

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

HERMENÊUTICA JURÍDICA

ENOQUE FEITOSA SOBREIRA FILHO

RUBENS BEÇAK

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

H531

Hermenêutica jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Enoque Feitosa Sobreira Filho, Rubens Beçak, Saulo De Oliveira Pinto Coelho – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-058-9

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

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Apresentação

APRESENTAÇÃO

Dentro da afirmada tradição do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, na realização de seus Encontros e Congressos, a apresentação de trabalhos em Grupos com temáticas específicas resta consolidada.

O GT com a incumbência da discussão dos trabalhos ligados à subárea da Hermenêutica é um dos grupos mais tradicionais, afigurando-se como uma dos mais frequentados nos eventos e com número expressivo de trabalhos submetidos.

A qualidade dos trabalhos ali apresentados e os debates em excelente ambiente de cooperação científica têm permitido, certamente, perceber este GT como um daqueles em que a qualidade investigativa mais se evidencia.

Para além da discussão dos rumos da Pós-graduação em nosso país, a certeza de estarmos contribuindo para a afirmação desta entidade científica, muito nos alegra. A realização do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, em Aracaju, entre 3 e 6 de junho de 2015, com seu expressivo número de inscritos e trabalhos apresentados mais solidifica este rumo.

Ademais, a acertada decisão, desde alguns encontros, da edição em livro digital dos trabalhos apresentados e discutidos, possibilita que todos aqueles interessados no tema aproveitem este material e possam, com a leitura dos trabalhos aqui constantes, acrescerem algo em suas próprias indagações, estudos e pesquisas.

Na presente edição do evento, o GT de Hermenêutica contou com trabalhos que expressam o caminho de maturidade que vem alcançando os debates em Hermenêutica Jurídica no país. Os trabalhos apresentados, se identificam pelo forte vínculo a referências teóricas - sem deixarem de ser críticos com respeito aos mesmos -, a partir dos quais problemas objetivos de hermenêutica jurídica, entendida como experiência da linguagem de jurisdição, foram debatidos.

Por meio de reflexões contextualizadas na permanente dialética de interpretar e aplicar, decidir e argumentar, elaborar e concretizar o Direito, matrizes já consolidadas da

Hermenêutica Contemporânea foram debatidas frente a questões atuais, como, por exemplo, o tema da reforma do Processo judicial brasileiro, impulsionada pelo advento do Novo Código de Processo Civil, que dominou alguns trabalhos e muitos profícuos debates, durante o GT.

Nesse quesito, tanto os textos como as discussões que se seguiram, pautaram-se pela percepção de potenciais transformações no pensamento jurídico brasileiro e sobretudo na práxis jurisdicional brasileira, em que temas como "substantive due process of Law", "overrule" e "distinguishment" já não são mais importações alienígenas descontextualizadas; ou diferenciações como "discursos de fundamentação" e "discursos justificação", ou "argumentação" e "decisão" não são mais, nem categorias desconhecidas, nem distinções absolutizadas.

O presente livro, ademais de retratar esse amadurecimento, reflete também a diversidade de referenciais teóricos com os quais trabalham os diferentes pesquisadores dedicados à Hermenêutica Jurídica em nosso país. Tal diversidade não está livre de marcar-se por disputas paradigmáticas ou de linguagem. Mas fica claro, dos textos que aqui seguem e dos debates que presenciamos e coordenamos na apresentação dos trabalhos, que estamos aprendendo, como membros de uma coletividade que se quer inserida em uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, a respeitar o outro e realizar a experiência da pluralidade, que pressupõe a capacidade de saber ouvir com alteridade e com animus de mundo em perspectiva de devenir.

Os Coordenadores

ANÁLISE DA ABORDAGEM HERMENÊUTICA NO NEOCONSTITUCIONALISMO

ANALYSIS OF THE HERMENEUTICS APPROACH IN NEOCONSTITUTIONALISM

Juliana Bolzan Sebe Dias

Resumo

O presente artigo pretende analisar o neoconstitucionalismo: seu conceito, suas características e as críticas realizadas contra essa corrente filosófica. Segundo esta, toda legislação infraconstitucional deve ser interpretada à luz dos princípios constitucionais, tornando-os centro do ordenamento jurídico e a bússola a nortear toda a atividade hermenêutica dos magistrados. Porém, alguns filósofos do direito tem feito severas críticas contra essa abordagem hermenêutica. Eles afirmam que alguns juízes têm deixado de aplicar as regras já elaboradas pelo Poder Legislativo e se justificam dizendo que estão fazendo uso dos princípios constitucionais. No entanto, estes muitas vezes são gerais e imprecisos e essa atitude tem prejudicado a previsibilidade e a segurança jurídica nas decisões judiciais. A conclusão a que se chegou ao final do trabalho é que utilização errônea de uma doutrina não a invalida e o problema não está nas idéias trazidas pelo neoconstitucionalismo, mas na má utilização delas. Na visão neoconstitucionalista, os princípios constitucionais não devem ser utilizados como justificativa para não se aplicar as Leis, antes eles auxiliam no processo de interpretação delas e a decisão judicial deve ser realizada com racionalidade e argumentação.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo, Pós-positivismo jurídico, Nova abordagem hermenêutica, Poder discricionário dos juízes, Críticas

Abstract/Resumen/Résumé

This article analyzes the neoconstitutionalism: its concept, its characteristics and the criticisms made against this philosophical movement. According to this, all constitutional legislation must be interpreted in the light of constitutional principles, making it the center of the legal system and the compass to guide all the hermeneutic activity of judges. However, some law philosophers have done severe criticism of this hermeneutical approach. They claim that some judges have failed to apply the rules already drawn up by the Legislature and justify it saying they are making use of the constitutional principles. However, these are often general and imprecise and this attitude has undermined the predictability and legal certainty in judicial decisions. The conclusion in the end of the work is that erroneous use of a doctrine does not invalidate it and the problem is not the ideas brought by neoconstitutionalism, but the misuse of them. In neoconstitucional view, the constitutional principles should not be used as justification for not applying the rules, but they assist in the interpretation of these proceedings and the judgment should be performed with rationality and argumentation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Neoconstitutionalism, Post-positivism, New hermeneutic, Discretion of the judges, Critical

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar o aspecto filosófico do neoconstitucionalismo, mais especificamente sua abordagem hermenêutica das normas jurídicas. Nesta, o juiz, ao invés de simplesmente aplicar mecanicamente as regras criadas pelo Poder Legislativo, deve interpretar todo ordenamento jurídico à luz dos princípios constitucionais.

Porém, o neoconstitucionalismo tem sido associado às práticas abusivas de interpretação e aplicação das normas, por parte do Poder Judiciário, e, por isso, tem sido alvo de inúmeras críticas. Isso porque alguns magistrados não observam as regras já criadas pelo Poder Legislativo, decidindo os casos judiciais baseados em critérios pessoais e de interesses próprios, e justificam esta conduta com o uso de princípios constitucionais gerais e abstratos.

O presente trabalho gira em torno da seguinte questão: interpretar as Leis à luz dos princípios constitucionais, leva, de fato, ao aumento da discricionariedade do juiz e à insegurança jurídica das decisões judiciais, como alguns alegam?

Inicialmente, há uma breve explanação a respeito do que é o neoconstitucionalismo, seu conceito, marco histórico no Brasil e marco filosófico.

Em seguida, é apresentado o significado do positivismo jurídico, movimento filosófico que antecedeu o neoconstitucionalismo, e como foi a transição dele para o pós-positivismo.

No pós-positivismo os princípios ganham força normativa e há uma reintegração entre o Direito e a moral. Assim, foi abordada, em momento posterior, a diferença entre princípios e regras e como solucionar o problema da colisão entre princípios.

Depois, são apresentadas as críticas feitas ao neoconstitucionalismo, em especial as realizadas por Humberto Ávila e, em seguida, a análise delas.

O presente trabalho busca esclarecer a correta aplicação da hermenêutica trazida pelo neoconstitucionalismo. Isso irá auxiliar os juízes a, por um lado, não abusarem do poder discricionário a eles conferido, e, por outro, entenderem a importância de se interpretar os ordenamento jurídico à luz dos princípios constitucionais. Conseqüentemente, o presente trabalho é de extrema importância, uma vez que auxilia no alcance de soluções judiciais mais justas.

O material utilizado para o estudo do tema foram livros, artigos e periódicos na internet. Dentre os autores mais pesquisados e citados estão: Luis Roberto Barroso, Humberto Ávila, Lênio Streck, Hans Kelsen, Marcelo Galuppo e Robert Alexy.

2 O QUE É O NEOCONSTITUCIONALISMO

O neoconstitucionalismo surgiu no cenário pós II Guerra Mundial e envolve uma Constituição democrática como centro para interpretação de todo ordenamento jurídico; dando maior ênfase aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais¹.

O marco histórico deste movimento no Brasil foi a promulgação da Constituição da República de 1988, que rompeu com um Estado autoritário, implementando o Estado Democrático de Direito, o valor dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.ⁱ

O marco filosófico foi o pós-positivismo jurídico, que reintroduziu os primados da justiça no Direito e conferiu aos princípios status de norma.²

Em relação à aplicação do direito, o professor Luís Roberto Barroso, ressalta as seguintes transformações trazidas pelo neoconstitucionalismo:

Sob o impulso do novo constitucionalismo, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional no mundo romano-germânico: a) o reconhecimento da força normativa da Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. (BARROSO, 2009, p. 314)

As características do neoconstitucionalismo podem ser resumidas em: 1- a Constituição como centro e fonte que norteia todo ordenamento jurídico, evento denominado de “constitucionalização do direito”; 2- os princípios sendo reconhecidos como norma no ordenamento jurídico, podendo ser tutelados por mecanismos próprios de coação; 3- reconhecimento da importância e da influência da Moral, da Ética e do primado da Justiça no Direitoⁱⁱ.

Sobre a nova abordagem hermenêutica do neoconstitucionalismo, Gustavo Binenbojm assinala:

¹ Para compreensão do termo neoconstitucionalismo é interessante entender o que foi o constitucionalismo. Este foi um movimento político e jurídico que teve o objetivo de limitar o poder do Estado através das constituições escritas. Primeiramente, houve o constitucionalismo liberal, quando a sociedade se preocupava mais com aquilo que o Estado não deveria fazer, a não intervenção do Estado. Em um segundo momento, o foco se voltou para aquilo que o Estado deveria fazer e promover para a sociedade, como: educação, moradia, saúde, alimentação, etc. Após a II Guerra Mundial, na decadência do positivismo jurídico, chegamos ao neoconstitucionalismo. Para saber mais veja: BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2 ed. São Paulo : Saraiva, 2010.

² Em relação a isso, Luís Roberto Barros diz: “Ao fim da Segunda Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito, inicialmente sob a forma de um ensaio de retorno ao Direito natural, depois na roupagem mais sofisticada do pós-positivismo. [...] o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e de legitimidade.” (BARROSO, 2010, p. 248).

[...] toda legislação infraconstitucional tem de ser interpretada e aplicada à luz da Constituição, que deve tornar-se uma verdadeira bússola, a guiar o intérprete no equacionamento de qualquer questão jurídica. Tal concepção, que vem sendo rotulada como neoconstitucionalismo, impõe aos juristas a tarefa de revisitar os conceitos de suas disciplinas, para submetê-los a uma releitura, a partir da ótica constitucional. Trata-se de uma verdadeira filtragem constitucional do direito, de modo a reinterpretar os seus institutos, buscando-se não só evitar conflitos com a Lei Maior, mas também potencializar os valores e objetivos que esta consagra. (BINENBOJM, 2015)

Além disso, foram criados mecanismos para que as normas e direitos constitucionais ganhassem de fato eficácia, principalmente os direitos fundamentais. Por exemplo: antes havia o direito à saúde, porém não havia meios suficientes para fazê-lo valer; hoje, um cidadão pode impetrar um mandado de segurança exigindo que o Estado lhe forneça determinado remédio tornando esse direito acessível a ele.

Outra mudança ocorrida foi que ampliou-se a jurisdição constitucional e o controle de constitucionalidade. Por exemplo: antes só havia um legitimado para propor a ADI, o Procurador da República; hoje há nove legitimados e diversas espécies de Ações Constitucionais..

Assim, podemos dizer que o neoconstitucionalismo é um movimento jurídico e filosófico que enaltece a força normativa dos direitos fundamentais e dos princípios da Constituição.

3 DO POSITIVISMO JURÍDICO AO PÓS POSITIVISMO

O positivismo jurídico foi fruto do positivismo filosófico, corrente de pensamento predominante no século XIX. Com essa ideologia, acreditava-se que a ciência era o único conhecimento verdadeiro, fruto de uma atividade racional, desvinculada da vontade própria, das paixões e do subjetivismo do ser humanoⁱⁱⁱ.

O pensamento moderno caracterizou-se pela busca da certeza e da segurança jurídica e, como consequência disso, surgiu o positivismo jurídico, que defendeu o caráter científico do direito e pregou a separação do mesmo em relação a qualquer ordem não científica^{iv}. Isto porque, nesse contexto, foi valorizada a busca de previsibilidade das decisões judiciais, ou seja, o caso a ser solucionado no presente deveria ter sentença igual àquela pronunciada no caso semelhante do passado.

Essa corrente filosófica teve como um dos principais percursores o filósofo judeu-alemão Hans Kelsen. Este deixa claro na obra Teoria Pura do Direito (2006, p. 390-396) sua

defesa em relação à separação do direito e a moral e afirma que a validade de uma norma encontra-se unicamente em sua estrutura formal, não tendo nenhuma relação com o seu conteúdo.

No positivismo jurídico, acreditava-se que a atividade do juiz deveria ficar restrita à aplicação das leis elaboradas pelo Poder Legislativo, utilizando-se da técnica da subsunção. Esta técnica consistia em se encontrar a premissa maior no ordenamento jurídico (a lei que se utilizaria no caso), a premissa menor (o caso concreto que se enquadrava naquela lei) e a conclusão (a consequência gerada pela subsunção do caso concreto à determinada regra)^v.

Segundo Luis Roberto Barroso, o positivismo jurídico tem como características principais^{vi}: 1- o Direito visto como norma; 2- a afirmação da estatalidade do Direito: a ordem jurídica é emanada do Estado; 3- o formalismo jurídico: a validade da norma decorre do procedimento pelo qual ela foi criada, independentemente do conteúdo.

Como dito acima, o positivismo jurídico focou no aspecto formal da Lei, assim, para a norma ser considerada legítima bastava ter sido criada pela autoridade competente (a quem a lei conferiu autoridade); e, se a norma era legítima, ela deveria ser obedecida e aplicada pelos magistrados. Porém, inúmeros regimes ditatoriais, como o nazismo e o fascismo, tiveram ascensão nessa época e a maioria deles estavam amparados pela lei. Consequentemente, após a II Guerra Mundial, as idéias positivistas começaram a ser associadas a esses governos e o positivismo jurídico começou a entrar em decadência.

Sobre esse tema, aduz Rodrigo Padilha^{vii}:

As atrocidades cometidas por Adolf Hitler só foram possíveis graças a este entendimento; e.g., através de Decreto expedido em 07.04.1933, os Judeus foram afastados do funcionalismo público, do exército e das universidades; através da Lei publicada em 14.07.1933, foram retirados os direitos de cidadão dos Judeus imigrantes no Leste Europeu; a chamada 'Lei da Cidadania' tirou dos judeus alemães a cidadania alemã; a 'Lei da Proteção da Honra e Sangue Alemão' proibia os casamentos dos Judeus com não Judeus, proibia o emprego de judeus na Alemanha e proibia os Judeus de exibirem a bandeira alemã, entre outras medidas. Por fim, através de Decreto assinado pelo então presidente Paul Von Hindenburg, foram suspensas sete seções da Constituição de 1919 da República de Weimar, que garantiam liberdades individuais e civis ao povo. (PADILHA, 2011, p5)

Padilha conclui afirmando que por mais assustador que seja, Hitler não praticou muitas ilegalidades ou inconstitucionalidades, segundo o modelo do positivismo jurídico, pois quase todas as atrocidades eram legitimadas por normas jurídicas^{viii}.

Diante de todas as barbáreas realizadas no contexto da II Guerra Mundial em nome da Lei, ficou claro que a idéia de ver o direito como norma, ato emanado do Estado, afastando-o da moral, não era o meio mais eficaz de se realizar a justiça. Com isso, os

doutrinadores do direito começaram a buscar uma reassociação entre eles, porém sem voltar ao subjetivismo do jusnaturalismo; daí surgiu o pós-positivismo.

O pós-positivismo restaura a relação existente entre valores, princípios e regras, que constitui a chamada “nova hermenêutica” e a teoria dos direitos fundamentais³. Essa idéia, ao mesmo tempo que resguarda certa deferência ao ordenamento jurídico, reintroduz ideais de justiça no direito.³

Luís Roberto Barroso resume as características do pós-positivismo da seguinte forma a) o intérprete passou a ter uma postura mais ativa, como participante da construção da norma, uma vez que concede sentido ao texto legal; b) o sistema jurídico passou a ser visto como aberto e complexo; c) crença na supremacia da Constituição e normatividade dos princípios; d) a situação fática passa a ser o ponto de partida e a interpretação é realizada a partir do caso; e) a ponderação passa, junto com a subsunção, a ser método utilizado para aplicação das normas jurídicas, valorizando-se o ideal de justiça⁴.

A questão é que Kelsen nunca negou que o juiz também é co-participante no processo de elaboração das normas⁴, assim como nunca negou a complexidade do ordenamento jurídico, que apresenta, muitas vezes, mais de uma solução possível para um caso concreto⁵. Ele deixa claro que a norma jurídica pode conter inúmeras hipóteses de significação e que cabe ao intérprete do direito escolher aquela que ele achar mais adequada⁶. É, portanto, inquestionável que todo intérprete da lei tem certo poder discricionário, para escolher entre os possíveis significados de uma norma. Porém ele acreditava ser impossível estabelecer critérios que norteassem essa escolha, porque o órgão jurisdicional não põe em ação somente sua razão nessa decisão, mas também sua vontade

³ Sobre isso, diz Barroso: “A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, 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. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a ética.” (BARROSO, 2010, p. 248-249)

⁴ Sobre isso, Kelsen diz: “A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. **Ele cria o Direito.**” (KELSEN, 2006, p. 394, grifo nosso)

⁵ Nas palavras de Kelsen: “O Direito a aplicar, forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual **existem várias possibilidades de aplicação**, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.” (KELSEN, 1979, p. 390, grifo nosso)

⁶ A respeito disso, afirma Kelsen: “O Direito a aplicar a forma, em todas as hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação [...]” (KELSEN, 2006, P. 390)

(KELSEN, 2006, 392-393). Assim, o que faltou na teoria de Kelsen foi reconhecer a importância do uso dos princípios para nortear a interpretação dos magistrados; pois princípios são valores e estes são subjetivos, portanto não cabiam na teoria pura do direito.

Robert Alexy, filósofo pós positivista, propõe uma tese para satisfazer essa lacuna existente na teoria positivista, através de um critério que confira racionalidade e ao mesmo tempo justiça das decisões judiciais.

Para ele, diferentemente de Kelsen, a validade de uma norma não está somente no critério formal, mas no conteúdo moral dela; assim, ele afasta-se da visão positivista, defendendo a relação indissociável existente entre direito e moral^{xi}. Ele não nega a existência da validade formal, porém afirma que, para a norma ser válida, não basta que ela tenha sido posta pela autoridade competente e que tenha sido autorizada por uma norma hierarquicamente superior, mas é necessário também passe pelo crivo da validade moral.

Alexy defende que a relação entre direito e moral ocorre através da argumentação jurídica, entendendo que ela está inserida na argumentação moral. Ele acredita que há o discurso jurídico regido por regras próprias, porém que este é completado pelos discursos prático-morais em geral.

Essa relação necessária do direito com a moral e a justiça está inserida no argumento da correção. Assim, as normas jurídicas, se ultrapassarem certos limites da injustiça, perdem seu caráter jurídico.

A argumentação jurídica é vista por Alexy como espécie de argumentação moral, que tem características peculiares, como o uso das leis, dos precedentes e da dogmática jurídica, que não são capazes, por si só, de fornecerem um resultado preciso na decisão^{xii}.

Kelsen, buscando fugir do subjetivismo e da discricionariedade, chegou à conclusão, no final de sua obra, que isto é impossível no Direito (2006, p. 393). Diante disso, o que o neoconstitucionalismo busca fazer é nortear e trazer limites a essa discricionariedade existente na atividade hermenêutica do juiz, utilizando dos princípios constitucionais como bússola para interpretação das normas; com isso resgata-se a importância de se analisar o conteúdo da norma.

Portanto, o neoconstitucionalismo não confere maior poder discricionário ao juiz, como muitos alegam, antes ele o limita, pois diz que todo ordenamento jurídico deve ser interpretado à luz dos princípios constitucionais e a escolha da norma jurídica não pode ser feita de forma aleatória.

4 DIFERENÇA ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS E COMO SOLUCIONAR A

COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS

Como dito acima, no neoconstitucionalismo, os princípios passaram a ter um papel mais relevante no direito, assim, faz-se necessário que seja esclarecida a diferença entre princípios e regras.

O ordenamento jurídico é composto por normas e estas, por sua vez, englobam os princípios e as regras.

As regras não possuem carga valorativa e são normas aplicáveis na forma do “tudo ou nada”. Elas são comandos objetivos, aplicáveis mediante a prática da subsunção e só podem deixar de ser obedecidas se forem inválidas.⁷ Por exemplo: se há uma regra determinando que uma autarquia seja criada somente por lei, essa hipótese não prevê exceção e nem profundas especulações.

Já os princípios expressam valores éticos e mais gerais, aplicáveis em situações distintas e apontam uma direção a seguir. O professor Marcelo Galuppo (1998, p.138) diz que os princípios são também preceitos *prima facie*, não sendo, em si, uma diretriz, mas razão, critério e justificação da diretriz.

Os princípios representam os valores adotados por uma sociedade em uma determinada época e lugar, expressos nas normas jurídicas. Assim, eles dão harmonia a todo o ordenamento jurídico e servem de guia para sua interpretação⁸.

Luís Roberto Barroso^{xiii} diz que as regras desempenham o papel referente à *segurança jurídica* – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da *justiça* do caso concreto.

Alexy diz que princípios são mandados de otimização, pois não se aplicam integral e plenamente em qualquer situação, mas devem ser realizados na maior medida possível^{xiv}.

⁷ Luiz Flávio Gomes faz a distinção de princípios e regras quando acentua: “Regras e princípios (‘conflito’ versus ‘colisão’): o Direito se expressa por meio de normas. As normas se exprimem por meio de regras ou princípios. As regras disciplinam uma determinada situação; quando ocorre essa situação, a norma tem incidência; quando não ocorre, não tem incidência. Para as regras vale a lógica do tudo ou nada (Dworkin). Quando duas regras colidem, fala-se em ‘conflito’; ao caso concreto uma só será aplicável (uma afasta a aplicação da outra). O conflito entre regras deve ser resolvido pelos meios clássicos de interpretação: a lei especial derroga a lei geral, a lei posterior afasta a anterior etc. Princípios são as diretrizes gerais de um ordenamento jurídico (ou de parte dele). Seu espectro de incidência é muito mais amplo que o das regras. Entre eles pode haver ‘colisão’, não conflito”. (GOMES, 2005)

⁸ Ana Paula de Barcellos (PINHO, 2012) diz que os princípios se diferenciam das regras pelo conteúdo, pela origem e validade, pelo compromisso histórico, pela função no ordenamento, pela estrutura linguística, pelo esforço interpretativo e pela aplicação.

Sendo assim, eles não são aplicáveis na regra do “tudo ou nada”, mas podem possuir um peso maior ou menor e podem ser aplicados em graus diferentes.

Os princípios podem colidir, mas não deixam de ser válidos no ordenamento jurídico; pois, enquanto o conflito de regras se dá na dimensão de validade, o de princípios se dá na dimensão de peso⁹.

Quando há um conflito entre regras, o mesmo é solucionado pelos seguintes critérios: hierárquico (regra superior no grau de importância revoga regra inferior), cronológico (regra posterior no tempo revoga regra anterior) e o da especialidade (regra específica revoga regra geral). Porém, quando há uma colisão de princípios constitucionais esses critérios não são possíveis de ser aplicados e deve-se fazer uma ponderação dos valores¹⁰.

Alexy esclarece que a técnica da ponderação consiste em se estabelecer o peso valorativo de cada princípio, analisando o caso concreto^{xv}. Toda colisão, para ser superada, envolve restrições e sacrifícios de um ou mais princípios^{xvi}, porém, deve-se buscar sacrificar menos possível um dos princípios e preservar o núcleo mínimo do valor que se esteja cedendo, a fim de atingir um resultado socialmente desejável.

A ponderação realizada entre os princípios que colidem devem levar em consideração o grau de importância de cada princípio, sob a dimensão de importância

⁹ Nas palavras de Alexy, citado pelo professor Marcelo Galuppo: “Quando dois princípios entram em colisão [...], um dos dois princípios tem que ceder ante o outro. Mas isto não significa declarar inválido o princípio que não teve curso, nem que haja de se introduzir no princípio que não teve curso uma cláusula de exceção. Ao contrário, o que acontece é que, sob certas circunstâncias, um dos princípios precede o outro”. (GALUPPO, 1998).

¹⁰ Sobre isso vale também conferir a idéia de integridade trazida por Dworkin, que é o conceito central da proposta apresentada por ele para solução dos casos difíceis. Para esse filósofo, é possível se chegar à resposta correta, ou à decisão justa, através da observância de uma cadeia desenvolvida ao longo da história, constituída por outras decisões judiciais proferidas no passado. Ele trata do chamado “juiz Hércules” que é aquele capaz de exercer esse diálogo histórico, integrar o direito e proferir a decisão justa. Assim ele afirma: “Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juizes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juizes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá se olhar nos livros adequados, registro de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juizes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturadas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção.” (DWORKIN, 2001, p. 283.)

jurídica em determinada fase da história e importância jurídica circunstancial, que leva em conta o confronto temático concreto delimitado no caso concreto.¹¹

O peso dos princípios não existe se não quando posto frente a outro princípio. Sendo assim, o peso dos princípios é relativo e analisado individualmente em cada caso concreto, de forma que, quando houver colisão, um princípio terá que ser satisfeito em detrimento do outro.

Um exemplo disso seria o seguinte caso: um praticante da religião Testemunha de Jeová acredita que fazer transfusão de sangue é ir contra às leis de Deus e deixa claro que se recusa fazê-lo caso seja necessário em uma cirurgia médica. Porém, pode haver uma situação na qual o médico tenha que optar entre fazer a transfusão e salvar a vida do paciente, ou deixá-lo morrer. Nesse caso, o médico teria que escolher qual princípio iria prevalecer, o princípio da liberdade religiosa, ou o princípio do direito à vida. Independentemente de qual direito venha sobrepor, o outro não deixa de ser válido, apenas foi afastada a sua aplicabilidade no caso.

Segundo Ronald Dworkin^{xvii}, os princípios não possuem uma hierarquia pré-definida, mas o afastamento de um princípio só pode ser analisado diante de uma situação concreta. Utilizando-se do caso exemplificado acima, em uma determinada situação um juiz pode determinar que se faça a transfusão de sangue ao adepto da religião Testemunha de Jeová- pelo fato do paciente estar inconsciente, por exemplo; assim o direito à vida prevaleceria. Em outra situação, quando o paciente estivesse consciente por exemplo, o juiz poderia determinar que não se faça a transfusão de sangue e que seja respeitada a decisão do paciente; nesse caso, o direito à liberdade religiosa prevaleceu. Portanto, não há uma hierarquia definida a priori de qual princípio deve sobrepor ao outro; o que pode haver é a criação de uma regra a ser aplicada em casos idênticos. Por exemplo, pode-se criar uma regra que diz que sempre que o paciente adepto a religião Testemunha de Jeová esteja inconsciente deve-se fazer a transfusão de sangue, mas quando ele estiver consciente e optar por não fazer, respeitar sua decisão.

Portanto, no neoconstitucionalismo, a ponderação passou a ser o método adequado para solucionar a colisão entre princípios e a argumentação jurídica, junto com a racionalização, tornou-se base justificadora das decisões dos magistrados.¹²

¹² Luís Roberto Barroso aborda : “A argumentação jurídica desenvolveu-se, especialmente, no quarto final do século passado. Liga-se ela à idéia de que a solução dos problemas que envolvem a aplicação do Direito nem

O professor Galuppo (1998, p.135) diz que com a consolidação do Estado Democrático de Direito não restou mais dúvidas sobre a existência e a importância dos Princípios Gerais do Direito, que passaram por um processo de constitucionalização e se transformaram em princípios constitucionais.

Alexy (2009, p. 86-97) afirma que todo ordenamento que possui um grau mínimo de desenvolvimento possui princípios jurídicos, é o que ele chama de tese da incorporação, os quais envolvem conteúdos morais corretos em virtude da formação de correção e justiça. Assim, os conteúdos morais são incorporados no ordenamento jurídico por meio dos princípios, que possuem características jurídicas.

Na hermenêutica tradicional a escolha do conteúdo de uma norma ocorre de forma desvinculada da argumentação jurídica, não justificando porque um significado de uma regra foi escolhido em detrimento de outro também possível. Com a ponderação, inserida na hermenêutica atual, a decisão judiciária passa a ter que ser fundamentada racionalmente apresentando as razões de preferenciabilidade de um princípio em detrimento do outro¹³.

5 OBJEÇÕES À TEORIA NEOCONSTITUCIONALISTA

Alguns estudiosos do direito, como o professor Humberto Ávila, preferem não utilizar o termo neoconstitucionalismo, afirmando que, na verdade, essa nova forma de interpretar o direito não existe. Outros a criticam dizendo que ela tem sido usada para justificar decisões infundadas e contrárias às leis¹⁴.

Humberto Ávila sumariza o neoconstitucionalismo como sendo uma teoria que defende a mudança da aplicação e teorização da Constituição. Segundo ele, essa mudança decorre da seguinte sequência de idéias: 1- a CF/88 possui mais princípios do que regras; 2- o modo de aplicação dos princípios exige a técnica da ponderação ao invés da subsunção; 3- a ponderação exigiria uma análise mais individual do que geral; 4- a análise mais individual

sempre poderá ser deduzida do relato da norma, mas terá de ser construída indutivamente, tendo em conta fatos, valores e escolhas. As diferentes teorias da argumentação jurídica têm por objetivo estruturar o raciocínio jurídico, de modo a que ele seja lógico e transparente, aumentando a racionalidade do processo de aplicação do Direito e permitindo um maior controle da justificação das decisões judiciais”. (BARROSO, 2009, p. 340)

¹³ Essa escolha era justificada observando o seguinte critério: Quanto maior é o grau de não satisfação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro (GALUPPO, 1998, p. 134).

¹⁴ Nesse termos, Manoel Gonçalves Ferreira Filho aduz: “(...) a doutrina brasileira do neoconstitucionalismo – ao menos nos ensinamentos que apreendi – não se sustenta. O seu pós-positivismo – peça central do modelo – é simplista e não traz inovações, mas usa, sem dizê-lo, de idéias de há muito conhecidas no plano do direito. Na verdade, para o bem da causa, a doutrina anterior é referida de modo caricatural e simplista, quando não convenientemente ignorada”. (FERREIRA, 2010, p.117)

implica em uma maior atuação do Poder Judiciário do que do Poder Legislativo; 5- a atividade do judiciário levaria a uma aplicação centrada na Constituição em vez da valorização da lei.

Consequentemente, Humberto Ávila define o necoconstitucionalismo como uma teoria que valoriza mais os princípios do que as regras, mais a ponderação do que a subsunção, mais a justiça particular do que a justiça geral, mais o Poder Judiciário do que o Poder Legislativo, mais a Constituição do que a Lei^{xviii}.

A primeira crítica feita por ele em relação ao neoconstitucionalismo é que a CF/88 não é uma Constituição de prevalência de princípios, mas de regras, olhando pelo ponto de vista quantitativo, uma vez que ela possui muito mais regras do que princípios. Assim, não se pode afirmar que a Constituição Federal de 1988 é principiológica, antes ela é uma Constituição regulatória.

Em segundo lugar, ele diz que não se deve afirmar que se passou das regras para os princípios, uma vez que a Constituição possui ambas as espécies de normas e elas possuem papéis diferentes dentro do ordenamento jurídico, cada um com sua importância.

Em terceiro lugar, ele afirma que não é correto dizer que a subsunção cede lugar à ponderação, pois quando houver regras aplica-se a subsunção e quando houver princípios aplica-se a ponderação. Assim, a subsunção não deixou de existir e de exercer um papel importantíssimo na aplicação das regras.

Em quarto lugar, ele diz que não se pode afirmar que a justiça particular deve prevalecer sobre a justiça geral. Pois as regras expressam a justiça geral e elas não devem ser desprezadas, uma vez que elas produzem uma limitação à arbitrariedade do juiz, uniformidade de tratamento, maior certeza nas decisões e previsibilidade.

Por último, para ele não seria correto afirmar que o Poder Judiciário passou a sobrepor ao Poder Legislativo; cada um tem o seu papel e as regras criadas pelo Poder Legislativo devem ser cumpridas pelo Poder Judiciário.

O professor Humberto Ávila faz a seguinte análise: no caso onde o Poder Legislativo já elaborou a ponderação e formulou uma regra, poderia o Poder Judiciário simplesmente não aplicá-la por não concordar, justificando sua decisão com o uso de princípios?

Segundo ele, a ponderação de princípios não pode ser utilizada como critério geral para as decisões judiciais; caso o juiz faça isso ele mesmo estará quebrando princípios constitucionais basilares da CF/88: o princípio da separação de poderes, da democracia e da legalidade. O princípio da separação de poderes porque cabe ao Legislativo, e não ao Judiciário, elaborar as normas a serem aplicadas. O princípio da democracia porque o Poder

Legislativo é o poder eleito pelo povo para elaborar as leis, uma vez que representa a vontade do povo. E o princípio da legalidade porque este diz que o Poder Judiciário deve cumprir o que está na lei^{xix}.

Lênio Luiz Streck também faz severas críticas em relação ao neoconstitucionalismo. Ele afirma que o neoconstitucionalismo prega a priorização da ponderação e dos princípios, porém estes envolvem valores, que são relativos. Ele usa o exemplo de Hitler que cometeu inúmeras atrocidades, tendo utilizado trinta e sete vezes o termo “justiça” em seus discursos. Isso, porque o que é considerado justo para uma pessoa pode ser considerado injusto para outra. Assim, um juiz tomar decisões baseadas apenas em uma análise principiológica, desprezando a característica regulatória de nosso texto constitucional, pode gerar insegurança jurídica e levar à discricionariedade no Poder Judiciário^{xx}.

6 ANÁLISE DAS CRÍTICAS FEITAS AO NEOCONSTITUCIONALISMO

A primeira crítica feita por Humberto Ávila foi que a CF/88 é uma Constituição regulatória e não principiológica, pois possui muito mais regras do que princípios, em termos quantitativos.

Porém, quando Luis Roberto Barroso^{xxi} afirma que estamos em um constitucionalismo principiológico, não quer ele dizer que a CF/88 possui mais princípios do que regras; antes, o que ele está dizendo com isso é que os princípios ganharam centralidade em todo ordenamento jurídico e maior grau de importância, se referindo, portanto, ao aspecto qualitativo e não quantitativo dos princípios na Constituição.

Em segundo lugar, Luis Roberto Barroso não prega uma negligência às regras, pelo contrário, uma das funções dos princípios é auxiliar o juiz para a interpretação correta delas, não anulando-as, mas potencializando-as.¹⁵

Quando uma regra é elaborada pelo Poder Legislativo, esse já fez a ponderação necessária e já proclamou a decisão que deve ser tomada para solucionar determinado caso. Assim, as regras produzidas por ele diminuem as incertezas frente ao Poder Judiciário, prevenindo o juiz de tomar uma decisão baseado em critérios pessoais e de interesses

¹⁵ Em relação a esses princípios de interpretação Luis Roberto Barroso elenca: o princípio da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade. Veja em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/05/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>, pág. 8

próprios¹⁶, além de produzirem segurança jurídica e previsibilidade.^{xxii}

Porém, cabe aqui ressaltar que as regras devem ser aplicadas à luz de suas finalidades, cabendo ao intérprete ora estreitar, ora alargar os casos de aplicação das mesmas. Um exemplo disso seria um caso onde existe uma lei em que se proibisse a entrada de cachorro no ônibus, porém seria possível restringir a aplicação dessa regra no caso de um cego entrar com seu cachorro guia. Por outro lado, seria possível estender a regra no caso de um homem que tentar entrar no ônibus com um leão, proibindo-o de realizar tal ato para que a finalidade da regra seja cumprida. O que o juiz não poderia fazer seria simplesmente desconsiderar as soluções legislativas, quando encontradas no exercício legítimo do princípio democrático^{xxiii}.

Em terceiro lugar, os neoconstitucionalistas nunca afirmaram que a subsunção cede lugar à ponderação, muito pelo contrário, na maioria dos casos é a subsunção que será aplicada, sempre que possível. O que se percebeu no contexto pós-positivista é que o método de subsunção era insuficiente para resolver todos os casos, principalmente aqueles que envolvem normas gerais e colisão de princípios. É nesses casos que deve-se fazer uso da ponderação e da razoabilidade para solução dos problemas. Mesmo assim, a utilização desse método deve ser feita com critério e cuidado, buscando evitar ao máximo uma discricionariedade abusiva do juiz^{xxiv}.

Em quarto lugar, o neoconstitucionalismo não afirma que a vontade particular deve prevalecer sobre a vontade geral. O que se afirma é que, para uma decisão ser justa, deve-se partir do caso concreto, observando as peculiaridades do mesmo.

Por fim, o neoconstitucionalismo não afirma que o Poder Judiciário se torna mais relevante do que o Poder Legislativo; o que acredita-se é que a atividade Legislativa de formular as Leis é insuficiente para uma que uma decisão justa seja tomada, pois é impossível que um legislador preveja de antemão todos os casos possíveis para aplicação de uma regra. O juiz deve aplicá-las, porém a técnica da ponderação é usada nos chamados casos difíceis, onde há mais de uma solução possível para o problema. Neste caso, as decisões devem passar pelo crivo da argumentação, da razão prática e do controle da racionalidade das decisões.

Sobre isso veja o que Luis Roberto Barroso afirma:

¹⁶ Aqui cabe destacar a diferença entre neutralidade e imparcialidade. Esta última significa uma decisão judiciária tomada por um juiz que não tem interesse próprio no caso, não levará vantagens nem desvantagens na decisão do caso, o que é perfeitamente possível e o correto a se fazer. Porém, a neutralidade implica em uma decisão judiciária onde juiz irá deixar de lado todos os seus valores, suas convicções de vida, suas experiências, e irá tomar uma decisão totalmente desvinculada daquilo que ele é e acredita ser como pessoa. Isso é impossível de acontecer, pois todo ato judiciário implica em interpretação da Lei, feita a partir dos valores do intérprete.

As decisões que envolvem a atividade criativa do juiz potencializam o dever de fundamentação, por não estarem inteiramente legitimadas pela lógica da separação de poderes- por essa o juiz limita-se a aplicar, no caso concreto, a decisão abstrata tomada pelo legislador. 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 podem ser casuísticas; (iii) levar em conta as conseqüências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos. (BARROSO, 2013)

Assim, fica claro que para o neoconstitucionalismo o Poder Judiciário não se sobrepõe ao Poder Legislativo, antes um completa o outro e cada um tem a sua devida importância.

7 CONCLUSÃO

O neoconstitucionalismo envolve um conjunto de transformações ocorridas no Estado, sempre tendo em vista a maior eficácia das normas constitucionais, e tem o movimento pós-positivista como seu marco filosófico.

O positivismo jurídico foi um movimento filosófico que buscou a separação entre o direito e a moral. Porém, no pós-positivismo, viu-se que é impossível essa desvinculação e que é preciso fazer uso dos princípios constitucionais para a escolha do conteúdo das regras jurídicas; a fim de se chegar a uma solução justa de um caso.

Tanto no positivismo jurídico, como no pós positivismo, fica claro que juiz é co-participante no processo de resignificação de uma norma jurídica, e que cabe a ele conferir sentido às cláusulas abertas, assim como realizar escolhas entre soluções possíveis. Porém, para a primeira doutrina “ não há nenhum critério que possa nortear essa escolha feita pelo juiz; já na segunda, há uma limitação do poder discricionário do juiz, uma vez que é pregado que a escolha da regra deve ser fundamentada nos princípios constitucionais.

O neoconstitucionalismo defende a existência de uma nova ordem hermenêutica e jurisdicional, que tem como fundamento: 1- a Constituição como centro e fonte norteadora de todo ordenamento jurídico, o que muitos chamam de “constitucionalização do Direito”; 2- o

reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e sua efetiva aplicação; 3- a valorização da técnica da ponderação para solução de determinados casos, não eliminando o formalismo da técnica da subsunção; 4- a reassociação do Direito com a moral e a ética;

Há correntes doutrinárias que fazem severas críticas ao neoconstitucionalismo e até refutam a existência deste movimento jurídico e filosófico. O argumento desses filósofos é que essa ideologia conduz à arbitrariedade na atividade jurisdicional e à incerteza jurídica.

Os críticos alegam que o neoconstitucionalismo se precipita ao afirmar: que a CF/88 possui mais princípios do que regras; que a subsunção foi abolida pela ponderação; que os princípios são mais importantes do que as regras; e que o Poder Judiciário se tornou mais importante do que o Poder Legislativo.

Porém, o neoconstitucionalismo nunca fez tais afirmações, antes diz que os princípios ganharam mais força, uma vez que receberam status de norma no ordenamento jurídico, mas sem excluir a importância das regras

Consequentemente também, a subsunção continua exercendo um papel importante e deve ser o método utilizado sempre que possível. A ponderação deve ser utilizada em casos excepcionais, onde há cláusulas abertas ou mais de uma solução possível para o caso concreto.

Por fim, o neoconstitucionalismo não coloca o Poder Judiciário acima do Poder Legislativo, porém ao lado, como co-participante no processo de valoração das normas, uma vez que as normas elaboradas pelo Poder Legislativo muitas vezes são insuficientes e devem ser interpretadas à luz dos princípios elencados no ordenamento jurídico.

Muitos juízes tomam decisões ignorando as leis instituídas pelo Poder Legislativo, não justificam suas decisões pelos critérios da racionalidade e da argumentação e dizem que estão julgando baseados em princípios constitucionais. Isso tem levado muitos a interpretar mal o neoconstitucionalismo e o associarem a essa prática. Porém, o fato de alguém utilizar de forma errada uma doutrina não a torna imprópria.

Defender que as Leis devem ser interpretadas à luz dos princípios constitucionais não traz maior discricionariedade ao Poder Judiciário, antes norteia sua atividade hermenêutica e garante a correta aplicação das normas. Assim também, a ponderação, como técnica de resolução de problemas, é necessária e boa, se utilizada da maneira correta.

Os princípios e as regras desempenham papéis diferentes dentro do ordenamento jurídico, ambos com sua importância. O juiz não pode tomar decisões arbitrárias e as justificar alegando que utilizou-se apenas de princípios constitucionais. Mas o juiz também não pode simplesmente aplicar as regras feitas pelo legislativo cegamente, sem buscar uma decisão

ética, justa e moral.

Por fim, o juiz deve procurar sempre aplicar as regras elaboradas pelo Poder Legislativo, quando estas estiverem de acordo com o princípio democrático, e deve evitar tomar suas decisões baseadas somente na ponderação dos princípios. Quando ele fizer uso dessa técnica, deverá justificar sua decisão usando dos critérios da razoabilidade e argumentação.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. "**Neoconstitucionalismo: Entre a 'Ciência do Direito' e o 'Direito da Ciência'**". **Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público**, n. 17, jan./fev./mar.,2009. Disponível da Intranet:

<<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>.

Acesso em: 14 de novembro de 2014.

ALEXY, Robert. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Palestra proferida no Rio de Janeiro, na Fundação Casa de Rui Barbosa, em outubro de 1988. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, no prelo.

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes, São Paulo: WMF. Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade**. In: Ratio Juris, v. 16, n. 2, jun. Trad. Menelick de Carvalho Netto, 2003.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica**. Editora: Editora Landy Tema: Teoria, Filosofia e História do Direito Ano: 2006 3.^a Edição.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

BARROSO, Luís Roberto. **A americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no mundo contemporâneo**. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Filosofia e teoria constitucional e contemporânea**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2009, p. 314.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)**. In **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Luís Roberto Barroso (organizador). 2^a Edição. Rio de Janeiro : Renovar, 2006, p. 27-28.

BARROSO, Luís Roberto (organizador). **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2^a Edição. Rio de Janeiro : Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo : Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. Revista da Escola Nacional da Magistratura. Ano I**, n. 02, outubro de 2006, Brasília : Escola Nacional da Magistratura – ENM.

BARROSO, Luis Roberto. **“Direito do Estado”**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O2007LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf> - Luís Roberto Barroso> . Acesso em 03 mar. 2015.

BARROSO, Luis Roberto. **“O Constitucionalismo Democrático no Brasil”**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/05/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>, pág. 11. Acesso em 04 mar. 2015.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. **O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro**. In: BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008,p.65. Retirado de: <<http://jus.com.br/artigos/25205/neoconstitucionalismo-origens-e-aspectos-relevantes#ixzz3J5L6dMWX>> Acesso em 05 mar. 2015.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Tradução Maria. Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1997. p. 184.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006, p. 159-291.

BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. **Princípios Constitucionais Diretores da Jurisdição no Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/2654377/artigo%2006.pdf>> Acesso em 15 de maio de 2012.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. Cap. 2, p. 61-134.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão De Princípios**. 2. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução Ao Estudo Do Direito**. Rio de Janeiro: técnica, decisão, dominação. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Notas sobre o Direito Constitucional Pós-Moderno, em Particular sobre um certo Neoconstitucionalismo à Brasileira**. In Systemas - Revista de Ciências Jurídicas e Económicas, v. 2, n. 1, p. 101 a 118, 2010. Disponível em Acesso em 06 ago. 2014.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 7. ed., Petrópolis: Vozes; São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2005.

GALUPPO, Marcelo Campos. Princípios Jurídicos e a Solução de seus Conflitos: a contribuição da obra de Alexy. In: **Revista da Faculdade Mineira de Direito da PUC-Minas**, Belo Horizonte. v. 1. n. 2. 2º sem. 1998.

GALUPPO, Marcelo Campos. A Epistemologia Jurídica entre o Positivismo e o Póspositivismo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre: 2005. V.1.

GOMES, Luiz Flávio. **Normas, Regras e Princípios: Conceitos e Distinções**. *Jusnavigandi*, Teresina/PI, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7527>>. Acesso em: 03 de maio de 2012.

GONTIJO, Lucas de Alvarenga. Lógica Dialética-Discursiva E Teoria Do Direito: Ensaio Crítico Sobre Metodologia Jurídica. **Revista Da Faculdade De Direito Milton Campos**. Volume 12.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A pós modernidade do direito constitucional: Da gestação em Weimar à queda do muro de berlim e subsequente colapso das torres gêmeas**. In: SARMENTO: Daniel (coord.). Filosofia e teoria constitucional e contemporânea. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2009 P. Extraído de: <<http://jus.com.br/artigos/25205/neoconstitucionalismo-origens-e-aspectos-relevantes#ixzz3J5L6dMWX>>.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no Direito e na moral: justificação e aplicação**. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HERKENHOFF, Joao Baptista. **Como Aplicar o Direito** .5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo Civil e Sociedade Civil**. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/processo%20civil%20e%20sociedade%20civil.pdf>. Acesso em maio.2012.

MARANHÃO, Ney Stany Morais. **O Fenômeno Pós-Positivista: Considerações Gerais**. Disponível em: <<http://www.amatra8.org.br/artigos/positivismo.pdf>> Acesso em 03 de maio. 2012.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário Como Superego Da Sociedade: O Papel Da Atividade Jurisprudencial Na Sociedade Órfã. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 58. nov. 2000.

NORBERTO, Ilton Robl Filho. **Conceito E Validade Do Direito: A Polêmica Entre Robert Alexy E Eugenio Bulygin Sobre A Pretensão De Correção Do Direito**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3507.pdf>> Acesso em 05 de maio de 2012.

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional sistematizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.5.
Retirado de: <<http://jus.com.br/artigos/25205/neoconstitucionalismo-origens-e-aspectos-relevantes#ixzz3J5L6dMWX>>

PEDRON, Flávio Quinaud. **Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin**. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/680/860>> Acesso em 17 de maio de 2012.

PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Trad. Maria Luisa R. Ferreira. Lisboa: Edições 70, [1996?], p. 17-41.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes. Edição 2005.

PINHO, Daniella Ribeiro de. **A normatividade dos princípios**. Jus Navigandi, Teresina. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19800>>. Acesso em: 9 maio 2012. Leia mais:<http://jus.com.br/revista/texto/19800/a-normatividade-dosprincípios#ixzz1v5FvDp7P>.

ROVER, Aires José; SERBENA, ANTONIO Cesar; CERLA, José Renato Gaziero. **Conexões entre moral e Direito sob um ponto de vista lógica**. Disponível em:

<<http://pt.scribd.com/doc/15091163/Conexoes-entre-moral-e-direito-sob-um-ponto-de-vista-logico-Acesso-em-03/05/2012>>.

STANY, Ney Morais Maranhão. **O Fenômeno Pós Positivista: considerações.** Disponível em: <http://www.amatra8.org.br/artigos/positivismo.pdf> -. Acesso em 03 de maio de 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática.** Rio de Janeiro-São Paulo : Renovar, 2002, p. 12-14.

STRECK, Lênio. “**Senso Incomum, eis porque abandonei o Neoconstitucionalismo**”. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo> - Lênio Streck. Acesso em dia 09/03

ⁱ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito:** O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Themis, Revista da ESMEC, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006.

ⁱⁱ Para saber mais veja o artigo publicado por Thiago Mello d'Almeida em : D'ALMEIDA, Thiago Mello. **Neoconstitucionalismo: Origens e aspectos relevantes.** Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3738, 25set.2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25205>>. Acesso em: 13 nov. 2014.

ⁱⁱⁱ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** 10. ed. Tradução Maria. Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1997. p. 184.

^{iv} BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico.** São Paulo: Ícone, 2001.

^v Para saber mais a respeito, consultar: MARANHÃO, Ney Stany Morais. **O Fenômeno Pós-Positivista: Considerações Gerais.** Disponível em : <<http://www.amatra8.org.br/artigos/positivismo.pdf>> Acesso em 03 de maio. 2012, apud BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito.** Revista da Escola Nacional da Magistratura. Ano I, n. 02, outubro de 2006, Brasília : Escola Nacional da Magistratura – ENM.

^{vi} Luis Roberto Barroso. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito brasileiro.** Texto extraído do Jus Navegandi- <http://jus2.uol.com.br/doutrin/texto.asp?>

^{vii} PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional sistematizado.** Rio de Janeiro: Forense, 2011,p.5. Retirado de: <<http://jus.com.br/artigos/25205/neoconstitucionalismo-origens-e-aspectos-relevantes#ixzz3J5L6dMWX>>. Acesso em 11/10/2010.

^{viii} GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A pós modernidade do direito constitucional:** Da gestação em Weimar à queda do muro de berlim e subsequente colapso das torres gêmeas. In: SARMENTO: Daniel (coord.). Filosofia e teoria constitucional e contemporânea. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2009 P. Extraído de: <<http://jus.com.br/artigos/25205/neoconstitucionalismo-origens-e-aspectos-relevantes#ixzz3J5L6dMWX>>. Acesso em 04 mar. 2015.

^{ix} BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro** (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo). In A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Luís Roberto Barroso (organizador). 2ª Edição. Rio de Janeiro : Renovar, 2006, p. 27-28.

^x Para saber mais a respeito, consultar: MARANHÃO, Ney Stany Morais. **O Fenômeno Pós-Positivista: Considerações Gerais**. Disponível em : <<http://www.amatra8.org.br/artigos/positivismo.pdf>> Acesso em 03 de maio. 2012 apud BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. Revista da Escola Nacional da Magistratura. Ano I, n. 02, outubro de 2006, Brasília : Escola Nacional da Magistratura – ENM.

^{xi} ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes, São Paulo: WMF. Martins Fontes, 2009.

^{xii} ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade. In: **Ratio Juris**, v. 16, n. 2, jun. Trad. Menelick de Carvalho Netto, 2003.

^{xiii} BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. **O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro**. In: BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

^{xiv} GALUPPO, 1998, p. 134-142.

^{xv} ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade**. In: *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, jun. Trad. Menelick de Carvalho Netto, 2003, pág. 5-10.

^{xvi} ALEXY, Robert. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Palestra proferida no Rio de Janeiro, na Fundação Casa de Rui Barbosa, em outubro de 1988. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, no prelo, pág 8.

^{xvii} DWORKIN, Ronald. **Uma Questão De Princípios**. 2. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

^{xviii} ÁVILA, Humberto. "NEOCONSTITUCIONALISMO": ENTRE A "CIÊNCIA DO DIREITO" E O "DIREITO DA CIÊNCIA" . Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./fev./mar.,2009. Disponível da Intranet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 14 de novembro de 2014.

^{xix} ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": Entre a 'Ciência Do Direito' E O 'Direito Da Ciência' ." *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./fev./mar.,2009. Disponível da Intranet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 14 de novembro de 2014.

^{xx} STRECK, Lênio. "Senso Incomum, eis porque abandonei o Neoconstitucionalismo". Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo> - Lênio Streck. Acesso em dia 09/03

^{xxi} BARROSO, Luis Roberto. "O Constitucionalismo Democrático no Brasil". Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/05/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>, pág. 29. Acesso em 04 mar. 2015.

^{xxii} BARROSO, Luís Roberto (organizador). **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª Edição. Rio de Janeiro : Renovar, 2006.

^{xxiii} ÁVILA, 2009.

^{xxiv} BARROSO, Luis Roberto. "Direito do Estado". Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%20-2007LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf> - Luís Roberto Barroso> . Acesso em 03 mar. 2015.