



**O MOVIMENTO PÓS-POSITIVISTA E A “VISÃO”
NEOCONSTITUCIONALISTA DA PONDERAÇÃO: A VALORAÇÃO
DE PRINCÍPIOS EM ROBERT ALEXY**

THE POST-POSITIVISM MOVEMENT AND THE
NEOCONSTITUCIONALIST APPROACH OF BALANCING: BALANCING
OF PRINCIPLES ACCORDING TO ROBERT ALEXY

Claudio Carneiro

Doutorando em Direito pela UNESA/RJ, mestre em Direito Tributário, pós-graduado em Direito Tributário e Legislação de Impostos, procurador municipal, professor de Direito Tributário da FGV, EMERJ, AMPERJ e diversas instituições, autor de diversas obras e artigos publicados no Brasil e no exterior. E-mail: professorclaudiocarneiro@gmail.com

Marcos A. F. Lemos

Advogado, atuante na área constitucional tributária, graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, pós-graduando em Direito Fiscal pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. E-mail: emos.marcos_adv@hotmail.com

Resumo

Este estudo pretende analisar os aspectos da ponderação, no contexto neoconstitucionalista atual, visto a necessidade de se impor maior racionalidade ao discurso jurídico, principalmente devido à falta de respostas práticas e limitações do positivismo. “Valorar” (se é que podemos usar essa expressão) princípios conflitantes tornou-se uma das tarefas mais árduas para o intérprete constitucional que deve ser guiado por postulados morais, éticos e de racionalidade inerentes à própria dogmática jurídica, jamais deixando de considerar as vicissitudes plurais da estrutura do hodierno Estado Democrático de Direito. Neste contexto, a ponderação ganha peso indiscutível, tornando-se uma ferramenta muito útil na solução de casos complexos e difíceis – os chamados “hard cases”, já que o processo decisório, principalmente das Cortes Constitucionais deve privilegiar a proteção de valores fundamentais, assentados nos princípios estruturantes da sociedade política.

Palavras-chave: Ponderação, Racionalidade, Neoconstitucionalismo, Argumentação, Decisão.

Abstract

Due to complexity of current society, the need of imposing rationalism to the legal discourse gains importance, primarily because of the positivism restrictions envisioned in the prevailing legal argumentation phenomenon. Considering that balancing conflicting principles became one of the most difficult toils to legal operators, this article aims to analyse balancing traits, main theories and usage, conceiving its relevance to the protection of jusfundamental rights applied to the decision processes of hard cases, as it shall be guided by moral, ethical and rationalist postulates, related to the legal dogma in its essence, never disregarding the plural features of the Democratic Rule-of-Law State.

Keywords: Balancing, Rationalism, Neoconstitucionalism, Argumentation, Decision.

Sumário

INTRODUÇÃO. 1 Da Função Jurisdicional da Ponderação: os conflitos normativos e a hierarquização de princípios. 2 Da Superação da Teoria Positivista e sua Relação com a Ponderação. 3 Da Ponderação como método de interpretação e aplicação do Direito. 4 Da Colisão de Princípios: Adequação, Necessidade e Proporcionalidade em sentido estrito. 5 Da Estrutura da Ponderação: A Lei “Alexyana”. 6 O movimento neoconstitucionalista e a busca pela justiça. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Com a superação histórica do *jusnaturalismo* e o enfraquecimento do movimento positivista, o Direito, como ciência humana, sedento por uma dinâmica mais condizente com os tempos atuais, viu-se forçado a vivenciar a aplicação de novos métodos de interpretação da norma jurídica de tal forma que se pudesse experimentar uma prática mais efetiva e renovada de Justiça (BARROSO, 2004, p.348).

Esta preocupação com uma experiência renovada de Justiça, dentro de moldes mais contemporâneos do chamado Estado Democrático de Direito, tem o primado de estabelecer o equilíbrio entre segurança jurídica e justiça, sob as vestes de uma nova hermenêutica constitucional, focada na teoria dos direitos fundamentais, onde a preocupação com a definição das relações entre valores, princípios e regras é levada ao extremo com o fulcro de se edificar o próprio fundamento da dignidade humana.

Nesse ambiente de reaproximação entre Direito e valorização dos ideais de justiça, há inegável valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade em todos os seus aspectos (BARCELLOS, 2003, p. 10).

Inquestionável é o fato de que nessa busca por este tão sonhado equilíbrio entre segurança jurídica e justiça, deve-se sempre levar-se em consideração a aplicação das máximas da proporcionalidade, bem como da razoabilidade, representadas por um princípio instrumental de interpretação constitucional.

Através da aplicação de tais máximas, objetiva-se a construção de uma premissa conceitual metodológica própria de cânones não expressos no texto constitucional - que antecedendo o próprio processo intelectual do interprete na solução concreta de um dado problema em exame, serve como um instrumento hermenêutico para a **aplicação da ponderação** de bens em conflito, protegendo assim a essência da lógica constitucional vigente.

A complexa engrenagem jurídica guarda em sua própria estrutura ambiguidades e imperfeições, fruto de redações defeituosas, omissões e contradições entre os diplomas vigentes. Por esse motivo, a atividade jurisdicional não mais se limita a um mero exercício de extração de conclusões a partir de premissas intocáveis estabelecidas por um contexto social pluralista, sendo possível que inúmeras soluções se apresentem como razoáveis para um mesmo caso, enquanto coerente e filosoficamente fundamentadas. Tal fenômeno é recorrente em todos os domínios do Direito, sendo certo que quanto mais aberta a estrutura normativa de dado ramo jurídico, maior será o espaço para o confronto de teses igualmente razoáveis.

Esses confrontos são forjados no cerne da própria estrutura do Estado Democrático de Direito e dão relevo à compreensão mais aprofundada da aplicação dos direitos fundamentais.

Este artigo pretende se ocupar da questão da existência de uma única resposta concreta para todo problema jurídico, abrindo margem para que se avalie o método da ponderação e sua tendência em admitir soluções plurais para conflitos entre princípios constitucionais.

Vale a pena frisar que, no decorrer deste estudo, o juízo de ponderação é equiparado ao procedimento de tomada de decisão empregado pelo juiz quando lida com tensões entre valores ou interesses constitucionais que se chocam, deixando claro que ao preferir um dado valor em detrimento de outro, o juiz, de fato, realiza uma ponderação, mesmo que implicitamente ignore os requisitos formais que o procedimento exige.

I. DA FUNÇÃO JURISDICIONAL DA PONDERAÇÃO: OS CONFLITOS NORMATIVOS E A HIERARQUIZAÇÃO DE PRINCÍPIOS

Não se pode aceitar que a Ciência do Direito, em toda a sua magnitude, quando do estabelecimento de padrões normativos comportamentais para realização do trabalho hermenêutico, se limite a ter como função precípua a mera descrição de significados.

Ao contrário, espera-se que atue como responsável pela reconstrução sistemática de significados, não se limitando a mera atividade de subsunção entre conceitos ou entendimentos conceituais previamente estabelecidos.

No bojo desta tendência, não resta dúvidas que a ponderação (PULIDO, 2003, p. 225) se converteu em um critério indispensável para o exercício da função jurisdicional, especialmente nos Tribunais Constitucionais, que se encarregam da aplicação de normas que, como os direitos fundamentais, têm estruturas de princípios, sendo seu estudo de sumária importância para se alcançar os preceitos emanados do hodierno Estado Democrático de Direito.

O balanço de valores, bem como de interesses é consectário lógico no exercício de se dar solução a casos complexos e difíceis, chamados de “*hard cases*” nos quais não se vislumbra a possibilidade de se encontrar a solução justa por mera subsunção.

Ponderar “valores” e bens é tido como atividade pertinente a todo processo de tomada de decisão, que envolve necessariamente uma calibragem de fatores que se indispõem entre si, exigindo que seja atribuído peso a importância de cada qual para se encontrar a solução de um dado problema.

Neste contexto, o processo de tomada de decisão, propriamente dito, estaria atrelado a idéia de **hierarquização de princípios**, justificando assim, a importância do juízo de ponderação, que racionalmente aplicado, facilitaria a aplicação dos ideais democráticos de participação ampla nos processos públicos deliberativos, prestigiando principalmente as preocupações voltadas a igualdade social.

Considerando a estrutura plural da sociedade moderna, valores colidentes podem ser relevantes em um mesmo contexto, podendo propiciar a criação de soluções aparentemente inconciliáveis.

Por derradeiro, negar a importância da ponderação é o mesmo que ignorar a existência evidente deste pluralismo e, em última análise, seria uma tentativa inócua de esconder os conflitos reais da vida social.

Sob outro enfoque, ao assumi-la como método de solução de conflitos, contribuiria sobremaneira o intérprete constitucional para a queda do véu que paira sobre os conflitos axiológicos, firmando a necessidade de enfrentá-los com racionalidade e principalmente, imparcialidade.

2. DA SUPERAÇÃO DA TEORIA POSITIVISTA E SUA RELAÇÃO COM A PONDERAÇÃO

Um dos principais desdobramentos práticos da ponderação é a pré-disposição a abertura de múltiplos pontos de vista, levando-se em consideração a imperial necessidade de se consumir todos os argumentos de todos os interessados envolvidos para que seja conferida validade ao próprio exercício de ponderação.

Ao explorar todas as nuances dos argumentos (ou interesses) envolvidos, no caso concreto, o juízo de ponderação, inquestionavelmente, abriria maior possibilidade de justiça para os litigantes, assegurando um ajuste mais célere do ordenamento jurídico aos anseios sociais.

Em apertada síntese, o juízo de ponderação poderia ser traduzido como o reflexo da própria complexidade inerente ao Direito, se firmando como um processo de decisão na qual estaria garantida a imparcialidade do juiz, visto que disciplinaria a decisão ao expô-la de maneira mais ampla a argumentos baseados, principalmente, em igualdade social.

Neste ponto, segundo Dworkin, o juiz estaria se afastando da penumbra positivista da discricionariedade, existindo assim uma única resposta correta para cada desafio jurídico (DWORKIN, 1978, p. 81), chocando-se frontalmente a teoria positivista, ao militar pela separação entre regras e princípios. O autor assume que o Direito é muito mais amplo que as regras legisladas, sendo também composto de princípios, defendendo que um dado sistema de princípios seria capaz de gerar não soluções diversas igualmente válidas, mas sim, uma única resposta correta, desautorizando conseqüentemente, a teoria positivista da discricionariedade forte.

Todavia, este conceito da única resposta correta é ambíguo, sendo ainda muito nebulosa e pouco clara sua definição, comportando algumas visões, que de certa forma, demonstram a grandiosa tarefa de implementá-la de maneira prática (AARNIO, 1990, p. 24).

A primeira visão, ou corrente, dita como forte, representada pelas doutrinas extremas do Direito natural racionalista e da jurisprudência dos conceitos, aduz que para cada caso concreto existe uma única resposta correta, que pode ser detectada. A resposta se encontra “oculta” em algum lugar dentro do ordenamento jurídico e a habilidade do juiz consiste em tornar explícito o que se encontra implícito.

Outra corrente, conhecida como versão fraca, também aceita a idéia de que existe uma resposta correta, mas hesita quanto ao objetivo das possibilidades de descobri-la, defendendo que tal resposta não pode ser sempre detectada, quiçá nunca.

A interpretação deste conceito tem sido representada por alguns doutrinadores positivistas, tendo como fundamento um princípio meramente ideológico de que por existirem lacunas no sistema jurídico, cada juiz ou hermeneuta deve ter como guia certa meta, *in casu*, a resposta correta.

Como pode ser notado, existem muitos problemas relacionados com esta teoria – principalmente do ponto de vista filosófico, já que nunca se poderá dizer com extrema certeza se a única resposta concreta está disponível ou não.

Outra corrente, de postura crítica, intenta argumentar em favor de uma resposta negativa, firmando que não podem haver respostas corretas no raciocínio jurídico (tese ontológica), dizendo que tais respostas podem tão pouco ser detectadas (teses epistemológicas e metodológicas) (AARNIO, 1990, p. 25).

Desta forma, imperativo é que se tenha em mente que a busca de uma resposta correta se correlaciona com a aplicação prática da ponderação, estando no contexto histórico atual, sua concepção atrelada à idéia de que as normas podem assumir a forma de princípios, comportando, por isso, mitigação na intensidade de sua incidência sobre casos concretos quando da ocorrência de conflito com outras normas.

Como pode ser observado, a temática quanto à única resposta em Dworkin, deve ser enfrentada, conferindo a tal matéria relevo para a avaliação dos pressupostos e para o equacionamento dos problemas relacionados com a aplicação prática da ponderação, como bem por ele bem dito, ao enfrentar a discricionariedade do juiz, conforme trecho transcrito a seguir (DWORKIN, 1978, p. 44):

The positivist's doctrine of discretion (in the strong sense) required this view of legal obligation, because if a judge has discretion there can be no legal right or obligation - no entitlement - that he must enforce. Once we abandon that doctrine, however, and treat principles as law, we raise the possibility that a legal obligation might be imposed by a constellation of principles as well as by an established rule. We might want to say that a legal obligation exists whenever the case supporting such an obligation, in terms of binding legal principles of different sorts, is stronger than the case against it.

Entretanto, baseado na idéia construtivista e criativa da interpretação na obra de DWORKIN (1978), é inevitável deparar-se com a seguinte questão: *Apesar de admitir a enormidade da empreitada que se propõe ao aplicador do Direito na árdua labuta de se encontrar a melhor decisão entre as interpretações aceitáveis e existentes, como se chega efetivamente a tão milagrosa “única resposta correta”?*

Inúmeros autores questionam o fato de que apesar da teoria dworkiana militar pela existência de uma única resposta correta, falha ao não explicar, de maneira límpida e materialmente tangível, como se chega a ela – muito menos como podemos controlar a sua validade – que, em última análise, conferiria ao magistrado um papel mais ativo.

Em outros termos, para os críticos de Dworkin, sua teoria se mostra débil ao não delinear uma verdadeira teoria da argumentação jurídica, o que acabaria por reforçar o ativismo do magistrado (FIGUEROA, 1998, p.307) ao não supri-lo de instrumentos que pudessem elaborar ou mesmo controlar a dita “resposta correta”. Desta forma, o relevante seria que viesse a ser escolhida como solução para o conflito, a resposta que pudesse ser considerada mais equitativa e justa na correta relação que decorre do compromisso inicial do magistrado com a visão do Direito, tido como integridade e neste sentido Habermas (1997, p.263) sustenta que:

Segundo Dworkin, princípios jurídicos e determinações de objetivos políticos do legislador que combinam com tais princípios, põem à disposição os meios argumentativos para se reconstruir a massa do direito vigente durante o tempo que for preciso para que ele valha com normativamente justificado. (...) A tarefa não consiste na construção filosófica de uma ordem social fundada em princípios de justiça, mas na procura de princípios e determinações de objetivos válidos, a partir dos quais seja possível justificar uma ordem jurídica correta em seus elementos essenciais, de tal modo que nela se encaixem todas as decisões tomadas em casos singulares, como se fossem componentes coerentes. Dworkin sabe que, para desempenhar essa tarefa, é preciso pressupor um juiz cujas capacidades intelectuais podem medir-se com as forças físicas de um Hércules.

Nesse ponto, rendemos homenagem à ALEXY (1993), pois em sua obra teoria dos direitos fundamentais o autor procurou alinhar uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição Alemã, apresentando a distinção entre princípios e regras.

A primeira questão por ele pontuada diz respeito às valorações presentes na fundamentação da decisão jurídica, ou seja, quando os “cânones de interpretação” não são suficientes para que do ordenamento decorra logicamente a decisão, sua fundamentação conterá elementos valorativos.

Isto porque, a doutrina já reconheceu que não é possível ao legislador prever toda situação fática possível de modo fechado e perfeito. Um “fetiche pela lei” (BARRETO, 2010, p. 01-18), tal como se verificou no positivismo exegético que conduz à injustiça na solução conferida a determinados casos e, frequentemente, ao impasse decorrente da ausência de previsão normativa expressa.

O seu objetivo não foi alcançar exatamente uma homogeneização de cada ordem jurídica fundamental, mas sim, o de descobrir as estruturas dogmáticas e revelar princípios e valores que se escondem atrás das codificações e da jurisprudência.

Nesta busca para se entender o verdadeiro sentido das codificações e das manifestações jurisprudenciais, destaca-se interessante exigência do Tribunal Constitucional Federal Alemão que, mediante a Resolução de 14.02.1973, determinou que as decisões dos seus juízes deveriam basear-se em “argumentações racionais”.

Então, a questão foi saber o que é racional ou se a argumentação jurídica racional é algo que interessa não apenas aos juizes do referido Tribunal, mas também, a toda a comunidade jurídica e ao próprio cidadão.

Daí ALEXY, propor em sua obra em 1976, como deveria ser entendida a argumentação jurídica, como se efetua e com que alcance ela é possível. Também foi um marco para ALEXY (1993) a questão do novo caráter assumido pelos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, em virtude da positivação desses direitos nas constituições modernas, com vigência imediata e, acima de tudo, o amplo controle feito por meio do Tribunal Constitucional Federal alemão.

Vale destacar que a definição de direito de ALEXY (1994, p.58) se assemelha a uma mistura do normativismo de Hans Kelsen com o jusnaturalismo de Gustav Radbruch: *La forma radbruchiana adopta evaluación que básicamente confiere prioridad a la seguridad jurídica y solo en caos extremos invierte esta jerarquía.*

ALEXY (1993) “aperfeiçoa” a construção teórica elaborada por Ronald Dworkin, que iniciou uma grande discussão jurídica: para cada caso jurídico, há uma única resposta correta?

A tese de Dworkin contrapõe-se ao sistema de regras positivas de Kelsen e Hart em que o sistema jurídico é composto por regras, regras válidas e/ou eficazes. Se diante da vagueza da linguagem da norma e diante de casos não regulados por leis positivas, neste espaço vazio, não cabe ao juiz agir de forma subjetiva, levando em consideração a utilização de métodos.

Não há dúvidas de que o Estado de Direito deve garantir o máximo de certeza jurídica (AARNIO, 1990, p. 25) e que tal certeza deve sempre ser exercida por meio da argumentação jurídica, ao justificar os Tribunais suas decisões.

Para AARNIO (1990, p.32), não cabe comentar sobre a única resposta correta, mas sim sobre a resposta melhor justificada. A tentativa de se tentar provar que uma das repostas disponíveis é a correta poderia conduzir a um regresso argumentativo infinito, condenando-a, necessariamente ao fracasso.

Inquestionável que há necessidade do juízo de ponderação estar calcado em parâmetros de racionalidade, pressuposto básico para a sua legitimação, considerando a realidade principiológica que está voltada para as próprias questões a serem ponderadas.

Nesse contexto, cumpre destacar a contribuição de ALEXY (2001) para a argumentação jurídica, ao se apropriar da tese de Dworkin quanto a análise do Direito, como por exemplo, a rejeição da idéia positivista de que, nos casos difíceis, o suposto vazio do sistema jurídico seria preenchido por critérios discricionários extrajurídicos a bom prazer da ação do legislador.

ALEXY (1993) também se preocupa com a seara dos princípios que coexistem no mundo jurídico com as regras, afastando-se da concepção *dworkiana* em alguns pontos, principalmente no que diz respeito a “única resposta correta”, desenvolvendo uma descrição estrutural do próprio Direito, classificando as normas jurídicas como regras ou princípios.

Desta forma, a busca pela resposta correta seria dada não somente por regras, mas também por princípios – corroborando os esforços de ALEXY (1993) na elaboração de uma “*teoria dos direitos fundamentais*” que pudesse servir de critério de orientação e fiscalização da racionalidade das decisões jurídicas - podendo, desta forma, se contrapor aos argumentos positivistas.

Como pode-se notar, o cerne da teoria *dworkiana* esta calcada na premissa de que o Direito é muito mais do que a totalidade de regras legisladas, sendo também presente em sua composição, os princípios.

Defende que um princípio normativo e uma regra se assemelham, dado que ambos estabelecem obrigações jurídicas. Entretanto, tais figuras se distanciam quanto ao aspecto do tipo de diretiva que apresentam.

As regras se aplicam segundo o modo do “tudo ou nada” (“*all or nothing*”), presentes os pressupostos de fato previstos, então ou a regra é válida, e a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão; podem conter exceções, casos em que devem ser arroladas da forma mais completa, sob pena de ser inexata (DWORKIN, 1978, p. 24).

Por outro lado, outro mecanismo de funcionamento é observado nos princípios, já que apresentam uma característica que as regras não possuem – a dimensão de peso ou importância (*dimension of weight or importance*), assinalando BOBBIO (1993, p.181) no mesmo sentido que:

Os princípios gerais são normas a meu ver normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais, o nome de princípios induz em engano, tanto que a velha questão entre juristas se os princípios são ou não normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as demais.

Os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo Constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais do ordenamento (BARROSO, 2003, p. 226). E nesse sentido também entram em cena os postulados normativos (ÁVILA, 2011, p. 194) - para ALEXY(2001), “metaregras” - que são normas metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras imediatamente a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios. Segundo o autor alguns postulados aplicam-se sem pressupor a existência de elementos e de critérios específicos e de outros depende de determinadas condições, como, por exemplo, o postulado da igualdade, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Em contrapartida, pode-se dizer que ALEXY (2001), ao analisar as normas jurídicas, as situa como regras e princípios, focando seu trabalho em tentar explicar a maneira pela qual as normas se aplicam em consonância com a racionalidade prática, que o Direito, ativo e dinâmico por si só exige – visando a legitimidade do processo jurídico.

Para tanto, elabora uma teoria da argumentação jurídica com o objetivo de orientar e fiscalizar a racionalidade do discurso jurídico (ALEXY, 2001, p. 26), considerando que a argumentação jurídica acontece em um contexto onde há uma série de condições limitadoras, devendo-se considerar “seu caráter de ligação com a lei, a consideração pelos precedentes, a inclusão da dogmática utilizada pela ciência do Direito, bem como (...) sua sujeição às limitações impostas pelas regras de ordem processual” (ALEXY, 2001, p. 27).

Na verdade, seu trabalho jaz na busca de uma teoria do discurso jurídico racional, partindo do princípio que a metodologia jurídica fundamental seria falha, visto que em grande número de casos, a afirmação normativa singular que expressa um julgamento envolvendo uma questão legal não é uma conclusão lógica derivada de formulações de normas pressupostamente válidas, tomadas junto com afirmações de fatos

comprovada ou pressupostamente verdadeiros (ALEXY, 2001, p. 17).

ALEXY(2001, p. 17) destrincha os fatores que seriam responsáveis por tal temática, isto é, fatores que impediriam que se pudesse esperar das normas positivadas inseridas em um dado ordenamento, a solução para os problemas a serem enfrentados, como se observa a seguir:

Para tanto há no mínimo quatro motivos: (1) a imprecisão da linguagem do Direito, (2) a possibilidade de conflitos entre as normas, (3) o fato de que é possível haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, que não cabem sob nenhuma norma válida existente, bem como (4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria textualmente um estatuto.

Sendo assim, se o discurso prático é lastreado por regras garantidoras de liberdade e igualdade entre seus participantes, por conseqüência, assume-se que o seu resultado também o seja, apresentando sua teoria de maneira procedimental, na medida em que estabelece um vínculo entre a correção da resposta e o procedimento adotado, visando, por último, fazer nascer a tão buscada racionalidade da deliberação.

Visto que há imperial necessidade de que os princípios sejam aplicados e satisfeitos no maior grau possível, as regras determinam algo dentro do que é possível no âmbito fático (real) e jurídico, apenas (ALEXY, 1993, p. 86).

Enquanto um princípio pode ser cumprido em maior ou menor grau, as regras podem apenas serem cumpridas ou não, e tal distinção é necessariamente observada quando da ocorrência de colisões entre princípios e conflitos entre regras, sendo imprescindível que se estabeleça, para se apreender as peculiaridades dos conflitos entre direitos fundamentais, conforme trecho abaixo transcrito (ALEXY, 1993, p. 87):

La distinción entre reglas y principios se muestra clarísimamente en las colisiones de principios y en los conflictos de reglas. Común a las colisiones de principios y a los conflictos de reglas es el hecho de que dos normas, aplicadas independientemente, conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorios. Se diferencian en la forma cómo se soluciona el conflicto.

O conflito entre regras é solucionado quando se introduz em uma delas uma “*cláusula de exceção*” que elimina o conflito, declarando-se inválida uma delas. Se tal solução não se vislumbra, no mínimo uma das regras deve ser declarada inválida e com isso eliminada do ordenamento jurídico, firmando entendimento de que ao contrário do que acontece com o conceito de validade social ou de importância de uma norma, a idéia incrustada no preceito de validade jurídica não é graduável, isto é, uma norma, vale ou não vale no ordenamento jurídico.

Sob outro enfoque, considera ALEXY (1993), que os princípios não estariam exatamente em contradição, mas em tensão, que deve ser resolvida com referência ao caso.

4. DA PONDERAÇÃO COMO MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO

Desta forma, considerando a eficácia jurídica dispensada aos princípios, a ponderação pode ser vislumbrada como a maneira pela qual os princípios são aplicados (PULIO, 1997, p. 86), firmando-se como uma técnica de decisão jurídica aplicável aos casos onde há a possibilidade de emprego de normas de mesma hierarquia, porém que indiquem soluções diferenciadas, objetivando alcançar harmonia entre os valores de modo que sejam estes ao máximo protegidos, “otimizando” (ÁVILA, 2004, 96) os valores em conflito, em uma verdadeira síntese dialética das normas conflitantes.

Consiste em um método que visa atribuir pesos a elementos que se entrelaçam sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento - não se conduzindo a decisões particulares, na medida em que, sobre a decisão de ponderação, sempre seria possível a formulação de uma regra.

Não é raro ver que boa parte dos estudos sobre ponderação acaba por tentar estruturar os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, sempre sob a luz dos princípios constitucionais fundamentais.

Entretanto, resguardada a devida vênia, a ponderação, como método de interpretação e aplicação do Direito em si é muito mais ampla, cabendo ao intérprete a responsabilidade de correlacioná-la com seus elementos intrínsecos, estruturando a sua aplicação com base em critérios materiais, sem a qual se tornaria instrumento pouco útil ao fim que se presta (ÁVILA, 2004, p. 28).

Com efeito, pode-se dizer que a ponderação é formada por três critérios representados pela *adequação*, *necessidade* e “*proporcionalidade em sentido estrito*” ou “*ponderação propriamente dita*”, servindo tais critérios para legitimar o ato judicial quando estiver em pauta conflitos e limitações de direitos fundamentais, não se confundindo com as fórmulas hermenêuticas tradicionais para a solução de conflitos.

Como já dito, a ponderação é o método utilizado para a solução de conflitos entre princípios, sendo também denominada, por alguns autores, por racionalidade, proporcionalidade ou interdição da arbitrariedade.

Independentemente das diversas acepções existentes no mundo atécnico da linguagem cotidiana, possivelmente a melhor acepção que mais se ajusta ao uso jurídico é aquela que faz referência a ação de considerar imparcialmente os aspectos contrapostos de uma dada questão, impondo-lhe equilíbrio (SANCHIS, 2007, p. 116).

5. DA COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS: ADEQUAÇÃO, NECESSIDADE E PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

Quando os princípios entram em colisão, um dos princípios deve ceder frente ao outro - o que não significa dizer que um deles será declarado inválido e banido do ordenamento jurídico

Não se introduz desta feita, a dita “*cláusula de exceção*”, mas sim, prima-se pela dimensão de peso de cada um deles, enquanto que no caso de conflito de regras, o que se deve considerar é a dimensão de validade (ALEXY, 1993, p. 89).

A hierarquização e predeterminação de princípios não se coadunam com a noção *alexiana* de sistema jurídico, que enxerga a ponderação como instrumento complementar de sua teoria, segundo uma hierarquia de valores que se constrói em cada conjunto de circunstâncias e valores a serem considerados em dado caso concreto.

E tais circunstâncias e valores carregadas no bojo do quão relevantes são para a implementação de uma decisão, segundo o próprio autor, “*jusfundamental*” (ALEXY, 1993, p. 152).

Desta forma, fica nítido que as relações de prioridade entre os princípios são relativas entre si e condicionadas pelas circunstâncias, utilizando uma estrutura da ponderação, expressa pelos subprincípios do princípio da proporcionalidade.

Com efeito, verifica-se que os princípios demandam a sua mais ampla realização do ponto de vista das possibilidades de fato, sendo tais possibilidades condicionantes da extensão com a qual um princípio pode produzir todos os seus efeitos.

Identificar a extensão dos efeitos de um princípio deve ser encarado como um verdadeiro exercício de racionalidade, onde a tentativa de se instrumentalizar a sua aplicação objetiva dar solução prática questões morais complexas, lastreando-se pela distinção entre racionalidade científica e racionalidade prática (GIANFORMAGGIO, 1993, p. 160). Tal exercício remete inevitavelmente aos primeiros dois testes que compõem o princípio da proporcionalidade – os subprincípios da adequação e da necessidade.

O subprincípio da adequação impute critério para se verificar a legitimidade da intervenção sobre um direito fundamental, reclamando que a razão que norteia essa intervenção seja satisfeita com a restrição que irá se operar sobre o princípio afetado.

Em outras palavras, se o meio que por ventura venha a ser utilizado, não se coadune com o fim exigido por um dado princípio e afeta as possibilidades de realização de outro princípio, tal meio deve ser considerado proibido, eis que frustra a tendência do segundo a máxima satisfação possível.

Uma análise mais apurada da adequação deve estar coadunada com o objetivo do ato que possa interferir sobre um direito fundamental, legitimando-se assim a interferência sobre o princípio e potencializando a legitimidade da meta que se tenta obter.

Não resta dúvidas que este subprincípio coloca o operador do Direito frente a frente com a realidade fática, isto é com as questões de fato – e tal postura se justifica pelo fato de apurar se o fim está de acordo com o saber aceito pela sociedade, sendo inepta a medida não aceita pelos conhecimentos fáticos existentes.

Seguindo neste enfoque, ALEXY (1993) chega ao subprincípio da necessidade, que é visto como elemento utilizado para restringir a escolha de meios adequados para a realização de um fim ligado a um dado princípio.

Em linhas gerais, a aplicação de tal subprincípio tem o condão de avaliar se as duas medidas cotejadas apresentam-se com a mesma idoneidade para a obtenção do fim almejado.

Objetiva-se, desta forma, apurar se ambas contribuem em igual monta para o objetivo, no que tange a torná-lo factível, ou provável – atendendo-o em uma mesma escala tal fim desejado com rapidez de resultado.

De fato, o controle da necessidade, na medida em que se preocupa com a eleição do melhor meio para uma finalidade, constitui aspecto que se relaciona com opção de oportunidade e conveniência, totalmente vinculada com questões relacionadas a separação dos poderes, eis que o controle judicial tende a se manter isolado em respeito aos outros atores envolvidos no jogo democrático.

Por outro lado, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se refere ao limite de satisfação das possibilidades jurídicas de um dado princípio, sendo considerado o mandamento da ponderação (ALEXY, 1993, p. 112).

5. DA ESTRUTURA DA PONDERAÇÃO: A LEI “ALEXYANA”

Através da máxima da proporcionalidade em sentido estrito pode-se concluir que os princípios são mandados de otimização com relação às possibilidades jurídicas, enquanto que as máximas da necessidade e da adequação, com relação as possibilidades fáticas.

Para melhor ilustrar a questão aqui debatida, cabe destacar entendimento de ALEXY (1993, p. 112) quando da colisão entre normas de direito fundamental e princípios, conforme abaixo transcrito:

Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. Para llegar a una decisión, es necesaria una ponderación en el sentido de la ley de colisión. Como la aplicación de principios válidos, cuando son aplicables, está ordenada y como para la aplicación en el caso de colisión se requiere una ponderación, el carácter de principio de las normas iusfundamentales implica que, cuando entran en colisión con principios opuestos, está ordenada una ponderación. Pero, esto significa que la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto es deducible del carácter de principio de las normas de derecho fundamental.

Lastreado neste entendimento, ALEXY (1993) enaltece a denominada “*Lei da Ponderação*”, demonstrando que o juízo de ponderação pode se subdividir em três etapas distintas, onde o primeiro estágio envolve estabelecer o grau de insatisfação (ou não satisfação) de um dos princípios envolvidos. Por consequência, esta etapa impulsiona ao segundo estágio, no qual a importância de satisfação ou cumprimento do princípio contrário é estabelecida.

E finalmente, no terceiro e último estágio da referida lei, dever ser verificada se a importância de satisfação do princípio contrário justifica o dano ou a insatisfação do outro, podendo-se, desta forma, formular-se um argumento que postule uma relação de prioridade entre o princípio submetido à intervenção e o princípio oposto – o princípio que se reconhecer maior peso terá transformada em definitiva a sua aplicação *prima facie* sobre o caso.

Determinar o grau desta intervenção foi uma preocupação constante, que idealizou uma fórmula de peso dos princípios em conflito para se equacionar tal problemática, conferindo mais racionalidade a decisão proferida (ALEXY, 2003, p. 437).

Partindo de uma escala triádica dos pesos, justifica-se as razões de interferência de um dado princípio em relação a outro, levando-se em consideração o grau de insatisfação (ou do inglês, “*non-satisfaction*”).

A partir da aplicação da uma escala de gradação que varia entre leve, média e grave, o princípio que prevalece na proporcionalidade em sentido estrito dependerá do quociente de importância da intervenção sobre o princípio contrário no caso concreto, levando-se em consideração o peso, tanto abstrato quanto concreto, do princípio que sofrerá a intervenção.

Os três graus do modelo triádico representam uma tentativa de sistematizar as classificações que podem ser encaradas na prática diária da argumentação jurídica.

Não tentou o doutrinador metrificar este esquema de escala, que utiliza a fórmula de pesos como meio para sua efetiva utilização, por reconhecer que a intensidade da interferência e os graus de importância não se coadunam com a metrificação numérica de uma escala qualquer, como as que são utilizadas nos campos das ciências exatas, assumindo a árdua tarefa de se aplicar os conceitos de “*leve*”, “*moderado*” e “*grave*” (ALEXY, 2003, p. 443).

Assume ainda que a gradação em leve, moderado e grave (“*light*”, “*moderate*” e “*serious*” - do inglês) é muito complexa e em alguns casos, a distinção entre “*leve*” e “*moderada*” pode se tornar impossível, recaindo sobre a natureza do texto constitucional os limites para a aplicação de tal gradação, conforme no texto abaixo transcrito (ALEXY, 2004, p. 444):

Graduation in terms of light, moderate or serious is often difficult enough as it is. In some cases one can just barely distinguish light and serious, and in some cases even that seems impossible. Legal scales can thus only work with relatively crude divisions, and not, even that in all cases. In the end, it is the nature of the constitutional law which sets limits to the fineness of graduation and altogether excludes the applicability of any infinitesimal scale (Alexy, 2002b, 25f). Calculable measurements by way of continuum of points between 0 and 1 cannot apply. Nevertheless, what is possible is an illustration of the structure underlying the triadic model with the help of numbers. Against this background, it is possible to create a formula which expresses the weight of a principle under the circumstance of the case to be decided, in short, its concrete weight (...)

Através da “fórmula de peso”, o intérprete da norma constitucional poderia alcançar o peso concreto de um princípio, chegando a conclusão que tal peso é simplesmente relativo, já que o referido peso concreto apenas poderia ser, na visão do autor, definido através de um modelo numérico, que representa a própria estrutura da ponderação.

Esta estrutura exige detalhamento criterioso do raciocínio do julgador para resolver cada questão complexa, tornando límpida a decisão ao expô-la mais facilmente ao confronto crítico.

A fórmula de peso permite que a medida de racionalidade seja apurada, bem como a satisfação das condições de argumentação prática racional e a adequação dos termos tomados em conta no processo de tomada de decisão.

O resultado das ponderações que se realizam em um dado caso concreto se lastreia por uma regra, aplicável a casos futuros análogos, em que os mesmos princípios possam vir novamente a se confrontar em circunstâncias básicas (ALEXY, 1993, p. 94) semelhantes.

Desta forma, ALEXY (1993, p. 94) afirma proteger o requisito de legitimidade da universalidade, segundo critérios que antecedem à teoria da argumentação, prestigiando de igual maneira, o valor da segurança jurídica, atendendo a exigências de coerência – fator indispensável a todo sistema minimamente racional.

O modelo prescrito por este doutrinador preconiza que a ponderação realizada num caso produz, pragmaticamente, uma relação de prioridade condicionada, não se prestando a uma solução normativa para todos os demais em que os princípios considerados entrarem em rota de colisão, adotando um compromisso equilibrado entre os valores de certeza do direito, da racionalidade argumentativa e da eficiência das prestações jurídicas.

Com efeito, com base nestas premissas, o juiz não precisaria levar em consideração todas as circunstâncias que pudessem estar relacionadas com os princípios em atrito, restringindo-se àquelas relevantes para a solução do caso em apreço, voltando-se a ponderação ao caso concreto, embora tenha estreita correlação com outros tantos casos de matizes semelhantes.

Desta forma, as condições de prioridade estabelecidas em um dado sistema jurídico e as regras que a estão atreladas proporcionam a informação necessária para se definir o peso relativo dos princípios – o que confere certa ordenação aos princípios, permitindo uma distribuição de ônus argumentativo.

Mesmo que o intérprete se depare com circunstâncias não exatamente iguais à daquele caso, as condições de prioridade que as regras de ponderação propiciam oferecem uma gama de possibilidades que não estaria disponível sem sua aplicação.

6. O MOVIMENTO NEOCONSTITUCIONALISTA E A BUSCA PELA JUSTIÇA

O primeiro pós-guerra marcou uma profunda alteração na concepção do constitucionalismo liberal, pois com isso, as Constituições de sintéticas passam a ser classificadas como analíticas, consagrando os chamados direitos econômicos e sociais. A democracia liberal-econômica dá lugar à democracia social, mediante a intervenção do Estado na ordem econômica e social, sendo exemplos desse fenômeno as famosas Constituições do México (1917), a de Weimar (1919) e, no Brasil (1934). Seguindo a história, as Constituições do segundo pós-guerra (1939-1945) prosseguiram na linha das anteriores, trazendo a chamada terceira dimensão de direitos fundamentais.

Embora se reconheça a existência de vários “constitucionalismos nacionais”, como, por exemplo, o inglês, o americano, o francês, preferimos adotar aqui a idéia de movimentos constitucionais (político-social objetivando limitar o poder político arbitrário), pois com isso nos permitimos desde já a avançar para o movimento doravante chamado neoconstitucionalista, não obstante essa nomenclatura não ser acolhida de forma universal na doutrina, sobretudo no que se refere aos países orientais. Em alguns países, como, na Itália (1947) e na Alemanha (1949) e, depois, em Portugal (1976) e na Espanha (1978), as constituições marcaram a ruptura com o autoritarismo, estabelecendo um compromisso com a paz, sobretudo, no que se refere ao desenvolvimento e respeito aos direitos humanos.

No Brasil, o grande marco do neoconstitucionalismo foi a abertura democrática vivida em meados da década de 1980 e a elaboração da Constituição de 1988. A primazia do princípio da dignidade da pessoa humana, a qual deve ser protegida e promovida pelos Poderes Públicos e pela sociedade passou a ser elemento essencial desse movimento, bem como o enaltecimento da força normativa da constituição. Segundo CARBONELL (2010, p. 154) (...) *estas constituciones contien en amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco muy renovado de relaciones entre el Estado y losciudadanos, sobre todo por laprofundidad y el grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos.*

A idéia é não permitir que a Constituição deixe de ser um mero catálogo de competências, direitos e deveres, de recomendações políticas e morais, para se tornar um sistema capaz de buscar um efetivo Estado Democrático de Direito, pautando na relação existente entre o Estado e o cidadão, aqui por nós chamados de contribuinte.

Para SARMENTO (2009, p. 113) ao passo que o neoconstitucional envolve fenômenos como a força normativa dos princípios, a rejeição do formalismo, a reaproximação entre o Direito e a Moral e a judicialização da política, relata também que o paradigma suscita três questões: a judicialização excessiva; jurisprudência calçada em uma metodologia muito aberta e excesso na constitucionalização do direito.

A pesquisa sobre a efetiva aplicação do neoconstitucionalismo no Brasil e a busca por uma justiça social que ao nosso sentir, é corolário de uma justiça fiscal é instigante e desafiadora.

Para COELHO (2008, p. 127) esse “novo” constitucionalismo marca-se por alguns aspectos importantes, entre os quais: a) mais Constituição do que leis; b) mais juízes do que legisladores; c) mais princípios do que regras; d) mais ponderação do que subsunção; e) mais concretização do que interpretação.

Na visão de BARROSO (2005), são características do neoconstitucionalismo a redescoberta dos princípios jurídicos, (em especial a dignidade da pessoa humana), a expansão da jurisdição constitucional com ênfase no surgimento de tribunais constitucionais e o desenvolvimento de novos métodos e princípios na hermenêutica constitucional. É o que o autor chama de crise da efetividade e que para STRECK (1999) decorre da chamada “crise do Estado de Direito”.

Há que se destacar, porém, a distinção entre o ideal e o real, ou seja, a existência de uma real distância entre o plano do “ser” e do “dever ser”, valendo-se da expressão de HABERMAS (1997, p. 83) - a “impotência do dever ser”. Poderíamos materializar tal afirmativa, com alguns dados que, sem dúvida causam, no mínimo, espanto a qualquer cidadão. Durante mais de 20 anos da Constituição da República de 1988 foram editadas mais de 4,15 milhões de normas, entre as quais mais de 249 mil de natureza tributária, com 13 reformas constitucionais. Significa dizer, a título de exemplo, que sob o ponto de vista tributário as empresas devem cumprir aproximadamente 3.422 normas provocando entre elas um índice de “mortalidade” de aproximadamente dois anos.

Trazendo a colação o estudo feito por NASCIMENTO (2004, p. 140) sobre o abuso do poder de legislar, na medida em que a Constituição é vista como norma jurídica e como importante fonte de integração política e social, flui natural a necessidade de assegurar sua aplicação, a necessidade de métodos jurídicos de defesa da sua integridade. Fazendo uma analogia ao a esse entendimento, verificamos também, um

abuso ao poder de tributar que é maximizado pelo nosso sistema federativo em que 11,5% dessas normas citadas são federais, 33,5% são estaduais e, 55% são municipais. Assim, nos valendo novamente da afirmativa do autor, os atos de Estado, qualquer que seja a sua natureza (administrativos, jurisdicionais ou mesmo legislativos), quando afetam os interesses ou posições constitucionalmente garantidas, não podem ficar imunes a controle de constitucionalidade.

Aliás, ALBUQUERQUE (2010) observa que já em seu preâmbulo a Carta Política afirma instituir um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a igualdade, o bem estar e a justiça, dentre outros, como valores supremos de uma sociedade fraterna.

CANOTILHO (apud BIGOLIN, 2004) submete a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais à reserva do possível. Para ele, a realização destes direitos estaria sempre condicionada aos recursos despendidos com intuito de alcançar este efeito. Nessa visão, a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada como um verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais.

A jurisprudência alemã posiciona-se no mesmo sentido ao admitir que os serviços públicos que dependam de prestações materiais do Estado estão sujeitos à condição de disponibilidade dos respectivos recursos. As políticas públicas não são seletivas, mas sim disjuntivas (LEAL, 2009). Os recursos são finitos enquanto que as demandas são infinitas.

O problema é de ordem epistemológica e filosófica adequada ao conceito e efetividade dos direitos fundamentais, ou seja, em que consiste esse direito e aí sim analisar a interferência e a efetividade desses direitos nas políticas públicas.

O reconhecimento da força normativa da Constituição, ou seja, da normatividade dos princípios nela contidos e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo, tendo em ALEXY (1993) (embora bastante criticado) seu principal alicerce.

Princípios diferem das regras, pois não são comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios e, por tanto, no caso concreto (de colisão) devem ser ponderados, ao contrário das regras que no caso concreto (de conflito), devem ser consideradas válidas ou inválidas.

A definição do conteúdo de princípios (ou para alguns postulados) como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, proporcionalidade em sentido estrito, solidariedade, também transfere para o intérprete e aplicador uma dose importante de discricionariedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desta forma, considerando que o Direito, como ciência humana se viu forçado a se adaptar a dinâmica sócio-econômica atual, a ponderação passou a ocupar espaço de destaque na interpretação dos ditames constitucionais.

Levando em consideração que a Constituição possui normas e regramentos, que admitem a satisfação em diferentes e sucessivos graus, cabe ao intérprete utilizar-se de ferramentas que o levem a extrair da letra fria da norma a solução mais racional e adequada para cada caso, não se subsumindo as limitações de um singelo raciocínio silogístico.

O positivismo se mostrou inadequado para suprir as demandas e necessidades da complexa e plural sociedade hodierna, visto mesmo tendo o intérprete positivista os melhores esforços interpretativos de tal escola, a impossibilidade de se fixar um sentido único para o direito a ser aplicado é flagrante. Neste aspecto, representado por um demasiado subjetivismo, ganhou força a noção de que os princípios agregaram valores morais através da necessária vinculação entre direito e ética – desconhecida pelo positivismo clássico.

Sendo assim, a solução dos “*hard cases*” passa a ser dada no bojo do próprio direito, que agora passa a ser focado em ditames éticos e morais, ausentes no contexto histórico-acadêmico anterior. Como consequência, a discricionariedade forte perde espaço devido ao esvaziamento de sua própria justificativa, atribuindo ênfase moral a visão dos princípios na solução dos problemas jurídicos, impulsionando o julgador a fundamentar a sua deliberação, tanto nos conceitos da doutrina e da jurisprudência que devem ser recuperados e vivificados, como também nas estruturas das instituições e nas posturas axiológicas da comunidade a qual se encontra inserido - enxergando a ciência jurídica como integridade, marcada pela perspectiva de coerência e, obviamente, sustentado por valores morais, que jamais devem ser negligenciados.

Durante o decorrer deste estudo, tentou-se demonstrar que o raciocínio jurídico não deve estar dissociado de uma pretensão de correção, mas sim se apresentar coadunado com os postulados de uma moral discursiva livre de constrangimentos estranhos à busca da melhor razão, inserida no âmago dos marcos pragmáticos que particularizam o próprio Direito (BRANCO, 2009, p. 205).

O uso da ponderação se justifica nessa nova realidade social a qual nos encontramos inseridos, por desprestigiar os fatores irracionais do discurso jurídico, já que o jurista, sob o manto da proporcionalidade, haverá de ponderar os princípios colidentes, para que, sem ignorá-los do ordenamento, possa distinguir aquele que ostenta maior peso no empenho de concatenar uma solução passível de ser tomada como racional e justa.

Tal atividade por si só, leva o intérprete a um universo amplo e vasto no que tange a jurisdição constitucional, proporcionando o aprimoramento da dogmática *jusfundamental*, contribuindo, por derradeiro na elevação do coeficiente de racionalidade das decisões, o que propicia indubitavelmente mais legitimidade a todo o processo decisório.

Por fim, é oportuno destacar que, corroborando do entendimento de STRECK (2009, p. 01) que:

Em tempos de enfrentamento entre neoconstitucionalismo, positivismo (e os vários positivismos) e tudo o que isso representa para uma sociedade dispar e carente de realização de direitos como a brasileira, é de fundamental importância discutir o problema metodológico representado pela tríplice questão que movimenta a teoria jurídica contemporânea em tempos de pós-positivismo: como se interpreta, como se aplica e se é possível alcançar condições interpretativas capazes de garantir uma resposta correta (constitucionalmente adequada), diante da (in)determinabilidade do direito e da crise de efetividade da Constituição (...)

Assim, o pós-positivismo deve ser entendido como uma superação do positivismo e não uma complementação deste e, é nesse sentido, que o autor entende que a teoria da argumentação de ALEXY (2001) não teria superado o paradigma epistemológico da filosofia da consciência. Isto porque, sem superar o esquema sujeito-objeto, não está superada a dedução, pois segundo a teoria da argumentação jurídica, os princípios devem ser hierarquizados axiologicamente, mas o problema é saber como seria feita essa “escolha”, daí o autor apontar o calcanhar de Aquiles, não só da teoria de ALEXY (1993), como também, de todas as teorias argumentativas, que seria o deslocamento da hierarquização ponderativa em favor da subjetividade, o que por sua vez se incompatibiliza com a circularidade hermenêutica, uma vez que o círculo atravessa o esquema sujeito-objeto.

Diz STRECK (2009) que é “através dele que se dá a antecipação de sentido, impedindo qualquer interpretação em etapas”. É nessa linha que o autor propôs a Crítica Hermenêutica do Direito ou a Nova Crítica do Direito tendo como base teórica a filosofia hermenêutica de HEIDEGGER (2008, p. 551) e a hermenêutica filosófica de GADAMER (2008, p. 459).

A tese desenvolvida pelo autor deve ser entendida como o processo de desconstrução da metafísica vigente no pensamento dogmático do direito, ou seja, a metafísica que na modernidade recebeu o nome de teoria do conhecimento ou filosofia da consciência, fez com que se esquecesse justamente a diferença que separa ser e ente. Dito de outro modo, enquanto a dogmática jurídica tenta explicar o direito, a partir da idéia de que o ser é um ente, a partir dessa análise hermenêutica proposta pelo autor, pretendendo mostrar que há uma clivagem entre nós e o mundo, porque nunca atingimos o mundo dos objetos de maneira direta, mas, sim, sempre pelo discurso.

É através da hermenêutica que melhor se propicia as condições para encontrar respostas corretas no direito. O autor busca a aplicação e desenvolvimento de uma teoria da decisão efetiva, tendo como fundamento básico a análise de como se decide atualmente no campo do direito brasileiro, ou seja, tecendo análises críticas e muito bem fundamentadas sobre o que ele chama de decisionismo solipsista para indicar as decisões proferidas por aqueles julgadores que acreditam que suas concepções são corretas, aceitáveis e válidas, que muitas vezes são contrários à lei, ou simplesmente contrários ao senso de justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARNIO, Aulis. *La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*. Doxa, v.8. 1990.

ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*. Ratio Juris. Vol. 16. N°.4., Blackwell Publishing, 2003.

_____. *Balancing, constitutional review and representation*. Oxford University Press and New York University School of Law 2005, I-CON, Volume 3, Number 4, 2005, pp. 572–581

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo. Ed. Landy, 2001.

-
- ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. São Paulo. Ed. Saraiva, 2004.
- _____. **Teoria do princípios jurídicos. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros. 2011.
- _____. **Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª Ed. 08/2005. Malheiros Editores Ltda.
- _____. **El concepto y la validez Del Derecho**. Trad. De Jorge Sena. Espanha, Barcelona: Gedisa, 1994.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional**. In BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARRETO, Vicente. **O Fetiche dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 6ª Ed. Editora Saraiva, 2004.
- _____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 1º edição São Paulo: Renovar.
- _____. **Temas de Direito Constitucional – Tomo III**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.
- BIGOLIN, Giovani. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais**. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 01, jun. 2004. Disponível em www.revistadedoutrina.trf4.jus.br. Acesso em: 14/05/10.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria generale del diritto, Teoria dell'ordinamento giuridico (parte seconda)**, 2a ed., G. Giappichelli, Turim, 1993.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de Ponderação na jurisdição constitucional**. Ed. Saraiva. 2009.
- CARBONELL, Miguel e JARAMILLO, Leonardo Garcia. **El Canon neoconstitucional**. Madri: Editora Trota. 2010. Obra coletiva no artigo *El neoconstitucionalismo: Significado y niveles de análisis*
- COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 127.
- DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge. Mass. Harvard University Press, 1978
- FIGUEROA, Alfonso García: **Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principalista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy**, *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, , 1998.
- GARCIA, Emerson: **Conflito entre Normas Constitucionais: Esboço de uma Teoria Geral**. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes. 2008
- GIANFORMAGGIO, Leticia: **La Noción de Procedimiento em la Teoría de La Argumentación Jurídica**, Trad. de Juan Ruiz Manero. DOXA-14 (1993), p.160
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Vol. I e II.
- HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes. 2008.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e Possibilidades eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais. Os desafios do Poder Judiciário no Brasil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

MELO, José Eduardo Soares de. **Integração e Interpretação da Legislação Tributária.** In SILVA, Ives Gandra da Silva, coordenador. Curso de Direito Tributário. 8ª Edição – São Paulo: Saraiva, 2001.

NASCIMENTO, Rogério Jose Bento Soares do. **Abuso do Poder de Legislar. Controle Judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PULIDO, Carlos Bernal. **Estructura y Límites de La Ponderación.** Universidad Externado de Colombia. Bogotá. DOXA26. 2003.

SANCHIS, Luis Pietro. **El juicio de Ponderación Constitucional.** In: CARBONELL, Miguel (Coord.), El Principio de Proporcionalidad en el Estado Constitucional. Universidad Externado de Colombia, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Legitimidade da execução orçamentária: direitos sociais e controle pelo Poder Judiciário.** Disponível em: www.anpr.org.br. Acesso em: 02/05/10.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da Construção do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999.

_____. **Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Recebido em 30.11.2011
Aprovado em 13.04.2012