

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO: A POSSIBILIDADE DE AVALIAR
RACIONALMENTE UMA DECISÃO JUDICIAL DE CONTROLE
CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE ABSTRATIVIZADA**

FABIANO HARTMANN PEIXOTO

Itajaí/SC, 09 de julho de 2.010

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO: A POSSIBILIDADE DE AVALIAR
RACIONALMENTE UMA DECISÃO JUDICIAL DE CONTROLE
CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE ABSTRATIVIZADA**

FABIANO HARTMANN PEIXOTO

Dissertação submetida ao Programa de
Mestrado em Ciência Jurídica da
Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à
obtenção do Título de Mestre em
Ciência Jurídica.

Orientadora: Professora Doutora Claudia Rosane Roesler

Itajaí/SC, 09 de julho de 2.010

AGRADECIMENTO

Aos **Professores do Programa de Mestrado em
Ciência Jurídica da Univali**, pela gentileza,
dedicação e incentivo.

Aos **Funcionários do Curso de Pós-graduação
Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali**,
pela competência e disponibilidade.

Ao **Professor Doutor Paulo Márcio Cruz**,
Coordenador do Curso de Pós-graduação Stricto
Sensu em Ciência Jurídica da Univali, pela
prestatividade e incentivo no momento mais difícil.

Aos **Colegas do Mestrado**, em especial aos da
Turma 2008.2, pelo companheirismo e amizade.

À **Professora Doutora Claudia Rosane Roesler**,
minha Orientadora, não bastaria um
agradecimento especial. Presente, desde os
primeiros momentos do Mestrado, com idéias,
ensinamentos, textos e livros. Competente nas
Disciplinas ao longo do Mestrado. Atenciosa,
cuidadosa e comprometida ao longo de todo o
processo de orientação. Espero, Professora
Claudia, que cada contribuição que eu possa
fazer à Academia e ao Direito, daqui para frente,
seja uma parcela de agradecimento ao exemplo
que tenho em minha Orientadora.

Não poderia deixar de agradecer às pessoas que
contribuíram para que eu pudesse continuar
estudando e graduar-me em Direito: meus
padrinhos Maria do Rocio e Eugênio, minha tia
Ivone e minha irmã Roxana.

Aos contribuintes que financiaram uma Bolsa
PROCAD/CAPES, auxiliando-me no Mestrado.

DEDICATÓRIA

Aos meus três amores:

Leoni, Mãe, protetora, cuidadosa, inteligente, inabalável. Sua força me ensinou a superar as dificuldades da vida.

Noé, Pai, querido, sua memória me faz buscar ser mais correto, amável, dedicado, como sempre foi comigo.

Debora, você se lembra desta história..... (que continua incompleta) de duas pessoas, que seguem escrevendo a vida um do outro, juntos nos momentos alegres, companheiros nos difíceis, na saudade, na lembrança, na vontade de dar um abraço e beijos? Contigo, continuo, como antes, como uma criança brincando ser “ser feliz”.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí/SC, 09 de julho de 2.010

Fabiano Hartmann Peixoto

Mestrando

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
STF	Supremo Tribunal Federal
HC	<i>Habbeas Corpus</i>

SUMÁRIO

RESUMO.....	VIII
ABSTRACT.....	IX
INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1.....	14
DO PARADIGMA POSITIVISTA AO PARADIGMA PÓS POSITIVISTA E A AMPLIAÇÃO DO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO	14
1.1 A identificação de elementos do positivismo jurídico.....	15
1.2 O processo de constitucionalização do Direito: da insuficiência das respostas positivistas ao neoconstitucionalismo.....	22
1.3 Uma comparação entre os marcos do positivismo e do pós- positivismo.....	34
1.4 As divergências procedimentalistas e substancialistas e a constatação da ampliação do papel do Poder Judiciário e da judicialização como fenômeno.....	38
CAPÍTULO 2.....	47
A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL	47
2.1 Constitucionalismo moderno e controle de constitucionalidade.....	48
2.2 Das formas de controle de constitucionalidade.....	60
2.3 O incremento do controle de constitucionalidade no Brasil e a abstrativização dos efeitos do controle concreto de constitucionalidade.....	71
CAPÍTULO 3.....	80
A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ALEXY E A POSSIBILIDADE DE AVALIAÇÃO DA RACIONALIDADE DE UMA DECISÃO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCRETO ABSTRATIVIZADA....	80
3.1 A decisão de controle de constitucionalidade concreto abstrativizada.....	81
3.2 Um estudo sobre a teoria da argumentação jurídica de Alexy.....	87

3.3 A possibilidade de avaliação da racionalidade dos fundamentos trazidos na decisão de controle de constitucionalidade.....	112
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	123
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....	127

RESUMO

Esta dissertação tem como objetivo verificar a possibilidade de se avaliar a racionalidade de uma decisão judicial. Para tanto, busca-se a compreensão das alterações paradigmáticas do positivismo para o pós positivismo. A partir do entendimento de elementos diferenciadores entre os dois marcos teóricos procura-se identificar que teóricos do Direito, ainda que com visões distintas, permitem a constatação de que a judicialização do Direito é um fenômeno. Como uma das consequências dessa constatação, as decisões judiciais produzidas sob este novo marco deveriam ser submetidas a uma forma de avaliação racional, permitindo-se o afastamento da casuística irracional. Para a verificação, por suas características marcantes do pós positivismo e da judicialização, foi eleita decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro de controle concreto de constitucionalidade, cujos efeitos foram abstrativizados. Apresentada a decisão foi utilizada a teoria da Argumentação Jurídica de Alexy como teoria de base para análise de sua racionalidade. Assim, através do método indutivo foi possível afirmar ser possível a verificação da racionalidade de uma decisão judicial. A avaliação realizada permite o entendimento que a ampliação e centralidade do papel do Poder Judiciário decorrentes da demanda interpretativa do Direito podem ser encaminhadas não como um espaço para o ativismo arbitrário, mas como oportunidade para construção de modelos racionais estruturados para enfrentar a complexidade das demandas jurídicas.

RIASSUNTO

Questo lavoro si propone di indagare la possibilità di valutare la razionalità di una decisione giudiziaria. A tal fine, si cerca di comprendere i cambiamenti paradigmatici dal positivismo al postpositivismo. Partendo dalla comprensione degli elementi di differenziazione tra i due quadri teorici si cerca di identificare che i teorici del Diritto, nonostante le distinte visioni, ci permettono di constatare che la giudizializzazione del Diritto è un fenomeno. Come una delle conseguenze di questa constatazione, le decisioni giudiziarie prodotte a partire dal nuovo quadro teorico dovrebbero essere sottomesse ad una qualche forma di valutazione razionale, permettendo quindi l'allontanamento della casistica irrazionale. Per la verifica, date le sue accentuate caratteristiche del postpositivismo e della giudizializzazione, è stata scelta decisione della Corte Suprema brasiliana di controllo concreto di costituzionalità, reso in astratto gli effetti. In seguito alla presentazione della decisione, è stata utilizzata la teoria dell'argomentazione giuridica di Alexy come teoria di base per l'analisi della razionalità. In questo modo, attraverso il metodo induttivo si è potuto affermare che esiste la possibilità di verificare la razionalità di una decisione giudiziaria. L'indagine realizzata consente di comprendere che l'espansione e la centralità del ruolo del Potere Giudiziario date dalle esigenze interpretative del Diritto non possono essere trattate come spazio di attivismo arbitrario, ma piuttosto come opportunità verso la costruzione di modelli razionali adatti ad affrontare la complessità delle questioni legali.

INTRODUÇÃO

O estudo relatado nesta Dissertação tem como objetivo institucional a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Univali.

Esta dissertação foi desenvolvida dentro da linha de pesquisa de Principiologia, Constitucionalismo e Produção do Direito, na área de concentração Fundamentos do Direito Positivo e tem como objetivo científico verificar, sob o marco do neoconstitucionalismo e com enfoque na teoria da argumentação jurídica de Alexy, a possibilidade de se avaliar racionalmente as decisões judiciais.

Os objetivos específicos deste trabalho serão o de constatar, sob o paradigma neoconstitucionalista, a judicialização do Direito como um fenômeno; o de compreender a abstrativização dos efeitos do controle de concreto de constitucionalidade e o de verificar, a partir de uma decisão real proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e com base na Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy, a possibilidade concreta de se avaliar racionalmente uma decisão judicial.

Justifica-se o especial interesse pelo tema na medida que se pretende verificar, utilizando-se referenciais da Argumentação Jurídica, se a ampliação do papel do Judiciário não pode simplesmente caminhar para um judicialismo casuístico, ou se a decisão judicial, nestes marcos filosófico e teórico, pode seguir um modelo racional estruturado.

A escolha da referida decisão de controle de constitucionalidade abstrativizada se baseou justamente por permitir identificar a convergência do encaminhamento do STF dentro do marco do neoconstitucionalismo e do fenômeno da judicialização do Direito.

Assim estabeleceu-se o seguinte problema: é possível avaliar racionalmente as decisões judiciais tendo por base uma decisão judicial que abstrativizou os efeitos do controle concreto de constitucionalidade?

Diante do problema, elegeram-se as seguintes hipóteses:

a) Com base nas constatações feitas pelos eixos procedimentalista e substancialista a judicialização do Direito é um fenômeno.

b) O Legislador estampou para o controle concentrado de constitucionalidade efeitos *erga omnes* e vinculante. O Judiciário interpretou como Direito a abstrativização dos efeitos de decisões em controle concreto de constitucionalidade.

c) Através da Teoria da Argumentação de Alexy é possível avaliar racionalmente uma decisão judicial.

O trabalho que aqui se apresenta, divide-se em três Capítulos. Tal estrutura foi disposta com a finalidade de dar maior clareza e organização no desenvolvimento da investigação e possibilidade de compreensão dos temas estudados.

Principia-se, no Capítulo 1, buscando identificar elementos do positivismo jurídico que permitam uma comparação com o paradigma pós positivista. Neste Capítulo serão abordados também aspectos do atribuído esgotamento do modelo positivista, assim como o processo de constitucionalização do Direito, que se identifica com a reaproximação deste com o conceito de Justiça. Na sequência, o Capítulo apresentará elementos de divergência entre o eixo procedimentalista e o substancialista, que, contudo, apontam no sentido da constatação que a judicialização é um fenômeno.

No Capítulo 2, buscar-se-á, tendo em vista as destacadas características do constitucionalismo, que são a supremacia e a rigidez constitucionais, o estudo de aspectos do controle de constitucionalidade, iniciando com a abordagem de temas do constitucionalismo moderno e da origem do controle de constitucionalidade. Na continuidade do Capítulo, verificar-se-ão as

clássicas formas de controle de constitucionalidade e seus incrementos no Brasil. Tal estudo visou a compreensão da abstrativização dos efeitos do controle concreto de constitucionalidade, a qual permitirá um melhor encaminhamento na apresentação da decisão escolhida para se verificar a possibilidade de avaliação de sua racionalidade, já no último Capítulo.

No Capítulo 3 apresentar-se-á a decisão de controle concreto de constitucionalidade, eleita para a pesquisa, cujos efeitos foram abstrativizados e determinados vinculantes. A seguir, como arcabouço teórico, buscar-se-á um estudo sobre a Teoria da Argumentação de Robert Alexy. Com tais compreensões, poderão ser verificadas passagens da citada decisão, nas quais é possível a aplicação das regras e condições propostas por Alexy, que permitem a avaliação da racionalidade de tal decisão judicial.

A presente Dissertação se encerrará com as Considerações Finais, nas quais serão apresentados pontos conclusivos sobre os objetivos do presente estudo, abordados ao longo dos três Capítulos, os quais permitirão respostas afirmativas às hipóteses levantadas, seguidas da constatação, como estímulo à continuidade dos estudos, que é possível a construção de decisões judiciais estruturadas sobre regras, princípios e procedimentos com racionalidade, que permitem afastar a atividade jurisdicional do ativismo casuístico.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação¹ foi utilizado o Método Indutivo². Assim como, o Relatório dos Resultados, aqui expresso, é composto na base lógica Indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente³, da Categoria⁴, do Conceito Operacional⁵ e da Pesquisa

¹ “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido[...]. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007. p. 101.

² “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 104.

³ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 62.

Bibliográfica⁶. Assim como, foram utilizadas as regras de formatação de Trabalhos Acadêmicos, previstas para o Programa de Mestrado da UNIVALI.

Optou-se por inserir ao longo do texto e não na forma de rol as Categorias seguidas, tendo o cuidado de fazê-lo de forma destacada, para informar ao leitor, ao longo do texto, o Conceito Operacional que se pretende para os termos utilizados.

⁴ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 31.

⁵ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 45.

⁶ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 239.

CAPÍTULO 1

Do paradigma positivista ao paradigma pós positivista e a ampliação do papel do Poder Judiciário.

Ao longo do século XX, notadamente na fase pós-guerra, período em que se destacam diversas Constituições⁷, foi possível identificar através da formação de uma nova hermenêutica constitucional, do desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana, da normatividade de princípios, da produção e interpretação do Direito inspirados em uma Teoria de Justiça e da reaproximação entre o Direito e a Argumentação Jurídica; uma ampliação gradativa do papel do Poder Judiciário.

Os rumos de um novo impulso no processo de constitucionalização do Direito afloram pela percepção de exigir-se da Constituição uma supremacia efetiva, com a incorporação de temas até então afetos a outros direitos, indicando-se as opções e valores para suas construções a tal ponto e força que a Constituição passa a ser o vetor axiológico e fundamento de validade e interpretação de todas as construções normativas.

O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós positivismo, movimento de sublimação a superação histórica do puro jusnaturalismo e a insuficiência, na complexa modernidade, da proposta positivista para a Teoria do Direito.

Com esta transformação do Direito, reduzido anteriormente a um conjunto isolado, sistemático e hierarquizado de regras, as luzes se voltam ao Poder Judiciário, não como mero aplicador da objetividade jurídica, mas como

elemento central do processo de interpretação/construção de um direito justo. Estruturaram-se, assim, teorias reunidas sob um novo paradigma - pós positivista ou neoconstitucionalista⁸ que compreendem o Direito como uma realidade social complexa, com uma demanda justificativa e deliberativa, tornando definitivamente diferenciado o papel do Poder Judiciário.

1.1 A identificação de elementos do positivismo jurídico⁹

A estruturação do marco pós positivista ocorreu com a sublimação do positivismo jurídico. Para se permitir uma melhor compreensão das expressões pós positivismo e neoconstitucionalismo é importante, portanto, o

⁷ Tal período é marcado destacadamente pela Constituição italiana de 1947, Lei fundamental alemã de 1949, Constituição Portuguesa de 1976, Constituição Espanhola de 1978, Constituição da Republica Federativa do Brasil, CRFB de 1988.

⁸ Segundo Atienza, o tempo histórico do Direito Natural se encerrou a tempo, assim como o próprio positivismo jurídico, como consequência da constitucionalização do Direito. Neste sentido, defende o termo pós positivismo, pois o mesmo sugere a idéia de um processo e de uma fase posterior à do positivismo. Contudo, ressalva Atienza, alguns teóricos têm concepções de Direito que não receberiam a melhor denominação de pós-positivistas. Destacando Dworkin, Alexy e o próprio Atienza, afirma, tendo em vista o papel fundamental atribuído a Constituição, a validade material das normas legisladas, a importância dos tribunais constitucionais e o papel central do controle de constitucionalidade em suas concepções de Direito, que o melhor enquadramento destas teorias seria o constitucionalismo ou neoconstitucionalismo. In: ROESLER, Cláudia R.. Os Diversos Enfoques da Teoria Contemporânea do Direito e a Passagem para uma Teoria Constitucionalista do Direito. In: CRUZ, Paulo M.; ROESLER, Cláudia R. (Org.) **Direito e Argumentação no Pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 46-47.

E ainda: “Se for possível fazermos alguma generalização sobre o Direito e sobre o conhecimento jurídico contemporâneos, sem dúvida que a centralidade da Constituição no sistema jurídico dos Estados ocidentais é uma delas. Essa percepção faz, inclusive, que chamemos a teoria jurídica contemporânea de uma *teoria constitucionalista*, não porque ela tenha se transformado em uma teoria do Direito Constitucional, mas porque em suas reflexões a Constituição ocupa um lugar de grande importância. Há quem prefira, nesse sentido, substituir a expressão *pós-positivismo*, cunhada também há pouco para dar conta do novo perfil da teoria jurídica, pela já mencionada *teoria constitucionalista*.” In: ROESLER, Claudia R.. A Constituição na Teoria Constitucionalista do Direito: apontamentos a partir de Theodore Viehweg. In: CADEMARTORI, Daniela M. L. de; GARCIA, Marcos L. (Org.). **Reflexões sobre Política e Direito**: Homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold. Florianópolis: Conceito Editorial. 2008, p.95. *italico no original*.

⁹ Nesta passagem é importante frisar que não está dentre os objetivos da pesquisa a abordagem pormenorizada do positivismo jurídico, nas suas mais variadas formas e expressões, assim como, entende-se inapropriado uniformizar o pensamento de seus teóricos. Para o presente trabalho, buscou-se, então, identificar alguns elementos, concebidos por alguns de seus teóricos, que possibilitassem uma comparação mais marcante entre o positivismo jurídico e o pós positivismo, de modo a facilitar o entendimento sobre esse último, permitindo o prosseguimento do estudo na identificação dos contornos da judicialização da política e da possibilidade de um controle de racionalidade sobre uma decisão judicial.

estudo de alguns elementos marcantes do pensamento do positivismo jurídico, que permita o estabelecimento de uma comparação entre os dois marcos.

Nesta abordagem, Kelsen deve ser destacado, pois construiu seu pensamento com o firme propósito de elaborar uma teoria do direito que fosse independente dos particularismos da realidade de cada país.¹⁰¹¹

Kelsen buscou em sua Teoria (pura do Direito), uma maneira de realizar uma leitura jurídica sem a interferência de aspectos políticos, sociais, éticos, morais ou fatuais¹². Para tanto, estruturou seu pensamento jurídico através da norma. Nesse pensamento, o conceito fundamental de todo conhecimento jurídico seria a norma¹³, que se traduziria pela afirmação, a mais exata, de como uma conduta humana deveria ser¹⁴.

Tais condutas deveriam estar unicamente vinculadas a condições e conseqüências, através do que chamava “juízos hipotéticos”. Para Kelsen, as normas jurídicas e as relações criadas por estas normas com os juízos hipotéticos é que conceberiam o objeto específico do estudo.¹⁵

Para a Teoria Pura, cujo papel seria a determinação de métodos específicos e conceitos fundamentais, seria possível conceber ou

¹⁰ Nas palavras de kelsen: “Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto.” KELSEN, Hans. **Teoría Pura del Derecho**. Tradução para o português por João Baptista Machado. Martins Fontes. São Paulo. 2000. prefácio.

¹¹ Tal destaque também é afirmado por Sgarbi, que na sua obra Clássicos da Teoria do Direito, faz um estudo sobre diversas concepções do positivismo jurídico: John Austin, Hans Kelsen, Alf Ross e Herbert L. Hart. In: SGARBI, Adrian. **Clássicos da Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p.31.

¹² Segundo Kelsen: “La teoría pura del derecho quiere ser una *teoría general del derecho* de este tipo.” KELSEN, Hans. **Qué es la Teoría Pura del Derecho**. Tradução para o espanhol da obra Was ist die reine Rechtslehre?. Distribuciones Fontanamara, S.A., México, DF. 5ª edição. 1997.

¹³ A teoria pura do direito é uma teoria do que jurídica e positivamente deve ser, não do que naturalmente é. Seu objeto, segundo Kelsen são normas, não realidades naturais. KELSEN, Hans. **Qué es la Teoría Pura del Derecho**. 1997. p. 14.

¹⁴ “Como ordem social que estatui sanções, o Direito regula a conduta humana não apenas num sentido positivo – enquanto prescreve uma tal conduta ao ligar um ato de coerção, como sanção, à conduta oposta e, assim, proíbe esta conduta – mas também por uma forma negativa – na medida em que não liga um ato de coerção a determinada conduta, e assim, não proíbe esta conduta nem prescreve a conduta oposta. Uma conduta que não é juridicamente proibida é – neste sentido negativo – juridicamente permitida.” KELSEN, Hans. **Teoría Pura del Derecho**. 2000. p. 46.

¹⁵ KELSEN, Hans. **Qué es la Teoría Pura del Derecho**. 1997. p.9.

descrever qualquer tipo de Direito, não apenas e restritivamente determinado ordenamento ou determinadas normas jurídicas.^{16 17}

No estudo da norma, Kelsen teoriza que a vinculação entre condição e consequência se dá pelo que chama de “imputação”. Assim, para ele:

[...], a teoria pura do direito formula o esquema originário de uma proposição jurídica da seguinte maneira: se se comete um delito deve produzir-se uma consequência desse delito (sanção). A consequência do delito não é produzida pelo delito da mesma maneira que a dilatação do metal pelo calor, mas a consequência do delito é imputada ao delito.¹⁸

Desta forma, a Teoria pura do Direito busca mostrar que o princípio da imputação e não o da causalidade é o princípio orientador da interpretação do fenômeno normativo, sendo a ausência (causalidade) ou presença (imputação) de voluntariedade humana, o elemento diferenciador.¹⁹

Pode-se perceber justamente nesta construção a estruturação antagônica ao jusnaturalismo. Kelsen constrói sua crítica ao direito natural, por entender que esse está construído sobre uma voluntariedade divina, que geraria um sofisma, isto é, a teoria metafísica do direito crê encontrar na natureza uma manifestação da vontade divina, isto é, deduzir de um ser, um dever ser.^{20 21}

¹⁶ Ressalta-se que Bobbio, ao estabelecer critérios de distinção entre direito natural e direito positivo, permitiu a construção de características marcantes do positivismo. O direito positivo é regido pelo seu critério de particularidade, ou seja, pela sua distinção nos mais diversos lugares. O direito positivo é mutável, funda-se na *potestas populus*, é conhecido através da promulgação e estabelece, segundo critérios de utilidade uma ordem ou vedação. In: BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo. Ícone. 1995. p. 22-23.

¹⁷ KELSEN, Hans. **Qué es la Teoría Pura del Derecho**. 1997. p.8.

¹⁸ [...], la teoría pura del derecho formula el esquema originario de la proposición jurídica de la siguiente manera: si se comete un delito (Unrecht) debe producirse una consecuencia del delito (Unrechtsfolge) (sanción). La consecuencia del delito no es producida por el delito de la misma manera que la dilatación del metal por el calor, sino que la consecuencia del delito es imputada al delito. KELSEN, Hans. **Qué es la Teoría Pura del Derecho**. 1997. p.11. Tradução nossa.

¹⁹ KELSEN, Hans. **Qué es la Teoría Pura del Derecho**. 1997. p.11.

²⁰ Kelsen complementa sua visão distintiva quanto ao jusnaturalismo. Para ele: “El antagonismo entre la doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico, imperante en todo tiempo en la filosofía del derecho, es un caso especial del antagonismo más general, existente dentro de la filosofía, entre la especulación metafísica y el positivismo empírico-científico.” In: KELSEN, Hans. **Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho**. Tradução para o espanhol por Eduardo Vásquez, R Inés Ortiz, Jorge Bacqué, María Isabel Azaretto e Eugenio Bulygin. Distribuciones Fontanamara, S.A., México, DF. 5ª edição. 1995. p. 121. E ainda: “Porque la doctrina del derecho

Na sua construção positivista, Kelsen afirma que:

O positivismo jurídico como uma teoria científica do direito não pode pressupor em seu conhecimento e descrição do direito positivo a existência de uma fonte transcendente do direito, além de toda experiência humana possível.²²

Assim, a Teoria pura do Direito é uma teoria positivista do Direito, isto é, uma teoria do Direito real e não ideal, “[...] uma teoria da realidade jurídica.”²³

Na sua concepção de Direito, Kelsen identifica uma distinção central: a norma jurídica estabelecida por um modelo de autoridade jurídica reconhecida e uma proposição jurídica formulada pela Ciência do Direito. Enquanto a primeira é uma prescrição, indicando como os homens devem conduzir-se de maneira determinada, a segunda, uma descrição da norma, enunciando que os homens devem se conduzir de uma determinada forma, de acordo como uma norma jurídica de determinado ordenamento.²⁴

Desta construção decorre que uma norma prescritiva, não pode ser entendida como verdadeira ou falsa, mas sim válida ou inválida, segundo sua origem viciada ou não. Por outro lado, uma proposição jurídica, cujo papel da norma é descritivo, pode ser objeto de um juízo verdadeiro-falso.²⁵

natural es una *metafísica del derecho*, mientras que el positivismo jurídico sólo admite un saber del derecho cuyo objeto es el derecho *positivo*, esto es, el derecho creado mediante actos de voluntad de los hombres, mediante la legislación y la costumbre.” KELSEN, Hans. **Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho**. 1995. p. 121.

²¹ KELSEN, Hans. **Qué es la Teoría Pura del Derecho**. 1997. p.11-14.

²² El positivismo jurídico como una teoría científica del derecho no puede presuponer en su conocimiento y descripción del derecho positivo la existencia de una fuente transcendente del derecho, más allá de toda posible experiencia humana [...]. KELSEN, Hans. **Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho**. 1995. p. 131. Tradução nossa.

²³ “[...] una teoría de la realidad jurídica.” KELSEN, Hans. **Qué es la Teoría Pura del Derecho**. 1997. p.14. Tradução nossa.

²⁴ Destaca-se a passagem: “Una de las tesis esenciales de la Teoría Pura del Derecho es la distinción entre la norma jurídica establecida por la autoridad jurídica y la proposición jurídica formulada por la ciencia del derecho. La norma jurídica es una prescripción; en ella se prescribe que los hombres deben conducirse de una manera determinada. La proposición jurídica es una descripción, la descripción de una norma jurídica. En ella se enuncia que los hombres deben conducirse de una manera determinada de acuerdo con una norma contenida en un orden jurídico determinado.” In: KELSEN, Hans. **Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho**. 1995. p. 16.

²⁵ KELSEN, Hans. **Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho**. 1995. p. 16.

Este isolamento do aspecto de validade formal de uma norma no campo do Direito forçou uma relação de independência entre Direito e Justiça. Para Kelsen seria insustentável a possibilidade de um direito positivo justo, isto é, em conformidade com uma moral determinada, ou de um Direito positivo injusto, ao contrário, em oposição a uma moral positiva determinada. Tal abordagem exigiria, para a validade do Direito, um conceito de justo como valor absoluto, ou seja, uma norma de justiça que excluísse outra norma contrária. Assim, tal interrelação entre Direito e Justiça, sob o aspecto da norma jurídica, não seria sustentável.²⁶

Kelsen conclui que: “Se se admite a possibilidade de muitas normas de justiça distintas e possivelmente contraditórias entre si, o valor de justiça só pode ser relativo.”²⁷ Desta forma, o conjunto de normas certamente entraria em contradição com alguma norma de justiça. Um ordenamento positivo contraditório atingiria fatalmente os princípios de reconhecimento da legalidade e segurança jurídica.^{28 29}

Segundo Kelsen o valor de justiça não pode ser uma característica que distinga o Direito de outras ordens coercitivas, posto que

²⁶ KELSEN, Hans. **Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho**. 1995. p. 131.

²⁷ “Si se admite la posibilidad de muchas normas de justicia distintas y posiblemente contradictorias entre sí, el valor de la justicia solo puede ser relativo” KELSEN, Hans. **Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho**. 1995. p. 131. Tradução nossa.

²⁸ Levando-se em conta a relatividade das normas jurídicas, Kelsen afirma: “Por otro lado, todo orden jurídico positivo puede estar conforme con alguna de las muchas normas de justicia que constuyen valores meramente relativos sin que tal conformidad pueda ser considerada como fundamento de su validez.” KELSEN, Hans. **Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho**. 1995. p. 131.

²⁹ Neste ponto será possível perceber uma marcante alteração para o marco pós positivista, em que há aproximação entre Direito e Justiça. Destaca-se também a passagem da Teoria Pura do Direito sobre o alcance (ou falta de alcance do conceito de norma adotado): Para Kelsen, em determinadas situações em que por haver norma proibitiva para um sujeito e outra norma proibitiva para outro sujeito, o interesse destes dois sujeitos se conflitem e não sejam alcançados pelo ordenamento. Para Kelsen, “A ordem jurídica não pode, de forma alguma, procurar impedir todos os conflitos possíveis.” KELSEN, Hans. **Teoría Pura del Derecho**. 2000. p. 47. É a hipótese do vizinho que instala um ventilador no muro e o outro ergue uma parede. Ambos fazem condutas não proibidas pelo ordenamento. “A ordem jurídica pode limitar mais ou menos a liberdade do indivíduo enquanto lhe dirige prescrições mais ou menos numerosas.” KELSEN, Hans. **Teoría Pura del Derecho**. 2000. p. 48.

resulta do caráter relativo do juízo de valor segundo o qual uma ordem social é justa.³⁰

Desta forma, como critério de validade da norma, estrutura-se um sistema formal, que aflora no conceito base de reconhecimento expresso por Kelsen na norma fundamental. Para ele, “A norma fundamental é a resposta de uma doutrina positivista do direito à pergunta pelo fundamento de validade de uma ordem coercitiva positiva.”³¹

Tal norma:

[...] deve ser a conduta prescrita pela primeira constituição histórica de acordo com a qual é criado o ordenamento jurídico positivo. Esta norma, a norma fundamental, não é uma norma positiva, *posta* por um ato de vontade de uma autoridade jurídica, mas sim, uma norma *pressuposta* pelo pensamento jurídico.³²

Esta característica do Direito é acentuada neste marco. Segundo Figueroa, a teoria do Direito na tradição positivista, tratou de construir um conceito de Direito orientado fundamentalmente as suas propriedades formais³³.

Ainda é possível associar ao positivismo outros elementos característicos. Segundo Bobbio, o positivismo jurídico considera o Direito como um fato e não como um valor e seu estudo deve igualmente abster-se de formular juízos de valores. Disto decorre também considerar o Direito como aquilo que vige em determinada Sociedade, feito por normas, que por sua vez são feitas valer por meio da coerção.³⁴

³⁰ Kelsen, Hans. **Teoría Pura del Derecho**. 2000. p. 54.

³¹ “La norma fundamental es la respuesta de una doctrina positivista del derecho a la pregunta por el fundamento de validez de un orden coercitivo positivo, [...]. Kelsen, Hans. **Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho**. 1995. p. 132. Tradução nossa.

³² [...] debe ser la conducta prescrita por la primera constitución histórica de acuerdo a la cual es creado el orden jurídico positivo. Esta norma, la norma fundamental, no es una norma positiva, *puesta* (gesetzt) por un acto de voluntad de una autoridad jurídica, sino una norma *presupuesta* en el pensamiento jurídico. Kelsen, Hans. **Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho**. 1995. p. 133. Tradução nossa.

³³ Figueroa, Alfonso G. La Teoría del Derecho en tiempos de Constitucionalismo. In: Carbonell, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta. 2ª edição. 2005. p. 159.

³⁴ Bobbio, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. 1995. p. 131.

Assim, ao positivismo jurídico é atribuída a característica de entender o Direito dissociado de aspectos morais. O positivismo jurídico também considera a norma como um comando e ainda, um comando imperativo, organizado em um conjunto coerente, denominado ordenamento jurídico.³⁵

A interpretação do Direito, para o positivismo jurídico, é mecanicista, prevalecendo o elemento declarativo sobre qualquer forma de criação ou produção. Esta característica vai de pleno encontro à outra, traduzida pela chamada teoria da obediência, que se traduz na exigência de se obedecer a lei, enquanto tal, atendendo a máxima *gesetz ist gesetz*, isto é, lei é lei!³⁶

De uma forma geral, as construções baseadas eminentemente na expressão da vontade do Estado soberano; na norma pressuposta, com papel de reconhecimento do que eventualmente tenha um *pedigree* de Direito, divorciaram-se das demandas da Sociedade e seu politeísmo valorativo. A realidade contemporânea se mostrou mais complexa que a visão de Direito proposta pelo positivismo.³⁷

De acordo com Ferrajoli, por um lado o colapso da amplitude e capacidade reguladoras da lei e, por outro, uma quebra da unidade e coerência das fontes, dentro de um universo de ordenamentos concorrentes, levaram a uma crise do marco positivista.^{38 39 40}

³⁵ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. 1995. p. 132.

³⁶ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. 1995. p. 133.

³⁷ Sobre o tema: DUARTE, Elcio O. R. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy. 2006. p. 15-28.

³⁸ FERRAJOLI, Luigi Miguel. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. In CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Editorial Trotta. 2ª edição. 2005. Madrid, 1995. p. 20.

³⁹ Segundo Roesler, são características do paradigma liberal do Direito: uma hipertrofia legislativa, inclusive com sua produção fora do parlamento. Há uma variabilidade de normas, na tentativa desenfreada de acompanhar os mais diversificados aspectos da vida social, . Assim, a proliferação tumoral e instável torna perceptível a existência de problemas de coerência interna do ordenamento. In: ROESLER, Claudia R.. *A Constituição na Teoria Constitucionalista do Direito*: apontamentos a partir de Theodore Viehweg. In: CADEMARTORI, Daniela M. L. de; GARCIA, Marcos L. (Org.). **Reflexões sobre Política e Direito**. 2008, p.110.

⁴⁰ Segundo Figueroa, Não seria adequado entender o Direito apenas por suas propriedades formais. Segundo Figueroa: “Deberá hallarse algún vínculo del ser del Derecho con su deber ser.” E ainda: “Hoy en día, esta vinculación ha tenido lugar a partir de una transacción entre las esferas del Derecho y la moral en dos sentidos que suponen su paulatina integración en la más amplia categoría de la razón práctica.” In: FIGUEROA, ALFONSO G. **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 159-

Verificaram-se limitações afetas ao princípio da legalidade como norma de reconhecimento. Identificou-se um processo inflacionário de regras e, por consequência, uma disfunção da linguagem legal, fruto de um processo de desconcentração da atividade legislativa no Poder Legislativo, dando surgimento a um labirinto legislativo.⁴¹

Ao mesmo tempo, percebeu-se que a complexidade de relações demandantes de normatização não poderia ser regulada por normas de conteúdo unicamente fechado.^{42 43} Seria necessária uma nova ordem capaz de responder as demandas dos princípios constitucionais.

1.2 O processo de constitucionalização do Direito: da insuficiência das respostas positivistas ao neoconstitucionalismo⁴⁴.

Se, anteriormente, dentro do marco do positivismo jurídico puro, houve uma alteração paradigmática do Direito, enveredando ao princípio da legalidade como norma de reconhecimento do Direito positivo existente, uma outra alteração, não menos radical, ganhou impulso com o desenvolvimento de Constituições rígidas, hierarquicamente supra-ordenadas as leis, funcionando essas como normas de reconhecimento de sua validade.⁴⁵

Como mencionado, as transformações ocorridas pelo processo contínuo de constitucionalização dos ordenamentos e a busca das

160. Para o mesmo, o atual momento é de desconfiguração da contraposição entre jusnaturalismo e positivismo, que deságuam em uma nova concepção do fenômeno jurídico, direcionadas por um certo neorrealismo e um certo neojusnaturalismo, que convergem-se no processo de constitucionalização dos ordenamentos jurídicos. FIGUEROA, ALFONSO G. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005. p. 161.

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005. p. 20.

⁴² FERRAJOLI, Luigi Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005. p. 20.

⁴³ Segundo Atienza, normas fechadas são aquelas cujas razões de aplicação são peremptórias, ou seja, se se aplicam ao caso então funcionam como uma razão para realizar o estabelecido em seu conteúdo, sem depender de um processo deliberativo. In ROESLER, Cláudia R. Os Diversos Enfoques da Teoria Contemporânea do Direito e a Passagem para uma Teoria Constitucionalista do Direito. In: CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Cláudia R. **Direito e Argumentação no Pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007p. 44

⁴⁴ Reforçando que as expressões neoconstitucionalismo e pós-positivismo são entendidas como apresentado por Atienza: In: ROESLER, Cláudia R. **Direito e Argumentação no Pensamento de Manuel Atienza**. 2007, p. 43-84.

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005. p. 18.

respostas não fornecidas pelo positivismo jurídico (pela crise da legalidade como norma de reconhecimento), tornou o legicentrismo ultrapassado.⁴⁶

O constitucionalismo contemporâneo, por sua vez, tem muito de seu aperfeiçoamento, no período pós-guerra, creditado às duras lições provocadas, no campo jurídico, pela primazia do princípio da legalidade como norma de reconhecimento do Estado de Direito formal.^{47 48 49}

Desta forma, além das condições formais de validade, percebeu-se a necessidade de se impor uma coerência com os conteúdos estabelecidos nas Constituições. Desta maneira, Ferrajoli, já aponta para um caráter distintivo nesta fase de cicatrização e reconstituição do constitucionalismo:

[...] aqueles ordenamentos em que todos os poderes, incluindo o legislativo, estão vinculados ao respeito aos princípios substanciais, estabelecidos pelas normas constitucionais, como a divisão dos poderes e os direitos fundamentais.⁵⁰

De início, para compreensão do tema, Ferrajoli faz uma estruturação didática, segundo a vinculação formal ou formal e material corresponde a dois modelos normativos: Estado legal, ou como chamado por Ferrajoli⁵¹ de modelo “paleo-iuspositivista” de Estado legislativo de Direito⁵² e

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005. p. 20.

⁴⁷ A expressão Estado de Direito pode abarcar dois significados distintos. Um formal, designando um ordenamento cujos poderes públicos são conferidos por lei e cujo exercício também se dá de acordo com a lei. Um outro significado, substancial, significa que a sujeição dos poderes não se dá apenas quanto as formas, mas quanto ao conteúdo, numa vinculação aos princípios substanciais estabelecidos nas normas constitucionais. FERRAJOLI, Luigi Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005. p.13.

⁴⁸ “En sentido lato, débil o formal, ‘Estado de Derecho’ designa cualquier ordenamento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las *formas* y con los procedimientos legalmente establecidos.” FERRAJOLI, Luigi Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005. p.13.

⁴⁹ Segundo Figueroa, “[...] la constitucionalización de los sistemas jurídicos hace inviable el positivismo teórico”, isto é, a constitucionalização do ordenamento torna evidente a insuficiência do modelo de regras. FIGUEROA, ALFONSO G. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005. p. 171.

⁵⁰ “[...] aquellos ordenamientos en los que todos los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios substanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales. FERRAJOLI, Luigi Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005. p. 13. Tradução nossa.

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005. p. 14.

⁵² O Estado de Direito podia ser entendido como um mal necessário, mantido sob constante vigília para se evitar excessos. Segundo Roesler, “Sua legitimidade é geralmente explicada através da metáfora contratualista, aparecendo como fruto da vontade geral de todos os indivíduos, agora transformados em cidadãos pela sua voluntária submissão, orientada por um ponto de vista utilitarista e pragmático.” In: ROESLER, Claudia R.. **Reflexões sobre Política e Direito**. 2008, p.99.

Estado constitucional, chamado de “neo-iuspositivista” de Estado constitucional de Direito. O primeiro surgido com o nascimento do Estado moderno e o segundo, no século XX, com as constituições rígidas e com o controle de constitucionalidade.

Segundo Atienza⁵³, as concepções teóricas modernas não são puramente positivistas, mas sempre com agregados qualitativos, tais como positivistas críticos, axiológicos, inclusivos, neopositivistas ou pós positivistas.

Para Alexy, por sua vez, o Estado constitucional se caracteriza pela observância de seis princípios fundamentais: o princípio da dignidade humana, da liberdade, da igualdade, assim como os princípios relativos a estrutura e fins do Estado, de Direito, Democrático e Social.⁵⁴

Segundo Guastini, a constitucionalização do ordenamento pode ser entendida como um processo de transformação de um ordenamento, por uma ‘impregnação’ por normas constitucionais. Para tanto, o ordenamento jurídico constitucionalizado é marcado por uma Constituição invasora, intrometida, no sentido de condicionar a legislação e a jurisprudência, a doutrina, os atores políticos e as relações sociais.⁵⁵

Assim, para Guastini, a constitucionalização de um ordenamento não é um conceito bipolar (ausente/presente ou verdadeira/falsa). É sim uma questão de grau, isto é, grau de constitucionalização segundo a satisfação de algumas condições que enumera: existência de uma Constituição rígida; a garantia jurisdicional da Constituição; a força vinculante da Constituição; a ‘sobreinterpretação’ da Constituição; a aplicação direta das normas

⁵³ ROESLER, Cláudia R. **Direito e Argumentação no Pensamento de Manuel Atienza**. 2007, p. 43-84.

⁵⁴ “El Estado constitucional democrático se caracteriza por seis principios fundamentales que han hallado en la Ley Fundamental una clara expresión. Se trata de los principios fundamentales de la dignidad humana (art. 1.1 LF), de la libertad (art. 2.1 LF) y de la igualdad (art. 3.1 LF), así como los principios relativos a la estructura y los fines del Estado de Derecho, democrático y social (arts. 20.1; 28.1, frase 1 LF).” ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. In: **CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s)**. Editorial Trotta. 2ª edição. Madrid. 2005. p. 31

⁵⁵ GUASTINI, Riccardo. La ‘Constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano.’ In **CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s)**. Editorial Trotta. 2ª edição. Madrid. 2005. p. 49

constitucionais; a interpretação conforme das leis e a influência da Constituição sobre as relações políticas.⁵⁶

Pela enumeração acima mencionada, uma Constituição será rígida objetivamente quando escrita; protegida de derrogações, modificações ou ab-rogações pela legislação ordinária e com previsão de revisão através de um processo especial. Associada à rigidez está a previsão de controles de conformidade das leis à Constituição. Neste aspecto de garantia jurisdicional da Constituição, Guastini visualiza três modelos: o americano/controle *a posteriori*, o modelo francês/controle *a priori* e o modelo alemão/controle por um Tribunal Constitucional^{57 58 59}.

Ainda segundo Guastini é possível prosseguir no rol de condições de constitucionalização, chegando a força vinculante que deve ter a Constituição. Para tanto, o conteúdo constitucional, por mais largo que seja, não pode ser visto como um manifesto político, cuja concretização tenha algum tipo de condicionamento. Trata-se de norma jurídica, e como tal, vinculante e suscetível de desencadear efeitos jurídicos.⁶⁰

Mas como toda Constituição, por mais larga que se apresente, tem a impossibilidade literal de atingir a totalidade da vida social e política, cria-se uma demanda interpretativa que, segundo Guastini, pode ocorrer através de uma interpretação literal/restritiva ou extensiva. Na primeira hipótese, há uma série de lacunas, espaços juridicamente vazios (vazio a nível constitucional), os quais são, na realidade, espaços para discricionariedade do legislador e, por consequência lógica, inexistente qualquer possibilidade de controle jurisdicional.⁶¹

⁵⁶ GUASTINI, Riccardo. **Neoconstitucionalismo(s)** 2005. p. 50-58

⁵⁷ GUASTINI, Riccardo. **Neoconstitucionalismo(s)** 2005. p. 50-52.

⁵⁸ O tema controle de constitucionalidade será objeto de estudos no segundo capítulo da presente dissertação.

⁵⁹ Aspectos mais detalhados do controle de constitucionalidade serão objeto do Capítulo 2, do presente trabalho.

⁶⁰ GUASTINI, Riccardo. **Neoconstitucionalismo(s)** 2005. p. 52.

⁶¹ GUASTINI, Riccardo. **Neoconstitucionalismo(s)** 2005. p. 53-54.

Por outro lado, pela interpretação extensiva da Constituição é que Guastini argumenta o que denomina: uma “sobreinterpretação”, na medida que se extraem normas implícitas, mas idôneas a regular quaisquer aspectos da vida social ou política, inexistindo espaços vazios, isto é, campos para discricionariedade. Não haverá, assim, nessa forma de “sobreinterpretação”, criação legislativa que não possa sofrer controle de constitucionalidade.⁶²

Se a Constituição deve ser “sobreinterpretada”, as leis, a seu turno, devem sofrer um processo de interpretação conforme a Constituição. Assim, havendo normas plurívocas, o significado correto da norma deve ser interpretado conforme a Constituição. Guastini apresenta o significado conforme como aquele adequado, harmonioso com a Constituição^{63 64}.

Guastini ressalta também que o constitucionalismo da atualidade encontra na Constituição a função de moldar as relações sociais. Desta forma, as normas constitucionais devem produzir efeitos diretos e podem ser aplicadas por qualquer juiz em qualquer controvérsia, porque a legislação nada mais deve ser que o desenvolvimento dos princípios constitucionais e a execução dos programas e reformas traçados na Constituição.⁶⁵ Como já é possível inferir, é drástica a reformulação do papel do Poder Judiciário na definição do Direito.

O neoconstitucionalismo⁶⁶ surge como termo diferenciador de um conjunto de movimentos que buscam uma Teoria do Direito capaz de refletir as transformações ocasionadas nas relações humanas na modernidade pela constatação deste novo momento diferenciado de compreender o Direito.

⁶² GUASTINI, Riccardo. **Neoconstitucionalismo(s)** 2005. p. 53-54.

⁶³ GUASTINI, Riccardo. **Neoconstitucionalismo(s)** 2005. p. 56-57.

⁶⁴ Como última condição de constitucionalização, Guastini, apresenta a influência da Constituição sobre as relações políticas, variável segundo ele, segundo o próprio conteúdo de uma Constituição, a postura dos juízes, a postura dos órgãos constitucionais e dos atores políticos. GUASTINI, Riccardo **Neoconstitucionalismo(s)** 2005. p. 57-58.

⁶⁵ GUASTINI, Riccardo **Neoconstitucionalismo(s)** 2005. p. 55.

⁶⁶ Comanducci apresenta um duplo significado ao termo neoconstitucionalismo. Em um primeiro, o de uma teoria e/ou ideologia e/ou método de análise do Direito. Um segundo, como alguns elementos estruturais de um sistema jurídico e político. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)Constitucionalismo: un análisis metateórico. In CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005. p. 75.

Para o desenvolvimento do neoconstitucionalismo, segundo Figueroa, concorreram aspectos: material, estrutural, funcional e político.⁶⁷

Pelo primeiro aspecto, houve a recepção pelo sistema jurídico de demandas da moral crítica, com forte carga axiológica, levando o Direito a um processo de rematerialização. Tal aspecto material leva a considerar que o neoconstitucionalismo, diferentemente do constitucionalismo erguido sobre uma ideologia, se converteu em uma teoria do Direito oposta ao positivismo jurídico como método.⁶⁸

Enquanto isto, sob o aspecto estrutural a constitucionalização do ordenamento tem relação com a estrutura das normas constitucionais; já o aspecto funcional tem relação com o tipo de argumentação que estas fomentam, isto é, os princípios constitucionais.⁶⁹

Sob esse aspecto funcional está a ponderação, como forma de se aplicar o Direito, sujeito a expansão do âmbito de influência que possuem os princípios constitucionais, que remete a uma teoria de argumentação jurídica, nas palavras de Figueroa: “[...] a conhecida ‘tese do caso especial’ [...]”.⁷⁰

Sob o aspecto político, ainda segundo Figueroa, o sistema jurídico constitucionalizado aponta para o desfazimento do protagonismo Legislativo em face do Judiciário. Quanto a crítica de uma possível lesão ao princípio democrático, Figueroa ressalva que os princípios constitucionais possuem uma ‘natureza bifronte’, por um lado limites, por outro uma margem de discricionariedade. Algum elemento de objetividade é assegurado, ao menos como afirma, em caráter semântico e axiológico com posturas extremas ou moderadas, dentre essas últimas, a teoria da argumentação de Alexy.⁷¹

Comanducci, por sua vez, apresenta uma classificação tricotômica em sua abordagem do neoconstitucionalismo, inspirado, como afirma,

⁶⁷ FIGUEROA, ALFONSO G. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005. p. 165.

⁶⁸ FIGUEROA, ALFONSO G. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005. p. 165.

⁶⁹ FIGUEROA, ALFONSO G. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005. p. 165.

⁷⁰ “[...] la conocida como ‘tesis del caso especial’ [...]” FIGUEROA, ALFONSO G. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005. p. 166. Tradução nossa.

⁷¹ FIGUEROA, ALFONSO G. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005. p. 167-169.

na classificação formulada por Bobbio⁷² das três acepções do positivismo. Enumera então as suas acepções do neoconstitucionalismo: teórico, ideológico e metodológico⁷³.

Ao justificar sua opção, Comanducci ressalta que a classificação adotada, além de facilitar uma comparação crítica entre o neoconstitucionalismo e o positivismo, permite também evidenciar diferenças daquele com o constitucionalismo. O constitucionalismo, afirma: “[...] é fundamentalmente uma ideologia, dirigida a limitação do poder e a defesa de uma esfera de liberdades naturais, ou de direitos fundamentais”. Assim, conclui, o constitucionalismo não é relevante como teoria do Direito, posto que a dominância, em termos teóricos, no século XIX e parte do século XX é do positivismo.⁷⁴

Por sua vez, o neoconstitucionalismo, conforme Comanducci, não se apresenta somente como uma ideologia, mas também explicitamente como uma teoria concorrente com a positivista.⁷⁵ O neoconstitucionalismo, sob esta apresentação teórica, aspira descrever os êxitos

⁷² Segundo Bobbio, a ambição do positivismo jurídico seria estudar o Direito de uma forma neutra, como é e não como deveria ser. Essa seria a visão teórica do direito, pela qual deve haver uma abordagem cognoscitiva que o homem assume perante uma certa realidade, constituída como um conjunto de fatos, que serão avaliados como verdadeiros ou falsos. Isto se traduz, com dito, em uma ambição de ser uma teoria e não uma ideologia, mas tal ambição não foi obtida integralmente, posto que muitos teóricos do positivismo jurídico descreveram seus objetos não como eram, mas como deveriam ser. Tal abordagem não seria teoria, mas ideologia, que por sua vez é a expressão de um comportamento avaliativo que o homem faz sobre determinada realidade, em um juízo conservador ou progressista. Bobbio ressalta que esta dicotomia é importante inclusive para compreender uma série de críticas ao positivismo jurídico, de um lado pelo realismo jurídico sobre os seus aspectos teóricos e de outro pelo jusnaturalismo recomposto, por seus aspectos ideológicos.

Bobbio sobre o tema faz uma construção aqui sintetizada: a ideologia típica do positivismo jurídico consistiria no dever absoluto de obediência a lei, pois tal não estaria no plano cognoscitivo, mas valorativo (relativo a uma determinação de nosso dever). A partir disto, entende que estaríamos dentro de uma doutrina, não mais científica, mas ética do direito, daí sustenta a adequação do termo positivismo ético.

Por fim, Bobbio analisa o positivismo jurídico como método, entendendo que como a ciência consiste em uma atividade descritiva da realidade, o método positivista é o método científico. In BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. 1995. p. 223-225 e p. 238.

⁷³ Esta classificação, conforme abordada neste parágrafo e seguintes é apresentada na obra: COMANDUCCI, Paolo. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005. p. 82-87

⁷⁴ “[...] es fundamentalmente una ideologia, dirigida a la limitación del poder y a la defensa de una esfera de liberdades naturales, o de derechos fundamentales.” COMANDUCCI, Paolo. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005. p. 82-83. Tradução nossa.

⁷⁵ COMANDUCCI, Paolo. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005. p. 83

do processo de constitucionalização e processar grandes modificações dos sistemas jurídicos contemporâneos.⁷⁶

Como teoria, o neoconstitucionalismo, ajustado a uma Constituição invasora, à positivação de um catálogo de direitos fundamentais, a normatividade constitucional, tanto em princípios, quanto em regras, assim como a peculiaridades interpretativas tanto das normas constitucionais, quanto das leis em relação as normas constitucionais, representa uma alternativa ao estatalismo, ao legicentrismo e ao formalismo interpretativo do marco positivista.⁷⁷

Para Comanducci:

É necessário observar que o neoconstitucionalismo teórico – que se caracteriza também e sobretudo por centrar sua própria análise na estrutura e no papel que, nos sistemas jurídicos contemporâneos, assume o documento constitucional – adota, as vezes, como objeto de investigação, o que em outro lugar é definido como o ‘modelo descritivo da Constituição como norma’ e, as vezes, pelo contrário, como ‘modelo axiológico da Constituição como norma’.⁷⁸

Assim, segundo Comanducci, como um dos traços distintivos do neoconstitucionalismo teórico está a tese segundo a qual a interpretação constitucional apresenta algumas características peculiares em relação à interpretação das leis. Essas peculiaridades são distintas em função de se adotar um modelo descritivo, isto é, a Constituição designando um conjunto de regras jurídicas positivadas que são, em comparação a outras regras jurídicas, fundamentais e, portanto, fundantes de todo ordenamento; ou um modelo axiológico de Constituição, isto é, o mesmo conjunto de regras positivadas, igualmente fundantes, desde que tenham determinado conteúdo aos quais se atribui um valor especial.⁷⁹

⁷⁶ COMANDUCCI, Paolo. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005. p. 83

⁷⁷ COMANDUCCI, Paolo. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005. p. 83

⁷⁸ Es necesario observar que el neoconstitucionalismo teórico – que se caracteriza también y sobre todo por centrar su propio análisis en la estructura y en el papel que, en los sistemas jurídicos contemporâneos, asume el documento constitucional – adopta a veces, como objeto de investigación, lo que en otro lugar he definido como el ‘modelo descriptivo de la Constitución como norma’ y a veces, por el contrario, el ‘modelo axiológico de la Constitución como norma’. COMANDUCCI, Paolo. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005. p. 83. Tradução nossa.

⁷⁹ COMANDUCCI, Paolo. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005. p. 84.

Se, conforme Comanducci, por hipótese, adota-se o modelo axiológico, o constitucionalismo não se apresentaria como uma teoria do Direito, mas sim como uma ideologia. Por outro lado, ao se adotar o modelo descritivo entende-se que a Constituição apresentaria ao menos uma característica em comum com a lei: a de ser também um documento normativo. Isto teria como efeito, na hipótese de uma necessidade interpretativa, em se fazer uma interpretação da norma constitucional como uma espécie de texto normativo, com tendência a ser fazer desse processo uma leitura de grau⁸⁰.

Sob o aspecto do neoconstitucionalismo ideológico, Comanducci traça uma comparação com o constitucionalismo. Quando o neoconstitucionalismo se apresenta como ideologia se distingue do constitucionalismo por colocar em um segundo plano, uma preocupação central do constitucionalismo – a limitação do poder do Estado. No neoconstitucionalismo, diversamente, ocupa a centralidade a garantia dos direitos fundamentais.⁸¹

Assim, o neoconstitucionalismo ideológico não se limita a se estabelecer sobre as conquistas do processo de constitucionalização dos Estados modernos, mas sim no seu aperfeiçoamento e ampliação, com o vetor da tutela dos direitos fundamentais.⁸²

Além das características acima, Comanducci, trabalhando pela justificativa de sua classificação de neoconstitucionalismo ideológico afirma que nos ordenamentos democráticos e constitucionalizados contemporâneos se produz uma conexão entre Direito e moral. Pode existir uma obrigação moral de obedecer a Constituição e, por conseguinte, as leis que estejam em conformidade

⁸⁰ “uno de los rasgos distintivos del neoconstitucionalismo teórico (distintivos respecto a la teoría isupositivista tradicional) es sin duda la tesis según la cual la interpretación constitucional, como consecuencia del proceso de constitucionalización del Derecho, presenta hoy, de hecho, algunas características peculiares respecto a la interpretaciones de la ley. Pero tales peculiaridades vienen diversamente configuradas según se adopte uno u otro modelo de Constitución. Dado que mí me parece que, si adopta el modelo axiológico de Constitución como norma, el constitucionalismo no se presenta tanto com una teoría del Derecho sino como una ideología, mencionaré, en el siguiente parágrafo, bajo el título de constitucionalismo ideológico, la correspondiente doctrina de la interpretación constitucional.” COMANDUCCI, Paolo. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005. p. 84-85

⁸¹ COMANDUCCI, Paolo. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005. p. 85

com a Constituição. Isto colocaria o neoconstitucionalismo ideológico como uma variante moderna do positivismo ideológico.⁸³

Segundo Comanducci, algumas variantes do neoconstitucionalismo pressupõem uma tomada de posição metodológica. Denomina de neoconstitucionalismo metodológico e nele situa Alexy e Dworkin. Apresenta-o como uma forma contraposta ao positivismo metodológico, no qual afirma-se ser possível, sempre, identificar e descrever o Direito como é, e distinguí-lo do Direito como deveria ser. Para tal contraposição o neoconstitucionalismo metodológico apresenta dois corolários: a tese das fontes sociais do Direito e a conexão necessária entre Direito e moral. O neoconstitucionalismo metodológico sustenta que os princípios constitucionais e os direitos fundamentais constituem uma ponte entre o Direito e a moral e tal conexão necessária tem uma função identificadora e justificadora.⁸⁴

A preocupação com o exato alcance do neoconstitucionalismo fez com que Prieto Sanchís também o estudasse sob três ângulos distintos: a expressão neoconstitucionalismo como um tipo de Estado de Direito⁸⁵, isto é, um modelo de uma determinada forma política; como uma teoria do Direito, apta a explicar o referido modelo de Estado de Direito ou, por fim, uma ideologia, que intenta justificar e defender a construção política formulada como a forma mais justa de organização política.⁸⁶

⁸² COMANDUCCI, Paolo. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005. p. 85

⁸³ COMANDUCCI, Paolo. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005. p. 86

⁸⁴ COMANDUCCI, Paolo. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005. p.86-87

⁸⁵ Segundo Prieto Sanchís, o neoconstitucionalismo, como tipo de Estado de Direito, pode ser visto como produto da convergência de duas tradições. A primeira, norte-americana, concebe a Constituição como pacto de mínimos, destinados a estabelecer normas logicamente superiores como *regras do jogo*. Busca assegurar a autonomia dos indivíduos como sujeitos privados e como agentes políticos. Tal concepção lastreia-se, em linhas gerais, na idéia de supremacia constitucional e em sua correspondente garantia jurisdicional, conferida pelo Poder mais neutro, o Judiciário. A segunda tradição, nascida na Revolução Francesa, em linhas gerais tem uma visão distinta da Constituição, não apenas como *regras do jogo*, mas como *partícipe do jogo*. Tem a orientação de um programa político para atividade de transformação social e política. É central a expressão do poder constituinte, exercido pelo povo, através de representantes no Poder Legislativo, cujo desempenho, associado a atividade de governo, imposto a Constituição dificuldades para assegurar sua força normativa. In: PRIETO SANCHÍS, Luis P. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta. 2ª edição. 2005. p. 124-126.

⁸⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005. p. 123.

Nessa última concepção, ideológica, que entende o constitucionalismo como modelo ótimo, sustenta-se que haveria, em última análise, uma necessária vinculação entre Direito e moral, fundamentando-se assim, alguma forma de obrigação de obediência ao Direito. Na concepção ideológica, ou como denomina Prieto Sanchís⁸⁷ de constitucionalismo dogmático, estaria representada uma nova visão da atitude interpretativa, a qual proporia ao jurista um ponto de vista comprometido e ao cientista jurídico, um trabalho crítico e não só descritivo. Nesta última expressão do constitucionalismo ideológico ou neoconstitucionalismo dogmático, Prieto Sanchís, situa, entre outros Dwokin e Alexy.

Assim, de uma forma geral, o neoconstitucionalismo reuniu o forte conteúdo normativo, a garantia constitucional, a desconfiança frente ao legislador, um ambicioso programa normativo (além da organização de poderes e estabelecimento de *regras do jogo*). Nas palavras de Prieto Sanchís: “[...] uma Constituição transformadora que pretende condicionar de modo importante as decisões da maioria, mas cujo protagonismo fundamental não corresponde ao legislador, mas sim aos juízes.”⁸⁸

Como Teoria do Direito, Prieto Sanchís destaca cinco características do neoconstitucionalismo: mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; onipresença da Constituição⁸⁹; onipotência judicial em lugar da pura autonomia legislativa e coexistência de uma constelação de valores, às vezes, tendencialmente contraditórios em lugar da homogeneidade ideológica.⁹⁰

Uma característica eclética do neoconstitucionalismo é verificável. Segundo Prieto Sanchís “[...] as novas Constituições não renunciam a

⁸⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005.

⁸⁸ “[...] una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces.” PRIETO SANCHÍS, Luis **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005. p.127. Tradução nossa.

⁸⁹ A onipresença constitucional se faz pelo efeito de um denso conteúdo material, composto por valores, princípios, direitos fundamentais e diretrizes que provocam um efeito de impregnação ou irradiação nas relações humanas. Por conseguinte, como normas irradiadas, presentes na generalidade de conflitos, desemboca-se igualmente em uma onipotência judicial. In: PRIETO SANCHÍS, Luis **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005. p. 132.

⁹⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005. p. 131.

incorporar em forma de normas substantivas os que devem ser os grandes objetivos da ação política [...]”. Desta forma, do modelo norte-americano se deduz a garantia judicial, como forma de limitação ao legislador e do modelo revolucionário francês, se deduzem os parâmetros para os julgamentos, feitos por normas substantivas e não por regras formais ou procedimentais. O neoconstitucionalismo, além das citadas fusões de elementos dos modelos clássicos, segundo Prieto Sanchís, apresenta a soma de dois outros elementos. O primeiro, que chama *rematerialização* constitucional, traduz que a Constituição não apenas estabelece o modo de produzir o Direito como também limita o legislador ao predeterminar amplas esferas de regulação jurídica. O segundo, indica a imersão da Constituição dentro de todo ordenamento jurídico. Prieto Sanchís explica: “Os operadores jurídicos já não acessam a Constituição através do legislador, mas fazem-no diretamente”.⁹¹

Assim, pelo paradigma neoconstitucionalista, segundo Sanchis, a normativa constitucional deixa de estar adstrita às relações entre legislador e um Tribunal Constitucional para assumir uma função diretiva da realidade dos juízes ordinários que podem e devem utilizar tal normativa como fundamentação de suas decisões, reforçando-se novamente o novo papel do Poder Judiciário.⁹²

Assim, até o momento buscou elementos para permitir uma comparação entre os paradigmas positivista e pós-positivista, de modo a buscar uma melhor compreensão desse último.

⁹¹ “[...] las nuevas Constituciones no renuncian a incorporar en forma de normas sustantivas lo que han de ser los grandes objetivos de la acción política [...]”. “Los operadores jurídicos ya no acceden a la Constitución a través del legislador, sino que lo hacen directamente [...]”. PRIETO SANCHÍS, Luis. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005. p. 129-130. Tradução nossa.

⁹² PRIETO SANCHÍS, Luis. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005. p. 130

1.3 Uma comparação entre os marcos do positivismo e do pós-positivismo

Em um trabalho de sistematização e comparação didática, Aguiló⁹³ apresenta uma série de tópicos, pelos quais os pontos de convergência e divergência entre os paradigmas podem ser destacados:

De início apresenta dois modelos: o modelo de regras, elemento marcante do positivismo e o modelo de regras e princípios do pós positivismo. No primeiro, o modelo de regras é apresentado como adequado ao sistema jurídico positivista. Para tanto, o ideal regulativo é o da tipicidade, cuja valoração é feita por ocasião da criação da regra e não da sua utilização. Para o citado autor, as normas devem ser precisas, diretas e fechadas. As normas abertas ocorrem por imprecisão da técnica legislativa ou, em última análise, como hipóteses de delegação legislativa. Tal modelo foi erguido pelos ideais da previsibilidade e da certeza.⁹⁴

Por outro lado, no paradigma pós positivista, embora considere-se as regras necessárias, tal modelo puro de regras é insuficiente. Para a constituição do conceito integral de norma é fundamental a inclusão de princípios⁹⁵, ou seja, o modelo é o de regras e princípios. Os princípios, ao contrário das regras, conforme Atienza⁹⁶, trazem razões não peremptórias, isto é, dão uma razão para um determinado comportamento, mas não afastam outras possíveis razões, impondo ao caso concreto uma prática deliberativa, um processo de ponderação para verificação da força dessas razões e solução incidental. A importância dos princípios neste modelo normativo é tamanha que

⁹³ AGUILLO REGLA, Josep. Sobre Derecho y Argumentación. In _____. **Sobre Derecho y Argumentación**. Palma (Mallorca): LLeonard Muntaner, 2008, p. 11-28.

⁹⁴ Importante ressaltar, como explica Prieto Sanchís: “[...] desde el positivismo, en efecto, se ha mantenido tanto la tesis de la unidad de respuesta correcta (el llamado paleopositivismo), como la tesis de la discrecionalidad (kelsen, Hart); y desde el constitucionalismo, o asumiendo las consecuencias del mismo, resulta posible encontrar tambien defensores de la unidad de solución correcta (Dworkin), de la discrecionalidad débil (Alexy) y de la discrecionalidad fuerte (Guastini, Comanducci).” PRIETO SANCHÍS, Luis **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005. p. 135.

⁹⁵ Para Figueroa, a Teoria de Alexy concebe os princípios como mandados de otimização, no sentido de indicar ao juiz que a norma deve ser aplicada na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas. In: FIGUEROA, ALFONSO G. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005. p. 179.

⁹⁶ ROESLER, Cláudia R. **Direito e Argumentação no Pensamento de Manuel Atienza**. 2007. p. 44.

se tornam, inclusive, vetores de criação e valoração das próprias regras, dando o seu sentido de coerência material.

Em relação ao modelo das relações lógicas entre normas e ao modelo de relações lógicas e relações de justificação, Aguiló expõe que, no positivismo, entre as regras de um sistema se dá uma lógica de dedutibilidade e eventuais e indesejáveis conflitos de normas se resolvem pela prevalência de uma sobre as demais, por critérios definidos baseados na hierarquia, posterioridade e especialidade.

Já no pós positivismo prega-se uma relação de coerência valorativa para o conjunto normativo, isto é, para regras e princípios. Para as regras há ainda um processo de solução de conflitos baseado na hierarquia, posterioridade e especialidade. No entanto, quanto as normas-princípio, distante da posição positivista do “tudo ou nada”, há a coexistência de normas, que no caso concreto deverão triunfar, sem se dizer que em outro caso concreto não poderá triunfar a norma contrária, isto é, incidirão com critérios de ponderação.

Outro elemento de distinção entre os dois paradigmas, apontado por Aguiló, é o da correlação entre direitos e deveres à prioridade justificativa dos direitos. Enquanto para o positivismo, dizer que um sujeito ou uma classe de sujeitos têm direitos, significa dizer que outro sujeito ou outra classe de sujeitos teriam deveres correlatos. No modelo pós positivista, embora haja o reconhecimento dessa correlação num aspecto trivial, em termos de justificação ela se perde, pois para o reconhecimento de um direito não há a necessária imposição de um dever. Também, por outro lado, a imposição de deveres não serve para justificar a titularidade de direitos.

Outro marco importante de diferenciação entre os dois paradigmas diz respeito à substituição pelo pós positivismo do modelo de submissão pelo de subsunção e de ponderação. Para o positivismo, o caso concreto a ser resolvido deve se encaixar na hipótese genérica prevista pela regra. A ausência desse ajuste é atribuída a um problema de qualificação, pela perspectiva do caso concreto, ou de interpretação, pela perspectiva da regra. Já no pós positivismo há a percepção que as regras demandam essa perspectiva de

subsunção, contudo os princípios podem demandar um modelo de ponderação⁹⁷, no qual, mais de um princípio pode ser aplicado ao caso concreto, porém, feito um juízo técnico e racional de razoabilidade e proporcionalidade se chegará à norma triunfante a ser aplicável.

No caminho da demarcação entre os paradigmas positivista e pós positivista, Aguiló ressalta a diferença do modelo de oposição forte entre criar e aplicar normas, típica do positivismo, que coloca em campos distintos a criação como atividade político moral e a aplicação como atividade técnica jurídica. No modelo de continuidade prática das diferentes operações normativas, pós positivista, não há uma separação absoluta entre Política, Moral e Direito. O raciocínio do legislador se juridifica e o raciocínio jurídico se moraliza e politiza, tendo em vista princípios, valores e fins constitucionais.

Outro aspecto relevante diz respeito à validade das normas. Sob o paradigma positivista, a regra poderia ter conteúdo válido, desde que haja respeito a forma, isto é, a adequação a hierarquia, autoridade e procedimento de criação. No pós positivismo, paralelamente a validade formal, exige-se da norma uma compatibilidade material, isto é, uma coerência valorativa com o ordenamento arquitetado constitucionalmente.

Segundo Aguiló, enquanto para o paradigma positivista as situações a serem enfrentadas, isto é, os casos concretos podiam ser classificados em regulados ou não regulados, de acordo com a existência ou não de uma regra positivada no ordenamento; para o paradigma pós positivista os casos podem ser distinguidos entre fáceis ou difíceis. Nos primeiros, a solução é

⁹⁷ Uma acepção para a palavra ponderação, segundo Prieto Sanchís, é “[...] la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas. [...] lo habitual es que la ponderación desemboque en el triunfo de alguno de ellos en el caso concreto. [...] Ponderar es, pues, buscar la mejor decisión (la mejor sentencia, por ejemplo) cuando en la argumentación concurren razones justificatorias y del mismo valor.” PRIETO SANCHÍS, Luis **Neoconstitucionalismo(s)**. 2005. p. 137.

A ponderação tem os seguintes passos: o primeiro deve ser a identificação de um fim constitucionalmente legítimo para uma possível interferência em outro direito ou princípio. O segundo requer a convicção na adequação e amplitude da medida em relação ao bem ou finalidade de protegida. O terceiro é a verificação da necessidade, isto é, que não pode haver outra medida. Por fim, a ponderação se completará pelo juízo de proporcionalidade em sentido estrito, isto é, a busca de um certo equilíbrio entre os benefícios obtidos com a medida e os danos

obtida pela incidência de uma única norma. Nos últimos, a solução é complexa e depende de uma intensa atividade deliberativa e de justificação.

Quanto ao campo do Direito e da Ciência Jurídica, Aguiló, anota outra distinção: enquanto para o positivismo o Direito trabalha com uma linguagem prescritiva, ao passo que a Ciência Jurídica se desenvolve por uma linguagem descritiva, no pós positivismo esta dicotomia lingüística é mitigada, posto que o jurista não é visto como observador, mas sim, participante de uma prática social complexa, que é o Direito.

A distinção apontada acima já remete a uma próxima. O Direito positivista é visto como um conjunto de normas, estáticas em um determinado momento. Tais normas sofrem um processo de mudança através de procedimentos técnico-formais, muitas vezes distante dos sujeitos que o observam ou usam. Há uma supremacia da observação, posto que a valoração se encontra na gênese da regra. Ao pós positivismo, o Direito se apresenta como uma realidade social fluída e complexa e o elemento valorativo está intrinsecamente conectado com a norma e sua aplicação.

Estas distinções entre paradigmas acarretam, segundo Aguiló, em uma outra possibilidade comparativa – o ensino do Direito. Seguindo o paradigma positivista, conhecer o Direito é conhecer o conjunto de regras. Quanto mais destas regras se sabe, mais conhecimento se tem do Direito. É um conhecimento memorístico e sistemático, com inegável tendência a especialização. Percebendo-se o crescimento exponencial de regras, pelo aprofundar da complexidade das relações humanas, o pós positivismo enfrenta o fenômeno da volatilidade das regras e se apegando ao potencial explicativo e racionalizador dos princípios. Assim, o ensino do Direito se orienta, no paradigma pós positivista, para o desenvolvimento de habilidades metodológicas voltadas às soluções dos problemas jurídicos.

Com estas comparações já é possível uma destinação mais representativa dos dois marcos.

Diante de infindáveis e inegáveis fenômenos inerentes à natureza humana, argumentos colocados pela razão racionalizante positivista se mostram deficitários na decifragem do mundo contemporâneo.⁹⁸

Estabelecida uma idéia do significado do marco pós positivista, o fato é que o aparelho estatal mergulhado numa crise interminável, havendo a percepção de uma fragmentação social, inclusive, numa deslegitimação do Estado que se desenvolveu a partir do modelo chamado Welfare State⁹⁹. Há uma necessidade de respostas com coerência material baseadas em fundamentos constitucionais de igualdade substancial, dignidade e fraternidade humanas.

A partir das idéias acima explicitadas a possibilidade de se argumentar uma decisão sobre um tema ou questão jurídicos com uma racionalidade diferenciada ganhou novo impulso. O processamento dessa racionalidade diferenciada permite a elaboração de um Direito mais permeado pela moral, pela ética e pela justiça, e o Poder Judiciário se torna definitivamente central neste processo.

1.4 As divergências procedimentalistas e substancialistas e a constatação da ampliação do papel do Poder Judiciário e da judicialização como fenômeno.

Com o processo de constitucionalização do Direito houve movimento de interrelacionamento do Direito com a moral e do Direito com a Justiça, situação insustentável no marco do positivismo jurídico. Desta forma, a dicotomia privado-pública, guiada pelo princípio da autonomia privada para o

Neoconstitucionalismo(s). 2005. p. 150-151.

⁹⁸ O tema é abordado na obra: MAFFESOLI, Michel. **Elogio da razão sensível**. Tradução: Albert Christophe Migueis Stuckenbruck. Petrópolis.. RJ: Vozes, 1998.

⁹⁹ O Estado de Bem-Estar não apenas tem sua razão de ser na garantia das trocas negociais, nas garantias sobre as regras do jogo, como no Estado liberal, mas na sua participação e interferência, de modo, muitas vezes, a proteção deliberada de uma das partes (o hipossuficiente), onde tem lugar a “[...] metáfora: um jogo de ‘cartas marcadas’”. In: ROESLER, Claudia R.. **Reflexões sobre Política e Direito**. 2008, p.104.

primeiro e pelo princípio da supremacia do interesse público para o segundo, passaram obrigatoriamente a ter que dividir espaço com o elemento de justiça, com a proteção do desigual, das minorias, a promoção da dignidade, da igualdade substancial, a concretização de direitos fundamentais.

As demandas de justiça, e, por conseguinte, seus conflitos, restritos aos atores políticos ou a debates na arena da sociedade civil foram sendo compreendidas pelo Direito e pelo Poder Judiciário.¹⁰⁰

Se por um lado, como destaca Vianna, a primazia do Poder Executivo sobre o Poder Legislativo seria característica do Estado social, posto que faz do Direito um “dos seus principais recursos de comunicação, [...]”¹⁰¹, por outro lado, com o processo de constitucionalização do Direito, o Poder Judiciário se torna a figura central entre os Poderes.

Segundo Vianna:

A indeterminação do direito, por sua vez, repercutiria sobre as relações entre os Poderes, dado que a lei, por natureza originária do Poder Legislativo, exigiria o acabamento do Poder Judiciário, quando provocado pelas instituições e pela sociedade civil a estabelecer o sentido ou a completar o significado de uma legislação que nasce com motivações distintas às da ‘certeza jurídica’.¹⁰²

Desta forma, passou o Poder Judiciário a uma destacada atividade: controlar a agenda igualitária e exercer a jurisdição.¹⁰³ O Judiciário, como indica Vianna, desponta com a alternativa para solução de conflitos coletivos, para a agregação social e para o incremento da cidadania.¹⁰⁴

Segundo Vianna, com a conseqüente ampliação dos direitos pela atuação dos magistrados, pode-se retomar as discussões sobre sombrias

¹⁰⁰ VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro. Revan. 1999. p. 17

¹⁰¹ VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 1999. p. 20

¹⁰² VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 1999.p. 21

¹⁰³ VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 1999.p. 21

¹⁰⁴ VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 1999.p. 22

previsões de que o incremento da igualdade (pelo força positiva da ampliação e proteção fornecidas pelo Direito) poderia levar a um esvaziamento da liberdade, na medida que a cidadania se desestimularia na sua práxis reivindicatória. Nesta linha, desenvolveram as teses procedimentalistas, buscando sustentar a interpretação de que se deve conduzir a uma cidadania ativa acompanhada de uma igualdade virtuosa, através do aperfeiçoamento dos procedimentos democráticos, zelados pelo Direito. Isto se processaria pela abertura, a todos, da possibilidade de intervenção na formação da vontade da maioria.¹⁰⁵

Segundo Vianna

Desse eixo viria a compreensão de que a invasão da política pelo direito, mesmo que reclamada em nome da igualdade, levaria à perda da liberdade, 'ao gozo passivo de direitos', 'à privatização da cidadania', ao paternalismo estatal, na caracterização de Habermas, e na de Garapon, 'à clericalização da burocracia', 'a uma justiça da salvação', com a redução dos cidadãos ao estatuto de indivíduos-clientes de um Estado providencial.¹⁰⁶

Vianna, expondo sobre a visão procedimentalista, afirma:

Tal processo não seria conjuntural nem de base local, mas universal e inteiramente articulado à própria dinâmica das sociedades democráticas, [...]. A valorização do Poder Judiciário viria, pois, em resposta à desqualificação da política e ao derruimento do homem democrático, nas novas condições acarretadas pela decadência do *Welfare State*, fazendo com que esse Poder e suas instituições passem a ser percebidos como a salvaguarda confiável das expectativas por igualdade e a se comportar de modo substitutivo ao Estado, aos partidos, à família, à religião, que não mais seriam capazes de continuar cumprindo as funções de solidarização social.¹⁰⁷

Pelo eixo procedimentalista, segundo Vianna, para a criação do Direito é central a participação de uma livre e ativa cidadania. Dessa maneira, a democracia não seria compatível com a judicialização da política. A

¹⁰⁵ VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 1999.p. 23

¹⁰⁶ VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 1999.p. 23

¹⁰⁷ v p. 25

competência legislativa que vem sendo exercida pelo Judiciário não teria amparo racional dentro dos processos democráticos comunicativos.¹⁰⁸

Assim, para tal eixo, a comunidade de intérpretes da Constituição atuaria por meio de práticas comunicativas de autodeterminação, através de uma cidadania ativa.¹⁰⁹ Para este modelo, na democracia, uma Corte Constitucional deveria restringir-se a “[...] uma compreensão procedimental da Constituição [...]”¹¹⁰. Desta forma, o papel do Judiciário seria de estabelecer elementos de proteção do processo de criação democrática do Direito.

Assim, segundo Vianna:

No paradigma procedimentalista, portanto, a relação estratégica se manifesta na formação da opinião e da vontade, supondo, então, uma rede de articulação entre a democracia deliberativa e a representativa.¹¹¹

Por outro lado, está o eixo substancialista. Para os pertencentes a tal linha, as relações entre Direito e Política, destacadamente pela criação jurisprudencial, são inevitáveis e favoráveis ao enriquecimento da igualdade, sem a diminuição da liberdade. Em uma perspectiva pragmática entendem que:

[...] a positivação do ideal de justiça nas Constituições modernas estariam configurando um território cognitivo e valorativo em que se reporia a perspectiva de uma transformação progressiva das sociedades e de suas instituições, desde que o Judiciário, um dos seus principais portadores, se comporte como guardião dos princípios e valores fundamentais.^{112 113}

¹⁰⁸ VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 1999.p. 28

¹⁰⁹ VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 1999.p. 29

¹¹⁰ VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 1999.p. 29

¹¹¹ VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 1999.p. 31

¹¹² VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 1999.p. 32

¹¹³ Ainda mencionado extrato do pensamento de parcela do eixo substancialista, Vianna esclarece que o Poder Judiciário, nesse eixo, é tido como elemento de contribuição para o aumento da capacidade de incorporação do sistema político, inclusive aos ‘grupos marginais’. In: VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 1999.p. 34

Representante deste eixo, Dworkin destaca-se pela concepção de Direito como fruto de uma construção interpretativa, baseada na sua teoria de Direito como Integridade¹¹⁴. O Poder Judiciário tem como escopo importante a garantia de grupos marginais, até mesmo porque, conforme Vianna: “[...] os direitos e liberdades fundamentais não têm sido respeitados pela vontade da maioria, importando graves ameaças às liberdades e aos direitos das minorias.”¹¹⁵

Constata Dworkin que todos são súditos do império do direito e, portanto, surge a importância de se responder a pergunta: o que é o Direito? Para ele, a resposta estanque positivista não dá conta desse desafio. Constrói, também, crítica à norma de reconhecimento positivista também pela sua incompletude em explicar o que é Direito¹¹⁶.

Como mecanismo de solução de casos práticos em que a solução não é dada pela simples subsunção do fato à regra, mas pelo conceito inicial de “teia inconteste”, posteriormente amadurecido e denominado de “romance em cadeia”, ganha robustez pela atividade qualitativa do Juiz, traduzindo o Direito como Integridade. Sua teoria tem como objetivo aprimorar, expandir e ilustrar a concepção interpretativa construtiva do Direito.

¹¹⁴ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹¹⁵ VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 1999.p. 34

¹¹⁶ Segundo Kelsen: “La justicia es esencialmente un *valor absoluto* y lo absoluto en general, especialmente los valores absolutos, están más allá de conocimiento científico racional. La teoría pura del derecho es positivismo jurídico, es simplemente la teoría des *positivismo jurídico*; y el positivismo jurídico está íntimamente vinculado con el *relativismo*. Es decir, que cuando se plantea la cuestión del valor de un derecho positivo, o sea, la cuestión de su justicia, la respuesta solo puede ser que es relativo, es decir, que sólo es justo presuponiendo un determinado valor supremo y que por lo tanto, no se excluye la posibilidad de que pueda ser considerado injusto si se presupone un valor supremo diferente. La aceptación de un valor supremo se apoya siempre en un juicio de valor subjetivo emocional.” In: HANS, Kelsen. **Qué es la Teoría Pura del Derecho**. p. 31. Ainda sobre Direito e Justiça para o positivismo: “Así como el positivismo jurídico tiene que distinguir entre derecho y moral, como dos órdenes sociales diferentes, tiene que distinguir también entre derecho y justicia, y por ello sostener la posibilidad de un derecho positivo justo, esto es, conforme a una moral determinada, como también la de un derecho positivo injusto, esto es, contrario a una moral positiva determinada. Por lo tanto, no puede hacer dependiente la validez del derecho positivo de su relación con la justicia, proque tal dependencia solo puede existir si la justicia es un valor absoluto, si se presupone la validez de una norma de justicia que excluye la de toda otra norma contraria” In: KELSEN, Hans. **Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho**. 1995. p. 131.

Surge também uma questão comum ao se tratar do tema, no marco do pós positivismo: se os juízes, ao decidir, descobrem (se entender que o Direito já existia, mesmo antes de ser declarado) ou inventam o Direito (se o juiz muda o direito com sua decisão)? Para a teoria de Dworkin essa é uma discussão que indica um erro teórico ao se abordar a questão do Direito, posto que, para ele, o juiz não descobre (como num *fiat* divino) ou inventa o Direito. A pergunta tem sua resposta em um outro plano. O Direito surge como desenvolvimento de um processo em cadeia, para o qual se exigem qualidades, tais como a adequação, fruto do conceito central – integridade.

No seu conceito de Direito como integridade, está fundamentado o Direito como uma prática social, fruto de etapas de interpretação, possibilitando a identificação e aplicação com coerência da melhor justificativa prática. De forma construtiva, presentes coerência e consistência como substratos haveria, em última análise, integridade. O desenvolver desse processo interpretativo é que Dworkin denomina de “romance em cadeia”. Tal conceito, em contornos gerais, significa que cada operador do Direito, ao escrever seu “capítulo”, partiria com uma série de informação, limites, lógicas e acontecimentos dos “capítulos” anteriores e expectativas para com os “capítulos” futuros, de modo que o romance tenha uma coerência em seu conjunto. Nesse processo interpretativo seria fundamental para Dworkin uma distinção capital feita ao modelo positivista. Ao contrário do modelo de regras positivista, formalmente elaboradas/reconhecidas, Dworkin defende o modelo de regras e princípios.

Assim, como ressalta Vianna, para este eixo representado por Dworkin, “a criação jurisprudencial do direito também encontraria o seu fundamento na primazia da Constituição, [...]”.¹¹⁷ Assim, através do movimento ativo do Poder Judiciário prevaleceriam as práticas de proteção das minorias, tendo o Direito a abrangência de um conjunto indivisível de princípios e valores sedimentados historicamente e compartilhados socialmente.¹¹⁸

¹¹⁷ VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 1999.p. 34

¹¹⁸ VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 1999.p. 35

Desta forma, para o eixo procedimentalista, afirma Vianna:

Ao Poder Judiciário somente caberia um papel 'ofensivo' – como em Habermas – para a criação de uma jurisprudência constitucional que venha a garantir autenticidade democrática aos procedimentos e uma ampla deliberação, sem exclusões sociais, que devem estar presentes na formação política da opinião e da vontade do soberano.¹¹⁹

Por outro lado, para o eixo substancialista, participação do Poder Judiciário é muito mais direta e decisiva na própria conformação do Direito, ou seja, nas palavras de Vianna:

[...] a partir de estratégias diversas e diferentes inspirações doutrinárias, mas sempre com referência à história e ao mundo empírico, como no caso crucial das relações maioria-minoria, concede-se ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações entre os três Poderes, levando-o a transcender as funções de *checks and balances*, tão próprias ao argumento republicano de Tocqueville.¹²⁰

Muito embora procedimentalistas e substancialistas discordem fundamentalmente quanto aos efeitos das relações entre Direito e política, marcadamente sobre as conseqüências sobre a liberdade e cidadania, assim como quanto ao espaço da judicialização no ambiente democrático, destaca Vianna, que os dois eixos teriam como ponto em comum o reconhecimento, face a ampliação das funções da Justiça em decorrência do desenrolar histórico do *Welfare State*, da Judicialização da Política como um fenômeno nas democracias contemporâneas.

Se a judicialização da política é um fenômeno, uma decisão judicial de controle de constitucionalidade (como espécie do gênero decisão judicial) pode ter sua racionalidade controlada?

No Brasil, após duas décadas da promulgação da Constituição, pode-se perceber, semelhante a um processo de passagem por uma lente, que o pensamento positivista, fundamentante, inclusive, de um regime autoritário, foi superado por uma nova visão constitucional estruturante de uma

¹¹⁹ VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 1999.p. 32

festejada política democrática, que ainda sofre, contudo, algumas importantes distorções, hipertrofismos, desvirtuamentos e reações.

Como a superação histórica do positivismo jurídico kelsiniano, o Poder Judiciário, em harmonia aos valores e propósitos inspiradores da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), vem, da inacessível e distante periferia, em um processo de aproximação com as preocupações da agenda pública e dos atores sociais, buscando ocupar a posição central na democracia que está se edificando.

Impensável que este deslocamento não justificasse tensões ou excessos, até mesmo porque no pano de fundo desse processo estão presentes todos os fenômenos da modernidade complexa e pluralista.

A democracia, meramente posta como representação da maioria, tem em seu processo de desenvolvimento muitos cenários de tirania da maioria e, nesse contexto, o Judiciário começa a atuar mais decisivamente frente às crises sistemáticas que desnudam a fragilidade representativa do Legislativo e do ativismo legiferante do Executivo¹²¹.

Neste novo processo institucional a denominada Judicialização da Política tem se tornado, de uma maneira geral, novo espaço de tensões. De um lado, uma demanda por formas de se oportunizar uma proteção individual e coletiva, muitas vezes impondo-se limitações a vontade da maioria, que nem sempre traduzem uma sociedade fraterna (solidária), pluralista e sem preconceitos, como idealizada pela Constituição brasileira; de outro, o ativismo judicial arbitrário, puramente íntimo, desarrazoado, irracional.

A igualdade, como utopia política e jurídica, somente pode dar bons frutos como diretiva quando acompanhada de uma cidadania ativa lastreada em outras diretrizes de solidariedade e de democracia, cuja maturação atravessa um contínuo processo de aperfeiçoamento.

¹²⁰ VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 1999.p. 37

¹²¹ VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 1999.

A atividade jurisdicional que se insere nesse processo, por imperativo principiológico constitucional deve guiar-se por uma racionalidade exterminadora do arbítrio casuístico, não a racionalidade cartesiana da lógica da lei, mas sim a racionalidade do discurso argumentativo pós-positivista justificado.

Na busca de uma resposta para a questão da racionalidade das decisões judiciais elegeu-se uma decisão de controle de constitucionalidade, cujo conteúdo foi abstrativizado e atribuído efeito vinculante. Desta forma buscar-se-á inicialmente identificar os contornos do controle de constitucionalidade, um dos temas centrais do neoconstitucionalismo e subsídio necessário a compreensão de tal decisão que será abordada no Capítulo 3 da presente dissertação.

CAPÍTULO 2

A abstrativização do controle concreto de constitucionalidade no Brasil.

Constatado o fenômeno da Judicialização do Direito, para atingir o objetivo dessa dissertação, tal seja, verificar a possibilidade de análise da racionalidade das decisões judiciais, elegeu-se decisão do Supremo Tribunal Federal que transpassa a questão do controle concreto de constitucionalidade, abstrativizando e conferindo efeito vinculante.

Tal escolha se deve às nuances do tema e suas interrelações políticas entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo. No universo das decisões de controle de constitucionalidade, uma decisão de controle concreto, na qual primeiramente argumenta-se por uma mutação constitucional, para em seguida fundamentar uma modulação de efeitos e, mais adiante, afirmar que a decisão tem efeitos *erga omnes* e vinculante, permite observar que o Supremo Tribunal Federal responde ao novo marco e busca um novo posicionamento no sistema democrático e jurisdicional constitucionais brasileiros. Assim, tal paradigmática decisão, desperta a atenção por apresentar nítidos contornos da judicialização.

Antes de buscar o entendimento sobre a hipótese que move o presente trabalho, compreender o controle de constitucionalidade brasileiro, suas espécies e características, é importante para sedimentar o caminho que permita finalmente fazer uma avaliação da possibilidade de um controle da racionalidade de decisões judiciais.

2.1 Constitucionalismo moderno e controle de constitucionalidade:¹²²

O marco histórico é o século XVIII. Verifica-se uma asfixia das monarquias absolutas, cujas fundações remontam às relações econômicas, sociais e políticas que começaram a serem construídas muitos séculos antes, ainda sob o modelo feudal. Tal modelo absolutista desenvolveu-se sob os auspícios do mercantilismo e dos descobrimentos e sucumbiu frente ao fortalecimento de uma nova classe econômica, que não podia mais conviver inerte e nas expectativas de graças e humores de monarcas despóticos. Nesse sentido, acentua Barroso¹²³ ao expor sobre o constitucionalismo: "foi ele um dos principais trunfos da burguesia no acerto de contas com a monarquia absoluta."

Desta forma, o regime monárquico absolutista baseado no mercantilismo se tornou incompatível com a nova força econômica, a burguesia. É nesse cenário de crescente dominação burguesa que se fundamenta a origem, orientação e limites para o Estado em uma Constituição.

Nesta passagem para a modernidade¹²⁴, a compreensão do constitucionalismo, requer, concomitantemente, uma percepção de Estado, também submetido a uma série de transformações.

Segundo Canotilho:

O **Estado** é, assim, uma forma histórica de organização jurídica do poder dotada de *qualidades* que a distinguem de outros 'poderes' [...].[...] corresponde, no essencial, ao modelo de Estado emergente da Paz de Westfália (1648). Este modelo, assente,

¹²² O presente capítulo foi estruturado de modo a instrumentalizar os temas abordados no capítulo 1 e, especialmente, no capítulo 3, preocupação central desse trabalho acadêmico, que é a verificação da possibilidade de um controle de racionalidade de decisões judiciais, constatando-se a existência do fenômeno da judicialização da política. Assim, com esse referente se desenvolveu a pesquisa para o capítulo, que não tem como objetivo esgotar o tema, mas sim permitir uma compreensão do constitucionalismo, especialmente como base para o controle de constitucionalidade, que servirá, por sua vez para análise mais detalhada do objetivo principal deste trabalho.

¹²³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 161.

¹²⁴ Segundo Paniagua: "La inmensa mayoría de los Estados contemporáneos se rigen por una norma superior o suprema a la que denominan *constitución*, aunque sus contenidos no siempre sean convalidables con el mínimo exigible a una norma que lleve una denominación de esa naturaleza." PANIAGUA, Enrique Linde. **Constitucionalismo democrático**. (o los hombres em el centro del sistema político). Madrid: Colex, 2002, p. 15.

basicamente, na idéia de *unidade política soberana* [...] hoje relativamente em crise como resultado dos fenomenos da globalização, da internacionalização e da integração interestatal.¹²⁵

O Estado passa a receber em sua denominação uma determinante complementação tornando a ser chamado: “Estado constitucional”, reunindo assim, o Estado de Direito e o Estado Democrático. Importante ressaltar que este último elemento “não foi apenas introduzido para ‘travar’ o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de *legitimação* do mesmo poder (*to legitimize State power*)¹²⁶.

E assim se iniciam os primeiros contornos do constitucionalismo¹²⁷, como estrutura teórica desenvolvida e organizada como alternativa limitadora do poder a um Estado que não conhecia limites e não se preocupava com garantias individuais. Para Canotilho:

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade.¹²⁸

Capelletti, buscando a essência da teoria constitucionalista encontra elementos jusnaturalistas. Essa concepção deriva do entendimento de que o Estado de Direito se assentou nas liberdades civis e políticas. Ou seja, embora o constitucionalismo moderno deseje representar uma superação do jusnaturalismo, ele se funda em dois grandes marcos dessa doutrina.¹²⁹

É nessa perspectiva que a Constituição ganha destaque, como explica Capelletti, ao afirmar que a superioridade da norma constitucional

¹²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 89-90.

¹²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2002. p. 93;100 – destaque no original.

¹²⁷ Segundo Paniagua: “[...] la proclamação del pueblo como titular de la soberanía; la consagración y garantía del conjunto de derechos fundamentales y libertades públicas; y la organización del Estado de acuerdo con el sistema de división de poderes.” PANIAGUA, Enrique Linde. **Constitucionalismo democrático**. 2002, p. 15.

¹²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2002. p. 51 – destaque no original.

¹²⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984, p. 56.

vincula inclusive o legislador infraconstitucional. Esse fenômeno se desenvolve a partir da consagração da Constituição norte-americana de 1787 até os dias atuais, utilizando o critério da efetividade como garantidor dessa superioridade.¹³⁰

Para Canotilho:

Por **constituição moderna** entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político.^{131 132}

Segundo Canotilho é possível um outro conceito, isto é, Constituição em sentido histórico. Para ele tal Constituição é o conjunto de regras e estruturas institucionais conformadoras de uma ordem jurídico-política, em um determinado sistema político-social.¹³³

Já na visão de Kelsen, a Constituição é uma das fases de formação da vontade coletiva no Estado moderno. Como ela irá regular a criação

¹³⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1984, p. 10-11.

¹³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição** 2002, p. 52 – destaque no original.

¹³² Acredita-se relevante relembrar o ensinamento de Canotilho “[...] entre o `constitucionalismo antigo` e o `constitucionalismo moderno` vão-se desenvolvendo perspectivas políticas, religiosas e jurídico-filosóficas sem o conhecimento das quais não é possível compreender o próprio fenômeno da modernidade constitucional.[...] É difícil compreender a ideia moderna de *contrato social* sem conhecermos o filão da politologia humanista neoaristotélica centrado na ideia de *bem comum*. A progressiva aceitação de `pactos de domínio` entre governantes e governados como forma de limitação do poder ganha força política através da crença religiosa do calvinismo numa comunidade humana dirigida por um poder limitado por leis e radicado no povo. A ideia moderna de `República` terá de associar-se à categoria de *res publica mista*, com separação da *majestas realis* e da *majestas personalis*, que informou o modelo constitucional da Paz de Westfália. Quem quiser uma compreensão de algumas `palavras viajantes` da modernidade política, como *soberania*, *poder*, *unidade do Estado* e *lei* não poderá ignorar o relevantíssimo papel de autores como Bodin e da sua obra *Les Six Livres de La Republique* (1576) ou Hobbes e o seu famoso livro *The Leviathan* (1651). Mesmo os *maître-penseurs* do constitucionalismo moderno – Locke, Montesquieu e Rousseau – transportam, nalguns casos, `modos de pensar` antigos e só compreenderemos as suas propostas no contexto do saber e das `estratégias do saber` das escolas jurídicas seiscentistas e setecentistas – *jusnaturalismo*, *jusracionalismo*, *individualismo* e *contratualismo* [...]” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2002, p. 53-54.

¹³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2002, p. 53.

das demais normas do ordenamento jurídico, ela traduz a própria aplicação do Direito.^{134 135}

Ainda em Kelsen, tem-se uma interessante constatação sobre a relevância desses documentos normativos dotados de superioridade. Afirma o autor austríaco que durante o período das monarquias absolutas esse grau de superioridade das Constituições era possível, em tese, mas sem qualquer efetividade, uma vez que o monarca e suas vontades legislativas era superior a qualquer norma existente.¹³⁶

Já nas monarquias constitucionais, o papel das Constituições é modificado, pois é esse documento que, agora, exprime a forma do processo legislativo dotado de representação nacional. E por conter normas tão relevantes surge a necessidade de dotar tais preceitos normativos de superioridade e, conseqüentemente, estipular uma forma especial mais difícil de alteração. É o deslocamento dessa esfera de poder que traz a idéia de controle de constitucionalidade das leis.¹³⁷

Assim Kelsen¹³⁸ entende, a partir da questão da garantia da Constituição, a teoria da estrutura hierárquica da ordem jurídica como tradutora da relevância do texto constitucional. Para ele:

Não é exagero nenhum afirmar que somente ela permite apreender o sentido imanente dessa noção fundamental de 'Constituição', com a qual já sonhava a teoria do Estado da Antiguidade, porque essa noção implica a idéia de uma hierarquia das formas jurídicas.

Completa, Kelsen:

[...] a noção de Constituição conservou um núcleo permanente: a idéia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem.

¹³⁴ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Introdução e revisão técnica Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 125.

¹³⁵ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2003, p. 125.

¹³⁶ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2003, p. 127-128.

¹³⁷ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2003, p. 127-128.

¹³⁸ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2003, p. 130.

[...] é sempre fundamento do Estado, a base da ordem jurídica que se quer apreender.¹³⁹

De uma forma geral, um Estado onde o monarca não é mais o senhor absoluto da verdade e da lei, a vida da coletividade é estruturada por um conjunto de normas essenciais, que irão, ao final, além de criar e garantir o funcionamento da ordem estatal, prever e garantir mecanismos de proteção dessa nova ordem estabelecida.¹⁴⁰

Destaca Cappelletti a tentativa de transformar os valores supremos de determinada sociedade em direito escrito através da constitucionalização desses valores, afirmando que essa “relativização”, essa “positivação” também está sujeita a erros e variações, pois é fruto de uma instrumentalização criada pelo homem.¹⁴¹ Ou seja, segundo ele: “A Constituição pretende ser, no Direito moderno, uma forma legalista de superlegalismo, um retorno ao jusnaturalismo com os instrumentos do positivismo jurídico”.¹⁴²

A Constituição pode ser vista sob seu aspecto formal, composta e entendida como conjunto de normas promulgadas, fruto de um procedimento especial e protegidas por um sistema revisional igualmente especial e diferenciado do legislativo ordinário. Assim como, a Constituição pode ser entendida no seu aspecto material, que além da forma e procedimento, apresenta a disciplina da criação das normas essenciais do Estado, organizam os entes estatais e consagram o procedimento legislativo.^{143 144 145 146}

¹³⁹ Para Kelsen: “A Constituição não é [...] unicamente uma regra de procedimento, mas também uma regra de fundo; por conseguinte, uma lei pode ser, então, inconstitucional, seja por causa de uma irregularidade de procedimento em sua elaboração, seja em decorrência da contrariedade de seu conteúdo aos princípios ou diretrizes formulados na Constituição, quando excede os limites estabelecidos por esta.”. KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2003, p. 132.

¹⁴⁰ Para Kelsen: “Ela é a base indispensável das normas jurídicas que regem a conduta recíproca dos membros da coletividade estatal, assim com das que determinam os órgãos necessários para aplicá-las e impô-las, e a maneira como devem proceder, isto é, em suma o fundamento da ordem estatal.” KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2003, p. 131.

¹⁴¹ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1984, p. 130.

¹⁴² CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1984, p. 129.

¹⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2. ed.rev e atual.São Paulo: Saraiva, 2008, p. 999-1000.

¹⁴⁴ No Brasil não foi recepcionada a teoria que diferencia, quanto a possibilidade de controle, normas materialmente constitucionais das formalmente constitucionais. Isso significa, em outras

A par das características originais ou históricas, o constitucionalismo se aperfeiçoou no sentido de conferir ao seu instrumento nuclear – a Constituição, mecanismos de orientação e defesa. A atuação concreta da norma constitucional demandou, como elemento garantidor a existência de uma Justiça constitucional. Tal atividade judicial deve voltar-se a realização dos valores supremos esculpidos na Constituição. Neste sentido, segundo Cappelletti:

Refletindo as características da norma constitucional, para cuja atuação concreta ela deve velar, a justiça constitucional, através de uma interpretação acentuadamente discricionária (mas nem por isto arbitrária), se faz *jurisdição de equidade constitucional*, confiada a um 'órgão soberano', composto de juízes independentes e imparciais, voltados para a *humanização daquele Absoluto*, para a *concretização daqueles supremos valores* que, encerrados e cristalizados nas fórmulas das Constituições, seriam fria e estática irreabilidade. A justiça constitucional expressa, em

palavras, que não podem existir normas constitucionais inconstitucionais, como teorizado por Otto Bachof. Miranda ressalta: "Paradigmático desta corrente é o pensamento de Otto Bachof, [...] em que discrimina três contradições – contradição com normas constitucionais de grau superior, infracção de direito suprallegal positivado na lei constitucional e infracção de direito suprallegal não positivado – e em que, se nega a inconstitucionalidade no primeiro caso, sustenta que a isso se reconduzem a segunda e a terceira situações." MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2 ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 14.

¹⁴⁵ Ainda sobre a possibilidade de normas constitucionais inconstitucionais, Miranda: "No interior de *mesma* Constituição originária, obra do *mesmo* poder constituinte formal, não divisamos como possam surgir normas inconstitucionais." MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2005, p. 18. O mesmo autor completa: "[...] Precisamente, por estarem em causa limites transcendentais, declarados e não constituídos, no extremo poderá haver invalidade ou ilegitimidade da Constituição. O que não poderá haver será inconstitucionalidade: seria incongruente invocar a própria Constituição para justificar a desobediência ou a insurreição contra as suas normas." MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2005, p. 17- 18.

¹⁴⁶ Para Bonavides, o controle de constitucionalidade poderá ocorrer tanto em relação ao aspecto formal da norma, referindo-se ao processo legislativo, como em relação ao aspecto material – referindo-se ao conteúdo da norma. O primeiro é por excelência um controle da regularidade do processo de produção da norma. Nesse sentido, Bonavides reitera ao ensinar que não basta o acerto do legislador no tocante a forma prescrita ou ao órgão legiferante. Caso exista um excesso de competência, o controle formal será ativado juridicamente para exercer sua função hermenêutica, o que não se confunde com função legislativa. Já o controle material incide no conteúdo da norma o que, pela complexidade inerente à modernidade e seus aspectos plurais, origina grande debate na doutrina. Em contrapartida ao controle formal, acima explicitado, Bonavides, esclarece que "a interpretação constitucional toma amplitude desconhecida na hermenêutica clássica". Ao separar-se do modelo clássico acaba por gerar uma desconfiança nesse novo modo de interpretação daqueles que suspeitam que através dessa forma de controle estar-se-ia substituindo a vontade do Parlamento e do Governo pela vontade do Judiciário, gerando um superpoder e destruindo o princípio da separação de poderes. In: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12^a ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 269-270.

síntese, a própria vida, a realidade dinâmica, a vir a ser das 'Leis Fundamentais'.¹⁴⁷

Esta noção de supremacia dos valores constitucionais e da correspondente necessidade de garantir concretamente a superioridade da norma constitucional é que se encontra a razão existencial do controle de constitucionalidade. Assim, segundo Cappelletti:

[...] Mas a exigência de uma justiça acima das leis foi, de imediato, se apresentando novamente, com mais concreta evidência, sob forma de 'Declarações de Direitos' e de 'Constituições' tendo valor superior às próprias leis. É, exatamente, na *garantia de uma superior legalidade*, que o controle judicial de constitucionalidade das leis encontra sua razão de ser: [...]¹⁴⁸

Nesse sistema evolutivo de defesa da Constituição, numa aferição relacional valorativa e normativa surge o conceito de inconstitucionalidade. Para Miranda, ela retrata um juízo de valor feito pelo intérprete a partir dos conceitos expressos no texto constitucional. Isso faz com que seja obrigatória a aplicação dos valores ali expressos e, como se deseja que toda Constituição possua valores como os de liberdade, justiça, equidade, dentre outros, esses devem estar retratados no controle.¹⁴⁹

Dessa forma, o controle de constitucionalidade se apóia na constatação de que poderá, em determinada hipótese, haver um desvio relacional entre o conjunto harmônico de regras e princípios, com uma norma específica. A inconstitucionalidade deve, portanto, gerar uma reação, que, contudo, será verificada em um ambiente de rigidez e supremacia constitucionais.¹⁵⁰

¹⁴⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1984, p. 130.

¹⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1984, p. 129.

¹⁴⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2005, p. 18.

¹⁵⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2005, p. 19.

Ou seja, qualquer norma em desconcontro com o texto constitucional estará eivada do vício da inconstitucionalidade, que poderá advir de um aspecto formal, mas também em um aspecto material.¹⁵¹

O ponto de partida para a análise do controle da constitucionalidade é o entendimento de dois pressupostos: rigidez constitucional e a supremacia de uma Constituição.

Como primeiro pressuposto, a noção de rigidez constitucional surge a partir da constatação de uma diferenciação entre a norma constitucional e a legislação ordinária. Tal distinção é condição necessária para o estabelecimento de um sistema de controle constitucional. Barroso circunscreve o tema: “[...] a rigidez constitucional traduz a necessidade de um processo especial para reforma da Constituição, distinto e mais complexo do que o necessário para a edição das leis infraconstitucionais [...]”.¹⁵²

Assim, para teoria constitucionalista, podem existir Constituições rígidas e flexíveis. O binômio rigidez-flexibilidade, sob o aspecto jurídico-formal, diz respeito ao grau de formalismo do processo de reforma constitucional. Se semelhante ao processo legislativo ordinário, flexível. Se, por sua vez, diferenciado e mais dificultoso, rígido. O controle de constitucionalidade só é cabível em um sistema baseado em uma Constituição rígida.

Como segundo pressuposto, está o conceito de supremacia da Constituição. Cappelletti, ao tratar da origem do constitucionalismo e ao conferir os créditos à formulação norte-americana explica:

[...] antes de ter sido posto em prática o sistema norte-americano de *judicial review* (of the constitutionality of legislation), [...] nada de semelhante tinha sido criado. [...] com a Constituição norte-americana, teve verdadeiramente início a época do

¹⁵¹ La inconstitucionalidad de una ley puede consistir – como parece a primera vista – no sólo en que ha sido adoptada mediante un *procedimiento* no prescrito por la Constitución, sino que también puede tener un *contenido* que no debería tener según la Constitución; [...] In.: Kelsen, Hans. **Quién debe ser el defensor de la Constitución?** 1995. p. 24

¹⁵² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 2004, p. 163.

‘constitucionalismo’, com a concepção da *supremacy of the Constitution* em relação às leis ordinárias.¹⁵³

Para Barroso: “Por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental”.¹⁵⁴ Dessa forma, tanto o ordenamento interno, quanto o internacional para internamente vingar, devem manter uma relação de conformidade com a Constituição.

Essa idéia de conformidade ou não com a Constituição traduz-se na essência do controle de constitucionalidade¹⁵⁵. Barroso, aprofundando a questão, explica que essa conformidade se apóia na idéia de supremacia constitucional que, por sua vez, possui como pilares de sustentação a diferenciação entre poder constituinte e poder constituído e mais, entre os conceitos de Constituições rígidas e flexíveis.¹⁵⁶ O mesmo autor registra a clássica elaboração do Abade Syeyès, como sendo o primeiro a afirmar a distinção entre poder constituinte, poder constituído e a superioridade da Constituição, e teorizar que não haveria limitação ao poder constituinte, isto é, haveria uma limitação apenas: no direito natural.

O poder constituinte também foi objeto de estudo de Canotilho. Para o autor português, a questão cinge-se a análise de poder. O poder constituinte, assim, se traduz em uma autoridade política capaz de inovar a ordem constitucional, inclusive eliminando a constituição.^{157 158}

¹⁵³ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1984, p. 46.

¹⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 2004, p. 161.

¹⁵⁵ “Constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que cabe ou não cabe no seu sentido, que tem nela ou não a sua base. [...] Não se trata de relação de mero carácter lógico ou intelectual. É essencial uma relação de carácter normativo e valorativo, [...]” In.: MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2005, p. 7-8.

¹⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 2004, p. 162.

¹⁵⁷ Para o mesmo autor: “Se em Locke a sugestão de um poder constituinte aparecia associada ao *direito de resistência* reclamado pelo radicalismo *whing*, em Sieyès a fórmula *pouvoir constituant* surge estreitamente associada à luta contra a monarquia absoluta.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2002, p. 73.

¹⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2002. p. 65.

Uma constatação ressaltada por Canotilho é importante para a compreensão do tema: o poder constituinte foi teorizado justamente como elemento incondicionado na criação constitucional. Por outro lado, já se tinha, desde sua criação, a idéia muito clara de que ou a Constituição seria um corpo obrigatório de leis ou não seria nada. Assim, o estabelecido pela Constituição, fruto do poder constituinte, não pode simplesmente ser alterado ou desrespeitado. Essa constatação tem implicações importantíssimas, especialmente para o controle de constitucionalidade. Tal indagação, porém, não veio desacompanhada de problemas. Canotilho, por exemplo, levanta um paradoxo, ao refletir sobre os limites impostos pelo Poder Constituinte Originário às gerações futuras. Baseando sua argumentação nas idéias roussaunianas, indaga acerca de uma possível antidemocracia, na aferição dos limites impostos a sociedade de rever o texto originário da Constituição.¹⁵⁹

Canotilho ainda considera o que, acredita ser, já um sinal¹⁶⁰ para a resposta ao paradoxo acima encontrado:

O problema do titular do poder constituinte só pode ter hoje uma resposta democrática. [...] Só o **povo** entendido como um sujeito constituído por pessoas – mulheres e homens – pode ‘decidir’ ou deliberar sobre a conformação da sua ordem político-social. [...] só o *povo real* – concebido como *comunidade aberta de sujeitos constituintes* que entre si ‘contratualizam’, ‘pactuam’ e consentem o modo de governo da cidade -, tem o poder de disposição e conformação da ordem político-social.¹⁶¹

Assim, o constitucionalismo enfrenta suas críticas e reflexões estabelecendo que a supremacia constitucional existe onde há Constituição rígida. Segundo Barroso, “Por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental”.¹⁶²

¹⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2002, p.74.

¹⁶⁰ A grande chave do constitucionalismo é identificar a soberania popular com fator basilar de assentamento das instituições. Segundo Paniagua: “Afirmer que el pueblo es el soberano significa que hemos alcanzado lo que puede ser la última fase del constitucionalismo y del Estado moderno” PANIAGUA, Enrique Linde. **Constitucionalismo democrático**. 2002, p. 33

¹⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição** 2002, p.76.

¹⁶² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 2004. p. 161.

E continua, afirmando que a rigidez constitucional é uma “relação recíproca entre causa e efeito”, contribuindo significativamente para a primazia da Constituição e também para sua estabilidade, em divergência do que ocorre com a legislação ordinária.¹⁶³ Segundo Barroso essa supremacia se dá também em relação as instituições jurídicas vigentes, situando o ordenamento jurídico constitucional acima de todas normas e funcionando como critério de aferição de validade das demais normas infraconstitucionais.¹⁶⁴

Barroso ainda ressalta, comparando o modelo norte-americano com a tradição inglesa que “a idéia de supremacia da Constituição foi a mais importante criação do constitucionalismo norte-americano, ao lado do sistema federativo, e foi sua grande inovação [...]”.^{165 166}

Registra Cappelletti:

A Constituição norte-americana representou, em síntese, o arquétipo das assim chamadas Constituições ‘rígidas’, contrapostas às Constituições ‘flexíveis’, ou seja, o arquétipo daquelas Constituições que não podem ser mudadas ou derogadas, através de leis ordinárias, mas, eventualmente, apenas através de procedimentos especiais de revisão constitucional.¹⁶⁷

Barroso expõe ainda que “[...] a supremacia da Constituição e a missão atribuída ao Judiciário na sua defesa têm um papel de destaque no sistema geral de freios e contra-pesos”.^{168 169}

¹⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 2004. p. 164.

¹⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 2004. p. 163.

¹⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 2004. p. 164.

¹⁶⁶ Destaca-se ainda o pensamento do autor sobre a supremacia constitucional: “[...] a supremacia constitucional, em nível dogmático e positivo, traduz-se em uma superlegalidade formal e material. A superlegalidade *formal* identifica a Constituição como a fonte primária da produção normativa, ditando competências e procedimentos para a elaboração dos atos normativos inferiores. E a superlegalidade *material* subordina o conteúdo de toda a atividade normativa estatal à conformidade com os princípios e regras da Constituição. A inobservância dessas prescrições formais e materiais deflagra um mecanismo de proteção da Constituição, conhecido na sua matriz norte-americana como *judicial review*, e batizado entre nós de ‘controle de constitucionalidade’” BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 2004. p. 164.

¹⁶⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1984, p. 46-47.

¹⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 2004. p. 167.

¹⁶⁹ Há na doutrina que são pedras fundamentais do constitucionalismo americano o controle de constitucionalidade, o federalismo, os direitos individuais e o sistema check and balance. (vide Cass R Susstein). Para Cappelletti: “a concepção norte-americana (e não apenas norte-

Ressalta-se ainda que a rigidez e, por outro lado, a própria flexibilidade, conferida pelo estabelecimento de linhas essenciais, relevantes, mas que exigem definições ao longo dos tempos, conferem a possibilidade de coordenação entre estabilidade e desenvolvimento e evitam o congelamento da ordem jurídica.¹⁷⁰

Desta forma, em função da supremacia da Constituição e das formas de se verificar e controlar as relações de constitucionalidade e inconstitucionalidade desenvolvem-se as espécies de controle de constitucionalidade¹⁷¹. Segundo Barroso, quando explica justamente essa supremacia, ela habilita o intérprete a deixar de aplicar uma norma considerada inconstitucional a determinado caso concreto, denominado de controle incidental, ou o próprio órgão encarregado do controle direto, o Supremo Tribunal Federal, poderá suspender a eficácia de uma norma que não se compatibiliza com a ordem constitucional, tendo essa decisão efeitos *erga omnes*.¹⁷²

Desta forma, como não se pode admitir que uma lei ordinária contrarie uma previsão constitucional, que um processo de construção legislativa igualmente afronte às previsões constitucionais ou que uma lei viciada pela inconstitucionalidade afete interesses concretos incrementaram-se as formas de controle de constitucionalidade.

americana) dos *checks and balances*, inspirada não na ideologia da nítida separação, mas na do recíproco controle e equilíbrio dos poderes do Estado. Pelo que, à luz desta concepção, se explica perfeitamente, por um lado, como o poder judiciário possa controlar, na América, a legitimidade constitucional das leis – e também dos atos administrativos e, por outro lado, como os poderes legislativo e executivo possam [...] intervir, por sua vez, no momento da escolha e da nomeação dos juízes [...]”CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1984, p. 98.

Destaca-se ainda que “O controle de constitucionalidade, aliás, decorre do sistema americano de limitações e compensações (*checks and balances in government*), segundo célebre rol elaborado por John Adams em carta a John Taylor [...]” POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. **Controle de Constitucionalidade das Leis**. 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 30

¹⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2008. p. 1001.

¹⁷¹ Se conferir garantias à constituição é a base de um controle de constitucionalidade para Kelsen e significa “[...] garantias da regularidade das regras imediatamente subordinadas à Constituição, isto é, essencialmente, garantias da constitucionalidade das leis.” Assim, o controle de constitucionalidade para Kelsen tem particularidades. Kelsen desenvolve uma idéia de regularidade, como uma relação de correspondência entre os graus da ordem jurídica. “Cada grau da ordem jurídica constitui, pois, ao mesmo tempo, uma produção de direito com respeito ao grau inferior e uma reprodução do direito com respeito ao grau superior.” KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2003. p. 126-127.

¹⁷² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 2004. p. 371.

2.2 Das formas de controle de constitucionalidade

Segundo Mendes¹⁷³, quanto ao órgão de controle de constitucionalidade, tem-se: controle político, jurisdicional ou misto. Quanto ao modo de controle, tem-se principal ou incidental, quando a questão da constitucionalidade for ou não, respectivamente, o objeto principal da demanda proposta. Quanto ao momento do controle, tem-se preventivo ou repressivo, que diz respeito a verificação do vício da inconstitucionalidade, se antes ou após o aperfeiçoamento do ato controlado.

Diz-se controle político ou modelo francês de controle, quando a atividade de controlar é exercida por órgão classicamente tido como político. Tal orientação desse modelo decorre da histórica desconfiança francesa em relação aos juízes e reflexo do enraizamento da separação rígida de poderes.

O controle será jurisdicional, por sua vez, quando exercido por órgão do Poder Judiciário. Tendo como objeto especial dessa dissertação esse segundo, aspectos da modernidade impedem uma dicotomia entre política e jurisdição. Faz-se uma sucinta menção ao controle político de constitucionalidade, como explicado por Cappelletti:

[...] em certos Países, em lugar de um controle jurisdicional – ou, talvez, ao lado dele – existe um controle exercido por órgãos que podemos chamar *políticos*, mas não, *judiciários*. Usualmente, nestes sistemas o controle, ao invés de ser posterior à elaboração e promulgação da lei, é *preventivo*, vale dizer, ocorre antes que a lei entre em vigor, e, às vezes, se trata ainda de um controle com função meramente consultiva, isto é, a função de um mero parecer, não dotado de força definitivamente vinculatória para os órgãos legislativos e governamentais.¹⁷⁴

No Brasil, é marcante o controle jurisdicional, cabendo a todos os juízes tal atividade, e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal, a decisão final sobre a compatibilidade das normas infra-constitucionais com a Constituição. O controle de constitucionalidade jurisdicional se subdivide em:

¹⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2008. p. 1005-1006.

difuso, conhecido como modelo americano, concentrado, conhecido como modelo austríaco e eclético, numa simbiose entre os modelos americano e austríaco. O controle brasileiro pode ser classificado como eclético, ou seja, combina elementos do modelo americano, com elementos do modelo austríaco.¹⁷⁵

O controle de constitucionalidade jurisdicional se subdivide também em: incidental, quando a inconstitucionalidade é argüida, como questão incidental, no bojo de um processo judicial, ou ainda, principal¹⁷⁶, quando a questão da inconstitucionalidade tem natureza própria e independente de qualquer contexto concreto. Assim, pois, o controle de constitucionalidade principal é realizado em ações e processo próprios.

Quanto aos efeitos, o controle de constitucionalidade ainda pode ser dividido em: eficácia 'para todos', ou *erga omnes* ou eficácia para as partes, quando a norma é tida por inconstitucional, e tal decisão afeta a todos ou apenas as partes do processo em que é proferida, respectivamente.

Sob o aspecto orgânico ou subjetivo, o controle de constitucionalidade pode ser, em uma primeira forma, difuso,¹⁷⁷ quando está ao alcance de todo e qualquer juiz/tribunal a verificação da constitucionalidade.

¹⁷⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1984. p. 26.

¹⁷⁵ Há diversas classificações quanto ao controle de constitucionalidade. Cappelletti, por exemplo, corrobora com uma taxinomia própria a respeito do controle de constitucionalidade. Em suas palavras: "[...] ao aspecto `subjetivo` [...], quer dizer, aos *órgãos* aos quais pertence o poder de controle. [...] o elemento `modal`, ou seja, o modo, como a questão de constitucionalidade é argüida e resolvida, e o elemento `funcional`, isto é, os efeitos que a decisão judicial da questão de constitucionalidade produz, que em relação à lei submetida ao controle, quer, também, em relação ao caso concreto no qual a questão de constitucionalidade se tenha, eventualmente, apresentado. In.: CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1984. p. 67

¹⁷⁶ Lembra Barroso, que "O controle por via principal é associado ao controle concentrado e, no Brasil, terá normalmente caráter abstrato, consistindo em um pronunciamento em tese." Excepciona o autor, em tempo, a denominada ação de inconstitucionalidade interventiva, que recebe um pronunciamento não em tese, mas concreto. In: BARROSO, Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2009. 4ª ed. São Paulo. Saraiva. p. 50-51.

¹⁷⁷ Poletti, ao iniciar estudos sobre o controle difuso de constitucionalidade afirma: "A lembrança do *graphé paranomón* não retira o precedente histórico do Judiciário americano. Tanto aquela instituição da democracia ateniense, como os *fueros* do fim da sociedade feudal espanhola (Aragão e Navarra) e o *Droit d'enregistrement* dos parlamentos franceses sob o *ancien regime*, são fenômenos paralelos, porém não equiparáveis." POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. **Controle de Constitucionalidade das Leis**. 2001. p. 16. Nesse sentido, o autor citado explica o ineditismo do controle de constitucionalidade do modelo americano classicamente atribuído ao

Tal forma tem origem em 1803, nos EUA, na Suprema Corte, no caso *Marbury VS. Madison*,¹⁷⁸¹⁷⁹¹⁸⁰ em que o juiz presidente John Marshall, proferiu decisão emblemática. (5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803))

exposto no caso *Madison vs Marbury*. Sobre a *graphé paranomón* explica que era um instituto grego, da época de Péricles, que possibilitava a qualquer cidadão o exercício do direito de acionar o autor de uma moção ilegal (contrária a nomos). Ao autor e aos apoiadores da moção considerada contrária à lei haveria graves sanções, inclusive a perda da possibilidade de fazer novas proposições.

¹⁷⁸ Sobre o caso *Marbury VS Madison*: “Adams era o Presidente dos Estados Unidos e seu Secretário de Estado, John Marshall. Ambos pertenciam ao Partido Federalista, que foi fragorosamente derrotado por Jefferson e seus partidários. O novo Presidente e o Congresso deveriam ser empossados meses depois, tempo suficiente para que Adams efetivasse o seu testamento político. A fórmula encontrada pelos federalistas foi a de nomear os – digamos – correligionários para os cargos do Judiciário, onde usufruiriam das conhecidas garantias de vitaliciedade e de irredutibilidade de vencimentos. Um dos beneficiários disso foi Marshall, nomeado, depois de aprovação pelo Senado, para Presidente da Suprema Corte, cargo que acumulou com o de Secretário de Estado até a véspera da posse do novo Governo. Nesse ínterim [...] Marshall [...] não conseguiu entregar todos os títulos de nomeação, não obstante já perfeitos, inclusive assinados pelo Presidente e selados com o selo dos Estados Unidos. Um dos títulos não entregues nomeava William Marbury para o cargo de Juiz de Paz, no condado de Washington, no Distrito de Columbia. Quando Jefferson assumiu, determinou a seu Secretário de Estado, James Madison, que não entregasse o título da comissão a Marbury, por entender que a nomeação era incompleta até o ato de entrega da comissão. Marbury não tomou posse do cargo, e, por isso, requereu ao Tribunal a notificação de James Madison para que apresentasse suas razões [...]. Madison silenciou e não apresentou os embargos para o que fora notificado. Marbury, então, interpôs o *mandamus*. [...] A decisão, em todo caso, foi política e plurívoca. Marshall, primeiro, decidiu a causa quanto ao mérito, declarando o direito de Marbury à posse do cargo de Juiz. Com isso, tornava pública sua opinião, e a da Suprema Corte, de que Jefferson e Madison agiam ilegalmente ao não entregar o título ao nomeado. No entanto, não concedia a ordem, em face de uma preliminar. Com isso, não corria risco de ver desrespeitada a decisão. E, por último, declarava inconstitucional a lei fundamento do *mandamus*, pois ela dava poderes à Suprema Corte para ordenar a providência impetrada, enquanto a competência originária do Tribunal havia sido fixada pela Constituição e somente por esta poderia ser ampliada. Com isso, denegava o *mandamus*, pela preliminar de incompetência, ao mesmo tempo em que cristalizava um doutrina incômoda para o Governo e favorável aos federalistas, que, afinal, estavam no Poder Judiciário.” POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. **Controle de Constitucionalidade das Leis**. 2001, p. 31-33.

¹⁷⁹ Destaca Poletti: “O caso *Marbury v. Madison* (1803) revela a importância do sistema americano da construção do Direito. Ele é o primeiro dos *constitucional test cases*, aquele que iniciou a longa história da Suprema Corte dos Estados Unidos da América na evolução do controle da constitucionalidade das leis.” POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. **Controle de Constitucionalidade das Leis**. 2001. p. 40

¹⁸⁰ Poletti ressalta sobre o controle de constitucionalidade no modelo americano que “Marshall foi original na lógica imbatível de sua decisão, não porém quanto à substância de sua idéia. [...] A Justiça do Estado de New Jersey, em 1780, declarou nula uma lei por contrariar ela a Constituição do Estado. Desde 1782, os juízes da Virgínia julgavam-se competentes para dizer da constitucionalidade das leis. [...] Já Alexander Hamilton, nos artigos de *O Federalista* (cf. n. LXXVIII e LXXXI), quinze anos antes da histórica decisão de Marshall, sustentava a competência judiciária para a interpretação das leis e que a Constituição deveria ser vista pelos juízes como uma lei fundamental, com preferência sobre a lei ordinária. Poletti, explicando Hamilton, apresenta que o Judiciário é o poder que menos ameaça os direitos políticos previstos na Constituição, pois não teria a espada ou o dinheiro, tampouco força ou vontade, mas somente decisões que dependeriam de um braço executivo para ter eficácia. POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. **Controle de Constitucionalidade das Leis**. 2001, p. 25-26.

A Constituição Federal norte-americana de 1787, dispunha, [...] no art. VI, cláusula 2ª, que: `this Constitution (...) shall be the supreme Law of the Land; and the judges in every State shall be bound thereby (...)`. Este texto, [...] fixou, por um lado, aquilo que foi chamado, precisamente, de a *supremacia da Constituição*, e impôs, por outro lado, o poder e o dever dos juizes de negar aplicação às leis contrárias à Constituição mesma. É famosa, a este respeito, a sentença da *Supreme Court* (regia por seu Chief Justice, John Marshall) na causa *Marbury versus Madison* de 1803, na qual a alternativa entre Constituições rígidas e Constituições flexíveis e a necessidade de uma escolha entre uma e outra das duas soluções encontram-se enunciadas com insuperável clareza [...]. Ou a Constituição é uma lei fundamental, superior e não mutável pelos meios ordinários, ou ela é colocada no mesmo nível dos atos legislativos ordinários [...]. Se é correta a primeira alternativa, então é preciso concluir que um ato legislativo contrário à Constituição não é lei; se é correta, ao contrário, a segunda alternativa, então quer dizer que as Constituições escritas outra coisa não são que absurdas tentativas de limitar um poder que é, por sua natureza, ilimitável.^{181 182}

Completa ainda Cappelletti:

[...] Chief Justice John Marshall quando ele, em 1803, também sob a égide do bastante confuso art. VI, cláusula 2ª, da Constituição Federal de 1787, proclamou, em clara voz, no caso *Marbury versus Madison*, o ´principle, supposed to be essencial to all written consitutions, that a Law repugnant to the Constitution is void; and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument.¹⁸³

Segundo Cappelletti: “No método de controle ‘difuso’ de constitucionalidade [...] *todos os órgãos judiciários*, inferiores ou superiores, federais ou estaduais, têm, como foi dito, o poder e o dever de não aplicar as leis

¹⁸¹ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1984, p. 47-48.

¹⁸² Como base para o controle de constitucionalidade, Poletti, conforme Rui Barbosa citou Marshall (in os Atos Inconstitucionais) destaca o passagem de Marshall, cuja essência se registra: “[...] Ou havemos de admitir que a Constituição anula qualquer medida legislativa, que a contrarie, ou anuir em que a legislatura possa alterar por medidas ordinárias a Constituição. [...] Entre as duas alternativas não se descobre meio-termo. Ou, a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável por meios comuns; ou se nivela com os atos da legislação usual [...]. Se a primeira proposição é verdadeira, então o ato legislativo, contrário à Constituição, não será lei; se é verdadeira a segunda, então as constituições escritas são absurdos esforços do povo, por limitar um poder de sua natureza ilimitável.” POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. **Controle de Constitucionalidade das Leis**. 2001, p. 33-34. Percebe-se que a argumentação de Marshall foi no sentido de apoiar a primeira tese.

¹⁸³ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1984, p. 63.

inconstitucionais aos casos concretos submetidos a seu julgamento.”¹⁸⁴ Ou seja, nesse sistema todos os órgãos judiciários, sem exceção, poderão exercer incidentalmente esse poder de controle no momento em que forem chamados para desempenhar suas competências constitucionais. Interpretar a norma é função dos Magistrados, a fim de poder aplicá-las a cada caso concreto. E como principal regra, os Magistrados devem, no caso de divergências entre as normas, aplicar as prevalentes, conforme critérios de resolução de antinomias. Todavia, entre os critérios há que prevalecer o “*lex superior derogat legi inferiori*”. Nesse sentido, a norma constitucional sempre prevalecerá sobre a norma ordinária contrastante.^{185 186}

Em essência, segundo Cappelletti, o juiz tem o dever de decidir um caso, especialmente quando há norma em contraste com a norma constitucional. E, esse juiz, deve, nesse conflito, aplicar a norma constitucional.¹⁸⁷

O autor italiano prossegue o estudo realizando uma comparação importante entre os sistemas da *common law* e da *civil law* no que tange ao sistema de controle de constitucionalidade. Esclarece que no sistema da *civil law*, no qual não vige o princípio do *stare decisis* devido sua origem ser romanística, há possibilidade de qualquer Magistrado, no caso de adoção do modelo de controle norte americano, possa decidir se aplica ou não uma determinada norma de acordo com sua interpretação constitucional. Tal situação pode levar ao seguinte cenário: dois ou mais juízes decidindo de maneira diversa acerca da constitucionalidade da mesma norma, ou ainda, a possibilidade de um mesmo Tribunal aplicar uma norma hoje e deixar de aplicá-la amanhã por mudança no critério de interpretação. Nesse sentido, seriam formados contrastes

¹⁸⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1984, p. 76

¹⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1984, p. 67.

¹⁸⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1984, p. 75.

¹⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1984, p. 76.

relevantes entre os órgãos do Poder Judiciário, conduzindo a uma insegurança jurídica e a própria deslegitimação do Poder Judiciário.¹⁸⁸

Ao contrário, segundo Cappelletti, nos países de tradição da *common law*, existe o princípio vinculante dos precedentes, com consequências bem distintas, pois embora possam também surgir questões de divergências acerca da constitucionalidade das normas, essa será resolvida por um Tribunal Superior, tendo sua decisão efeito vinculante.^{189 190}

Conclui Cappelletti, por fundamentos que mesclam o sistema difuso, com o sistema (como se verá adiante) concentrado. Tal fundamentação se aproxima, do ponto de vista argumentativo, com alguns dos *topoi*¹⁹¹ estabelecidos para a fundamentação da abstrativização do controle concreto de constitucionalidade. Ensina Cappelletti:

Tão graves inconvenientes práticos, com sérias consequências de conflito e de incertezas, poderiam ser evitados ou, como foi feito na Suíça, atribuindo-se ao órgão supremo da justiça ordinária um poder de decisão que é susceptível de se estender, também, além do caso concreto e de anular, com eficácia *erga omnes*, a lei considerada inconstitucional – mas se cria, então, um sistema que

¹⁸⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1984, p. 77.

¹⁸⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1984, p. 80-81.

¹⁹⁰ O sistema americano aproveita-se até hoje do conceito de *stare decisis*, como se vê por uma segunda e também histórica decisão da Suprema Corte: “Dando à cláusula *due process* o significado de proteção de direitos substantivos, declarou a Suprema Corte, pela segunda vez em sua história, a inconstitucionalidade de uma lei do Congresso. O diploma, declarado nulo, proibira a escravidão nos territórios. Sua incompatibilidade em face da Lei Maior, sustentava Taney, decorria da afronta ao disposto na 5ª emenda, pois admitia pudesse um cidadão (no caso o proprietário do escravo Dred Scott) ser privado de bens de sua propriedade (o escravo negro) sem *due process* (o escravo pretendia haver adquirido a liberdade pela residência em território onde a escravidão era proibida). Segundo Taney, os negros não possuíam capacidade jurídica, logo não eram cidadãos, nem podiam agir perante os tribunais.” POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. **Controle de Constitucionalidade das Leis**. 2001, p. 45. Tal decisão é *sui generis* sobre o controle de constitucionalidade nos EUA e inclui-se na base de fundamentos para a guerra civil americana. Nessa ocasião a suprema corte era presidida pelo sucessor de Marshall, Taney (1836 a 1894)

¹⁹¹ Por *topoi*, plural de *topos* pode-se entender como lugares comuns, sujeitos a variações de tempo e espaço, que são utilizados como pontos de partida, por sua força persuasiva, para a construção argumentativa.

está, no mínimo, a meio caminho entre o `difuso' e o `concentrado' de controle'.¹⁹²

Canotilho também expõe sua visão sobre o modelo americano: “Nos Estados Unidos, o “império do direito” - **The Reign of Law** – ganhou contornos rasgadamente inovadores. [...] do Estado Constitucional dos Estados Unidos será de referir a idéia de *always under law*.”¹⁹³

Também cita Canotilho que é da essência do modelo americano “[...] os tribunais que exercem a justiça em nome do povo (*people's court*). [...] Se necessário, os juízes farão uso do seu `direito-dever' de acesso à constituição desaplicando as `más leis' [...]”¹⁹⁴

Outra questão relevante adotada pelo sistema norte americano é a absoluta nulidade da norma dita inconstitucional. Se nula, será totalmente ineficaz, cabendo ao Poder Judiciário apenas declarar essa nulidade.¹⁹⁵ Como se buscará detalhar, no modelo de controle de constitucionalidade concentrado ou sistema austríaco: “[...] a Corte Constitucional não declara uma nulidade, mas *anula, cassa (aufhebt)* uma lei que, até o momento em que o pronunciamento da Corte não seja publicado, é *válida e eficaz*, [...]”¹⁹⁶

Ressalte-se que no modelo austríaco, a sentença de inconstitucionalidade se reveste de um caráter constitutivo. A consequência dessa alteração processual faz com que a sentença não gere efeitos *ex tunc* (como no sistema norte-americano), mas sim, efeitos *ex nunc*, “não admitindo qualquer retroatividade da eficácia da anulação.”^{197 198}

¹⁹² CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1984, p. 79.

¹⁹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2002, p. 94.

¹⁹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2002, p. 95.

¹⁹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1984, p. 115-116.

¹⁹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1984, p. 116.

¹⁹⁷ Ressalva-se que no Brasil é diferente. A decisão é declaratória e o efeito é *ex tunc*.

¹⁹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1984, p. 117.

Assim, o modelo americano foi historicamente construído com base no controle difuso e concreto de constitucionalidade. Segundo Mendes, mesmo solidificada doutrinária e jurisprudencialmente essa modalidade de controle, é importante ressaltar que:

[...] embora possa imprimir maior flexibilidade ao sistema, a adoção da ação declaratória como técnica de controle de constitucionalidade não se confunde com as formas de controle direto ou em via principal.¹⁹⁹

Isto é, explica Mendes, “Indispensável se afigura a caracterização de um *case or controversy* hábil a ser deslindado judicialmente.”²⁰⁰

Assim, conclui Mendes: “Vê-se, pois, que inexiste no sistema americano uma modalidade de controle alheia ao conflito de interesse entre as partes.”²⁰¹

Na Europa, o controle de constitucionalidade teve seu início com a obra de Kelsen, introduzido na Constituição austríaca de 1920 (aperfeiçoado em 1929) atribuído a um único órgão, o Tribunal Constitucional. Como as decisões de controle eram de um único Tribunal, tal modelo ficou conhecido como concentrado, com diferenças marcantes em relação ao controle de constitucionalidade difuso, desenvolvido pelos norte-americanos.²⁰²

Sobre o modelo concentrado de controle, Barroso explica, que essa forma de controle acabou difundindo-se para a maioria dos países da Europa continental, ou seja, nesses países o controle de constitucionalidade (concentrado) é atribuído a um único órgão (o Tribunal Constitucional), “em

¹⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. A análise do direito comparado e nacional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 6.

²⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. A análise do direito comparado e nacional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 6.

²⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 2001, p. 6.

²⁰² CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1984, p. 67 e 68.

oposição ao método difuso norte-americano, em que qualquer juiz pode recusar aplicação de lei inconstitucional.”²⁰³

Essa visão concentrada de legitimidade de um órgão específico para exercer o controle constitucional deriva, segundo Cappelletti, da força da doutrina da rígida separação dos poderes. Isso porque, essa corrente doutrinária, fundamenta-se na supremacia da lei, com a exclusão dos juízes comuns no controle de validade dessas normas, pois tal interpretação e aplicação da norma inválida ultrapassaria a esfera de competência desses Magistrados, algo que conduziria, a sobreposição de um poder ao outro.²⁰⁴

Também exprime Cappelletti, abordando diferenças dos modelos americano e austríaco, no tocante ao aspecto modal que no sistema difuso o controle é exercitado de maneira incidental, são vistas a partir da análise de casos concretos, inexistindo um processo autônomo e instaurado com uma ação adequada.²⁰⁵

Por outro lado, no modelo concentrado, a via utilizada é a principal, com um processo autônomo e uma ação adequada e específica.²⁰⁶ Ressalte-se que na origem, isto é, antes da revisão de 1929, o controle de constitucionalidade necessitava de um pedido especial prévio²⁰⁷. Esse requisito de legitimação foi atenuado, já com a reforma de 1929:

Desta maneira, a reforma de 1929, atenuou, notavelmente, o grande defeito, antes realçado, do originário sistema austríaco de controle de leis: isto é, sua verdadeiramente excessiva limitação sob o aspecto ‘modal’, em suma, sob o aspecto dos *sujeitos* a

²⁰³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 2004. p. 168.

²⁰⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1984, p. 84.

²⁰⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1984, p. 102.

²⁰⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1984, p. 102.

²⁰⁷ “Na verdade, o sistema adotado, na Áustria, em 1920 – isto é, o sistema do texto originário da Constituição – mostrou-se logo totalmente insuficiente. Por ele [...] somente os Governos dos Lander e o Governo Federal eram legitimados para instaurar, em via principal, o processo de controle de constitucionalidade perante a Corte Constitucional, respectivamente em relação às leis federais e às leis dos Lander. Isto, claramente, significava que o controle de constitucionalidade acabava, praticamente, por ter uma função importante, mas muito limitada [...]”CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1984, p. 106.

*que pertence a legitimação para instaurar o processo de controle perante a Corte Constitucional, em que o poder de controle se concentra.*²⁰⁸

Mendes trata especialmente da questão da legitimação para o controle de constitucionalidade austríaco, afirmando que o Tribunal Constitucional possui competência para solucionar os casos constitucionais propostos por requerimento especial (*Antrag*) formulado pelo Governo Federal (*Bundesregierung*) em relação as normas estaduais ou pelo Governo estadual (*Landesregierungen*) no tocante as normas federais.²⁰⁹

Assim, o sistema original austríaco, foi, com o tempo, e com o aparecimento de novas Constituições européias, sofrendo sucessivos ajustes, inicialmente que se traduziram basicamente na extensão, aos ‘juízes comuns’ da legitimidade de provocação da corte constitucional para a operação de controle de constitucionalidade de uma lei aparentemente inconstitucional. Tal evolução, provocou com o passar do tempo, o surgimento de um modelo dito ‘europeu’, que permitia a combinação da previsão de uma ação direta ou de um controle incidental, tornando-se um método “[...] mais completo que o método ‘americano’.”²¹⁰

Tal modelo europeu, embora mais completo, também pode ser considerado mais perigoso, pois:

[...] pode efetivamente, dar, às vezes, à atividade das Cortes Constitucionais [...] uma coloração excessivamente política, ao invés de judicial. Ele pode, em outras e possivelmente mais corretas palavras, efetivamente dar consistência aos temores daqueles que vêem no poder de controle de constitucionalidade das leis exercido – mesmo em via de ação – pelas Cortes Constitucionais européias uma muito grave ameaça de interferência das próprias Cortes, na esfera do poder legislativo e, indiretamente, também na do poder executivo e de governo.²¹¹

²⁰⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1984, p. 108.

²⁰⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 2001, p.8.

²¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1984, p. 112.

²¹¹ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1984, p. 113-114.

Outra questão relevante do controle de constitucionalidade diz respeito a eficácia retroativa de sua decisão. Nesse sentido, conforme já exposto, o sistema austríaco optou por uma sentença de natureza constitutiva e, conseqüentemente, dotada de eficácia *ex nunc*, porém, *erga omnes* (*Allgemeinwirkung*). Até o momento da decisão de inconstitucionalidade a norma ainda geraria efeitos, os quais cessam para todos, do mesmo modo e ao mesmo tempo, após a decisão constitutiva de invalidade.^{212 213}

É possível uma imediata comparação com a eficácia inter-partes do sistema americano²¹⁴. Nos dizeres de Cappelletti, qualquer juiz deve se limitar a não aplicar uma norma que entenda ser inconstitucional ao caso concreto, agora com eficácia *inter partes*.²¹⁵

Isso permite a seguinte construção: na hipótese de uma norma ser considerada inconstitucional, dentro do sistema americano, fora da Suprema Corte, haverá a declaração de sua inconstitucionalidade, com eficácia *inter partes*.

Por outro lado, se a hipótese ocorresse dentro do sistema austríaco puro, essa norma será considerada perfeita e válida até ser publicado o pronunciamento da Corte Constitucional, constituindo-se sua inconstitucionalidade e com eficácia geral. Após a reforma, permitiu-se, em casos excepcionais, uma retroação da eficácia constitutiva a casos concretos.

²¹² Como se buscará explicar, ressalva-se, que no Brasil não é assim.

²¹³ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1984, p. 118.

²¹⁴ Essa característica é atenuada por força do princípio do *stare decisis*, quando o controle for feito por parte da Suprema Corte, que atinge eficácia *erga omnes*.

²¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1984, p. 118.

2.3 O incremento do controle de constitucionalidade no Brasil e a abstrativização dos efeitos do controle concreto de constitucionalidade

No Brasil²¹⁶, adota-se o sistema eclético, onde convivem o controle de constitucionalidade difuso e o concentrado. Há muitas nuances na evolução do controle de constitucionalidade no direito constitucional brasileiro. A Constituição imperial de 1824, sob influência francesa, como ensina Mendes “[...] ensejou que se outorgasse ao Poder Legislativo a atribuição de ‘fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las’, bem como ‘velar na guarda da Constituição’ [...]”.²¹⁷

O controle de constitucionalidade, sob inspiração americana, foi incorporado no ordenamento constitucional, na primeira Constituição republicana, de 1891. Por sua vez, o controle concentrado teve suas feições, ainda que rudimentares, incorporadas com a Emenda n. 16, de 1965.²¹⁸

Entretanto, é marcante o substancial incremento ao controle de constitucionalidade dado pela Constituição de 1988²¹⁹, que preservou o modelo difuso/incidental e requintou o controle concentrado.²²⁰

²¹⁶ Sobre a evolução do controle de constitucionalidade no direito brasileiro, Mendes afirma: “O controle judicial de constitucionalidade das leis tem-se revelado uma das mais eminentes criações do direito constitucional e da ciência política do mundo moderno. A adoção de formas variadas nos diversos sistemas constitucionais mostra, por outro lado, a flexibilidade e a capacidade de adaptação desse instituto aos mais diversos sistemas políticos.” MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2008. p. 1033.

²¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2008. p. 1033.

²¹⁸ Segundo ensina Barroso: “A questão da legitimidade democrática da jurisdição constitucional e do controle de constitucionalidade, embora não tenha sido totalmente ignorada pela doutrina brasileira, não foi, até muito recentemente, tema de especial sedução para os autores nacionais. É certo que, no Brasil, o controle de constitucionalidade foi introduzido de forma *expressa* pela Constituição de 1891, em norma positiva que implicava inequivocamente a fiscalização incidental e difusa das normas infraconstitucionais. Não se sujeitou, assim, à polêmica doutrinária que marcou sua criação nos Estados Unidos. Nem tampouco se verificou aqui, por razões múltiplas, o debate ideológico que acompanhou sua implantação na Europa.” BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 51-52.

²¹⁹ Merecem registro especialmente marcas da CFRB 88, que são as consagrações do *habeas corpus*, *habeas data*, *mandado de segurança*, *mandado de segurança coletivo*, *representação interventiva* para proteção dos princípios constitucionais sensíveis, *mandado de injunção*, além da ampliação do rol de legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade e a inclusão, pela Emenda 3, de 1993, da ação direta de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

²²⁰ O repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a supremacia da

O ordenamento infraconstitucional foi incrementado com duas leis que tratam do controle de constitucionalidade e seus efeitos. A lei n. 9868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre a Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) e a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), e a lei n. 9882, de 3 de dezembro de 1999, que dispõe sobre a Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), todas cuja competência originária é do Supremo Tribunal Federal.

Outro aspecto a se destacar na Constituição de 1988 foi a ampliação dos mecanismos e legitimações para o controle concentrado de constitucionalidade. Explica Mendes:

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.²²¹

Assim, uma nota marcante do constituinte de 1988 foi ampliar o sistema de controle abstrato de normas e alargar, consideravelmente, o alcance de seus mecanismos a diferentes órgãos da sociedade. Com isso, reforçou-se o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico, como num esforço de correção do sistema incidental predominante até então.²²² Como reforça Mendes, essa tendência já havia iniciado com a Emenda Constitucional n. 16 de 1965, que introduziu o controle abstrato no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.^{223 224}

Constituição. Esse postulado fundamental de nosso ordenamento normativo impõe que preceitos revestidos de menor grau de positividade jurídica guardem, necessariamente, relação de conformidade vertical com as regras inscritas na Carta Política, sob pena de ineficácia e de conseqüente inaplicabilidade. RTJ, 146:461, 1993, ADI 652 MA, rel. Min Celso de Mello.

²²¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 2001. p.63.

²²² O monopólio de ação outorgado ao Procurador-Geral da República no sistema de 1967/69 não provocou uma alteração profunda no modelo incidente ou difuso. Este continuou predominante, integrando-se a representação de inconstitucionalidade a ele como um elemento ancilar, que contribuía muito pouco para diferenciá-lo dos demais sistemas `difusos` ou `incidentes` de controle de constitucionalidade.²²²

²²³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 2001. p.63.

²²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 2001. p. 258.

Conclui Mendes que essa inversão das formas de controle de constitucionalidade no Brasil acabou por restringir radicalmente a amplitude do controle difuso.²²⁵

Nesse sentido de argumentação, passou-se à construção de uma retórica justificante de que o sistema, amplo, de controle de constitucionalidade, exercido pelo Supremo Tribunal Federal, exprime a verdadeira essência do espírito constituinte, que por opção, restringiu o sistema difuso. Assim, tal argumentação rebate às acusações de restrição à independência do juiz, provocada pela amplitude do controle concentrado. Segundo Mendes, tal independência deve ser pensada como liberdade dos demais órgãos do Poder Judiciário em relação aos demais órgãos estatais. Não haveria, de acordo com Mendes, restrição à independência de um Magistrado, em uma atividade de um Tribunal, que pode, por força constitucional, inclusive modificar, suspender ou cassar seus julgados.²²⁶

Outra questão relevante sobre o controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário ocorre em relação aos demais poderes. Segundo Barroso, nos Estados Unidos tem sido desenvolvida uma discussão sobre os limites dessa intervenção judicial. O debate gira em torno da questão da legitimidade, pois o Legislativo e o Executivo estariam acobertados sob o manto da legitimidade popular e, por isso, estariam sujeitos ao controle e responsabilização políticos, enquanto os juízes estariam protegidos dessa realidade.²²⁷

A partir dessa questão é possível compreender a afirmação de Barroso que “o controle incidental e difuso pode enquadrar-se na função típica do Judiciário.”²²⁸ Agora esse ajustamento não é tão preciso para o controle concentrado, em tese, em abstrato, que tem por objeto a compatibilidade de uma norma com a Constituição. Isso porque as constituições modernas impõem diretrizes e programas de atuação, por óbvio, dotados de normatividade, mas que

²²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 2001. p. 258-261

²²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 2001. p. 261.

²²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 2004. p. 168.

²²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 2004. p. 176.

abrem uma porta de interpretação para os Magistrados que nem sempre estarão preparados para tal situação. Como os representantes dos outros Poderes não amadurecem somente fechados em suas salas, como ocorre com os juízes, no entender de Barroso, essa atividade “mais próxima, às vezes – pela vastidão de suas repercussões e pela coragem e a responsabilidade das escolhas que ela necessariamente implica – da atividade do legislador e do homem de governo que da dos juízes comuns [...]”.²²⁹

Basicamente dois desafios são apresentados por Barroso sobre essa zona de militância comum entre os Tribunais e os legisladores. Para ele a primeira dificuldade que surge é a que ele denomina de “dificuldade contra-majoritária”, a qual se traduz pela composição não eletiva do Judiciário, que não deveria ser apta a invalidar pronunciamentos por órgãos com legitimidade popular. A segunda dificuldade é justamente o fato de que os pronunciamentos feitos pelo Judiciário se exaurem, em termos de controle democrático, no âmbito do próprio Judiciário.^{230 231 232}

Barroso esclarece uma alteração no viés dessa discussão, que sai do plano único constitucional e ingressa na filosofia do Direito e teoria democrática. Para ele, sobre as dificuldades enumeradas no parágrafo anterior: “Presta-se [...] deferência absoluta ao princípio da separação dos Poderes: o juiz limita-se a fazer atuar a decisão do constituinte ou do legislador.”²³³ Contudo, um entendimento com base nessas considerações não passa pelos novos filtros da moderna Teoria do Direito.

²²⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1984, p. 89-90.

²³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2009, p. 53.

²³¹ Ressalva Barroso, quanto a segunda dificuldade, que resta ao controle democrática a via da emenda constitucional, processo que afirma ser complexo e pouco comum. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2009, p. 53-54.

²³² Barroso, ao levantar as dificuldades, já reconhece que a tese da legitimidade do controle de constitucionalidade foi amplamente vitoriosa. Destaca a seguinte argumentação: “A Constituição, obra do poder constituinte originário e expressão mais alta da soberania popular, está acima do poder constituído, subordinando inclusive o legislador. Se a Constituição tem *status* de norma jurídica, cabe ao Judiciário interpretá-la e aplicá-la. [...] o Judiciário, ao interpretar as normas constitucionais, revela a vontade do constituinte, isto é, do povo, e a faz prevalecer sobre a das majorias parlamentares eventuais”. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2009, p. 55.

Assim, segundo Barroso:

[...] a norma – especialmente a norma constitucional, quando tem conteúdo fluido e textura aberta – oferece um conjunto de possibilidades interpretativas, figurando como uma moldura dentro da qual irá atuar a criatividade do interprete.²³⁴

Essas possibilidades implicam escolhas tornando o ato judicial, não simplesmente cognitivo, mas volitivo. Assim, conclui Barroso, frustra-se a legitimação do controle de constitucionalidade com base na concepção tradicional de separação dos Poderes. Este novo cenário desenvolve-se como marco do pós-positivismo que apresenta o esforço de minimizar, e até mesmo eliminar, os espaços discricionários do elemento volitivo da decisão constitucional, amparando-a com uma fundamentação racional²³⁵.

A verdadeira democracia não pode se assentar apenas no princípio majoritário. Também é imperiosa, como ensina Barroso, a realização de valores substantivos, a concretização dos direitos fundamentais e o respeito a procedimentos que assegurem a todas as pessoas participação livre e igualitária nos processos decisórios.²³⁶

Assim, para Barroso:

Ao Poder Judiciário cabe prestar jurisdição, que é a atividade estatal destinada a fazer atuar o direito objetivo, promovendo a tutela dos interesses violados ou ameaçados. A função jurisdicional é, tipicamente, de restauração da ordem jurídica

²³³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2009. p. 56.

²³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2009. p. 56.

²³⁵ É esclarecedora a passagem de Barroso: “Na quadra atual, onde é clara a insuficiência da teoria da separação dos Poderes, assim como inelutável a superação do modelo de democracia puramente representativa, multiplicam-se os argumentos de legitimação da jurisdição constitucional. Alguns deles: - o acolhimento generalizado da jurisdição constitucional representa uma ampliação da atuação do Judiciário, correspondente à busca de um novo equilíbrio por força da expansão das funções dos outros dois Poderes no âmbito do Estado moderno. – a jurisdição constitucional é um instrumento valioso na superação do déficit de legitimidade dos órgãos políticos eletivos [...]. – juízes e tribunais constitucionais são insubstituíveis na tutela e efetivação dos direitos fundamentais, núcleo sobre o qual se assenta o ideal substantivo de democracia. – a jurisdição constitucional deve assegurar o exercício e desenvolvimento dos procedimentos democráticos, mantendo desobstruídos os canais de comunicação, as possibilidades de alternância no poder e a participação adequada das minorias no processo decisório.” BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2009. p. 56.

²³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2009. p. 58.

quando vulnerada, e destina-se à formulação e à atuação prática da norma concreta que deve disciplinar determinada situação. O seu exercício pressupõe, assim, um conflito, uma controvérsia em torno da realização do direito, e visa a removê-lo pela definitiva e obrigatória interpretação da lei.²³⁷

O modelo que vem se estruturando no Brasil confere contornos ao STF muito próximos aos da Suprema Corte dos EUA. Segundo Poletti, a Suprema Corte foi a responsável pela idéia arraigada, naquela sociedade, de supremacia da Constituição. Há uma verdadeira simbiose entre esse órgão judicial, o governo e a Sociedade.²³⁸

Sobre uma decisão que conclua pela inconstitucionalidade, as Cortes superiores, no Brasil ou nos Estados Unidos, vêm prolatando decisões de ineficácia, que passam a ter efeitos erga omnes. Poletti destaca: “A declaração de inconstitucionalidade, embora tecnicamente circunscrita à espécie, [...] praticamente atua, pelos seus efeitos, com um ato de cassação da lei, como um verdadeiro ‘veto’, o que alguns chamam de veto judicial.”²³⁹

Dando voz ao ensinado por Kelsen: “[...] a anulação do ato inconstitucional é a que representa a principal e mais eficaz garantia da Constituição.”²⁴⁰, ao contrário do que se verifica em outras instâncias, o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concreto, vem analisando abstratamente a constitucionalidade de normas.

É verdade que as mais recentes alterações legislativas, sinalizam que o legislador converge para a necessidade do STF tornar-se verdadeiramente uma Corte constitucional. Nesse sentido tem-se, por exemplo, a necessidade da demonstração da repercussão geral²⁴¹, como requisito de admissibilidade de recursos extraordinários.

²³⁷ BARROSO, Luís Roberto. 2004, p. 175-176.

²³⁸ POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. **Controle de Constitucionalidade das Leis**. 2001, p. 42.

²³⁹ POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. **Controle de Constitucionalidade das Leis**. 2001, p. 62.

²⁴⁰ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2003, p. 148.

²⁴¹ Segundo Mendes: “A Emenda Constitucional n. 45/2004 (Reforma do Judiciário) consagrou no art. 102, parágrafo 3º, da Constituição, o instituto da repercussão geral, segundo o qual ‘no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-la pela manifestação de dois terços de seus membros. Tem-

O próprio STF desliga-se da mera solução controvertida, para fazer um verdadeiro controle abstrato de constitucionalidade, a partir de um caso concreto, buscando firmar-se como espaço de interpretação das normas constitucionais em seu tempo.

Tal situação ocorreu, por exemplo, na medida que o constituinte definiu que a suspensão da execução do ato declarado inconstitucional deveria ser feita pelo Senado Federal, afirmando que esse seria órgão legítimo para conferir eficácia *erga omnes*. Contudo a linha de argumentação do STF^{242 243} ao justificar seu posicionamento foi diversa e entendeu que suas decisões se aproximam do instituto do *stare decisis* americano, que empresta o efeito vinculante às decisões da Suprema Corte americana.

Barroso expondo uma interpretação histórico-literal argumenta que pode o Supremo Tribunal Federal, respeitada a cláusula da Reserva de Plenário, declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de uma norma e “Nesse caso, a tradição brasileira, iniciada com a Constituição de 1934, prevê a comunicação da decisão ao Senado Federal, que poderá suspender, [...] a execução da lei declarada inconstitucional”.^{244 245 246}

se uma mudança radical no modelo de controle incidental, uma vez de que os recursos extraordinários terão de passar pelo crivo da admissibilidade referente à repercussão geral. A adoção desse novo instituto deverá maximizar a feição objetivo do recurso extraordinário.” MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2008, p. 1077.

²⁴² Mendes argumenta que: “Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de emenda constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão-somente para as partes?” MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2008, p. 1082.

²⁴³ O mesmo autor afirma que a exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF em controles concretos dependa da atuação do Senado Federal perdeu parte de suas justificativas pela ampliação e aperfeiçoamento do controle abstrato de constitucionalidade. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2008, p. 1082.

²⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 128.

²⁴⁵ Essa hipótese vem expressa na CFRB 88, no artigo 52, inciso X.

²⁴⁶ Barroso apresenta: A razão histórica – e técnica – da intervenção do Senado é singelamente identificável. No direito norte-americano, de onde se transplantara o modelo de controle incidental e difuso, as decisões dos tribunais são vinculantes para os demais órgãos judiciais sujeitos à sua competência revisional. Isso é válido inclusive, e especialmente, para os julgados da Suprema Corte. Desse modo, o juízo de inconstitucionalidade por ela formulado, embora relativo a um caso concreto, produz efeitos gerais. Não assim, porém, no caso brasileiro, onde a tradição romano-

Segundo afirma Mendes, sobre as intervenções de abstrativização do STF: “É certo que a admissão da pronúncia de inconstitucionalidade com efeito limitado no controle incidental ou difuso [...], parece debilitar, fortemente, a intervenção do Senado Federal [...]”²⁴⁷

E assim estrutura-se uma forma de conferir, judicialmente, a eficácia geral às decisões de controle concreto no STF, sob a argumentação de que os fatores da modernidade levam à compreensão que o artigo 52, X, da CRFB/88 sofreu uma mutação constitucional²⁴⁸ e deve ser compreendido de uma nova forma. Barroso, mencionando tal corrente de pensamento, apresenta que nessa ótica, as eficácias geral e vinculante ocorreriam nos moldes do controle concentrado e abstrato de normas, cabendo ao Senado Federal editar resolução

germânica vigente não atribui eficácia vinculante às decisões judiciais, nem mesmo às do Supremo Tribunal. Desse modo, a outorga ao Senado Federal de competência para suspender a execução da lei inconstitucional teve por motivação atribuir eficácia geral, em face de todos, *erga omnes*, à decisão proferida no caso concreto, cujos efeitos se irradiam, ordinariamente, apenas em relação às partes do processo.” BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2009. p. 129.

²⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2008. p. 1083.

²⁴⁸ Destaca-se passagem do voto do Ministro Gilmar Mendes no STF HC 82.959-7: “[...], que trata das consequências da diferença entre lei e Constituição, propicia-se uma **releitura** do fenômeno da chamada **mutação constitucional**, asseverando-se que as situações da vida são constitutivas do significado das regras de direito, posto que é somente no momento de sua aplicação aos casos ocorrentes que se revelam o sentido e o alcance dos enunciados normativos. Com base em Perez Luño e Reale, enfatiza-se que, em verdade, a norma jurídica não é o *pressuposto*, mas o *resultado* do processo interpretativo ou que a *norma* é a sua *interpretação*.”

Essa colocação coincide, fundamentalmente, com a observação de Häberle, segundo a qual não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada (*Es gibt keine Rechtsnormen, es gibt nur interpretierte Rechtsnormen*), ressaltando-se que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública (*Einen Rechssatz “auslegen” bedeutet, ihn in die Zeit, d.h. in die öffentliche Wirklichkeit stellen – um seiner Wirksamkeit willen*). Por isso, Häberle introduz o conceito de *pós-compreensão* (*Nachverständnis*), entendido como o conjunto de fatores temporalmente condicionados com base nos quais se compreende “supervenientemente” uma dada norma. A *pós-compreensão* nada mais seria, para Häberle, do que a *pré-compreensão do futuro*, isto é, o elemento dialético correspondente da idéia de *pré-compreensão* (Häberle, Peter. “Zeit und Verfassung”. in: *Probleme der Verfassungsinterpretation*, org.: Dreier, Ralf/Schwegmann, Friedrich, Nomos, Baden-Baden, 1976, p.312-313).

Tal concepção permite a Häberle afirmar que, em sentido amplo, toda lei interpretada – não apenas as chamadas leis temporárias – é uma lei com duração temporal limitada (*In einem weiteren Sinne sind alle – interpretierten – Gesetzen “Zeitgesetze” – nicht nur die zeitlich befristeten*). Em outras palavras, o texto, confrontado com novas experiências, transforma-se necessariamente em um outro.

Essa reflexão e a idéia segundo a qual a atividade hermenêutica nada mais é do que um procedimento historicamente situado autorizam Häberle a realçar que uma interpretação constitucional aberta prescinde do conceito de *mutação constitucional* (*Verfassungswandel*) enquanto categoria autônoma.” STF HC 82.959-7 SP

com fundamento no princípio da publicidade e não como *conditio sine qua non* desse efeito *erga omnes*²⁴⁹.

Resgatando passagem de Barroso:

parece plenamente possível conciliar democracia e jurisdição constitucional [...]. [...] a Constituição desempenha dois papéis principais [...]. [...] veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático [...]. [...] o outro [...] é o longo princípio da separação dos Poderes, que passa a conviver com realidades novas e inexoráveis, às quais precisa adaptar-se.²⁵⁰

Todavia, a interpretação judicial diferenciada da visão clássica passa a ser um ato de conhecimento, e o que destaca Barroso, é que tal decisão deve ser “subordinada aos princípios que regem o sistema constitucional, às circunstâncias do caso concreto, ao dever de fundamentação racional e ao debate público.”²⁵¹

Dessa maneira, nesse novo marco pós positivista, a indeterminação do Direito e o marcante papel do Poder Judiciário, inclusive como intérprete dos valores supremos estabelecidos na Constituição, aprofundam os interesses em se verificar a possibilidade de se avaliar racionalmente uma decisão judicial. Para tanto, por opção metodológica, elegeu-se uma decisão de controle de constitucionalidade e se buscará amparo na Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy.

²⁴⁹ Essa corrente de pensamento fica bem cristalizada por ocasião da decisão do Ministro Gilmar Mendes na Reclamação 4335-AC. Por ocasião dessa decisão, Mendes argumentou que em face da amplitude conferida ao controle abstrato de normas e da possibilidade de se suspender, até mesmo de forma liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, no contexto da CRFB/88, o instituto da suspensão da execução do ato pelo Senado, inspirado numa concepção de separação rígida de poderes, estaria enfraquecido e ultrapassado, valendo-se a própria decisão para declarar seus efeitos.

²⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2009. p. 58-59.

¹³³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2009. p. 59.

CAPÍTULO 3

A teoria da argumentação jurídica de Alexy e a possibilidade de avaliação da racionalidade de uma decisão de controle de constitucionalidade concreto abstrativizada.

Se por um lado, como apresentado no Capítulo 1, a insuficiência de respostas pelo aparato estatal executivo e pela profunda crise legislativa, cada vez mais, estão abrindo flancos para atuação do controle judiciário, caracterizando a judicialização como um fenômeno reconhecido tanto pelo eixo procedimentalista quanto pelo substancialista, por outro, a ausência de amparo racional em diversas decisões judiciais leva a constatação de que o ativismo judicial é um risco intensificado no marco pós positivista.

Com esta orientação surge o interesse de se verificar a possibilidade de avaliar racionalmente as decisões judiciais. Como o universo é amplo, elegeu-se, em especial, uma decisão de controle concreto de constitucionalidade, esse com seus elementos apresentados no Capítulo 2, cujos efeitos foram abstrativizados pelo Supremo Tribunal Federal. A referida decisão apresenta contornos bem definidos do fenômeno pesquisado, assim como carrega uma semiologia destacada desta nova postura do Poder Judiciário.

Assim, com este objetivo, no presente Capítulo se apresentará o momento particular em que o STF desenvolve um processo normativo abstrato e vinculante ao resolver uma questão concreta.

A seguir, estudar-se-á a teoria da argumentação jurídica proposta por Robert Alexy, como arcabouço que permita responder a questão da racionalidade das decisões judiciais.

3.1 A decisão de controle de constitucionalidade concreto abstrativizada

Em 2006, o STF, ao apreciar o *Habbeas Corpus* (HC) nº 82959, originário do Estado de São Paulo, aborda temas até certo ponto corriqueiros da dogmática jurídica, mas também elementos marcantes de uma nova visão de controle de constitucionalidade, da identificação do fenômeno da mutação constitucional, da aproximação entre política e Direito, da função interpretativa do Judiciário, o que torna este HC um importante exemplar para o estudo neste trabalho.

O STF, analisando um caso concreto, em um período de grandes debates sociais sobre a questão delicada de política de combate às drogas (explicitamente apresentada pela Lei 11.343 do mesmo ano do HC), em uma situação na qual caberia, segundo a legislação posta, controle de constitucionalidade incidental, com efeito restrito às partes, prolata decisão, fundamentando-a em uma interpretação inédita do Direito e abstrativiza seus efeitos, tornando-os *erga omnes* e vinculantes.²⁵²

A princípio, o que era uma situação jurídica estabilizada e definida na legislação, na qual o controle 'subjeto' de constitucionalidade tinha sua particularidade e seus efeitos restritos aos sujeitos integrantes da específica relação processual e que não se confundiam com o controle 'objetivo' de constitucionalidade - esse sim voltado ao controle normativo em tese, cujos efeitos deveriam ser a todos - passa a compor um novo cenário normativo, interpretado pelos magistrados do Tribunal citado, que ao solucionar um caso concreto, argumentam por uma necessidade de 'modular' seus efeitos, atingindo a todos e vinculando futuras decisões de suas turmas, outros Tribunais, Juízes e demais órgãos públicos.

A situação histórica ainda é enriquecida por ocasião de uma Reclamação²⁵³, desencadeada por um entendimento diferente de um

²⁵² A decisão em sede de *Habbeas Corpus* não foi unânime. Todavia, optou-se, por um critério didático, usar a expressão STF para analisar o posicionamento favorável da maioria dos Ministros.

²⁵³ Reclamação de nº 4335/AC.

componente da magistratura estadual frente aos efeitos vinculantes da referida decisão do HC.

Assim, tem-se, nessa dimensão, todo um complexo de tensões entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, que sincronicamente 'legislam', bem como divergências interpretativas (com decisões frontalmente divergentes) internas ao próprio Poder Judiciário.

Desta forma, no HC 82959, o STF declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º da Lei 8072/90²⁵⁴, que vedava a progressão do regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos. Nessa parte da decisão, a interpretação sobre a dogmática do controle concreto de constitucionalidade e seus sucedâneos sofreu profundas alterações. Tal decisão trouxe a argumentação pela adoção da teoria da abstrativização dos efeitos da sentença, algo só previsto pelo Legislador para a outra modalidade de controle - o controle abstrato de constitucionalidade, previsto no artigo 27, da Lei 9868/99²⁵⁵.

No referido julgado, o STF aponta os pilares que fundamentam sua tese de abstrativização: a compatibilidade do sistema difuso com a doutrina da limitação dos efeitos ao tempo e a possibilidade de compatibilização de decisões nos modelos concreto e abstrato, no tocante a opção do julgador em atribuir excepcional modulação dos efeitos de uma decisão de controle concreto.

O primeiro dos pilares partiu do reconhecimento do dispositivo expresso na Lei 9868/99, que autoriza a declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos para o controle concentrado.

Seguiu-se, então, para uma argumentação histórica sobre a

²⁵⁴ Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança e liberdade provisória.

§1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

²⁵⁵ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

limitação de efeitos do controle de constitucionalidade. Relembrou, na decisão, o Ministro Mendes, que nos Estado Unidos passou-se a admitir, marcadamente após a Grande Depressão, a necessidade de se estabelecer limites a uma decisão de inconstitucionalidade. Lá, como argumentou o Ministro, a questão da necessidade de se enfrentar a flexibilização dos efeitos ficou mais evidente, na exata delimitação do alcance de uma declaração de inconstitucionalidade para questões criminais, pois “Se as leis ou atos inconstitucionais nunca existiram enquanto tais, eventuais condenações nelas baseadas quedam ilegítimas, [...]”.²⁵⁶ E isso, obviamente, teria uma consequência para uma impugnação imediata de todas as condenações baseadas na lei inconstitucional. Por outro lado, se a declaração tivesse seus efeitos apenas inter-partes não haveria de causar esse efeito nos julgamentos anteriores.

Assim, prosseguiu o Ministro Mendes afirmando que, os Estados Unidos foram, ao tempo, tratando a questão como uma questão de política, permitiram a flexibilização da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, que deveria harmonizar-se com a realidade política do momento do País. Tal percepção deveria ser, segundo a argumentação, papel da Suprema Corte.

Nesta direção, o STF enfrentou a primeira questão – a possibilidade, com base nas origens históricas do modelo, de modulação dos efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade no sistema difuso, ou, sob um outro prisma, a compatibilidade do sistema difuso com a doutrina da limitação dos efeitos ao tempo.

Uma segunda tese de sustentação foi apresentada no HC e circunscreveu-se ao tema da compatibilização de decisões nos modelos concreto e abstrato, destacadamente a possibilidade de optar-se por uma modulação excepcional dos efeitos de uma decisão de inconstitucionalidade sobre o caso concreto.

O STF, sobre a referida tese, construiu o entendimento de que se houver declaração de inconstitucionalidade, na forma como decidida no

²⁵⁶ HC 82959

HC, essa decisão afetará demais situações idênticas, inclusive situações que já tenham sido levadas ao Judiciário e estejam tramitando em instâncias diversas, pois, para o STF: “A inconstitucionalidade da lei há de ser reconhecida a partir do trânsito em julgado.” Desta forma, fundamenta o julgado: “[...] Os casos concretos ainda não transitados em julgado hão de ter o mesmo tratamento (decisões com eficácia *ex nunc*) se e quando submetidos ao STF.”²⁵⁷

Na construção de sua decisão, o STF argumentando pelo valor que se deve dar à segurança jurídica, prosseguiu no entendimento de que seria razoável que o próprio Tribunal declarasse, nos casos de controle de constitucionalidade concreto, os efetivos alcances de sua decisão.²⁵⁸

Com base nessas duas teses, o STF consolidou caminho para a argumentação de uma forma diferenciada de interpretação do Direito, no sentido de flexibilização das características de suas decisões de controle concreto de constitucionalidade, justificando que a norma de abstrativização contida na Lei 9868/99 possui caráter interpretativo, devendo ser orientada pela segurança jurídica e pelo excepcional interesse social, ambos revestidos por normas constitucionais²⁵⁹.

²⁵⁷ HC 82959

²⁵⁸ Textualmente o HC apresenta: “Essa ressalva assenta-se em razões de índole constitucional, especialmente no princípio da segurança jurídica. Ressalte-se aqui que, além da ponderação central entre o princípio da nulidade e outro princípio constitucional, com a finalidade de definir a dimensão básica da limitação, deverá a Corte fazer outras ponderações, tendo em vista a repercussão da decisão tomada no processo de controle *in abstracto* nos diversos processos de controle concreto. Dessa forma, tem-se, a nosso ver, uma adequada solução para o difícil problema da convivência entre os dois modelos de controle de constitucionalidade existentes no direito brasileiro, também no que diz respeito à técnica de decisão.[...] Assim, configurado eventual conflito entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica, que, entre nós, tem *status* constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em um processo de complexa ponderação. Desse modo, em muitos casos, há de se preferir a declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritos à insegurança jurídica de uma declaração de nulidade, como demonstram os múltiplos exemplos do direito comparado e do nosso direito.[...] Assim sendo, ressalvada a hipótese de uma declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos (art. 27, Lei nº 9.868, de 1999), a declaração de inconstitucionalidade (com eficácia *ex tunc*) em relação a sentenças já transitadas em julgado poderá ser invocada, eficazmente, tanto em ação rescisória, como nos embargos à execução.

Às vezes, invoca-se diretamente fundamento de segurança jurídica para impedir a repercussão da decisão de inconstitucionalidade sobre as situações jurídicas concretas. [...] Não se afirme que, sob a Constituição de 1988, o STF teria rejeitado a possibilidade de adotar a técnica de decisão com efeitos limitados. [...]”HC nº 82959/SP.

²⁵⁹ Nessa passagem, reforça o HC: “No que diz respeito à segurança jurídica, parece não haver dúvida de que encontra expressão no próprio princípio do Estado de Direito consoante, amplamente aceito pela doutrina pátria e alienígena. Excepcional interesse social pode encontrar fundamento em diversas normas constitucionais. O que importa assinalar é que, consoante a

Assim, em essência, com a combinação de fundamentos e teses, constantes no relatório e votos, o STF construiu a tese da flexibilização dos efeitos de uma decisão em controle concreto de constitucionalidade, estendendo tais efeitos, pela interpretação constitucional marcante realizada, a situações além das partes envolvidas.

Tal verdadeira norma de extensão, segundo o referido órgão jurisdicional, deveria vincular as demais instâncias do Judiciário, sob o argumento de que todo o Poder Judiciário advém da mesma Constituição e que, portanto, toda inconstitucionalidade deve ser por ele observada.

interpretação aqui preconizada, o princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social (Cf., a propósito do direito português, Medeiros, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, cit., p. 716).

Observe-se que sequer o argumento de que a existência de uma decisão alternativa acabaria por debilitar a aplicação da norma constitucional há de ter acolhida aqui. Como observa Garcia de Enterría, se não se aceita o pronunciamento prospectivo, não se declara a inconstitucionalidade de um número elevado de leis, permitindo que se crie um estado de *greater restraint* (Cf., Garcia de Enterría, *Justicia Constitucional*, cit., p. 13). Tudo indica, pois, que é a ausência de uma técnica alternativa à simples declaração de nulidade que pode enfraquecer a aplicação da norma constitucional.

Portanto, o princípio da nulidade continua a ser a regra também no direito brasileiro. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social relevante. Assim, aqui, como no direito português, a não-aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio.

No caso em tela, observa-se que eventual declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc* ocasionaria repercussões em todo o sistema vigente.

[...]

Conclusão

Considerando que, reiteradamente, o Tribunal reconheceu a constitucionalidade da vedação de progressão de regime nos crimes hediondos, bem como todas as possíveis repercussões que a declaração de inconstitucionalidade haveria de ter no campo civil, processual e penal, reconheço que, ante a nova orientação que se desenha, a decisão somente poderia ser tomada com eficácia *ex nunc*. É que, como observa Larenz, também a justiça constitucional não se opera sob o paradigma do '*fiat justitia, pereat res publica*'. Assente que se cuida de uma revisão de jurisprudência, de um autêntico '*overruling*', e entendo que o Tribunal deverá fazê-lo com eficácia restrita. E, certamente, elas não eram – nem deveriam ser consideradas – inconstitucionais, quando proferidas.

Com essas considerações, também eu, Senhor Presidente, declaro a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072, de 1990. Faço isso, com efeito ***ex nunc***, nos termos do artigo 27 da Lei nº 9.868, de 1999, que entendo aplicável à espécie. Ressalto que esse efeito *ex nunc* deve ser entendido como aplicável às condenações que envolvam situações ainda suscetíveis de serem submetidas ao regime de progressão.

Defiro a ordem de *habeas corpus*, para que se devolva ao juízo de origem o exame acerca do preenchimento pelo paciente das condições para a progressão de regime.

[...]” HC nº 82959/SP

A decisão pela vinculação de seus efeitos gerou indefinições e decisões divergentes na jurisdição criminal brasileira. Isso desencadeou uma Reclamação dirigida ao próprio STF²⁶⁰, que por sua vez oportunizou o reforço da

²⁶⁰ Reclamação de nº 4335/AC. Vale destacar no seguinte Informativo da Procuradoria da República da 1ª Região a essência da questão:

“O Tribunal iniciou julgamento de reclamação ajuizada contra decisões do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco-AC, pelas quais indeferira pedido de progressão de regime em favor de condenados a penas de reclusão em regime integralmente fechado em decorrência da prática de crimes hediondos. Alega-se, na espécie, ofensa à autoridade da decisão da Corte no HC 82959/SP (DJU de 1º.9.2006), em que declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos. O Min. Gilmar Mendes, relator, julgou procedente a reclamação, para cassar as decisões impugnadas, assentando que caberá ao juízo reclamado proferir nova decisão para avaliar se, no caso concreto, os interessados atendem ou não os requisitos para gozar do referido benefício, podendo determinar, para esse fim, e desde que de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. Rcl 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 1º.2.2007. (Rcl-4335)

Preliminarmente, quanto ao cabimento da reclamação, o relator afastou a alegação de inexistência de decisão do STF cuja autoridade deva ser preservada. No ponto, afirmou, inicialmente, que a jurisprudência do STF evoluiu relativamente à utilização da reclamação em sede de controle concentrado de normas, tendo concluído pelo cabimento da reclamação para todos os que comprovarem prejuízo resultante de decisões contrárias às suas teses, em reconhecimento à eficácia vinculante erga omnes das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado. Em seguida, entendeu ser necessário, para análise do tema, verificar se o instrumento da reclamação fora usado de acordo com sua destinação constitucional: garantir a autoridade das decisões do STF; e, depois, superada essa questão, examinar o argumento do juízo reclamado no sentido de que a eficácia erga omnes da decisão no HC 82959/SP dependeria da expedição da resolução do Senado suspendendo a execução da lei (CF, art. 52, X). Para apreciar a dimensão constitucional do tema, discorreu sobre o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade. Rcl 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 1º.2.2007. (Rcl-4335)

Aduziu que, de acordo com a doutrina tradicional, a suspensão da execução pelo Senado do ato declarado inconstitucional pelo STF seria ato político que empresta eficácia erga omnes às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade proferidas em caso concreto. Asseverou, no entanto, que a amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de se suspender, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, no contexto da CF/88, concorreram para infirmar a crença na própria justificativa do instituto da suspensão da execução do ato pelo Senado, inspirado numa concepção de separação de poderes que hoje estaria ultrapassada. Ressaltou, ademais, que ao alargar, de forma significativa, o rol de entes e órgãos legitimados a provocar o STF, no processo de controle abstrato de normas, o constituinte restringiu a amplitude do controle difuso de constitucionalidade.

Rcl 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 1º.2.2007. (Rcl-4335)

Considerou o relator que, em razão disso, bem como da multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral e do advento da Lei 9.882/99, alterou-se de forma radical a concepção que dominava sobre a divisão de poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a EC 16/65 e a CF 67/69. Salientou serem inevitáveis, portanto, as reinterpretações dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, notadamente o da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e o da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal. Reputou ser legítimo entender que, atualmente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso. Concluiu, assim, que as decisões proferidas pelo juízo reclamado desrespeitaram a eficácia erga omnes que deve ser atribuída à decisão do STF no HC 82959/SP. [...]”

Rcl 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 1º.2.2007. (Rcl-4335). (BOLETIM NUCRIM)

tese do efeito vinculante da decisão construída a partir do HC 82959.

Tal decisão espelha bem a realidade do Poder Judiciário no marco pós positivista e está revestida de um marcante caráter interpretativo. Aponta inegavelmente para a proximidade entre Direito e Argumentação Jurídica. Desta forma, para o prosseguimento no sentido do objetivo deste trabalho, que é a possibilidade de se verificar a racionalidade de uma decisão judicial, busca-se o apoio na teoria da argumentação desenvolvida por Alexy.

3.2 Um estudo sobre a teoria da argumentação jurídica de Alexy

Em um esforço para construção de modelos de racionalidade que orientem as decisões judiciais, a argumentação jurídica conheceu um extraordinário desenvolvimento nos últimos anos²⁶¹.

Com os novos paradigmas do Direito contemporâneo, muitas decisões judiciais não vão surgir a partir de um simples processo de subsunção do fato a norma estampada. Alexy destaca quatro razões para não haver espaço sempre para uma simples conclusão lógica:

[...] (1) a imprecisão da linguagem jurídica, (2) a possibilidade de conflitos de normas, (3) o fato de que são possíveis casos que necessitem de uma regulação jurídica, mas para cuja regulação não exista uma norma já vigente, e (4) a possibilidade, em casos especiais, de decidir inclusive contra o teor literal de uma norma.²⁶²

Segundo Alexy, quando um julgamento jurídico tem base lógica em normas de Direito e enunciados empíricos ele é justificável. A questão se torna problemática justamente quando não há a conexão lógica direta entre o julgamento jurídico, normas e axiomas e há a necessidade de regras ou procedimentos que possibilitem uma justificação. Para Alexy, comentando sobre

²⁶¹ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2ª edição. Madrid. 2007. p. 15.

²⁶² “[...] (1) la vaguedad del lenguaje jurídico, (2) la posibilidad de conflictos de normas, (3) el hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe una norma ya vigente, y (4) la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales.” ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.23. Tradução nossa.

os apontamentos teóricos existentes: “os candidatos mais discutidos para servir como regras ou procedimentos para a realização desta tarefa são os cânones da interpretação.”²⁶³

Alertando pela variação da quantidade de cânones de interpretação estabelecidos doutrinariamente, Alexy ressalta:

Mais importante que o problema do número de cânones, é o problema de sua ordenação hierárquica. Diversos cânones podem conduzir a resultados diferentes. Atendendo a este fato, só se pode considerar adequado para fundamentar com segurança um resultado, se for possível estabelecer critérios estritos para sua ordenação hierárquica. Isto não foi obtido, entretanto, até hoje.²⁶⁴

Assim, de acordo com Alexy, sem retirar o valor dos cânones, não se pode, sob pena de se obter decisões contrapostas ou indeterminações, considerá-los como elementos suficientes para a fundamentação de uma decisão judicial.²⁶⁵

Por outro lado, poderia se pensar em buscar um sistema de enunciados, ou regras de fundamentação, das quais seria possível extrair premissas normativas. Alexy entende que tal fundamentação só seria conclusiva caso o sistema fosse composto somente por enunciados dedutíveis de normas pressupostas e neste sistema não se incluiria nenhum conteúdo valorativo além do já enunciado.²⁶⁶

Se, diferentemente, entender-se o sistema acima como um sistema de princípios gerais de um ordenamento jurídico (axiológico-teleológico), surgiria, segundo Alexy, a questão de como se podem obter tais princípios, já que não seguem logicamente as normas pressupostas. Pode-se afirmar que de

²⁶³ “los candidatos más discutidos para servir como reglas o procedimientos para la realización de esta tarea son los cánones de la interpretación.” ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.24. Tradução nossa.

²⁶⁴ “Más importante que el problema del número de los cánones, es el problema de su ordenación jerárquica. Diversos cánones pueden conducir a resultados diferentes. Atendiendo a este hecho, sólo se pueden considerar adecuados para fundametrnar con seguridad un resultado, si es posible establecer criterios estrictos para su ordenación jerárquica. Esto no se ha logrado, sin embargo, hasta hoy.” ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.25. Tradução nossa.

²⁶⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.25

²⁶⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.26

acordo com a natureza dos princípios, que não regem sem exceções, isto é, que “[...] não contém uma pretensão de exclusividade [...]”, demanda para a concretização de valorações particulares com conteúdo material independente. Assim, conclui Alexy, “[...] não é possível uma argumentação a partir de um sistema axiológico-teleológico, ou de qualquer outro sistema”.²⁶⁷

Levantadas essas dificuldades iniciais, Alexy estrutura seu pensamento a partir da constatação de como podem ser necessárias valorações, isto é, julgamentos de qual alternativa pode ser eleita como a melhor em algum sentido; como ocorre a relação dessas com os métodos de interpretação jurídica, com os enunciados e conceitos da dogmática jurídica; e, finalmente, como elas podem ser racionalmente fundamentadas e justificadas.²⁶⁸

Segundo Alexy seria também um erro deduzir que há um campo livre, no processo valorativo, para convicções morais dos aplicadores do Direito.²⁶⁹ As tentativas de buscar a forma de objetivação para a valoração são por ele agrupadas nas seguintes posturas²⁷⁰:

(1) basear-se em convicções e consensos faticamente existentes, assim com em normas não jurídicas faticamente vigentes ou seguidas; (2) referir-se a valorações que, de alguma maneira, podem ser extraídas do material jurídico existente (incluídas as decisões anteriores) e (3) recorrer a princípios suprapositivos. [...] (4) apelar a conhecimentos empíricos²⁷¹ [exceto os pressupostos em (1)].

Alexy entende pela insuficiência das condutas realizadas nas tentativas de objetivação, argumentando que, nas sociedades modernas, há diferentes concepções para quase a totalidade de problemas práticos, assim

²⁶⁷ “[...] no contienen una pretensión de exclusividad [...]” e “[...] no sea posible una argumentación a partir de un sistema axiológico-teleológico, o de cualquier otro sistema.” ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.26. Tradução nossa.

²⁶⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.28

²⁶⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.30

²⁷⁰ (1) basarse en convicciones y consensos fácticamente existentes, así como en normas no jurídicas fácticamente vigentes o seguidas; (2) referirse a valoraciones que, de alguna manera, pueden ser extraídas del material jurídico existente (incluidas las decisiones anteriores) y (3) recurrir a principios suprapositivos. [...] (4) apelar a conocimientos empíricos²⁷⁰ [excepto los presupuestos en (1)]. ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.33. Tradução nossa.

²⁷¹ Segundo Alexy: Tales conocimientos empíricos son de gran importancia en las fundamentaciones jurídicas, pero sólo de ellos no se pueden deducir premisas normativas.

como, os consensos práticos são raros. Considera que o amparo buscado na evidência e na ordem natural preexistente é extremamente duvidoso; assim como os juízos fáticos podem resultar em diferentes conseqüências normativas.²⁷²

Desta forma, segundo Alexy:

[...] o decisivo são as avaliações, não comprováveis intersubjetivamente, de quem decide, avaliações que talvez podem ser explicadas, mas não justificadas, sociológica ou psicologicamente? Esta conclusão seria pelo menos desejável em termos da legitimação da criação judicial do Direito, e quanto ao caráter científico da ciência jurídica (na medida em que esta se refere a questões). É verdade que isto não é uma razão para não extrair esta conclusão, mas é uma razão para buscar outros caminhos.²⁷³

Assim, segundo Alexy, a argumentação jurídica é uma atividade lingüística e trata da correção dos enunciados normativos. Para ele “Será conveniente designar tal atividade como ‘discurso’, e, por se tratar da correção de enunciados normativos, como ‘discurso prático’. O discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral”.²⁷⁴

Ao buscar desenvolver uma teoria analítico-normativa do discurso jurídico, Alexy estabelece como ponto central a idéia de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral.²⁷⁵

A sua teoria geral do discurso prático racional tem como núcleo cinco grupos que totalizam vinte e duas regras, assim como uma tábua de seis formas de argumentos, cujo objetivo principal, segundo Alexy, é fazer aparecer mais claramente os defeitos sobre o conteúdo de uma regra, a

²⁷² ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.33

²⁷³ [...] lo decisivo son las valoraciones, no comprobables intersubjetivamente, de quien decide, valoraciones que quizá puedan ser explicadas, pero no justificadas, sociológica o psicológicamente? Esta conclusión sería por lo menos no deseable en cuanto a la legitimación de la creación judicial del Derecho, y en cuanto al carácter científico de la ciencia jurídica (en la medida en que ésta se refiere a cuestiones normativas). Es verdad que esto no es una razón para no extraer esta conclusión, pero es una razón para buscar otros caminos. ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.34. Tradução nossa.

²⁷⁴ “Será conveniente designar tal actividad como ‘discurso’, y, puesto que se trata de la corrección de enunciados normativos, como ‘discurso práctico’. El discurso jurídico²⁷⁴ es un caso especial del discurso práctico general.” ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.34. Tradução nossa.

²⁷⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.35

incompletude de sua enumeração, o caráter supérfluo de algumas regras como também a imprecisão de sua formulação.²⁷⁶

Assim, de acordo com Alexy, o discurso prático racional não informa, de onde devem partir os participantes do discurso. Essa partida se dá através de convicções normativas, desejos, interpretações existentes faticamente, assim como informações empíricas dos participantes.²⁷⁷ Percebe-se, pela enumeração, que os pontos de partida podem ser completamente diferentes. Por outro lado, indica como se pode chegar a enunciados normativos fundamentados por uma série de passos concretos cabíveis, inclusive, à pessoas com concepções normativas totalmente diferentes, mas que pela sua força, podem levar a ser qualificada como racional a discussão realizada.

Segundo Alexy, uma teoria do discurso pode ser empírica, analítica ou normativa.²⁷⁸ Será empírica quando por ela se descrevem ou explicam as correlações entre determinados grupos de participantes de um discurso (falantes) e o emprego de determinados argumentos; as concepções predominantes em determinados grupos sobre a validade de determinados argumentos ou o efeito destes argumentos. Assim, para Alexy, será empírica a tarefa de descrever as regras que são tidas como válidas por indivíduos considerados isoladamente ou por determinados grupos. Contudo, com esta descrição, pensa Alexy, não restam fundamentadas as regras. Será analítica, por sua vez, a teoria que tratar da estrutura lógica dos argumentos, sejam eles empregados ou possíveis.

Por último, será uma teoria normativa quando por ela se estabelecem ou fundamentam critérios para a racionalidade do discurso.²⁷⁹ Na construção de uma teoria do discurso normativa surge uma questão para Alexy: se as regras do discurso prático racional podem ser consideradas como normas de fundamentação para as normas ou se seriam necessárias normas de terceiro,

²⁷⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.36

²⁷⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.37

²⁷⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.177

²⁷⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p. 177

quarto, quinto níveis (sucessivamente ao infinito) neste processo de justificação? E mais, seria possível encontrar regras do discurso?²⁸⁰

Para esta questão Alexy levanta quatro possibilidades²⁸¹: a primeira seria considerar que as regras do discurso são regras técnicas, ou seja, regras que prescrevem meios para atingir determinados fins. Tal possibilidade traz consigo, como aponta Alexy, o vício da indeterminação e da generalidade extrema.

Uma segunda possibilidade consistiria em demonstrar que algumas regras são seguidas de maneira empírica, isto é, regem de fato e produzem resultados correspondentes a convicções existentes. Nesta hipótese, há o problema da correspondência que se faz entre a fundamentação empírica e a derivação para sua racionalidade como conseqüente. Segundo Alexy não é impossível que se demonstre contradições ou incompatibilidades em uma determinada práxis.²⁸²

A terceira possibilidade, denominada definitória, consistiria em considerar a questão sob a ótica de quem analisa o sistema de regras que definiria um jogo de linguagem, existente ou hipotético, propondo aceitá-lo como válido. Isto é, a apresentação de um sistema de regras que definem uma práxis será considerada como o que motiva a decisão de aceitá-la. Embora permita a construção de um sistema de regras totalmente novo, tal possibilidade definitória encerra um certo grau de arbitrariedade, afirma Alexy.²⁸³

Uma quarta possibilidade consistiria em mostrar que a validade de determinadas regras é condição de possibilidade de uma comunicação lingüística. Tal possibilidade, chamada por Alexy de pragmática-universal, se processaria através de pressupostos gerais e inevitáveis de possíveis processos de comunicação. O problema, conforme Alexy, é que determinadas regras dificilmente se demonstram como pressupostas de maneira geral ou ainda que são necessárias à comunicação lingüística. Portanto, para tal

²⁸⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.178

²⁸¹ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.178

²⁸² ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.180

possibilidade, só seria possível fundamentar parcialmente as regras que compõem um discurso.²⁸⁴

Com esta análise, Alexy explica que as regras que definem o discurso prático são de diferentes tipos. Existem obrigações, proibições e permissões. Algumas regras exigem o cumprimento preciso (estrito), outras só podem ser cumpridas de forma aproximada. Com esta constatação, Alexy passa a explicar e classificar tais regras.²⁸⁵

Qualquer comunicação lingüística que trate da verdade ou correção deve, segundo Alexy, seguir a determinado grupo de regras, as quais denomina 'regras fundamentais':

1.1) Nenhum falante pode se contradizer.

1.2) Todo falante só pode afirmar aquilo que realmente acredita.

1.3) Todo falante que aplique um predicado a um objeto, deve estar disposto a aplicar o mesmo predicado a qualquer outro objeto igual.

1.4) Distintos falantes não podem usar a mesma expressão com distintos significados.

Segundo Alexy, as regras de lógica também são aplicáveis às proposições normativas²⁸⁶. Das regras fundamentais segue-se à enumeração

²⁸³ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.181

²⁸⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.182

²⁸⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.184

²⁸⁶ Nesta passagem, Alexy encaminha o seguinte raciocínio: se considera-se as regras de lógica aplicáveis às proposições normativas, não se pode esquecer que a lógica é a 'ciência das leis mais gerais da verdade. Assim, se se entende que as proposições normativas não são susceptíveis da categoria verdade, se poderia concluir que as leis da lógica não valem para as proposições normativas. Alexy lembra que tal dilema é denominado de "dilema de Jorgensen", cuja solução, aponta, pela eleição para as proposições normativas de valores como válido ou lícito, ao invés de verdadeiro. Acrescenta que se existem expressões nos enunciados normativos, tais como "e" ou "se....então" e outras, elas apontam a existência de relações de lógica. Por último, acrescenta, que existem construções semânticas (teorias de modelos), em que também enunciados normativos são avaliados como verdadeiros ou falsos. ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p. 185-186

das chamadas 'regras de razão'²⁸⁷, as quais definem as condições mais importantes para a racionalidade do discurso.

De acordo com Alexy, no discurso prático é tratada a justificação daquilo que é afirmado nos enunciados normativos. Quem afirma algo, não apenas deve crer naquilo que afirmou, como também que o afirmado pode ser fundamentado, que é verdadeiro ou correto. Alexy ressalva que é suficiente, no entanto, a capacidade de fundamentação de pessoas determinadas ou determináveis. Tal capacidade pode, inclusive, ser considerada também como elemento de fundamentação. Embora não se exija fundamentação permanente de tudo que se afirme, não há, entretanto, espaço para que o falante não esteja preparado para tal ou que sustente que, em algum momento, alguém, simplesmente poderá fundamentar sua proposição. Tal construção é traduzida pela seguinte regra:²⁸⁸

2) Todo falante deve, quando lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem afastar uma fundamentação.

Tal regra é denominada, segundo Alexy, de 'regra geral de fundamentação'. Este processo de fundamentação tem algumas implicações. A primeira é que quem fundamenta algo aceita o outro como parte deste processo de fundamentação. Disto derivam novas regras e exigências:²⁸⁹

2.1) Quem pode falar pode tomar parte no discurso.

A segunda regra é subdividida em três conseqüentes exigências:

2.2.a) Todos podem problematizar qualquer asserção.

2.2.b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso.

²⁸⁷ Atienza comenta sobre as regras de razão de Alexy: há as regras da razão, de natureza ideal: regra geral de fundamentação de que se deve fundamentar o que se afirma; regras que buscam uma situação ideal de fala, como a correção, a universalidade e a igualdade de direitos entre falante e ouvinte. ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

²⁸⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.188

²⁸⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.189

2.2.c) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades, evitando que o processo de fundamentação transforme-se em coerção.

A terceira regra:

2.3) Nenhum falante pode ser impedido de exercer seus direitos fixados nas regras 2.1 e 2.2 mediante coerção interna ou externa ao discurso.

Com a aplicação deste conjunto inicial de regras e exigências, segundo Alexy, é possível um juízo negativo sobre a correção das proposições normativas, isto é, não é possível considerá-las como válidas, mas já é possível, quando não forem cumpridas, que sejam consideradas como 'não válidas'.²⁹⁰

Se, de acordo com Alexy, segundo uma regra de razão, todos podem problematizar, a necessidade argumentativa estaria concentrada naquele que fala, isto é, a carga de argumentação estaria concentrada naquele pólo discursivo, no pólo das asserções, porque para o pólo das dúvidas ou perguntas bastaria o exercício repetido da pergunta "por quê?". Assim, Alexy destaca regras sobre a carga de argumentação, que tratarão da extensão e distribuição da carga argumentativa ou de fundamentação entre os pólos do discurso.²⁹¹

Surgem, pois, duas regras:

3.1) Quem pretende tratar uma pessoa de maneira distinta de outra deve estar obrigado a fundamentar tal pretensão.

3.2) Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão deve dar uma razão para isto.

E ainda, para se evitar uma linha contínua da pergunta "por quê?", estrutura-se uma terceira regra:

²⁹⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.190

²⁹¹ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.191

3.3) Quem já aduziu um argumento, só estará obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos.

Tal regra é acompanhada de uma quarta regra que busca organizar a carga argumentativa, tendo em vista regras de razão que permitem aos participantes do discurso asserções e comentários sobre suas opiniões, desejos e necessidades.²⁹²

3.4) Quem introduz em um discurso uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos ou necessidades, que não sejam argumentos para uma anterior manifestação, tem, se lhe for pedido, que fundamentar porque introduziu essa afirmação ou manifestação.

De acordo com Alexy, é oportuno considerar as formas de argumento do discurso prático. Há duas maneiras de fundamentar uma proposição normativa singular (essa objeto imediato do discurso prático). A primeira toma por referência uma regra pressuposta como válida. A segunda, anotam-se as conseqüências de se atender seu comando. Disso deriva um enunciado comum:²⁹³

4.1 e 4.2) A noção de uma razão, como sempre, leva consigo a noção de uma regra que afirma que algo é uma razão para alguma outra coisa.²⁹⁴

Se com as formas de argumentos há um incremento de racionalidade no discurso prático (quando não se recorre a meios como adulações, acusações ou ameaças), há também a necessidade de seguir buscando regras para as fundamentações efetuadas com estas formas.²⁹⁵

²⁹² ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.193

²⁹³ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.193

²⁹⁴ Consta Alexy que regras distintas podem levar a resultados incompatíveis entre si. Nestes casos haverá que se utilizar as chamadas 'regras de prioridade'. Dentre tais regras, existem aquelas que indicaram prioridade em qualquer condição, outras, estão vinculadas a determinadas condições. Havendo conflito entre regras de prioridade, poderão ser utilizadas regras de prioridade de segundo nível. ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p. 194;196.

²⁹⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.197

Alexy, ao desenvolver sua teoria, faz uma apresentação de um primeiro grupo chamado “regras de fundamentação”, que são formadas pelas variantes do princípio da generabilidade.^{296 297}

Pelo viés da universabilidade e da prescritibilidade têm-se, segundo Alexy, a seguinte regra:

5.1.1 Quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve poder aceitar as consequências de tal regra, também num caso hipotético, de que ele se encontraria na situação daquelas pessoas.²⁹⁸

Tal regra, segundo Alexy, não oferece uma garantia de um acordo racional, assim como permite partir de diferentes convicções normativas fácticas dos respectivos falantes. Pelo viés do princípio da generabilidade, tem-se a seguinte regra:

5.1.2 As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem poder ser aceitas por todos.²⁹⁹

Tal regra, para Alexy, compartilha o caráter ideal das regras de razão. Pelo viés da exigência de abertura e sinceridade que regem um discurso, tem-se a seguinte regra:

5.1.3 Toda regra deve poder explicada em forma aberta e geral.

Neste momento, Alexy, além de questionar também a garantia de um acordo racional, afirma que sua aplicação se dá somente a poucas regras morais. Assim, conclui, não ser possível marcar um procedimento que leve em cada caso a um acordo racional, mas é possível buscar algum

²⁹⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.197

²⁹⁷ No tocante às regras de fundamentação, Alexy foi influenciado pelos pensamentos de Hare, Habermas e Baier.

²⁹⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.198

²⁹⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.198

procedimento que incremente a possibilidade de diminuir concepções incompatíveis. Formula, então, novas regras para o discurso:³⁰⁰

5.2.1) As regras morais que servem de base às concepções morais de um falante devem poder passar a prova de sua origem histórico-crítica. Isso não ocorre quando:

- a) ainda que se possa originalmente justificar racionalmente, perdeu-se depois sua justificação³⁰¹, ou
- b) se originalmente não se pode justificar racionalmente, tampouco não se pode aduzir novas razões que sejam suficientes.³⁰²

Assim, as regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem passar a prova de sua formação histórica individual. Não haveria semelhante prova se tais regras se estabelecessem baseadas em condições de socialização não justificáveis.³⁰³

Segundo Alexy compõe este conjunto de regras de fundamentação, responsável por determinar diretamente o conteúdo das proposições e regras a fundamentar, a seguinte regra:

5.3) Devem-se respeitar os limites de realização realmente dados.

Isto significa que a realização de uma norma deve ser inteiramente possível, assim como deve recair sobre um campo faticamente possível.³⁰⁴

De acordo com Alexy, nos discursos práticos surgem muitos problemas que não podem ser resolvidos com os meios de argumentação prática.

³⁰⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.199

³⁰¹ Expressamente “si aunque originariamente se pudiera justificar racionalmente, sin embargo ha perdido después su justificación, o [...]”.ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p. 199.

³⁰² Expressamente: “[...] No osi originariamente no se pudo justificar racionalmente y no se pueden aducir tampoco nuevas razones que sean suficientes.” ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.199.

³⁰³ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.200

³⁰⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.200

Questões de fato, problemas lingüísticos ou questões que se refiram a mesma discussão prática podem demandar ou, ao menos necessitar a possibilidade, de passar a outras formas de discurso. Estruturam-se, assim, regras para esta transição.³⁰⁵

6.1) Para qualquer falante, a qualquer momento é possível passar para um discurso teórico.

6.2) Para qualquer falante, a qualquer momento é possível passar para um discurso de análise de linguagem.

6.3) Para qualquer falante, a qualquer momento é possível passar para um discurso de teoria do discurso.

Alexy aborda, então, os limites do discurso prático geral. Segundo ele, o seguimento do conjunto de regras e a utilização das formas de argumento aumentam a probabilidade de se produzir um acordo nas questões práticas, porém não garantem que se obtenha um acordo para cada questão, assim como, que o eventual acordo alcançado seja definitivo e irrevogável. Se não há a obtenção de uma certeza definitiva, então, conclui: há a necessidade da possibilidade de permanente de revisão. As regras apresentadas por Alexy são uma resposta a tal necessidade.

Pode ocorrer a hipótese, em um discurso prático, de existência de regras incompatíveis entre si. Daí decorrem regras que permitam decidir tais incompatibilidades. Alexy cita o exemplo de regras de legislação parlamentar, pelas quais se podem alcançar soluções para um discurso prático sujeito a limitações. Assim, sintetiza, que os limites do discurso prático geral fundamentam a necessidade de regras jurídicas que têm entre suas funções tornar possíveis soluções onde não se pode alcançar nenhum acordo discursivo. Assim, inicia-se o caminho para o discurso jurídico.³⁰⁶

Segundo Alexy, dentro das mais variadas formas de discussões jurídicas é possível identificar um aspecto comum: em todas elas,

³⁰⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.201

mesmo que parcialmente, argumenta-se juridicamente. A argumentação jurídica se caracteriza pela vinculação ao Direito vigente.³⁰⁷

Alexy busca fundamentar que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. Segundo ele, isto se conclui, pois as discussões jurídicas se referem a questões práticas, tratam do que deve se fazer ou se omitir ou sobre o que pode ser feito ou omitido; ou ainda, são discutidas desde o ponto de vista da pretensão de correção; e por último, porque a discussão jurídica tem papel limitador do discurso geral.³⁰⁸

Com a fundamentação acima, Alexy refuta às críticas a sua teoria do caso especial, afirmando que as decisões jurídicas são questões práticas e que nelas está a pretensão de correção, com importância de fato. Segundo Alexy, o núcleo da tese do caso especial consiste em sustentar que a pretensão de correção também está presente no discurso jurídico. Contudo surge um diferencial significativo: a pretensão de correção se referiria às proposições normativas serem as mais racionais ou se a correção pode ser encontrada com um fundamento racional no ordenamento jurídico vigente?³⁰⁹

Surge para Alexy a pergunta inevitável: o que seria uma fundamentação racional no marco do ordenamento jurídico vigente? Para respondê-la, Alexy desenvolve uma teoria da argumentação jurídica. Segundo ele, nos discursos jurídicos se busca a justificação de uma decisão jurídica. Essa justificação tem seu aspecto interno e externo.³¹⁰

A justificação interna busca conferir o atendimento lógico das premissas utilizadas como fundamentação. Alexy menciona que os problemas ligados a justificação interna têm sido amplamente discutidos sob o rótulo do 'silogismo jurídico'. Destaca também as hipóteses que o esquema de fundamentação deve alcançar, não só casos simples, cujo silogismo é direto, mas

³⁰⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.202

³⁰⁷ De acordo com Alexy, nas disputas jurídicas não se submetem todas as questões a discussão, há certas limitações, variáveis em seus tipos e amplitudes de acordo com a forma de discussão jurídica. In ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.206

³⁰⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.207

³⁰⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.213

³¹⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.213

casos complicados, quando há necessidade de complemento com normas explicativas, limitadoras ou extensivas. Reforça que na justificação interna não está a análise da correção de premissas, mas com a incidência de cada uma das premissas é possível desenvolver o discurso para obter uma norma mais concreta.³¹¹

Para Alexy:

Na justificação interna deve ficar claro que premissas não que ser justificadas externamente. Pressupostos que de outra forma ficariam escondidos, devem ser formulados explicitamente. Isto aumenta a possibilidade de reconhecer e criticar erros. Ao aduzir regras universais facilita-se a consistência da decisão e contribui, portanto, a justiça e a segurança jurídica.³¹²

A justificação externa, por sua vez, diz respeito à correção das premissas utilizadas para a justificação interna. Alexy distingue as premissas em determinados tipos: regras de Direito positivo, enunciados empíricos e premissas que não são nem enunciados empíricos nem regras de Direito positivo. Para cada tipo de premissa, segundo ele, correspondem diferentes métodos de fundamentação³¹³.

A fundamentação de uma regra de Direito positivo consiste em mostrar sua conformidade com os critérios de validez do ordenamento jurídico. A fundamentação de um enunciado empírico pode passar por métodos das ciências empíricas, máximas da presunção racional, regras de carga de provas. A fundamentação das premissas, que não são regras de Direito positivo, tampouco enunciados empíricos; pode se denominar, segundo Alexy, de argumentação jurídica, que também que os três procedimentos de fundamentação guardam entre si múltiplas relações³¹⁴.

³¹¹ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.216-220.

³¹² En la justificación interna debe quedar claro qué premisas hay que justificar externamente. Presupuestos que de otra manera quedarían escondidos, deben ser formulados explícitamente. Esto aumenta la posibilidad de reconocer y criticar errores. El aducir reglas universales facilita la consistencia de la decisión y contribuye, por ello, a la justicia y a la seguridad jurídica. ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.221. Tradução nossa.

³¹³ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.222.

³¹⁴ Alexy menciona o exemplo de uma regra de Direito positivo, fundamentável por um critério de validez estabelecidos no ordenamento jurídico, em que pode ser necessário interpretar uma regra

Identificados os tipos de premissas e os respectivos métodos de fundamentação e, especialmente, estabelecido o campo da argumentação jurídica, passa Alexy a propor regras e formas de justificação externa para a fundamentação de premissas que não são regras de Direito positivo, nem enunciados empíricos, as quais formam seis grupos: regras e formas de interpretação, de argumentação dogmática, do uso dos precedentes, da argumentação prática geral, da argumentação empírica e as formas especiais de argumentos jurídicos.³¹⁵

Alexy inicia sua análise com as regras e formas de interpretação. Nela, trata da estrutura lógica dos chamados cânones de interpretação. Assim, a partir de uma norma, aplicando-se as regras do uso de palavras, tem-se a expressão concreta dessa norma. Alexy, esclarecendo que o assunto é objeto de discussões desde Savigny, afirma ser uma das mais importantes tarefas dos cânones a fundamentação de tal expressão interpretativa.³¹⁶

De acordo com Alexy, os cânones têm o status de “esquemas de argumentos”, isto é, esquemas de enunciados de uma forma determinada, a partir dos quais se segue logicamente um enunciado e assim pode-se atribuir a esse enunciado uma fundamentação de acordo com uma regra pressuposta. Por este motivo que lhes designa como ‘formas de argumentos’. Como formas de argumentos, conclui, os cânones se caracterizam como a estrutura do ordenamento jurídico.^{317 318 319}

que define um destes critérios de validez. ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p. 222

³¹⁵ Alexy concentra o desenvolvimento de sua teoria da argumentação jurídica nas: regras e formas de interpretação, de argumentação dogmática, do uso dos precedentes e as formas especiais de argumentos jurídicos. ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.224

³¹⁶ Alexy afirma que os cânones interpretativos podem agrupar-se em seis grandes grupos: os de interpretação semântica, genética, histórica, comparativa, sistemática e teleológica. In ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p. 225-226.

³¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.235

³¹⁸ Alexy afirma que uma análise completa de todas as formas de argumento possíveis em um discurso jurídico daria em algo parecido com uma ‘gramática’ da argumentação jurídica. ALEXY. 2007. p. 236)

³¹⁹ Um argumento será semântico, quando se justificar, criticar ou afirmar que uma interpretação é admissível, em face do uso da linguagem e quando não haja uma determinação da decisão. Será

Segundo Alexy, um argumento de determinada forma só seria completo se contivesse todas as premissas pertencentes a essa forma. A isto ele chama de 'requisito de saturação'. A exigência de saturação assegura a racionalidade do uso dos cânones, excluindo a simples afirmação de que um argumento é resultado de determinada interpretação.³²⁰

Alexy aponta que um dos problemas mais sérios sobre os cânones é a busca de uma hierarquia ou um catálogo de graus entre os cânones. A teoria do discurso também não pode fornecer tal catálogo, contudo pode contribuir para o desfazimento deste problema ao mostrar de que maneira deve se usar oportunamente as distintas formas de argumentos. A teoria do discurso dá conta também da dimensão pragmática de uma fundamentação. Não pretende proporcionar critérios que possam determinar absolutamente um resultado, mas indica regras e formas, cujo cumprimento aumente a probabilidade de que uma discussão chegue a uma conclusão correta, racional.³²¹

Assim, segundo Alexy, os cânones não oferecem uma garantia de se encontrar um único resultado correto, mas são formas que tem que se servir a argumentação jurídica na sua a pretensão de correção.³²²

genético quando se justificar uma interpretação porque a própria é uma vontade do próprio legislador. Destaca Alexy que as formas de interpretação semântica incluem enunciados sobre a validade das regras semânticas, enquanto as formas de interpretação genética incluem enunciados sobre a vontade do legislador.

O argumento será histórico quando se aduzem fatos que dizem respeito a história do problema jurídico discutido, indicando razões a favor ou contra determinada interpretação. Contudo, não basta o conhecimento, é preciso a capacidade também de fundamentar-se tal argumento. Muito semelhantes, contudo trazendo uma premissa normativa, são os argumentos comparativos, que tomam como balizamento um estado de coisas obtidos em uma outra sociedade.³¹⁹ Os argumentos sistemáticos, a seu turno, apresentam referência teleológica da situação de uma norma em relação a outras normas e servem para livrar de contradições o ordenamento jurídico. In ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.226-237

³²⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.236

³²¹ Para Alexy, para assegurar a vinculação de uma discussão com o Direito vigente, deve-se exigir que os argumentos que expressam essa vinculação tenha, *prima facie*, um maior peso. Isto expressa a seguinte regra: "Los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico prevalecen sobre otros argumentos, a no ser que puedan aducirse motivos racionales que concedan prioridad a los otros argumentos." Quando, por sua vez, os argumentos que expressem uma vinculação tem um menor peso, não há campo livre para a arbitrariedade. A regra aponta a solução: "La determinación del peso de argumentos de distintas formas debe tener lugar según reglas de ponderación." ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p. 238-239

³²² ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.240.

Outro grupo de regras e formas de justificação externa enumerado é denominado dogmática jurídica. Segundo Alexy, adotando-se um conceito amplo para dogmática jurídica³²³ podem-se distinguir três dimensões: uma empírico-descritiva, onde está a descrição da *práxis* dos Tribunais e a averiguação da vontade fática do legislador; outra analítico-lógica, onde está a análise dos conceitos jurídicos, assim como a investigação das relações entre normas e princípios e uma última, prático-normativa, onde está a fundamentação de uma interpretação da norma ou de quem critica uma decisão judicial sobre a base de seus efeitos práticos.³²⁴

Por outro lado, como ressalta Alexy, pode-se adotar uma concepção muito estrita da dogmática, ou seja, a dogmática enquanto “matemática social”, que foi praticada na sua forma mais pura no século XIX. Essa concepção pode ser entendida por uma de suas conclusões: a decisão final é resultado de um cálculo, cujos fatores são os conceitos jurídicos e cujo resultado será mais seguro quanto mais determinado seja o valor dos fatores. Por esta visão há a objeção, conforme Alexy, que unicamente por meio de análises lógicas e da dedução lógica não se pode alcançar novos conteúdos normativos.³²⁵

Segundo Alexy, não se deve utilizar nem o conceito amplo, que inclui atividade de descrever normas, analisar normas e propor normas, pois todo argumento que tivesse lugar no discurso jurídico seria dogmático; tampouco se deve utilizar o conceito extremamente estrito, que concebe como dogmático aquilo que é resultado de uma análise lógica das normas jurídicas, posto que, assim, os argumentos dogmáticos poderiam contribuir muito pouco para a fundamentação de enunciados normativos.³²⁶

³²³ Alexy apresenta um COP dominante de dogmática jurídica, com Ciência do Direito em seu sentido mais estrito e próprio, isto é, uma mescla da descrição do Direito vigente, sua análise sistemática e conceitual e a elaboração de propostas para a solução de casos jurídicos problemáticos. Destaca também a importância de conceitos mais estritos, designados pelas expressões ‘conceptual’, ‘lógica’ ou ‘sistemática’. (ALEXY. 2007. p. 240-242)

³²⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.241

³²⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.243

³²⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.244

Propõe Alexy, então, uma coerência entre o conceito de dogmática jurídica e o conceito de argumentos dogmáticos, para tanto especifica cinco condições³²⁷. Tais exigências resultam, segundo ele, em uma Dogmática do Direito como uma série de enunciados que se referem às normas estabelecidas e a aplicação do Direito, porém não podem se identificar com suas descrições. Tais enunciados estão entre si, em uma relação de coerência mútua, se formam e discutem em um marco de uma ciência jurídica que funciona institucionalmente e, finalmente, têm conteúdo normativo.

Sobre o papel dos argumentos dogmáticos no discurso jurídico, Alexy afirma que as definições dos genuínos conceitos jurídicos pertencem, sem dúvida, aos enunciados da dogmática jurídica. Por outro lado, não é adequado afirmar que toda regra de uso de palavras, proposta ou empregada na interpretação de uma norma, é um enunciado da dogmática.³²⁸

Os enunciados dogmáticos não podem se derivar apenas por uma decorrência lógica das formulações de uma norma pressuposta como vigente, tampouco apenas de enunciados empíricos. Para a fundamentação de enunciados dogmáticos é possível a utilização de um novo enunciado dogmático. Esses novos argumentos dogmáticos, por sua vez, também poderiam necessitar de fundamentação. Isto se faria repetidamente. Em algum momento, quando terminem, haveria a necessidade de outros argumentos, não mais dogmáticos, de cunho normativo, mas argumentos práticos de tipo geral. Assim, conclui Alexy, os

³²⁷ 1ª) Como a dogmática jurídica deve conferir apoio aos argumentos, é conveniente entender dogmática como conjunto de enunciados e não como atividades.

2ª) Estes enunciados estão relacionados com as normas estabelecidas e com a jurisprudência, mas não são simples registros de condificações ou meros precedentes compilados. Os Tribunais podem tomar enunciados e contribuir para o desenvolvimento da dogmática.

3ª) Estes enunciados formam um todo coerente, isto é, não podem contradizer-se, tem em sua formulação aparecem os mesmo conceitos jurídicos e mantêm relações de inferência.

4ª) Estes enunciados se formam, fundamentam e comprovam pelo marco de uma Ciência do Direito que funciona institucionalmente.

5ª) A dogmática do Direito tem conteúdo normativo. Assim, seus enunciados podem aduzir-se como argumentos para a decisão de questões que não poderiam resolver-se unicamente com argumentos empíricos. (ALEXY. 2007. p. 244-246)

³²⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.247

enunciados práticos do tipo geral constituem a base para a fundamentação ou comprovação dos enunciados dogmáticos.³²⁹

Dessa forma, segundo Alexy, a argumentação dogmática não pode ser reduzida à argumentação prática geral, mas essa constitui a sua última pedra de toque e base da argumentação dogmática.³³⁰

A dependência da dogmática à argumentação prática geral significa concluir que os enunciados da dogmática, que respeitam o ciclo de comprovação e justificação³³¹, não são de modo algum irrefutáveis. Não são dogmas como convencionalmente se conceitua.³³²

Assim, Alexy descreve duas regras:

- 1) Todo enunciado dogmático, se posto em dúvida, deve ser fundamentado mediante o emprego, pelo menos, de um argumento prático do tipo geral;
- 2) Todo enunciado dogmático deve poder passar por uma comprovação sistemática, tanto em sentido estrito, quanto amplo.³³³

Alexy segue em sua teoria sobre as funções da dogmática, destacadamente, frente à constatação de que os enunciados dogmáticos dependem para sua justificação, em última instância, de argumentos práticos do tipo geral. Assim, surge a questão de qual seria o sentido da argumentação dogmática frente à argumentação prática geral³³⁴? Alexy³³⁵ destaca seis funções

³²⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.251

³³⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.253

³³¹ A comprovação tem como critério mais importante a ausência de contradição entre a série de enunciados dogmáticos ou as normas jurídicas vigentes. A comprovação, embora necessária, não é suficiente. Há necessidade de fundamentação, através de uma justificação prática geral, do auxílio do restante da cadeia de enunciados dogmáticos e das formulações de normas jurídicas. In ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.253

³³² ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.254

³³³ Sobre a comprovação sistemática dos enunciados ela se dá pela relação lógica entre o enunciado a comprovar e o resto dos demais enunciados dogmáticos ou com as formulações das normas jurídicas pressupostas como vigentes (comprovação sistemática estrita). Tal comprovação pode se dar ainda pela relação dos enunciados normativos a fundamentar com a ajuda dos enunciados dogmáticos a comprovar, com os enunciados normativos singulares que devem justificar-se com a ajuda do resto dos enunciados dogmáticos ou das formulações das normas jurídicas (comprovação sistemática ampla). In ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.251-252.

³³⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.255

da dogmática: de estabilização³³⁶, de progresso³³⁷, de descarga³³⁸, técnica³³⁹, de controle³⁴⁰ e heurística³⁴¹.

Assim, segundo Alexy, a dogmática jurídica tem como aspecto um caráter instrumental, isto é, são instrumentos que podem produzir resultados que não seriam possíveis unicamente através do discurso prático geral. Conclui também que os argumentos dogmáticos não são contraditórios com os princípios da teoria do discurso e que são um tipo de argumento exigido por essa no contexto do discurso jurídico.³⁴²

Ainda segundo Alexy, o papel dos precedentes é essencial na argumentação jurídica. E tem como diretrizes: uma exigência de justiça, que se vislumbra na idéia de tratar o igual de maneira igual; assim como, uma busca de correção de decisão. Desta forma, os precedentes, se de um lado não podem tornar decisões fixas, posto que sujeitas a mudanças de valoração de circunstâncias, por outro, demandam que para que um padrão de decisão seja

³³⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.255.

³³⁶ A função de estabilização se concretiza com o auxílio dos enunciados dogmáticos, que fixam determinadas soluções a questões práticas. ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.255.

³³⁷ Relacionada estreitamente a estabilização, a função de progresso consiste na qualidade da dogmática de ampliar a discussão jurídica (retirá-la do aspecto pontual, casuístico) sob os aspectos temporal, do objeto e das pessoas. ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.256

³³⁸ Pela dogmática, é possível que enunciados sejam considerados, ao menos provisória e limitadamente, comprovados e aceitos, podendo-se renunciar a discussão repetida em cada caso soluções valorativamente convincentes. ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.257

³³⁹ A função técnica é desempenhada pela construção de conceitos básicos gerais, formas de enunciados, instituições jurídicas. Tem um papel informativo, panorâmico e didático, de modo que a dogmática permite uma penetração analítica e conceitual sobre a matéria jurídica. ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.258

³⁴⁰ A função de controle da dogmática é observada pela possibilidade de se realizar uma comprovação sistemática dos enunciados, o que acaba por desencadear decisões não isoladas, mas que guardam uma compatibilidade lógica. ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.259

³⁴¹ Como última função elencada por Alexy, a função heurística, confere a dogmática a possibilidade de ser um ponto de partida para novas observações e relações, pois na medida que sintetiza um estado de compreensão alcançado, se converte em iniciador de novos conhecimentos que não haviam prevalecido ou que estavam isolados ou não sistematizados. ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.260

³⁴² Alexy formula a seguinte regra: "Si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados." ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.260-261.

alterado seja feito com a produção de razões. Há necessidade, portanto, no trato dos precedentes da regra da carga de argumentação.³⁴³

Como afirma Alexy, há limites para a argumentação prática geral. As regras do discurso não permitem encontrar sempre precisamente um resultado correto. Há, com freqüência, o estabelecimento de apenas espaços do que é discursivamente possível. A possibilidade de uso de uma carga de argumentação em favor de precedentes, atendendo a exigência de consistência, não pode ser vista como uma infração às regras do discurso, e mais, poderá conferir uma razão importante em favor da própria racionalidade do uso de precedentes.^{344 345}

No seguimento de suas propostas de regras e formas de justificação externa para a fundamentação de premissas, Alexy apresenta os argumentos jurídicos especiais, isto é, aqueles argumentos que se usam especialmente na metodologia jurídica, tais como: analogia, argumentação a *fortiori*, *ad absurdum* e *argumentum* em contrário.³⁴⁶

Segundo Alexy, as formas de argumentos jurídicos especiais podem expressar-se como formas de inferência logicamente válidas. Tal expressão apresenta duas vantagens: torna possível a compreensão de sua forma lógica e torna mais claro o conteúdo não lógico.³⁴⁷

Na seqüência de sua teoria, afirma Alexy, sintetizando que a argumentação prática geral pode ser necessária, tanto para fundamentação de premissas normativas como para a eleição entre distintas formas de argumentos,

³⁴³ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.262-263.

³⁴⁴ Para Alexy existem duas regras:

1) quando pode-se citar um precedente em favor ou contra uma decisão deve fazê-lo;
2) quem quer afastar um precedente assume a carga de argumentação. In ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.265

³⁴⁵ Alexy alerta e ressalva que a extensão da obrigação regulada pela regra da carga de argumentação depende da amplitude e das possibilidades de separar-se os precedentes. Não direciona sua tese para isto. Assinala, no entanto, em lugar do estudo das teorias e técnicas sobre o assunto, a distinção entre *distinguishing* e *overruling*. A primeira é uma técnica que serve para interpretar de forma estrita a norma considerada desde a perspectiva do precedente, de modo a seguir respeitando o precedente. A segunda consiste no repúdio ao precedente. Ambas tem que ser fundamentadas e necessitam de razões jurídicas para tanto. ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.265-266.

³⁴⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.266

como ainda para a fundamentação e comprovação de enunciados dogmáticos ou dos *distinguishing* e *overruling* e, finalmente, para a fundamentação de enunciados de justificação interna. Para ele, no entanto, os argumentos práticos gerais não substituem o uso de enunciados dogmáticos ou enunciados de precedentes. Conclui, no entanto, que tais argumentos não estão sempre disponíveis, surgindo então o espaço para a intervenção direta da argumentação prática geral, reforçando-se a tese da argumentação prática geral como fundamento para a argumentação jurídica.^{348 349}

Para Alexy, a necessidade do discurso jurídico surge pela debilidade das regras e formas do discurso prático geral, posto que essas, em muitos casos, não levam a um resultado ou não garantem segurança a um eventual resultado.³⁵⁰

Por isto, afirma Alexy, resulta consequência racional a introdução de formas e regras especiais de argumentação jurídica, sua institucionalização como ciência jurídica e sua inclusão no contexto dos precedentes. Assim, pela debilidade das regras e formas do discurso prático geral e pela insuficiência na solução de todos os problemas pelas normas jurídicas surgidas pelo processo de legislação é que se deve buscar, sem deixar de lado essas duas, ao menos, uma área do possível discursivamente.³⁵¹

Segundo Alexy, a argumentação jurídica, que de alguma forma depende da argumentação prática geral, de acordo com suas respectivas regras e condições apresenta um discurso jurídico com debilidades suavizadas, mas não eliminadas. Desta forma, sua teoria da argumentação

³⁴⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.267

³⁴⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.271

³⁴⁹ Alexy aponta quatro aspectos da vinculação entre o discurso jurídico e o discurso prático geral: 1) a necessidade do discurso jurídico sobre a base da natureza do discurso prático geral; 2) a coincidência parcial sobre a pretensão de correção; 3) a coincidência estrutural de regras e formas de ambos os discursos e 4) a necessidade da argumentação prática geral no marco da argumentação jurídica. ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.272.

³⁵⁰ Alexy destaca três razões para a afirmada debilidade: 1) as regras do discurso prático geral não prescrevem de que premissa normativa devem partir os participantes do discurso; 2) nem todos os passos da argumentação estão fixados e 3) algumas regras do discurso só podem cumprir-se de maneira aproximada, havendo a possibilidade de não se chegar a um acordo. ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.273.

³⁵¹ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.274

jurídica racional não é um procedimento que garante a segurança de um único resultado. Afirmar Alexy enfaticamente que quem equipara racionalidade e segurança (segurança de atingir a um resultado específico) deve renunciar a uma teoria da argumentação jurídica racional.^{352 353}

Alexy rechaça tal equiparação afirmando que não seria a produção da segurança (na obtenção de um único resultado) que constituiria o caráter racional da Jurisprudência, mas sim o cumprimento de uma série de condições, critérios e regras, tais como os que foram por ele apresentados.³⁵⁴

Segundo Atienza³⁵⁵, Alexy percorre o mesmo caminho que MacCormick, só que em sentido oposto. Alexy, parte de uma teoria da argumentação prática geral, para, depois, projetá-la no campo do Direito; o discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral.

Para Atienza, a teoria de Alexy é vista como uma sistematização e reinterpretação da teoria do discurso prático de Habermas; e, como leciona Atienza “[...] uma extensão dessa tese para o campo específico do Direito.”³⁵⁶

Atienza³⁵⁷ ainda sobre a ligação entre Alexy e Habermas, explicando a teoria do discurso deste, esclarece que ela parte de um conceito amplo de razão e que as questões práticas podem ser resolvidas racionalmente. Tendo como direção a linguagem, existem pressupostos racionais para o consenso, que vão desde a inteligibilidade, o entendimento a uma manifestação veraz, correta, aberta a participação de modo que seja possível a construção de coincidências entre falante e ouvinte. A partir da problematização dessa ação

³⁵² ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.278

³⁵³ Sustentar a tese de que há apenas uma resposta correta é um equívoco para Alexy, segundo Atienza. Nesse ponto encontra-se apresentado um importante elemento de distinção com o pensamento de Dworkin. In ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

³⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.278

³⁵⁵ MacCormick parte das argumentações (justificações) das decisões, elabora uma teoria da argumentação jurídica que ele acaba por considerar como fazendo parte de uma teoria geral da argumentação prática. ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

³⁵⁶ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica. p.234.

³⁵⁷ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

comunicativa surge o discurso, onde há necessidade de fundamentar as razões do falante, de maneira teórica ou prática.

Para Atienza, a teoria do discurso³⁵⁸ se caracteriza como uma das teorias do procedimento. Quanto aos indivíduos que participam desse procedimento tem-se a possibilidade de participar um número ilimitado de indivíduos, em situação de suas existências reais. Quanto às exigências impostas ao procedimento tem-se que a teoria do discurso pode ser formulada integralmente por meio de regras. Quanto às peculiaridades do processo de decisão, tem-se que as convicções fáticas e normativas podem ser modificadas em virtude dos argumentos apresentados ao longo do procedimento. O discurso tem regras e forma; algumas fundamentais, cuja validade é condição para qualquer discurso prático ou teórico e buscam: a não contradição, sinceridade, universalidade e o uso comum da linguagem.

As regras não garantem sempre o acordo e, mesmo quando obtido, seu segmento pode não ser observado. Sabendo-se dessas limitações do discurso prático há a proposta da necessidade de um sistema jurídico para operar neste limite. Assim, o Direito é visto numa perspectiva coativa além da normativa, através de três procedimentos: a criação estatal de normas jurídicas, a argumentação jurídica e o processo judicial.

Assim, o discurso jurídico tem seus limites, pois as regras não garantem que se possa chegar a uma única resposta certa. Nem sequer num discurso ideal “[...] seria possível assegurar que o discurso prático permite alcançar sempre um consenso [...]”³⁵⁹. Contudo, segundo a visão de Atienza³⁶⁰ sobre a teoria de Alexy, essas dificuldades não invalidam a construção do discurso jurídico, pois ela é um procedimento para um tratamento racional.

O modelo de Direito estruturado em regras, princípios e procedimentos permite alcançar um maior grau de racionalidade prática. O grande problema de como fundamentar uma decisão é respondido pela argumentação

³⁵⁸ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica. p.239

³⁵⁹ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica. p.264

³⁶⁰ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

jurídica prática discursiva. Como tal, essa construção se dá através de um procedimento. O procedimento discursivo se desenvolve, dessa forma, através da atenção a uma série de regras, associadas aos critérios teóricos e formas apresentados pela teoria que fundamentam a racionalidade pretendida.

O discurso jurídico fundamentado na argumentação, seguindo a teoria proposta por Alexy³⁶¹ busca que uma proposição seja avaliada dentro de uma racionalidade. Uma proposição/comunicação tem sua conclusão avaliada não através da identificação de uma única solução possível, mas sim se há a possibilidade de afirmação de uma fundamentação de maior racionalidade em tal discurso.

3.3 A possibilidade de avaliação da racionalidade dos fundamentos trazidos na decisão de controle de constitucionalidade

Como exposto e defendido por Alexy, é possível atender a expectativa de correção, com um resultado justificável, a partir do discurso racional. As decisões judiciais são passíveis de serem processadas dentro desta racionalidade argumentativa.

A decisão de controle de constitucionalidade destacada para o presente estudo, enquadra-se nesse marco. É possível identificar e analisar premissas e argumentos apresentados pelos votos dos Ministros que compunham o STF e que foram utilizados para fundamentar diferentes aspectos de suas decisões.³⁶²

Destacam-se especialmente os argumentos pelo entendimento de previsão constitucional para a individualização da pena, que é interpretada como direito fundamental; pelo fenômeno da mutação constitucional, como base para modulação de efeitos da decisão, pelo *overruling* e pelo papel de

³⁶¹ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica.

³⁶² Note-se nesta passagem que os Ministros envolvidos na decisão argumentaram pela concessão ou não do HC por diferentes caminhos: deferimento por interpretação hermenêutica, indeferimento por precedentes, deferimento por inconstitucionalidade, deferimento por mutação constitucional, com estabelecimento de efeito *ex nunc* e *erga omnes*.

intérprete do ajuste constitucional do STF (não invadindo a competência normativa do legislador), conferindo fundamento para a abstrativização dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

Assim, um primeiro grande grupo de argumentos é utilizado para o encaminhamento do entendimento sobre a individualização da pena. Quando fundamenta-se na decisão, que a Constituição, ao criar a figura do crime hediondo, atribuiu-o a carga da insuceptibilidade de fiança, graça ou anistia; conferiu, com nitidez, o espírito de não interferir em outros aspectos da individualização da pena. Percebe-se que, sob o aspecto de justificação interna, a premissa utilizada das opções negativas constitucionais enquadra-se no esquema de fundamentação para casos qualificados por Alexy como complicados, não se operando um silogismo clássico direto.

Mesmo não sendo hipótese de silogismo direto, a regra da universalidade pode ser aferida, na respectiva premissa, ao se colocar a norma e visualizar possíveis pressupostos. Se a Constituição aponta as normas principiológicas sobre a matéria; se ela tratou de vedar outras categorias de mesma espécie que a progressão (fiança, graça ou anistia) e, ainda, se a mesma Constituição silenciou sobre a proibição de progressão, torna-se agora mais razoável que, em termos constitucionais, não há o interesse na proibição da progressão.

Por outro lado, a decisão apresentou a posição anterior do STF, em 1993. Na década antiga, conforme resgata a presente, argumentou-se que não seria necessário o legislador abrir opções, passo por passo, para o juiz processante, para não se ofender o princípio da individualização. Não haveria falta de coerência de se vedar a progressão de regime, posto que a ação positiva para premiar o bom comportamento do preso estaria na possibilidade de obtenção do livramento condicional.

Essa segunda premissa normativa pode ter sua coerência aferida em relação a decisão que ela fundamentou, isto é, pela constitucionalidade da vedação da progressão de regime. Essa premissa antiga teve sua coerência questionada, quando trazida para o momento da decisão aqui

estudada, quando o Ministro Marco Aurélio refletiu sobre a consequência que teria o caráter abrupto da única opção que restaria – o livramento condicional; em face da progressividade de adaptação social do condenado, mais presente na progressão de regime. Há portanto, a possibilidade de se avaliar a justificação interna desse novo argumentação e considerá-lo apto, ao menos no exame relativo de racionalidade, que permite a fase da justificação interna.

Na passagem que fundamenta o seu voto, o Ministro Ayres Britto afirma entender inconstitucional um regime carcerário que não reduza o seu teor de severidade à medida que o prisioneiro progrida em termos disciplinares e comportamentais. Para sua justificação, recorre-se à lógica constitucional, que veda a pena de morte como reflexo da crença na possibilidade inafastável de regeneração humana. Segundo o Ministro:

não partisse desse radical *a priori* lógico da possibilidade de regeneração da pessoa humana, nada impediria que ele inserisse nos seus mecanismos de inibição criminal o confinamento penitenciário perpétuo e até mesmo a pena capital.³⁶³

A norma apontada, assim como os pressupostos antecedentes apontados pela adoção de novas premissas são suficientes, ao menos sob o ponto de vista de justificação interna para a fundamentação da decisão.

Acrescenta-se a esta justificação, a passagem que o Ministro afirma não se poder confundir jamais hediondez do crime com hediondez da pena. Fundamenta, assim, que os direitos subjetivos não são nulificados pela condenação penal, isto é, não se podem negar os direitos à saúde, à integridade física, psicológica e moral, entre outros. Neste nível de justificação é possível a percepção do que Alexy aborda como regras de uso de palavras, como premissas para o caminho da fundamentação. Embora tal justificação não garanta a correção da opção, pode buscar evitar tratar indivíduos iguais, de forma desigual, justificando o estabelecimento de premissas que determinem tratar da mesma maneira todos que estejam em uma mesma situação. Segundo Alexy, o princípio da universalidade buscado por esta avaliação de justificação interna serve de

³⁶³ HC 82959 voto Ministro Ayres Britto

base ao princípio da justiça formal e ao que indica seus fundamentos, a referida decisão ultrapassou esse nível de avaliação.³⁶⁴

Enfrenta-se também, no estabelecimento de premissas para a decisão, o óbice instituído pelo § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, concluindo tratar-se de cláusula com flagrante vício de inconstitucionalidade, posto que, segundo a fundamentação da decisão, a norma de segundo escalão (infraconstitucional) não pode nulificar um preceito constitucional. Argumenta-se a decisão no sentido que compete à legislação ordinária indicar parâmetros de densificação das garantias constitucionais e não o contrário.

Desde o início, no âmbito de justificação interna, Alexy em sua teoria desenvolve o que afirma ser uma má compreensão sobre a dedutibilidade lógica expressada na regra geral de justificação interna, que não consiste somente na dedução a partir de uma norma previamente dada. A inconstitucionalidade acima apontada é um exemplo disto, onde há a possibilidade de justificação interna, mesmo que não deduzidas da lei e, inclusive, a exigência de dedutibilidade para a justificação se mostrou contrária a qualquer aspecto de “encobrimento” da porção criativa do Direito, pelo rigor formal da legislação ordinária.³⁶⁵

Assim como para a inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime há a complexa rede de justificação acima, que culmina com a justificativa da opção decisória pela inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, tal conclusão provoca a argumentação por outra inconstitucionalidade – a uniformização da exigência do cumprimento da grandeza temporal de 1/6 (um sexto) da pena para concessão do benefício. Isto, segundo os argumentos trazidos, violaria a exigência constitucional de se considerar a natureza do crime e redundaria em tratamento jurídico igual para situações ontologicamente desiguais. Estabelecer como premissa a inconstitucionalidade e fixar definitivamente para todo crime a previsão geral de

³⁶⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.215.

³⁶⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p.220

1/6, como tábua rasa, tornaria flagrante a irracionalidade, posto insuficiente a justificação interna. A solução desta dificuldade ainda será abordada.

Surge ainda, como complicador, neste momento de definição de premissas, a dificuldade de se compreender os limites de atuação do Legislativo e do Judiciário. A compreensão sobre as esferas de atividade legislativa e jurisdicional é levantada na decisão, o que abre espaço para uma análise principiológica da individualização da pena. Tal garantia seria dirigida ao legislador, para uma atuação *in abstracto*, ou para o juiz, na atividade de estipulação do regime de cumprimento de pena?

No exercício regular da competência legislativa, fixou-se *in abstracto*, a partir de um juízo discricionário, e em função da maior gravidade objetiva dos ilícitos referidos, a sanção penal e o regime de execução pertinente às sanções impostas pela prática dos delitos referidos. Em passagem da decisão: “A fixação do *quantum* penal e a estipulação dos limites, essencialmente variáveis, que oscilam entre um mínimo e um máximo, decorrem de uma opção legitimamente exercida pelo Congresso Nacional”.³⁶⁶

Entretanto, como justificação da opção por este esquema de fundamentação, a decisão aponta que a Constituição prescreve a intervenção para proteção dos direitos individuais, e que o princípio da individualização da pena fundamenta um direito subjetivo, que não se restringe à atuação *in abstracto*, mas que se revela abrangente da própria forma de individualização (progressão). Alerta-se na decisão, no entanto, para não se fragilizar a premissa ao estabelecer a tábua rasa de 1/6, que tal medida é fruto de ponderação e que sua tendência a inconstitucionalidade será afastada pelo Legislador, ao disciplinar as diferentes situações criminológicas. Tal esquema confere a esta passagem da decisão, ao menos sob o aspecto lógico, uma estrutura formal de fundamentação jurídica.

Abriu-se caminho, dessa forma, para o entendimento que a garantia da individualização da pena não é uma mera orientação legislativa, mas

³⁶⁶ HC 82959 voto Ministro Gilmar Mendes

sim um direito fundamental. Surge flagrante, na análise da racionalidade, a contradição lógica da própria lei e sua constatação, sob o ponto de vista de justificação interna, aclara a estrutura lógica conseqüente da progressão de regime como direito fundamental normatizado na Constituição a ser garantido pelo Poder Judiciário.

Quando se aponta também na decisão³⁶⁷ a incongruência da lei ordinária, que repele a progressividade (que seria uma espécie de reintrodução gradual a vida social), mas admite o livramento condicional (que possibilita o retorno abrupto), argumenta-se no sentido de apontar a fragilidade racional de tal previsão, que além de teleologicamente questionável, pode ter sua debilidade racional indicada pelas regras de argumentação dogmática, cuja dimensão normativo-prática se destina especialmente ao campo das propostas para uma interpretação de uma norma, com base em constatações de suas deficiências práticas.

A estes argumentos soma-se outra linha de fundamentação trazida na decisão. Além da incongruência do livramento abrupto condicional, com retorno a vida social sem qualquer progressiva adaptação, expõe-se a desnecessidade da medida, indicando, portanto, lesão ao princípio da proporcionalidade. A conclusão vem do seguinte raciocínio: se houver para a medida outro meio mais eficaz e menos lesivo a um direito fundamental, tal meio deveria ser necessário. Tal desproporcionalidade também indica uma falta de cuidado por parte do legislador na observação de seus limites de atuação, cuja consequência ao ordenamento é o caráter arbitrário da norma. A decisão apresenta ainda um argumento extremo: como explicar que o crime de tortura permita a progressão de regime e outros crimes hediondos sejam excluídos de tal benefício?

Neste conjunto de argumentos pode-se verificar um conjunto de justificação externa na fundamentação das premissas decisórias, que vai dos

³⁶⁷ De acordo com o voto do Ministro Gilmar Mendes: “Em verdade, tal como apontado por Marco Aurélio e Peluso, a Lei dos Crimes Hediondos contém uma incongruência grave, pois, ao mesmo tempo em que repele a progressividade, admite o livramento condicional desde que cumpridos

argumentos histórico e sistemático. Esse aponta a contradição normativa pela incongruência do livramento abrupto. A premissa histórica da constitucionalidade, por sua vez, é definitivamente afastada pelo requisito de saturação. Além da incongruência sistêmica, a desproporcionalidade torna a opção pela constitucionalidade da vedação da progressão de regime insuportável e indica a premissa contrária – pela inconstitucionalidade, com a mais racional, tanto em termos de justificação interna, quanto, agora, externa. Isto ganha mais consistência pelo último raciocínio, apresentado na forma de argumento jurídico especial, como inferência lógica válida. Como explicar a permissão da progressão para o crime de tortura e manter a vedação para outros crimes tão ou menos hediondos quanto?

Há ainda a existência do chamado “núcleo essencial”³⁶⁸. Tal argumento individual, embora não se apresente como consequência lógica semântica (a decisão expressamente reconhece que a idéia de um núcleo essencial não vem determinada no texto constitucional), apresenta a interpretação que o princípio da proteção ao núcleo essencial destina-se a vedar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental e decorre do próprio modelo garantista adotado na gênese constituinte. Isto é, a não admissão de um limite da atividade legislativa tornaria inócua qualquer proteção fundamental segundo a justificação estabelecida na decisão, que visualiza uma tábua rasa feita pela Lei 8.072/90 ao direito a individualização da pena.

Na decisão, ao associar o argumento do núcleo essencial ao conteúdo garantista da Constituição, à argumentação do primeiro foi possível adicionar a solidez dos argumentos em prol do segundo, buscando o atendimento das exigências de saturação do modelo teórico. Assim, formas de justificação externa, especialmente interpretativas, contribuem para a indicação da racionalidade da decisão.

São marcantes as inferências lógicas encontradas ao longo dos votos que compõe a decisão, possibilitando, a avaliação da racionalidade

dois terços da pena (CP, art. 83, V). Tem-se, pois, o retorno à vida social sem que tenha havido progressão do regime, com a reintrodução gradual do condenado na vida em sociedade.”

quanto às formas especiais de argumentos. Relevante para a opção decisória, destaca-se, foi a apontada contradição de uma interpretação gramatical da lei dos crimes hediondos, isto é, na vedação da progressividade, mas na permissão do livramento abrupto.

Chama atenção na análise da decisão um segundo grande grupo de argumentos que é utilizado para o encaminhamento do entendimento sobre a existência do fenômeno da mutação constitucional.³⁶⁹ Tal fenômeno se traduz como uma mudança de concepção jurídica, permitindo o reconhecimento da inconstitucionalidade de situações anteriormente consideradas válidas. Nela, se aponta a evolução jurisprudencial no sentido de perceber as situações da vida que dão significado as normas de Direito. Argumenta-se, na decisão, no sentido que a “norma jurídica não é o pressuposto, mas o resultado do processo interpretativo ou que a norma é a sua interpretação”³⁷⁰. O fenômeno da mutação constitucional³⁷¹ e sua riqueza em contribuir para soluções democráticas são reconhecidos pelo STF e sua utilização reforça a análise da argumentação jurídica como caso especial da argumentação prática geral na medida que a verificação da mutação constitucional sublima a interpretação jurídica como aquela que simplesmente é justificada pela interpretação dogmática, mas sim que exige correção de fato.

Pela exigência da possibilidade de universalização, como não deveria ser diferente, a decisão jurídica está associada ao uso de

³⁶⁸ Termo destacado ao longo da decisão pelo Ministro Gilmar Mendes.

³⁶⁹ De acordo com o voto do Ministro Gilmar Mendes: “asseverando-se que as situações da vida são constitutivas do significado das regras de direito, posto que é somente no momento de sua aplicação aos casos ocorrentes que se revelam o sentido e o alcance dos enunciados normativos. Com base em Perez Luño e Reale, enfatiza-se que, em verdade, a norma jurídica não é o *pressuposto*, mas o *resultado* do processo interpretativo ou que a *norma* é a sua *interpretação*.” Ainda segundo o voto: “Essa colocação coincide, fundamentalmente, com a observação de Häberle, segundo a qual não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada (*Es gibt keine Rechtsnormen, es gibt nur interpretierte Rechtsnormen*), ressaltando-se que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública.”

³⁷⁰ HC 82959 voto do Ministro Gilmar Mendes

³⁷¹ No HC 82959, em passagem do voto do Ministro Gilmar Mendes, reproduz Häberle: “O Direito Constitucional vive, *prima facie*, uma problemática temporal. De um lado, a dificuldade de alteração e a conseqüente duração e continuidade, confiabilidade e segurança; de outro, o tempo envolve agora mesmo, especificamente o Direito Constitucional. É que o processo de reforma constitucional deverá ser feito de forma flexível e a partir de uma interpretação constitucional aberta. A continuidade da Constituição somente será possível se *passado e futuro* estiverem nela associados.”

precedentes, mesmo que tal associação aponte para a identificação de um novo momento ou situação que imponha a superação definitiva ou parcial de tais precedentes. Na decisão analisada percebe-se que foram utilizados precedentes associados a argumentos para o preenchimento consistente de áreas com demandas interpretativas. Nesta passagem, portanto, pode-se avaliar a racionalidade argumentativa exteriorizada pelo Ministro Aires Britto³⁷², que ao dispor sobre o modulação dos efeitos da decisão incidental de inconstitucionalidade, resgata posicionamento anterior do próprio Tribunal, no mesmo sentido de “retrabalhar”³⁷³ efeitos de certas declarações de inconstitucionalidade aplicando a tese da modulação.

Um terceiro grande grupo de argumentos é aquele que justifica o caminho da tese da modulação dos efeitos da decisão para a possibilidade de se conferir características do controle abstrato de constitucionalidade ao controle concreto (abstrativização). Justifica-se a possibilidade de conferir tais efeitos a decisão independentemente da participação de outro Poder (neste caso o Poder Legislativo, na figura do Senado da República).

O STF constrói sua rede de argumentos com base primeiramente na compatibilidade do sistema difuso com a doutrina da limitação dos efeitos ao tempo, através do reconhecimento do dispositivo expresso na Lei 9868/99, que autoriza a declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos para o controle concentrado e que tal modelo foi historicamente construído, desde sua origem, sobre a necessidade de se estabelecer limites a uma decisão de inconstitucionalidade para se equacionar consequências políticas de cada momento histórico do País, assumindo o Tribunal efetivamente seu papel de Suprema Corte.

Avalia-se que a decisão, neste particular, buscou uma alternativa de correção e a escolha dos argumentos utilizados, aqui descritos, apontam para esta opção. Nesta passagem percebe-se que o recurso da

³⁷² Passagem destacada do voto do Ministro Ayres Britto. HC 82959.

³⁷³ Este termo foi utilizado ao longo do voto do Ministro Ayres Brito.

argumentação prática geral pôde ser direcionado não só as necessidades de saturação, como também para a eleição de distintas formas de argumentos, um resultado interpretativo diverso. Este exercício discursivo pôde ser encontrado na tese da abstrativização, marcadamente pela não correspondência a anteriores enunciados dogmáticos ou a precedentes.

A fundamentação para a abstrativização segue pela tese da compatibilização de decisões nos modelos concreto e abstrato, destacadamente a possibilidade de optar-se por uma modulação excepcional dos efeitos de uma decisão de inconstitucionalidade sobre o caso concreto. O STF, sobre a referida tese, adotou a premissa de que se houver declaração de inconstitucionalidade, na forma como decidida no HC, essa decisão corretamente afetará demais situações idênticas, inclusive situações que já tenham sido levadas ao Judiciário e estejam tramitando em instâncias diversas, posto que, segundo a decisão “[...] Os casos concretos ainda não transitados em julgado hão de ter o mesmo tratamento (decisões com eficácia *ex nunc*) se e quando submetidos ao STF.”³⁷⁴ A partir disto, entendeu-se razoável, pelo conjunto de significados do controle de constitucionalidade, pelo papel histórico e pela função constitucional do STF, que o próprio Tribunal declarasse, nos casos de controle de constitucionalidade concreto, os efetivos alcances de sua decisão.

E ainda, na argumentação que se dá a extensão vinculante da decisão incidental de controle de constitucionalidade encontram-se verificáveis formas especiais, ao se estabelecer um comparativo analógico entre a amplitude conferida ao STF no controle abstrato de normas com o controle incidental, tornando lógico um sistema de decisão com eficácia geral, assim como, por consequência, tornando absurda a exigência da obrigatória participação procedimental de um outro Poder (Legislativo/Senado) para conferir tal eficácia.

Ao decidir sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, argumentou-se no sentido de que embora a Lei 9.868/99 tenha já autorizado o STF a limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, tal previsão normativa não se dirigiu especificamente a

³⁷⁴ HC 82959

hipótese do controle concreto. Tal dúvida sobre o alcance conferido pelo ordenamento encaminhou a decisão para a busca de um respaldo histórico. Segundo a matriz histórica do controle de constitucionalidade, a qual também influenciou a construção brasileira, encontrou-se a necessidade de se conferir também a episódios de controle concreto de constitucionalidade, a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, justamente pela mesma justificativas da permissão para o controle abstrato. O STF, em ambas as hipóteses, pode se confrontar com situações sociais e fáticas (enormes e preocupantes problemas de administração da justiça) que impõem e justificam tal prerrogativa e que aproximam o STF de seu *status* de Corte Constitucional.

Apontadas algumas passagens, é possível demonstrar a constatação que o marco atual teórico do Direito tem a judicialização como um fenômeno, presente também nas formas de controle de correspondência com a Constituição. Portanto, a estruturação de um modelo de construção racional de decisão judicial passa a ser justificável para a composição de soluções judiciais coerentes e adequadas.

Pela teoria da argumentação jurídica de Alexy³⁷⁵, tem-se evidenciado que o discurso jurídico deve ser desenvolvido sobre a base do discurso prático geral, posto coincidentes suas preocupações de justificação e correção que vão além da justificativa na ordem normativa vigente. Deve o discurso ser estruturado por um conjunto de regras e formas associadas a tal argumentação prática do tipo geral.

De acordo com a Teoria de Alexy, a explicação do conceito de argumentação jurídica racional tem lugar mediante a descrição de tais regras e de formas que se deve adotar. Se uma discussão tem ou não correspondência neste conjunto – e isto pode ser feito em uma decisão, pois carregada de premissas e argumentos, como acima exemplificado; o resultado alcançado pode designar-se ou não, respectivamente, como correto, razoável. Desta forma, as mencionadas regras e formas do discurso jurídico constituem um critério de correção para as decisões jurídicas.

³⁷⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. 2007. p. 273.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve como objetivo científico compreender, sob o marco do neoconstitucionalismo e com enfoque na Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy, a possibilidade de se avaliar racionalmente as decisões judiciais.

A motivação de tal estudo surgiu a partir da percepção da ampliação da atuação do Poder Judiciário. Marcadamente ao longo do século XX, quando se acentuou uma alteração da hermenêutica constitucional e uma reaproximação entre o Direito e a Justiça. Com ênfase na normatividade dos princípios é visível um incremento na carga interpretativa do Direito. Assim, buscando como arcabouço a Teoria da Argumentação, surgiu a seguinte questão: seria possível avaliar racionalmente as decisões judiciais neste cenário?

Iniciou-se o desenvolvimento do trabalho, no Capítulo 1, com um estudo que permitisse estabelecer elementos de comparação entre o paradigma positivista e o pós positivista. Naquele, a explicação do Direito seria tarefa estranha, afeta tão somente a outras áreas do conhecimento como a Sociologia, a Filosofia, a Política. Ao juiz, em síntese, caberia a concretização da norma jurídica formalmente vigente.

A estruturação do marco pós positivista ocorreu, por sua vez, com a sublimação do positivismo jurídico, por seu colapso na capacidade reguladora e pelo incremento nos processos de constitucionalização dos ordenamentos ocidentais. O marco neoconstitucionalista é, pois, caracterizado pela onipresença da Constituição; por mais ponderação que subsunção, destacadamente pela normatividade dos princípios, que trazem razões não peremptórias; pela coexistência de uma constelação de valores, às vezes, tendencialmente contraditórios e pela onipotência judicial em lugar da pura autonomia legislativa, com a conseqüente demanda por decisões comumente que necessitam de justificação além da lógica formal.

Por fim, buscou-se a compreensão sobre o reconhecimento teórico sobre a existência do fenômeno da judicialização, isto é, as percepções dos chamados eixos procedimentalista e substancialista. Assim, tanto para aqueles que entendem se deve conduzir a uma cidadania ativa acompanhada de uma igualdade virtuosa, através do aperfeiçoamento dos procedimentos democráticos, zelados pelo Direito, quanto para aqueles que as relações entre Direito e Política, destacadamente pela criação jurisprudencial, são inevitáveis e favoráveis ao enriquecimento da igualdade, sem a diminuição da liberdade, é possível perceber que ao menos o fenômeno da judicialização é reconhecido por ambos os eixos.

No processo dinâmico de constitucionalização dos ordenamentos ocidentais, visto no Capítulo 1, pôde-se verificar dentro de suas características a garantia jurisdicional da Constituição, onde há também, no Brasil, traços da judicialização. Para um melhor entendimento desta característica foi necessário um estudo do controle jurisdicional de constitucionalidade, o que ocorreu no capítulo seguinte.

No Capítulo 2, portanto, buscou-se, a compreensão do sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade, para permitir o estudo da abstrativização do controle concreto de constitucionalidade no Brasil. Do constitucionalismo histórico, como estrutura teórica desenvolvida e organizada como alternativa limitadora do poder a um Estado, a um constitucionalismo contemporâneo, marcado pelo processo de identificação e afirmação dos valores supremos de determinada sociedade, estruturou-se um complexo sistema de proteção das normas constitucionais.

A rigidez e a supremacia constitucionais encontram-se na base do controle de constitucionalidade. Ambas conferem fundamento ao combate de violação de uma norma constitucional. A inconstitucionalidade deve ser objeto de resposta jurisdicional, de modo a restituir a harmonia do conjunto de regras e princípios.

No Brasil, destaca-se o controle jurisdicional de constitucionalidade, cabendo a todos os juízes tal atividade, e, especialmente, ao

STF, a decisão final sobre a compatibilidade das normas infraconstitucionais com a Constituição. O controle de constitucionalidade jurisdicional brasileiro é eclético, combina elementos do sistema difuso e do sistema concentrado e tem seus efeitos variáveis, desde inter partes, até a eficácia geral e vinculante.

O STF adota, inclusive para situações de controle concreto, a tese da modulação de efeitos no controle de constitucionalidade. Justificou por uma forma de conferir, judicialmente, a eficácia geral às decisões de controle concreto, sob a argumentação de que os fatores da modernidade levam à compreensão que o artigo 52, X, da CRFB/88 sofreu uma mutação constitucional e deve ser compreendido de uma nova forma. Tal justificação pôde ser analisada no Capítulo 3, no qual se buscou destacar em particular uma decisão judicial, no âmbito do STF, onde fosse possível a identificação marcante da judicialização e que possibilitasse uma verificação com base no arcabouço teórico da Teoria da Argumentação de Robert Alexy.

Para a Teoria da Argumentação Jurídica há casos em que não há conexão lógica direta entre o julgamento e normas e há a necessidade de condições e procedimentos que possibilitem a justificação de uma opção decisória. Portanto, a argumentação jurídica é uma atividade lingüística, discursiva que visa tratar a correção dos enunciados normativos.

Com base na Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy é possível a defesa de que, se uma decisão resiste às chamadas regras fundamentais, de razão, de fundamentação, de carga argumentativa; assim como, submete-se a justificação interna e externa, através de formas e regras especiais de argumentação jurídica, haverá, tal decisão, por ter alcançado um maior grau de racionalidade prática.

Assim, como exposto e defendido por Alexy, é possível atender a expectativa de correção, com um resultado justificável, a partir do discurso racional. As decisões judiciais são passíveis de serem processadas dentro desta racionalidade argumentativa.

As hipóteses do presente trabalho foram confirmadas, isto é:

a) Embora não concordem sobre as conseqüências do fenômeno, tanto o eixo procedimentalista, quanto o eixo substancialista, indicam que a judicialização do Direito é um fenômeno.

b) O Judiciário construiu argumentação sobre sua interpretação para o Direito, justificando-se a abstrativização dos efeitos de decisões em controle concreto de constitucionalidade.

c) Através da Teoria da Argumentação de Alexy, conforme percebido particularmente em estudo de decisão que abstrativizou os efeitos do controle concreto de constitucionalidade, é possível indicar decisões com suporte racional e, portanto, avaliar-se racionalmente uma decisão judicial.

Diante disso, ao concluir o estudo, reconhece-se que a atividade judicial deve voltar-se à realização dos valores supremos esculpidos na Constituição, resguardar os direitos fundamentais e exercer a jurisdição dentro de procedimentos que permitam qualificar pela correção seu resultado.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

AGUILO REGLA, Josep. Sobre Derecho y Argumentación. In: AGUILO REGLA, Josep. **Sobre Derecho y Argumentación**. Palma (Mallorca): LLeonard Muntaner, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria de La argumentación jurídica**. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2. ed. Madrid: Centro de Estudos Políticos y Constitucionales, 2007

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo. Ícone. 1995.

BOLETIM NUCRIM. **Informativo das decisões dos Tribunais Superiores STJ e STF**. N. 10. Disponível em: <<http://www.pgr.gov.br>>. Acesso em: 03 ago. 2007

BRASIL. **Lei 9868**, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislação>. Acesso em: 01 ago. 2009

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 652/MA**. Relator: Min. Celso de Mello. RTJ, 146:461, 1993. Disponível

em:<<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>>. Acesso em: 03 ago. 2009

_____. **HC nº 82959/SP**. *Habbeas Corpus*. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Julgamento 23 fev. 2006. Disponível em:<<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>>. Acesso em: 03 ago. 2009

_____. **Recl. nº 4335/AC**. Reclamação. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento 01 fev. 2007. Disponível em:

<<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>>. Acesso em: 03 ago. 2007

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984.

DUARTE, Élcio O. R. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy. 2006.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERRAJOLI, Luigi Miguel. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Editorial Trotta. 2ª edição. 2005. Madrid, 1995.

FIGUEROA, ALFONSO G. La Teoría del Derecho en tiempos de Constitucionalismo. In:

GUASTINI, Riccardo. La 'Constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano.' In CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Editorial Trotta. 2ª edição. Madrid. 2005.

KELSEN, Hans. **Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho**. Tradução para o espanhol por Eduardo Vásquez, R Inés Ortiz, Jorge Bacqué, María Isabel Azaretto e Eugenio Bulygin. Distribuciones Fontanamara, S.A., México, DF. 5ª edição. 1995.

_____. **Jurisdição constitucional**. Introdução e revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Qué es la Teoría Pura del Derecho**. Tradução para o espanhol da obra Was ist die reine Rechtslehre?. Distribuciones Fontanamara, S.A., México, DF. 5ª edição. 1997.

_____. **Quién debe ser el defensor de la Constitución?** Traducción y notas de Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos S.A., 1995.

_____. **Teoría Pura del Derecho**. Tradução para o português por João Baptista Machado. Martins Fontes. São Paulo. 2000.

MAFFESOLI, Michel. **Elogio da razão sensível**. Tradução: Albert Christophe Migueis Stuckenbruck. Petrópolis. RJ: Vozes, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2. ed.rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. A análise do direito comparado e nacional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 1-65.

_____. Comentários ao capítulo III, Seção I. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 217-270.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2 ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2005.

PANIAGUA, Enrique Linde. **Constitucionalismo democrático**. (o los hombres em el centro Del sistema político). Madrid: Colex, 2002.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa Jurídica - idéias e ferramentas úteis ao pesquisador do Direito**. 10 ed. rev. ampl., Florianópolis: OAB-SC, 2007.

PRIETO SANCHÍS, Luis P. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta. 2ª edição. 2005.

POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. **Controle de Constitucionalidade das Leis**. 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ROESLER, Cláudia R.. Os Diversos Enfoques da Teoria Contemporânea do Direito e a Passagem para uma Teoria Constitucionalista do Direito. In: CRUZ, Paulo M.; ROESLER, Cláudia R. (Org.) **Direito e Argumentação no Pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

_____. A Constituição na Teoria Constitucionalista do Direito: apontamentos a partir de Theodore Viehweg. In: CADEMARTORI, Daniela M. L. de; GARCIA, Marcos L. (Org.). **Reflexões sobre Política e Direito: Homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold**. Florianópolis: Conceito Editorial. 2008.

SGARBI, Adrian. **Clássicos da Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.