

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E RACIONALIDADE JURÍDICA NO CONTEXTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO PÓS-POSITIVISTA

George Rezende Moraes

Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia nas Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil. Graduado em direito na Escola de Direito e Relações Internacionais, nas Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil (2013). Possui curso de aperfeiçoamento em Integração Regional da União Europeia na Universidade de Alcalá de Henares (2012). É bolsista da Coordenadoria de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. E-mail: <moraesr.george@gmail.com>.

RESUMO

Buscará analisar a racionalidade do direito tendo em vista que este se encontra atualmente cercado por regras e princípios característicos do fenômeno do neoconstitucionalismo. O pós-positivismo consagrou uma mudança e alternância da soberania jurídica da lei para a constituição. Essa mudança é paradigmática, consagra princípios com valores morais plurais da sociedade como basilares do direito, emanando força expansiva para todo ordenamento jurídico. Na medida que o modelo constitucional atual exige formas de tornar a controlável as decisões judiciais em nome da segurança jurídica, a teoria da argumentação desenvolve papel crucial para a controlabilidade das decisões.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Jurisdição Constitucional. Princípios.

1 INTRODUÇÃO

Um fenômeno iniciado em meados do século XX e relativamente recente no Brasil (com a promulgado da Constituição de 1988) tem provocado uma mudança em todos os ramos do direito: a constitucionalização do ordenamento ou o neoconstitucionalismo, ou ainda o pós-positivismo.

Esse novo contexto marca diversas mudanças no ordenamento jurídico, porém, merecendo destaque a alternância da principal fonte regulamentadora do direito (e da sociedade): passou-se das regras para os princípios, elevando-os ao patamar constitucional.

A elevação dos princípios ao maior patamar da hierarquia jurídica do ordenamento trouxe consequências de vários tons e formas, principalmente sobre a forma de racionalização do direito.

O presente trabalho então buscará estudar esse fenômeno do neoconstitucionalismo pós-positivista, elencando em um primeiro momento as diferenças basilares entre o positivismo e o pós-positivismo.

Em seguida, tratará de analisar as mudanças que o neoconstitucionalismo trouxe à forma de racionalizar o direito, principalmente no aspecto das diferenças entre regras (marcantes no contexto positivista) e princípios.

Ainda nesse ponto, abordará as técnicas desenvolvidas no campo da teoria dos princípios com fins de racionalizar o direito, dando ênfase à teoria de Robert Alexy.

No arcabouço teórico a ser desenvolvido, o trabalho verificará se o modelo atual de constitucionalismo em que prepondera os princípios possibilita uma abertura para o decisionismo, causando um decréscimo na racionalidade das decisões.

Por fim, abarcará as críticas à técnica da ponderação (a mais utilizada pelo judiciário), avultando-se para tanto a importância da teoria da argumentação no contexto da busca da maior controlabilidade das decisões judiciais.

2 DO POSITIVISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO PÓS-POSITIVISTA: MUDANÇAS NA RACIONALIDADE DO DIREITO

O processo de constitucionalização do direito é encarado pelo momento da materialização das constituições contemporâneas, em que as regras e princípios ali estabelecidos impregnam todo o ordenamento, ou seja, o fenômeno da constitucionalização aqui explorado é o momento em que as normas constitucionais passam a condicionar a validade das normas de direito infraconstitucional.¹ Esse processo termina por desembocar no atual momento histórico, por vezes denominado neoconstitucionalismo ou pós-positivismo.²

Muitas das ideias bases do neoconstitucionalismo surgem a partir de premissas do constitucionalismo positivista, porém, vive-se hoje um momento completamente diverso daquele.

No positivismo emergiu o Estado de Direito e havia o predomínio do princípio da legalidade: em que a produção jurídica se dava somente pelo legislador e o acesso à constituição se dava pela lei.³ Schier cita determinados fenômenos característicos desse momento: a lei é mais presente que a constituição; maior atuação do legislador que a do juiz; regras desempenhavam papel basilar no ordenamento; a técnica da subsunção era mais aplicada que a ponderação; constituição homogênea em seus direitos e menor ausência de pluralismo de valores; separação do direito e moral.⁴

Daniel Sarmento cita como características dessa época a crença na legitimidade do parlamen-

to para a criação do direito e a ilegitimidade do juiz para tanto, e ainda, o dever do Estado de não intervir na esfera social do cidadão, incumbindo-lhe somente o dever de proteção da propriedade e segurança.⁵ Até meados do século XX, as constituições somente tratavam da estrutura básica do Estado, por vezes incorporando um ou outro direito individual do cidadão frente ao governante.⁶

Figueroa chama o fenômeno somente de constitucionalismo (sem a necessidade do prefixo “neo”), pois há determinados sistemas em que não houve impacto desse fenômeno por diversos motivos, porém, há sistemas que a constitucionalização foi uma verdadeira novidade, reformando a cultura jurídica.⁷ Ainda, esse sistema traz em si determinadas características, quais sejam: (i) presença de uma constituição rígida; (ii) deve haver um sistema de controle das normas; (iii) a constituição é vista com força normativa; (iv) presença de princípios que ampliam a presença da constituição por todo o ordenamento jurídico; (v) a constituição vem para regular todas as possíveis relações sociais; (vi) interpretação das leis conforme a constituição; e (vii) influência nas relações políticas.⁸

O movimento neoconstitucionalista vem então a fazer aquilo o que o positivismo repudiava: reestabelecer o elo entre o direito e moral ao elevar ao nível constitucional direitos fundamentais e princípios relevantes à moralidade política.⁹

Emprega-se o termo neoconstitucionalismo para designar numa perspectiva jusfilosófica caracterizada por ser antipositivista, em que os modernos ordenamentos constitucionais negam a ideia positivista que separa direito e moral¹⁰, porém, as constituições normativas ao incorporarem a proteção aos direitos humanos em seu grau hierárquico mais elevado, estabelecem uma ligação entre estas duas esferas.¹¹

A constituição nesse modelo é concebida como uma encarnação de um projeto político que não se limita a fixar as regras, mas também con-

1 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 351 e 352.

2 SCHIER, Paulo Ricardo. A Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. In CLÉVE, Clémerson Merlin (coord.). *Direito Constitucional Brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais*. v 1. São Paulo: Revista dos tribunais, p. 49 e 50.

3 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trotta: Madrid, 2007, p. 21 - 33

4 SCHIER, Paulo Ricardo. A Constitucionalização... Op. Cit. p. 51

5 SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: _____; Cláudio Pereira de Souza Neto. (org.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 117

6 *Ibidem*, p. 119.

7 FIGUEROA, Alfonso García. La teoría del derecho em tempos del constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta: Madrid, 2003, p. 163 e 164

8 *Ibidem*, p. 162.

9 SARMENTO, Daniel. Ubiquidade... Op. Cit., p. 119

10 POZZOLLO, Susanna. Un constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta: Madrid, 2003, p. 187

11 SARMENTO, Daniel. Ubiquidade... Op. Cit. p. 118.

diciona as futuras decisões coletivas do Estado na esfera social, bem como uma maior desconfiança do legislador.¹²

Nas palavras de Luis Pietro Sanchis é “una constituición transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces”.¹³

Esse modelo jurídico encarna uma visão universalista do direito constitucional em os valores jurídicos passam de simples pontos de vista para a expressão de um ideal moral. A constituição traz em si o conteúdo que sustenta todo o ordenamento jurídico.¹⁴

O papel do Estado em relação aos direitos individuais passa a uma atitude positiva, devendo além de não violar, proteger e ainda garantir condições mínimas para fruição dos direitos individuais por todos da sociedade.¹⁵

Esse modelo de pensamento tem por características fundar uma nova teoria de direito que Sanchis assim caracteriza: (i) a presença maior de princípio que regras, com denso conteúdo de valores, direitos fundamentais, diretrizes aos poderes públicos de maneira a prever todos os problemas jurídicos, fazendo da constituição como referente supremo na solução de controvérsias; (ii) maior poder do judiciário em lugar da autonomia do legislador; (iii) e a presença de princípios aparentemente conflituosos e contraditórios em lugar de alguns princípios coerentes entre si, nesse ponto, faz-se referência ao caráter plural que os princípios constitucionais devem representar¹⁶; (iv) presença maior de princípios em detrimento das regras; (v) mudança na maneira de racionalizar o direito e criação de uma nova teoria da interpretação.¹⁷

No Estado de Direito, época em que o pensamento positivista encontrava sua plenitude, vigorava o princípio da legalidade, ou seja, o poder executivo poderia somente atuar naquilo que a lei lhe dava autorização para tanto, tratando-se

assim como uma proteção da sociedade frente à autoridade estatal.¹⁸

A lei ainda era geral e abstrata não fazendo tecnicamente qualquer distinção entre os particulares. A sua generalidade consistia ainda em uma garantia para que o próprio legislativo não ultrapassasse seus poderes legislando em favor de terceiros.¹⁹

Nesse modelo, o direito positivo é visto como um todo homogêneo, sem falhas, lacunas ou incoerência, extirpando assim da jurisdição qualquer tarefa de tentativa de dar completude a esse direito. Isso implicava na redução de tudo o que fosse pertencer ao mundo direito (justiça e valores) à lei, e o jurista era então mero serventário desta.²⁰

O direito positivo expulsou do seu horizonte análise de valores éticos, relegando princípios de justiça às proclamações meramente políticas, sem incidência factual no mundo jurídico e sem qualquer coercibilidade.²¹

No processo de constitucionalização, e no nascimento do Estado Constitucional, as normas não somente imporiam ao legislador um respeito formal, mas sobretudo, substancial, ou seja, o legislador deve dar concretude as disposições presentes na carta constitucional: “la Constitución sería un valor en sí”.²²

No constitucionalismo positivista, a constituição como afirmando anteriormente, limitava-se a regular procedimentos e organização do poder ao lado de alguns direitos fundamentais que não demandavam maior atuação estatal para a sua realização. A lei tinha um papel central nesse universo, porém seu controle era inexistente já que não havia nas constituições qualquer parâmetro que valorasse as ações do legislador.²³

No modelo positivista há uma repulsa aos fatos da vida do mundo jurídico, reduzindo o direito a enunciados jurídicos, em que se obedece estritamente esquemas lógicos-subsuntivos, em que se prevalece a vontade do legislador para frear a criatividade hermenêutica do juiz.²⁴

12 SANCHÍS, Luis Prieto. Justicia constitucional y derechos fundamentales. Trotta: Madrid, 2003, p. 125 e 126

13 Ibidem, p. 127

14 DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy, 2006, p. 81

15 SARMENTO, Daniel. Ubiquidade... Op. Cit. p. 119.

16 Todos os princípios são representados como valores iguais e mesma hierarquia, representando assim uma sociedade plural. ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. Cit. p. 122 - 126

17 SANCHÍS, Luis Prieto, Op. Cit. p. 131 - 136

18 ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. Cit. p. 26-28.

19 Ibidem, p. 29-30.

20 Ibidem, p. 30-33.

21 POZZOLLO, Susanna. Op. Cit. p. 191.

22 Ibidem p. 192.

23 SCHIER, Paulo Ricardo. A Constitucionalização... p. 52.

24 SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. A&C. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 20, 2005, p. 253 e 254.

Deve-se destacar neste ponto que o método de aplicação do direito utilizado no positivismo (e por vezes utilizado no pós-positivismo no âmbito das regras) é a subsunção, em que os fatos seriam analisados e a regra aplicada.²⁵

Paulo Schier assim explana que a constitucionalização do direito só ganha sentido no contexto do neoconstitucionalismo pós-positivista, já que é neste momento que as constituições passam a albergar princípios e direitos sociais, instituindo também no sistema parâmetro axiológico que sirva de valor a lei e seu conteúdo dado a necessidade de concretude de justiça material.²⁶

Schier ainda constata que esse processo de diálogo entre as normas infraconstitucionais e conteúdo axiológico da constituição abriria espaço para participação da realidade social do mundo jurídico, permitindo que esta aprendesse e reformula-se, acompanhando as mudanças sociais sem necessitar mudanças no texto normativo.²⁷

Esse novo modelo em que a constituição passa a ser ocupada por princípios (que tem por natureza uma flexibilidade), trouxe a necessidade de implementação de um novo modelo de interpretação, já que o modelo da subsunção não daria mais conta.²⁸

A racionalidade do direito então exigira do intérprete uma eleição normativa compatível com a realidade, dada a necessidade de uma justiça substancial. Ao intérprete é dado legislar concorrentemente, moldando a lei ao conteúdo da Constituição.²⁹

Nessa perspectiva, a constituição passa a ser um sistema dotado de regras e princípios, e ambos manifestam-se no mundo jurídico por meio de enunciados linguísticos, interpretados a partir de um caso concreto, devendo destacar que ambas contêm força coercitiva.³⁰

A distinção entre regras e princípios tem seu início nas teorias tradicionais que buscavam conceituar a constituição com conteúdo eminentemente principiológico, a fim de retirar sua normatividade, pois somente as regras detinham uma descrição mais completa da realidade, conferindo ao sistema relativa segurança. Por consequência, a subsunção, tal qual ocorria nas regras, não de mostrava adequada ao conteúdo indeterminado dos princípios.³¹

25 ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. Cit. p. 111

26 SCHIER, Paulo Ricardo. A Constitucionalização... p. 53

27 SCHIER, Paulo Ricardo. Novos... p. 252 e 253

28 POZZOLLO, Susanna. Op. Cit. p. 193

29 Idem

30 SCHIER, Paulo Ricardo. Novos... p. 255 e 256.

31 Idem.

Destaca-se que no positivismo os princípios [gerais do Direito] eram invocados somente quando ausente uma lei, costume, analogia ou na impossibilidade de aplicação de critérios de equidade.

Assim, quando um sistema dotado somente por regras passou a ser visto como impossível, tendo em vista a ausência de critério para solução de casos difíceis, bem como impossível também um sistema dotado somente por princípios (devido ao alto grau de imprecisão dos enunciados), a diferenciação conceitual entre princípios e regras se fez necessária para delimitar suas funções no ordenamento jurídico.³²

Os positivistas argumentam que quando um caso não é coberto por uma regra clara, abre-se espaço para a discricionariedade do juiz que poderá decidir com base em um novo item da legislação, já que o papel do intérprete na dogmática contemporânea não se limita a revelar a solução contida no enunciado da norma, mas sim, assume um papel de partícipe no processo de criação do direito.³³

Ronald Dworkin entende que uma regra possui uma aplicação “tudo-ou-nada” que independe do argumento, enquanto o princípio é um padrão a ser observado que enuncia modelos de argumentos que é incompleto em um caso concreto, ou seja, é uma razão que direciona uma posição em uma certa direção.³⁴ Ademais, uma regra possui sua base depositada em um princípio, explicitando o conteúdo normativo do princípio.³⁵

Afirma ainda que os princípios quando se cruzam possuem uma dimensão de avaliação de peso ou importância, que as regras não possuem.³⁶ Assim, os princípios servem para dar forma à uma regra que só vai existir após a decisão, em que se justifica a aplicação de uma nova regra.³⁷

Assevera ainda o autor que a distinção entre princípio e regra é meramente formal, pois o papel que ambas vão desempenhar são diversos. Um conflito normativo se dá quando em um caso concreto é verificada a compatibilidade e possibilidade de aplicação de duas ou mais normas jurídicas.³⁸

Em caso de conflito entre duas regras, ou seja, quando duas regras preveem resultados con-

32 Ibidem, p. 257

33 BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 300 - 308

34 DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35 -39.

35 Ibidem, p. 106.

36 Ibidem, p. 40-53.

37 Idem

38 Ibidem, p. 54.

flitantes, umas delas deve excluir a outra e invalidar sua aplicação, via critérios de validade, já que possuem uma aplicação “tudo ou nada”.³⁹ No caso dos princípios, por terem uma dimensão maior de peso necessitariam de uma mediação.⁴⁰

Verificando-se que a interpretação do julgado é de grande importância em sua obra, a discricionariedade é seu ponto principal de combate.

As colisões entre princípios não podem ser resolvidas da mesma forma tendo em vista a impossibilidade de falar em invalidade dos mesmos. Para Dworkin, em caso de conflito entre princípios, o interprete deve levar em consideração a força e peso relativo de cada um aplicável ao caso.⁴¹

Zagrebelsky afirma que os princípios desempenham função constitutiva do ordenamento jurídico, enquanto as regras por esgotarem sua força em si, mesmo estando escritas na constituição, são meras leis reforçadas em sua forma especial. As regras proporcionam modo de ação, enquanto os princípios fornecem critérios para tomada de posição em um caso concreto que parece indeterminado *a priori*.⁴²

Na teoria de Robert Alexy, os princípios são entendidos como mandados de otimização, “que ordenam que seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”⁴³, podendo ser realizados em diferentes graus com base nas possibilidades fáticas e jurídicas existentes (e este âmbito é limitado pelo número de regras e princípios colidentes). Já as regras são sempre satisfeitas ou não, ou seja, sendo validade, seu conteúdo deve ser executado.⁴⁴

Virgílio Afonso da Silva, vem ilustrar melhor esta diferenciação afirmando que as regras possuem um conteúdo definitivo pois quando aplicável em um caso concreto o seu conteúdo deve ser realizado na integralidade. Em contrapartida, a realização dos princípios é apenas parcial já que há uma diferença entre o que é garantido em seu conteúdo (*prima facie*) e o garantido no caso em definitivo.⁴⁵

Verifica-se assim que a menor densidade jurídica dos princípios impede que deles se extraia

seu conteúdo, impondo ao interprete a tarefa de preenche-lo e dar seu alcance. A existência de colisões de normas constitucionais neste processo é percebida então como fenômeno inevitável no constitucionalismo contemporâneo, decorrendo diferentes formas de racionalização do direito.

Nesse ponto, é importante asseverar a diferença entre o pensamento da hermenêutica filosófica e da teoria da argumentação⁴⁶ no campo dos casos tidos como difíceis, em que há conflitos entre princípios.

Em sua nova hermenêutica, Dworkin afirma que o direito sempre tem uma resposta correta mesmo frente a mais de uma possibilidade juridicamente defensável. Para a solução dos chamados “casos difíceis”, em que não há regra anterior condutora de qualquer direção, princípios gerarão os argumentos necessários para sua solução do caso.⁴⁷

Defende a ideia do papel do precedente e da história institucional que deve ser constantemente reconstruída e respeitada, condenando uma decisão que parece certa isoladamente, mas é incompatível com outras decisões igualmente consideradas.⁴⁸ O direito é visto como um todo intergal em dois aspectos, primeiro deve observar a integridade da legislação (das leis e casos anteriores) e o segundo, manter a coerências aos princípios da constituição.⁴⁹

No campo teoria da argumentação, visando a solução destes conflitos normativos, desenvolveu-se a técnica do sopesamento encabeçada por Robert Alexy. Nessa ideia a colisão entre princípios deve ser revolvida conforme as condições do caso em concreto, variando a preponderância de um princípio sobre o outro a depender das circunstâncias de fato, ocorrendo colisões na dimensão de peso.⁵⁰

Tendo em vista que nenhum dos princípios é hierarquicamente superior ao outro, a técnica do sopesamento intenta definir qual dos interesses tem maior peso, ou seja, é mais atingido, no caso em concreto.

39 SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 47.

40 Idem.

41 DWORKIN, Ronald. Levando ... p. 39.

42 ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. Cit. p. 110.

43 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90 e 91.

44 Idem.

45 SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos... Direitos..., p. 45.

46 A hermenêutica busca o desenvolvimento e sistematização dos princípios de interpretação do direito. A interpretação jurídica busca revelar o sentido dos textos, composta por método, técnicas e parâmetros a fim de dar legitimidade, racionalidade às soluções dos problemas. BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit. p. 355.

47 DWORKIN, Ronald. Levando...Op. Cit. p. 127-134.

48 Ibidem, p. 134-139.

49 DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 276.

50 ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 93-94.

Em um ordenamento em que se apresentem regras e princípios, conflitos entre estas duas espécies normativas é plenamente possível.

ALEXY propõe a utilização da ponderação, porém não com base na regra em si, mas em relação ao princípio basilar da regra.⁵¹ Porém, tal método leva a demasiado grau de imprecisão e insegurança jurídica pois o aplicador do direito estaria livre para afastar regras entendendo que há princípios que justificariam tal afastamento.⁵²

Esse novo modelo permitirá ao direito constitucional um diálogo com realidades social, política e econômica⁵³. É a inauguração de uma estrutura normativa aberta à realidade.

Tais casos em que há colisões de normas constitucionais e se faz necessário o uso da ponderação, são denominados casos difíceis por comportarem mais de uma solução possível e razoável. Nesse ponto crucial chega-se à necessidade de criação de uma teoria capaz de dar controle à racionalidade das decisões, dando critérios à atividade criativa do juiz.

3 O MODELO DO CONSTITUCIONALISMO SOB PRINCÍPIOS: UMA ABERTURA PARA O DECISIONISMO?

Quando se afirma que os princípios se submetem à um padrão de peso e qualidade e não de validade, aceitando a ponderação para sua concretização, é precioso ter cautela para não alargar as práticas até certos pontos em que, a fim de dar maior força à normatividade da constituição, faça-se justamente o contrário.

Para Zagrebelsky a constatação de uma pluralidade de métodos de interpretação jurídica é somente reflexo da indeterminação do direito e a discricionariedade não é algo a ser combatido.⁵⁴

51 Ibidem, p. 90.

52 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito...* p. 52.

53 SCHIER, Paulo Ricardo. *Direito Constitucional: anotações nucleares*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 78.

54 Assim afirma o autor: En estas condiciones, la pluralidad de métodos y su equivalencia no es un defecto, sino una posibilidad de éxito cuando se interpreta la ley buscando la regla adecuada. La interpretación legislativa abierta no es un error que la actual ciencia del derecho deba corregir, sino un aspecto irrenunciable a la vista de su objetivo. Las posibilidades del la interpretación dependen además de la actitud del propio legislador. La discrecionalidad de que goza el intérprete para reconducir a la ley las exigencias de regulación que presenta el caso no sólo depende de los métodos de interpretación y de su número, sino también de

Avaliar peso e qualidade não é sinônimo de discricionariedade no ato de ponderar. SCHIER afirma que o processo de ponderação é sim subjetivo, mas nem por isso é arbitrário,⁵⁵ tal qual demonstrado anteriormente via técnicas que revestem a ponderação de controle intersubjetivo.

Daniel Sarmento aponta determinados problemas que a constitucionalização suscita, tal qual visto anteriormente. A primeira ocorre quando no momento da constitucionalização de determinados direitos, pretende-se que tais direitos ajam como trunfos contra a maioria, porém, na medida em que os direitos são constitucionalizados, o povo, via seus representantes, não poderia decidir sobre mais nada. O segundo problema ocorre no momento em que tais normas irradiam sobre o ordenamento, o poder judiciário os realizam sem critérios racionais, tornando-os incontroláveis.⁵⁶

Assim, em primeira análise o pós-positivismo parece esbarrar com a democracia, já que visa estabelecer barreiras para o exercício da soberania popular. Contudo, apesar dos possíveis paradoxos⁵⁷, o constitucionalismo é uma garantia e limite para o processo democrático.⁵⁸

Nas palavras de Conrado Hübner Mendes:

A corte pode ser um catalisador deliberativo. Simboliza um esforço para fazer da democracia um regime que não apenas separe maiorias e minorias, estructure a competição política periódica e selecione as elites vencedoras e perdedoras, mas também seja capaz de discernir entre bons e maus argumentos. Isso não exclui a competição, mas a qualifica.⁵⁹

la estructura de la propia ley. A veces, incluso, el derecho, por así decirlo, no presenta resistencia a ser interpretado de acuerdo con estas exigencias 'casuísticas'. Esto sucede sobre todo con las normas 'elásticas' o 'abiertas', es decir, las que utilizan las llamadas 'cláusulas generales', cruz de toda concepción estrictamente positivista del derecho y de la función judicial y delicia de todo crítico de la misma". Cuando se expresa de este modo ('buenas costumbres', 'buena fé', 'buen padre de familia', 'interés público', relaciones sociales justas', etc.), es el próprio legislador quien declara su incapacidad para prever la concreta aplicación y quien autoriza expressamente que los casos y sus exigencias obtengan reconocimiento. ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. Cit. p. 136.

55 SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos...* Op. Cit. p. 260.

56 SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade...* Op. Cit. p. 115.

57 Paradoxal pois discute-se até que ponto um povo de determinada geração é legítimo como fundante de uma constituinte para elencar os direitos e deveres que irão vincular todo um povo de uma nação por toda a eternidade. Ibidem, p. 128 - 129

58 Ibidem, 130.

59 MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and deliberative democracy*. Oxford. Oxford, 2014.

O problema que acomete a realidade pátria é o vislumbre que toma o judiciário que, no afã de fazer justiça por meio do uso dos princípios, deixa de lado o dever de fundamentar racionalmente suas decisões, acabando por abrir espaço para o decisionismo judicial. Essa prática, como afirma Daniel Sarmento, “travestida de politicamente correta”, permite que juízes não eleitos façam as vezes de legisladores, atentando contra a separação de poderes e segurança jurídica.⁶⁰

Não se pretende assim defender que a aplicação dos princípios seja posta de lado (impossível como demonstrado anteriormente), mas sim, buscar um minimizar vícios do judiciário. Defende-se a valorização da argumentação jurídica e a da racionalidade prática por meio da lógica do razoável, em que o intérprete deve sempre se esforçar para buscar a melhor resposta via diálogo aberto e argumentativo no qual todos os participantes são livres e iguais.⁶¹

Segundo, deve-se considerar também o papel das regras no ordenamento jurídico já que estas garantem segurança jurídica, coíbem o arbítrio do aplicador e garantem funcionamento ágil e eficiente da ordem jurídica. Nas palavras de Daniel Sarmento:

Só que o operador do direito não pode agir como se o ordenamento jurídico fosse um sistema composto apenas por princípios, onde lhe coubesse toda a tarefa de concretização, comportando-se como se as regras simplesmente não existissem. No mínimo há ônus argumentativo do julgador de demonstrar porque uma determina regra editada pelo legislador, e a *priori* incidente sobre o caso, não deve ser aplicada. Do contrário, abre-se porta ao arbítrio e ao decisionismo, em prejuízo da segurança jurídica e da democracia.⁶²

O Direito vive um momento em que o judiciário está sendo cada vez mais chamado a dar solução definitiva para conflitos que dividem a sociedade, ressaltando seu caráter contramajoritário. A hermenêutica tem apostado na pré-compreensão do intérprete como limitador do decisionismo.

A pré-compreensão é inegável, já que os seres humanos compartilham ideias, valores, preconceitos e não se separam destas no momento de aplicação do direito, já que o ponto de partida para a solução de um caso não é a norma mas a visão impregnada de uma determinada cultura

que se tem. Essa nova hermenêutica compreende a insofismável separação entre o sujeito e objeto, porém, não é errôneo defender que este é o caminho para a melhor resposta do direito.⁶³

Brevemente, Lenio Streck afirma que a pré-compreensão não fica à disposição do intérprete, ou seja, o sujeito não é capaz de controlar a atribuição prévia de sentido, “tratando-se de um existencial, sobre o qual não temos domínio”.⁶⁴

Essa ideia é obtida a partir da visão de direito como integridade, em que o juiz é preconizado para poder entender o direito.⁶⁵

Sarmento afirma o uso da pré-compreensão é indissociável da realidade interpretativa, porém prescrever seu uso é inadequado já que na sociedade atual não há somente um único sentido compartilhado sobre determinados assuntos, e ainda, tende a liberar o indivíduo de quaisquer amarras de controle da sua subjetividade. Ignora ainda que vivemos em uma sociedade em que o preconceito e a opressão é enraizada a tal ponto a ser considerada natural. Uma hermenêutica constitucional não deve pautar-se portanto nas pré-compreensões, mas sim, “demandar dos intérpretes um exercício permanente de crítica às tradições e de autocritica em relação às respectivas cosmovisões”.⁶⁶

O fenômeno da jurisdição constitucional excessiva e desmedida, que pretende a efetivação da Constituição via tribunais, esqueceu que o juiz é feito de carne e osso. Destaca-se nesse cenário três fatores que não são levados em consideração ao alocar no judiciário uma capacidade de salvador do país:

Primeiro, a sobrecarga de trabalho que leva a necessidade de aplicação de teorias menos sofisticadas e solução mais mecânica dos casos. Segundo, a formação dos juízes brasileiros não tem caráter interdisciplinar, e casos como direitos sociais demandam especialistas que não fazem partes do quadro de apoio dos juízes. Terceiro, há limitação no que tange à lógica processual que foi

63 SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. (org.). Interpretação constitucional - reflexões sobre (a nova) hermenêutica. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 315

64 STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas no direito. ed. 3. rev. ampl e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 177

65 DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martinus Fontes, 2007.

66 SARMENTO, Daniel. Interpretação... p. 313-317.

60 SARMENTO, Daniel. Ubiquidade..., p. 144

61 Ibidem, p. 145

62 Ibidem, p. 147

criada para ser bilateral, ou seja, no âmbito dos direitos sociais que envolvem recursos de toda a sociedade, ignora-se esta parte.⁶⁷

Deve-se portanto, construir teorias adequadas à realidade brasileira que se coadunem com as capacidades institucionais a fim de otimização dos valores constitucionais.

Asseverando essa ideia, Virgílio Afonso da Silva afirma a discussão acerca do método se limita a ser meramente teórica, sem qualquer preocupação quanto à sua aplicação prática. Nas palavras do autor: “Ficar repetindo listas de métodos e princípios elaborados para uma realidade e uma época diferentes pouco acrescenta à discussão. Não se pode querer fazer direito constitucional alemão no Brasil”.⁶⁸

O que falta na teoria convencionalista de Dworkin é um pragmatismo que seduz, ou seja de justamente uma coerência nas decisões de uma comunidade e coletividade que ele mesmo reconhece a sua não existência.⁶⁹

Assim, a teoria da argumentação tem um papel que se destaca na construção de um procedimento argumentativo espelhado à nossa realidade, constituindo-se como meio de desenvolvimento do controle intersubjetivo de decisões, tal qual será demonstrado no próximo tópico.

4 O PAPEL DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O reconhecimento da normatividade dos princípios é um dos símbolos do pós-positivismo, que, diferentes das regras, consagram determinados valores e indicam fins de ordem pública a serem alcançados por diferentes meios.

67 Ibidem. p. 317- 321.

68 A crítica do autor é dirigida à mera repetição de princípios da interpretação, tais como unidade da constituição, concordância prática, conformidade funcional, efeito integrador, máxima efetividade e outros. SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: _____ (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 121-130; 141.

69 Integridade política supõe uma personificação particularmente profunda da comunidade ou do Estado. Pressupõe que a comunidade como um todo pode se engajar nos princípios de equidade, justiça ou devido processo legal adjetivo de algum modo semelhante àquele em que certas pessoas podem engajar-se em convicções, ideais ou 38 projetos, o que a muitos vai parecer uma metafísica ruim.

Uma das críticas metodológicas mais frequentes à teoria dos princípios de Alexy relaciona-se com a solução de colisão entre princípios ante a ausência de critérios de racionalização, tratando-se de mero “decisionismo disfarçado”.⁷⁰

Lenio Streck em sua leitura da teoria de Alexy afirma que este reconhece a discricionariedade como um ato inexorável, portanto, desenvolve a ponderação passível de controle em seu procedimento, porém deixa o sujeito livre, pois será sempre o intérprete que escolherá quais os princípios estão em colisão.⁷¹ Afirma que a ponderação “tenta esconder, sob o véu da racionalidade, um subjetivismo que primeiro escolhe e depois, retoricamente, encontra uma pretensa justificação.”⁷²

Exigir de uma teoria a exclusão de qualquer subjetividade é pedir o impossível. O que se deve buscar é a fixação de parâmetros que possibilitem o diálogo intersubjetivo, ou seja, permitam um controle argumentativo.

Por um longo período de tempo na história do direito, a técnica da subsunção foi a técnica padrão para a aplicação do direito, contudo, no contexto de pós-positivismo, tal técnica restou insuficiente para lidar com as situações que envolvam colisões entre normas constitucionais, princípios ou direitos fundamentais.

Nesse quadro, a interpretação constitucional se viu frente à necessidade de desenvolver técnicas que fossem capazes de produzir uma solução dotada de racionalidade ao mesmo tempo que fosse controlável. Surge então a ponderação, que consiste em uma técnica de decisão jurídica controlável.⁷³

Nos casos difíceis a solução precisa ser construída com base em elementos que estão fora do conteúdo do enunciado da norma, ou seja, valores morais passam a integrar a produção da decisão consubstanciando-se em um ambiente da argumentação jurídica.⁷⁴

Nos dizeres de Luís Roberto BARROSO, argumentação é:

Atividade de fornecer razões para a defesa de um ponto de vista, o exercício de justificação de determinada tese ou conclusão. Trata-se de um processo racional e discursivo de demonstração da correção e da justiça da solução proposta, que tem como elementos fundamentais: (i) a lingua-

70 Idem, p. 146.

71 STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. *Revista Direito e Práxis*, v. 4, 2013, p. 343-367.

72 Ibidem, p. 364.

73 BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* p. 315-318

74 Ibidem, p. 338 e 339.

gem. (ii) as premissas que funcionam como ponto de partida e (iii) regras norteadoras da passagem das premissas à conclusão.⁷⁵

Nesse ponto, cumpre esclarecer que a ponderação é vista pela teoria da argumentação como “elemento próprio e indispensável ao discurso e às decisões racionais”, ou seja, na ponderação avaliam-se todos os argumentos relevantes ao discurso, não ficando limitados àqueles enunciados normativos ou normas.⁷⁶

A teoria da argumentação tem por finalidade conceder maior controlabilidade às decisões judiciais pautadas em princípios, estruturando o raciocínio jurídico, concedendo legitimidade à decisão na medida em que há um esforço de convencimento.⁷⁷ E ainda, o esforço para que o agente público demonstre a legitimidade dos seus atos ganha novo escopo no processo de redemocratização do Brasil, já que houve a possibilidade de submissão do judiciário à uma crítica. Mais do que nunca a racionalidade e justificação são elementos que devem ser observados na argumentação.⁷⁸

Alguns critérios são estabelecidos e Luís Roberto Barroso cita três deles. O primeiro afirma que a argumentação jurídica deve fundamentar-se em normas a fim de manter exatamente o seu caráter jurídico,⁷⁹ ou nas palavras de Ana Paula Barcellos, a racionalidade está ligada à capacidade de demonstrar conexão com o sistema jurídico de forma consistente.⁸⁰ Em segundo lugar, deve-se preservar a unidade e integridade do sistema, observando a continuidade e coerência da ordem jurídica, respeitando-se sempre os precedentes como forma de promover a segurança jurídica.⁸¹ E ainda, em terceiro lugar, o intérprete deve atentar-se às consequências práticas da sua atualização e seus efeitos sobre a realidade.⁸²

Observando-se tais critérios, uma decisão irá legitimar-se ao demonstrar sua qualidade como melhor adequada para a solução do caso em concreto.

Apesar do atual momento constitucional percebe-se uma perda da objetividade e uma redução no que se entendia por segurança jurídica,

a teoria da argumentação não é a causa da insegurança, e sim vem buscar maneiras de lidar racionalmente com as incertezas.⁸³

Humberto Bergmann Ávila tece crítica à técnica da ponderação ampla e irrestrita, no momento em que ele percebe que nesse método haveria um “anti-escalonamento”, ou seja, aniquilamento da hierarquia das normas do direito, pois dada à abrangência da possibilidade dos princípios, o seu espectro de aplicação é vasto.⁸⁴

Ademais, o autor afirma que a técnica da ponderação conduziria com o aniquilamento das regras e da função do poder legislativo, desvalorizando-o. Elenca ainda uma terceira crítica, afirmando que a ponderação retira a força normativa do direito conduzindo à um subjetivismo, pois ao interpretar era dada via ponderação a “escolha” da aplicação ou não de uma determinada norma.⁸⁵

Visando afastar tais hipóteses de incontabilidade intersubjetiva, Ávila defende que em caso de conflito entre regras e princípio, o intérprete deve aplicar a regra pois esta já foi previamente ponderada pelo legislador das razões contrapostas.⁸⁶

Em caso de ausência de regra em específico, deve o intérprete verificar a quem a constituição atribui a competência da matéria, e adotar a interpretação daquela regra com base nos princípios constitucionais, sem ultrapassar os limites das mesmas. Assim, somente na ausência de tais alternativas, poderá o aplicador usar da ponderação de princípios colidentes para editar uma norma individual que venha a regular o conflito no caso em concreto.⁸⁷

Compactuando com a ideia quanto de estabelecimento de parâmetros para a teoria da argumentação, destaca-se o pensamento de Ana Paula Barcellos. Para a autora, a ponderação é inevitável por conta da complexidade da sociedade contemporânea, estrutura do Estado, e da própria Constituição, portanto busca-se via teoria da argumentação estabelecer parâmetros fundamentados a fim de controlar e balizar a interpretação jurídica buscando assim a isonomia do direito.⁸⁸

75 Ibidem, p. 339.

76 BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 27.

77 BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* p. 340.

78 BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.* p. 40 e 41.

79 BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* p. 342.

80 BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.* p. 42 e 44.

81 Ibidem, p. 344.

82 Ibidem, p. 345.

83 Ibidem, p. 346.

84 ÁVILA, Humberto Bergmann. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. (Orgs.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 192.

85 Ibidem, p. 193-194.

86 Idem.

87 Ibidem, p. 194-196.

88 BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.* p. 160.

Assim, para a autora as regras têm preferências sobre os princípios por dois motivos. O primeiro é devido ao alto grau de previsibilidade dos efeitos das regras, e em contrapartida, a imprevisibilidade dos efeitos dos princípios (cita-se dignidade da pessoa humana, igualdade e outros). Esse argumento se mostra insuficiente para frear a ponderação.⁸⁹

A segunda é ligada as suas funções. Para Ana Paula Barcellos, um sistema jurídico deve ser equilibrado, já que o número exacerbado de regras, conduzira à grande segurança porém imutabilidade diante das situações novas; e um sistema composto somente de princípios, levaria à flexibilidade, porém à grande imprevisibilidade. Esse equilíbrio deve ser também em relação à manipulação pelos operadores das suas características próprias.⁹⁰

Outro parâmetro utilizado pela autora é que uma norma que promova diretamente um direito fundamental do indivíduo de ter preferência frente à outra norma que apenas promova indiretamente um direito fundamental.⁹¹

Por fim, no que tange ao conflito de regras, a autora afirma que tal situação produz uma ruptura no sistema. Afirma então que a ponderação deverá ser utilizada quando uma regra se aplicada em caso terá uma consequência demasiadamente injusta, que justificaria seu afastamento.

É nesse cenário que Hünmer Mendes exprime na celeuma doutrinária o seu posicionamento.⁹² A favor de corte do judiciário desempenhando como partícipe no processo de formação da interpretação da constituição com argumentos forte, em detrimento ao juiz que assume um papel corajoso porém mitigador da democracia deliberativa, cunhando para este o termo o termo “guardião entrincheirado”:

Que significa produz uma mistificação e atribui à corte um ônus extremamente pesado que ela não é capaz de carregar. Ao arrogar-se a responsabilidade de, olímpica e solitariamente, salvar a democracia contra a vontade dos outros poderes, a corte arrisca-se a criar um feitiço contra si mesma que tende a culminar ou numa prática decisória tímida e acanhada, ou numa reação mais agressiva (e menos deliberativa) do outro poder.⁹³

Assim, a teoria da argumentação visa a construção de parâmetros na aplicação do direito pelo juiz, de forma a dotar tal decisão de racionalidade e de um controle intersubjetivo, diminuindo aberturas para abstrações e valorações pessoais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constitucionalização de direitos tornou-se um processo que desencadeou uma completa ruptura e transformação no sistema jurídico. Esse fenômeno reconheceu a importância de se proteger valores plurais em uma sociedade diversificada.

Esses valores foram positivados na constituição sob forma de princípios que trazem em si conteúdo elástico, aberto e abstrato. Diversas teorias tentam promover a conceituação de tal espécie normativa, sendo entendido como um padrão argumentativo ou mandados de otimização.

A técnica subsunção, como mera análise do fato e aplicação da regra ao caso em concreto, mostrou-se insuficiente nessa realidade complexa e elástica que o direito coloca frente aos princípios.

O que se deve abstrair é a imprecisão do conteúdo dos princípios que refletem em uma possível indeterminabilidade da sua norma. Tendo em vista o conteúdo aberto, Alexy propõe então o método da ponderação que deve ser utilizado quando haver colisões entre normas constitucionais, os chamados “casos difíceis”.

Ainda assim, críticas surgiram devido a uma possível ausência ou déficit de racionalidade na teoria dos princípios, porém, é nesse ponto que a teoria da argumentação mostra sua potencialidade frente à este neoconstitucionalismo.

A teoria da argumentação é capaz então de fornecer parâmetros e critérios para um controle intersubjetivo das decisões via argumentação.

Desempenhado o seu papel, a teoria da argumentação necessita agora de um comprometimento dos aplicadores do direito. Não basta citar um princípio ou um direito fundamental. É necessário explicitar, mediante forte carga justificativa a compreensão que se tem de determinado direito ou princípio, para que assim possa viabilizar debate, impedindo perpetuação de tradições autoritárias ou invasões normativas incompatíveis com a integridade do direito.

89 Ibidem, p. 165 -184.

90 Ibidem, p. 185 -201.

91 Ibidem, p. 235.

92 MENDES, Conrado Hübner. Op. Cit. p. 226.

93 Ibidem, p. 180.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. "Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência". In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. (Orgs.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 187-202.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FIGUEROA, Alfonso García. *La teoría del derecho em tempos del constitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford, 2014.
- POZZOLLO, Susanna. *Un constitucionalismo ambíguo*. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta: Madrid, 2003, p. 187-210.
- SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Trotta: Madrid, 2003.
- SARMENTO, Daniel. *Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete*. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. (org.). *Interpretação constitucional - reflexões sobre (a nova) hermenêutica*. Salvador: JusPodivm, 2010.
- _____. *Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda*. In: _____; Cláudio Pereira de Souza Neto. (Org.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SCHIER, Paulo Ricardo. *Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. (Org.). *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 1, p. 43-60.
- _____. *Direito Constitucional - Anotações Nucleares*. Curitiba: Juruá, 2009.
- _____. *Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo*. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 20, 2005, p. 145-166.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: _____. (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- STRECK, Lenio Luiz. *Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy*. *Revista Direito e Práxis*, v. 4, 2013, p. 343-367.
- _____. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas no direito*. ed. 3. rev. ampl e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2007.

Judicial review and legal rationality in the context of neoconstitucionalism post-positivist

ABSTRACT

Seek to analyze the rationality of law given that this is currently surrounded by rules and characteristic of the phenomenon neoconstitucionalism principles. The post-positivism consecrated a change and alternation of legal sovereignty of the law to the Constitution. This change is paradigmatic, establishes principles with plural moral values of society as basic law, emanating expansive force for the entire legal system. To the extent that the current constitutional model requires ways to make controllable judicial decisions on behalf of legal certainty, argumentation theory develops crucial role in the controllability of decisions.

keywords: Neoconstitucionalism. Judicial Review. Principles.

Recebido em: 25/11/2014.

Aprovado em: 29/01/2015.