetivando a melhor interpretação para os princípios, no entanto faz-se necessário, primeiramente, diferenciar as regras dos princípios, pois segundo Robert Alexy sem esta distinção não é possível haver uma “teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico”, esta distinção é de tamanha importância que chega a falar de “coluna-mestra do edifício da teoria dos direitos fundamentais”⁴¹.

Para Alexy tanto as regras como os princípios são normas, pois ambos dizem o que deve ser, no entanto possuem uma diferença qualitativa⁴², enquanto as regras exprimem determinações e devem ser respeitadas integralmente, os princípios são “mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem 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 jurídicas⁴³”.

No mesmo sentido, Gustavo Zagrebelsky faz a distinção entre as regras e os princípios:

³⁹ SCHIER, Paulo Ricardo. Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. (Org.). **Direito Constitucional Brasileiro**. 1ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 1, p. 51.

⁴⁰ Dentre elas estão as teorias alternativas ao uso da ponderação, apresentada por Ana Paula de Barcellos, quais sejam, teoria dos limites imanentes, teoria do conceptualismo e teoria da hierarquização. BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 58-74.

⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. p. 85.

⁴² Robert Alexy menciona ainda outras duas teses que abordam esta distinção entre as regras e princípios, mas as considera errada. A primeira tese, sustenta que dividir as normas em duas classes esta fadado ao fracasso, tendo em vista a diversidade existente. Para a segunda tese, por sua vez, há uma distinção gradual entre regras e princípios. Op. Cit. ROBERT, Alexy. **Teoria dos...** p. 87-90.

⁴³ Idem.

“las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios (...) las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas: los principios, directamente, no nos dicen nada al 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 disenso u repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto⁴⁴”

Zagrebelsky afirma, ainda, que somente nos casos concretos é possível compreender o alcance dos princípios e que somente os princípios desempenham um papel propriamente constitucional.

Nos mesmos termos de Alexy⁴⁵, Virgílio Afonso da Silva aduz sobre regras como direitos definitivos e princípios como direitos “prima facie”. Sobre este tema, ainda, faz uma crítica a distinção entre princípios e regras realizada por Humberto Ávila⁴⁶.

Depreende-se desta diferenciação entre regras e princípio que somente as regras são capazes de ser observadas e aplicadas mecanicamente e passivamente, podendo observar os dois principais esquemas lógicos para a aplicação das regras normativas, quais sejam, silogismo e subsunção. Isto porque, esta ideia positivista se mostra insuficiente para a aplicação dos princípios, que exigem um posicionamento de acordo com a realidade⁴⁷.

Alexy ressalta que a esta distinção fica ainda mais evidente nos casos de conflito de regras e colisão de princípios. Para os casos de conflitos de regras, afirma que a solução consiste na cláusula de exceção, a qual extirpa o conflito, ou por declaração de invalidade de uma das regras. Nos casos de colisão de princípios⁴⁸, por sua vez, um deles deve ceder em favor do outro por meio de um sopesamento⁴⁹.

Acerca do conflito de regras e colisão de princípios, explica Paulo Ricardo Schier⁵⁰:

⁴⁴ Op. Cit. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho...** 109-110 e 103-104

⁴⁵ Op. Cit. ROBERT, Alexy. **Teoria dos...** p. 90.

⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 45 – 46 e 56-64.

⁴⁷ Op. Cit. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho...** p. 111

⁴⁸ Robert Alexy refuta a ideia de três objeções quanto aos princípios, a de que a colisão de princípios podem ser resolvidas através da invalidade de um deles, a de que existem princípios absolutos e a de que o conceito de princípio é tão amplo que incluiria todos os interesses de um processo de sopesamento. Op. Cit. ROBERT, Alexy, **Teoria dos...** 109-116.

⁴⁹ Ibidem. p. 91-95.

⁵⁰ SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo**. A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, v. 20, p. 145-166, 2005. p. 155.

Os princípios, ao contrário das regras, por constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes. Por isso, em caso de colisão entre princípios, estes podem ser objeto de harmonização ou, em último caso, de ponderação, pois eles contêm apenas exigências ou standards que, em primeira linha, devem ser realizados

Dentre os diversos significados que pode ter o sopesamento⁵¹, a que melhor se enquadra é a ação de considerar imparcialmente os aspectos contrapostos de uma questão ou o equilíbrio de duas coisas. Na ponderação sempre há interesses e bens em conflitos, chegando, ao final, na supremacia de um princípio sobre o outro, seria a melhor escolha para o caso concreto, dentre as opções de mesmo valor⁵².

Acerca da colisão de princípios, Virgílio Afonso da Silva faz uma crítica, afirmando que no Brasil muitos fazem um sincretismo entre a teoria desenvolvida por Robert Alexy e Friedrich Müller, no entanto, apresenta que ambas são incompatíveis. Segundo ele, Müller não admitia a colisão de princípios, pois “A racionalidade e a possibilidade de controle intersubjetivo na interpretação e não aplicação do direito só é possível por intermédio de uma concretização da norma jurídica após árdua análise e delimitação do âmbito de cada norma”⁵³, assim, não haveria possibilidade de colisões, pois a norma se revelaria como não-aplicável após a árdua tarefa. “Logo, sem colisão não há razão para sopesamento”⁵⁴.

Para Ana Paula de Barcellos o sopesamento é uma “técnica jurídica de solução de conflitos normativas que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”⁵⁵.

Para Alexy o juiz diante de uma situação concreta, em que dois princípios se colidem, não lhe cabe julgar qual deles se sobrepõe ao outro, tampouco qual é mais especial que outro, ao contrário, deve encontrar uma eficácia recíproca⁵⁶.

⁵¹ Sobre estas maneiras diferente de se compreender o sopesamento, Ana Paula de Barcellos afirma que no judiciário brasileiro vislumbra-se três, a primeira, defendida por Ronald Dworkin e mais sofisticadamente trabalhada por Robert Alexy, a qual é defendida neste trabalho, nesta tem-se o sopesamento como a solução de colisão de princípios, a segunda como um modo de solucionar qualquer conflito normativo, sopesando todos os elementos em conflito para encontrar a solução adequada, e a terceira confere um caráter mais amplo, “como elemento próprio e indispensável ao discurso e à decisão racionais”, não se “avalia apenas enunciados normativos ou normas, mas todas as razões e argumentos relevantes para o discurso, ainda que de outra natureza (argumentos morais, políticos, econômicos, etc). Op. Cit. BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação** p. 24-27

⁵² SANCHÍS, Luis Pietro. Neoconstitucionalismo ... p.128.

⁵³ SILVA, Virgílio Afonso. “Interpretação constitucional e sincretismo metodológico”, In: _____, **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 136-139

⁵⁴ Op. Cit. SILVA, Virgílio Afonso. “**Interpretação**”... p.138.

⁵⁵ Op. Cit. BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação**... p. 23

⁵⁶ Op. Cit. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho**... p. 111

Neste ponto, Ana Paula Barcellos critica esta visão, para ela o sopesamento “não pode ser reduzido a uma forma de aplicar princípios; trata-se na verdade de uma técnica de decisão autônoma que, embora muitas vezes envolva princípios, não se vincula a eles de maneira exclusiva”, ela afirma, ainda, que nem todos os princípios “funcionam completamente ou necessariamente sob a lógica da ponderação (seja porque dispõe de núcleo com natureza de regra, seja porque têm estrutura e funcionamento diverso)”⁵⁷.

Assim, afirma que o ponto central da teoria da argumentação diz respeito a constatação de que a fundamentação jurídica sempre dirá o que é permitido, proibido e obrigatório⁵⁸.

A tarefa do sopesamento é essencialmente judicial, porém Luis Prieto Sanchis afirma que pode ocorrer no legislativo também. No entanto, esta ponderação, segundo o autor, não pode ser com relação a uma lei e princípios abstratamente (sem um caso concreto), pois assim estar-se-ia impondo uma hierarquia entre princípios⁵⁹. Desse modo, as leis devem estar abertas para uma interpretação com princípios.

4. O “déficit” de racionalidade e o decisionismo no pós-positivismo

Nos últimos tempos, tem-se formulado muitas críticas ao sopesamento, principalmente quando se trará de direitos fundamentais e o chamado norte-americano *ad hoc balancing*, a ponderação realizada pelo juiz diante do caso concreto “independente de qualquer parâmetro ou *standard* anterior e abstrato ao qual o aplicados esteja vinculado”⁶⁰.

Há quem afirme que o sopesamento não é um modelo aberto a um controle racional, ficando nas mãos daquele que sopesa, tratando-se na verdade de um decisionismo disfarçado⁶¹.

Ana Paula Barcellos sistematiza as principais críticas que o sopesamento sofre atualmente:

“a) A ponderação seria uma técnica inconsistente do ponto de vista metodológico. As noções de balanceamento ou sopesamento são vagas e não vinculam uma ideia clara sobre o conteúdo da técnica. Além disso, não há parâmetros racionais para a

⁵⁷ Op. Cit. BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação...** P 36.

⁵⁸ Op. Cit. ROBERT, Alexy, **Teoria dos...** 548

⁵⁹ Sobre a hierarquia material entre as normas constitucionais, Virgílio Afonso da Silva afirma que quem não a admite resta rejeitar o sopesamento como método de interpretação e aplicação do direito. Afirma, ainda, que nestes casos rejeita-se também a “possibilidade de um direito prevalecer sobre outro em alguns casos”. Op. Cit. Virgílio Afonso da Silva. **Interpretação ...** p. 125.

⁶⁰ Op. Cit. BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação...** p. 50.

⁶¹ Op. Cit. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais...** p. 146.

ponderação e inexistente um padrão de medida homogêneo e externo aos bens em conflito capaz de pesar de forma consistente a importância de cada um deles. A ausência de parâmetros impede até mesmo que se verifique se uma ponderação levada a cabo é ou não correta. b) Por conta da inconsistência metodológica, a ponderação admite um excessivo subjetivismo na interpretação jurídica e, portanto, enseja arbitrariedade e voluntarismo. c) A ponderação arruína as conquistas próprias do Estado de direito, em especial a contenção de arbítrio por meio da legalidade (enunciados gerais e abstratos) e a segurança jurídica daí decorrente, transmutando o Estado de direito em um ‘Estado de Ponderação’. d) A lógica da ponderação transforma a aplicação do direito em um novo processo político, o qual vantagens e desvantagens serão livremente (re) avaliadas por órgãos que não têm legitimidade para exercer esse ofício, em franca violação ao princípio da separação dos poderes. e) Quando envolve a Constituição, a ponderação acaba por aniquilar a conquista da normatividade de suas disposições, já que dilui a certeza e a previsibilidade que deveriam caracterizá-las, especialmente quando se trata de cláusulas pétreas. A ponderação submete tais disposições ao jogo próprio de política e à imprevisibilidade, ameaçando sobretudo os direitos fundamentais. f) Na maior parte dos casos, o juiz manifestará as convicções comuns à maioria da população acerca dos diferentes temas constitucionais têm previsão constitucional justamente para estarem a salvo dos humores das majorias. Se tais direitos puderem ser livremente submetidos à ponderação, na prática eles estarão sendo lançados às majorias novamente. E nem se tratará de uma maioria política, eleita, que representa os diferentes segmentos da sociedade (em particular quando se adote o sistema eleitoral proporcional), mas apenas da opinião pessoal de um juiz ou de um grupo de juizes sobre o assunto. Ou seja: os dispositivos constitucionais sobre direitos fundamentais acabam por valer menos que um enunciado normativo qualquer⁶²”.

Nesta linha, Humberto Bergman Avila critica o sopesamento nos seguintes pontos:

1- para ele esta técnica leva a um “anti-escalonamento”, ou seja, todas as normas, independente de sua hierarquia, deverão ceder lugar a um nível, a constituição, razão porque se fala de constitucionalização da ordem jurídica; 2 – a ponderação extirpa com o “princípio democrático por meio da função legislativa” e a separação dos poderes; 3 – esta técnica leva a um subjetivismo⁶³.

Alexy⁶⁴ e Ana Paula de Barcellos⁶⁵ concordam com alguns pontos destas críticas, contudo discordam no âmbito do procedimento racional.

Alexy apresenta dois modelos de sopesamento, um decisionista e outro racional⁶⁶:

(...) a um tal modelo decisionista de sopesamento pode ser contraposto um modelo fundamentado. Em ambos os modelos o resultado do sopesamento é um enunciado de preferéncia é o resultado de um processo psíquico não controlável racionalmente. O modelo fundamentado, por sua vez, distingue entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferéncia e sua fundamentação. Essa diferenciação permite ligar o postulado da racionalidade do sopesamento à fundamentação do enunciado de preferéncia é afirmar, um sopesamento é racional quando o enunciado de preferéncia, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de

⁶² Op. Cit. BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação...** p. 50-53.

⁶³ Op. Cit. AVILA, Humberto Bergman. **“Neoconstitucionalismo”**: ... 192-194

⁶⁴ Op. Cit. ROBERT, Alexy. **Teoria dos ..** p. 164

⁶⁵ Op. Cit. BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação...** p. 53-54.

⁶⁶ Op. Cit. ROBERT, Alexy. **Teoria dos ...** p. 165

forma racional. Com isso, o problema de fundamentação racional de enunciados que estabeleçam preferências condicionadas entre valores ou princípios colidentes.

Desse modo Alexy demonstra que o sopesamento pode ser racional.

No entanto, discordando desta racionalidade defendida por Alexy, Lênio Streck critica a Teoria da Argumentação⁶⁷:

Ocorre que, ainda assim, subsiste a possibilidade de uma decisão vir a ser tomada de forma incorreta, sendo, portanto, injusta. Alexy admite que, em muitos casos, esse tipo de decisão (seja ela do legislador, quando legifera, seja do juiz no momento em que exerce a judicatura) permanece no sistema jurídico como uma espécie de remanescente de imperfeição próprio da estrutura que envolve os processos reais de argumentação e discurso jurídico (lembramos que o próprio autor afirma que sua teoria da justiça tem um forte componente idealista). Porém, o jurista procura introduzir um ferramental para que certo tipo de decisão não seja aceita em nenhuma hipótese. Ou seja, em determinados casos haveria a possibilidade de se controlar as decisões pelo fundamento de justiça que elas veiculam.

E continua:

Ora, se, ao fim e ao cabo, cabe ao intérprete hierarquizar (e escolher) o princípio aplicável, a pergunta inexorável é: qual é a diferença entre o “intérprete ponderador” e o “intérprete do positivismo”, que, discricionariamente escolhe qual a “melhor” interpretação? Claro que a Teoria da Argumentação Jurídica – mormente a de Alexy, que é a mais sofisticada e complexa responderá que há um conjunto de critérios que deverão sempre balizar a escolha. Mas, pergunto, qual é a diferença desses critérios (ou fórmulas) dos velhos métodos de interpretação, cujo calcanhar de Aquiles – na feliz expressão de Eros Grau e Friedrich Müller –é(ra) exatamente não ter um critério para difundir qual o melhor critério, que venho denominando de “ausência/impossibilidade” de um Grundmethode? (...) Entender que a discricionariedade é algo inerente à aplicação do direito é, no fundo, uma aposta no protagonismo judicial. E a discricionariedade não se relaciona bem com a democracia⁶⁸.

Para García Figueroa, outro crítico da Teoria da Argumentação de Alexy, existe um positivismo latente no interior da Teoria da Argumentação de Alexy:

(...) en cierto modo la versión de Alexy vendría a retrasar el inevitable momento de la discreción judicial que propugna el positivismo. Segundo el positivismo, la discreción comenzaría donde se agotaran los materiales normativos positivos, y en el modelo de Alexy la discreción se desarrollaría donde los materiales normativos y morales no fueran suficientes para discriminar entre las distintas respuestas correctas.

⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. Dossiê Ronald Dworkin. **Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy**. Revista Direito e Práxis. Vol. 4, nº 7, 2013. P. 351.

⁶⁸ Op. Cit. STRECK, Lenio Luiz. Dossiê Ronald Dworkin... 354.

A respeito desta discricionariedade do juiz, Ana Paula de Barcellos afirma que quanto mais a doutrina precisar os contornos dos direitos, “menor será a necessidade de ponderação *ad hoc* (aquela levada a cabo pelo juiz no caso concreto, sem vinculação a qualquer parâmetro)”.⁶⁹ Afirma, ainda, que a delimitação de parâmetros para o alcance o sentido das normas, “menor será a discricionariedade e subjetividade envolvidas na ponderação”⁷⁰.

Neste sentido Virgílio Afonso da Silva estabelece os parâmetros para aumentar a racionalidade da decisão, os quais permitirão um controle da argumentação⁷¹.

O primeiro parâmetro apresentando, diz respeito à segurança jurídica. Segundo os críticos do sopesamento, esta técnica traz uma insegurança jurídica, pois confere ao juiz um grau de subjetividade, no entanto, para o autor é impossível pensar em uma técnica de aplicação do direito isenta de subjetivismo do interprete, afirma que a própria técnica de subsunção permite este subjetivismo. Assim, para aumentar a segurança jurídica e a previsibilidade da atividade jurisdicional, devem os juristas fazer um estudo jurisprudencial, cobrando consistência e coerência das decisões, deve haver um diálogo entre a comunidade judiciária e o judiciário.

Nesse ponto, Ronald Dworkin defende a coerência das decisões por meio do que chama de romance em cadeia⁷²:

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. (...) em nosso exemplo, contudo, espera-se que os romancistas levem mais a sério suas responsabilidades de continuidade; devem criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível. Cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu, daquilo que ele próprio acrescentou e (até onde lhe seja possível controlar esse aspecto do projeto) daquilo que seus antecessores vão querer ou ser capazes de acrescentar. Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como o produto de muitas mãos diferentes.

Em consonância, a autora Sussana Pozzolo aduz que a jurisprudência deve servir como fonte e co-autora do direito⁷³:

⁶⁹ Op. Cit. BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação...** p. 75.

⁷⁰ Ana Paula de Barcellos apresenta uma proposta de sistematização destes parâmetros. Op. Cit. BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação...** p. 159-294.

⁷¹ Op. Cit. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais...** p. 148-160.

⁷² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p.236.

A jurisprudência, então, é nesse sentido, fonte do direito, não somente em um sentido sócio-político geral e amplo, mas em sentido jurídico: sem a mediação da jurisprudência o direito não seria capaz de intervir onde existe o conflito e desenvolver o seu papel.

O segundo parâmetro refere-se à Inflação judiciária. A crítica neste ponto afirma que “a partir do momento em que quase toda ação pode ser subsumida a uma norma que garanta, ainda que *prima facie*, um direito fundamental, a quantidade de colisões e, sobretudo, de pretensões ligadas a direitos fundamentais tende a explodir”⁷⁴, no entanto Virgílio afirma que as situações que poderiam ensejar em uma pretensão judicial verdadeira são tão elevadas, mesmo que aumentassem os números de ações, elas logo reduziriam tendo em vista os precedentes judiciais que vão se formando, e empiricamente fala que o sopesamento não aumentaria o número de recursos anualmente julgados pelo STF.

Por fim, no terceiro parâmetro, como parte da coerência teórica, Virgílio afirma que faz parte “aceitar que ações proibidas façam parte do âmbito de proteção de direitos fundamentais. Tais ações devem ser consideradas, *prima facie*, como exercício desses direitos, sob pena de ruptura interna na teoria”⁷⁵

Para Virgílio Afonso da Silva as críticas que a ponderação recebe (discrecionariedade e controle judicial da lei) são injustas e representam um defeito na compreensão sobre o conflito de princípios constitucionais. Sobrepe-se a Habermas, pois diz que a ponderação busca a norma mais adequada ao caso, de forma universalizada, ou seja, a técnica será a mesma para todos os casos, enquanto Habermans propõe uma aplicação arbitrária de um princípio cujo qual o juiz crê ser o mais adequado⁷⁶.

Paulo Ricardo Schier, por sua vez, afirma que o processo de ponderação é subjetivo, mas que não significa que é arbitrário, para ele “o Direito demanda uma certa racionalidade e, no processo de sua racionalização, há que se conter a subjetividade pura e simples”⁷⁷.

Daniel Sarmento afirma que o problema não está na técnica da ponderação, mas sim nos juízes que utilizam a técnica de maneira errada:

(...) muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça –, passaram a negligenciar do seu dever de fundamental racionalmente os seus julgamentos. Esta “euforia” com

⁷³ Op. Cit. POZZOLO, Susanna. **O neoconstitucionalismo como...** p. 175-176

⁷⁴ Op. Cit. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais...** P. 150.

⁷⁵ Ibidem. 154.

⁷⁶ Op. Cit. SANCHÍS, Luis Pietro. **Neoconstitucionalismo...** p.129.

⁷⁷ Op. Cit. SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos desafios...** p. 158.

os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais (...) converteram-se em verdadeiras “varinhas de condão”: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo⁷⁸”

Para ele tal fato atenta contra a democracia, pois o juiz impõe a sua preferência sobre as deliberações legislativas, compromete a separação dos poderes, pois extingue o limite entre judiciário e legislativo, e, por fim, atenta contra a segurança jurídica, pois o Direito fica a mercê das idiossincrasias do julgador⁷⁹.

Daniel Sarmento ao falar sobre a atuação do juiz, por sua vez, aponta o problema quando estas teorias tratam de idealizar o Judiciário, a ponto de atribuí-lo o que não tem como fazer. Neste aspecto aponta três fatos que comprometem a capacidade do juiz na interpretação da constituição, a sobrecarga de trabalho, falta de conhecimento técnico fora do Direito e “a lógica inerente ao processo civil⁸⁰”.

Daniel Sarmento afirma que para evitar este decisionismo a resposta mais adequada e justa deve ser buscada com racionalidade⁸¹, concordando com Ronald Dworkin de que a racionalidade leva a uma única resposta correta ao caso difícil⁸². Aduz que esta resposta deve ser buscada por meio de um debate aberto e racional “é o exercício da argumentação jurídica, na qual todos os participantes sejam tratados como livres e iguais, tenham a mesma possibilidade de falarem e de serem ouvidos, e não haja constrangimentos, senão os decorrentes da força persuasiva dos melhores argumentos⁸³”. Afirma, ainda, que as decisões devem ser tomadas de maneira justificada, a fim de demonstrar que aquela decisão tomada foi a mais correta para o caso.

Para Sarmento nem sempre os princípios serão superiores as regras, pois estas “salvaguardam a segurança jurídica do cidadão e coíbem o arbítrio do aplicador, como também porque permitem o funcionamento mais ágil e eficiente da ordem jurídica”⁸⁴.

A filtragem constitucional não conduz ao que Daniel Sarmento denomina de “anarquia metodológica” e a “carnavalização” da Constituição, para ele é possível defender os princípios e valores sem deslizar no decisionismo⁸⁵.

⁷⁸ SARMENTO, Daniel. 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. 144

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ Ibidem. p. 318.

⁸¹ Ibidem. p. 145

⁸² DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 119-145.

⁸³ Op. Cit. SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade ...** p. 146

⁸⁴ Idem. P. 146.

Humberto Ávila, por sua vez, defende a “ponderação intersubjetivamente controlável e compatível com o sistema de separação de Poderes”:

Em primeiro lugar, o aplicador deve verificar a existência de uma regra constitucional imediatamente aplicável ao caso. Se ela existir, afastada está a ponderação horizontal entre princípios constitucionais eventualmente colidentes, pois, relativamente à hipótese, houve uma ponderação pré-legislativa das razões contrapostas que culminou no regramento constitucional (...) Em segundo lugar, na inexistência de um regramento constitucional imediatamente aplicável, o aplicador deve examinar a existência de uma regra constitucional que regule a atribuição, o exercício ou a delimitação de uma competência (...) Em terceiro lugar, caso não haja regra constitucional imediatamente aplicável, nem regra legal editada no exercício regular da função legislativa, ou caso não haja uma regra legal que seja incompatível com o estado de coisas cuja promoção é determinada por um princípio constitucional, caberá ao aplicador efetuar uma ponderação dos princípios constitucionais eventualmente colidentes para editar uma norma individual reguladora do conflito de interesses concretamente existente⁸⁶.

Para ele se a técnica da ponderação não seguir estes passos ela será apenas uma técnica não jurídica do explica tudo não orienta nada, levando ao decisionismo⁸⁷.

5. Conclusão

Buscou-se com este artigo demonstrar a passagem do positivismo ao neoconstitucionalismo, acentuando as suas diferenças, principalmente com relação ao papel desempenhado pelo juiz, a supremacia constitucional e a positivação dos princípios na Constituição.

Apontou-se como a técnica alhures utilizada, de mera subsunção, não é suficiente para a realidade introduzida pelos princípios, necessitando, assim, de um novo modo de interpretação.

Assim, apresentou-se a técnica do sopesamento, a qual visa buscar uma eficácia recíproca entre os princípios em colidentes.

Para tanto, apresentou-se a distinção entre princípios e regras realizada por Alexy e chancelada por demais autores, a fim de identificar os princípios no sistema jurídico que serão sopesados.

No que tange aos princípios, demonstrou-se que tanto utilizando a técnica da subsunção quanto ao do sopesamento o juiz pode conduzir a sua decisão ao decisionismo, trazendo insegurança jurídica e decisões meramente políticas.

⁸⁵ Ibidem. P. 147-148.

⁸⁶ Op. Cit. AVILA, Humberto Bergman. “Neoconstitucionalismo”... p. 195-196.

⁸⁷ Ibidem. p. 196

Contudo, para que isto não ocorra, faz-se necessário que o aplicador do direito conheça os limites do sopesamento, bem como utilize adequadamente a teoria da argumentação de Alexy.

Referência Bibliográfica

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

ALTHEIM, Roberto. **Direito de Danos: Pressupostos Contemporâneos do Dever de Indenizar**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2010.

AVILA, Humberto Bergman. **“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 em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 16/08/2014.

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**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CORDEIRO, Eros Belin de Moura. **O contrato tradicional: Cumprimento Irrestrito do Conteúdo do Pacto**. In: Da revista dos Contratos. Saraiva: São Paulo. p. 68

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

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

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

HONENSKO, Vitor Hugo Nicastro. **A norma jurídica e os direitos fundamentais: um discurso sobre a crise do positivismo jurídico**. São Paulo: RCS, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

STRECK, Lênio Luiz. **Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo**. In: ____ et alii. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Icone, 1995.

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

POZZOLO, Susanna. **O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico. A reconstrução neoconstitucionalista da teoria do direito: suas incompatibilidades com o positivismo jurídico e a descrição de um novo modelo**. In: ____ e DUARTE, Écio Oto Ramos *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempo de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy, 2006.

SANCHÍS, Luis Pietro. **Neoconstitucionalismo y ponderacion judicial**. In: CARBONEL, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta: Madrid, 2003.

SARMENTO, Daniel. **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.

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. faces da teoria do direito em tempo de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy, 2006.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988.** In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. (Org.). **Direito Constitucional Brasileiro.** 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 1, p. 43-60.

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

SCHIER, Paulo Ricardo. . **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo.** A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, v. 20, p. 145-166, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso. “Interpretação constitucional e sincretismo metodológico”, In: _____, **Interpretação constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. Dossiê Ronald Dworkin. **Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para ALexy.** Revista Direito e Práxis. Vol. 4, nº 7, 2013.

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