

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS
MESTRADO

ANA MARCIA SIMÕES ETIENNE ARREGUY

**OS LIMITES DA DISCRICIONARIDADE JUDICIAL NO PARADIGMA DO
ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO**

POUSO ALEGRE

2021

ANA MARCIA SIMÕES ETIENNE ARREGUY

**OS LIMITES DA DISCRICIONARIDADE JUDICIAL NO PARADIGMA DO
ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do título de Mestre em
Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas

Orientador: Prof. Dr. Leandro Corrêa de Oliveira

FDSM-MG

2021

Ana Márcia Simões Etienne Arreguy

**OS LIMITES DA DISCRICIONARIDADE JUDICIAL NO PARADIGMA DO
ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO**

Dissertação apresentada no Curso de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito
do Sul de Minas, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em
Direito Constitucional.

Área de Concentração: Direito Constitucional e Teoria Democrática

Orientador: Prof. Dr. Leandro Corrêa de Oliveira

Prof. Dr. Leandro Correa de Oliveira – FDSM (Orientador)

Pouso Alegre, 30 de junho de 2021.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Marçal e Déa Márcia, de quem herdei o gosto pelo conhecimento.

À minha família, Enio, Isabela, João e Felipe, pela compreensão dos meus momentos de ausência e pelo apoio nesse projeto.

Aos meus irmãos, Márcio Fernando e Luís Guilherme, pelo incentivo à ciência.

Aos meus amigos e amigas, por não terem duvidado de mim.

E especialmente, aos professores da Faculdade de Direito do Sul de Minas, de quem tive a honra de ser aluna, nesta e em outras fases da minha carreira jurídica, aos quais agradeço, na pessoa do meu orientador Prof. Dr. Leandro Corrêa de Oliveira, cuja importância foi fundamental para a realização desta dissertação.

“A Constituição importa e é por isso que devemos nos importar com isso tudo.”

E. P. Thompson

RESUMO

O Estado Democrático De Direito, em sua intrínseca ligação com a autonomia de seus cidadãos sob o signo da soberania popular, sofre uma tensão no núcleo de divisão de poderes, na medida em que os direitos fundamentais assumem uma rigidez de caráter dirigente que se impõe sobre o legislador ordinário. Ao tribunal constitucional, responsável pela guarda da Constituição, cumpre garantir a integridade desses direitos. O movimento neoconstitucionalista, impulsionado pelas constituições democráticas do Século XX, numa tentativa de superação do positivismo e da cisão entre direito e moral, acabou por promover uma perda de normatividade constitucional, permitindo que os seus princípios constitucionais sejam sopesados pela razão prática e valores pessoais do julgador, acabando por produzir, especialmente no Brasil, uma série de decisões arbitrárias. Diante do exposto, o presente trabalho se propõe a investigar, a partir de uma pesquisa analítica crítica, a relação entre o direito e a moral no âmbito de uma teoria de Justiça que deve pensar o Direito sob paradigma do constitucionalismo democrático. A partir do debate sobre o neoconstitucionalismo entre Luigi Ferrajoli e Lenio Streck, busca-se um caminho que possa produzir respostas judiciais constitucionalmente adequadas, fundadas na ordem democrática e na linguagem intersubjetiva. Com isso é construída uma base teórica que permite orientar decisões legítimas.

Palavras-chave: estado democrático de direito - controle de constitucionalidade - neoconstitucionalismo - garantismo - crítica hermenêutica do direito - resposta constitucionalmente adequada.

ABSTRACT

The Democratic State of Law, in its intrinsic connection with the autonomy of its citizens under the sign of popular sovereignty, suffers a tension at the core of the division of powers, as fundamental rights assume a rigidity of a directing character that imposes itself on the ordinary legislator. The Constitutional Court, responsible for safeguarding the Constitution, must guarantee the integrity of these rights. The neo constitutionalist movement driven by the democratic constitutions of the 20th century, in an attempt to overcome positivism and the split between law and morality, ended up promoting a loss of constitutional normativity allowing constitutional principles to be weighed by the judge's practical reason and own values, effecting a series of arbitrary decisions, especially in Brazil. In light of the above, the present work aims to investigate, from critical analytical research, the relationship between law and morality in the context of a theory of Justice that should think Law under the paradigm of democratic constitutionalism. Based on the debate on neo constitutionalism between Luigi Ferrajoli and Lenio Streck, looking to provide a suitable response to the Constitution, based on the democratic order and on intersubjective language. With this, a theoretical basis is built that allows guiding legitimate decisions.

Key-words: democratic rule of law - judicial review - neoconstitutionalism - guaranteeism - hermeneutic critique of law – suitable response to constitution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO:	8
1 - CONSTITUCIONALISMO E JURISDIÇÃO	15
1.1 O Aparente Paradoxo entre o Constitucionalismo e a Democracia	15
1.2 O Controle de Constitucionalidade	41
1.3 A Crítica Ao Judicial Review	52
2 – O(S) (NEO) CONSTITUCIONALISMOS	64
2.1 As Teorias Argumentativas Principialistas:	64
2.2 A Separação Conceitual entre Direito e Moral	80
2.3 A Co-Originaridade Entre Direito e Moral	87
3 – O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORANEO E A DECISÃO JURISDICIONAL	94
3.1 O Debate Luigi Ferrajoli x Lênio Streck	94
3.2 A Busca Por Respostas Constitucionalmente Adequadas no Direito	125
3.3 Uma Proposta Conciliatória	132
4 – ESTUDO DE CASO: A RECLAMAÇÃO N. 4.335-5 COMO EXEMPLO PARADIGMÁTICO	135
4.1 A Perspectiva Da Mutação Constitucional	135
4.2 A Perspectiva Do Ativismo Judicial	144
4.3 Ativismo Judicial ou Resposta Constitucionalmente Adequada	155
CONCLUSÃO:	159
BIBLIOGRAFIA:	163
ANEXO I – STF, RECLAMAÇÃO N. 4.335-5-5-5/AC.	166

INTRODUÇÃO:

Os limites do poder de revisão das leis pelo Poder Judiciário que tem como ponto de tensão o princípio democrático é um dos temas que tem sido objeto de pesquisas e discussões no âmbito da Teoria do Direito e na Teoria Geral do Estado, em especial a partir da segunda metade do século XX, com o advento das constituições democráticas que se espalharam pela grande maioria dos Estados de cultura ocidental, trazendo em seu bojo um rol de garantias e direitos fundamentais protegidos de alterações pela cláusula contra majoritária.

Após a ocorrência da tragédia nazifascista, a teoria positivista do direito passou a ser questionada por seu formalismo acrílico, em parte derivado de sua pretensão de separação da entre direito e moral, que teria sido responsável por sustentar as enormes injustiças causadas pelo governo nazista, dentro de um sistema jurídico que não reconhecia a iniquidade das leis e dos atos administrativos, que se encontravam encobertos sob uma burocracia que não abria os olhos para legitimidade moral de seus desmandos.

O chamado movimento Neoconstitucionalista foi consequência de verdadeira virada paradigmática¹ ocorrida, a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, numa tentativa de superar os limites formais do positivismo jurídico. Impulsionada pelo novo modelo de constituição normativa principiológica e programática, carregado de sentido dirigente e político, surge uma teoria anti-positivista, tendo como principais expoentes na doutrina alemã Robert Alexy e na Itália e Espanha, teóricos como Suzanna Pozzolo, Prieto Sanchis e Miguel Carbonel.

Ao promover o retorno a uma forma de jusnaturalismo, unindo o direito à moral², acabou por deflagrar de maneira quase paradoxal, um movimento de enfraquecimento do amplo conjunto de direitos e garantias individuais e sociais alcançados pelo povo através do ideal constitucional, na medida em que autorizou que valores subjetivos do juiz possam relativizar a normatividade principiológica da Constituição.

A teoria pós positivista de Robert Alexy e o neoconstitucionalismo íbero sul-americano que passaram a ser adotado no Brasil, especialmente após a Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma nova forma de abordagem constitucional, onde a pretexto de se reconhecer a

¹ FERRAJOLI, Luigi, Constitucionalismo principialista e garantista. Tradução: André Karam Trindade. In *Garantismo, Hermenêutica e (Neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli.*. FERRAJOLI, Luigi, STRECK, Lenio Luiz, TRINDADE, André Karam (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Versão para Kindle, p. 148.

² Idem, ibidem.

normatividade do texto, sujeitou os princípios constitucionais cada vez mais a um balanceamento e ponderação, através de um método que permite maior interferência do Judiciário nas decisões de governo, aqui o ponto central da nossa pesquisa.

É nesse ambiente que foi proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na Reclamação n. 4.335-5 AC³, que, com fundamento da tese de mutação constitucional, de origem no dualismo metodológico dos finais do século XIX, desconsiderou por completo a regra constitucional contida no art. 52, inciso X da Constituição Federal;⁴, de modo a alterar o seu texto, vindo a torná-lo sem efeito, declarando desnecessária, a tradicional e constitucionalmente garantida participação do Senado Federal no processo de controle difuso de constitucionalidade, interferindo assim na estrutura de divisão dos poderes e aumentando seu próprio papel (do Supremo Tribunal Federal), no controle de constitucionalidade das leis produzidas democraticamente pelo legislador.

Nesse sentido restaria excluída, pela decisão do Supremo Tribunal Federal, a participação do Senado no controle de constitucionalidade inter partes, a quem nos termos da Constituição Federal competia nesses caso, diante de sua natureza concreta e limitada, a faculdade de retirar a validade da lei, concedendo às decisões proferidas pelo STF os efeitos *erga omnes*, sendo que dessa forma, através da argumentação utilizada no voto vencedor, se chegaria a “a uma nova concepção, não somente do controle da constitucionalidade no Brasil, mas também de poder constituinte, de equilíbrio entre os Poderes da República e de sistema federativo”⁵, evidenciando a extrema relevância da decisão para o problema apresentado.

Para que chegasse a tal entendimento, o relator Min. Gilmar Mendes se utilizou de uma longa retórica e argumentação jurídica, fazendo toda uma reconstituição da história brasileira do controle de constitucionalidade, difuso desde suas origens, conforme já previsto desde a primeira Constituição da República de 1891, e assim ratificado a cada Constituição: 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988. O voto apresenta algumas das discussões travadas no Congresso Nacional

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente. (Rcl 4335, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014 EMENT VOL-02752-01 PP-00001

⁴ BRASIL. Constituição. (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília; Senado, 1988: Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: ...X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

⁵ LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo de Andrade Cattoni; STRECK, Lenio; A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Argumenta Journal Law*. N. 07. 2007.

nos momentos de ratificação desse modelo de controle de constitucionalidade, e suas respectivas justificativas que ressaltavam a importância da atuação do Senado no controle difuso, especialmente quando, já a partir de 1967, restou incluído no sistema, o controle concentrado de constitucionalidade, cuja legitimidade ativa ainda era limitada na pessoa do Procurador Geral da República.

O voto reconstitui a história do modelo adotado constitucionalmente e entre variadas fundamentações possíveis no caso concreto, opta pelo reconhecendo a configuração de mutação constitucional, que em nossa hipótese parece uma medida extrema que carrega em si uma atitude ativista e perigosa, na medida em que parece interferir no próprio sistema de divisão de poderes, cláusula pétrea constitucional, desafiando sua legitimidade democrática.

A nossa hipótese é a de que o Supremo Tribunal Federal agiu de forma ativista, ultrapassando os limites da legitimidade democrática que deve nortear as decisões judiciais, ante a responsabilidade política que lhe incumbe, na medida em que a decisão não cumpre satisfatoriamente com a necessária prestação de contas (accountability) à comunidade jurídica e social, não se demonstrando constitucionalmente adequada, especialmente no que se refere a observação da normatividade dos princípios constitucionais, da mesma forma infringindo o sistema de justiça como um todo, em sua coerência e integridade.

Para confirmar isso, a presente pesquisa desenvolve-se no campo da teoria do Direito, da Constituição e da democracia, procurando a partir das origens do constitucionalismo democrático, estabelecer os necessários limites impostos à decisão judicial no Estado Democrático de Direito, em especial quanto ao poder de revisão das leis e da Constituição, em face da própria tarefa de guarda constitucional, a fim de garantir os princípios da ordem política e democrática, que deverão estar presentes como condição de possibilidade nos fundamentos da decisão judicial.

Por esse motivo, foi importante iniciar a pesquisa por uma necessária identificação das bases da nossa teoria Constitucional e do Direito, que se solidificou sobre os Direitos e Garantias Individuais e o estado de Direito, já nas primeiras constituições da Era Moderna, sendo o fundamento maior do que hoje chamamos de Democracia.

Assim fomos resgatar as bases do Constitucionalismo Moderno fincadas nas origens do Estado De Direito, onde ganharam força a autoridade da lei posta pela soberania popular, através dos procedimentos anteriormente fixados, e também as origens da participação do Poder Judiciário, juntamente com os demais poderes na administração do Estado, atuando na

preservação das bases constitucionais de sua formação e organização, como forma de garantia dos direitos que vieram sendo conquistados pelo povo, em razão de suas vitórias sobre o poder autoritário e excludente.

Nesse sentido, no primeiro capítulo, fizemos inicialmente uma pesquisa bibliográfica histórica e crítica das Revoluções do Século XVIII, ocorridas na França e nos Estados Unidos da América, cada uma à sua peculiar maneira, fundou o Constitucionalismo moderno, a partir do modelo já existente na Inglaterra com a instituição dos Direitos Fundamentais do Homem na França e a Carta de Direitos (*Bill of Rights*), nos Estados Unidos da América, dando início à criação das primeiras constituições escritas pelo povo soberano.

A pesquisa bibliográfica foi feita a partir de autores brasileiros, em especial, o professor Gilberto Bercovici⁶ _ pelo estudo dessa primeira fase e evolução do constitucionalismo, a partir da ideia central de soberania popular e da democracia que são analisadas em seu significado mais genuíno, na obra “Soberania e Constituição: para uma crítica do Constitucionalismo”, onde é apresentada uma visão crítica do efetivo grau de legitimidade conquistado nesse primeiro momento constitucional.

Também nos guiamos pelo olhar do Prof. Marcello Andrade Cattoni de Oliveira⁷, a partir da obra “Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição”, na parte em que aborda o início das discussões sobre o nascimento e as alterações no campo da teoria da constituição e do Estado de direito e a evolução desses Estados constitucionais, passando de uma noção de constitucionalismo liberal privado, de garantia de direitos individuais, para o novo paradigma de Estado social vigente no Século XIX.

Também foi importante o registro de Ingo Wolfgang Sarlet⁸, pelo alcance de sua reconhecida obra “A eficácia dos Direitos Fundamentais”, que aborda também o nascimento do estado regido pela vontade do povo e atrelado de forma indissociável ao Direito e depois, do Estado Democrático Direito, como forma e meio de garantia das liberdades e conquistas sociais. Além disso, outros artigos publicados em revistas especializadas que da mesma forma contribuíram para a investigação.

⁶ BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. 2.^a edição. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2013.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2.^a edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora., 2001

⁸ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Contribuições para uma Crítica da Constituição*. Belo Horizonte: Arraes Editores. 2013.

Sem seguida fazemos uma leitura descritiva e crítica do *judicial review* e os espaços de tensão do Tribunal Constitucional e o poder legislativo, à luz do pensamento de John Hart Ely, Cass Sustein, Mark Tushnet, e Jeremy Waldron a respeito do desenvolvimento de funções políticas pelo Judiciário, caracterizando o ativismo judicial norte-americano e o modo como a sociedade norte-americana vem lidando com o judicial review sem deixar de preservar a sua tradição constitucional.

No segundo capítulo, sob a perspectiva do novo paradigma do Estado Constitucional de Direito, nascido após o fim da Segunda Guerra Mundial, como a promessa de superação dos erros cometidos e de concretização dos direitos individuais e sociais, de modo a materializá-los a partir de uma nova ordem constitucional de eficácia, fazemos uma investigação bibliográfica e crítica do novo modelo de Teoria do Direito que surge com a intenção de superação das insuficiências do positivismo jurídico.

Dessa forma, investigaremos a relação conceitual entre de Direito e Moral, visitando o positivismo jurídico e os antipositivismos, além da proposta de uma co-originaridade, apresentada por Jürgen Habermas⁹, abordando a forma como essas variadas teorias do Direito vêm tratando os limites dessa tensão, que recai sobre o poder discricionário de atribuição de sentido e de valores aos textos legais com uma redefinição de direitos, permitindo que estes interfiram em competências típicas do Poder Legislativo, causando uma perda de normatividade e autonomia do Direito, diante dos seus chamados predadores: seja a moral, a ideologia, a economia, a política ou outros interesses pessoais, podendo ocorrer assim também um enfraquecimento da força normativa da Constituição.

Em seguida, no terceiro capítulo, apresentamos o importante contraponto apresentado por Luigi Ferrajoli¹⁰ a essa nova constitucional argumentativo-princialista tendo como fundamento a sua teoria garantista, como uma possibilidade de superação dos problemas que até então impedem que a Teoria do Direito possa de fato garantir a efetividade de uma Constituição democrática.

A partir do trabalho intitulado “Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo”, Ferrajoli pautas as diferenças que o fizeram distanciar-se da teoria neo

⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre a facticidade e validade*, vol. II, Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1997

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo princialista e constitucionalismo garantista, in *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*, in FERRAJOLI, L.; STRECK, L.L.; TRINDADE, A.K. (org) *Garantismo, Hermenêutica e (Neo) Constitucionalismo: um diálogo com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. Edição para kindle

constitucionalista, reconhecendo inicialmente os pontos em comum, mas indicando na forma de lidar com o positivismo, maneiras diferentes de abordagem, buscando em contrapartida o fortalecimento do juspositivismo, calcado numa semântica jurídica rígida de superação das insuficiências deste.

A proposta de Ferrajoli é avaliada através do livro onde se trava um debate com Lênio Luiz Streck¹¹, o qual em várias de suas obras, mas principalmente em “Verdade e Consenso”¹², busca estabelecer os alicerces de sua Teoria Crítica Hermenêutica, uma teoria do Direito que de fato possa materializar os direitos fundamentais elevados ao *status* constitucional, de forma coerente com a história dessas conquistas, já que “seria uma contradição reconhecer a evolução do Direito “pós-bélico” ou “pós-Auschwitz”, com uma postura que privilegiasse decisionismos¹³, apostando no protagonismo judicial neoconstitucionalista.

A partir dessa base teórica é feita a crítica das posturas que passaram a predominar nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Buscamos apresentar uma base epistêmica para uma teoria que possa nos levar a uma decisão judicial que une validade e facticidade do Direito, para propor uma possibilidade de respostas jurídicas que sejam proferidas de acordo com o paradigma constitucional democrático, garantindo a legitimidade da atuação dos tribunais.

Diante de tais premissas, no quarto capítulo, fizemos um pequeno estudo de caso da decisão proferida na Reclamação n. 4.335-5/AC, a partir dos votos do Ministro Relator Gilmar Mendes, voto revisor dado pelo Ministro Eros Grau, mas também das objeções feitas pelos Ministro Sepúlveda Pertence e Ministro Joaquim Barbosa, cujos votos contrários a tese do relator, ajudam a dar as pistas, para se descobrir os seus excessos e inadequações deslocando a discussão do caso _que versava sobre a constitucionalidade da Lei dos Crimes Hediondos, para o campo da validade da regra constitucional expressa.

Assim a partir das perspectivas da mutação constitucional, fundada no dualismo jellinekiano, na Constituição Normativa de Hesse, sem nos distanciar dos apontamentos obtidos a partir do debate Streck x Ferrajoli, buscaremos confirmar a nossa hipótese de ilegitimidade democrática da decisão, na medida que se distancia daquilo que é chamado por Streck como

¹¹ FERRAJOLI, L.; STRECK, L.L.; TRINDADE, A.K. (org) Garantismo, *Hermenêutica e (Neo) Constitucionalismo*: um diálogo com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. Edição para kindle

¹² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*: Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. 6.ª ed., São Paulo: Editora Saraiva Jus, 2017.

¹³ Mario Losano *apud* STRECK, Lenio Luiz, Dicionário... op. cit, p. 147.

uma decisão constitucionalmente adequada, porque pautada numa hermenêutica principiológica e de respeito a coerência e integridade do Direito.

De outro lado, sob a perspectiva do ativismo judicial, nas obras de Gisele Cittadino, Leandro Corrêa de Oliveira e outros artigos selecionados, além dos fundamentos do debate abordado, buscaremos fazer uma análise das razões e fundamentos da decisão, avaliando a sua adequação a uma teoria que diga respeito aos compromissos com a democracia constitucional que vivemos, e os deveres de prestação de contas (accountability) a que estão sujeitos também os Ministros do Supremo Tribunal Federal, avaliando sua responsabilidade política no múnus de guarda constitucional que lhes incumbe e as condições para que seja exercido dentro dos limites de uma discricionariedade, fixados na principiologia constitucional.

Percorrendo o caminho criado pela história das constituições e do paradigma de Estado no qual nos encontramos, foi possível uma visão crítica da Teoria do Direito que norteou esta e outras decisões do Supremo Tribunal Federal, buscaremos confirmar nossa hipótese de ativismo judicial e apresentar uma proposta baseada no debate Streck – Ferrajoli, de uma base epistêmica para uma decisão judicial que seja constitucionalmente adequada, de modo a garantir a legitimidade das decisões judiciais.

1 - CONSTITUCIONALISMO E JURISDIÇÃO

1.1 O Aparente Paradoxo entre o Constitucionalismo e a Democracia

*[...] e, ao crepúsculo da tarde,
Sobre amarras dormindo a marinhagem,
Circe me toma a destra, a par se encosta,
Pergunta-me de parte; eu por miúdo
A satisfação, e ela assim discorre:
“Pois bem; atende agora, e um deus na mente
Meu conselho te imprima. Hás de as sereias
Primeiro deparar, cuja harmonia
Adormenta e fascina os que as escutam:
Quem se apropinqua estulto, esposa e filhos
Não regozijará nos doces lares;
Que a vocal melodia o atrai às veigas,
Onde em cúmulo assentam-se de humanos
Ossos e podres carnes. Surde avante;
As orelhas aos teus com cera tapes,
Ensurdeçam de todo. Ouvi-las podes
Contanto que do mastro ao longo estejas
De pés e mãos atado; e se, absorvido
No prazer, ordenares que te soltem,
Liquem-te com mais força os companheiros.”*

(Homero, Odisseia)¹⁴

¹⁴Homero, *Odisséia*, tradução em verso português de Manoel Odorico Mendes, 3ª edição, 2009 e-books Brasil., encontrado em <https://www.baixelivros.com.br/literatura-estrangeira/odisseia>, acesso em 25/04/2021.

Na passagem de Ulisses, personagem da Odisseia contada por Homero, pela praia da ilha Eana _onde vivia a semideusa Circe, a filha do Sol, o herói tomou desta um importante conselho, responsável por lhe livrar do perigo da morte, para finalmente conseguir retornar a sua ilha natal, Ítaca. Circe avisou Ulisses que este deveria preparar seus marujos para ultrapassar o perigoso desafio da Ilha das Sereias: eles deveriam ter os ouvidos tampados por cera de abelha, para que não ouvissem o inebriante e perigoso canto das sereias e assim, pudessem se livrar da morte. Enquanto Ulisses, curioso a não perder a oportunidade de ouvir tão rara melodia, deveria permanecer amarrado ao mastro no navio, instruindo antes os seus marujos, a não desamarrarem as cordas que o imobilizavam, por mais contundentes e imperiosas que fossem suas ordens para tanto.

John Elster¹⁵, filósofo e jurista norueguês, em seu ensaio “Ulisses e as sereias” publicado na década de 70 do século passado, se utiliza da metáfora da passagem de Ulisses pela ilha de Circe, para justificar o compromisso prévio feito pelos homens através das normas rígidas das constituições, a fim de prevenir situações futuras, em que as paixões, o medo ou o imediatismo podem induzir o homem a tomar decisões equivocadas, seu portanto o pacto constitucional um elo de garantia de autonomia do direito¹⁶.

É nesse sentido que as cláusulas pétreas constitucionais, em especial as cláusulas de garantia de direitos fundamentais, entre eles o direito à vida, à liberdade, à igualdade, o direito ao trabalho, à saúde e o direito de participação política, se apresentam como uma *condicio sine qua non* do próprio sistema político democrático, já que para a proteção desses direitos, deve haver um Estado juridicamente organizado, de forma que será apenas no Estado Democrático constitucional que haverá a possibilidade da garantia dos direitos fundamentais.

Desse modo, a teoria constitucional, baseada submissão da vontade majoritária e do poder legislativo às regras estabelecidas no momento constitucional, e que impõe limites e vínculos a serem adotados, pressupõe uma limitação pretensamente rígida da vontade soberana da maioria do povo, representada pela solidez e impositividade das normas constitucionais.

¹⁵ ELSTER, John. *Ulisses and the sirens* (edição revista, 1979) Cambridge: Cambridge University Press, 1984.

¹⁶ Posteriormente, aguçando o argumento, em seu livro “Ulisses o liberto”, Elster afirma que na verdade, o poder e comando da sociedade sobre um homem não é externo, mas um todo de que o próprio homem faz parte, a sociedade não tem nada de externo ao homem e assim, pode como todo, exercer o poder constituinte original, cf. ELSTER, John. *Ulisses liberto*. Estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. Tradução: Cláudia Sant’Ana Martins. São Paulo, Editora Unesp, 2009.

O movimento constitucionalista moderno é fruto de experiências e possui várias raízes, tendo se desenvolvido em horizontes temporais diacrônicos e em espaços geográficos e culturais diferenciados ao longo dos últimos séculos, podendo-se afirmar que “não há um único constitucionalismo, mas vários constitucionalismos”¹⁷, constituídos ao longo da história, a partir de uma pluralidade de experimentos e visões, cada um com sua especificidade e que formaram esse sólido conceito da lei que fundamenta a organização do Estado, a estrutura política e os direitos fundamentais, vindo a assumir no último século, um caráter de rigidez e de superioridade sobre todas as demais leis de determinada sociedade – a Constituição.

Três modelos de constitucionalismo se desenvolveram no mundo ocidental de forma paradigmática, dando origem às principais formas de Estado Constitucional que hoje conhecemos no ocidente. Podem ser assim serem destacados o antigo constitucionalismo inglês, calcado em forte base histórica e tradicional, onde se firmam os precedentes e a sua *common law*, e os constitucionalismos norte americano e o francês, esses últimos nascidos de movimentos revolucionários do Séc. XVIII, fruto da emancipação do povo em face dos poderes soberanos das Monarquias que dominaram esses países.

Esses movimentos populares revolucionários em seu mais forte sentido de busca pela Justiça, implicam e conformam o Constitucionalismo que vivemos hoje, em especial devido a suas raízes ligadas intimamente aos direitos fundamentais e a ao menos simbolicamente, à ideia de soberania dos cidadãos sobre o poder tirano, marcas que ficaram registradas nesses momentos históricos fundantes.

Cada qual com suas qualidades e vicissitudes específicas, de uma lado, a Revolução Burguesa, ocorrida na França, a partir de 1789, com sua consequente consolidação do Estado de Direitos e das garantias negativas contra o Estado, e de outro lado, quase concomitantemente, a declaração de independência das Treze Colônias inglesas na América, fruto de um processo que culminou no ano de 1.776 e que foi seguida da promulgação da Constituição norte-americana de 1.787, evento que se mistura com a própria fundação dos Estados Unidos da América, foram os primeiros e mais importantes registros da soberania do povo que marca seu território, através das leis e do Estado de direito.

Com a posterior recepção da Carta de Direitos – a Bill of Rights¹⁸ que se constituiu das dez primeiras emendas feitas à Constituição americana, prescrevendo um rol de garantias de

¹⁷ Canotilho, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ª edição. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

¹⁸ A Carta de Direitos norte-americana.

direitos fundamentais, e cuja história se confunde com a consolidação do conceito de Constituição como lei fundamental e suprema, sob a qual se subordinam as demais completa-se então o mais sólido modelo de constitucionalismo, que finalmente veio a se espalhar pelos países democráticos ao redor do mundo.

As bases desse constitucionalismo já haviam sido moldadas pela tradição constitucional inglesa, em especial no instituto do *rule of law*, o que, como afirma Gilberto Bercovici¹⁹ que foi determinante para noção de um Estado constitucional especialmente nos Estados Unidos, muito embora esse modelo ainda no início, não contemplasse a ideia de supremacia constitucional, que veio em seguida a se desenvolver, a partir dos discursos de independência norte americana a partir dos famosos artigos *Federalistas*²⁰.

A revolução popular que deu origem a sua primeira Constituição democrática na França, a, aconteceu com muito mais violência e quebra de paradigmas, já que se lutava contra um poder soberano instituído dentro de seu próprio território, diferentemente do caso norte-americano, onde o povo se rebelou contra um opressor que se situava em outro continente, o que tornou os movimentos bem diferentes e fez com que a revolução francesa, apesar de “não possuir raízes tão profundas, nem paradoxos tão sutis”²¹ como a norte americana, tivesse um ar mais dramático e trágico, com a decapitação do Rei Luís XVI em seu ápice, bem como o assassinato de Robespierre já em suas conclusões finais.

Tanto como o processo que deu origem à independência e formação dos Estados Federados da América como a Revolução Francesa, que transcorreu ao longo de cerca de 15 anos, perdido que se encontrava o povo francês sob o comando da ditadura militar napoleônica que se seguiu à queda da Bastilha, mantendo-se a nobreza com seus privilégios de um lado, e de outro, a burguesia e o chamado “populacho”²² ainda em estado de desorganização e descontentamento, se encontravam entre discursos e pensamentos dispersos, tentando encerrar

¹⁹ SARLET Ingo, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

²⁰ Os artigos Federalistas publicados nos meios de comunicação no período que antecedeu a independência dos Estados Unidos, foram escritos especialmente por James Madison, Alexander Hamilton e John Jay e influenciaram fortemente na decisão de independência e na forma de governo federalista assumida pelo país, sendo que tais autores são conhecidos e proclamados até hoje como os Foundation Fathers. In: MARQUES, Alessandra Garcia. KOHDR, Amir Barroso. Origens e fundamentos da judicial review: um berço americano. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Vol.8, n. 14, jan-jun. Curitiba, 2016.

²¹ MACHADO, Felipe, CATTONI, Marcelo. *Constituição e processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2011.

²² Trad. do alemão pöbel: termo utilizado por Hegel para designar o conjunto de homens alienados da sociedade pela pobreza criada pela economia de mercado, e que não desejam mais ser integrados a ela.

o processo revolucionário, sem que tivessem visto ainda aqueles ideias consagrados se realizarem.

Gilberto Bercovici²³. relata um “estado de revolução permanente” vivido na França entre os anos de 1789 e 1799, com o fenômeno dos plebiscitos napoleônicos e a instauração de uma completa instabilidade inconstitucional. A Revolução na França, com a instituição do novo regime constitucional de 1791, não foi apenas uma reviravolta política bem-sucedida, mas “um movimento irresistível da revolta do povo soberano, adquirindo uma dimensão transcendental”, princípio regulador da consciência e da ação popular. O objetivo da Revolução era algo muito grande e transformador, era a emancipação social de todos os homens e a transformação das estruturas sócio-políticas então existentes, adquirindo uma força e significados que até hoje ecoam.

Diferentemente da revolução ocorrida na América, a insurreição contra o poder soberano e totalitário do Monarca ocorrida na França, precisou de algo novo para substituí-lo, diante do vazio deixado pelo fim da Monarquia, do poder totalitário do Rei e da inexistência de um modelo prévio de regime ou sistema de poder a ser adotado. Haveria de se ter um princípio de que surgisse, sem apoio de algo preexistente²⁴, a criação de um novo fundamento de poder, a partir do poder soberano do povo, algo totalmente novo na época.

Seguindo o modelo absolutista, o Abade Sièyes, importante teórico desse novo modelo coloca o povo no lugar do poder soberano, corporificado na ideia de nação, mas desprovida de qualquer organização legal e acima de qualquer lei²⁵. Cabia a esta nação o poder capacidade de agir e a autoridade (capacidade) de justificar seus atos, a Constituição vai ser criada pelo poder constituinte, não mais pelas leis ditadas pelos estamentos, passando a lei a ser entendida como fruto da vontade geral da nação a fim de potencializar sua vontade e destino.

Com a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789²⁶, e a previsão contida no art. 16 segundo a qual, “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não possui Constituição”, foram lançadas as bases do que passou a ser o núcleo material das primeiras constituições

²³ BERCOVICI, Gilberto. Op. cit., p. 143.

²⁴ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Contribuições para uma Crítica da Constituição*. Belo Horizonte: Arraes Editores. 2013.

²⁵ BERCOVICI, Gilberto. Op. cit., p. 136.

²⁶ Biblioteca Virtual De Direitos Humanos. *Declaração dos Direitos do Homem de 16/08/1789*, Universidade de São Paulo, SP, (versão eletrônica). Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em 25/05/2021.

escritas de matriz liberal-burguesa: a noção de limitação jurídica do poder estatal, mediante a garantia de direitos fundamentais e do princípio da separação dos poderes ²⁷, garantidos pelo Estado de Direito.

A Revolução Francesa é assim, um marco fundamental de transição do monopólio das leis do monarca e seu corpo de governo, que passa para as mãos do Poder Legislativo de modo que a lei é agora considerada a expressão da vontade geral do povo _como previsto no art. 6º da Declaração de Direitos²⁸. A *volunta principis* é substituída pela *volunta legis*²⁹ passando agora a lei a ser o ponto central do Direito, intensificando o papel do Parlamento sobre sua produção e pavimentando o caminho para o cada vez maior fortalecimento do Poder Judiciário para a sua aplicação.

Nesse sentido, sob o paradigma liberal desse primeiro momento constitucional os direitos conquistados por meio da Declaração dos Direitos do Homem, reconhecidos e consagrados pela Revolução, são entendidos mais como vínculos e garantias de prestação negativa do Estado e que devem ser garantidos pela Justiça e pelo Direito.

Com a Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem, encerra-se o absolutismo e inicia-se o período do Estado legislativo ou o Estado das leis, restando assim definitivamente consagrada a íntima vinculação entre as ideias de Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais, assumindo o Estado constitucional a responsabilidade da garantia dos direitos fundamentais, cuja concretização passou a ser tarefa permanente³⁰ a cargo da nação soberana, através dos poderes constituídos do Estado através das leis e do Direito.

Recorrendo as lições de Maurício Fioravanti, Gilberto Bercovici³¹ afirma, que a Constituição, como força fundante normativa, perde força após a Revolução Francesa, sendo que o conceito de poder constituinte fica atrelado a ideia da revolução jacobina, que não interessava ao liberalismo o qual estava em busca estabilidade, sendo a teoria do poder

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2.ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora., 2001.

²⁸ Art. 6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

²⁹ ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 4.ª edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2020. p. 428

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 62.

³¹ BERCOVICI. Gilberto. Op. cit., p. 168.

constituente considerada ilimitada demais e considerava perigosa para a manutenção de seus interesses:

A liberdade e a igualdade desejadas pela burguesia já estavam inseridas no código civil, não havia por que se preocupar com a legitimidade da Constituição. A garantia dos direitos é remetida lei. Assim administração pública e o código civil como emanções do direito positivo do estado, garantiu instituindo uma esfera normativa do estado para além da Constituição.³²

O método jurídico que é desenvolvido na França através das lições de Savigny buscou criar um meio de afastar o despotismo democrático, remetendo a ciência jurídica à experiência histórica e aos institutos do Direito, isolando-o de modificações repentinas e ilimitadas do legislador, o que é considerado revolucionário demais para as ideias de garantia e estabilidade exigidas pelo liberalismo. Embora, posteriormente Savigny abandone esse radicalismo anti legislativo, seu método histórico, como afirma Bercovici³³, busca limitar o poder político de criação do direito.

A Revolução na França portanto, termina com a crença e a necessidade da estabilização das relações na consolidação do Estado de Direito, iniciando-se o Estado legislativo, ou a era dos Códigos, cuja consolidação, se deve a formulação de sistema jurídico elaborada por Savigny:

“com o sucesso da concepção de direito romano burguês e do paradigma científico formalista e privatista da escola de Savigny, que coincide com o triunfo da burguesia, não mais revolucionária na Europa [...], a razão jurídica burguesa era considerada inerente a forma jurídica o direito legislado passa a ser entendido também como fruto da evolução histórica da experiência jurídica”³⁴

Nascido o constitucionalismo francês, de uma violenta revolução em que muito se considerou sobre a soberania do povo, cujas discussões se deram desde os mais revolucionários discursos robbesianos, até as lições do Abade Sieyes e Savigny, encerra-se em busca de estabilidade e garantia de manutenção de *status quo*, com a vitória da burguesia e deixando como legado Declaração de Direitos e o Estado de Direito, que até hoje possuem um local de privilegiado destaque na cultura jurídica da humanidade.

³² Bercovici, Gilberto, op. cit., p. 168.

³³ BERCOVICI, Gilberto, op. cit., p. 170.

³⁴ BERCOVICI, Gilberto, op. cit.

A soberania popular no entanto, em seu sentido mais forte, representado pelo poder de decisão e escolha de caminhos, acaba por ficar limitada pela necessidade de garantia de estabilidade de direitos individuais autônomos, entre eles o direito de propriedade e liberdade contratual, que acabam por deixar à margem, o almejado direito de igualdade, permanecendo ainda na sociedade grandes injustiças sociais decorrentes do poder, agora não mais soberano mas econômico e portanto, político dele decorrente.

Já nos Estados Unidos, a sua primeira Constituição foi promulgada após a independência das então Treze Colônias inglesas, ocorrida no ano de 1.776 e com a fundação do Estado Federativo, no ano de 1.787. Diferentemente do caso francês, a revolução ali não teve nenhum grave estremecimento das bases jurídicas que mantinham o sistema. Bercovici³⁵ afirma que a Revolução americana se deu, muito mais devido à insatisfação com as relações políticas e tributárias então mantidas com a “Metrópole”, como era por eles chamada a Inglaterra, não havendo no seu caso a ebulição e efervescência francesas, características de um povo que se libertava de um governo realmente opressor.

Embora substancialmente distintos, quer pelas razões históricas que lhes serviram de origem, quer pelos desdobramentos que decorreram destas chamadas revoluções liberais ou burguesas, ambas buscavam uma reestruturação de bases políticas com a fundação de um novo governo com a consolidação das liberdades públicas, buscando assim limitar do poder político com garantia de direitos fundamentais³⁶, através de uma nova constituição de Estado.

Diferentemente da França, objetivo essencial da Revolução Americana não foi a derrubada ou a alteração de uma ordem social existente, mas a preservação da liberdade política ameaçada pela aparente corrupção que dominava a Metrópole (Inglaterra), assim, os colonos americanos buscavam um “balanço de forças ideal”³⁷, num processo de discussões políticas sobre fundamentos e objetivos do Estado, por cerca de 10 (dez) anos, já que até a Convenção da Filadélfia, ainda não se havia discutido amplamente a teoria de autogoverno³⁸ e do governo federal que veio finalmente a se concretizar.

³⁵ Idem, *ibidem*.

³⁶ MACHADO, Felipe. CATTONI, Marcelo. Op. cit.

³⁷ BERCOVICI, Gilberto. Op. cit.

³⁸ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa, PINHEIRO, Anaissa Barros. *Objecções a constituição Americana de 1787: As perspectivas dos antifederalistas no contexto do surgimento da nova ordem constitucional nos Estados Unidos. Revista Brasileira de Teoria Constitucional*. Jul-dez de 2017, p. 57-77. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/210567204.pdf>. Acesso em 01/02021.

A Constituição Inglesa era vista como um exemplo para o povo americano, tido como o governo mais livre e mais bem estruturado do mundo³⁹, por sua peculiar capacidade de impor freios e contrapesos às forças sociais. Como era uma constituição balanceada e mista, dividindo os poderes do Estado entre a Monarquia e o Parlamento, havia uma harmonização de interesses entre os estamentos sociais (reis, lordes e comuns) e os ramos do governo, trabalhando em conjunto no legislativo.

As discussões que precederam a independência das colônias eram basicamente em torno dos posicionamentos da Inglaterra em relação à imposição de tributos às Colônias e à baixa representatividade destas no parlamento inglês, já que por outro lado, os colonos ainda se orgulhavam de sua relação de pertencimento ao trono inglês e não enxergavam problemas no modo de organização política existente⁴⁰, porém não se sentiam representados nas deliberações políticas tomadas, tendo em vista a distância do lugar e do meio social que viviam seus representantes e a sua total dependência dos interesses da Monarquia.

Assim, mesmo quando teve início o Segundo Congresso da Filadélfia, findo o qual foi definitivamente consagrada a união dos Estados numa confederação, as ideias de ruptura eram ainda consideradas por muitos radicais, mas houve um fato que foi determinante na ruptura devido a uma força simbólica muito grande: a recusa do Rei George III da Inglaterra em receber as petições com reivindicações dos colonos americanos, e a contratação de mercenários para seu exército, evidenciando uma preparação para uma guerra⁴¹, sendo que esses fatos levaram as discussões realizadas no Congresso para um caminho sem volta, com a sua declaração de Independência, em 04 de julho de 1776.

Thomas Jefferson, que veio posteriormente a ser o primeiro presidente da República Federalista norte-americana, foi um dos federalistas que defendia a ideia de Constituição como lei fundamental, em *Notes on the State of Virgínia*, escrito entre 1781 e 1782, ele define e limita os poderes da legislatura ordinária em relação a lei constitucional, que por ela não pode ser alterada, ficando subordinada apenas ao poder próprio povo⁴², por meio de agentes especiais em uma convenção especificamente constitucional.

Outro Federalista, Alexander Hamilton, conduziu a campanha no sentido de explicar à população do Estado de Nova York o que significaria a nova constituição proposta, solicitando

³⁹ BERCOVICI, Gilberto. Op. cit.

⁴⁰ MACHADO, Felipe. CATTONI. Marcelo, op. cit.

⁴¹ Idem, ibidem, p. 264

⁴² BERCOVICI. Gilberto, op. cit p.

a colaboração do juiz James Madison e de John Jay, sendo que os três começaram a escrever uma série de cartas publicadas na imprensa e que certamente influíram na adesão ao documento da Convenção da Filadélfia ⁴³ sendo que até hoje esses Artigos Federalistas, como ficaram consagrados, ecoam em toda a base jurídica e política daquele país e outros aqueles os quais certamente, o país influenciou.

As ideias conceituais da nova república começavam assim a se formar, de modo que foi como lançar-se sobre o novo, sem um parâmetro que pudesse ser tido como ponto de partida⁴⁴, mas a própria experiência desde a declaração de independência das Treze Colônias, animadas pela proposta da construção federalista, apontou o caminho e o federalismo norte americano foi assim, a resposta norte americana para a perda da tradicional fonte da autoridade e do poder inglês.

A grande inovação do constitucionalismo americano, em contraste com o sistema misto prevalente na Inglaterra, foi o entendimento de Constituição como lei suprema (Paramount law), já que o parlamento e o conceito de *King in Parliament* eram entendidos como a institucionalização político-jurídica da estrutura mista da Constituição⁴⁵. A lei que emanava do parlamento inglês era assim, entendida como a própria Constituição, não havendo lá qualquer distinção em relação a uma Lei Maior, sendo inconcebível que houvesse uma lei inconstitucional ⁴⁶, a qual seria considerada inválida. Assim foram os americanos que difundiram a ideia de Constituição como lei superior e acima das leis ordinárias promulgadas pelos Parlamentos, o que foi consequência da insatisfação de boa parte da elite americana com a atuação legislativa⁴⁷ da época, que se dava de forma muito independente e diversificada nos Estados federados.

A Constituição norte americana foi assim fundada e justificada na e pela soberania popular, mediante a famosa expressão “*We the people*”, sob a forma de uma república federativa, estabelecendo um Executivo unipessoal nos dois planos federativos (Federal e estadual), colocando em prática a separação de poderes, na forma dos freios e contrapesos

⁴³ RANGEL, Maria Lúcia de Souza. Hamilton, Madison e Jay _ sobre a Constituição dos Estados Unidos (resenha) São Paulo: Editora Ibrasa, 1966. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/view/124688>. Acesso em 29/11/2020.

⁴⁴ MACHADO, Felipe. CATTONI. Marcelo. Op. cit.

⁴⁵ BERCOVICI. Gilberto. Op. cit., p. 127

⁴⁶ MACHADO, Felipe. CATTONI. Marcelo. Op. cit.

⁴⁷ Idem, ibidem.

(checks and balances) defendida na Europa por Montesquieu⁴⁸ e afirmando a ideia inglesa da *rule of law*.

Situação parecida com o ocorrido na França, também ocorre nos Estados Unidos, já que após a sua declaração de independência, o problema que surge é o da atuação extra legislativa do povo, que havia crescido, após o enfraquecimento dos poderes da Inglaterra, desde a década anterior, formando uma espécie de governo paralelo ao dos Estados e órgãos representativos, através de associações revolucionárias que buscavam controlar e regular a vida das pessoas⁴⁹.

A situação foi agravada quando essas organizações passaram a debater temas econômicos, como juros e crédito, propriedade e até emissão e desvalorização da moeda⁵⁰, o que acontecia de forma irregular entre os Estados da confederação, causando reações de John Adams⁵¹ e da elite americana e que acabou por gerar um colapso de dívida pública em alguns Estados.

Nesse contexto, para Gilberto Bercovici:

A reação da elite norte americana foi entender que o povo, em sua anarquia e licenciosidade estava pervertendo a sua liberdade. John Adams afirmava estar vivendo sob um ‘despotismo democrático’. [...] A crise de autoridade e o princípio majoritário pareciam ameaçar os fundamentos do governo republicano na década de 1780.⁵²

Bercovici, nesse sentido, denuncia, recorrendo as lições de Cantaro⁵³, que a expressão “*We the People*” no preâmbulo da Constituição norte-americana de 1781, buscou estabelecer uma *ficção jurídica*, em que a comunidade não se governa pelo poder de um estranho _o rei, mas por suas próprias regras e instituições, criadas pela vontade e pela razão e não pela tradição, como ocorria na Inglaterra. Mas o governo que se estabeleceu nos Estados Unidos, buscava distanciar-se de uma administração direta do povo.

⁴⁸ BERCOVICI, Gilberto. Op. cit., p. 127.

⁴⁹ BERCOVICI, Gilberto. Op. cit., p. 123.

⁵⁰ Idem ibidem.

⁵¹ John Adams (Braintree, 30 de outubro de 1735 – Quincy, 4 de julho de 1826) Foi o segundo presidente dos Estados Unidos (1797–1801) e, anteriormente, primeiro vice-presidente dos Estados Unidos. Adams foi estadista, diplomata e um advogado importante no período da independência americana da Grã-Bretanha. Adams era um teórico político do Iluminismo que divulgou o republicanismo, tal como o conceito de um governo central, e escreveu várias obras sobre as suas ideias, tanto em trabalhos publicados como em cartas para a sua esposa e conselheira Abigail Adams, e, também, a outros Pais da Nação.

⁵² *Apud* BERCOVICI, Gilberto, op. cit., p..

⁵³ BERCOVICI, Gilberto. O poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte *apud* CANTARO, A. 1994. "Costituzionalismo versus potere costituente?". *Democrazia e Diritto*, v.94,n.4/v.95, n.1, pp.139-164.

A aversão dos juristas à soberania popular e à teoria do poder constituinte do povo, segundo Cantaro (1994), vem de uma visão política e filosófica que atribui as origens do totalitarismo à soberania popular. A democracia absoluta fatalmente degeneraria para a violência, o terror e o totalitarismo. E isso teria ocorrido desde a aplicação da concepção absoluta de soberania popular de Rousseau pelos jacobinos durante a Revolução Francesa (Cantaro, 1994, pp. 139-45).⁵⁴

A nova república federativa, nesse sentido, estabeleceu o voto censitário: somente para homens brancos, com propriedades, o que na regra “*stake in Society teory*”⁵⁵ significava que apenas aqueles que tem interesse imediato na vida social poderiam participar ativamente da vida política do estado, ficando assim limitada a participação política de grande parte da sociedade, e os espaços de poder ocupados pelo povo.

Bercovici recorre a Charles Austin Beard, grande historiador norte americano para afirmar que:

A Constituição de 1787 costuma ser vista com reverência, não compreensão, fora da realidade que a criou, que condiciona e que é por ela condicionada. A Constituição [...] é essencialmente um documento econômico fundado na concepção de que o direito de propriedade é anterior a ela e deve ser protegido das maiorias populares. A Constituição de 1787 não foi criada pelo povo nem pelos estados, mas por um grupo consolidado de interesses econômicos que era nacional em seus objetivos.⁵⁶

O autor aponta um ponto de vista segundo o qual a Constituição foi entendida como uma declaração de poderes que o povo deu aos seus representantes, antecedendo o governo. “Uma carta de poder, garantida pela liberdade e não uma carta de liberdade garantida pelo poder.”⁵⁷, assim a soberania popular é mediada pelo poderio econômico e político, não se manifestando verdadeiramente no governo constituído.

Mas com a independência dos Estados Unidos e a promulgação de sua Lei Fundamental, inicia-se um processo de fortalecimento do Constitucionalismo, tendo relevante importância o modelo de revisão de leis pelo Poder Judiciário, em face das regras constitucionais, inaugurado então pelo Juiz John Marshal, quando em 1803, em função do julgamento do caso *Malbury x Madison*, formulou a sua teoria de submissão das leis ordinárias à Constituição, e a competência

⁵⁴ BERCOVICI, Gilberto. O poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte., São Paulo: Ed. Lua Nova, 2013. Disponível em <https://doi.org/10.1590/S0102-64452013000100010> Acesso em 25/05/2021.

⁵⁵ Através dessa teoria, que em tradução livre significa “participação na teoria da sociedade”, limitava-se a participação política da população à elite branca mais endinheirada.

⁵⁶ BERCOVICI, Gilberto. Soberania e Constituição. Op. cit. 132.

⁵⁷ BERCOVICI, Gilberto. Soberania e Constituição. Op. cit. 133.

do Poder Judiciário para anular atos normativos do Poder Legislativo em dissonância com a sua “Lei Suprema”.

A decisão fortalece a crença no papel do direito para a manutenção da ordem e da vontade do povo expressa na Constituição, passando a Suprema Corte e o Poder Judiciário a figurarem como os mais importantes representantes do povo naquele momento histórico. Com isso existe uma estabilização política nos Estados Unidos, através desse equilíbrio de forças de governo, deixando a soberania e o poder constituinte a ter grande relevância para o debate norte americano, já que a voz do povo é agora interpretada através do texto da Constituição e concretiza-se na decisão judicial.

Nas palavras de Luigi Ferrajoli, nesse primeiro momento constitucional o que mais interessava a burguesia era a institucionalização de uma ‘Constituição das relações privadas’⁵⁸, de modo que o público, ainda ficava totalmente alheio a essa ordem. Assim esse constitucionalismo francês é marcado por um paradigma eminentemente liberal e restrito ao âmbito das individualidades, garantidor da liberdade e de um *status quo* que é garantido pelo poder econômico, cuja principal função é garantir a estabilidade das relações, os direitos de propriedade, das liberdades contratuais (*pacta sunt servanda*) mas cujo controle ainda permanece sob as minorias mais empoderadas.

Rafael Além Mello Ferreira⁵⁹, também ressalta esse eminente caráter individualista sob o qual o Estado de Direito se organiza para promover, observando que o aparato judicial construído e desenvolvido sob os dogmas do liberalismo, prevê que o Estado não derogue determinados direitos já estabelecidos, atuando como um poder garantidor de posições jurídicas já concretizadas, ou seja, um Estado mobilizado a garantia da autonomia privada.

A partir dessas Revoluções populares, fundadas sobre o princípio de igualdade, encerra-se um período de autoritarismo monárquico, dando origem as constituições da era moderna, onde a ordem legal e o Direito legitimam-se pela vontade da maioria, através de seus parlamentos, limitando-se ainda em direitos e garantias individuais e numa participação política popular escassa, diante das limitações do poder de participação, impondo-se uma ordem legal garantidora de um *status quo* da burguesia e dos grandes proprietários.

⁵⁸ FERRAJOLI. Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista, in Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo, in FERRAJOLI. L.; STRECK, L.L.; TRINDADE, A.K. (org) *Garantismo, Hermenêutica e (Neo) Constitucionalismo: um diálogo com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. Edição para kindle.

⁵⁹ FERREIRA. Rafael Além Mello. *Jurisdição Constitucional Agressiva: O STF e a democracia deliberativa de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 44.

O Século XIX foi um período de muitas mudanças na Europa, em grande parte motivadas pela Revolução Industrial que vinha avançando sobre a maioria dos países deste continente, evidenciando uma necessária atuação do Estado, no sentido de “garantir o acesso material a direitos ditos como universais pelo paradigma liberal”⁶⁰, que havia deixado de fora os interesses dos despossuídos.

Ocorre nesse período, uma mudança estrutural no que diz respeito as expectativas dos indivíduos e da sociedade em relação ao Estado, passando a tomar consciência de uma necessidade de atuação do governo no campo da economia, para garantir os meios de sobrevivência digna da classe trabalhadora, que busca e a prometida condição de igualdade e liberdade, que parece paradoxalmente distanciar-se frente ao novo sistema de produção industrial e de economia de mercado que também vai se conformando.

Desse modo, o paradigma liberal que dominou no século anterior, e que tinha como ideologia a garantia de direitos de liberdade individual e contratual, que representavam os principais anseios da população na época, limitando a Constituição uma fonte de regras de garantia de proteção contra um Estado até então dominado pelo poder soberano autoritário, dá lugar a um novo paradigma constitucional: o Estado agora precisa intervir na dinâmica social, que indo além daquele das feições liberais de garantias negativas⁶¹, rumo a uma atuação responsável e consciente, sensível às injustiças do status quo e da economia de mercado, que se mostra incapaz de sozinha, reduzir as injustiças sociais.

Ruma-se a um novo constitucionalismo de garantia e materialização dos direitos individuais reconhecidos, mas que sem uma atuação positiva do Estado, mostra-se incapaz de uma materialização espontânea para superar a igualdade apenas formal que foi garantida no primeiro momento constitucional, em busca de a efetivação de uma igualdade material entre os homens.

Fica claro, ante a realidade social vivida que toda a sociedade, incluindo a elite que muitas vezes parece ter interesses antagônicos ao proletariado, devem também mover-se para a adequação do sistema a esse novo paradigma de Estado, na medida era do seu próprio interesse e não um ato de altruísmo, que o sistema de produção de riqueza se mantivesse estável, adquirindo também consciência de uma necessária reforma social, substituindo assim o

⁶⁰ FERREIRA, Rafael Além Melo; *Jurisdição constitucional Agressiva*. Op. cit. p. 45

⁶¹ GARCIA-PELAYO. Manuel. *As transformações do Estado Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2009.

interesse particular por um sistema global de interesses recíprocos viria a lhe atender particularmente⁶², ao atender os anseios sociais.

O Estado então deixa de ter um papel independente e autônomo em face da sociedade civil e esta em face desse, já que não pode mais se limitar a assegurar as condições ambientais de uma suposta ordem social ou a meramente vigiar o funcionamento do mecanismo autorregulado da sociedade de mercado, mas antes, deve ser o regulador decisivo do sistema social⁶³. Nesse momento, o Estado precisa buscar uma forma de administrar os vários setores da sociedade e deve se adaptar as novas exigências absorvendo esse novo sistema social.

Trata-se de interesse existencial do próprio Estado proceder a estruturação da sociedade, mas da mesma forma, a sociedade precisa do Estado e de sua ação estruturante. Estado e sociedade não são mais sistemas autônomos, mas dois sistemas fortemente inter-relacionados através de relações complexas com fatores reguladores⁶⁴. O Estado Social pensado na Europa ocidental, busca não um socialismo totalitário, posto que garante que dentro dos seus marcos possam continuar a se desenvolver políticas de acumulação e interação, de forma que por outro lado, tendem por conduzir a um socialismo democrático, sendo que na verdade é uma forma estatal que corresponde historicamente a uma etapa a que Pelayo nomeia como *neocapitalismo*⁶⁵, ou capitalismo tardio, que converge em alguns aspectos com a ideia e a práxis do estado social.

Para Marcelo Cattoni⁶⁶, o que marca o contexto da própria Teoria da Constituição como disciplina autônoma nas faculdades de direito é a passagem do constitucionalismo liberal para o constitucionalismo social, em que as questões de legalidade, legitimidade e efetividade passam, em longo prazo, a implicar no próprio conceito de constitucionalidade. Nesse sentido, Cattoni afirma que:

Essa mudança paradigmática que pressupõe o aprendizado social ao mesmo tempo acerca dos limites e das possibilidades do paradigma anterior se traduziu em uma disputa entre os objetivos e métodos da teoria do direito e do estado do século XIX

⁶² GARCIA-PELAYO, Manuel; *op. Cit.*

⁶³ Idem, *ibidem*

⁶⁴ Idem, *ibidem*.

⁶⁵ O termo neo capitalismo utilizado por Pelayo, chegou a ser usual no Século XX mas veio a se desvirtuar de seu significado, a partir da década de 90, com o sentido de neo liberalismo desenvolvido no vocabulário das ciências sociais, econômicas e no Direito, onde possui um significado de um capitalismo de ultradireita.

⁶⁶ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni, *Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição*. p. 10.

para o século 20, estendendo-se ao longo de toda a República de Weimar e após ela.
67

A segurança formal adquirida no Constitucionalismo liberal, precisa agora ser acompanhada de uma segurança material para os indivíduos e para a sociedade, como forma de garantia do direito de igualdade e dignidade que lhes foram reconhecidos. Nas palavras de Jürgen Habermas:

“Ora, as condições de um capitalismo organizado, dependente de planejamento e de realizações de infraestrutura por parte do Estado, bem como o aumento da desigualdade de posições do poder económico, dos valores de capital e de situações sociais, manifestaram mais claramente o *conteúdo jurídico objetivo* dos direitos subjetivos privados. E num contexto social tão modificado o *status* negativo de sujeitos do direito não podia mais ser garantido apenas através do direito geral subjetivas iguais. Por isso tornou-se necessário especificar, de um lado, o conteúdo das normas do direito privado existente, e de outro, introduzir uma nova categoria de direitos fundamentais capazes de incrementar pretensões a uma distribuição mais justa da riqueza produzida socialmente (e uma proteção mais eficaz contra os perigos gerados pela própria sociedade.)”⁶⁸

Por isso, sob o paradigma social, o Estado constitucional deve ser entendido não apenas uma configuração histórica concreta, mas também um conceito claro e distinto frente a outras estruturas estatais, devendo-se considerar como um sistema democraticamente organizado, onde a sociedade não só participa passivamente, como receptora de bens e serviços, mas é parte ativa na fórmula: são da vontade geral do Estado, bem como na construção das políticas distributivas e outras prestações estatais⁶⁹ que nasce essa nova concepção do Estado.

Constata-se que o poder já não beneficia nem ameaça o cidadão, apenas, com seus meios tradicionais ligados ao autoritarismo, mas sob o Estado social ele deve atuar também mediante políticas, econômicas e sociais que visem garantir a materialização da liberdade garantida. O controle estatal não pode mais limitar-se a pura dimensão formal, devendo incidir também no exame de valores materiais estabelecidos pela constituição, sendo que esses valores passam a ser determinados através de uma interpretação do sentido total da constituição.

⁶⁷ Idem, *ibidem*; p. 80.

⁶⁸ HABERMAS., Jürgen, *Direito e Democracia entre a facticidade e validade*, vol. II, Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1997, p. 143.

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, op. cit.

É nesse contexto de necessidade e insatisfação das classes trabalhadoras, aliado com o direito de participação política, que vai se tornando cada vez mais amplo e universal que eclodem as Revoluções do Século XIX, com a percussora Revolução Jacobina (1792), mas também com a Revolução de Fevereiro (1848), também na França e a Revolução Russa (1917), a qual culminou no Estado totalitário comunista da União Soviética.

No início do Século XX, as constituições do México em 1917 e na Alemanha em 1919, através de sua emblemática Constituição de Weimar, passaram a incluir direitos e garantias fundamentais incluindo normas consideradas tradicionalmente como regulamentares, em matéria de direito do trabalho e organização econômica⁷⁰. O modelo da Constituição de Weimar, apesar de pouco fértil em seu país de origem, devido às condições políticas e históricas que lhe sucederam (nazismo e Segunda Guerra Mundial), serviu de exemplo⁷¹ para vários países do Ocidente, entre eles o Brasil, com a Constituição de 1934 e 1988.

Com efeito a Constituição brasileira de 1934 já traçava a linhagem de uma Constituição garantidora de direitos sociais especialmente no que diz respeito ao direito ao trabalho, o que veio finalmente a ser confirmado na Constituição Federal de 1988, após longo período de ditaduras, com breves respiros democráticos, sendo que conforme Ingo Sarlet não resta nenhuma dúvida de que hoje, vivemos no Brasil (ainda) uma realidade constitucional pautada na garantia de direitos sociais:

“Apesar da ausência de norma expressa no direito constitucional pátrio qualificando a nossa República como um Estado social e democrático de Direito (o artigo 1º, caput refere apenas os termos democrático e Direito), não restam dúvidas – e nisto parece existir um amplo consenso na doutrina - de que nem por isso o princípio fundamental do Estado social deixou de encontrar guarida em nossa Constituição. Além de outros princípios expressamente positivados no Título I da nossa carta (como por exemplo, os da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, etc.) tal circunstância se manifesta particularmente pela previsão de uma grande quantidade de direitos fundamentais sociais, que além do rol dos direitos dos trabalhadores (arts. 7 a 11 da CF), inclui diversos direitos a prestações sociais por parte do Estado (artigo 6º e outros dispersos do texto constitucional).⁷²

⁷⁰ HERRERA, Carlos Miguel, Estado, Constituição e direitos sociais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 102, jan-dez de 2007, p. 371-395. p. 381

⁷¹ BERCOVICI, Gilberto, *Entre o Estado total e o Estado social: Atualidade do debate sobre Direito, Estado e economia na República de Weimar*. 2003. 172f. Tese de Livre Docência (Departamento de Direito Econômico e Financeiro). Universidade de São Paulo, São Paulo.

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Op. cit., p. 65.

A questão social, no entanto, impôs uma grande dificuldade no que diz respeito a implementação de suas garantias, o que em grande parte deve-se a previsões legislativas, não obstante de grande força normativa, já que constitucionalmente previstas, que se mostram na maioria das vezes gerais e abstratas, demandando um esforço enorme da doutrina em definir seu alcance, além das dificuldades ideológicas movidas pelos interesses de poder.

Gilberto Bercovici⁷³, fazendo a leitura da obra de Michel Stolleis, demonstra que os direitos fundamentais que passaram a integrar o texto na Constituição de Weimar, apresentaram uma série de desafios à doutrina publicista alemã da época, uma vez que havia na sua sociedade política e no próprio texto constitucional, dividido em duas partes: Organização do Estado e Direitos e Garantias, havendo uma pluralidade de interesses, representada em cláusulas que continham uma mistura de elementos liberais, socialistas, garantias e tarefas que colocavam os juristas em posições diferentes com relação a sua efetividade jurídica.

Logo, a mudança de paradigma do constitucionalismo liberal para o constitucionalismo social provoca e é provocada por um processo de redefinição de funções do Estado na passagem do Século XIX para o Século XX⁷⁴, da mesma forma como era exigido todo um desenvolvimento do Direito em todos os seus âmbitos, doutrina, dogmática e sistema jurídico_ para dar conta dessa nova tarefa estatal.

Os direitos sociais nascidos desse novo paradigma de Estado, assim encontram dificuldade de efetivação, posto que representam para a maior parte da doutrina, como normas a serem concretizadas pelo legislador infra constitucional, não prescindindo de uma atuação legislativa no campo das políticas públicas, já que há uma certa dificuldade de precisão do próprio objeto da prestação devida pelo Estado, bastando para tanto fazer menção a exemplos a direitos sociais como educação, saúde, e ao direito ao trabalho para se notar, que fica difícil estabelecer o alcance da garantia de efetivação desses direitos.

Nesse novo Estado de direito, torna-se ainda mais essencial o controle da legalidade dos atos do Estado e o da constitucionalidade das próprias leis, através do controle pelo ato judicial, entendida que esta deva se sustentar na legitimidade, como uma ideia de direito baseado no princípio da legitimidade, princípio da democracia, da divisão de poderes, e do controle da legalidade e da constitucionalidade das leis e atos do Estado.

⁷³ BERCOVICI, Gilberto, *Entre o Estado total e o Estado social.. op. cit.*

⁷⁴ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. *Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição*, Belo Horizonte: Arraes, 2017, p. 10.

Nesse sentido, o Estado Social fica cada vez mais vinculado a uma intervenção do governo na economia e nos direitos de propriedade, diferindo nesse sentido do paradigma liberal que até então se restringia à garantia das liberdades individuais, ingressando agora numa seara de direitos coletivos, regulamentando o direito do trabalho, cujas garantias, nesse novo paradigma Estatal passaram a ser erigidos a garantias constitucionais constitutivas do próprio Estado.

Bercovici e Herrera são uníssonos no que diz respeito ao sentido contrarrevolucionário das novas constituições sociais que passaram a desabrochar no mundo ocidental, dentro deste paradigma social, a partir do fim da segunda guerra Mundial. Herrera⁷⁵ afirma, que na maioria desses países, que saíam de ditaduras totalitárias, a constitucionalização dos direitos sociais visa eliminar a ideia de particularidade, ligada a uma categoria social determinada, encontrando no entendimento do Estado do bem-estar social, uma justificativa para que a concretização dos direitos sociais, fique atrelada à necessidade de circunstâncias de natureza socioeconômica e jurídicas próprias.

As políticas sociais passaram a ter um sentido mais universal, não destinada a determinada classe (operária) mas alcançando também as classes mais altas, como por exemplo, o direito a aposentadoria, ao seguro de saúde. Assim, a política social passa a ser compreendida como uma política de direção permanente e programada do conjunto do sistema econômico, com finalidades sociais, não como uma função socialista, nem capitalista do Estado no sentido clássico⁷⁶, mas corresponde a uma etapa do capitalismo, que busca alternativas a proposta socialista, através de um estado democrático de direito.

Nas Constituições que se seguem após a Segunda Guerra Mundial os direitos fundamentais e sociais tendem a ser positivados no direito de uma forma mais geral e aberta, deixando ao legislador a tarefa de conformação dentro da realidade social do Estado, para a concretização desses direitos.

Esse será o novo paradigma que passa a orientar a teoria da constituição e que trará consequências também para a teoria geral do Estado e à teoria do direito público e do direito privado, na medida em que, diante da necessidade de materializar os direitos fundamentais constitucionalizados, direitos já adquiridos, incorporados culturalmente na sociedade torna-se

⁷⁵ HERRERA, Carlos Miguel, op. Cit.

⁷⁶ Idem, ibidem

necessária uma interferência do Estado no sistema econômico e jurídico da sociedade, ditado através de cláusulas constitucionais, mas de efetividade incompleta.

É nesse momento que amplia-se sobremodo a participação do Poder Judiciário na política dos Estados, com a função de garantir a execução e cumprimento das garantias e dos direitos previstos nas normas constitucionais mesmo que ainda de forma programática, de forma que as constituições passam a se impor aos legisladores, que devem cumprir a deontologia constitucional, um “dever ser” imposto pela moral que foi constitucionalmente institucionalizada nessa nova geração de constituição garantidora.

Além das cortes constitucionais da Europa, nessa fase também se desenvolve a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, havendo várias decisões que dão indícios de um agigantamento do Poder Judiciário sobre os demais poderes, através do mundo dando origem ao que hoje conhecemos pelo tão discutido ativismo judicial.

Com a idealização do Tribunal Constitucional, Kelsen inaugura seu sistema hierarquizado das normas, revolucionando a sistematização do Direito, influenciando grande parte do sistema jurídico europeu e de muitos outros países como o Brasil, que agora, tem na Constituição Federal a sua fonte Suprema, criadora da norma legal. Além disso, a teoria de Kelsen, solidifica, uma nova fase do positivismo jurídico, que pretende garantir a vinculatividade e autonomia do sistema jurídico, mantendo-o ileso a qualquer tipo de interferência, política, econômica ou moral, mas que mais tarde será contestado.

É diante dessa nova configuração dos poderes e do Tribunal constitucional que passam a surgir críticas muito importantes sobre o seu papel político e os limites da jurisdição, sobretudo nos Estados Unidos, onde a leitura normativa da Constituição pela Suprema Corte já estaria bem adiantada, muito embora não ligada a Kelsen, mas tendo como pano de fundo o sempre lembrado caso *Malbury x Madison*, senão o primeiro, o mais paradigmático precedente de revisão das leis inconstitucionais.

O poder de revisão da adequação de forma e conteúdo das leis e dos atos administrativos, pelo Judiciário, colocando-o como que acima, dos poderes Legislativo e Executivo, através das decisões de inconstitucionalidade proferidas através do chamado *judicial review*, com a prerrogativa de anular a sua validade, em razão de uma eventual inadequação destes à norma constitucional, é entendido por muitos como um problema contingencial da Democracia: uma paradoxo entre o constitucionalismo e a democracia.

Desde as origens das primeiras teorias de separação de poderes, surgidas com o fim do absolutismo e a partir do nascimento das primeiras monarquias constitucionais⁷⁷, na Europa e Estados Unidos, a fórmula constitucional fica completamente atrelada à fórmula do Estado de direito que diante de uma rigidez exigida pelas constituições cada vez mais fortalecidas pretende-se submeter a todos, de forma que se torna indispensável submeter também o legislativo à substância constitucional.

A possibilidade de revisão das leis, a ser realizada pelo Poder Judiciário, cria assim uma tensão entre o que é decidido pelo poder legislativo, através dos representantes eleitos e a manifestação do tribunal, a qual tem a função contra majoritária de defender a Constituição de dispositivos legais ou atos normativos que lhe sejam contrários.

Está-se assim pois diante do aparente paradoxo: o Estado constitucional criado para garantir direitos de uma Democracia, cuja principal ideia é a de que todos estejam sujeitos a vontade do povo e não mais do monarca, ou qualquer outra autoridade que não aquela nomeada pelo povo, encontra nas normas constitucionais sua própria limitação, que deve ser respeitada.

Como afirma Lênio Streck⁷⁸, “a Constituição nasce como um paradoxo, por que do mesmo modo que surge como exigência para conter o poder absoluto do rei, transforma-se num indispensável mecanismo de contenção do poder das maiorias”, sendo essa a fórmula do Estado democrático de direito. A questão é por que uma nação, que fundamenta sua legalidade na vontade de seus cidadãos, constituiria sua vida política numa regra ou acordo estruturado para dificultar alterações, com a explícita intenção de rigidez de regras reservadas e protegidas por dispositivos contra majoritários?

A relação entre a Democracia e o Estado de Direito ou entre o Constitucionalismo e o governo das leis, não pode ser considerada paradoxal, pois as condições de viabilidade que possibilitam uma democracia a ser exercida, num estado de direito, não podem ser confundidas com condições restritivas⁷⁹. Nesse sentido, os direitos e garantias individuais, entre elas os princípios da igualdade e liberdade, somente podem ser garantidos através da fórmula do estado de direitos, e justamente por isso, devem ser preservados mesmo que contrários a vontade de uma maioria ocasional.

⁷⁷ MARQUES, Alessandra Garcia. KOHDR, Amir Barroso. Origens e fundamentos da judicial review: um berço americano. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Vol.8, n. 14, jan-jun. Curitiba, 2016.

⁷⁸ STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. São Paulo: Editora Saraiva Jus: 2017.

⁷⁹ HABERMAS, Jürgen, *Era das Transições*, tradução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 2003, p. 155.

Ao contrário da tradição norte americana, o modelo de controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário em Kelsen é um controle um controle concentrado, isto é, feito de forma abstrata sobre uma lei em tese, independentemente de um caso concreto, mas cuja decisão produzirá o efeito de tornar nulos os efeitos da lei sobre toda a sociedade, excluindo a lei constitucional do direito positivo daquela determinada comunidade jurídica.

Ao passo que o controle de constitucionalidade desenvolvido nos Estados Unidos da América é um controle difuso, exercido concretamente sobre o caso específico trazido ao tribunal e decidido em última instância pela Suprema Corte norte-americana, onde se consolida sob a forma de precedente, apesar de continuar existindo e podendo ser aplicado em casos onde haja distinção. Em ambos os casos, é a tensão existente entre o ato criativo democrático advindo do poder legislativo e a possibilidade de anulação da sua vontade política declarada inconstitucional pelo tribunal constitucional, que gera o aparente paradoxo entre a legislação e a jurisdição ou entre o constitucionalismo e a democracia.

É inegável que o significativo avanço para a busca da legitimidade do discurso constitucional, passa pela percepção de que o direito surgido no segundo pós-guerra encerra relevantes questões de cunho ético, moral, político e sociológico, de maneira que fez com que houvesse uma reaproximação do direito com a moral. Nesse sentido, na doutrina de Konrad Hesse⁸⁰, a interpretação e a legitimidade de uma norma constitucional por sua natureza política, deverão sempre ser realizadas em conformidade, já que sua essência reside na sua vigência (facticidade), não pode ser separada das condições históricas de sua realização, numa relação de interdependência que cria verdadeiras regras de aplicação, que não podem deixar de ser consideradas.

Jürgen Habermas avalia que a figura do tribunal constitucional, com poderes sobre o legislativo é um problema contingente da democracia, que não pode ser conduzido abstratamente, já que uma atuação mais ofensiva do tribunal constitucional, para fazer valer os direitos relativos aos procedimentos democráticos de formação política da opinião e da vontade é bem-vinda.

No entanto, Habermas rejeita o papel criativo decisório do Tribunal, em questões de direito material de uma sociedade livre:

⁸⁰ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

“Todavia, temos que livrar o conceito de política deliberativa de conotações excessivas que colocariam o tribunal constitucional sob pressão permanente. Ele não pode assumir o papel de regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade. Sob os olhares críticos de uma esfera pública jurídica politizada – da cidadania que se transformou na ‘comunidade dos intérpretes da constituição’-, o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de um tutor.”⁸¹

Habermas vê na diferença entre discurso de aplicação e o discurso de fundamentação uma forma de limitação dos poderes do Tribunal Constitucional, na medida em que as normas processuais oferecem um critério lógico argumentativo de delimitação das tarefas do juiz, de forma que essas normas processuais que regem o funcionamento do Estado de Direito são ao mesmo tempo fonte e limitação da legitimidade da justiça e da legislação.

Assim, o fato de o poder judiciário, através do tribunal constitucional, juntamente com poder legislativo estarem ligados a normas processuais não significa uma equiparação entre as suas funções, pois os argumentos de legitimação extraídos da Constituição e dados preliminarmente ao tribunal, são transmitidos através de uma perspectiva de aplicação do direito, reduzindo a possibilidade de criação de uma nova norma. Em suas palavras:

“A constituição também não pode ser entendida como ordem jurídica global e concreta, destinada a impor *a priori* uma determinada forma de vida sobre a sociedade. Ao contrário, a constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem prosseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida”⁸²

Habermas entende a interpretação da história constitucional como um processo de aprendizagem, sendo que cada geração toma como ponto de partida as mesmas medidas que foram tomadas pela geração dos fundadores da Constituição, com a mesma intenção de criar e ampliar as bases de uma comunidade de parceiros do direito, que cria para si mesma as leis de que necessita. Assim a legitimidade da jurisdição constitucional para expressar o significado da Constituição, como um intérprete democraticamente insuspeito, fazendo o controle das leis e podendo emitir seus julgamentos de valor, deve ser realizado mediante um trabalho muito acurado, baseado no discurso democrático.

⁸¹ HABERMAS, Jürgen, *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro 1997.

⁸² Idem, *ibidem*.

Lenio Streck a partir do Tratado de Laurence Tribe⁸³, analisa esse dilema da exigência da regra contra majoritária democrática, lembrando que a democracia, no decorrer histórico do Estado contemporâneo, deita profundas raízes no Direito, sendo que nesse sentido seria impossível conceber um sistema constitucional democrático que não estivesse interligado, a um sistema jurídico, e complemento: a uma jurisdição constitucional.

Nesse sentido para o autor se se compreender a democracia como a prevalência da regra da maioria simplesmente, se poderia afirmar que o constitucionalismo seria antidemocrático na medida em que este subtrai da maioria a possibilidade de decidir determinadas matérias reservadas e protegidas por dispositivos contra majoritários, mas isso seria um pensamento muito simplista, já é no Tribunal Constitucional onde se consolida a ordem democrática.

Streck entende necessário deixar claro que a contraposição entre a democracia e o constitucionalismo é um perigoso reducionismo, já que não se pode perder de vista que “o Estado constitucional só existe e só se faz perene a partir e por meio de um processo político constitucionalmente regulado”⁸⁴, no que acompanha o entendimento de Lowenstein.

Assim, a afirmação da existência de uma tensão irreconciliável entre o constitucionalismo e a democracia é um dos mitos centrais do pensamento político moderno⁸⁵ que deve ser desmistificado, pois se existe alguma contraposição, ela ocorre necessariamente entre a democracia constitucional e a democracia majoritária⁸⁶ e esta é uma contingência do próprio constitucionalismo.

Esse aspecto que vem sendo abordado por Dworkin⁸⁷ para quem a democracia constitucional pressupõe uma teoria de direitos fundamentais que tenham exatamente a função de colocar-se como limites e freios às maiorias eventuais.

Através de uma visão substantiva ou material da força constitucional, não apenas nos procedimentos impostos, mas nos valores éticos e morais da sociedade que são concretizados no texto constitucional, através da experiência democrática norte americana, Ronald Dworkin afirma que no constitucionalismo, os poderes da maioria tem que ser limitados para que se protejam os direitos individuais, não parecendo justo ou coerente, permitir que uma maioria julgue em causa própria.

⁸³ TRIBE, Lawrence apud STRECK, Lenio Luiz, *Verdade e Consenso*, op. cit. p. 112.

⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz, *Verdade e Consenso*, op. cit.

⁸⁵ HOLMES, Stephen apud STRECK, Lenio Luiz, *Verdade e Consenso*, op. cit.

⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz, *Verdade e Consenso*, op. cit.

⁸⁷ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

Nesse sentido, haveria uma proteção indireta às minorias, já que os detentores de direitos políticos, os representantes políticos eleitos, muitas vezes não poderiam estabelecer privilégios excludentes sem que, ao mesmo tempo, saíssem prejudicados pelos que não se sentissem agraciados com os benefícios eventualmente concedidos aquela minoria.

Assim, em determinadas situações, as Cortes, ao exercer seu papel contra majoritário, estariam corrigindo deficiências de representação⁸⁸, restabelecendo, virtualmente, a igualdade entre os interesses minoritários e os anseios das maiorias politicamente representadas.

O Estado constitucional representa, por fim, conforme sustenta Streck, uma fórmula de Estado de Direito, talvez a sua mais cabal realização, pois é da essência do Estado de Direito é a submissão do poder ao direito e somente quando existe uma verdadeira Constituição, essa submissão compreende também a submissão do legislativo já que os tribunais constitucionais devem zelar pela garantia da constitucionalidade das leis, sendo nesse sentido que se sustenta a tese de absoluta compatibilidade entre as decisões contra majoritárias do Tribunal constitucional com a democracia, pois uma vontade popular majoritária absoluta representaria na verdade, uma ditadura permanente⁸⁹, e um eterno estado de revolução rousseauiana.

É válido consignar ainda o entendimento do garantista Luigi Ferrajolli, sobre o “problema” de desacordo entre o Direito e a legislação. Para o mestre italiano, é claro que a amarração do Estado Constitucional de Direito é a fonte de garantia dos direitos fundamentais, sustentando que:

“A primeira regra de todo pacto constitucional sobre a convivência civil não é, com efeito, que se deve decidir sobretudo por maioria, mas que não se pode decidir (ou não decidir) sobre tudo, nem sequer por maioria. Nenhuma maioria pode decidir a supressão (ou não decidir a proteção) de uma minoria ou de um só cidadão. Neste aspecto, o estado de direito, entendido como sistema de limites substanciais impostos legalmente aos poderes públicos em garantia aos direitos fundamentais, se contrapõe ao estado absoluto, seja autocrático ou democrático. Inclusive a democracia política mais perfeita, representativa ou direta, seria um regime absoluto e totalitário se o poder do povo fosse ilimitado nela. Suas regras são, sem dúvida, as melhores para determinar quem pode decidir e como deve decidir, mas não bastam para legitimar qualquer decisão ou não decisão. Nem sequer por unanimidade pode um povo decidir (ou consentir que se decida) que um homem morra, ou seja privado sem culpa da sua liberdade, que pensa o escriba, ou não pensa ou não escreva, de determinada maneira,

⁸⁸ Idem, ibidem.

⁸⁹ Idem, ibidem.

que não se reúna ou não se associe com outros, que se case ou não se case com certa pessoa ou permaneça indissolúvelmente ligado a ela, que tenha ou não tenha filhos, que faça ou não faça tal trabalho e outras coisas neste estilo. A garantia destes direitos vitais é a condição indispensável da convivência pacífica. Por ela, sua lesão por parte do estado justifica não simplesmente a crítica ou o dissenso, como para as questões não vitais nas que vale a regra da maioria, mas a resistência à opressão até a guerra.

90

Nesse sentido, a relação entre o Constitucionalismo e a democracia ou entre a jurisdição constitucional e a legislação, não deverá ser encarada como um paradoxo, senão como uma fórmula de garantia da autonomia privada dos cidadãos e de garantia de seus direitos fundamentais e sociais, entre eles o direito de participação política, que devem ser exercidos e protegidos mesmo contra uma eventual maioria.

⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Direito e Razão* _ teoria do garantismo penal. 2002

1.2 O Controle de Constitucionalidade

As origens do controle de constitucionalidade das leis, o *judicial review* norte americano, se encontram já no século XVII, na Inglaterra pré Revolução Gloriosa, onde Sir Edward Coke já cunhava a sua doutrina em defesa de que os juízes poderiam rever as leis promulgadas pelo Poder Soberano e pelo parlamento, que estivessem em dissonância com a *commonlaw*, sua lei fundamental⁹¹. As ideias iniciais de Coke na verdade, iam muito mais no sentido de cercear o Poder Soberano do absolutismo do Rei James I, do que para fomentar uma ideia de prevalência do Judiciário, sobre as leis do Parlamento, do qual era um grande defensor⁹², valorizando seu poder e capacidade democrática.

No entanto, esse aspecto de soberania do Parlamento, nos impede de considerar que a doutrina de Coke possa ser entendida como precursora de um poder jurisdicional de revisão ou anulação das leis promulgadas pelo órgão competente, mas pode ser vista como uma doutrina sobre a existência de um árbitro responsável por dirimir questões de conflito entre a vontade do Rei e do povo, representado pelo Parlamento. Mas ainda assim, a ideia de uma Lei Maior, no caso de Coke, a *common law*, soberana e prevalente, em relação as demais leis (*statutory law*) laborada por Edward Coke, é considerada por muitos autores⁹³, como um embrião daquilo que mais tarde veio a se desenvolver nos Estados Unidos, especialmente a partir do famoso caso *Marbury x Madison*, como o chamado *judicial review* ou o poder de revisão das leis pelo Judiciário.

No famoso caso, ocorrido em 1803, após a eleição presidencial de Thomas Jefferson derrotando John Adams, discutia-se a compulsoriedade de nomeação do juiz de paz William Marbury, nomeado pelo Presidente antecessor, derrotado nas urnas. Mas o novo secretário de Estado nomeado por Thomas Jefferson, recusava-se a nomear o indicado por Adams, gerando a disputa judicial. O caso que poderia ser banal, na visão de Bercovici, não foi o paradigma do *rule of law* norte americano, sendo essa uma visão anacrônica que toma as consequências da decisão e não as suas premissas⁹⁴.

Marshall acreditava que a Constituição deveria durar para sempre, Jefferson não. Ele acreditava que a constituição deveria ser revista a cada dezenove anos e embora tenha no final

⁹¹ MARQUES, Alessandra Garcia; KHODR Amir Barroso. Origens e Fundamentos do Judicial Review: um berço americano. Economia, Direito e Desenvolvimento Revista Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, 2016, v. 8, n.14, jan-jun., p. 264-299.

⁹² MARQUES, Alessandra Garcia; KHODR, Amir Barroso. Op. Cit.

⁹³ Idem, ibidem.

⁹⁴ BERCOVICI, Gilberto op. Cit. P. 177

de sua vida amenizado um pouco suas posições, Jefferson acreditava que os problemas constitucionais não seriam solucionados através de uma construção sábia, mas pelo apelo ao povo.

Assim, a resposta da Suprema Corte norte americana no caso *Malbury x Madisson*, foi um esforço para fixar a identidade americana sob a estabilidade do Estado de Direito⁹⁵, em contraposição a um estado de revolução permanente, através do revisões constitucionais periódicas.

Conforme afirma Bercovici:

“A suprema corte a Suprema corte de Marshall a partir de um caso sem grande importância tenta responder a pretensão de Thomas Jefferson subordinar o poder judiciário ao seu projeto revolucionário. A corte, como afirma Kahn, agiu como um ator político em um conflito sobre como se deveria conformar politicamente a sociedade americana. Não era diretamente um projeto de fortalecimento político da suprema corte, mas a proposta de substituição da ação política pelo direito *do rule of law*, suprimindo o conflito político pela sua juridificação”.⁹⁶

O que Bercovici pretende ressaltar com essa crítica, que vem de um trabalho sobre a soberania popular e a Constituição, é que a decisão *Malbury x Madison* queria dizer muito mais sobre a disputa de controle da narrativa de história institucional da comunidade nacional norte americana, do que sobre a criação e composição de uma Corte permanente, cujo atributo seria o controle da atividade legislativa, através do judicial review.

No mesmo sentido, Leandro Corrêa de Oliveira e Michele Carvalho Santos, quando afirmam que a decisão pode ser melhor compreendida se observado o seu caráter político e não meramente jurídico, sendo que a decisão é muitas vezes utilizada com a intenção de reforçar um caráter ativista das Cortes constitucionais, quando na verdade o que o juiz Marshall teria feito era reforçar a submissão do Judiciário, bem como de todos os demais poderes, sob os ditames constitucionais:

É no decorrer da história portanto, que a doutrina da supremacia judicial passou a ganhar mais visibilidade. E não se pode afirmar outra coisa senão que Marshall, em razão de uma circunstância politicamente delicada em *Malbury*, somada a impotência da Corte, evitou os argumentos federalistas e ambiciosos em relação ao *judicial review*

⁹⁵ Idem, ibidem.

⁹⁶ Idem, ibidem.

para simplesmente afirmar que as cortes tinham o mesmo dever e a mesma obrigação de aplicar a Constituição do que os outros departamentos do governo⁹⁷

Com a supremacia da Suprema Corte nos Estados Unidos, chega-se ao fenômeno da Corte se arrogar ser a representante da opinião do povo. O entendimento é que assim, o Tribunal cria e mantém a Constituição permanentemente. A autoridade da Constituição é deslocada do texto para a decisão judicial, que controla o seu significado. Com a vitória desta forma de organização jurídico-política, o poder constituinte e a soberania popular deixavam de ter grande relevância para o debate norte-americano.

Deve-se destacar que nas primeiras discussões travadas no debate norte americano sobre a imposição constitucional sobre os limites e as possibilidades legislativas, houve a célebre oposição entre James Madison e Thomas Jefferson, que tinham uma visão quase antagônica sobre o constitucionalismo, no início da formação dos Estados Unidos.

O Juiz Madison sustentava que as regras instituídas na Constituição devem ser relativamente fixas, considerando o momento excepcional vivido pela nação, no momento de sua fundação⁹⁸ como foi o caso dos Estados Unidos. Para Madison, a Carta de Direitos que havia sido produzida pelo povo americano, deveria ser capaz de perdurar pelas gerações futuras, de maneira firme e estável, já que representava o resultado das reflexões sobre o modo que iria se auto governar, num especial momento democrático vivido pelo povo⁹⁹, quando da declaração de sua independência.

Inobstante Madison reconhecesse a possibilidade de realização de alterações no texto, isso apenas seria possível mediante emendas constitucionais, cujos procedimentos deveriam ser reservados para ocasiões especialmente extraordinárias.

Já para Thomas Jefferson, as regras fixadas pelos fundadores da república não poderiam dificultar mudanças, sendo que não seria aceitável que, em suas palavras, os mortos pudessem governar os vivos. Para Jefferson, o trabalho e o pensamento dos fundadores deveriam ser respeitados não mais do que uma regra inicial, mas a Constituição deveria ser repensada pelas

⁹⁷ OLIVEIRA, Leandro Correa de Oliveira; SANTOS, Michelle Carvalho. O mito Malbury v. Madison: a questão da fundação da supremacia judicial. Op. cit.

⁹⁸ SUSTEIN, Cass. A Constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it means before. Princetown: Princetown University Press, 2009.

⁹⁹ BUENO, Roberto, As origens do Constitucionalismo: em torno do debate Jefferson Madison. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 37. 2009, disponível em <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18472>. Acesso em 04/05/2021.

gerações futuras, principalmente porque essas últimas teriam em seu favor a vivência e experiência das novas gerações.

Cass Sustein observa que muito embora pareça que James Madison tenha saído vitorioso no debate travado com Jefferson, haja vista que a Constituição norte-americana perdura por mais de dois séculos, com poucas emendas e com a maioria de seus artigos intactos, em grande parte representados pelas regras de constituição do Estado independente que continuam a reger as relações do povo norte americano até os dias de hoje, foi Jefferson quem ganhou a disputa, já que a jurisprudência da Suprema Corte norte americana, por outro lado, a partir de práticas e costumes da sociedade norte americana, alterou de várias formas a maneira de interpretar a Constituição norte-americana¹⁰⁰, que não permaneceu a mesma desde então.

Sustein lamenta, no entanto, que tais alterações tenham tido de ser instituídas pelo Poder Judiciário, e não pelos seus representantes do povo eleitos para legislar anotando o caráter antidemocrático das alterações feitas.

Já na Europa, no início do Sec. XIX, em meio aos debates sobre os rumos da Alemanha sob a Constituição de Weimar, o juris-filósofo austríaco Hans Kelsen elaborou em sua Teoria Pura do Direito, uma das mais importantes teorias do direito positivo, com a idealização de um sistema hierarquizado das leis sob a supremacia constitucional, representada sob a existência de uma norma fundamental (*Grundnorm*), sob a qual todas as demais leis e atos normativos de governo encontram-se subordinados¹⁰¹. Assim, deveria haver um órgão público a quem incumbiria analisar a harmonia e conformidade desse sistema.

A par da estrutura estática de um escalonamento hierarquizado das regras jurídicas, todas submetidas a Constituição e esta, a uma norma fundamental hipotética e transcendente¹⁰², que daria a todas as demais conformidade, Kelsen descreve uma estrutura dinâmica, que tem por objeto o processo jurídico pelo qual o Direito é produzido e aplicado.

Kelsen acreditava que, tendo como pressuposto a pureza do método pelo qual o Direito poderia ser aplicado pelos Tribunais, este poderia estar livre de intromissões da política, da economia e de preconceitos ou convicções ideológicas que pudessem interferir no resultado da decisão judicial, atribuindo à ciência do Direito um caráter meramente descritivo¹⁰³,

¹⁰⁰ SUSTEIN, Cass, *Constitution of many minds*,

¹⁰¹ Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2019.

¹⁰² Idem, *ibidem*, p.

¹⁰³ DIAS, Gabriel Nogueira. Legislador Negativo na obra de Hans Kelsen: origem, fundamento e limitações a luz da própria *Reine Rechtslehre* *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, RBEC* Belo Horizonte, ano 4, n. 15, jul/ago 2010.

vislumbrando um sistema ao mesmo tempo estático e dinâmico, no qual as regras jurídicas se relacionam de forma escalonada e dependente.

Ao apostar que esse controle de constitucionalidade das leis, tanto em sua forma como em sua substância, não poderia ser atribuído a toda e qualquer pessoa, Kelsen cria então a figura de um guardião da constituição, representado por um Tribunal constitucional:

[...] a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico. [...] Então, só ao próprio órgão legislativo ou a um órgão diferente dele _v.g. ao tribunal que tem de aplicar a lei ou tão somente a um tribunal especial _ pode ser conferida competência para decidir a questão da constitucionalidade de uma lei. Se a Constituição nada preceitua sobre a questão de saber quem há de fiscalizar a constitucionalidade das leis, os órgãos a quem a Constituição confere poder para aplicar as leis, especialmente os tribunais portanto, são por isso mesmo tornados competentes para efetuar esse controle visto que os tribunais são competentes para aplicar as leis eles têm de verificar se algo cujo sentido subjetivo é o de ser uma lei também objetivamente tem esse sentido e só terá esse sentido objetivo quando seja conforme a Constituição.¹⁰⁴

Assim, para a teoria constitucional, todas as demais leis dever ser elaboradas a partir da Constituição e a partir delas, todos os demais atos regulatórios, onde se incluem os decretos e atos administrativos, hierarquicamente, sendo que cada etapa da aplicação do direito comporta uma “face dupla”, onde o ato de criação e aplicação da norma é ao mesmo tempo condicionado e condicionante¹⁰⁵, na medida em que depende de uma norma abstrata de nível superior a ser aplicado no nível da concretização jurídica.

Kelsen inaugura o positivismo lógico, acreditando que a sua teoria promoveria uma harmonização no sistema jurídico, uma vez que haveria sempre uma conformidade do sistema legal, promovida pela lei fundamental, sendo que caberia a decisão jurisdicional apontar a uniformidade desse sistema.

Assim, segundo Kelsen¹⁰⁶:

“Da análise precedente resulta que entre a lei e a decisão jurisdicional, entre a Constituição e a lei, a Constituição e o decreto, a lei e o decreto ou numa fórmula inteiramente geral, entre uma norma superior e uma norma inferior de uma ordem jurídica não é possível qualquer conflito que destrua a unidade deste sistema

¹⁰⁴ KELSEN, Hans, op. cit.

¹⁰⁵ DIAS, Gabriel Nogueira, op. cit.

¹⁰⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do direito*. Op. cit

normativo, tornando impossível descrevê-lo em proposições jurídicas que não sejam contraditórias entre si.”

Prevendo que uma norma, lei ou ato administrativo, postos seja pelo legislativo, executivo ou mesmo judiciário em decisões de instâncias inferiores, ainda que proferidas por um órgão ou autoridade competentes, poderiam ser questionadas, através das outras instâncias de poder, Kelsen propunha haver, portanto, uma instância maior e definitiva sobre todos, de forma que confiou ao Tribunal Constitucional a missão de ser o Guardião da Constituição¹⁰⁷ e portanto de toda a ordem jurídica.

A legitimidade da ordem jurídica é, portanto, para Kelsen.¹⁰⁸ condicionada pela competência do órgão que a proferiu, da qual dependerá a sua eficácia. Ao Tribunal Constitucional caberia a função de com competência e a legitimidade democrática, determinar, à luz do sistema jurídico hierarquizado, a validade das leis e atos administrativos dos três poderes da República:

Quando esta questão (da constitucionalidade da lei) deve ser decidida por um órgão para o efeito competente, quer dizer, por um órgão que para tal recebe o poder de uma norma válida, pode ainda levantar se a questão de saber se o indivíduo, que de fato tomou esta decisão, é o órgão competente, isto é, o órgão que para tal recebeu o poder da norma válida. Esta questão, por sua vez, deve ser decidida por um outro órgão que, por isso mesmo, é de considerar como um órgão de hierarquia superior. Esta recondução a um órgão superior contudo, tem de ter um fim. Tem de haver órgãos supremos sobre cuja competência já não poderão decidir órgãos superiores, cujo carácter de supremo órgãos legislativos, governativos (administrativos) ou jurisdicionais já não pode ser posto em questão. Eles afirmam-se como órgãos supremos pelo fato de as normas por eles postas serem globalmente eficazes. Com efeito nesta hipótese a norma que lhes confere competência para estabelecer estas normas é pressuposta como Constituição válida o princípio segundo o qual uma norma só deve ser posta pelo órgão competente, isto é, pelo órgão que para tal recebe poder de uma norma superior é o princípio da legitimidade ele é como já verificamos limitado pelo princípio da eficácia

A despeito de acirradas críticas e das contraposições apresentadas em especial, pelo também jurista e filósofo Carl Schmitt, e que geraram a intensa polêmica iniciada no ano de 1928 no “Encontro Vienense de Professores de Direito do Estado”¹⁰⁹ e desenvolveu-se em

¹⁰⁷ No alemão: Hüter der Verfassung

¹⁰⁸ Kelsen, Hans, op. Cit.

¹⁰⁹ Tradução livre do termo alemão: Wiener Tagung der Staatsrechtslehrer

outras oportunidades até por volta de 1932¹¹⁰, sobre quem deveria ser chamado a ser o Guardião da Constituição, o sistema hierarquizado de Direito positivo posto por Kelsen, é hoje em todo o Ocidente, um importante marco para os sistemas jurídicos que adotaram a sua ideia de norma fundamental e Tribunal Constitucional, cujas decisões impõe-se *erga omnes*, tendo eficácia sobre todo o ordenamento jurídico e portanto, a competência e o poder de anular as leis emitidas pelo poder legislativo.

Vale lembrar que na visão de Carl Schmitt, a ideia de um tribunal constitucional a quem competisse rever, em nome da lei fundamental, os atos do parlamento e do presidente da república (no caso da Alemanha) constituiria uma politização da Justiça, dado em especial, as especificidades já vistas na Constituição de Weimar. Assim, para Schmitt, a ideia de um Guardião constitucional não versaria sobre um conceito jurídico, mas um conceito político¹¹¹, que estaria ligado na verdade, à guarda da própria democracia.

Soberania e homogênea unidade do povo (*Eineit des Volkes*) eram assim os valores maiores, de modo que para Schmitt, esse papel de Guardião da Constituição caberia ao presidente da República, naquilo que ele entendia ser um poder neutro, que representaria a vontade do povo.

A ideia do tribunal constitucional e o seu poder de revisão e anulação das leis e atos normativos pelo Judiciário, que não se harmonizem com o texto constitucional, é, portanto, imanente à teoria pura do direito kelseniana, pela qual a ciência do direito estaria unicamente destinada a conhecer a norma dentro de sua estrutura, inexistindo assim qualquer possibilidade, ao menos em tese, de uma motivação política por parte dos tribunais, sendo que nas palavras do próprio Kelsen:

“Nesse sentido a Teoria Pura Do Direito tem uma pronunciada tendência anti ideológica. Comprova-se esta sua tendência pelo fato de que na sua descrição do direito positivo manter este isento de qualquer confusão com um direito “ideal” ou “justo”. Quer representar o direito tal como ele é e não como ele deve ser: pergunta pelo direito real e possível não pelo direito ‘ideal’ ou ‘justo’ nesse sentido é uma teoria do direito radicalmente realista isto é uma teoria do positivismo jurídico.”¹¹²

O tribunal constitucional de Kelsen teria assim uma função de um legislador negativo, reconhecendo e declarando a invalidez das leis inconstitucionais, limitado exclusivamente a

¹¹⁰ NOGUEIRA, Gabriel Dias, op. Cit.

¹¹¹ Idem, ibidem

¹¹² KELSEN, op. cit., p.

excluir ou não o ordenamento ou ato normativo do conjunto de leis, não havendo qualquer previsão quanto a criação de novas regras, ou interpretação ampliada ou complementar do texto legal, mas apenas analisando em tese a legislação reclamada, com a finalidade de apreciar a sua harmonia e adequação com a norma fundamental, garantindo que esta não viesse a violar o texto constitucional, motivo de sua invalidade.

Assim, o Tribunal Constitucional cuja competência estaria prevista também na lei maior, assume em Kelsen, a função de sobrepor aos poderes e cassar as normas que não se apresentassem em conformidade com a Lei Fundamental, previamente constituída, institucionalizando o *judicial review*.

Ao contrário da tradição norte americana, o modelo de controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário em Kelsen é um controle um controle concentrado, isto é, feito de forma abstrata sobre uma lei em tese, independentemente de um caso concreto, mas cuja decisão produzirá o efeito de tornar nulos os efeitos da lei sobre toda a sociedade, excluindo a lei constitucional do direito positivo daquela determinada comunidade jurídica. Além disso o Tribunal Constitucional europeu é constituído de juízes eleitos,

Ao passo que o controle de constitucionalidade desenvolvido nos Estados Unidos da América é um controle difuso, cujo modelo foi adotado no Brasil desde a primeira constituição da República, é exercido concretamente sobre o caso específico trazido ao tribunal e decidido em última instância pela Suprema Corte norte-americana, onde se consolida sob a forma de precedente, apesar da lei continuar existindo e podendo ser aplicada (observada a regra de precedentes).

Nosso modelo brasileiro foi assim importado dos Estados Unidos da América, muito embora como é importante lembrar, naquele país, berço no século XVIII do *judicial review*, o controle de constitucionalidade foi inaugurado pelo caso *Malbury x Madison*, sendo desenvolvido de forma costumeira na prática da Corte Constitucional norte americana, mantendo seu caráter difuso e vinculante, dentro de seu sistema de precedentes da *common law*, não havendo, como aqui, uma previsão expressa constitucional que faça o delineamento de seu funcionamento.

O modelo de controle difuso inaugurado com a primeira Constituição da República (1891) foi mantido na Constituição de 1934, surgindo aí uma novidade: conferiu-se ao Senado Federal, em caso de reconhecimento de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelo

Supremo Tribunal Federal, a atribuição de suspender-lhe a execução, no todo ou em parte, conforme constou de seus artigos 88 e 91, IV¹¹³.

Assim, o poder legislativo brasileiro, por meio de seu Senado Federal, passou a participar do processo de controle de constitucionalidade nos casos em que, declarada a inconstitucionalidade da lei de forma individual e concreta pelo Supremo Tribunal, de forma a ter o poder e a faculdade de revogação da lei, retirando-a do ordenamento jurídico.

O Senado adquiriu assim a importante competência, não de declarar a Lei inválida, já que essa declaração dependia do STF, mas de, reconhecendo a decisão do Tribunal Constitucional, alargar-lhe os efeitos, retirando dessa maneira, a sua vigência e tornando portanto, a decisão judicial com efeitos sobre todos.

Apenas com a Emenda Constitucional n. 16/1965, feita à Constituição Federal promulgada em 1946, foi incluído no nosso sistema de controle de constitucionalidade, o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, inspirado na ideia do Tribunal Constitucional como legislador negativo, desenvolvida na teoria de Hans Kelsen. Esse foi o sistema que já havia inspirado grande parte dos países da Europa, como Áustria, Alemanha e Itália, que tem, todavia, um Tribunal Constitucional, cuja composição e regras de permanência dos juízes diferem bastante do modelo brasileiro, onde diferentemente da composição mais política das cortes de cassação europeias, no Brasil vigora a nomeação dos membros pelo Presidente da República, como nos estados Unidos.

Esse tipo de controle abstrato das leis teve na sua origem no nosso sistema jurídico, uma gama muito estreita de legitimados, sendo que inicialmente, apenas o Procurador Geral da República era legitimado para o uso da ação direta de inconstitucionalidade então instituída.

A matéria é hoje tratada pelo artigo 2.º da Lei Federal n. 9.868/99¹¹⁴, onde se encontram como autorizados à propositura da ação, além do Procurador Geral, o Presidente da República, a Mesa do Senado e da Câmara Federal, Assembleia Legislativa ou a Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governadores dos Estados e do Distrito Federal, Conselho Federal da Ordem

¹¹³ Art 88 - Ao Senado Federal, nos termos dos arts. 90, 91 e 92, incumbe promover a coordenação dos Poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos da sua competência. Art 91 - Compete ao Senado Federal: ... IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário;

¹¹⁴ BRASIL, Lei Federal n. 9.868/99

dos Advogados do Brasil , Partidos Políticos com representação no Congresso e confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional, observada a pertinência temática.

A sociedade brasileira vem convivendo assim, no regime político adotado também pela Constituição Federal de 1988, com esse refinado sistema misto de controle de constitucionalidade das leis, sendo que a principal característica desse sistema reside no fato de possibilitar, além do tradicional controle difuso e concreto da constitucionalidade das leis e atos administrativos, com o reconhecimento e declaração incidental de inconstitucionalidade entre as partes, também o controle de constitucionalidade concentrado e em abstrato das normas, cuja principal característica é a retirada por completo da vigência da lei proclamada constitucional, independentemente nesse caso, de qualquer manifestação do legislativo.

A partir da Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, feita à Constituição Federal de 1988¹¹⁵, é que foram introduzidas no nosso sistema de controle concentrado da constitucionalidade, as ações declaratória de constitucionalidade (ADC) e as decisões de interpretação conforme a Constituição, com ou sem redução de texto, que no entanto aguardaram até o final de 1999 para receberem tratamento legislativo mais específico, o que se deu com a referida Lei Federal nº 9.868 e a Lei Federal nº 9.882 de 1999¹¹⁶, ainda pendentes em parte, todavia, de decisão definitiva por parte do Supremo Tribunal (Streck, Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica, 2013).

Lenio Streck lembra que a legislação, de natureza infra constitucional, foi combatida através das ADINS n. 2.154 e 2.258, onde se sustentava que esta não se tratava de uma mera lei processual , tratando da especificação do funcionamento da jurisdição constitucional, a qual demandaria uma competência específica tal como em países como Alemanha, Itália, Espanha e Portugal sendo que a possibilidade de instituir os procedimentos ali previstos deveria ser criada por emenda constitucional, aprovada por maioria qualificada, já que lei ordinária não poderia dizer aquilo que a constituição não disse, ficando assim abalada a noção de rigidez constitucional.

De qualquer forma, conforma-se o autor para quem a teoria processual-constitucional teve que ceder a pragmática, ou aquilo que o autor denomina *realjuridik*, de forma que a esta

¹¹⁵ BRASIL Emenda constitucional n. 03

¹¹⁶ BRASIL

altura a discussão parece estar superada ¹¹⁷, muito embora entenda o autor seja flagrantemente inválida formalmente.

Desde promulgação do nosso sistema de controle de constitucionalidade na Constituição Federal de 1988, vêm ocorrendo constantes evoluções legislativas e jurisprudenciais, seja no sentido de ampliar as ações e os legitimados para o controle de constitucionalidade, seja no sentido de buscar criar no Brasil um sistema de precedentes que se assemelhasse ao *stare decisis* norte americano, com a finalidade de conferir segurança jurídica, isonomia, além de celeridade no julgamento dos casos.

As novas regras e situações criadas pelo legislador ordinário e até por atos administrativos não devem, no entanto, se sobrepor a regras e princípios constitucionais estabelecidos pelo constituinte originário, que deverão prevalecer inclusive sobre decisões do Tribunal Constitucional, respeitando-se as cláusulas contra majoritárias e a rigidez instituída pelo texto constitucional, de forma a ser preservar a normatividade principiológica da nossa constituição.

¹¹⁷ STRECK, Lenio. Jurisdição constitucional e decisão jurídica

1.3 A Crítica Ao Judicial Review

O poder de revisão de constitucionalidade das leis e sua conformidade com a Constituição, como visto, foi assumido pelo Poder Judiciário dos Estados Unidos, através de sua Suprema Corte e vem se firmando e se desenvolvendo através de precedentes, já que nesse país, as regras desse sistema se encontram regidas pela *common law*.

Da mesma forma, para os países que adotam a *civil law* e o sistema hierarquizado das normas proposto por Hans Kelsen, com a instituição do Tribunal Constitucional, fica evidente a incapacidade do positivismo jurídico para lidar com os casos mais difíceis e polêmicos, surgindo com a visão normativa de constituição, a possibilidade de decisões que parecem ir além da moldura da norma.

A discussão acerca dos limites, através de expressas previsões constitucionais também tem sido alvo de acalorados debates, frente a sua natureza contra majoritária, que muitas vezes resta entregue a uma decisão de uma corte elitista, que possui uma visão de mundo distanciada da realidade do povo, e sem qualquer responsabilidade de prestação de contas para com o povo (*accountability*), razão pela qual não seria possível entregar aos magistrados toda e qualquer decisão que, em tese, deveria pertencer a soberania popular.

Como se viu nos capítulos anteriores o Poder Judiciário ganhou evidente força e um verdadeiro agigantamento de poderes com o fortalecimento da Constituição no Estado de Direito, adquirindo características ainda mais especiais naqueles países que adotaram o paradigma do Estado Social, sendo que com o modelo do *novo constitucionalismo* instaurado no pós Guerra, o Tribunal Constitucional adquire uma competência cada vez maior de, fazendo uma interpretação da Carta constitucional, efetivar direitos fundamentais e sociais, mesmo que apenas programaticamente previstos.

A concepção da normatividade da Constituição, permitindo uma ampliação interpretativa dos textos constitucionais ganhou relevância na atuação da Suprema Corte americana a partir de importantes julgamentos de grande repercussão, onde pode ser notado um comportamento mais ativista da Corte como nos paradigmáticos casos *Brown vs. Board*, que acabou com a segregação racial no país e as decisões da Corte Warren, considerada a formação mais liberal da Suprema Corte norte americana.

Em consequência, desde então os teóricos norte-americanos têm demonstrado muito interesse sobre a questão da legitimidade das decisões judiciais, em especial no que se refere

aos casos constitucionais, razão pela qual vamos nos ater a alguns de seus teóricos para a bordar a crítica ao judicial review.

Conforme afirma Carlos Alexandre Azevedo Campos:

Os Estados Unidos são o principal palco da discussão em torno da atuação de juízes e cortes no sistema político em que estão inseridos e do qual fazem parte; em especial, sobre o papel que uma corte suprema pode cumprir nesse sistema. Na realidade, a discussão sobre os limites e possibilidades de atuação da Suprema Corte norte-americana antecede em muito à própria criação do termo “ativismo judicial” para confundir-se com a história do constitucionalismo estadunidense.¹¹⁸

John Hart Ely¹¹⁹, em *Democracia e Desconfiança*, afirma que o início dos debates norte americanos sobre os limites que a decisão judicial, tendo em vista a preferência do poder legislativo para definir as políticas de governo apropriadas para a sua população, se dividiriam entre os interpretacionistas e os não interpretacionistas. Os primeiros seriam aqueles em que ao se deparar com o texto da lei não poderiam ir além dos limites semânticos que aquele texto permitia. Por outro lado, os não interpretacionistas seriam aqueles juízes que viam no texto constitucional uma possibilidade para ir além de seus limites claramente expostos, proferindo uma decisão que pudesse se adequar a temporalidade e às condições concretas do caso ao qual deveriam se aplicar.

Analisando a distinção apontada, assevera Fabio Correa Souza de Oliveira, que diante das cláusulas abertas das constituições, torna-se necessária uma contribuição do intérprete na adequação do mesmo ao caso, não podendo os interpretacionistas acreditarem que todo o conteúdo significativo poderia advir da literalidade dada, assim, seguindo o entendimento do próprio Ely:

Deve-se reconhecer o perigo de o interpretativismo fantasiar um comprometimento quanto mais exclusivo com o significado que já estaria presente no texto em si como se o significado já se encontrasse pronto acabando e indubitado no significante a partir da análise da linguagem e da história legislativa prescindindo assim de quaisquer injeções internas de conteúdo.¹²⁰

¹¹⁸ CAMPOS. Carlos Eduardo Azevedo. A evolução do ativismo judicial na Suprema corte americana. *Revista do Ministério Público do rio de Janeiro*, n. 60, jan-jun de 2016, p. 59-117. Disponível em https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1272607/Carlos_Alexandre_de_Azevedo_Campos.pdf. Acesso em 15/11/2020..

¹¹⁹ ELY. John Hart. *Democracia e Desconfiança*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020.

¹²⁰ OLIVEIRA. Fábio Corrêa Souza de. *Morte e vida da constituição dirigente*, Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2012.

James Bradley Thayer foi uma das primeiras vozes que mais enfaticamente se colocou contra o judicial review, já em 1893, sustentando uma posição muito mais defensiva da Suprema Corte norte-americana, chamada de *self-restraint*, que segundo seu entendimento deveria agir de forma minimalista,¹²¹ de forma que os erros dos poderes Executivo e Legislativos, para serem revisados pela Corte deveriam ser bastante evidenciados (*clear mistake*), para justificar a atuação da Corte Constitucional.

O Thayerismo ou a Revisão de Tutela¹²² apesar de ser um modelo adotado pela Suprema Corte Americana em alguns importantes julgamentos da história, sendo inclusive a visão revisional utilizada no julgamento *Mabury x Madison*, encontra dificuldades na medida que obriga a Corte a estabelecer uma hierarquia entre as normas constitucionais, estabelecendo quais delas estariam submetidas a revisão constitucional e quais não, bem como avaliar o grau de inconstitucionalidade da norma, julgando-a muito ou pouco constitucional¹²³, colocando os juízes numa situação muito difícil ao identificar os critérios pelos quais aquela norma deveria ou não ser revista pelo Tribunal.

Larry Kramer seria o representante de uma crítica mais contemporânea do *judicial review*, chamada constitucionalismo popular¹²⁴. A sua crítica é no sentido de que as decisões da Corte deveriam ser aprovadas pelo crivo popular já que para ele o principal intérprete da constituição seria o povo. Kramer sustenta que a Corte Constitucional não se encontra expressamente prevista na Constituição norte-americana e que a previsão de controle na qual os *Foundation Fathers* se inspiraram, seria unicamente o controle de constitucionalidade entre as partes, não envolvendo os atos de governo institucionalmente fixados.

Outros importantes críticos do sistema de *judicial review* na contemporaneidade são Mark Tushnet e Jeremy Waldron. Tushnet faz uma incursão na evolução da jurisprudência norte americana na definição dos parâmetros do controle judicial das leis, mostrando que o controle inicialmente fraco se tornou um controle forte demais apontando outras formas de controle de constitucionalidade, que seriam mais legítimas e democráticas por dar mais importância as decisões parlamentares.

¹²¹ ABOUD, Georges. Op. cit. p.

¹²² Tradução livre de *tutelar review*.

¹²³ TUSHNET, Mark. Alternative forms of judicial review. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 08, agosto, 2003, p. 2.781-2800. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1247&context=facpub>. Acesso em: 04/09/2020.

¹²⁴ ABOUD, Georges. Op. cit.

No caso de Jeremy Waldron, esse busca também na história da doutrina e jurisprudência inglesas, as origens de uma certa desconfiança sobre o direito legislado, naquilo que chama de (in) dignidade da legislação¹²⁵, e com fundamento no pensamento de grandes filósofos e teóricos da política, busca superar essa desconfiança, a fim de colocar a legislação, como fonte da vontade do povo a par de igualdade senão ainda superior as decisões tomadas pelas Cortes Constitucionais.

Mark Tushnet destaca que mesmo mais de um século após a decisão *Malbury x Madison*, permaneceu indefinido o sistema de controle judicial das leis nos Estados Unidos, já que não existe uma regra expressa de um sistema de controle norte-americano, sendo que nos termos dessa primeira decisão e outras proferidas pela Corte Constitucional nos anos que se seguiram, o Tribunal adotou inicialmente uma visão departamentalista¹²⁶ de *judicial review*.

Tushnet afirma que o Departamentalismo se apresentou em duas formas variantes. Na primeira delas, que vigorou em grande parte do Séc. XIX cada poder do Estado tinha responsabilidade de determinar a constitucionalidade dos atos dos outros poderes que afetem suas próprias funções¹²⁷. A decisão *Malbury x Madison* seria departamentalista nesse caso, porque a Corte determinou que o Congresso não teria poderes de reorganizar a divisão dos poderes previstos na Constituição, sem ouvir o judiciário.

Na segunda variante departamentalista, cada um dos poderes teria o direito e até mesmo a obrigação de agir conforme sua melhor interpretação da Constituição, não importando o que os outros poderes tenham dito¹²⁸. Sob esse aspecto, a decisão proferida no caso *Malbury x Madison*, teria sido departamentalista também, na medida em que a Corte rejeitou a interpretação da Constituição adotada pelo Congresso e pelo presidente, decretando invalidade a lei judiciária em favor de sua própria interpretação.

Tushnet demonstra que a visão departamentalista veio enfraquecendo na prática norte americana, o que fez com que ela deixasse de ser aplicada pela Corte, através dos anos da primeira metade do século vinte. Assim ante o silêncio da constituição norte americana sobre a forma de controle de constitucionalidade das leis, foi o povo norte americano agindo através de

¹²⁵ WALDRON, Jeremy. *A indignidade da legislação*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

¹²⁶ TUSHNET, Mark. Op. cit.

¹²⁷ Idem, ibidem.

¹²⁸ Idem, ibidem.

suas instituições quem teve de definir os contornos desse controle¹²⁹, passando a adotar a forma forte de controle de constitucionalidade.

As decisões da Suprema Corte, em matéria Constitucional, passaram a sustentar uma autoridade geral da Corte para determinar o sentido da Constituição, mais que isso, passaram a ter autoridade de vincular os outros poderes, no mínimo, num curto a médio prazo, considerando que essas decisões somente poderiam ser alteradas mediante uma emenda constitucional ou mediante uma mudança de entendimento da Corte, o que pode ocorrer através do devido processo legislativo no primeiro caso e mediante a substituição de algum membro da Corte, no segundo:

Judicial review changed from the means by which the courts expressed their view of the Constitution's meaning, in a system where other institutions expressed their own independent views, to a mechanism for lodging responsibility for constitutional interpretation in a single institution, the judiciary¹³⁰.

Dessa forma, se inicialmente a Corte norte americana atuava de maneira retraída, limitando-se a uma visão mais restritiva do âmbito de suas decisões, respeitando autoridade de outros poderes em suas próprias atividades e reservando-se de aspectos políticos das causas julgadas, passa ao longo da primeira metade do século XX, a atuar em questões de maior amplitude, transformando o sistema de controle de constitucionalidade norte americano num sistema de controle forte¹³¹, equiparando-se a maior arte dos países europeus no período pós segunda guerra mundial, em especial o Tribunal constitucional alemão.

Durante um longo período parecia que a forma forte de controle de constitucionalidade seria a sua única forma _ muito embora seja bom lembrar do caso inglês, onde o controle é aplicado de forma bastante restritiva. Mas em 1981 o Canadá inovou em sua Carta Constitucional inserindo a cláusula do “não obstante” (notwithstanding clause), por meio da qual ao Legislativo é lícito impor uma regra legal, embora reconhecida inconstitucional por sua Corte.

Através desta cláusula a revisão judicial, o judicial review, da legislação canadense poderá ser realizado pelo seu tribunal supremo o qual poderá eventualmente reconhecer que o determinado texto legal infringe a carta de direitos e liberdades destinada a proteger os direitos

¹²⁹ TUSHNET

¹³⁰ Tradução: A revisão judicial passou da forma como os tribunais expressam sua visão sobre o significado da Constituição, em um sistema em que outras instituições expressam sua visão independente, para um mecanismo de responsabilização pela interpretação constitucional em uma única instituição, o judiciário.

¹³¹ TUSHNET, Mark. Op. cit.

fundamentais dos cidadãos canadenses porém mediante a arguição da chamada cláusula não obstante os parlamentos e assembleias poderão instituir a legislação por determinado período de governo, o que em tese estaria por proteger a livre determinação da deliberação pública

O marco principal da forma fraca de revisão judicial não é que tal sistema importe em uma competência limitada de apreciação das leis conferida às Cortes Constitucionais, na verdade tais Cortes continuam responsáveis por apreciar toda e qualquer legislação em sua consistência com as normas constitucionais, sem exceção.

A sua principal característica é que as decisões das Cortes têm prevalência por um período curto, caso o poder legislativo decida desconsiderá-la, respondendo a preocupação de permanência de decisões de pouco pedigree democrático¹³², o que é reconhecido em todos os sistemas, ante a clara representatividade dos membros do legislativo pelo sistema eleitoral.

Mas por outro lado, o sistema de controle fraco preocupa no sentido de tornar as normas constitucionais como legislação ordinária, desconstruindo importante dogma do constitucionalismo. Tushnet afirma que pode haver uma escolha entre o controle forte e fraco de constitucionalidade, que ocorre no mais fundamental nível institucional¹³³ de um Estado, às vezes estabelecido formalmente pela Constituição e as vezes sedimentado pela prática e pela cultura gradualmente firmada, mas considera que essa escolha deva ser feita pelos juízes e legisladores.

Em um sistema de controle de constitucionalidade fraco, os legisladores poderiam decidir, essa é a proposta de Tushnet, se as Cortes deveriam ou não fazer um controle forte de constitucionalidade, em cada caso. Enquanto estabelecendo-se um sistema de controle forte, seriam as cortes que teriam prioridade de distinguir os casos em que, devido a entendimentos doutrinários, suas decisões deveriam ser apenas provisórias.

Já a crítica de Jeremy Waldron é conduzida através de uma visão que privilegie o processo legislativo. Em “A dignidade da Legislação” o autor procura evocar recuperar e destacar maneiras de pensar a respeito da legislação na filosofia jurídica e política que a apresentem como um modo de governança importante e dignificado¹³⁴, buscando resgatar o valor das decisões democráticas.

¹³² Idem, *ibidem*.

¹³³ Idem *ibidem*.

¹³⁴ WALDRON, Jeremy. Op. cit., p. 31.

Waldron fala a partir do modelo de direito consuetudinário inglês e norte americano, em que de fato existe uma diferenciação entre *law* e *statute*, demonstrando como de várias maneiras estudiosos e juristas procuraram diferenciar essas duas palavras, numa relutância curiosa, quase esnobe, de sequer considerar a legislação como uma forma de lei¹³⁵, concedendo um lugar desprivilegiado às leis, tratando-as como gênero de segunda categoria, sendo essa uma postura persiste ainda nos dias atuais, em especial na jurisprudência norte-americana.

Na cultura anglo saxônica, firmada sobre o dogma da Monarquia, os costumes, a tradição, o direito costumeiro e as práticas ou precedentes judiciais, de fato ocuparam desde sempre um lugar de destaque no Direito, sendo que a legislação vem sendo alvo de alguma desconfiança, havendo um sentimento na filosofia jurídica de que a legislação careceria da dignidade associada a venerável instituição que chamamos Direito¹³⁶, justamente por sua característica inovadora, não espontânea, sendo uma norma que vem compor o Direito de uma sociedade, desfalcada de um carácter de reconhecimento social, tal como a tradição, por exemplo.

O autor menciona inicialmente a obra de dois teóricos do Direito com influência no direito consuetudinário, como orientadores dessa visão receosa da legislação, sendo Michael Oakeshott¹³⁷ o sumo sacerdote desses temores sobre a legislação racionalizada e Friederich Hayek¹³⁸, um dos grandes críticos do Direito legislado, pois embora para este último, a essência do bom direito seja o governo das leis gerais, essas leis para ele, devem ser implícitas nas práticas de uma sociedade livre e se forem consideradas como mutáveis.

Eventual mudança deveria ser gradual e espontânea e não planejada e orquestrada pelo legislador. Demonstra assim as raízes desse preconceito com a legislação parlamentar no direito anglo saxão, com a legislação produzida democraticamente, havendo uma preferência como algo do tipo como a Escola Histórica Savignyana, a qual centrada na tradição garante mais estabilidade e garantia de preservação dos *status quo*.

¹³⁵ Idem, ibidem.

¹³⁶ Idem, ibidem.

¹³⁷ Michael Joseph Oakeshott FBA (Chelsfield, 11 de dezembro de 1901 — Acton, 19 de dezembro de 1990) foi um filósofo e um teórico político inglês que escreveu sobre a filosofia da história, filosofia da religião, estética, filosofia da educação e filosofia do direito. Declaradamente conservador, Oakeshott determina sobre o tema: "Ser conservador é preferir o familiar ao desconhecido, preferir o tentado ao não tentado, o fato ao mistério, o real ao possível, o limitado ao ilimitado, o próximo ao distante, o suficiente ao superabundante, o conveniente ao perfeito, a felicidade presente à utópica."

¹³⁸ Friedrich August von Hayek (alemão; Viena, 8 de maio de 1889 — Friburgo em Brisgóvia, 23 de março de 1992) foi um economista e filósofo austríaco, posteriormente naturalizado britânico. É considerado um dos maiores representantes da Escola Austríaca de pensamento econômico. Foi defensor do liberalismo clássico e procurou sistematizar o pensamento liberal clássico para o século XX, época em que viveu.

Também são apresentadas por Waldron as raízes desse preconceito seja na obra de Thomas Hobbes, Benjamin Betham, John Autin e x Condorcet , abordando o pensamento no direito inglês de que uma assembleia de parlamentares perderia a sua qualidade, quanto maior fosse o seu número de constituintes ou membros, que tenderiam a não possuir um grau de erudição e conhecimento de um juiz ou Tribunal, nutrindo uma ideia de que as assembleias seriam um corpo rebelde, constituído de um populacho¹³⁹, sendo que ainda devido ao seu grande número, desconfiava-se de sua capacidade de criação de leis dignas, numa clara posição elitista.

Interessante como suas explicações deixam transparecer como no direito inglês, berço do direito norte americano, a forma como não apenas as legislações, mas todo o poder legislativo era visto com desdém pela doutrina e os jurisprudencialistas, muito embora para os norte americanos a independência tenha trazido em seu espírito, justamente o ideal de liberdade, a ideia de poder diretivo do governo inglês.

Em sua cruzada em favor da dignidade das leis, Jeremy Waldron busca evidenciar o seu valor desnudando ideias de Emmanuel Kant, John Locke, Thommas Hobbes e Aristóteles, apontados como aqueles que mesmo entre os que louvam a singularidade e a objetividade da lei natural, mesmo os que concentram a nossa atenção na solidão inspiradora de reverência do pensamento moral¹⁴⁰ existe algo que sustente o valor do pensamento múltiplo e plural, que pode ser criado por uma assembleia de comuns.

Em Locke, Waldron acredita que mesmo tido como fundador do constitucionalismo liberal, demonstra que a legislatura é suprema e não pode estar sujeita a nenhum outro poder nem mesmo a revisão judicial¹⁴¹:

Sendo a sociedade civil um estado de paz entre os que a ela pertencem da qual o estado de guerra é excluído pela arbitragem com quê proveram seu legislativo para terminar todas as diferenças que possam surgir entre eles é no seu legislativo que os membros de uma comunidade são Unidos e combinados em um corpo vivo coeso essa é a alma que dá forma vida e unidade a comunidade de onde os vários membros obtêm influência compaixão e ligação.¹⁴²

A partir dos estudos de Aristóteles, Waldron valoriza a formação da vontade da sociedade a partir da participação dos homens comuns, pois conforme afirma:

¹³⁹ WALDRON, Jeremy. Op. cit.

¹⁴⁰ Idem, ibidem.

¹⁴¹ Ibidem, p. 78.

¹⁴² John Locke *apud* WALDRON. Jeremy. Op. Cit. P. 79

Embora na consideração de indivíduo por indivíduo cada um do povo seja inferior ao melhor homem não é consideração como um corpo capaz de deliberação coletiva o povo pode tornar decisões melhores mas sábias e mais capazes pois ele tem o benefício do conhecimento da experiência do juízo e do discernimento de cada pessoa que pode ser sintetizado no conhecimento na experiência no juízo e no discernimento coletivos.¹⁴³

Ao lado da defesa da dignidade da legislação Jeremy Waldron apresenta outros argumentos que denotariam a importância primordial do poder legislativo na definição das políticas sobre os direitos a serem tomados pela sociedade entre eles encontra-se o argumento de legitimidade que se refere à legitimidade de o Judiciário tomar decisões cuja competência originalmente é do Poder Legislativo.

Primeiramente, destaca-se o grande prejuízo à democracia que garante aos candidatos eleitos legitimidade de representação e tomada de decisões pelo povo brasileiro.

Dessa forma, evidencia-se que, ao agir contrariamente a decisões tomadas pelas casas legislativas, o Poder Judiciário estaria alterando decisões tomadas por aqueles escolhidos para definir questões de acordo com o pensamento da população do país. Incluem-se, ainda, nesse argumento, algumas consequências ligadas às premissas anteriormente apresentadas.

Isto é, em uma sociedade na qual a Constituição garante direitos às minorias, mas onde também há discordância a respeito de quais seriam alguns dos direitos apresentados¹⁴⁴, um órgão ou poder que esteja incumbido com a competência de proferir a “última palavra”, caso contrário o debate jamais se encerrará de forma pacífica entre as partes discordantes. Nesse caminho o argumento de Waldron é que seja justo que a preferência seja daqueles eleitos pelo povo os responsáveis por tomar tal decisão.

Finalmente seu argumento esclarece que não se poderá acatar que argumentos que apontem defeitos nos sistemas eleitorais possam negar ao Legislativo o poder de decisão, uma vez que todo sistema democrático se baseia nessa premissa baseada nesse sistema de representatividade e escolha daqueles responsáveis pela elaboração das leis. Problemas no sistema eleitoral, desde que sejam verificados deverão implicar na sua correção e aperfeiçoamento, porém nunca usado como justificativa que permita aos juízes se colocarem e ser imiscuírem nas funções e competências do Poder Legislativo.

¹⁴³ WALDRON, Jeremy. Op. Cit., 115.

¹⁴⁴ LELIS, Rafael Carrano. Op. cit.

Um outro argumento importante defendido por Mervin John seria o argumento de defesa de direitos que considera que os membros do poder legislativo por estarem mais amplamente envolvidos nos problemas da sociedade seriam, portanto, os mais aptos para deliberar a respeito das políticas públicas que vão dirigir os destinos da comunidade.

Contrapondo-se a visão de uma superioridade judicial decorrente de seu pretensão maior aprofundamento na elaboração de decisões, Waldron observa que um ponto constantemente levantado pelos defensores do ativismo judicial e do judicial review seria uma suposta falta de seriedade no tratamento dos direitos nos órgãos legislativos¹⁴⁵, enquanto o Judiciário se voltaria mais seriamente para a questão.

No entanto, Waldron aponta bons exemplos de que o Legislativo tem capacidade tratar de maneira séria esses assuntos, dando como exemplo os debates que ocorreram no parlamento britânico na década de 60, referente a questões como liberação do aborto, legalização da conduta homossexual, entre outras matérias de grande relevância no campo de concessão de direitos.

Nesse sentido Lelis afirma que:

Mesmo que haja discordâncias na sociedade sobre qual seria o teor de determinados direitos e, nesse sentido, não se pode preferir um método de definição de qual seria o entendimento de determinado direito (em detrimento de metodologia diversa), embasando-se no resultado que advirá desse processo decisório. Sendo assim, caracteriza-se que o Legislativo tem tanto comprometimento na proteção de direitos e competência na definição desses direitos, quanto o Judiciário.¹⁴⁶

Waldron no entanto esclarece que a sua crítica ao *judicial review* apenas se aplica, já que conforme afirma a sua crítica ao judicial review não é incondicional¹⁴⁷ fazendo assim uma distinção entre determinadas características das práticas judiciais as quais não tem intenção de atacar já que o principal alvo de sua argumentação seria um controle judicial forte realizado sobre a legislação.

Waldron assim deixa claro que entende a importância de um tribunal constitucional responsável pela garantia das normas e dos princípios constitucionais eventualmente infringidos por uma legislação ordinária, que fira direitos e garantias fundamentais, pelo que a

¹⁴⁵ Idem, ibidem.

¹⁴⁶ Idem, ibidem.

¹⁴⁷ WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. *Revista da ANPR*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 93-157.

sua crítica se dá mediante a existência de algumas condições de possibilidade, que tornariam possível abrir mão da garantia que as Cortes Constitucionais dão nesse sentido.

A primeira delas seria a necessidade da existência, de instituições democráticas em razoável bom funcionamento, o que, vale dizer no cenário brasileiro não poderia ser facilmente identificável, já que não obstante os legisladores serem eleitos por meio do sufrágio universal e as eleições serem realizadas periodicamente, a representatividade por aqui é ainda muito baixa, tendo em vista especialmente, o nível de escolaridade e alcance de conformação e cultura da população, que impede que sejam considerados aptos e livres para escolhas, que muitas vezes acabam por ser tomadas levando-se em conta os níveis de propaganda e alcance das campanhas eleitorais, levados a níveis de verdadeiro marketing publicitário, apelando muitas vezes para artistas, esportistas ou mesmo religiosos, sem qualquer vocação política.

Em suas palavras, nesse sentido:

Em geral, parto do princípio de que as instituições democráticas estão funcionando razoavelmente bem elas podem não ser perfeitas e provavelmente existe tem debates em andamento acerca de como podem ser melhoradas presumo que esses debates sejam informadas por uma cultura democrática valorizando a deliberação responsável e a igualdade política.¹⁴⁸

A segunda premissa consiste na existência de instituições judiciais também em razoável bom funcionamento, decidindo litígios e responsáveis pela manutenção do *rule of law*. Além disso, é importante, para a aplicação dos argumentos de crítica, que as instituições judiciais não tenham sua composição realizada por meios eleitorais, o que poderia garantir uma estabilidade que não os assujeitasse a movimentações políticas, garantindo a sua independência.

O bom funcionamento das instituições judiciais para o autor exige que em princípio sejam observadas algumas características:

i) não agem por impulso próprio, ou por referência abstrata mas antes, respondem a reivindicações particulares, apresentadas por litigantes particulares; ii) lidam com questões no contexto de apresentação binária e contenciosa; iii) remetem a suas próprias decisões anteriores e as aperfeiçoam em aspectos que parecem relevantes para o caso em questão.¹⁴⁹

¹⁴⁸ Ibidem, p. 107

¹⁴⁹ Ibidem, p. 109.

Além disso toma como pressuposto que a função de juiz não seja eleitoral ou representativa da forma como o legislativo é já que julgue importante que para decidir sobre os princípios não sejam submetidos a pressões populares.

A terceira premissa exige a existência de um compromisso, por parte substancial da sociedade, com os direitos da minoria. Não obstante, em um primeiro momento, possa se alegar que não há tal compromisso diante de atuações legislativas e de parte da população, Waldron esclarece que a mera existência de uma Constituição ou outro documento escrito que garanta os direitos da minoria revela essa preocupação por parte da sociedade¹⁵⁰, não havendo aí a existência de um consentimento Muto totalizante que tenderia há uma utopia irrealizável

Parto do princípio de que o comprometimento com direitos não são palavras vazias e que os membros da sociedade levam os direitos a sério eles se importam com eles examinam e debatem ativamente os seus próprios pontos de vistas é o de outros estão alerta para questões de direitos com relação a todas as decisões sociais que são investigadas ou discutidas em seu meio.¹⁵¹

Por fim, a quarta premissa remete à existência de discordância sobre direitos na sociedade. Nesse sentido deverá ser observado que, ainda que tal discordância não deve ser meramente relacionada a questões interpretativas, isto é, não é uma discordância superficial, mas referentes a questões profundas que possam causar danos na sociedade caso sejam remetidas há uma disputa política sendo preferível nesse caso uma leitura da Constituição feita por um tribunal capacitado, no tangente especialmente no que se refere a problemas como os relativos a por exemplo aborto, ações afirmativas, significado de tolerância religiosa, regulação de gastos eleitorais etc.

A análise feita sobre o poder de revisão das leis pelo Poder Judiciário, que sob o título de Guardião da Constituição passa a deliberar sobre os conteúdos legislativos, no que respeite a observância das normas constitucionais, demonstra que ressaltada a importância primordial democrática que confere ao poder legislativo a representatividade do povo na deliberação de políticas, que tenham como objetivo o alcance das metas sociais, o Poder Judiciário continua a manter uma relevante participação no Estado Democrático de Direito, sobretudo nos países de modernidade tardia cujas democracias ainda não se fortaleceram plenamente.

¹⁵⁰ LELIS. Rafael Carrano. Controle de constitucionalidade, ativismo judicial e ameaças a legitimidade democrática uma análise comparada entre Brasil e Portugal. *Revista do CAAP*.

¹⁵¹ WALDRON Jeremy. A essência da oposição. Op. cit. P. 111.

2 – O(S) (NEO) CONSTITUCIONALISMOS

2.1 As Teorias Argumentativas Principialistas:

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, o Poder Judiciário ganha ainda uma maior repercussão, quando as nações encontravam-se arrasadas e ainda aterrorizadas com os efeitos trágicos do fascismo e do nazismo houve um forte movimento de reforma constitucional e institucional, fazendo-se a opção por regimes democráticos de direito com a criação de tribunais constitucionais e instituindo nos textos constitucionais com um extenso rol de princípios consistentes nos direitos e garantias individuais e direitos sociais, além das garantias políticas de participação e as regras de repartição dos poderes.

É nesse momento político e cultural de rejeição aos horrores da guerra e do genocídio fascista que surge a Carta de Direitos da ONU de 1945 e a Declaração Universal de Direitos de 1948, cujo conteúdo passa a ser indexado pelas novas constituições, que vão sendo promulgadas pelos países, com o fim dos seus governos ditatoriais, primeiramente em países como a Itália, em 1948, a República Federal da Alemanha, com a Lei Fundamental de Bohn, em 1949, incluindo-se nesse rol de países, apesar de diferenças, a Constituição da V República da França, de 1958 e as constituições das transições democráticas do sul da Europa, como a Constituição de Portugal, em 1976 e da Espanha, de 1978¹⁵².

Surge uma nova concepção de Estado constitucional, que se conforma no Estado democrático de direitos, sob o qual existe uma compreensão de que o princípio da mera legalidade não teria suficiente para garantir a proteção contra os abusos da jurisdição e da administração. Existe um sentimento de responsabilização ao Direito pelos horrores da guerra e acaba-se por atribuir ao positivismo jurídico, com seu acrílico formalismo, a responsabilidade pelas atrocidades causadas pelo regime autoritário-fascista, que ocorreram sob plena legalidade.

Para Georges Abboud, essa acusação não seria procedente. O autor afirma que na verdade, o governo nazista não poderia sobreviver sem que aniquilasse o direito positivo vigente e para isso eles instrumentalizaram a ordem jurídica posta, por meio de “textos-veículos” de sua ideologia, sob os quais submetiam toda a ordem jurídica, transformando-a para

¹⁵²A nova cultura constitucional veio a influenciar também, mesmo que tardiamente, as novas constituições democráticas de países América Latina, que venceram os regimes militares autoritários como a Constituição da Argentina, em 1994, o Brasil em 1988, a Colômbia em 1991 e também, as recém-chegadas constituições do Equador em 2008, Bolívia em 2009 e da Venezuela em 1999, essas últimas já com características mais peculiares, que deram a esse conjunto de novas constituições a nomenclatura de constitucionalismo latino-americano.

atuarem em seu benefício, sendo demasiadamente simplista e merecedora de uma análise aprofundada as relações que de fato se deram entre o regime nazista e o positivismo jurídico, cuja corrupção também se deu por um envolvimento maciço de toda a comunidade, especialmente a classe burguesa a qual não era simpática à política social-democrata prevista na Constituição de Weimar.

Em suas palavras:

“O nacional socialismo não apenas corrompeu o ordenamento constitucional, como prejudicou sensivelmente a ciência, altamente contaminada pela política. De fato, a teoria fora despidoradamente instrumentalizada para objetivos políticos ao ponto de colocar-se em risco a própria ideia de Estado De Direito.

... [...] não houve “barbárie sob o manto da lei” quando muito pode-se falar sobre “barbárie com a aparência de lei”.¹⁵³

O modelo de constituição adotado por essas novas democracias pressupõe a rigidez de suas regras, com cláusulas que dificultavam a sua alteração, mediante a exigência de quóruns mínimos, em especial em relação às cláusulas que trazem em seu conteúdo direitos e garantia individuais e sociais, dentre eles os direitos políticos de participação e as regras de divisão de poderes. Além disso as normas programáticas e dirigentes, que muitas vezes se encontram prescritas em cláusulas abertas de grande conteúdo moral, foram então elevadas à condição de princípios.

Luigi Ferrajoli afirma que se trata de um novo paradigma constitucional, onde esta adquire um valor de norma substantiva, garantidora da divisão de poderes e os direitos fundamentais, os quais o princípio da mera legalidade não foi suficiente para tanto:

C'è un momento, nella storia, nel quale può essere collocato questo mutamento di paradigma, è all'indomani della catastrofe della seconda guerra mondiale e della sconfitta del nazifascismo. Nella temperie culturale e politica nella quale nasce l'odierno costituzionalismo – la Carta dell'Onu del 1945, la Dichiarazione Universale dei diritti del 1948, la costituzione italiana del '48, la legge fondamentale della Repubblica federale tedesca del '49 – si comprende che il principio di mera legalità, se è sufficiente a garantire contro gli abusi della giurisdizione e dell'amministrazione, è insufficiente a garantire contro gli abusi della legislazione e contro le involuzioni illiberali e totalitarie dei supremi organi decisionali. E si riscopre perciò il significato di “costituizione” come limite e vincolo ai pubblici poteri stipulato due secoli fa nell'art.

¹⁵³ ABBOUD, Georges. *Direito Constitucional Brasileiro*. Revista dos Tribunais, 4ª edição, São Paulo, 2020., p. 87

16 della Dichiarazione dei diritti del 1789 [...] Si recompre insomma – a livello non solo atatale ma anche internazionale -il valore della constituizione como insieme di norme sostanziali volte a garantire la divisione dei poteri e i diritti fondamentali dei tutti: e os direitos fundamentais, ^{154 155}

Esse novo paradigma constitucional impulsiona uma grande virada em termos de teoria do direito, sendo esse um fato é reconhecido até mesmo os autores mais conservadores¹⁵⁶, tendo em vista uma notória constitucionalização dos direitos, que passam a receber os reflexos de toda a principiologia elevada ao nível constitucional. Esse novo constitucionalismo, no entanto, não se traduz em uma única versão, mas provoca no meio doutrinário e jurídico várias tentativas de aplicação do direito sob esse novo paradigma, procurando na busca por materialização desses princípios, que na maioria das vezes se traduzem em anunciados e imprecisos devido a sua generalidade.

Nuria Belloso Martin, catedrática da cadeira de Filosofia do Direito da Universidade de Burgos na Espanha, sustenta a partir dessas mudanças históricas, existe uma decantação terminológica do Estado de direito para o Estado constitucional de direito, do pode ser considerado reflexo um tríplice deslocamento dos ordenamentos jurídicos, podendo ser assim resumido:

“Em primer lugar, el desplazamiento desde la primacia de la ley a la reserva de la Constitución; en segundo lugar, el desplazamiento desde la reserva de ley a la reserva de la Constitución; y, en tercer lugar, el desplazamiento desde el control jurisdiccional de legalidad, al control jurisdiccional de la constitucionalidad”^{157 158}

¹⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi *Diritti fondamentali. Um dibattito teórico*. 3. Ed. Roma-Bari: Laterza, 2008, p. 34-35 apud André Karam Trindade, p. 2682

¹⁵⁵ Tradução livre: Há um momento na história em que essa mudança de paradigma pode ser inserida, é no rescaldo da catástrofe da Segunda Guerra Mundial e da derrota do nazi-fascismo. No clima cultural e político em que a constituição de hoje é suficiente para garantir contra os abusos de jurisdição e administração, é insuficiente para garantir contra os abusos da legislação e contra a involução iliberal e total dos órgãos supremos decisoriais. E, portanto, redescobrimos o significado de "constituição" como limite e constrangimento do poder público estipulado há dois séculos no art. 16 da Declaração dos Direitos de 1789 [...] Em suma, o valor da constituição como um conjunto de normas substantivas destinadas a garantir a divisão de poderes e os direitos fundamentais de todos é redescoberto - a nível nacional, mas também a nível a nível internacional: dois princípios que eram o estatuto negados pelo fascismo e o do fascismo são a negação "

¹⁵⁶ TRINDADE, André Karam, Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasillos* in Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. FERRAJOLI, Luigi, STRECK, Lenio Luiz, TRINDADE, André Karam (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Versão para Kindle.

¹⁵⁷ Tradução livre: Em primeiro lugar, a passagem do primado da lei à reserva da Constituição; segundo, a mudança da reserva da lei para a reserva da Constituição; e, em terceiro lugar, a mudança do controle jurisdiccional da legalidade para o controle jurisdiccional da constitucionalidade

¹⁵⁸ MARTIN, Nuria Belloso. El neoconstitucionalismo a debate: entre la principiologia y la arbitrariedad. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 59, n. 1, p. 145-178, 2014.

Além de Suzzana Pozzolo, Paolo Comanducci e Mauro Barberis na Itália, também surgiram teses que reconheciam um novo significado do Estado constitucional em relação ao Estado de direito, as entre elas Garcia Pelayo e a de Antonio Enrique Perez Luño na Espanha, este último, para quem essa nova teoria de direito, que deveria nascer para lidar com a nova conformação constitucional democrática, deveria ser na verdade um fortalecimento evolutivo do Estado de direito:

Frente a esta disyuntiva, entiendo que la relación entre el Estado de Derecho y el Estado constitucional no es la de una oposición externa entre dos tipos diferentes o incompatibles de estado, sino la decantación interna de la propia trayectoria evolutiva del Estado de derecho.¹⁵⁹

A partir dessa nova realidade constitucional surge a necessidade uma nova teoria de Direito que pudesse superar o positivismo jurídico, sendo que as leis agora devem ser interpretados à luz desse novo paradigma constitucional: a norma constitucional passa a inundar as relações sociais, havendo uma constitucionalização do Direito, impregnando-as com os direitos e garantias individuais e sociais que, com seu conteúdo axiológico passam a ser exigíveis do Estado, através do Poder Judiciário que assume a responsabilidade de materializá-los perante a sociedade.

O termo neoconstitucionalismo tem portanto um caráter descritivo dessa nova realidade, mas possui também um caráter prescritivo, ou seja, uma dimensão normativa, que endossa tais transformações, e que tem uma crença de que pode promover transformações na sociedade, implementando direitos através dos instrumentos processuais a sua disposição e contando com os tribunais constitucionais.

Mesmo que alguns esboços dessas teorias argumentativas já tivessem desabrochado na Europa do Século XIX, a verdade foi com o nascimento e desenvolvimento da teoria do direito a partir das novas constituições do Sec. XX que o novo constitucionalismo provocou um *boom* dessas teorias, que se proliferaram por exigência dos novos textos constitucionais e mudam o terreno do debate do direito constitucional, a partir do rol de direitos e princípios fundamentais enunciados, que passaram a demandar uma aplicação direta, exigindo do aplicador da lei uma atribuição de sentido concreto.

Nas palavras de Lenio Streck, o neoconstitucionalismo foi importante num momento de concretização de princípios na Europa e até mesmo que ajudou ao Brasil a entrar no campo de

¹⁵⁹ Antonio Enrique Perez Luño apud MARTIN, Nuria Belloso, op. Cit.

interpretação normativo, mas acabou por se transformar no grande responsável pelos grandes mal-entendidos gerados pela doutrina e pela jurisprudência no âmbito da teoria do direito, especialmente no Brasil:

Desse modo esse belo epíteto _cunhado por um grupo de constitucionalistas espanhóis e italianos (o termo foi cunhado por Susana Pozzollo)_ embora tenha representado um importante passo para a afirmação normativa da Constituição na Europa continental, no Brasil acabou por incentivar/institucionalizar uma recepção acrítica da Jurisprudência dos Valores, da teoria da argumentação de Robert Alex (que cunhou o procedimento da ponderação com instrumento pretensamente racionalizador da decisão judicial) e o de revisão judicial norte-americano¹⁶⁰

Apesar da diversidade de modos de justificar esta atividade proativa da jurisdição podem ser observados quatro características comuns apresentadas: i) os novos textos constitucionais, ii) a cláusulas abertas de aplicação imediata, iii) a necessidade de desenvolvimento de uma teoria da argumentação que fundamente a atividade criativa de aplicação do Direito e iv) a submissão do poder legislativo às normas constitucionais, limitando o seu âmbito de liberdade no âmbito de suas cláusulas pétreas, núcleo dos direitos fundamentais.

Sob esse novo modelo, os neoconstitucionalistas afirmam que a interpretação do texto legal não está mais sujeita a uma mera subsunção imediata, e principalmente nas zonas de incerteza ou penumbra _no sentido hartiano, sujeita-se a uma confirmação em sede dos princípios constitucionais e princípios de justiça¹⁶¹, que vão lhe conferir validade, entendendo-se nesse sentido, por superado o positivismo jurídico, seja em sua antiga versão exegética, ou no positivismo normativo ou pós exegético, dando lugar ao pós-positivismo.

O neoconstitucionalismo é assim, denominado como um movimento voltado ao estudo dos fenômenos que caracterizam o Estado Constitucional de Direito e a sua normatização a partir de uma técnica argumentativa centrada nos princípios constitucionais, que são esboçadas por várias teorias, onde a teoria de Robert Alexy, especialmente no Brasil ganhou muito aceitabilidade.

¹⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. in Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. FERRAJOLI, Luigi, STRECK, Lenio Luiz, TRINDADE, André Karam (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Versão para Kindle.

¹⁶¹ DWORKIN, Ronald Levando os direitos a sério. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

Assim como o positivismo jurídico, o neoconstitucionalismo também apresenta várias versões e desdobramentos¹⁶² marcadas pela heterogeneidade, sendo vários os autores que são chamados neoconstitucionalistas nem mesmo utilizem essa terminolôga, havendo um grande sincretismo metodológico. O termo neoconstitucionalismo foi utilizado pela primeira vez pela jusfilósofa genovesa Suzanna Pozzolo, durante sua participação do XVIII Congresso Mundial de Filosofia Política y Social realizado na Argentina, em agosto de 1997 quando se referia justamente à forma como o direito deveria lidar com a nova principiologia do estado Democrático de direito, do pós Segunda Guerra Mundial.¹⁶³

Suzanna Pozzolo¹⁶⁴ descreve a doutrina do neoconstitucionalismo a partir de elementos que caracterizaram a postura de alguns autores que cuidaram de analisar essa nova organização dos sistemas constitucionais, e que trouxeram o Poder Judiciário para um papel central da dinâmica dos poderes. O sistema jurídico contemporâneo foi portanto construído sobre três oposições: a oposição entre regras e princípios, por sua vez aplicáveis mediante a oposição entre subsunção e ponderação respectivamente e a oposição entre constituição obrigatória e liberdade do legislador, decorrente do caráter dirigente e vinculante dos quais as constituições do pós guerra são dotadas.

A comunidade jurídica, encontrava-se diante da necessidade de uma nova teoria e uma nova filosofia do Direito, onde parecia necessário criar um modo diferente de interpretação das leis, fruto das novas constituições do pós-guerra. Para Suzanna Pozzolo é, portanto, um movimento descritivo da nova realidade jurídica, mas também prescritivo quanto aos modos de se lidar com ela:

“Si bien es cierto que la tesis sobre la especificidad de la interpretación constitucional encuentra partidarios en diversas disciplinas, en el ámbito de la filosofía del derecho viene defendida, en particular, por un grupo de iusfilosofos que comparten un peculiar modo de acercarse a lo derecho. He llamado a tal corriente de pensamiento

¹⁶² TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasillos* in Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. FERRAJOLI, Luigi, STRECK, Lenio Luiz, TRINDADE, André Karam (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Versão para Kindle, P. 2871

¹⁶³ TRINDADE, André Karam. Positivismo e Neo constitucionalismo.: as teorias de Ferrajoli, Prieto Sanchis e Garcia Amado. Revista do Mestrado em Direito UCB, v. 10, n. 2, p.406-430, jul-dez. 2016, ISSN 1980-8860

¹⁶⁴ POZZOLO, Suzana, As origens do Neoconstitucionalismo, Academia de la Magistratura, acesso em 25/05/2021 <https://www.youtube.com/watch?v=VjjLiznK9iE>

neoconstitucionalismo. Me refiero en particular, a autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky y, solo en parte, Carlos S. Nino.”¹⁶⁵ ¹⁶⁶

Nuria Belloso Martins¹⁶⁷ afirma que esse novo modelo neoconstitucional modifica e supera o modelo de análise positivista, pois seu foco de atenção não pode mais ser a mera análise descritiva da organização do poder, ou o modo como funciona o direito positivo, passando a ser um modelo onde as principais características são uma “inevitável intervenção de juízos de valor na análise do direito” e uma prioridade de caráter prático da ciência jurídica, ou seja o aumento de um pragmatismo e do realismo jurídico. Em suas palavras:

“Las Constituciones contemporáneas han acogido um gran número de principios éticos, positivizándolos em sus disposiciones. Se trata de principios que condicionam la actividad legislativa y la validez de las normas del sistema. Simultaneamente, el Derecho constitucional contemporáneo funciona como uma de laboratorio donde las nuevas teorías antipositivistas intentam demostrar la incapacidad teórica del viejo positivismo jurídico com relación a la comprensión de la estructura y de la esencia de los ordenamientos jurídicos contemporáneos”

Mas apesar de uma grande produção bibliográfica, voltada para ao novo fenômeno constitucional e as célebres discussões realizadas no campo da filosofia e da teoria do direito, como por exemplo a discussão travada entre Hart e Dworkin, a cultura jurídica neoconstitucional especialmente no Brasil, nunca foi unânime em relação as suas terminologias e no que diz respeito a sua forma de lidar com as cláusulas principiológicas de conteúdo aberto, com as cláusulas determinantes de políticas públicas de responsabilidade de Estado, que muitas vezes deixam uma margem de penumbra e incerteza, um espaço onde age a discricionariedade do intérprete.

De fato, a nova teoria constitucional mexeu profundamente na Teoria do Direito, na medida em que havia (há) uma expectativa que o forte conteúdo moral e ético das Constituições, caracterizado por suas cláusulas de sentido aberto, ou de conceitos indefinidos como liberdade, igualdade, dignidade, liberdade, possa ser concretizado, uma promessa antiga da Constituição.

¹⁶⁵ Tradução: Embora seja verdade que a tese sobre a especificidade da interpretação constitucional encontra adeptos em várias disciplinas, no campo da filosofia do direito é defendida, em particular, por um grupo de jusfilósofos que partilham uma forma peculiar de abordar o direito. Chamei essa corrente de pensamento de neoconstitucionalismo. Refiro-me em particular a autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky e, apenas em parte, Carlos S. Nino.

¹⁶⁶ POZZOLO, Suzanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 21, v. 2, p. 339-353, 1998 *apud* TRINDADE, André Karam. Op. Cit.

¹⁶⁷ MARTIN, Nuria Belloso. Op. cit.

Nas palavras de Miguel Carbonell¹⁶⁸, importante representante do neoconstitucionalismo latino-americano sob esse novo paradigma constitucional impõe-se uma maior razão argumentativa em razão da necessidade de aplicação dos princípios constitucionais:

“Em parte como consecuencia de la expedición y entrada em vigor de ese modelo sustantivo de textos constitucionales, la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo. Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través de la *drittwirkung*) el principio *pro personae*, etcétera.”¹⁶⁹

Outra característica apontada por Carbonell¹⁷⁰ desse novo modelo de constitucionalismo é uma alteração no âmbito da teoria das fontes. Diante das características completamente novas e normativas que exsurtem dos textos constitucionais e da ordem democrática imposta no Séc. XX conjuntamente, desenvolvem-se também novas teorias que acolham também as fontes de direito internacionais, passando de um modelo de norma superior ou fundamental, para um modelo de constituição que agrega os tratados internacionais, tratados de direito comunitário, recepção de direitos pactos internacionais e direito consensual, que também muito tem se desenvolvido. Sendo que todas essas características fazem parte da parte descritiva desse novo modelo de constitucionalismo.

Por fim, uma forte característica do novo modelo das constituições é preciso constar, é a incorporação massiva de normas de conteúdo material de atuação dos poderes públicos, na medida em que as elas passaram a agregar grandes princípios da Economia e das Políticas Públicas ao texto constitucional, que se impõem sobre o poder legislativo, sendo que tais princípios passam a orientar materialmente a atuação dos poderes públicos.

Diante dos direitos subjetivos positivados e que passavam a significar nesse novo paradigma constitucional uma expectativa real de concretização desses direitos, o Poder

¹⁶⁸ CARBONEL, Miguel. *El canon neoconstitucional*. Córdoba: Editora Trota. 2010.

¹⁶⁹ Trad. Livre da autora: “Como consequência da publicação e entrada em vigor deste modelo substantivo de textos constitucionais, a prática jurisprudencial de muitos tribunais e cortes constitucionais teve que aprender a exercer sua função sob novos parâmetros interpretativos, a partir dos quais o raciocínio judicial fica mais complexo. Entram em jogo as técnicas interpretativas dos princípios constitucionais, ponderação, proporcionalidade, razoabilidade, maximização dos efeitos normativos dos direitos fundamentais, o efeito da radiação, a projeção horizontal dos direitos (através do *drittwirkung*). o princípio *pro personae*, e assim por diante.”

¹⁷⁰ CARBONELL, Miguel, op. cit.

Judiciário em seu papel de Guardião da Constituição, passa a ser cada vez mais exigido, em razão da necessidade de defesa e proteção de direitos e da ordem democrática garantida constitucionalmente, além disso, são muitas as teorias desenvolvidas com o objetivo de concretização dos direitos sociais, proteção de direitos fundamentais e outras garantias dependentes da atuação da Cortes constitucionais sobretudo na falta de uma política vinda dos demais poderes.

Martônio Mont'Alverne Barreto Lima¹⁷¹, aponta alguns fatos e decisões que foram paradigmáticas tanto na Europa, como nos Estados Unidos apesar dos sistemas de justiça diferenciados, que marcaram uma atuação diferenciada das Cortes Constitucionais e o período de transição para uma nova doutrina Constitucional.

Em 1951, numa de suas primeiras e importantes decisões o Tribunal Federal Constitucional alemão (o Bundesverfassungsgericht) decidiu que:

O Tribunal Federal Constitucional reconhece a existência de direitos suprapositivos que também vinculam o legislador constitucional, e se declara competente nestes termos para controlar o teor de constitucionalidade do direito vigente.

Outras decisões como a do ano de 1945 e depois revisadas em 1952, cassando os direitos políticos dos nazistas, com a proibição de um partido comunista no país, também evidenciaram que as Cortes passaram a adotar postura nitidamente mais política.

Ainda segundo Martônio Mont'Alverne¹⁷², mesmo nos Estados Unidos, onde não se fala muito em um novo constitucionalismo, houve uma evolução de um Constitucionalismo calcado em um formalismo interpretativo, para uma nova forma de interpretação, como foi em 1932, com a decisão da Suprema Corte no caso *Coronado Oil & Gas Co.*, em que o *stare decisis*, passou a ser um modelo de aplicação do direito, tornando-se uma doutrina da Suprema Corte. A partir dessa decisão paradigmática, a Suprema Corte deixou de lado uma aplicação mais fria da lei, dando lugar ao entendimento da Constituição como um sistema de normas.

Num putro caso paradigma, a mesma Suprema Corte que havia decidido, o ano de 1896 no caso *Plessy v. Ferguson*, que a lei do Estado de Louisiana, que determinava “acomodações separadas, porém iguais” para brancos e negros no transporte ferroviário era constitucional,

¹⁷¹ LIMA. Martonio Mont'Alverne Barreto. Jurisdição Constitucional: Um problema da Teoria da Democracia Política. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/309112013_JURISDICA0_CONSTITUCIONAL_UM_PROBLEMA_DA_TEORIA_DA_DEMOCRACIA_POLITICA. Acesso em 20/12/2020.

¹⁷² Idem, ibidem

decisão permaneceu até 1954, aprecia o caso *Brown v. Board of Education*, afirmando agora que a prática de separar brancos e negros nas escolas é ilegal.

Já na Espanha, em 1986, o Tribunal Constitucional Espanhol, instituído após o fim da ditadura franquista e, segundo a imagem e semelhança de seu inspirador germânico, estabeleceu que:

Al Tribunal Constitucional corresponde, en su función de intérprete supremo de la Constitución (art. 1 LOTC), custodiar la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y la actuación de los poderes constituidos, los cuales nunca podrán rebasar los límites y las establecidas por aquél.¹⁷³

Lênio Streck esclarece que nos Estados Unidos, a concepção de uma constituição normativa que irradia efeitos nas relações sociais e de aplicabilidade objetiva já vem se decantando desde a sua fundação, sendo que o termo neoconstitucionalismo lá é utilizado apenas para definir os processos de redemocratização das democracias de modernidade tardia, ou periférica entre os quais cita a Argentina, Brasil, países do leste Europeu e África¹⁷⁴. Nesse sentido a nomenclatura não significa a existência de uma teoria de direito,

Na verdade, pode-se afirmar os norte-americanos, o constitucionalismo é visto e abordado dentro de suas fronteiras como um todo, desde a fundação do país, já que como visto, o processo de independência pelo que passaram os estados norte-americanos, esteve intrinsecamente vinculado com a criação da Constituição juntamente com a própria fundação do país, do país, assumindo a constituição desde o início, um caráter inovador e diretivo que veio a ser reforçado no decorrer dos anos. Dessa maneira, o constitucionalismo ou neoconstitucionalismo americano é dotado de características que o diferencia bastante, do novo constitucionalismo desenvolvido na Europa ocidental e ibérica e na América do Sul.

Mas André Karam Trindade¹⁷⁵ acredita que a grande divergência de teorias sobre o neoconstitucionalismo seja realmente a sua marca mais significativa e ressalta que muitas vezes essas teorias costumam ser inclusive divergentes o que torna essa identidade de denominação apenas aparente, sendo maiores as suas contradições do que seus pontos em comum.

¹⁷³ Idem, *ibidem*.

¹⁷⁴ STRECK Lênio Luiz Streck. *Dicionário de Hermenêutica*: 50 verbetes fundamentais da Teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte. Editora Casa do Direito, 2020. p 419.

¹⁷⁵ TRINDADE. André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasillos* in Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. FERRAJOLI, Luigi, STRECK, Lênio Luiz, TRINDADE, André Karam (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Versão para Kindle.

Trindade aponta uma falta de critérios objetivos para se determinar o alcance destas teorias pós positivistas, havendo um verdadeiro sincretismo metodológico, que não permite que se unam todas, numa mesma corrente de pensamento neoconstitucionalista, sendo possível no entanto identificar, dois pontos estruturantes do positivismo jurídico que seriam cruciais nas incompatibilidades com as teses pós-positivistas: a questão da indeterminação do direito e as relações entre o direito, a moral e a política, sendo que essas duas acabam por conduzir ao ativismo judicial.

Um dos primeiros autores a se denominar pós-positivista foi Friedrich Muller, em sua obra *Metódica Jurídica*¹⁷⁶ em que defende que o Direito se perdeu dentro do processo de formalização de sua lógica positivista, buscando esse autor, na diferenciação entre texto e norma, uma recolocação no mundo dos fatos, retirando-o de uma ficção artificial (norma hipotética). Streck¹⁷⁷ ensina que para Muller a norma se evidencia, ou seja, é construída apenas a partir do caso concreto, como resultado de uma atividade prática na qual os elementos linguísticos do texto vão adquirindo sentido a partir de suas especificidades fáticas, fugindo assim do positivismo normativo, na medida em que inclui o intérprete na construção de sentido, impondo-lhe diretivas.

As novas teorias do Direito desenvolvida pelos neoconstitucionalistas apresentou novo modelo de interpretação de norma jurídica, diferindo do modelo em que predominava ainda a crença num silogismo subsuntivo das regras legais, em que se teria uma conclusão lógica necessária de sua aplicação, a partir das premissas dadas. Os novos princípios constitucionais exigem um maior esforço interpretativo, aumentando-se o âmbito de interpretação da moldura da norma, exigindo do aplicador da lei uma argumentação fundamentadora mais elaborada, ultrapassando-se os limites formais do positivismo jurídico, onde o ato de interpretação (cindido em ato de conhecimento/ato de vontade) não havia sido devidamente valorizado.

Dentre as várias correntes que surgiram pelo mundo, algumas acreditavam que as insuficiências do modelo positivista poderiam ser aprimoradas, outros que a teoria deveria ser totalmente reformulada, a partir do próprio fundamento do Direito, conforme explica Streck¹⁷⁸ que, ao invés de um olhar descritivo para a estrutura do Direito, seus limites e distinções em

¹⁷⁶ Tradução livre: Ao Tribunal Constitucional compete, na sua função de intérprete supremo da Constituição (art. 1º LOTC), guardar a distinção permanente entre a objectivação do poder constituinte e o exercício dos poderes constituídos, que nunca podem ultrapassar os limites e os estabelecidos por isso.

¹⁷⁷ STRECK Lênio Luiz Streck. *Dicionário de Hermenêutica*: 50 verbetes fundamentais da Teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte. Editora Casa do Direito, 2020. p 249.

¹⁷⁸ Idem, ibidem

relação a outros sistemas normativos, a reflexão se voltaria para os “casos difíceis”, para o Direito em sua manifestação prática.

E na medida que a prática jurídica apresenta situações variadas onde são possíveis diversas possibilidades de aplicação da lei, outra questão séria se apresenta para a Teoria do Direito: a moral que havia sido separada do direito pelo positivismo jurídico, volta a ser percebida como elemento necessário orientador da decisão.

O Direito passa a ser descoberto a partir dos *valores*. Ora, as regras são incapazes de dar conta de todas as situações de matizes incontáveis em sua concretude, o que faz da textura aberta uma necessidade para que o sistema funcione (as regras não são tudo o que deveriam ser em um paraíso de um formalista). As limitações da linguagem, que podem se apresentar em diversos textos legais, impedem que se tenha um caráter absoluto da lei, deixando, assim, sempre uma brecha, onde especialmente nos casos difíceis, ou nas zonas de penumbra, como afirmava torna-se necessária uma criatividade do interprete da lei, agindo como um legislador de segunda categoria.

Para o Professor Rafael Lazzarotto Simioni¹⁷⁹ a dificuldade de superação do positivismo, especialmente para elaborar uma teoria de interpretação dos princípios, fez com que surgissem teorias para orientar a aplicação da lei:

“[...] Diante da alternativa paradoxal entre, de um lado, sociologizar a teoria do direito, comprometendo a sua pureza e de outro, teorizar de modo puramente jurídico a sociologia comprometendo as relações de direito com a sociedade, a solução veio mesmo através de um salto para fora do paradoxo, através da convocação de uma nova referência comunicativa, através da introdução de um valor até então estranho a teoria do direito: a teoria da argumentação jurídica, cujo terreno já estava preparado pela própria teoria da interpretação jurídica de Kelsen [...]”

Tudo isso, propôs um verdadeiro desafio para a comunidade jurídica, no sentido de equacionar uma necessária segurança jurídica e a necessária coerência do Direito, que possam estar aptas para garantir a sua autonomia, frente a qualquer tipo de autoritarismo e abuso, nos termos do Estado constitucional democrático é proposto e, por outro lado, permitir que o aplicador da lei ou juiz possa se utilizar de métodos de interpretação que permitam criar uma norma adequada e justa no caso concreto, a partir do texto que muitas vezes se apresenta como vago ou incompleto da constituição.

¹⁷⁹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea*. Curitiba: Juruá Editora, 2014, p.228.

Streck¹⁸⁰ destaca a importância que a teoria neoconstitucionalista, importada da Europa, teve no nosso país, fazendo com que nós ingressássemos, mesmo que tardiamente, na ideia de uma constituição normativa, que já há tanto tempo estava decantada nos Estados Unidos, permitindo assim, que fôssemos além do constitucionalismo de feições liberais, do qual o Brasil sempre foi um simulacro, possibilitando-nos reconhecer o caráter compromissório e dirigente do novo modelo de constituição democrática do Século XX.

Foi graças às teorias neoconstitucionalistas que muitos direitos fundamentais puderam ser implantados no Brasil, ante um poder legislativo repleto de novas tarefas constitucionais implicando a necessidade de inúmeras políticas públicas, que muitas vezes acabam atravancadas em suas pautas. Mas por outro lado, a teoria neoconstitucionalista, devido a forma como foi concebida, em suas diversas correntes pós-positivistas que quiserem dar a ela sentidos muitas vezes até mesmo contraditórios, paradoxalmente, acabou por enfraquecer a força normativa da Constituição.

Isso porque a teoria neoconstitucionalista, especialmente em sua versão argumentativo-principiológica defendida por Robert Alexy, à medida em que acaba confundindo os princípios constitucionais com valores, e coloca-os sujeitos a ponderação _através é uma má compreensão da proposta de Alexy, acabou por causar condições patológicas na doutrina e principalmente na jurisprudência brasileiras.

Robert Alexy é um dos autores que mais estiveram presentes nas decisões do Supremo Tribunal Federal, muito embora já tenha sido comprovado que sua teoria na maioria das vezes, não é devidamente utilizada, desenvolvida especialmente nos livros *Teoria da Argumentação Jurídica* e *Teoria dos Direitos Fundamentais*¹⁸¹. Com sua argumentação jurídica desenvolvida para lidar com contradições e oposições entre os princípios, Alexy trouxe de volta a moral para o campo do direito, acreditando que ela poderia conferir correção para o conceito e a validade para as decisões, que deveria ser demonstrada a partir de uma argumentação e de um discurso jurídico devidamente fundamentado, a partir de um sopesamento dos princípios fundamentais, aplicando-lhes, quando conflitantes, na fórmula de ponderação que poderia demonstrar, qual deles deverá prevalecer.

¹⁸⁰ STRECK Lênio Luiz Streck. *Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte. Editora Casa do Direito, 2020. p 249.

¹⁸¹ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2011

Alinhado a essas afirmações, Robert Alexy¹⁸², compartilha da fórmula desenvolvida por Gustav Radbruch para afirmar que o Direito ou a Justiça, como sistema, não poderá ser conferido validade um texto legal ou mesmo a um princípio constitucional que, ao ser materializado, a partir do texto legal, se apresente como uma forma de injustiça:

Alexy acreditava que mediante esta fórmula de equiparação seria possível adequar o conteúdo do direito quando ele se apresentasse injusto, descaracterizando de seu sentido maior de justiça:

El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionar-se en el sentido de que el derecho positivo asegurado por el estatuto y el poder tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como “Derecho injusto” ante la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pensar de su contenido injusto, pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la injusticia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no es solo “derecho injusto” sino que más bien carece totalmente de la naturaleza jurídica.¹⁸³

Para a teoria de Alexy, torna-se central a diferença entre regras e princípios, sendo que para o autor existe uma conflituosidade entre os amplos significados que os princípios podem assumir num caso concreto, de forma que não vê a possibilidade de considerar a sua aplicação imediata como no caso das regras, que ficam submetidas ao silogismo e a subsunção. Para Alexy, a aplicação dos princípios deverá ser submetida a ponderação ou um balanceamento, que por sua vez, assume como requisito fundamental o princípio da proporcionalidade.

No texto “Direitos Fundamentais, balanceamento e racionalidade”¹⁸⁴, Alexy responde as críticas feitas por Jürgen Habermas a respeito da perda de normatividade do Direito a partir da ponderabilidade e de uma exigência de manutenção de uma racionalidade jurídica na

¹⁸² ALEXY, Robert. Una defensa de la fórmula de Radbruch. *Anuário da Faculdade de Direito da Universidade de Coruña*. 1994. P. 75-95.

¹⁸³ Idem, ibidem. Tradução: O conflito entre a justiça e a segurança jurídica deve poder ser resolvido no sentido de que o direito positivo garantido pelo estatuto e o poder também tenha preferência quando for injusto e inadequado em termos de conteúdo, salvo a contradição entre o direito positivo e a justiça chegar a uma medida tão insuportável que a lei deve ceder como um “direito injusto” perante a justiça. É impossível traçar uma linha mais clara entre os casos de injustiça jurídica e as leis válidas para pensar em seu conteúdo injusto, mas outra linha divisória pode ser estabelecida com total precisão: onde a injustiça nem se pretende, onde a igualdade, que constitui o núcleo da justiça, é conscientemente negado no estabelecimento do direito positivo, ali o direito não é apenas “direito injusto”, mas carece totalmente de natureza jurídica

¹⁸⁴ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, balanceamento e racionalidade

decisão, Alexy se utiliza do caso Luth, decidido pelo tribunal constitucional alemão para equacionar a sua fórmula da proporcionalidade, que estaria por sua vez sujeita a adequação, à necessidade e a uma segunda proporcionalidade (proporcionalidade estrita), a serem aplicados mediante a fórmula .

A otimização dos princípios seria o fator orientador desse “cálculo” de modo que aplicada a fórmula deveria se observar de que forma se poderia aproveitar o máximo de validade dos princípios conflitantes, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto, sintetizando a fórmula de balanceamento da seguinte forma: quanto maior o grau de insatisfação de um princípio, maior será a necessidade de satisfazer o outro.

Diante da ausência de uma teoria constitucional adequada no Brasil, os nossos juristas acabaram sendo conduzidos a um conceito não positivista do Direito, que renova os vínculos entre a moral e o direito, envenenando a retórica da argumentação jurídica, a qual passa a se tornar dependente de “posturas axiologistas e voluntaristas incompatíveis com a democracia, como o ativismo e a discricionariedade judicial”¹⁸⁵.

É relevante que aqui se registre, a grande diferença entre autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy e Gustavo Zagrebelsky, que apesar de frequentemente denominados neoconstitucionalistas, elaboram teorias bastante diferentes umas das outras, cumprindo a regra de grande difusão das teorias principiológicas do pós guerra. De alguma forma, ao moral volta a fazer parte da decisão jurídica, seja uma moral coletiva mas não positivada, no caso de Dworkin, seja numa moral que se justifica no discurso argumentativo, no caso de Alexy, ou ainda a moral natural, típica do jusnaturalismo, caminho para o qual se volta Zagrebelsky¹⁸⁶.

Dessa forma, podemos notar entre as inúmeras variantes do movimento chamado neoconstitucionalista, uma relevante oposição entre aqueles chamados argumentativistas, não positivistas ou principiológicos, que apostam num reencontro do direito com a moral a partir de um ponto de vistas externo ao sistema jurídico posto, apostando no protagonismo judicial e nas teorias da argumentação e de outro lado, aqueles que embora reconhecendo a quebra de paradigma advinda com o Estado Democrático de direito e as características desse novo constitucionalismo principialista de forte caráter ético-moral, continuam apostando no

¹⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica*...op. cit., p. 59.

¹⁸⁶ Gustav Zagrebelsky sustenta que o Estado constitucional resgatou a moral através da positivação do direito natural, de modo que a Justiça é entendida não mais na sua relação objetiva com o sistema jurídico posto, mas a partir de um ponto de vista externo do jurista em seu juízo de razoabilidade, diferindo assim do sistema de ponderação proposto por Alexy.

positivismo, e a sua fórmula rígida capaz de conter arbitrariedades, mantendo sobretudo uma segurança jurídica e uma coerência.

2.2 A Separação Conceitual entre Direito e Moral

A doutrina positivista, cujas raízes se encontram desde jus positivismo clássico, mas que teria seu ápice com a Teoria Pura do Direito apresentada por Kelsen¹⁸⁷ no início do Século XX, havia feito uma cisão entre a ciência do Direito e a moral, no intento de criar uma ciência jurídica protegida de relativismos, erigindo-a como se fosse uma geometria jurídica, em se delineiam as formas, as estruturas, em que os preceitos deontológicos ou seja, o dever ser da lei, se daria como condições necessárias.

No âmbito da teoria do direito, a relação entre direito e moral configura um dos temas mais polêmicos e conflituosos, estando presente em diversas teorias jurídicas que abordam o conflito entre o jusnaturalismo e o positivismo e as tentativas de superação deste (o chamado pós-positivismo) além de se fazer presente também no conflito interno positivista, nos posicionamentos sobre o positivismo inclusivo e o positivismo exclusivo.

No positivismo jurídico do Século XX, a caracterização da moral é meramente formal, sendo que suas características identificadoras estão contidas nas normas e em seus vários conteúdos, isso distingue a teoria dos positivistas como Kelsen¹⁸⁸ e Hart¹⁸⁹ de outras teorias mais substantivas da natureza da moral, para as quais a caracterização das normas morais estaria intrinsecamente ligada a algo que objetiva ou tende a promoção de um bem comum, ou a um estado de natureza, conforme prevalecia no jusnaturalismo.

Enquanto o positivismo de Kelsen, faz cindir a ciência do Direito, da moral, a qual fica remetida para o momento da decisão judicial, podendo atuar através da discricionariedade da autoridade competente¹⁹⁰, em Hart existe uma completa cisão do Direito com a moral, a qual reconhece possa ser tão aberta quanto o direito, de forma que ambos poderiam em tese, conter regras inúteis e racionais, seriamente erradas e até mesmo imorais.

Com efeito, um crítico do positivismo viu nesses aspectos do controle através das normas, algo que configuraria um vínculo necessário entre o direito e a moral, e sugeriu que eles fossem chamados de “a moral interna do direito”. Mais uma vez se é

¹⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica*. Quarenta temas fundamentais da Teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2017, p. 176

¹⁸⁸ Kelsen, Hans. *Teoria Pura do direito*. op. cit.

¹⁸⁹ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Pós-escrito e organizado por Penelope A. Bulloch e Josef Raz. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo; Editora WMF Martins Fontes, 2020.

¹⁹⁰ Idem, ibidem.

isso o que significa a ligação necessária entre o direito e a moral podemos aceitá-la. Infelizmente esse vínculo é compatível com grandes iniquidades.¹⁹¹

A lei para Hart, portanto, poderá ter conteúdos que se distanciam do senso de justiça de algum número de pessoas, mas nem por isso deixará de ter validade, uma vez que a moral social nada mais é do que o reflexo da moral de um grupo de pessoas (os legisladores e aplicadores da lei) moralmente falíveis, que poderão lidar com o seu conceito de Justiça e de moral, conforme o seu entendimento, que será guiado por critérios de Justiça.

Esse conceito mais amplo, ou mais abrangente do Direito¹⁹² que alcança mesmo as leis que eventualmente possam ser consideradas injustas, seria mais válido do que um conceito de Direito mais estrito, dependente da moral particular ou de um certo grupo de pessoas que estivesse então, a partir de seu critério, o poder de avaliar e creditar-lhe validade ou juridicidade a partir de juízos próprios.

Hart acredita que muitas vezes os pressupostos e pontos de vista tomados pelos legisladores durante o processo de elaboração e aprovação da lei, não sejam tão perceptíveis em algum momento de aplicação dessa lei, o que não quer dizer que possa ser considerada inválida. Ao adotar o conceito amplo de Direito, que exclui a moral do seu campo de apreciação da validade das leis, Hart acredita que pode beneficiar uma discussão mais ampla da comunidade.

Da mesma forma Hart acredita que os juízes a partir da ponderação, imparcialidade e neutralidade possam analisar as alternativas de aplicação da lei, sendo que sua escolha partirá do pressuposto que o conteúdo das leis é razoável de modo que “não se destinam a a perpetrar a injustiça ou ofender princípios morais estabelecidos.” Assim Hart não acredita que seria possível indicar, em casos de “penumbra” da semântica legal, uma única resposta correta, atribuindo a validade da lei e à ponderação dos juízes, a sua interpretação e aplicação.

Já Kelsen, não admite tão explicitamente a possibilidade de admissão de uma lei injusta, muito embora também faça uma posta no poder de arbítrio judicial. Como positivista normativo, também compreendia a impossibilidade de alcance semântico das leis a todas as situações concretas a que o Direito poderia ser aplicado.

¹⁹¹ Idem, ibidem, p. 267.

¹⁹² Idem, ibidem, p. 270-273.

Streck¹⁹³ é enfático ao afirmar que Kelsen não era um exegeta, sendo que sua teoria indubitavelmente havia superado o positivismo exegetico rumo ao positivismo normativo. Kelsen compreendia a subjetividade da razão prática, mas acreditava que era impossível corrigir ou controlar a decisão judicial, já que ela estaria sempre submetida ao subjetivismo do intérprete até então tido como incontrolável (já que Kelsen escreve sua teoria baseado na filosofia da consciência).

Assim, Kelsen não ignorava que havia um espaço para a discricionariedade do julgador, a ser exercida dentro da moldura da norma, sendo que nesse sentido sua teoria não pode ser confundida, com o antigo positivismo do século XVIII. Com efeito, Kelsen acreditando que a interpretação científica seria um ato de conhecimento e que cabia ao intérprete e aplicador da norma apresentar, com neutralidade e imparcialidade as significações normativas possíveis¹⁹⁴, separou o ato de conhecimento do método com o ato de vontade, no qual consiste na discricionariedade da decisão judicial.

Por essa razão Kelsen escolhe fazer uma ciência a partir de uma lógica formal semântica (até seus limites) e sintática, deixando que o espaço pragmático da interpretação para a discricionariedade do sujeito. Foi estabelecido um princípio fundado em uma razão teórica pura – o direito a partir de então, deveria ser visto como um objeto a ser analisado segundo os critérios de uma lógica formal rígida¹⁹⁵, produto do próprio sujeito do conhecimento, desse modo o solipsismo faz parte dessa teoria.

Além da idealização do Tribunal Constitucional, Kelsen inaugura seu sistema hierarquizado das normas, revolucionando a sistematização do Direito, influenciando grande parte do sistema jurídico europeu e de muitos outros países como o Brasil, que agora, tem na Constituição Federal a sua fonte Suprema, criadora da norma legal. Além disso, a teoria de Kelsen, solidifica, uma nova fase do positivismo jurídico, que pretende garantir a vinculatividade e autonomia do sistema jurídico, mantendo-o ileso a qualquer tipo de interferência, política, econômica ou moral, mas que mais tarde será contestado.

Kelsen, portanto, não era um exegeta, tendo na verdade inaugurado o neopositivismo lógico, no campo do direito, rendendo-se a impossibilidade de controlar o subjetivismo na aplicação do Direito a ser feita pelos juízes:

¹⁹³ STRECK, Lênio Luiz, *Dicionário de Hermenêutica...*, op. cit., p. 19.

¹⁹⁴ Idem, *ibidem*, p. 176.

¹⁹⁵ STRECK, Lênio Luiz. O que é isto; O constitucionalismo contemporâneo, op. cit. p. 31.

Todavia a partir de Kelsen _ porque o positivismo é antes de Kelsen e depois de Kelsen_ o elemento subjetivo é considerado inexorável na realização concreta do direito. É preciso ter muito cuidado na leitura da teoria kelseniana. Ele não é um positivista exegetico. É um positivista normativista. Um positivista pós exegetico. Juiz produz norma jurídica. Kelsen não separa direito e moral. Para ele a ciência do direito é que deve estar liberta de qualquer conteúdo moral.¹⁹⁶

A partir do novo constitucionalismo e o novo paradigma do estado democrático de direito, que buscou superar o formalismo de um constitucionalismo liberal em busca das promessas não cumpridas da modernidade e a concretização dos direitos fundamentais, a partir dos princípios constitucionais, que devem estar aptos a se materializar nascer realidades sociais a avaliação moral dos aplicadores da lei, passa a compor o direito no momento da sua aplicação.

A partir do neoconstitucionalismo principialista que vê na argumentação jurídica uma possibilidade de concretização da justiça, corrigindo eventualmente leis que podem gerar em sua aplicação, o resultados considerados iníquos ou injustos, surge um novo problema para a teoria do direito: o problema de se manter a sua autonomia, de modo a protege-lo de discursos morais e de valores de razão prática, muitas vezes oriundos de sistemas de poder econômico ou político, que pode, interferir na principiologia das constituições democráticas, alterando seu conteúdo.

Desse modo, tanto a tese da separação entre Direito e moral, defendida pelos positivistas, quanto a tese da dependência/vinculação entre ambos, com a qual os principialistas buscam uma superação do positivismo _ não obstante, fazendo um retorno ao jusnaturalismo, estão ultrapassadas, em decorrência da necessária co-originalidade entre o Direito e moral no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Luigi Ferrajoli¹⁹⁷ critica o retorno da moral ao ponto de vista interno ao direito, num retorno ao jus naturalismo, ou a em comportamento ético objetivista, demonstrando como na verdade isso significaria apenas um pequeno passo, a partir daquilo que chama de paleo-juspositivismo, ligado à escola da exegese, quando vigorava a ideia de juiz “boca-da-lei”, pagando o elevado preço da perda da normatividade e enfraquecimento do Direito, sujeito a valores morais pessoais, típicos da também Escola de Baden, e seu inocente neokantismo.

¹⁹⁶ Idem, ibidem.

¹⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. *Revista da Academia Brasileira de Direito constitucional, 10 anos*. Anais do IX Simpósio Nacional de direito Constitucional. P. 95-113.

Dessa forma a moral passa para o discurso de validade da norma submetido apenas a vontade solipsista do intérprete sem qualquer responsabilidade com a sua comunidade e com os cidadãos, num completo retrocesso em relação as garantias constitucionais dentro do paradigma democrático.

Já Dworkin apresenta a sua visão da relação entre direito e moral, nem como uma separação, nem como uma vinculação e nem mesmo uma complementaridade, havendo entre eles uma interconexão que se dá no plano da interpretação. Nos termos propostos por Dworkin o direito seria um segmento da moral, “compreendida em termos gerais, porém diferenciadas com sua substância específica, uma vez que é aplicável a estruturas institucionais distintas”¹⁹⁸.

Para compreender esse conceito interpretativo da moralidade política de Dworkin é fundamental compreendemos a sua tese de independência do valor, ou seja a existência de respostas certas para as questões interpretativas do direito, segundo a qual apesar dos princípios de moralidade política terem peso ou importância variáveis¹⁹⁹, conforme o contexto de aplicação é possível a partir deles, uma atividade argumentativa caracterizada por uma melhor interpretação, guiada por princípios morais que estão no entanto, protegidos de uma imposição arbitrária de preferências ou inclinações subjetivas, já que se encontram presentes na linguagem intersubjetiva do sistema de justiça.

Para demonstrar a sua objetividade de valores e a forma como eles vão se concretizar através de uma boa interpretação do direito no caso concreto, é preciso confiança na responsabilidade política dos juízes, na realização de uma melhor decisão pois, não há como demonstrar que argumentos morais sejam corretos em abstrato, já que eles não podem ser demonstrados verdadeiros por correspondência a qualquer fato ou objeto no mundo empírico; não há como sustentá-los sempre, sem supor ou aceitar outros outros argumentos morais, que podem vir a compor um quadro conflitante. O que se pode fazer é exigir de quem formula a responsabilidade da reflexão e na argumentação sobre questões morais.

Assim para Abboud:

Portanto a relação da moral com o direito e a tese da unidade do valor são sofisticadas ambições teóricas de Dworkin para que possamos elaborar a resposta correta, a partir de paradigma em que princípios não conflitem, mas se unifiquem a fim de preservar

¹⁹⁸ DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 24-25.

¹⁹⁹ ABOUD. Georges. *Processo constitucional Brasileiro*, op. cit. P. 193.

o que há de melhor em cada um deles. Sendo assim a liberdade não conflita com igualdade etc. Eles interagem para propiciar resposta correta e o ideal de vida boa.²⁰⁰

A relação entre direito e moral é para Dworkin, considerado um positivista inclusivista²⁰¹, uma relação que se constrói através de uma interpretação realizada dentro de uma linguagem intersubjetiva em que os princípios constitucionais e a história institucional do Direito (precedentes, doutrina) apontam para a resposta correta a ser dada em cada caso concreto, não mais construída na subjetividade discricionária do julgador.

Por sua vez, em sua proposta de um Constitucionalismo Contemporâneo, Lênio Streck compreende que deva haver um rompimento completo com o positivismo jurídico, pois acredita que o constitucionalismo compromissório e dirigente do pós-guerra, não é compatível com o caráter objetivista e discricionário positivista, que propicia decisões solipsistas:

Qualquer postura que, de algum modo, enquadre-se nas características ou teses que sustentam o positivismo, entra em linha de colisão com esse novo tipo de constitucionalismo. Isso significa afirmar que a separação do direito da moral, a teses das fontes sociais e a discricionariedade em qualquer grau, são componentes que afastam qualquer forma de positivismo do constitucionalismo (Contemporâneo).²⁰²

Para o autor, existe uma incompatibilidade paradigmática entre o novo constitucionalismo compromissório, principiológico e dirigente das novas Constituições do Séc. XX, com o positivismo jurídico em suas mais variadas formas, pois não se pode mais admitir que se esteja atrelado ao paradigma filosófico que se formou a partir do neokantismo e de uma noção de moral pós convencional, no mundo plural e diverso em que vivemos, onde a nossa cultura e nossa moral são criados a partir da intersubjetividade social.

Esse sistema, caracterizado pela divisão de poderes, onde a institucionalização da moral no Direito ocorre nas deliberações democráticas é circunstância que reforça, sobretudo a autonomia do direito, garantindo a autodeterminação dos povos, através dos direitos e garantias individuais que colocam acima dos demais valores, a liberdade, a igualdade e os direitos políticos dos cidadãos.

Assim, não é mais possível sustentar a tese da separação entre o direito e a moral ou qualquer forma de discricionariedade judicial, nestes tempos de superação do paradigma da filosofia da consciência e da inserção do mundo prático na filosofia, proporcionado pelo giro

²⁰⁰ ABBOUD. Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*, op. cit, p. 197.

²⁰¹ Idem, ibidem.

²⁰² STRECK. Lênio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: 50 temas...*, op. cit, p.59

linguístico-ontológico. Para o autor, Estado Democrático de Direito e discricionariedade são incompatíveis²⁰³, buscando assim uma teoria da decisão que garanta uma resposta adequada a Constituição.

Isso porque a moral que regula o comportamento interno das pessoas não pode ter uma força jurídico normativa: o que tem essa força é o Direito. Assim os conteúdos morais podem se manifestar unicamente quando da elaboração legislativa, pois a partir do momento em que a lei é feita, a decisão judicial passa a ser racionalizada na lei e sob o comando da Constituição e não mais sob o comando de injunções pessoais morais ou políticas do juiz outros tribunais²⁰⁴ assumindo então o Direito a autonomia necessária para garantir a sua normatividade.

²⁰³ STRECK, Lênio Luís. *Verdade e Consenso.*, op. cit.

²⁰⁴ Idem, ibidem, p.646.

2.3 A Co-Originaridade entre Direito e Moral

O princípio da co-originaridade entre Direito e Moral é tratado por Jürgen Habermas, em alguns textos e livros, estando formulado mais recentemente no Capítulo III do seu livro “Direito e Democracia: entre facticidade e validade” ao qual vamos nos ater.

Já no prefácio da sua mencionada obra, o autor chama a atenção para a mudança de sua concepção da relação entre direito e moral, já que no passado, em suas Tanner Lectures²⁰⁵ ele defendia uma moral que atribuiria legitimidade para o direito, a partir de uma complementaridade que o submeteria a uma esfera normativa superior, colocando-se numa posição informativa e superior, .

Habermas chega a essa nova concepção refletindo a partir da racionalidade instrumental do direito, resultante do trabalho dogmático dos juristas, que foi identificada por Max Weber a partir de seus três aspectos formais: i) o direito positivo sistematizado, ii) abstração do Direito para se manter o seu aspecto geral; iii) vinculação da Administração Pública à legislação, através dos seus processos legais. Diante de tais aspectos, o trabalho dogmático, para o teórico, o Direito precisaria se distanciar de tais formalismos, buscando uma materialização de princípios, já que do contrário poderia vir a se desviar de sua legitimidade, destruindo a sua racionalidade formal.

Conforme afirma Rafael L. Simioni:

Habermas terá que contestar a tese “moralmente neutra” de Weber e procurará demonstrar a existência de uma racionalidade jurídica procedimental, que considera os aspectos morais essenciais para a legitimidade social direito. É a própria distinção entre direito e moral que será colocada à prova por Habermas. [...] mas para Habermas a racionalidade formal do direito ainda que somada a racionalidade científica dos juristas e a racionalidade na escolha de fins não pode ser capaz de conferir força legitimadora a legalidade de um poder exercido conforme o direito.²⁰⁶

Porém, a partir de *Direito e democracia...* o autor passa a entender que a moral não está mais suspensa sobre o direito: ela desloca-se para dentro do direito positivo, sem, contudo, nele desaparecer a moral que ali se encontra.

²⁰⁵ Em meados dos anos 80 do século passado, durante as Tanner Lectures em Harvard, a questão sobre a relação entre direito e moral foi discutida a partir da razão comunicativa por Habermas.

²⁰⁶ SIMIONI. Rafael L., op cit p. 120-121.

A partir da revisão de teorias de grandes nomes que participaram da criação da teoria moral que a civilização ocidental adotou, de forma especial, no que diz respeito ao seu sistema de justiça, como Emmanuel Kant e Max Webber, Habermas assume a posição de que a partir da democracia, a moral passa a estar comprometida *ab ovo* com o princípio discursivo e a sua forma jurídica. Seria como um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para geração do direito legítimo, portanto o princípio democrático, se constituem de modo co-originário.

Para o autor, esta complementaridade reconhece que o fundamento dos Direitos Humanos o princípio da soberania são a base da compreensão dos estados democráticos, ancorados na constituição havendo uma relação de tensão entre o direito positivo e a sua pretensão de legitimidade, ou seja, entre a sua validade e sua facticidade²⁰⁷ que lhe garantem decorrentes da autonomia moral dos indivíduos adquirem validade a partir da sua autonomia política

A originalidade dá autonomia privada e pública somente se mostra, quando conseguimos decifrar o modelo de auto legislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos. A substância dos direitos humanos insere-se, então, nas condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade, na qual a soberania do povo assume figura jurídica.²⁰⁸

Existiria assim uma co-originaridade entre o princípio democrático e o Estado de Direito havendo uma relação de complementaridade entre a autonomia pública e a autonomia privada²⁰⁹, sendo que ambos os conceitos são interdependentes, uma vez que se encontram numa relação de implicação material, pois para gozar de sua autonomia privada, fazendo o uso de sua autonomia política na sociedade, os indivíduos têm que se submeter a vontade comum da nação.

Segundo Kant, seria na virtude do poder vinculante da lei moral que o homem tem simultaneamente consciência de sua liberdade e a certeza de pertencer a um mundo que não poderá mais estar submetido à causalidade das leis naturais. Nesse sentido, a garantia da realidade objetiva do princípio superior da razão pura prática estaria na facticidade da razão de

²⁰⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Sibeneichler. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1997.

²⁰⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia...* op. cit., p. 139.

²⁰⁹ HABERMAS, Jürgen, *Era das transições*, op. cit.

determinar a vontade na pretensão de ser, ela própria, vontade²¹⁰. Assim, na vontade de sua razão o povo deve construir através de uma razão comunicativa, o seu Direito, a partir de uma moral compartilhada.

Assim Habermas substitui o fato da razão kantiano por um discurso neutro, do ponto de vista deontológico²¹¹: não há uma moral pré-concebida, a moral de uma sociedade deverá ser construída a partir de uma teoria que coloca os pressupostos democráticos, através dos quais a moral se constituirá juntamente com o Direito, consistindo na co-originariedade.

Habermas trabalha a partir de conceitos heurísticos, onde a razão comunicativa é uma descrição da prática dos discursos já desenvolvidos na sociedade, então o autor busca uma reconstrução e uma práxis já desenvolvida na sociedade no seio do Estado Democrático de Direito, que estruturado sobre o constitucionalismo, deve procurar desenvolver uma legitimidade das leis e do Direito posto através do discurso.

O método reconstutivo de Habermas utiliza explicitações de certas condições da racionalidade anteriormente feitas por outras teorias, já que as reconstruções racionais "apreendem sistemas anônimos de regras que podem ser seguidas por qualquer sujeito desde que esses tenham adquirido a competência correspondente no uso das regras".

Elas referem-se a um saber pré-teórico de tipo universal, a uma capacidade universal (...). Quando o saber pré-teórico que há de se reconstruir representa uma capacidade universal, quer dizer, uma competência (ou sub-competência) cognoscitiva, linguística ou interativa, o que começa sendo uma explicação de significados tem como meta a reconstrução de competências da espécie.²¹²

Assim a teoria do discurso produzida por Habermas determina que o Direito não esteja submetido a conteúdos normativos se não dos pressupostos ideais para que ele aconteça e a partir daí, possa produzir normas que estariam, portanto, legitimadas democraticamente, de forma que o Direito e a moral então poderiam assim controlar-se mutuamente²¹³, ficando protegidos preferências ou valores pessoais não compartilhados.

²¹⁰ Idem, ibidem.

²¹¹ HECK. José. Razão prática: uma questão de palavras? A controvérsia Habermas/Kant sobre moral e direito. *Kant e-prints*. Campinas Serie 2, v. 1, n. 1, p. 19-30, jan-jun. 2006.

²¹² DUTRA. Delamar José Volpato. Moral e direito nas Tanner Lectures em Habermas. *Revista da Universidade Federal de Santa Catarina*. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/1677-2954.2011v10n3p13/21550>. Acesso em 29/04/2021.

²¹³ SIMIONI. Rafael Lazzarotto. Direito, moral e multiculturalismo em Jürgen Habermas. *Perspectivas Internacionales. Ciencia política y relaciones internacionales*. Cali, Colômbia, jul-dez. 2007, p. 117-136.

Diante das aporias e do pessimismo que tomava conta da Escola de Viena, na Europa do Século XX, Habermas buscou reconstruir as fagulhas e centelhas de uma razão comunicativa contra um realismo desprovido de normatividade, resgatando um novo engate conceitual da razão na história. Assim aponta na autonomia privada e no próprio sistema de justiça uma oportunidade de construção de um modelo democrático ideal:

A originalidade da autonomia privada e pública somente se mostra, quando conseguimos decifrar o modelo de auto legislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos. A substância dos direitos humanos insere-se, então, nas condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade, na qual a soberania do povo a some figura jurídica.²¹⁴

O autor reconstrói toda a teoria jurídica, a partir de Thomas Hobbes e teoria ética e moral, a partir de Kant buscando demonstrar o modo como a moral passou a integrar a noção de direito e de Justiça., Habermas não percebe a facticidade – como Kant – no conceito do respeito pela lei moral, mas a toma exemplarmente, como inserção da comunidade no ideal de comunicação na práxis da vida e dos sistemas sociais e, mais recentemente, como escopo imanente à linguagem.

A partir do pressuposto que a moral e o direito são co-originários, a moral não deve se misturar com o direito, como no jusnaturalismo, mas também pode ser estar totalmente separada do direito, a moral não poderá estar acima do Direito, mas também não pode ser considerada apenas um suplemento, estando numa relação de igualdade, e não em uma relação de pressuposição.

Sob o ponto de vista da complementaridade entre direito e moral o processo de legislação parlamentar prática da decisão institucionalizada bem como o trabalho profissional de uma dogmática jurídica que sistematiza decisões se concretiza regras significam um alívio para o indivíduo que não precisa carregar o peso cognitivo da formação do juízo moral próprio²¹⁵

O processo de criação de leis legítimas exige uma determinada forma de institucionalização do ponto de vista jurídico (dinâmica jurídica), sendo que a lei fundamental é introduzida como condição necessária e suficiente para o processo democrático, como meio de busca para um resultado democrático, já que “a democracia não se define pela

²¹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*:... op, cit., p. 139

²¹⁵ Idem, ibidem, p 151.

democracia”²¹⁶, ou seja ao estabelecer um regime democrático os autores constitucionais desejam mais do que “apenas” possuir uma ordem jurídica formal, eles desejam de fato constituir relações materiais de direito.

Em sua teoria procedimental discursiva, o Habermas defender uma atuação do Tribunal Constitucional, que valorize o processo decisório que ofereça condições de participação discursiva da sociedade, valorizando mais o aspecto procedimental do procedimento legislativo, fonte da a legítima e democrática participação da autonomia privada:

“O tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas, especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. Tal compreensão procedimentalista como constituição, imprime uma virada teórico-democrática ao problema da legitimidade do controle jurisdicional da constituição” ²¹⁷

Não existe assim em Habermas uma hierarquia ou separação entre o direito e a moral, sendo que ambos têm a mesma origem nos discursos práticos que podem se efetivar a luz de uma teoria do discurso feito de forma livre racional, onde deverão prevalecer os melhores argumentos, que são julgados pela própria comunidade política.

Nesse ponto, José Heck faz uma crítica à pretensão universalizante dos discursos na teoria Habermasiana, como que a não crer na possibilidade de uma harmonização de interesses de forma tão fundamental no seio de uma sociedade:

Embora seja correto afirmar que a Modernidade constitui-se graças a uma diferenciação irreversível de esferas morais diversas, a autocompreensão habermasiana da ética do discurso surpreende pelo apelo fundamentalista de um senso normativo auto-sustentável, à luz do qual direitos humanos, soberania popular, democracia e moral pós-convencional são co-originários sob um ponto de vista teórico-fundamental.²¹⁸

Mas na sua teoria discursiva, Habermas substitui a ratificação constitucional dos direitos humanos pela “gênese lógica dos mesmos”²¹⁹: ele acredita numa imbricação entre os direitos fundamentais, inclusive os direitos políticos democráticos, como participantes desde sempre do estado democrático, a partir do qual as leis vão adquirir a sua legitimidade normativa a partir da formula do discurso tal como pressuposta pelo autor. Assim Habermas “difunde a moral na

²¹⁶ HABERMAS, Jürgen, *A Era das Transições*, op. cit., p.

²¹⁷ Idem, *ibidem*.

²¹⁸ HECK, José, op. cit., p. 25

²¹⁹ Idem, *ibidem*

estrutura do estado democrático de direito”²²⁰ de forma que os princípios então elevados ao status constitucional são instituídos a partir de conteúdos morais elaborados nos discursos de validade realizados pela própria sociedade, sendo ela seu autor e destinatário.

Não é pois, através da positivação de conteúdos morais na Constituição que se poderá cumprir a exigência da legitimidade do direito e decisões judiciais, como no caso que colocamos sob análise, o que os distancia de sua facticidade democrática. “É a satisfação da exigência discursiva de um direito complementado por um procedimento moral procedimental”²²¹ que poderá conquistar a legitimidade do direito através da racionalidade dos processos de a legislação e de jurisdição que se manteriam imparciais, na medida em que corresponderiam às decisões participativas da sociedade.

Assim através dos processos discursivos aconteceria um entrelaçamento político, jurídico e moral que seria capaz de uma auto-regulação, criando limitações recíprocas nos discursos de fundamentação ou justificação das leis, ocorridos no processo legislativo, bem como nos discursos realizados no âmbito do judiciário, feitos a partir do princípio de adequação na aplicação da lei (discursos de aplicação).

Conforme Rafael Simioni, Habermas se apropria da diferenciação entre os discursos de fundamentação e aplicação identificada por Klauss Gunther:

Utilizando a diferenciação de Klaus Günther entre discursos de justificação e discursos de aplicação, construída com base na sua própria teoria do discurso, Habermas observa que no processo legislativo pode emergir uma moralidade capaz de limitar, pela necessidade de justificação, os discursos políticos. [...] E a garantia da imparcialidade nos processos de aplicação de normas (Poder Judiciário) pode ser garantia pelos discursos de aplicação, que, diferentemente da justificação acerca daquilo que todos poderiam querer, é um discurso que procura levar em conta todos os aspectos relevantes da situação dada.²²²

Em ambos os casos, os princípios da universalidade e da ética dos discursos encontram-se incondicionalmente e inevitavelmente submetidos a condições nas quais os participantes

²²⁰ SIMIONI. Rafael. L., op cit, p. 133.

²²¹ SIMIONI. Rafael L., op, cit., p. 125.

²²² Idem, ibidem.

estejam livres de coações em condições de igualdade de forma que a teoria procedimental deverá garantir o cumprimento desses requisitos no exame das suas pretensões de validade para que seja ou possa ser prevalente a força do melhor discurso.

Ao trabalhar com o esquema facticidade e validade, Habermas inova na sua pragmática formal, onde a diferença entre validade e significado constitui “a ‘contradição fundamental’ que motiva o entendimento intersubjetivo”²²³. A relação entre direito e moral é portanto não uma relação posta ou uma relação simplesmente relegada ao aplicador do direito ou a determinada fração da sociedade que esteja envolvida limitadamente na produção das normas que tendem a ser levadas a discussão no âmbito de um discurso social participativo que cria a sua moral e o seu direito no âmbito da fugindo de valorizações subjetivistas ou solipsistas.

Streck²²⁴ afirma que Habermas conhecia o problema da subjetividade que assombrava já a ideia da razão prática em Kant, já que “conhecia muito bem as armadilhas metafísicas presentes nas concepções tradicionais e ou convencionais da razão prática” e por isso, apresenta um novo paradigma através de sua teoria da razão comunicativa, que se dá no âmbito na intersubjetividade. No entanto, ao fazer isso, Habermas procura excluir a razão prática como um problema, comparando-se ao que fez o positivismo jurídico ao simplesmente relegá-la a discricionariedade.

A ideia de co-originalidade entre direito e moral é uma fundamental contribuição de Habermas para a teoria do Direito, reforçando a sua autonomia e sua força normativa já que o Estado Democrático de Direito não admite discricionariedade, nem mesmo do legislador porque ele, assim como o aplicador do Direito, está vinculado a Constituição.

É preciso reconhecer e nisso concordamos com Streck, que mesmo os discursos intersubjetivos podem ser construídos a partir de subjetividades que necessitam ser abordadas a partir de uma hermenêutica filosófica, que ao identificar em seus “seres aí” podem *dissolver* também a ideia de razão prática²²⁵, pois ao se compreender e compreender o mundo, através da filosofia hermenêutica, emerge a possibilidade de um significado construído para além das razões.

²²³ Idem, *ibidem*.

²²⁴ STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*, op. cit, p. 541.

²²⁵ *Ibidem*, p. 542.

3 – O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E A DECISÃO JUDICIAL

3.1 O Debate Luigi Ferrajoli x Lênio Streck

O termo Constitucionalismo Contemporâneo foi cunhado pelo jurista Lênio Streck, em seu livro *Verdade e Consenso*²²⁶, para se referir a esse novo paradigma constitucional nascido com as constituições do pós 2ª Guerra Mundial, que acredita na força normativa e vinculante da Constituição e em seu carácter compromissório e dirigente, que vincula a todos e especialmente o poder legislativo, não apenas aos seus procedimentos de carácter formal, mas sobremaneira vinculando também concretamente toda a sociedade constitucional, ao conteúdo material da Constituição, especialmente no que se refere aos direitos e garantias individuais e sociais.

O autor passou a utilizar esse termo em substituição ao termo “neoconstitucionalismo”, pelo fato desse ser motivo de muitas ambiguidades e mal entendidos no Brasil, como já visto, pela forma como essa nova teoria do direito acabou por ser recepcionada no nosso país, levando a um acolhimento acrítico da jurisprudência dos valores e de “suas derivações axiologistas, temperada por elementos analítico-conceituais provenientes da ponderação alexyana”²²⁷, acabando por provocar uma situação de verdadeira patologia na teoria do direito em “*terrae brasiliis*’.

É nesse sentido que o Constitucionalismo Contemporâneo visa superar o neoconstitucionalismo. Streck denomina Constitucionalismo Contemporâneo, o movimento onde ele buscou desenvolver uma teoria do Direito que pudesse ser capaz suplantar as aporias do positivismo jurídico, mas ao mesmo tempo, garantir uma argumentação jurídica que pudesse resistir aos frequentes ataques sofridos pelos predadores do Direito _política, economia e as morais particulares, que se materializam através da discricionariedade das decisões e da ausência de uma teoria da decisão, que possa auxiliar na construção de uma necessária autonomia do direito, garantindo sua coerência e integridade.

Streck defende que se une a juristas como Canotilho, Ferrajoli, às teorias de Dworkin e de Habermas quando aponta a necessidade de um elevado grau de autonomia do Direito,

²²⁶ STRECK, Lenio Luiz, *Verdade e Consenso*, op. cit., p. 68

²²⁷ Ibidem, p. 89

exigido pelo Estado Democrático de Direito implementado pelas novas Constituições a partir do final da Segunda Guerra Mundial:

“Este será o grande ponto de contato _ poderíamos dizer transteorético_ que une as propostas de Canotilho, de Ferrajolli, da Hermenêutica (no modo por mim trabalhado), àquelas de Dworkin e Habermas: todos apontamos para um elevado grau de autonomia do Direito e reconhecemos a relevância deste *plus* que constitui o Estado Democrático de Direito.”²²⁸

Em oposição a essa nova teoria neoconstitucionalista, com seu eminente caráter argumentativo e principialista, também Luigi Ferrajolli apresenta a sua proposta Garantista, que vê nessa nova fase do Constitucionalismo moderno, caracterizado pelas constituições compromissórias do pós Segunda Guerra Mundial, com seu eminente caráter ético político, não um motivo de superação do positivismo, mas uma oportunidade de seu reforço e completamento²²⁹, como forma de garantir a efetividade dos direitos fundamentais e de todo o sistema jurídico previsto constitucionalmente.

No artigo escrito no ano de 2010 e publicado em 2011, intitulado “Constitucionalismo principialista y Constitucionalismo Garantista”, Ferrajolli²³⁰ apresenta as principais diferenças entre os dois pontos de vista identificados do Direito contemporâneo. Sendo um deles o constitucionalismo argumentativo principialista, representados pelos chamados neoconstitucionalistas e a sua oposição, o seu constitucionalismo garantista.

O autor começa propondo uma revisão terminológica em relação ao termo constitucionalismo, já que afirma haver concepções diferentes, que dão sentidos diferentes ao termo, dificultando o alcance normativo constitucional.

Mas de início ressalta aquela que seria uma característica em comum a todas as concepções de Constitucionalismo, que é a justamente o reconhecimento de uma submissão de

²²⁸ Ibidem, p. 69.

²²⁹ Lênio Streck anota uma evolução do entendimento do neoconstitucionalismo, por Ferrajoli: “Em um primeiro momento, Ferrajoli pensava que o neoconstitucionalismo poderia ser uma “continuação natural do positivismo, um modo de ‘completar’ o paradigma positivista no novo contexto do Estado constitucional” ou que o positivismo viria a ser reforçado pelo neoconstitucionalismo. Entretanto, recentemente, o mestre fiorentino alterou sua posição: não considera mais sua perspectiva teórica como parte desse fenômeno neoconstitucional. O autor entende que as posturas teóricas neoconstitucionalistas acabam simplesmente por repristinar teses jusnaturalistas que reivindicam uma espécie perniciosa de conexão entre o direito e a moral. Daí que, para ele, a questão precisa ser olhada através de outra lente. As posturas derivadas do neoconstitucionalismo representam um tipo principialista de constitucionalismo.” STRECK, Lenio Luiz, o que é isto - Constitucionalismo Contemporâneo? *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação jurisdicional*. v. 1, n. 02, p.27-41, out. 2014.

²³⁰ FERRAJOLI, Luigi, Constitucionalismo Garantista y Neoconstitucionalismo, *Cuadernos de Filosofia Del Derecho*, Roma, n. 34, p. 15-53, 2011.

todos às normas constitucionais e à supremacia constitucional, vinculando inclusive o Poder Legislativo, o qual deve submeter-se não apenas aos procedimentos validamente instituídos, isto é, aos formalismos impostos, mas também uma submissão substancial ao conteúdo material da Constituição.

O que Ferrajoli propõe, portanto, abordar o os significados do constitucionalismo resultante das novas constituições do Segundo pós-Guerra, sob a ótica do que chama de Constitucionalismo Jurídico do Século XX, em contraposição ao Constitucionalismo Político, do Século XVIII. Assim, na sua concepção do Estado de Direito, o Garantismo se sustenta sobre essa mudança do paradigma juspolítico, que acontece através da nova configuração do ordenamento jurídico e do Estado na democracia constitucional, que se dá pela evolução do Estado legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direito ²³¹, com uma visão reforçada do positivismo jurídico.

Acredita-se assim, que o constitucionalismo principialista ignora a importância de um forte nexos entre a Democracia e o positivismo jurídico, já que apenas a rígida disciplina positivista estaria apta a garantir a forma e os conteúdos da democracia constitucional, que não determina apenas o “ser” típico do primeiro estado legalista, mas o “dever-ser” do Estado constitucional de direitos o qual condiciona a validade substancial das leis:

“Graças ao primeiro positivismo jurídico, foi confiado o “quem” e o “como” da produção normativa a sujeitos politicamente representativos dos governos. Graças ao segundo, foi vinculado o “quê” das normas produzidas à garantia de seus interesses e necessidades vitais”.²³²

Os direitos e garantias fundamentais instituídos nas Constituições rígidas do Século XX, põem assim fim no clássico dilema põe assim fim ao clássico dilema que atravessa a filosofia política e jurídica desde a antiguidade, entre Antígona e Creonte, entre o governo das leis e o governo dos homens, entre a lei e a razão²³³, que aqui encontram na Democracia constitucional de forma contingente e histórica, o seu limite de atuação definido pelo poder da maioria.

É nesse sentido, que Ferrajoli aponta as três principais características do constitucionalismo argumentativo ou principialista, pelas quais esse não se mostra idôneo para dar conta da Democracia vivida no presente paradigma constitucional do Estado, e que por isso

²³¹ DARIO, Ippolito, O garantismo de Luigi Ferrajoli. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do direito (RECHTD)*, Unisinos, jan.-jun 2011, p. 34-41.

²³² FERRAJOLI. Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo principialista. In *Garantismo Hermenêutica e Neo constitucionalismo*, Op. cit.p. 265

²³³ Ibidem, p. 269.

o fazem essencialmente diferente da teoria garantista defendida: “(1) Conexão entre o direito e a moral; (2) contraposição entre princípios e regras e a centralidade conferida à sua distinção qualitativa; (3) o papel da ponderação, em oposição à subsunção, na prática jurisdicional”²³⁴, os quais por sua vez trariam os riscos da volta ao jusnaturalismo que defendia um ponto de vista interno da moral dentro do direito, enfraquecendo sua força normativa e finalmente causando o ativismo judicial, que tem sido um dos grandes prejuízos sofridos pelo direito e pela democracia, no Constitucionalismo contemporâneo.

Essas características implicam numa aproximação das teses principialistas àquelas realistas e ao que o autor denomina como “neopandectistas”,²³⁵ uma vez que substituem o papel da lei e do positivismo jurídico, transferindo o *locus* do direito para os Tribunais, sendo portanto produzido pelas práticas judiciais interpretativas, sem a necessidade de previsão legal, enfraquecendo o valor da Constituição em favor de casuísmos e valores morais subjetivos que se mostram contrários ao reconhecimento da ordem democrática posta e que deve ser imposta.

Esses três grandes diferenciais apontados da forma como exposto tem consequência outros problemas que são a eles conexos, i) a existência dogmatismo moral que levaria a um perigoso cognitivismo ético, ii) um enfraquecimento da força normativa da Constitucional e da hierarquia das fontes no Direito e iii) o ativismo judicial, que colocaria em xeque a legitimação da jurisdição²³⁶. Tudo isso, à luz da contraproposta garantista de Ferrajoli, poderia ser evitado, demonstrando o autor, assim, as fraquezas apresentadas pelo neoconstitucionalismo argumentativo principialista, ainda refém de um paradigma constitucional político, considerado ultrapassado, na sua concepção não jurídica.

Segundo a crítica de Luigi Ferrajoli, a inclusão de normas de caráter ético-político nas constituições do segundo pós-guerra, causou a falsa impressão de que teria havido uma rejunção entre o Direito e a Moral, numa espécie de retorno ao jusnaturalismo pré kelseniano, incapaz de dar conta da nova realidade constitucional-democrática, na qual é a própria constituição que irradia os princípios reguladores do sistema. Para o autor:

“O clássico e recorrente contraste entre razão e vontade entre a lei da razão e lei da vontade entre direito natural e direito positivo correspondentes ao clássico igualmente recorrente dilema e contraste entre o governo das leis e o governo dos homens, mesmo nas formas democráticas da onipotência da maioria, foi assim resolvido pelas atuais

²³⁴ Idem, ibidem

²³⁵ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo. Op. cit., p. 100

²³⁶ Idem, ibidem.

constituições rígidas, através da positivação da lei, da razão na forma dos princípios e dos direitos fundamentais nele estipulados como limites e vínculos a lei da vontade ou seja a lei da maioria expressa pela vontade de maiorias eventuais.”²³⁷

Nesse sentido, existe, a partir das novas Constituições democráticas do Séc. XX, uma nova ideia de sistema jurídico dotado de um conjunto de limites impostos por uma lei superior, e, portanto, o nascimento de um novo paradigma na teoria do Direito, sob o qual a validade das leis está condicionada a coerência dos seus conteúdos com os princípios de justiça, estabelecidos na Constituição, e não mais ancorada apenas, no mero procedimento legislativo, formalmente válido, típico do constitucionalismo liberal do século XIX.

Mas além desse traço em comum, há uma divisão entre os que concebem o Constitucionalismo, de um lado, como uma teoria de Direito que visa transpassar a concepção do Direito à luz do positivismo jurídico, num retorno a relação entre Direito e moral, extirpada pelos positivistas, adquirindo este um sentido jusnaturalista ou ético-objetivista ²³⁸, sendo essa a principal característica dos chamados neoconstitucionalistas. E, de outro, aqueles que acreditam que, a partir dessa mudança de paradigma teórico constitucional, a teoria possa se expandir e completar.

André Karam Trindade destaca a importância que os direitos fundamentais assumem nas diversas concepções atuais de constitucionalismo, entre outras características comuns, mas na linha de Ferrajoli, aponta uma verdadeira oposição na concepção desse fenômeno entre os principialistas e os garantistas:

“ a) de um lado o neoconstitucionalismo sustentado por aqueles que veem o constitucionalismo como a superação em sentido tendencialmente jusnaturalista ou esta do positivismo;

b) de outro o constitucionalismo como garantista defendido por aqueles que consideram o constitucionalismo a expansão e o completamento do positivismo.”²³⁹

Em sua obra *Principia Juris*, lançada em 2007, Ferrajoli elabora uma complexa teoria conceitual com pretensões prescritivas, baseadas numa concepção de constitucionalismo contemporâneo, buscando com forte rigor formal teórico, uma teoria lógica, axiomática, causal,

²³⁷ Idem, ibidem.

²³⁸ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In FERRAJOLI, L.; STRECK, L.L.; TRINDADE, A.K. (org.) *Garantismo, Hermenêutica e (Neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. P. 109

²³⁹ TRINDADE, André Karam. Positivismo e (Neo) Constitucionalismo: As teorias de Ferrajoli, Prieto Santis e García Amado. *Revista do Mestrado em Direito UCB, Brasília*, v. 10, n 2, p. 247-263, jul.-dez., 2016. ISSN 1980-8860

linguística, deôntica, humanista, democrática²⁴⁰, que possa servir de garantia de uma ordem democrática constitucional preocupada com os direitos fundamentais, superando as antinomias e omissões dentro do próprio sistema normativo, tratando-se assim de uma teoria com um forte carga substancial.

Esta teoria do Direito, chamada por Strapazón e Sérgio Cadermartori de uma nova teoria geral positivista, já que é lógica, axiomatizada e causal,²⁴¹ é interpretada a partir de uma relação de causa e efeito a partir de uma metodologia assentada em dezesseis termos primitivos e em outros dezesseis postulados que equivalem aos termos primitivos, de onde toda a rede de definições, teses e demonstrações é desdobrada até atingir a sua aplicação e efetivação do direito, a qual, tendo o Estado Constitucional democrático como base de sustentação, apenas se concretiza numa decisão que será tanto legítima como coerente com a rede formada.

Nas palavras de Ferrajoli²⁴²:

La red está constituida por actos que, cuando están supraordenados a otros, son siempre signos consistentes en decisiones que producen significados que consisten en normas o situaciones, que a su vez pueden tener como actuaciones ulteriores signos consistentes en decisiones productoras también de significados que consisten en normas o situaciones, y así hasta llegar a un acto extintivo o a un acto constitutivo de un estatus. Una red de este tipo está necesariamente mediada por la interpretación. De un lado, en efecto, las decisiones, al consistir siempre en la observancia (o en la inobservancia) de normas, y por tanto de significados, son al propio tiempo interpretaciones operativas o aplicaciones de las mismas; de otro, al ser también signos o declaraciones, requieren a su vez ulteriores interpretaciones de los significados prescriptivos, sean éstos normas o situaciones, que producen como efectos. La fenomenología del derecho —desde la estructura de los ordenamientos a la de las sucesiones y las relaciones jurídicas— se resuelve en última instancia, [...] en una fenomenología de la comunicación jurídica.”²⁴³

²⁴⁰ STRAPAZZON, Carlos Luiz; CADERMATORI, Sérgio Urquhart, *Principia iuris: uma teoria normativa do direito e da democracia Revista Pensar*, Fortaleza, vol. 15, n. 1, jan./jun 2010, p. 278-302

²⁴¹ Idem, *ibidem*.

²⁴² FERRAJOLI, Luigi. *Principia Juris*; Teoria del derecho y de la democracia. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Guascón, Luis Prieto Sanchis y Alfonso Miguel Ruiz. Trotta, Madrid, 2013 OSBN: 978-84-9879-175-4.

²⁴³ Tradução livre: A rede é constituída por atos que, quando superordenados a outrem, são sempre signos constituídos por decisões que produzem sentidos constituídos por normas ou situações, que por sua vez podem ter como ações subseqüentes signos constituídos por decisões que também produzem sentidos constituídos por normas. ou situações, e assim por diante, até chegar a um ato extintivo ou ato constitutivo de uma condição. Essa rede é necessariamente mediada pela interpretação. Por um lado, com efeito, as decisões, sempre consistindo na observância (ou não) das normas e, portanto, dos significados, são ao mesmo tempo interpretações ou aplicações operativas das mesmas; por outro, por serem também signos ou enunciados, eles, por sua vez, requerem

Em “Verdade e Consenso”²⁴⁴, Lenio Streck também está em busca de uma teoria do Direito que de fato possa materializar os direitos fundamentais elevados ao *status* constitucional, de forma coerente com a história dessas conquistas, pois para o autor seria uma contradição reconhecer a evolução do Direito “pós-bélico” ou “pós-Aushvitz”²⁴⁵, com uma postura que privilegiasse decisionismos, apostando no protagonismo judicial, como faz o neoconstitucionalismo.

Nesse sentido, considera que em mais de duas décadas após a sua implementação por nossos tribunais, a doutrina jurídica principiológica e relativista, caracterizada pelo neoconstitucionalismo que aqui se instalou, acabou nos afastando do próprio texto da Constituição:

Tudo porque ao fim e ao cabo acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos verdadeiros valores que definem o direito justo vídeo nesse sentido as posturas decorrentes do instrumentalismo processual, eis um equívoco de quem quer transformar o direito em um valor ou em valores fazer isso é a forma mais sofisticada de negá-lo transformar o direito em valor ou aderir a tese de que os princípios são valores é tornar o direito um ato de vontade.²⁴⁶

Por fim chega-se que a má aplicação dessas teorias e a mixagem de todas elas tal como se deu n _ entre elas a jurisprudência dos valores alemã, o realismo norte americano e a teoria argumentativa alexyana _ sem uma regra ou parâmetro, sem um critério que possa definir os caminhos que a decisão jurídica deverá tomar, tem sido motivo de grande insegurança jurídica, sendo de total importância que a doutrina se atente a esse perigo, dada a relevância especialmente da Jurisdição Constitucional no fortalecimento da democracia e do Estado Constitucional

Streck²⁴⁷ propõe um necessário redimensionamento da práxis político-jurídica que deve ser realizado a partir da evolução do Estado constitucional _daí a importância da história constitucional e tudo o que ela representa, e de uma leitura do Direito hermeneuticamente adequada dos significados da tradição democrática constitucional, capaz de nos conduzir a um

interpretações posteriores dos significados prescritivos, sejam normas ou situações, que produzem como efeitos. A fenomenologia do direito - da estrutura dos sistemas jurídicos à das sucessões e relações jurídicas - é, em última instância, resolvida, [...] em uma fenomenologia da comunicação jurídica. "

²⁴⁴ Op. cit.

²⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz, *Dicionário de Hermenêutica*. Quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Letramento: Casa do Direito. Belo Horizonte, 2017, *apud* Mario Losano, p. 147

²⁴⁶ Idem, *ibidem*, p. 146.

²⁴⁷ Idem, *ibidem*, p. 68.

processo de continuidade do constitucionalismo, que deve congrega as conquistas da humanidade.

Esse modelo proposto por Streck se dá em dois níveis: no plano da teoria do Estado e da Constituição, a partir do advento desse novo paradigma de estado democrático de direito inaugurado com as novas constituições do pós guerra, e no plano da Teoria do Direito, a partir de mudanças:

- i) na teoria das fontes, onde a supremacia da lei cede lugar a supremacia da constituição;
- ii) na teoria da norma, onde ganham força os princípios, irradiando sua força normativa para todo o ordenamento jurídico e
- iii) na teoria da interpretação, proporcionando uma blindagem às discricionariedades e ativismos, uma vez que para o autor, o modelo liberal-individualista, que se encontra arraigado na nossa tradição, não pode mais dar conta do processo hermenêutico diante das complexidades do constitucionalismo compromissório e social do Século XX.

Streck²⁴⁸ afirma que existe uma crise de paradigmas de dupla face no direito brasileiro: de um lado, a crise de um modelo de direito liberal individualista, que vige até recentes tempos no Brasil e que não pode mais atender à sociedade plural, repleta de conflitos transindividuais da atualidade que agora sujeitam ao novo paradigma constitucional que assume um caráter compromissório e dirigente, e de outro, uma crise do paradigma aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, que nos faz prisioneiros do esquema sujeito-objeto, que sustenta o nosso modo positivista de fazer e interpretar o Direito, a partir do sujeito solipsista _ aquele que só se preocupa consigo mesmo.

Essa crise vem sustentando também duas posturas objetivistas e frontalmente opostas, de um lado, a objetividade do texto se sobrepõe ao intérprete, ou seja, a lei vira uma espécie de consolidação do “paraíso dos conceitos do formalismo”²⁴⁹, fazendo o julgador “boca-da-lei” e, por outro, lado, é permitido ao intérprete se sobrepor a lei, com base em um conjunto de posições doutrinárias e jurisprudenciais (neoconstitucionalistas), que se assentam na subjetividade, onde a partir da “textura aberta” que é atribuída aos princípios, o intérprete se

²⁴⁸ Idem, *ibidem*.

²⁴⁹ Idem, *ibidem*

sobrepõe ao texto, com a tarefa de descobrir quais são os valores escondidos sob o texto da lei, autorizando interpretações discricionárias e ativistas.

Nesse sentido o autor acredita que os neoconstitucionalistas, no plano da teoria da interpretação, apenas superaram o “*paleo jus positivismo*”, que nas palavras de Luigi Ferrajoli representa o positivismo exegético do constitucionalismo liberal, inc já que não conseguiram se desprender do esquema sujeito-objeto, dependendo de posturas voluntaristas e axiologistas, incompatíveis com o novo estágio de democracia constitucional alcançado.

O constitucionalismo contemporâneo é portanto, um processo de continuidade que agrega as conquistas que passaram a integrar o estado constitucional a partir da Segunda Guerra Mundial num processo de continuidade histórica através do qual o constitucionalismo se desenvolve como um movimento teórico jurídico e político que busca limitar o exercício do poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania²⁵⁰.

Se há por um lado uma agregação em relação ao paradigma constitucional anterior, com relação aos direitos conquistados, há por outro lado no entanto, uma ruptura no paradigma filosófico sobre o qual Constitucionalismo Contemporâneo deverá ser pensado: rompe-se com a postura subjetivista do sujeito solipsista do paradigma sujeito objeto, para ingressar num paradigma da filosofia hermenêutica, onde a interpretação é feita através do círculo hermenêutico, pautado na historicidade, na tradição e intersubjetividade.

Streck assim como Ferrajoli se opõem a concepção dos princípios, tal como é feita pelos neoconstitucionalistas principialistas, promovendo uma aproximação da moral sob o ponto de vista externo ao Direito, permitindo uma abertura interpretativa, a qual permite que os princípios sejam sopesados e ponderados, o que acaba por enfraquecer a sua força normativa. Assim ambos os autores entendem os neoconstitucionalistas estão equivocados ao tratar os princípios como se estes fossem a chave de superação do “juiz boca-da-lei”, do antigo positivismo exegético, ou a mesmo superação do positivismo normativo.

Ao contrário, Streck afirma que a visão dos neoconstitucionalistas que acreditam que a possibilidade de ponderação dos princípios, a partir de uma livre atribuição de pesos de valor, seria uma forma de superação do positivismo, já que para o autor, isso se refletiria no máximo como uma forma de direito livre ou da jurisprudência dos interesses, que já se encontrava vigente no século XIX na Alemanha e que agora viria a assumir a forma de jurisprudência dos

²⁵⁰ Ibidem p. 93.

valores. Esse recurso na verdade acaba por ser uma forma de retrocesso, na medida em que acaba por promover uma volta ao jusnaturalismo ignorando o caráter compromissório e dirigente que as constituições assumiram a partir da segunda metade do Século XX.

Acreditar que a existência das chamadas cláusulas de princípio, seriam um sucedâneo dos princípios gerais do direito ou uma “positivação de valores”, de onde pudesse ser descobertos novos princípios, “como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a pedra filosofal da legitimidade principiológica, da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para solver os casos difíceis ou corrigir (sic) as incertezas da linguagem”²⁵¹.

A criação ilimitada a que dá azo esse tipo de postura ponderativa de princípios, vários princípios que nem sequer se encontravam expressos no texto constitucional e muitas vezes se mostravam a eles até mesmo contrário, é o que o Streck passou a denominar de pamprincipiologismo.

“O grande problema é que a comunidade jurídica passou cada vez mais a lançar mão do nome princípio para justificar decisões discricionárias isso provocou uma fragmentação na aplicação judiciária o que me levou a cunhar a expressão pan principi hoje mesmo para designar esse fenômeno que se transformou em uma verdadeira fábrica de princípios”²⁵²

A aplicação das teorias principialistas no Brasil, teriam feito com que a doutrina e a jurisprudência brasileiras criassem uma verdadeira fábrica de princípios, a que o autor deu a alcunha de *pamprincipiologismo*, que aliada a uma ilimitada possibilidade de ponderação de valores, na forma como é aqui aplicada a teoria da argumentação alexyana, acaba por fazer com que o direito perca o seu necessário grau de autonomia, que dever ser preservado sobretudo numa democracia.

Sobre o pamprincipiologismo, Streck afirma:

Em linhas gerais o pamprincipiologismo é um subproduto das teorias axiológicas que redundaram naquilo que vem sendo chamado de neoconstitucionalismo e acaba por fragilizar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988.

...

²⁵¹ STRECK, Lênio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo in *Garantismo Hermenêutica e Neo constitucionalismo*, Op. cit., p. 1780.

²⁵² Idem, ibidem.

Percebe-se assim uma proliferação de princípios circunstância que pode acarretar o enfraquecimento da autonomia do direito e da força normativa da Constituição na medida em que parcela considerável desses princípios é transformada em discursos com pretensões de correção e no limite como no exemplo da afetividade um álibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional.²⁵³

Streck²⁵⁴ elenca uma série de princípios criados pelos tribunais brasileiros para resolver casos concretos, que funcionaram como verdadeiros *standards* valorativos ou álibis teóricos, que concedendo força normativa as decisões, a partir de um princípio inventado sem qualquer densidade deontológica, mas que lhes permitem decidir qualquer coisa, garantindo sua aparência de juridicidade. O pamprinciologismo dessa forma dá azo a posturas decisionista e sustenta o ativismo judicial que com pretensões de correção do direito, acaba ultrapassando o próprio limite semântico do texto constitucional, como no caso-problema que indicou o início da pesquisa.

O critério forte de distinção entre regras e princípios, faz com que os princípios assumam uma estrutura lógica diferente daquela que se identifica na regra e assim, coloca os princípios sob um “manto metodológico da ponderação” que permite infinitas possibilidades para a sua aplicação, acarretando no âmbito da teoria constitucional, uma perda de normatividade,

Streck afirma que a maioria da doutrina brasileira acabou por entender os princípios constitucionais como se fossem os antigos princípios gerais do Direito, que serviriam de auxílio aos juízes para o preenchimento de lacunas da legislação, as chamadas “zonas de penumbra” das regras, podendo haver uma escolha daqueles princípios que seriam aplicáveis ou não, á mercê da discricionariedade do juiz ou do aplicador da lei. Assim, os princípios constitucionais seriam uma espécie de continuidade dos princípios gerais de Direito, funcionando como uma espécie de “reforço da razão prática” para o Direito²⁵⁵. Streck opta então pela tese da descontinuidade.

Para ele, no paradigma do Estado Democrático de Direito os princípios constitucionais são dotados de alta normatividade, fazendo tanto quantos as regras, parte do sistema geral das normas. Apostar no poder discricionário de ponderação ou escolha dos juízes na aplicação desses princípios, implica em enfraquecer sua normatividade, na medida em que aposta da subjetividade de valores, ficando refém do assim chamado sujeito solipsista da modernidade.

²⁵³ STRECK, Lênio Luiz. *Diccionario de Hermenêutica*...op. cit, p. 255.

²⁵⁴ STRECK, Lênio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo in *Garantismo Hermenêutica e Neo constitucionalismo*, p. 1833

²⁵⁵ STRECK, Lênio Luiz., *Verdade e consenso*, op. cit. p. 93

No mesmo sentido de Ferrajoli, Streck²⁵⁶ acredita que é um erro adotar um critério forte de distinção entre as regras e os princípios, já que ambos têm a mesma estrutura lógica hipotético condicional, mas apenas diferentes densidades semânticas, na medida em que as regras conseguem ter uma interpretação mais facilmente adequável aos casos concretos, o que para os princípios seria um pouco mais difícil em alguns casos, devido a sua maior abrangência semântica de sentidos.

Adotando o posicionamento de Dworkin, o autor acredita nos princípios constitucionais como normas que fecham a interpretação das regras no caso concreto, por possuírem um conteúdo deontológico, posto pela moral da comunidade que assim o integrou ao seu catálogo jurídico, blindando a interpretação judicial contra decisionismos e arbitrariedades. Isso não se dá num plano ficcional mas concreto, não devendo servir de abertura para a entrada de morais particulares, mas consubstanciar concretamente a moral comunitária erguida na intersubjetividade e plasmada no texto constitucional.

Com a sua crítica hermenêutica do Direito, Lênio Streck²⁵⁷ criou um movimento a partir da obra “Jurisdição Constitucional e Hermenêutica”, em que pretendeu fundar uma nova matriz teórica abrangente para o Direito, sob os aportes da filosofia hermenêutica de Martin Heidegger e a hermenêutica filosófica de Hans-Gorg Gadamer onde se busca criar uma teoria da interpretação do texto jurídico, a partir da reconstrução de sentido, sem se descuidar dos limites semânticos diante do fato.

A partir da hermenêutica, é possível perceber que — quando se defende limites semânticos ou algo do gênero — não se está a afirmar uma volta ao exegetismo literalista.. O sentido se dá em um *a priori* compartilhado. Esse processo não é arbitrário. E, ao mesmo tempo, não representa um processo de representação de um objeto (nem é a sua ‘fotografia’ ...). A questão se coloca a partir de um acontecer, que transcende o “sujeito” e o atira no mundo. Daí que, diante dos extremos positivistas “literalidade-discricionariedade”, estamos situados no meio, ou seja, no sentido que se constitui no ser humano enquanto ser-no-mundo.

A partir da filosofia de Martin Heidegger, que identifica a diferença ontológica entre ser e ente e que, imanentemente conformam o homem (*dasein*), Lênio busca compreender, através a superação da filosofia da consciência e através da filosofia hermenêutica de Gadamer, a diferença também ontológica entre texto e norma:

²⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto _ o Constitucionalismo contemporâneo. *Revista do CEJUR- TJSC*.

²⁵⁷ STRECK. Lênio Luiz. E a professora disse: “Você é um positivista”. *Revista Consultor Jurídico*. 23/08/2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-ago-23/senso-incomum-professora-disse-voce-positivista?imprimir=1>. Acesso em 29/04/2021.

Nesse sentido, quando o positivismo, ao tentar cindir texto e norma, fundamentação e aplicação, o ser do “dever-ser” cai inevitavelmente nesta dupla estrutura da linguagem, entre o *logos* apofântico e o *logos* hermenêutico, onde o raciocínio do intérprete já vem carregado de uma carga de sentidos, chamada pré-compreensão. Não existe grau zero de sentidos, para descrever um objeto ou coisa, como é feito na teoria positivista, devemos compreender que já estamos mergulhados em uma situação em que já nos compreendemos e compreendemos o mundo²⁵⁸, o que permitirá que possamos superar toda a carga de pré-conceitos.

Assim Lênio assim está de acordo com Ferrajoli no que diz respeito a normatividade dos princípios constitucionais, para muito além daquilo que eram os antigos (e ainda existentes) princípios gerais do Direito, justamente por se encontrarem expressos no texto constitucional, representando deste modo, não apenas uma axiologia principiológica, mas sim “uma deontologia principiológica”²⁵⁹ constitucional que deve instituir as bases para a normatividade do Direito. Assim são os princípios que conduzem a interpretação das regras concedendo-lhes o fechamento interpretativos obrigatórios em cada caso concreto.

Distinguir diferenciar regra e princípio não pode significar renegação do passado e de seus fracassos e nem que os princípios traduzam o ideal da boa norma regra e princípio são textos de onde de modos distintos se extraem as normas regras se se quiser reduzidas democraticamente podem devem igualmente traduzir a institucionalização da moral no direito²⁶⁰

A distinção feita entre princípios e regras é também assim, outra grande divergência existente entre a versão neoconstitucionalista chamada argumentativa principialista, de que tratamos no capítulo anterior e o constitucionalismo jurídico ou garantista defendido por Luigi Ferrajoli aliado ao constitucionalismo contemporâneo de Streck, na crítica feita por ambos a essa distinção e a forma como ela: enfraquece a normatividade constitucional de um lado, e não resolve o problema do positivismo jurídico, de outro.

Na obra em que apresenta a sua teoria garantista, “Direito e Razão: teoria do garantismo penal”, muito embora sua maior parte seja dedicada ao garantismo penal, Ferrajoli deixa clara uma confusão de conceitos pelos aplicadores da lei, em especial em relação aos princípios garantistas clássicos, que são frutos da tradição jurídica liberal e iluminista, destacando entre

²⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica...* op. cit., p. 115.

²⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. in *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. FERRAJOLI, Luigi, STRECK, Lenio Luiz, TRINDADE, André Karam (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Versão para Kindle. p. 1875

²⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade E Consenso*, op. cit. P. 338.

eles os princípios “legalidade estrita, materialidade e a lesividade dos delitos, responsabilidade pessoal, contraditório entre as partes e a presunção de inocência” , que se deve a sua epistemologia variada, muitas vezes sustentando-se em diferentes teorias filosóficas e doutrinárias.

Essa confusão, sem que seja dada a esses princípios a devida compreensão, dentro da mudança de paradigma imposta pelo jus constitucionalismo rígido, no cerne desse novo Estado Constitucional de direito, acaba por ser interpretada como conflito e assim, utilizada para fins autoritários e antigarantistas . Dessa maneira, mais do que uma limitação ponderativa, é preciso conceber antes de tudo, o caráter normativo e jurídico dos princípios à luz de uma leitura democrática e pluralista, a qual concebe a Constituição como um direito de todos.

É nesse sentido que conforme Strapazzón e Cadermatori²⁶¹, o *Principia Juris* pode ser entendido como uma teoria garantista geral do direito, da democracia e do constitucionalismo, com o desenvolvimento de um neopositivismo “com um projeto integrador da ciência jurídica, com a definição do direito como uma linguagem” a fim de “redefinir o programa teórico e normativo das democracias constitucionais” para com isso reconhecer as garantias já existentes no sistema jurídico, assegurando-lhes sua efetividade.

Ferrajoli, em seu posicionamento mais rígido, critica os posicionamentos por exemplo, de teóricos como Ronald Dworkin, em sua hermenêutica construtivista, além dos argumentativistas-principialistas de Robert Alexy _muito embora a imensa distinção dessas duas teorias, criticando em especial a postura alexyana para a qual as normas constitucionais se constituiriam em princípios de justiça de caráter ético-político, e não de ordens normativas objetivas, sendo que para este último autor, a distinção entre princípios e regras seria “um dos pilares fundamentais do edifício da teoria dos direitos fundamentais” .

Da mesma maneira, Ferrajoli também critica os posicionamentos de Manuel Athienza e Juan Ruiz Manero, para quem as regras implicariam de maneira “fechada e peremptória” , sendo que a seu turno, os princípios seriam aplicáveis de forma aberta. Isto é, Ferrajoli entende as regras, dentro do contexto do constitucionalismo democrático, de forma ponderável com outras razões e princípios e não mais peremptória.

No mesmo sentido crítico, Ferrajoli também se opõe ao posicionamento de Gustavo Zagrebelsky para quem as regras teriam uma determinada *fattispecie* que nela ficaria sujeita a

²⁶¹ STRAPAZZON, Carlos Luiz; CADERMATORI, Sérgio Urquhart. Op..cit. p. 285.

subsunção , ou seja, que a regra seja um gênero jurídico que pudesse ser com mais facilidade estar sujeita a subordinação concreta dos fatos, ao contrário dos princípios, não teriam essa *fattispecie* específica, mas seriam normas de caráter geral, não subsumíveis mas apenas, ponderáveis.

Esclarece Ferrajoli que enquanto para os citados posicionamentos de Athienza e Manero, a distinção entre regras e princípios se trataria de uma distinção forte “baseada em diferenças de natureza, ontológica ou estrutural ou qualitativa” sobre o que seriam os diferentes tipos de cláusulas constitucionais apontados, para Zagrebelzki, essa diferença conceitual não chega a ficar bem clara, acreditando numa diferenciação apenas quantitativa relativa ao grau de discernimento de sua concretude ou abstração. Ferrajoli acredita que as observações de discernimento propostas possuem um grau empírico e explicativo e explicativo muito além do seu fundamento teórico e conceitual.

Mas mesmo essa característica não qualitativa se bem analisada, acaba também por desaparecer, já que sob o novo paradigma constitucional democrático, a mera subsunção não poderá mais ser aplicada sequer às regras, já que tanto princípios como regras, para o jus constitucionalismo principialista devem ser interpretados e aplicados à luz de todo o sistema jurídico, de modo que para Ferrajoli;

“Esta, de resto, a conclusão a que chega, coerentemente, a partir de posições principialistas radicais, Alfonso García Figueroa, que afirma o caráter “fraco” e, em última análise, inconsistente da distinção, por causa da problemática não mais dos princípios e da ponderação, mas sim do modelo tradicional das regras e da subsunção, por ele considerado obsoleto no Estado Constitucional de Direito, em que também as regras são suscetíveis de ponderações, igualmente aos princípios.”²⁶²

A diferenciação entre princípios e regras na qual se baseia a teoria argumentativa principialista, de caráter tão marcante na obra de Robert Alexy e Zagrebelzky é francamente contrária ao posicionamento material concreto do garantismo de Ferrajoli, para quem o tratamento diferenciado dado aos princípios acaba por permitir, paradoxalmente o seu enfraquecimento como norma, transferindo a sua aplicação para o campo das subjetividades interpretativas do aplicador do direito, onde perde a sua força jurídica e seu caráter compulsório.

²⁶² FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In FERRAJOLI, L.; STRECK, L.L.; TRINDADE, A.K. (org.) *Garantismo, Hermenêutica e (Neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012 .Edição para Kindle. p. 471.

Nesse sentido, a teoria garantista de Ferrajoli se mostra totalmente oposta à concepção de que os direitos e garantias fundamentais que se encontram expressos nas normas constitucionais, devido aos valores morais e objetivos políticos que carregam, se revestiriam na forma de princípios e não de regras, cuja principal característica seria a indeterminação e generalidade, ficando sujeitos à ponderação argumentativa e ao sopesamento e podendo, caso em conflito, virem uns a prevalecer sobre outros, o que teria como resultado, uma enorme perda de normatividade constitucional com seu consequente enfraquecimento.

A ausência de uma diferenciação tão substantiva quanto a que sustentam os principialistas, entre as regras e princípios conforme afirma Lenio Streck, provocou um estado de descontrole epistemológico na doutrina e jurisprudência no Brasil, onde muitos acreditaram nessa diferenciação entre regras e princípios e na possibilidade de sopesamento e ponderação de valores que se mostraria como verdadeira “pedra filosofal da legitimidade principiológica” do Direito, de onde se pudesse resolver todos os problemas através da interpretação dada aos princípios, sujeita a ponderações e a subjetivismos de todo tipo a que estaria autorizado o aplicador da lei, o que na verdade, acabou por geral uma perda de autonomia do direito.

Streck²⁶³ apresenta uma série de casos concretos para demonstrar como, no Brasil, a doutrina e a jurisprudência se utilizam desse conceito fraco de normatividade dos princípios para facilitar a criação, num segundo momento de todo tipo de princípios, transformando-se numa metaregra interpretativa capaz de criar toda uma sorte de outros princípios, “como se a o paradigma do Estado Democrático de direito fosse a ‘pedra filosofal da legitimidade principiológica’ da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para solver os casos difíceis ou para ‘corrigir (sic) as incertezas da linguagem”

Nesse sentido os autores concordam que a distinção que se dá especialmente na forma como devem ser tratados os princípios caracteriza o constitucionalismo argumentativo como uma teoria que acaba por enfraquecer o seu conteúdo material constitucionalmente estabelecido, Nesse sentido, o constitucionalismo garantista por seu turno concede aos princípios uma normatividade forte, que não entende nos princípios a característica de abertura interpretativa mas que confirmam a normatividade constitucional para além das regras.

²⁶³ STRECK, Lênio Luiz. *O que é isso: decido conforme a minha consciência?*

Assim para Ferrajoli, a força normativa dos princípios para os neoconstitucionalistas assume um caráter subjetivo e arbitrário cuja implicação prática resulta do enfraquecimento do texto da lei e da constituição, não sendo válida essa forte distinção entre regras e princípios:

A contraposição, a meu ver logicamente inconsistente, instituída pelo neoconstitucionalismo entre regras e princípios, tem relevantes implicações práticas. O seu aspecto mais insidioso é o radical enfraquecimento do valor vinculante dos princípios, ainda mais se de nível constitucional. Significativa, nesse sentido, é a caracterização, ao meu entender juridicamente arbitrária, que dos princípios é oferecida pelos seus defensores mais ilustres.²⁶⁴

A distinção para Ferrajoli entre regras e princípios, assim como pontua Streck, não é tão significativa quanto afirmam os principialistas, e na medida em que relativizam a aplicação dos princípios, acaba também por retirar-lhes a impositividade e a forte normatividade característica do constitucionalismo rígido, vindo a enfraquecer e retirar autonomia do Direito, por permitir que o interprete e aplicador da lei possa se utilizar de condutas objetivistas, que relativizam o conteúdo das normas através da ponderação, tratando-se pois de verdadeiras “invenções normativas, em contraste com a submissão dos juízes à lei”, o que é de todo rechaçado pela teoria garantista.

É preciso salientar, entretanto, que Ferrajoli não deixa de reconhecer que existem normas com conteúdo de caráter valorativo e aquelas que anunciam diretivas políticas que dificultam a apuração de sua efetivação, aumentando assim a sua abstração, porque genéricas ou indeterminadas, mas Ferrajoli lhes confere um caráter mais marginal. O autor as define como normas de caráter diretivo, ou princípio diretivo, em oposição aos princípios reguladores ou imperativos, já que estes, inderrogáveis.

Trata-se, a meu ver, de um sofisma. Princípios e regras são, igualmente, normas, simplesmente formuladas de maneira diversa: uns com referência ao seu respeito; outros com referência à sua violação e à sua consequente aplicação. Prova disso é que mesmo as regras, inclusive aquelas penais às quais se exige a máxima taxatividade, quando são observadas exsurtem como princípios, que não se aplicam, mas se respeitam.²⁶⁵

A questão, para o autor italiano é portanto, é mais de estilo e ênfase retórica dada aos direitos fundamentais, que formulados através de princípios, ressaltam também a sua

²⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In FERRAJOLI, L.; STRECK, L.L.; TRINDADE, A.K. (org.) *Garantismo, Hermenêutica e (Neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 550.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 530

titularidade e a relevância política dessas normas, conforme explica Ferrajoli. Assim, acredita que se trata apenas de distinção no modo de formulação das normas, caracterizando-se em princípios, com referência ao seu respeito e as regras, com referência a sua violação e consequente aplicação.

Existe ainda nesse sentido, para Ferrajoli, uma relação de verdadeira correspondência entre as regras e os princípios, sendo que quando uma regra é violada, esta exsurge como princípio, e também quando um princípio é infringido ou violado, dele surge uma regra. Exemplificando, um princípio, como por exemplo, o direito a vida, direito à igualdade ou direito a propriedade, se apresentam também como regras, respectivamente: como a proibição do homicídio, a não-discriminação de pessoas ou, as regras relativas a indenizações e recomposições de patrimônio, que garantem a proteção da propriedade.

A consequência disso é que não existe, portanto, uma diferença de natureza entre princípios e regras, não havendo justificativa para que sejam tratados de maneiras diferentes. Da mesma forma que os princípios não podem ser tratados à base de proporcionalidades ou sopesamentos que permitam a sua volatilidade, as regras por outro lado, não devem também ser aplicadas sob a singela fórmula da subsunção, vez que devem também incorporar os valores constitucionais.

Nesse sentido, Ferrajoli defende que existe um vínculo entre as regras e princípios:

“Compreende-se, assim, que não existe uma diferença real de estatuto entre princípios e regras: sempre a violação de um princípio faz deste uma regra, que enuncia as proibições ou as obrigações correspondentes. Por isto, a Constituição é definida, na sua parte substancial, mais do que como um conjunto de direitos fundamentais, isto é, de princípios, também como um sistema de limites e de vínculos, isto é, de regras destinadas aos titulares dos poderes.”²⁶⁶

Mas isso não quer dizer que o autor não reconheça espaços de avaliação da melhor forma de concretização de princípios seja na esfera legislativa a quem incumbe concretizar através da legislação a efetividade dos direitos e na esfera judicial, onde através da interpretação é dado aos juízes aplicar os princípios muitas vezes expressos de forma mais abstrata e genérica. Aqui, a maior objeção é realmente quanto ao apontamento de contradições muitas vezes inexistentes entre os princípios, que permitem ao principialistas, através da ponderação reduzir ou até mesmo anular a normatividade, inclusive de regras.

²⁶⁶ Ibidem, p. 541.

Nesse sentido, a ponderação, a pretexto de superar a incompletude do texto legal e a crítica ao juiz “boca da lei”, acabar por enfraquecer a normatividade da constituição. Nas palavras de Lenio Streck, que concorda com a posição assumida por Ferrajoli na crítica a ponderação, esta acaba por se transformar num “álibi teórico” capaz de dar fundamento a decisões judiciais que na verdade acabam por se afastar do conteúdo e sistematicidade das normas constitucionais:

Tem razão assim, o mestre florentino ao criticar a ponderação, porque esta, a toda evidência, fragiliza a força normativa da Constituição. Desse modo, fica claro que o neoconstitucionalismo ao apostar na ponderação de “valores” busca superar a forma exegética de positivismo, com formulações que mixam as mais diversas teses voluntaristas que se multiplicaram no século XX”

Ferrajoli não acredita que existam conflitos entre os princípios constitucionais que possam, sob a fórmula da ponderação, autorizar aos juízes a escolha de qual deles possa prevalecer, ou qual deles deverá ceder lugar, vindo por fim, a anular-se. Para o autor, existe uma relação de sinergia entre os princípios e regras constitucionais, representando um sistema, no qual deve-se extrair o máximo de concretização das normas constitucionais, sem que se abra espaço aos ativismos judiciais, ficando a criação normativa sob a responsabilidade do legislador, sempre dentro dos limites impostos pelas normas constitucionais.

O autor destaca inclusive espaços de discricionariedade da jurisdição, que mesmo em matéria penal, mais rígida por natureza, estariam aptos a serem preenchidos pela autoridade judiciária, no momento da aplicação da lei: o poder de qualificação jurídica _ligado a semântica legal, o poder de verificação factual _ligado a valorização das provas e o poder equitativo de conotação dos fatos verificados _que corresponde a compreensão dos fatos. Estes espaços podem ser reduzidos, mas não podem ser suprimidos pelo conjunto de garantias, pelo que sempre se exigirá uma adequada teoria da argumentação justificativa da decisão.

Dessa forma, se reconhece o papel da ponderação, tanto na atuação legislativa, como na interpretação jurisdicional das normas constitucionais. A objeção que faz Ferrajoli é quanto aos excessos que são cometidos, especialmente em função da distinção entre as regras e princípios, a partir da qual se reduz o alcance normativo destes últimos e a uma visão conflitualista excessiva, que os tornam passíveis de relativização. A ponderação pode assim ser vista como uma técnica argumentativa sem limites, já que por exemplo, à luz de um princípio tal como o direito à liberdade, poder-se-ia relativizar qualquer outro princípio.

Vale assim anotar as considerações de Prieto Sanchis a respeito:

No dejan de llamar la atención estos temores de Ferrajoli hacia las consecuencias de una concepción conflictualista de los derechos, pues representan un nuevo e sintomático distanciamiento respecto del neoconstitucionalismo. Para los conflictualistas en efecto, una de las razones a favor de sus tesis es que propocian mejor que cualesquiera otras el ejercicio de las libertades [...] El conflictualismo, que es lo mismo que decir la teoría externa de los daría primacía a la libertad negativa sobre la libertad positiva, al tolerar o permitir innumerables cursos de acción con las mínimas restricciones, el decir, brindaría la mas extensa protección de las esferas de libertad. El juicio de ponderación que es donde desemboca una visión conflictualista, ayuda a entender cualquier conducta prima facie, como un ejercicio de libertad [...]”²⁶⁷

Nesse sentido, a excessiva visão conflitualista dos direitos sustentada pelos neoconstitucionalistas, que confere ao juiz uma livre disposição dos direitos *ex post*, ou seja, quando da aplicação da lei, sob a forma de uma argumentação ponderativa, não pode, nesse sentido, ser utilizada para uma fragilização do princípio democrático da separação de poderes ou para a perda de autonomia e força da normatividade constitucional.

É nesse sentido que reforçando esse entendimento de Ferrajoli, Alfredo Colpetti Neto afirma:

“[...] não se mostra necessário pôr em risco a normatividade constitucional, tão duramente conquistada, em nome de princípios plurais e tendencialmente contraditórios estabelecidos pelo discurso democrático para, posteriormente, resgatá-la por meio da jurisdição, a um árduo custo: pela fragilização da separação de poderes e pelo distanciamento da submissão do juiz a lei; pela exigência de justiça substancial casuística que compromete a separação entre o direito e moral; pelo detrimento de valores da certeza e da igualdade diante da lei.”²⁶⁸

É nesse sentido que a objeção feita por Ferrajoli da fórmula de balanceamento de princípios vistos como conflitantes, e que para os principialistas consistiria numa fórmula de otimização dos princípios, na verdade abre espaço para o enfraquecimento da força normativa

²⁶⁷ SANCHIS, Luis Prieto. Principia iuris: uma teoria del Derecho no neoconstitucionalista para el Estado Constitucional. *Doxa Cuadernos de Filosofia Del Derecho*, n. 31, 2008, p. 325-354

²⁶⁸ COLPETTI NETTO, Alfredo. Dos princípios ilegítimos às práticas inefetivas: a proposta de Ferrajoli à defesa da normatividade das constituições contemporâneas. In FERRAJOLI, L.; STRECK, L.L.; TRINDADE, A.K. (org.) *Garantismo, Hermenêutica e (Neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

da constituição e admite uma opção de não aplicação da lei apesar de um sopesamento individualista dos princípios constitucionais.

A fórmula paretiana que permite a valorização *ex post* ponderada dos princípios, acaba por renegar a própria força vinculante da constituição junto às decisões judiciais:

“Assim a abertura interpretativa que a otimização paretiana projeta _atribuindo força normativa *ex post* aos princípios constitucionais , valendo-se para isto, do grau de efetividade jurídica alcançada por cada direito_ acaba por enfraquecer a força normativa da constituição e sobretudo, a própria concepção de constituição em si, na medida em que admite sua desaplicação voluntária pelo poder público, especificamente o poder judiciário.”²⁶⁹

Aqui o paradigma filosófico hermenêutico entra para definir a forma como deverá ser feita a distinção entre as regras e princípios e de que forma a sua semântica exsurgirá no caso concreto para a aplicação do Direito, mantendo-se a sua necessária autonomia. Streck²⁷⁰ assim afirma que não há um conceito *a priori* de norma que determine o que são princípios e o que são as regras, isso porque não se pode interpretar o texto legal, seja ele o de uma regra ou o de um princípio, sem a aplicação conjunta no caso concreto.

Streck²⁷¹, nesse sentido, se alia a Dworkin (e a seu professor Friederich Muller) no entendimento de que norma é um conceito interpretativo e não um conceito semântico, de forma que a sua diferenciação não se verifica no simples enunciado mas no caso concreto, já que “mesmo aqueles (princípios) que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas”²⁷², ou seja a distinção vai ficar dependente da *applicatio*.

Assim, no plano da hermenêutica, a normatividade emerge de um quadro factual entre regras e princípios, sendo os princípios constitucionais vão instituir o mundo prático na aplicação do Direito, subsidiando a aplicação das regras, desse modo não existe regra, sem um princípio que lhe institua, mostrando os “indícios formais (formale Anzeigen)” por onde deve se concretizar uma decisão democraticamente legítima. Nas palavras de Streck:

Portanto e isto deve ser bem destacado não há primeiro uma formação subjetiva de princípios e depois sua aplicação compartilhada no mundo da convivência, mas essa

²⁶⁹ COLPETTI, A. op. cit., p. 4.812.

²⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Op. cit., p. 586.

²⁷¹ Idem, ibidem.

²⁷² DWORKIN Ronald. *Levando os direitos a sério*. Op. cit., p. 40.

formação princípio lógica é formada pelo mundo e ao mesmo tempo forma mundo na medida em que pode articular um significado novo que surge na interpretação do próprio mundo.²⁷³

Aí estaria o grande salto qualitativo da hermenêutica filosófica em relação a argumentação jurídica. Pois através da proposta dessa superação da discricionariedade, típica do positivismo jurídico (que os neoconstitucionalistas acreditam ter superado), a decisão legítima estará sempre ancorada nos princípios constitucionais democraticamente erigidos a ordem constitucional, através de uma hermenêutica comprometida com esse novo paradigma democrático.

A distinção feita pelos neoconstitucionalistas principialistas, de que as regras se resolveriam por subsunção e os princípios pela ponderação, alça os princípios a uma condição de valores, a serem trazidos a aplicação dos direitos apenas nos casos em que a subsunção das regras não seja suficiente para a determinação de sentido, ingressando no sistema somente em casos de insuficiências ônticas. Daí porque permitem que o juízo de ponderação significa também outro fator de perda de autonomia e normatividade do Direito.

A discordância apresentada por Lenio Streck em relação a proposta Garantista de Ferrajoli em relação aos principialistas, está portanto na possibilidade de construção de uma teoria constitucional pós-positivista, superador do positivismo jurídico não apenas o exegético, mas uma superação que possibilite propor uma teoria da decisão que não fique mais limitada a discricionariedade do intérprete, que é o que em último caso admite Ferrajoli²⁷⁴, mas que realmente possa conduzir a uma decisão jurídica condizente com a Constituição e por isso democraticamente legítima.

Nesse sentido afirma Streck que acredita num direito que supere a teoria das fontes sociais agindo como um farol a iluminar a aplicabilidade da constituição em suas regras e princípios. Isto porque, para Streck²⁷⁵, o direito do estado democrático de direito supera a noção positivista das fontes sociais, em face daquilo que podemos chamar de prospectividade, isto é, o direito constante nas Constituições não vem a reboque dos “fatos sociais” e sim aponta para a reconstrução da sociedade o (direito é transformador).

²⁷³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Op. cit., p. 581

²⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo Garantista x Principialista*, op. cit.

²⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo*. in *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. FERRAJOLI, Luigi, STRECK, Lenio Luiz, TRINDADE, André Karam (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Versão para Kindle.

Nisso consiste a principal diferença, embora as muitas concordâncias entre o Constitucionalismo contemporâneo defendido por Streck a partir de sua Crítica Hermenêutica do Direito e o garantismo de Ferrajoli, o qual de alguma forma de imobiliza na normatividade semântica do texto:

Numa palavra: a questão que se coloca é que a defesa do positivismo – mesmo com os cuidados que Ferrajoli professa – pode proporcionar, em determinadas circunstâncias, a institucionalização da crença no poder discricionário dos juízes. A pergunta que fica é: como controlar esse poder concedido aos juízes? Parece evidente que uma tese semântica (analítica) não dá conta desse controle. Em países como o Brasil, a fronteira entre a discricionariedade e a arbitrariedade por vezes é inexistente.

276

Assim não é a moral que terá normatividade vinculativa, mas quem a possui é o direito, que recebem essa carga moral no momento que se concretizam legislativamente, devendo ser contudo ressaltado que não será tudo o que o legislador quiser que poderá ser ser legislado, mas essa moral deverá antes já estar concebida na principiologia constitucional, com qual inexoravelmente deverá concordar.

Para mostrar a gravidade da discricionariedade _que por mais que a rigidez semântica imposta pela teoria de Ferrajoli busque limitar, ainda persiste, já que o exto nunca poderá alcançar as vicissitudes de cada caso concreto, Streck cita o nosso caso-problema, como um exemplo de como essa abertura discricionária pode provocar uma corrosão no nosso sistema de justiça:

Discricionariedade é delegação em favor de um poder que não tem legitimidade para se substituir ao legislador, circunstância que se agrava nos casos em que o poder discricionário pode alterar a própria Constituição. Na verdade, trata-se até mais do que poder discricionário. Veja-se, por exemplo, que, no Brasil, uma súmula vinculante editada pelo Supremo Tribunal Federal pode alterar a própria Constituição, como é o caso da SV n. 529 e da Reclamação n. 4.335-5-AC,³⁰ que ultrapassaram o que podemos denominar limites semânticos do texto constitucional. Assim, volta-se, sempre, ao problema da discricionariedade. É claro que se poderá alegar que, nos casos citados, o STF foi além da discricionariedade, isto é, se usarmos o conceito de discricionariedade de Ferrajoli, o Tribunal extrapolou o seu poder de qualificação jurídica, que, também segundo o conceito ferrajoliano, corresponde aos espaços de

²⁷⁶.STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. in Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. FERRAJOLI, Luigi, STRECK, Lenio Luiz, TRINDADE, André Karam (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Versão para Kindle. p. 2085.

interpretação da lei, ligados à semântica da linguagem legal. Ocorre que decisões como essa são apenas a ponta do iceberg.²⁷⁷

O Constitucionalismo Contemporâneo possui semelhanças que o aproximam bastante do Constitucionalismo Garantista de Luigi Ferrajoli, embora sejam discordantes em relação ao paradigma interpretativo aplicável, já que Streck apostas em seu paradigma hermenêutico filosófico, que o faz oposto ao positivismo jurídico, na medida em que este continua apostando na discricionariedade do juiz/aplicador da lei, o que não condiz com o atual estágio do estado Democrático de Direito.

Mas ambos têm posições concordantes no que diz respeito a necessária autonomia do Direito, de modo que este deverá estar protegido de decisionismo e arbitrariedades próprios da livre ponderação dos princípios feita pelos neoconstitucionalistas. As críticas ao chamado movimento neoconstitucionalista portanto, é algo que une os dois autores, em nome de um constitucionalismo normativo forte, que devem ser pensados como continuador do processo histórico, e não uma superação deste.

Assim é certo que para ambos estamos diante de um novo paradigma de constitucionalismo rígido, normativo, compromissório e dirigente, que irradia sua principiologia por todo ordenamento jurídico de forma normativa deontológica, orientando inclusive as posições políticas do Estado, no objetivo de garantir os direitos e garantias fundamentais e a ordem democrática.

A distinção qualitativa ente as regras e princípios, permitindo que o intérprete e aplicador da lei se utilize de valores morais próprios na ponderação de princípios, que podem ser até mesmo por ele mesmo elaborados, num ato de verdadeira criação de direito, acaba por criar um conflito entre os princípios e a ponderação que causa o perigo da deslegitimação política jurisdicional, afetando a divisão de poderes e o caráter cognitivo da jurisdição, o que, como acredita Ferrajoli. os neo constitucionalistas parecem desconhecer.

O grande diferencial, considerando-se a teoria garantista de direito defendida por Ferrajoli, consiste justamente na concepção dessa mudança de paradigma no Constitucionalismo, em seu sentido eminentemente jurídico, uma vez que os neoconstitucionalistas, como afirma Ferrajoli, vem se utilizando essa nova concepção do Constitucionalismo, quase que como “para designar uma ideologia, mesmo quando invocada

²⁷⁷ Ibidem, p. 2094.

em ordenamentos dotados de sólidas tradições liberal democráticas, convertendo-se em um termo do léxico político²⁷⁸ e não jurídico, impedindo que se evidencie como verdadeira regra de direito material, dentro desse novo paradigma que nasce junto a um constitucionalismo rígido e compromissório.

Assim, a partir da ruptura paradigmática que representa o paradigma constitucional compromissório e dirigente, voltado para a garantia de direitos fundamentais e com cláusulas de garantia contra o arbítrio, a liberdade de conformação legislativa bem com a liberdade judicial ao prolatar uma decisão jurídicas, serão sempre balizadas

Nesse sentido, o Trindade afirma que existem dois pontos de vista diferenciados do Constitucionalismo: sendo um deles o ponto de vista político, seja ele o moderno ou antigo, caracterizado pela prática e concepção voltadas a limitação dos poderes público e para a garantia de liberdade e um outro ponto de vista jurídico, caracterizado pela rigidez das Constituições dirigentes e compromissórias promulgadas a partir da segunda metade do Século XX.

O autor acredita que os neoconstitucionalistas, na versão principialista, ao apostarem numa concepção ideológica e política do constitucionalismo, não lhe reforçando o carácter jurídico, acabam por ignorá-lo como teoria do Direito, reduzindo-o a apenas um mero sinônimo de Estado liberal de Direito²⁷⁹, impedindo que se evidencie uma transformação na estrutura do direito positivo, com a introdução da rigidez constitucional.

Assim Ferrajoli em sua obra “Epistemologia jurídica e garantismo”, esclarece que o jus positivismo trabalhado por ele é um juspositivismo crítico, atrelado a um constitucionalismo rígido, que se diferencia de um juspositivismo dogmático, ao qual denomina paleopositivismo. Para o autor o termos se refere a um tipo exegetico de positivismo que tende a ignorar a diferença entre validade e vigência da lei, agora subordinada a Constituição, da mesma forma que os vícios de legitimidade de um direito vigente²⁸⁰, no sentido de obediência aos procedimentos constitucionais.

Ou seja, Ferrajoli reforça seu vínculo com o juspositivismo, dando-lhe uma feição crítica a partir das normas constitucionais, as quais, tanto quanto as regras como os princípios, assumem uma obrigatoriedade típica desse sistema.

²⁷⁸ Ibidem. p. 140..

²⁷⁹ Idem, ibidem.

²⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi *Epistemología jurídica y garantismo*. Fontamara. México, 2004. ISBN 968-476-479-0

Nesse sentido, Ferrajoli aponta também, um sentido equivocado dado ao positivismo jurídico pelos principialistas, que evolui numa relação inversa ao Constitucionalismo, na medida em que se de um lado, se adota uma visão ampliada do Direito, de outro, essa teoria de direito, equipara-se ao paleopositivismo, ou a um anti-juspositivismo, na medida que volta-se ao positivismo exegético, numa noção restrita e limitada ao primado da lei, típica do antigo Estado Legislativo de Direito²⁸¹, vez que não se conforma aos direitos subjetivos fundamentais.

Sob esse ponto de vista político, os neoconstitucionalistas deixam de reforçar o caráter jurídico constitucional, permitindo que essa nova configuração da ordem jurídica constitucional promova um retorno à vinculação entre direito e moral e a um ponto de vista externo, que agora é trazido para o interior do Direito, motivo pelo qual Ferrajoli denomina a concepção de jusnaturalista:

“Com a incorporação nas Constituições de princípios de justiça de caráter ético-político, como a igualdade, a dignidade das pessoas e os direitos fundamentais, desaparece o principal traço distintivo do positivismo jurídico: a separação entre direito e moral, ou seja, entre validade e justiça. Segundo esta tese, a moral, que no velho paradigma correspondia a um ponto de vista externo ao direito, agora faria parte do seu ponto de vista interno.”²⁸²

Assim, afirma Ferrajoli, o constitucionalismo é concebido pelos neoconstitucionalistas “não como um novo e mais desenvolvido paradigma, mas como uma superação em sentido antipositivista do próprio positivismo”²⁸³, motivo pelo qual o autor entende importante uma revisão de significados, para que se possa lidar com o Constitucionalismo, concedendo-lhe uma maior normatividade e impositividade jurídica.

O autor acredita que as teorias principialistas, na intenção de superação do positivismo, acabam por retornar a uma espécie de jusnaturalismo, na medida em que adotam a possibilidade de elo com a moral e com a ética a partir de um ponto de vista externo, o que é contraditório já que cada vez mais, a Constituição social vem a fortalecer direitos e a sua blindagem, contra interferências autoritárias do poder dos governantes. Assim, o constitucionalismo para Ferrajoli

²⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In FERRAJOLI, L.; STRECK, L.L.; TRINDADE, A.K. (org.) Garantismo, Hermenêutica e (Neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012

²⁸² FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e Neoconstitucionalismo. Trad. André Karam Trindade,. Anais do IX SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL. Academia Brasileira de Direito Constitucional, 10 anos, vol. 01. 2010, p. 95-113. <http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>. 22/05/2021.ISSN 2675-8822.

²⁸³ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In FERRAJOLI, L.; STRECK, L.L.; TRINDADE, A.K. (org.) Garantismo, Hermenêutica e (Neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 140.

é visto como um sistema jurídico e como teoria de direito, por si só garantidor de direitos, já que equivale a:

“ [...] um conjunto de limites e de vínculos substanciais, além de formais, rigidamente impostos a todas as fontes normativas pelas normas supra ordenadas; e como teoria de direito, a uma concepção de validade das leis que não está mais ancorada apenas na conformidade das suas formas de produção a normas procedimentais sobre sua elaboração, mas também na coerência dos seus conteúdos com os princípios de justiça constitucionalmente estabelecidos.²⁸⁴

A positivação dos princípios e valores de papel supraordenado a lei, e, especificamente dos direitos fundamentais, estabelece internamente, no ordenamento, um “dever-ser” constitucional que reconduz *sub lege*, também o poder legislativo, de modo que se constitui em fundamento axiológico positivo da democracia constitucional²⁸⁵, incorporando-se ao próprio ordenamento jurídico.

A partir da passagem do Estado de Direito (*sub lege*) ao Estado Constitucional de Direito (*per lege*), a submissão de todos, inclusive o Poder Legislativo, à normatividade rígida da Constituição e a sua superioridade hierárquica, cria a condição de validade não somente formal mas substancial das regras legais e todo o Direito posto, inclusive as decisões judiciais deverão manter coerência com os significados das normas supraordenadas.

Ferrajolli alerta para o perigo de que o possa induzir ao equívoco de considerar superado o Constitucionalismo, surgido no Estado Moderno e a sua evolução a partir do paradigma social e as garantias alcançadas no pós guerra, reconduzindo o Direito a uma concepção jusnaturalista ou não positivista. Nesse sentido o autor entende que esse novo movimento constitucionalista do Pós-Guerra apenas poderá ser compreendido completamente, se reconhecida a relação imanente entre o positivismo e a democracia²⁸⁶ na medida em que a Constituição será a fonte de toda a compreensão de conteúdo moral existente no Direito, devendo este se substancializar conforme o que já se encontra prescrito constitucionalmente.

O constitucionalismo garantista seria dessa forma, como pretende Ferrajoli um modelo de sistema jurídico, uma teoria de direito e uma filosofia política. Um modelo de sistema jurídico, em relação ao paleopositivismo que contrapõe, porque acredita num forte poder normativo e vinculante dos princípios, que impõem a sua garantia no exercício político da

²⁸⁴ Idem, ibidem.

²⁸⁵ IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. op. cit.

²⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e Neoconstitucionalismo. op. cit.

sociedade, criando as antinomias e lacunas, a serem que exigem a atuação do poder judiciário, no primeiro caso, mas do poder legislativo no segundo.

Como teoria do direito, porque o constitucionalismo garantista porque admite, em função das regras e princípios constitucionais, uma divergência entre a validade e a vigência das leis, em razão justamente do reconhecimento da existência de um “dever-ser” constitucional, que torna inválidas as leis que, mesmo que tenham sido formal e procedimentalmente produzidas pelo órgão legislativo, podem se mostrar inválida uma vez que contraditórias aos princípios, que representam valores substanciais constitucionalmente impostos. Esta teoria apresenta, portanto, a relevante questão que se apresenta em face da existência de antinomias causadas pela indevida produção de normas em desrespeito aos direitos e garantias individuais e a por outro lado a existência de lacunas, causadas pela inexistência de normas produzidas para a concretização dos direitos sociais.

O constitucionalismo garantista se apresenta por fim como uma filosofia e teoria política, na medida que aposta na democracia não mais de “forma genérica e abstrata”²⁸⁷, mas numa democracia substancial, resultado de conquistas históricas da humanidade, resultado de lutas e revoluções que elevaram que estabeleceram valores e direitos concretos_ políticos, civis, de liberdade e sociais_ que foram elevados a normas de uma constituição rígida.

Conforme afirma Alfredo Colpetti Netto²⁸⁸, a legitimidade da democracia constitucional no garantismo, se dá não na referência ao povo como um macro sujeito ou numa vontade homogênea da sociedade, mas no conjunto de pessoas de carne e osso, que compõem os fragmentos de soberania desta sociedade, anulando-se nesse sentido qualquer forma de tensão entre a jurisdição e a legislação, já que identifica na ordem constitucional um fundamento legítimo de poder:

Nesse sentido, a legitimidade democrática constitucional acontece por conta de uma repactuação filosófico-política do contratualismo moderno, ou seja, pelo cancelamento da tensão entre democracia e constituição, que, em outras palavras, identifica os limites e os vínculos _direitos fundamentais_ que pesam sobre o legislador como, por si, democráticos.

²⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In FERRAJOLI, L.; STRECK, L.L.; TRINDADE, A.K. (org.) *Garantismo, Hermenêutica e (Neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 293.

²⁸⁸ COLPETTI NETTO, Alfredo. Dos princípios ilegítimos às práticas inefetivas: a proposta de Ferrajoli à defesa da normatividade das constituições contemporâneas. In FERRAJOLI, L.; STRECK, L.L.; TRINDADE, A.K. (org.) *Garantismo, Hermenêutica e (Neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Ao seu oposto, o constitucionalismo principialista (ou não positivista) se mostra uma teoria que se fragiliza os direitos e garantias individuais, na defesa de um caráter argumentativo moral personalizado no aplicador da lei, na medida em que reconhecendo nos princípios uma normatividade mais fraca, sujeita a ponderação e ao sopesamento de ordem subjetiva, seja ele legislativo ou judicial, permite que estes percam sua força normativa, com a relativização dos valores democráticos, condicionados a discricionariedade do aplicador do direito.

É nesse sentido que para o autor, continua a valer o princípio da separação entre direito e moral, o que se configura numa verdadeira arma contra o constitucionalismo ético, “enésima insidiosa versão do legalismo ético”, que insiste em retornar ao Direito, trazendo desvirtuamento democrático e perda de autonomia. Isso, para o autor no entanto, não quer dizer que as normas jurídicas não tenham um conteúdo moral ou uma “pretensão de justiça”, pois para o garantismo mesmo as normas mais imorais ou injustas, fazem algum sentido para quem as elaborou e mesmo que nos pareçam desvalores, são valores por quem os compartilha., Ferrajoli acredita que mesmo ordenamento que possa parecer injusto, desde que tenha sido formalmente instituído, expressa pelo menos para o seu legislador, uma pretensão de justiça e por isso deve ser reconhecido como direito e incorporado normativamente deverá se tornar vinculante.

A exigência de algum conteúdo ético ou de um mínimo de justiça, derivado de valores que estariam incorporados nas leis e constituições, autorizando os Tribunais a deixar de aplicar um direito validamente posto, seria portanto uma tese exatamente oposta à tese “segundo a qual a validade de uma norma não implica a sua justiça, assim com o a sua justiça não implica a sua validade”²⁸⁹, da separação entre direito e moral e portanto, uma tese jusnaturalista que incorre na falácia ético-legalista que confunde validade com justiça com validade.

Luis Prieto Sanchis afirma que Ferrajoli tem resistido como poucos à tentação do constitucionalismo ético, quando afirma que a doutrina de separação entre o Direito e a moral constitui um pressuposto necessário de qualquer teoria garantista:

“Desde esta perspectiva, al menos allí donde existen Constituciones rematerializadas (es decir, de manera contingente y no conceptual) la tesis positivista conduce a la esterilidad de todo esfuerzo hermenéutico que no tenga presente esa feliz reconciliación entre el Derecho y la moral pública de la modernidad: el sistema jurídico genera legitimidad, fundamenta un autónomo deber de obediencia (a un Derecho que se supone que ya es justo, claro está) y reclama de los operadores

²⁸⁹ Idem, ibidem.

jurídicos y en general de los juristas una actitud comprometida o militante con un Derecho positivo al fin preñado de moralidad.”²⁹⁰

André Karam Trindade²⁹¹ afirma que Ferrajoli alinha-se ao positivismo de Kelsen e Hart, que reconhecem como direito todo conjunto de normas produzidas por um órgão ou autoridade competente (legislativo, juiz, autoridades administrativas, etc...) cujas raízes remetem à máxima hobbesiana *autorithas non veritas facit legem*. Ressalta, no entanto, que se trata de um positivismo crítico a uma visão do direito própria de um constitucionalismo rígido, que permite o reconhecimento de normas vigentes mas inválidas, já que adota o caráter juridicamente normativo da Constituição, que vincula a validade de todo o sistema.

Qualquer mínimo ético, na teoria garantista, para que seja incorporado no Direito, deve ser compartilhado pela comunidade, mas também investido de forma democraticamente estabelecida na ordem legalmente válida, não bastando que seja apenas uma posição objetivista do aplicador da lei, sob pena de se apresentar como uma tese exatamente oposta a tese juspositivistas. Por outro lado, essa negação de qualquer tipo de cognitivismo ético pela jurisdição corresponde a proteção ao pluralismo cultural existente nas sociedades:

“A negação do cognitivismo ético e a defesa da separação entre direito e moral, que formam o pressuposto do constitucionalismo garantista são portanto, o fundamento e ao mesmo tempo a principal garantia do pluralismo moral e do multiculturalismo e isto é, da convivência pacífica das muitas culturas que convivem em uma mesma sociedades”.²⁹²

Para Ferrajoli portanto, deve existir uma separação entre Direito e Moral, criticando nesse ponto as teses argumentalistas-principlistas que sustentam a versão *standard* do neoconstitucionalismo²⁹³, por defenderem uma espécie de volta ao jusnaturalismo, quando permitem que o intérprete e aplicador da lei se utilize de uma técnica de apreciação de valores

Tradução livre: Nessa perspectiva, pelo menos onde há Constituições rematerializadas (ou seja, de forma contingente e não conceitual), a tese positivista leva à esterilidade de qualquer esforço hermenêutico que não leve em conta aquela feliz reconciliação entre o direito e a moral pública da modernidade: o sistema jurídico gera legitimidade, estabelece um dever autônomo de obediência (a uma lei que se supõe justa, é claro) e exige dos operadores jurídicos e em geral dos advogados uma atitude comprometida ou militante com um direito positivo que por fim encontra-se repleto de moraidade.

²⁹¹ TRINDADE, André Karam. Positivismo e (Neo)Constitucionalismo: as teorias de Ferrajoli, Prieto Sanchis e Garcis Amado. *Revista do Mestrado em Direito UCB RVMB*. Brasília, v. 10, n. 02, p.406-430 ISSN 1980-8860.

²⁹² FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principlista e constitucionalismo garantista. In FERRAJOLI, L.; STRECK, L.L.; TRINDADE, A.K. (org.) *Garantismo, Hermenêutica e (Neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 379

²⁹³ MARTIN, Nuria Beloso. El Neoconstitucionalismo a debate: entre la principiologia y la arbitrariedad, *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, vol. 59, n. 1, p. 145-178, 2014.

que remetem a sua subjetividade moral, algumas vezes em verdadeira afronta as disposições estritas da lei.

Tal entendimento teve assim por consequência um cisão do neoconstitucionalismo com o positivismo jurídico, provocando um crescimento exponencial do ativismo judicial, uma vez que a argumentação jurídica tornou-se essencial na própria criação do direito, em especial aquele constante das Constituições, já que o direito passou a ser entendido não mais como um simples sistema de normas, mas como verdadeira prática jurídica²⁹⁴, suscetível de ponderações e balanceamentos, encontrando sua justificação não mais em si mas em razões morais do aplicador da lei.

Essa abordagem certamente vem confundindo a eficácia com a validade do Direito, contrapondo-se à uma abordagem normativista, fazendo do Direito um fato e não direito como norma, enfraquecendo assim sobremaneira a efetividade do Direito constitucional.

²⁹⁴ Idem, ibidem.

3.2 A Busca Por Respostas Constitucionalmente Adequadas no Direito

Os limites e as dificuldades impostos ao positivismo jurídico pelo espaço de discricionariedade judicial, de onde brotam todo tipo de morais e julgamentos valorativos pessoais foram também o tema do famoso debate entre Ronald Dworkin e Hebert Hart, onde Dworkin²⁹⁵ procura demonstrar a existência de um padrão normativo para além das regras que atua sobre as decisões judiciais, dando a dimensão da importância da problemática sobre o caráter interpretativo da teoria do Direito, mostrando as dificuldades da aplicação da lei, sobretudo nas “zonas de penumbra” da linguagem.

No livro “Uma questão de princípio”, Dworkin²⁹⁶ argumenta que mesmo nos casos difíceis, os *hard cases*- quando não existe uma regra clara sobre o direito, é possível encontrar “pistas” da melhor resposta a ser dada no caso concreto. Dworkin assim procura definir onde podem ser encontradas as melhores respostas para o caso, fazendo as respostas corretas, sendo que a história institucional passa a fazer parte desse caminho até a resposta correta, sendo que deverá servir como “pano de fundo de qualquer juízo plausível sobre os direitos de um indivíduo deve levar em consideração”

No âmbito de uma comunidade comprometida com a Justiça, a democracia e seus princípios de igualdade, é preciso que sejam mantidas as garantias de segurança jurídica com relação aos seus direitos. Ao recorrer à Justiça o cidadão deve ter a garantia de que seu caso será julgado sob os parâmetros da equidade e coerência, onde o resultado do julgamento justo deverá sempre ser buscado com responsabilidade política.

Na fórmula do novo paradigma constitucional, caracterizado pela divisão de poderes, o âmbito judicial não permite que o juiz seja um agente moral, que age guiado por suas convicções pessoais; diante da responsabilidade política que ele possui, a resposta jurídica deve decorrer de uma decisão fundamentada no direito, por isso decisões não são escolhas, de forma que é muito relevante que haja uma epistemologia adequada da decisão, de onde o quê se decide seja fruto de um sistema ordenado de justiça, evitando-se assim a interferência da(s) moral(is) no direito.

O Constitucionalismo Contemporâneo proposto por Lenio Streck é pensado a partir de uma mudança essencial no caráter interpretativo do Direito, o qual ele acredita ser o maior

²⁹⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3.^a edição. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2017, p. 73 e segg..

²⁹⁶ Idem ibidem. p. 136.

problema do positivismo jurídico, dada a ausência de um método interpretativo tão eficiente, como de fato sua parte estrutural analítica. Por exemplo na obra de Hans Kelsen, o ato decisório fica dividido entre o ato de conhecimento da estrutura do direito e o ato de vontade, que fica relegado a uma discricionariedade da decisão, muito mal interpretada pela jurisprudência brasileira, que ancorada no antigo princípio do “livre conhecimento” do juiz, permitiu decisões completamente desconectadas de princípios e com o todo coerente do sistema normativo.

Os fatos com que o positivismo (direito posto) lida são aqueles fatos que se pode contar medir, pesar ou definir por meio de um experimento no âmbito do direito, isso é produzido como produto do parlamento ou seja nas leis e códigos, os quais não podem abarcar toda a realidade, mas deve-se controlar o exercício da interpretação do direito, onde poderão ser incluídos elementos metafísicos que não eram bem quistos pelo modo positivista de interpretação da realidade.

Por esse motivo Streck²⁹⁷ destaca que a cisão interpretativa deu origem ao binômio validade/legitimidade, permitindo que a moral pessoal do julgador, estivesse presente no conteúdo das decisões:

No fundo, operou-se uma cisão entre validade e legitimidade, sendo que as questões de validade seriam resolvidas através de uma análise lógico-semântica dos enunciados jurídicos, ao passo que os problemas de legitimidade – que incluem uma problemática moral – deveriam ficar sob os cuidados de uma teoria política que poucos resultados poderia produzir, visto que esbarrava no problema do pluralismo de ideias presente num contexto democrático, o que levava, inexoravelmente, a um relativismo filosófico (essa problemática se gravou em países com grandes períodos de ausência de democracia, como o Brasil).

O problema da discricionariedade é, para Streck²⁹⁸, a maldição da teoria kelseniana fonte de muitos mal-entendidos que levam a crer numa lei pura, quando na verdade o que se fala é de uma pureza da ciência do direito. Mas Kelsen deixa a decisão em segundo plano, fazendo da decisão um ato de conhecimento cindido do ato de escolha, que ante as possibilidades de escolha postas pelo direito positivo _a moldura da norma, o juiz produzirá sua norma (a norma aplicável ao caso concreto).

A busca por respostas constitucionalmente adequadas exige que se reconheça que a decisão judicial não poder ser o produto de uma escolha do juiz, decidir não é escolher, e a

²⁹⁷ Streck idem p 31

²⁹⁸ STRECK, Lênio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica*, op. cit., p. 19

diferença entre essas duas opções não é uma escolha a nível de valores. A resposta correta no sentido *dworkiano* ou a resposta adequada, como tratada pela Crítica Hermenêutica do Direito, será aquela melhor estruturada dentro do todo coerente com a integridade do direito. “Respostas de escolha são respostas parciais, resposta de decisão são escolhas totais, nas quais entra em jogo a existência inteira.”²⁹⁹

A decisão judicial, assim, deverá ser um ato que não pode se caracterizar pela simples arbitrariedade ou mera escolha, feita a partir de uma vontade própria ou pessoal do juiz, mas sim deverá estar ancorada na história institucional da justiça, incluindo-se aí as convenções e as práticas jurídicas, doutrina, jurisprudência e os precedentes, levando com responsabilidade e coerência³⁰⁰ a história do direito também para o futuro, a chamada novela em cadeia (*chain novel*), de que fala Dworkin.

É nesse sentido que os princípios constitucionais podem ser considerados como um elo de ligação entre a vontade de Justiça, expressada pelo constituinte _e que, muitas vezes não chega aos casos concretos de maneira completa, e a decisão judicial, especialmente nas zonas de penumbra apresentadas pelos casos difíceis, onde caberá ao julgador promover uma interpretação à luz desses princípios de justiça, que deverão ser considerados na decisão, da qual na qualidade de agente público, deverá prestar contas a sociedade (*accountability*).

Segundo Dworkin³⁰¹ caso não haja referência a esses princípios, restará demonstrado que a decisão foi tomada levando em conta apenas a sua vontade pessoal e as suas próprias idéias de justiça, decidindo de modo estrito, o que :

[...] faz com que uma interpretação estrita do texto da Constituição produza uma concepção estreita dos direitos constitucionais, porque restringe tais direitos aos reconhecidos por um grupo limitado de pessoas em um momento constitucional da história. Ela força os defensores de um conjunto mais liberal de direitos a reconhecer que estão se distanciando da autoridade estritamente jurídica distanciando que devem então tentar justificar apenas a desejabilidade dos resultados a que chegam.

Nesse caminho Dworkin formula a distinção entre o conceito de Justiça, que deve ser universal e a concepção de Justiça, que cabe a cada um dos membros de uma comunidade em sua individualidade. Assim nas cláusulas vagas ou nas zonas de penumbra, o apelo a concepções morais individuais a fim de remendar ou preencher lhes o conteúdo faltante para a aplicação da

²⁹⁹ Idem, *ibidem*, p. 387.

³⁰⁰ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2001, p. 175 e segg..

³⁰¹ Idem, *ibidem*. P. 210

justiça no caso concreto, não torna a Justiça mais precisa, ou seja, segura, coerente e dotada da previsibilidade exigível do estado democrático de direito.

O conteúdo dessas cláusulas ambíguas deverá ser preenchido não através de moralidades concorrentes encontradas nos discursos jurídicos conflitantes, mas através de uma “diretriz que manda enfrentar as questões de princípios morais que são impostas pela lógica do texto.”³⁰² Nesse sentido, Dworkin atrela a decisão judicial a lógica do sistema jurídico, respeitando a institucionalização dos procedimentos jurídicos, protegendo a normatividade do texto constitucional, a doutrina existente, preparando o terreno também para novas decisões que deverão ocorrer de modo coerente e integrativo de modo que os cidadãos sintam confiança nos Tribunais.

Nessa esteira de compreensão, como observa Streck³⁰³, Dworkin foge a uma determinação causal do Direito, sujeita a variações conforme as práticas jurídicas vão se conformando havendo uma responsabilidade política do julgador com o todo coerente do direito e da sua história institucional construída até então, onde, orientado pelos princípios constitucionais, o julgador deverá promover uma interpretação construtiva do Direito e a partir da articulação com os julgamentos e todo o arcabouço jurídico que precede o caso poderá encontrar a melhor resposta, com a responsabilidade de dar continuidade a esta cadeia de decisões pensando também no futuro.

Da mesma forma, quando Streck³⁰⁴ insiste que aplicar a lei não é uma atitude positivista, ao dirigir suas críticas ao positivismo normativista que admite discricionariedades. Não se fala assim, do velho positivismo exegético, mas positivismo lógico, após a descoberta do valor da norma, que não pode estar contido numa decisão solipsista solitária, com seus diversos axiologismos e realismos, aliados a ponderação de valores, permitindo que o julgador possa criar e eleger ele mesmo, o princípio que deverá prevalecer na solução do caso concreto.

Uma livre discricionariedade do julgador, acaba por acarretar, como se tem visto nos tribunais brasileiros, numa abertura para arbitrariedade, na medida em que a distinção entre ambas é puramente abstrata³⁰⁵, sendo difícil caracterizar mediante critérios concretos e

³⁰² Idem, *ibidem*.p 214.

³⁰³ STRECK, Lênio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica*, op. cit., p. 387.

³⁰⁴ STRECK, Lênio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Revista NEJ – Eletrônica*, vol. 15 – nº 1, p. 158-173. jan.- abr., 2010.

³⁰⁵ STRECK, Lênio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica*, op. cit., p. 11.

objetivos uma arbitrariedade que se dá no campo de uma livre discricionariedade, ou do livre convencimento.

Nessa medida, é enorme o ganho democrático que pode ser realizado na exigência do direito fundamental a decisões constitucionalmente adequadas, inclusive para os Tribunais que, decidindo as questões morais a partir de princípios, além dos precedentes, doutrina e todo o aparato do sistema jurídico, pode deixar do lado as apelações para preferências pessoais, tirando de si o peso da responsabilidade de uma escolha moral, a qual, pelo princípio da democracia deve permitir que os atores políticos sejam os únicos autores de suas escolhas³⁰⁶.

Direito não é moral, por isso ele não pode ser corrigido pela moral do julgador, há uma co-originaridade entre os dois que garante que exista uma necessária autonomia do Direito e para isso, as decisões deverão ser fundamentadas no Direito posto, que já é constituído pela moral da sociedade, aplicando a estrutura jurídica formada no caso concreto e não alterando a ordem dada em escolhas baseadas em opções morais valorativas pessoais, retornando a um tipo jusnaturalismo inocente.

É nesse momento que a Crítica Hermenêutica do Direito de Streck _mas também a interpretação construtiva integrativa de Dworkin, apontam como ponto fulcral de superação de toda a problemática do discricionariedade _e, conseqüentemente a abertura para a inserção de morais pessoais e juízos valorativos solipsistas_ o modo como o positivismo lida com a linguagem, ignorando a importância que o giro linguístico tem para a interpretação, para a filosofia e para as ciências, apontando uma nova compreensão do mundo.

Ao se reconhecer o giro-ontológico-linguístico que colocou a linguagem como modo de conhecimento e percepção do mundo, a partir de uma experiência compartilhada e intersubjetiva³⁰⁷ pode ser fortalecida a compreensão da tradição e da história institucional do Direito, a fim de lhe conferir coerência e integridade com o sistema, garantindo a sua autonomia e protegendo-o de seus predadores.

Streck acredita que na Teoria do Direito, o modelo excessivamente teórico de abordagem gera uma asfixia da realidade³⁰⁸ reduzindo o universo jurídico a um complexo de regras que cada vez “objetificam” as situações reais (vide o caso das súmulas vinculantes)

³⁰⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. op. cit, p. 225.

³⁰⁷ STRECK, Lênio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica*:. op.cit. p. 83

³⁰⁸ Idem, *ibidem*, p.219.

impedindo que os aplicadores do direito façam uma aproximação do mundo a sua volta e dos detalhes do caso concreto que vão fazer toda a diferença para a realização da Justiça.

É nesse sentido que quando se fala em dupla estrutura da linguagem, estamos nos referindo àquilo que é explicativo, ou seja, apofântico, e ao mesmo tempo já é também interpretativo, ou seja hermenêutico. Desse modo, qualquer interpretação de um fenômeno (no caso, um texto jurídico) já se dá a partir de uma pré-compreensão própria do intérprete, não sendo possível, nesse sentido, o conhecimento do caráter de uma norma apenas no campo lógico: ela já vem carregada de sentidos, a pré-compreensão do sujeito.

Apostando, portanto, no protagonismo judicial através de um posicionamento solipsista, alguém que decide sem compromisso com as estruturas do Direito, a partir de sua consciência, o positivismo jurídico com sua perspectiva analítica, acaba por se afastar da linguagem intersubjetiva compartilhada, que é fonte da coerência e integridade do sistema de direito, abandonando uma necessária aproximação garantidora da segurança jurídica e da ordem democrática do direito.

Conforme sustenta Streck³⁰⁹, ao reconhecer a linguagem como instrumento de superação do esquema sujeito-objeto, superando o pensamento dogmático objetivador que pensa o objeto metafisicamente, a hermenêutica permite um processo de interpretação, desnublado a “coisa mesma” sob os aportes filosóficos. Desse modo, será possível superar qualquer discricionariedade, arbitrariedade ou decisionismo, permitindo que o texto adquira o seu sentido na aplicação do caso concreto, o que representa a ruptura dos paradigmas objetivista-aristotélico-tomista e da subjetividade da filosofia da consciência, superando os dualismos que caracterizam o pensamento metafísico.

A aplicação da lei, ou a sua *applicatio* _para utilizar o termo gadameriano, deverá ocorrer a partir de uma hermenêutica atenta aos pré-juízos e pré-compreensões do intérprete que se dá através do círculo hermenêutico, desenvolvido por Hans-Georg Gadamer³¹⁰, a partir da sua hermenêutica filosófica apresentada em Verdade e Método (título que pode ser entendido como Verdade ou Método).

Na obra, o autor apresenta as dificuldades do método analítico, baseado na filosofia da consciência, desenvolvida por Martin Heidegger onde a partir da descoberta do *Dasein*, o ser

³⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. op. cit. p. 253-254.

³¹⁰ GADAMER, Hans Gorg. *Verdade e Método I*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. 12.[ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

limitado no seu tempo, moldado pela sua tradição, cuja percepção de mundo é condicionada aos seus pré-juízos, havendo sempre um sentido que antecipado, precisa ser reconhecido.

Isto significa a superação dos dualismos metafísicos, unindo as partes de um todo, onde a atribuição de sentido (*Sinnegebung*) se dá na síntese hermenêutica praticada no plano da realidade do direito³¹¹, superando a interpretação clássica trifásica consistente no compreender/interpretar/aplicar, que faz o texto refém da filosofia da consciência.

A vontade discricionária do sujeito solipsista, nesse novo paradigma filosófico, é substituído por uma estrutura que consiste na linguagem intersubjetivo do sistema de justiça, somada ao caso concreto, pois conforme leciona Streck³¹²:

A discussão jurídica é sempre concreta, confessemos, pela simples razão de que não somos metafísicos, não somos seres numerais: *até mesmo quando se faz controle concentrado, há concretude*. Afinal, há muito já se disse que a filosofia tem que descer dos céus para a terra, uma vez que os problemas estão cá em terra firme e não no mundo das ideias platônicas.

No paradigma do estado democrático de direito, os princípios constitucionais resgatam o mundo prático para o Direito, portanto fecham a interpretação, limitando o grau de subjetividade do intérprete. Por isso, não se podem confundir as cláusulas de princípios constitucionais com os princípios gerais do direito, que são coisas totalmente distintas³¹³, os princípios são bem mais que isso.

A aplicação do direito assim, através do paradigma hermenêutico e fundamentada num sistema de coerência e integridade, será constitucionalmente adequada na medida que em que são respeitados os limites de discricionariedade, a partir dos princípios constitucionais devem estar dotados de normatividade forte, não ficando sujeitos a ponderações e valorizações subjetivas que diminuem a força normativa da Constituição, reduzindo o grau de legitimidade democrática da decisão e, portanto, de adequação às garantias constitucionais.

³¹¹ STRECK, Lênio Luiz. *Dicionário...* op. cit., p.139.

³¹² STRECK, L.L., LIMA, M.M.B., ANDRADE, M.C. A., A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso.

³¹³ STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. op. cit., p. 261.

3.3 Uma Proposta Conciliatória

O debate travado por Ferrajoli e Streck dá a dimensão da problemática causada pelas teorias neoconstitucionalistas que acreditou que a volta da moral ao Direito, a partir de um ponto de vista externo de valor, de caráter jusnaturalista, poderia promover um encontro entre a validade e a facticidade da lei, no intuito de superar o formalismo excessivo e distanciado da realidade, pois se encontrava limitado à esfera de uma teoria do direito (positivismo) que, em busca de uma pureza metodológica havia os separado.

Assim, Ferrajoli aposta num método semântico rigoroso onde acredita poder controlar a decisão judicial a partir de uma renovada teoria do direito positivo coerente com estado constitucional de direito, baseada na teoria política e na teoria da linguagem jurídica, enfatizando a essência do constitucionalismo rígido contemporâneo na regulação dos significados jurídicos por normas substanciais que são a base da sua legalidade substantiva³¹⁴ e que limitam todos os atos do governo para garantir as liberdades individuais e vincular o conteúdo do direito positivo a efetividade dos direitos sociais.

Nesse sentido, a teoria geral do direito elaborada por Luigi Ferrajoli reconstrói uma linguagem teórica para a ciência jurídica, intensamente preocupada em ampliar os efeitos da principiologia/axiologia própria do constitucionalismo contemporâneo reduzindo os espaços de divergência entre o “dever-ser” constitucional e a realidade do direito, através de um formalismo lógico despido de pretensões normativas³¹⁵, para além do que já normatizado pela própria Constituição. Ferrajoli é, e nesse sentido, preocupado com o estado democrático de direito e com a divisão de poderes, na medida em que remete ao legislativo todo tipo de antinomia ou lacuna impedindo qualquer atuação do judiciário fora dos limites de sua competência constitucionalmente fixada.

Ferrajoli busca assim na semântica constitucional reconhecendo o caráter substancialista do direito contemporâneo, que vai além do legalismo para alcançar a principiologia do paradigma constitucional atual, os caminhos para lidar, explicitar e teorizar o significado, conteúdo e substância dos signos do vocabulário jurídico deste tempo.

Esse fator temporal, centrado na historicidade e na tradição vivida, mas principalmente na razão do direito posto (positivo) e na principiologia do atual paradigma constitucional, é uma

³¹⁴ CADERMATORI, Sérgio Urquhart; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Principia iuris: uma teoria normativa do direito e da democracia. *Revista Pensar Fortaleza*, v. 15, jan-jun, 2010, p. 278-302.

³¹⁵ Idem, ibidem.

das principais razões que motivam o trabalho desenvolvido por Ferrajoli³¹⁶ especialmente em *Principia Juris*, onde o autor esclarece que a tarefa de elaboração e análise da relação lógica entre os conceitos que compõem esse modelo não é apenas explicativo, mas também normativo, já que o paradigma atual da democracia constitucional, caracterizado pelos diferentes níveis de legislação e ordenamento, devem regular-se a si mesmos.

Assim, o teórico desenvolve uma ferramenta no campo da gramática e da semântica constitucionais adequando-a para lidar com a problemática do decisionismo e a proteção dos direitos e garantias, promovendo assim uma análise crítica e técnica da linguagem, para diminuir a evitável divergência entre o dever-ser constitucional e as leis vigentes. O problema é que quanto maior o problema jurídico do caso concreto, mais se exigirá um maior rigor lógico da linguagem e das relações que se formulam na ordem constitucional.

Ferrajoli no entanto, não abandona a discricionariedade. Admite três situações em que seria inevitável o poder de discricionariedade judicial, sendo que nesse sentido a sua teoria possui um “falha”, uma abertura para a discricionariedade judicial e é nesse ponto que a Crítica Hermenêutica do Direito, de Streck pode complementar sua teoria.

A proposta garantista de Ferrajoli, acende o alerta contra os desvios das teses principialistas argumentativas na medida em que demonstra que sob o pretexto de superação do positivismo jurídico as teses principialistas e argumentativas acabam por promover uma reaproximação do direito da moral, a partir de um ponto de vista externo ao Direito, o que tem como consequência a perda da normatividade da Constituição e o distanciamento de sua principiologia, especialmente quanto ao seu caráter democrático.

A possibilidade de ponderação de princípio, que surge a partir da visão neoconstitucionalista de uma diferença estrutural entre os princípios e regras, transforma as cláusulas constitucionais de caráter mais abrangente e abstrato em verdadeiras brechas por onde a vontade solipsista, com a intenção de correção do Direito, invade o campo legislativo, que é a fonte da democracia constitucional e, a partir de uma inocente crença em um neokantismo já denunciado, tem como consequência o enfraquecimento da Constituição e dos direitos fundamentais.

No mesmo sentido inicial, a Crítica Hermenêutica do Direito, desenvolvida por Lênio Streck nas suas diversas obras analisadas demonstra como as teorias principialistas falharam ao

³¹⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Direito e Razão*, p. XII. Introdução

pressupor que a partir de uma teoria argumentativa poderiam superar o formalismo acrílico do positivismo, trazendo de volta a moral externa do aplicador do Direito para o campo da decisão judicial, o que contraditoriamente, ao invés de superar o positivismo jurídico, acaba por reforçar-lhe o caráter mais prejudicial: justamente a discricionariedade, que ao transferir a decisão para o julgamento subjetivo do aplicador do Direito, permite que a decisão se dê sem qualquer epistemologia capaz de controlar sua adequação.

Na busca por respostas constitucionalmente adequadas a Teoria Crítica Hermenêutica apresentada por Streck, engloba assim aspectos da independência e da autonomia do Direito, obtidos pela ciência do Direito, através do positivismo jurídico, reforçado agora, na esteira do propalado pelo jusconstitucionalismo de Ferrajoli, pela normatividade que a Constituição adquire a partir da segunda metade do Século XX e da ideia de co-originaridade entre o Direito e moral, obtida a partir da obra de Jürgen Habermas, que garante a existência de um sistema democrático de separação de poderes e a autonomia privada de auto legislação e autogoverno dos cidadãos.

A tudo isso, soma-se por fim, a filosofia hermenêutica de Martin Heidegger e a hermenêutica filosófica de Hans Georg Gadamer e a mudança de paradigmas filosóficos, com a superação da filosofia da consciência a partir do giro-linguístico, que permitem que compreensão e interpretação do Direito, possam se dar de forma livre de uma razão prática solipsista e com compromissos com a comunidade.

Da mesma forma, ao apropriar-se dos conceitos de coerência e integridade do Direito, presentes na obra de Dworkin, a teoria crítica hermenêutica busca garantir a segurança jurídica e a estabilidade das decisões, atreladas ainda ao critério de julgamento feito a partir de argumentos de princípios, o que une de modo importante e garantista o cumprimento da ordem constitucional, reforçando a normatividade da Constituição.

Na busca por uma epistemologia da decisão jurídica democrática, sem perder de vista o respeito a responsabilidade política do julgador na orientação das suas decisões, deverão ser observados limites de uma linguagem não mais solipsista, subjetiva ou individual dos juízes, mas que deverão levar em conta a história institucional do Direito, promovendo uma interpretação construtiva de cada caso concreto, a partir de uma linguagem intersubjetiva e permitindo que a normatividade da Constituição possa efetivar enfim as promessas da Modernidade, inscritas nas cláusulas principiológicas da Constituição.

4 – ESTUDO DE CASO: A RECLAMAÇÃO N. 4.335-5 COMO EXEMPLO PARADIGMÁTICO

4.1 A Perspectiva Da Mutação Constitucional

A Teoria Geral do Direito Público surge na passagem do estado constitucional liberal clássico para o estado constitucional social³¹⁷ onde há uma redefinição dos papéis do Estado, assim como a ampliação de suas funções, na passagem do Séc. XIX para o Século XX, quando o Estado passa a assumir compromissos de prestação de serviços públicos, no planejamento e organização da atividade administrativa e na intervenção da economia, buscando-se transplantar para o direito público os institutos então típicos de direito privado com os quais o direito lidava até então.

Os métodos de direito privado no entanto mostram-se insuficientes para lidar com a problemática do direito público, o que é percebido por Georg Jellinek³¹⁸ que na busca por uma teoria geral do estado identifica um problemática na elaboração de uma doutrina do Estado antevendo limites ou restrições de cunho sociológico que impunham uma dificuldade de método, o que teria causado uma grande lacuna na literatura sobre a ciência do estado onde os métodos antigos não poderiam mais satisfazer as exigências da contemporaneidade. Jellinek então procura desenvolver um método próprio para a teoria do estado e da Constituição onde identifica a diferença entre as ciências naturais e ciências sociais.

Identifica-se portanto a possibilidade de haver uma contraposição entre a realidade social e a normatividade constitucional de acordo com esse dualismo metodológico a atividade e o conhecimento científico a serem implementados no método da Teoria do Estado e da Constituição diferiam se pelo tipo de ciência que tratavam, já que deveriam incluir uma ciência normativa que se atem aos fatos (positivismo), classificada como ciência da natureza e uma ciência do espírito ou da cultura, havendo uma “distinção angular: enquanto o propósito da primeira é *-erkären-* [...] o das ciências do espírito seria compreender *-verstehen-*”³¹⁹.

As conclusões de Jellinek no entanto, não são resolutivas na medida em que diante da questão do Estado como uma realidade política ou um sistema de normas, o que equivale dizer: entre o ser e o dever-ser constitucional, Jellinek chega à conclusão de que uma teoria do Estado

³¹⁷ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. *Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição*, Belo Horizonte: Arraes, 2017.

³¹⁸ Idem, *ibidem*,

³¹⁹ STRECK, Lenio. *Dicionário de Hermenêutica*, op. cit, p. 85-86.

deveria ser estudada a partir de ambas as expectativas sendo que em sua obra acaba por refletir mas sobre o método histórico social do que exatamente sobre um método jurídico³²⁰ não chegando a unificar o enfoque teórico por meio de uma mediação entre ambas as perspectivas metodológicas não encontrando uma redutibilidade ante a incomensurabilidade de ambas as perspectivas.

No dualismo metodológico jellinekiano a análise histórico social permanece externa a análise jurídica tão somente e quando muito como sendo um olhar complementar que todavia não contribui para uma visão que da perspectiva interna da teoria do direito fosse não apenas capaz de superar o próprio dualismo metodológico mas também o próprio positivismo jurídico em crise que ele está subjacente.

Streck afirma que é em Hans Kelsen que a doutrina passa a representar muito mais que a mera distinção entre o ser e o dever-ser (*sein -sollen*), buscando superar o dualismo por meio de uma teoria do direito que, a partir dessa diferença (ser e dever-ser) considera a eficácia como condição de validade, projetando uma interpretação expansiva e radical do dualismo³²¹ de modo que para ele o Estado, na teoria do direito do século XIX, é o princípio que representa a unidade do ordenamento jurídico e reconhecendo a lacuna entre o nível de facticidade e normatividade, entre o que é e o que deveria ser, restringe a sua ciência do direito exclusivamente as bases normativas que serão objeto da análise pelo jurista/cientista.

Kelsen, no entanto, antevê que, ao aplicar a lei ao caso concreto através de uma decisão, o juiz produz uma norma particular, em parte regulada pela lei mas também por elementos específicos do caso, que o legislador não previu nem poderia prever, onde se inclui uma atividade discricionária³²² dentro dos parâmetros estabelecidos pela lei que, quando interpretada, pode apresentar várias possibilidades de solução do caso concreto. A sentença é pois, uma norma, mas não uma norma geral, já que produzida simplesmente em relação a um processo particular, ficando a realidade histórica portanto limitada a moldura da norma.

A discussão sobre os limites e métodos de uma teoria do Estado e da Constituição é especialmente tratada na Alemanha, com grande interesse, onde os debates sobre os rumos da nação, sob a ordem constitucional de Weimar tornaram-se fonte de várias doutrinas³²³. Entre elas também merece destaque a elaboração de Rudolf Smend com uma teoria integrativa do

³²⁰ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. *Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição*, Belo Horizonte: Arraes, 2017 p. 14

³²¹ STRECK, Lenio, *Dicionário...* op.cit.p. 87.

³²² KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes. 2019.

³²³ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni., op. cit.

Estado e da Constituição como uma crítica ao formalismo e abstração das leis, aos quais o direito e a Teoria da Constituição não poderiam ficar reduzidos, buscando elaborar uma teoria que garantisse uma integração dinâmica dentre a realidade político social e as normas jurídicas³²⁴, onde o intérprete da lei faria uma construção extensiva e flexível da norma, permitindo que seu significado seja culturalmente construído possibilitando um processo de formação contínua do Estado.

É nesse sentido que Smend idealiza uma teoria da Constituição onde o significado das normas pode mudar ao ser construído culturalmente ao longo da história através de três dimensões: a dimensão correspondente as identidades culturais coletivas e individuais, a dimensão funcional que diz respeito à função do direito e do estado na sociedade e a dimensão material, que diz respeito a construção no tempo da Constituição e do direito³²⁵. A Constituição nesse sentido não poderá restar reduzida a uma ordenação jurídica, nem tampouco se reduzir a uma mera configuração política social o que no seu entendimento impede um caráter estático³²⁶, assumindo um caráter dinâmico que acompanha os momentos históricos reconfigurando o sentido da norma constitucional.

É a partir de Smend que é feita a construção de Dau Lin chamará de mutação constitucional, onde o texto constitucional permaneceria o mesmo, mas o seu sentido normativo poderia vir a sofrer mutações em razão de alterações no contexto cultural das relações sociais, reconhecendo que “ a realidade constitucional é mais ampla que a normatividade constitucional”³²⁷, o que deve ser observado pelo intérprete da Constituição.

Streck, no entanto ressalta que foi Smend um dos fundadores da doutrina alemão do pós-segunda guerra e um dos primeiros a falar em princípios, sendo que para ele justamente por existir essa dinâmica social que movimenta a ordem jurídica a Constituição estaria reservada a regular as forças sociais em movimento, sem, no entanto, buscar contê-las³²⁸. Dessa forma é na principiologia constitucional que se adaptam as diversas transformações e interpretação dos textos legais a partir de mudanças sociais e culturais que podem ocorrer na sociedade, mas serão sempre interpretadas, através dos princípios de forma a preservar a integridade do direito.

³²⁴ Ibidem, p.37

³²⁵ Ibidem, p. 36

³²⁶ Ibidem p. 37

³²⁷ DAU LIN apud OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni, op. cit.

³²⁸ STRECK. Lenio Luiz, *Diccionario...* op. cit. p. 52

É nesse sentido que Streck acredita que Dau Lin, ao elaborar a sua tese de mutação, não leva em conta o que é central para o pós segunda guerra e em especial para construção do estado democrático de direito na atualidade: exatamente o seu caráter principiológico e a exigência de integridade a que esse direito democrático se expõe³²⁹, não oferecendo parâmetros para frear a mutação constitucional, impondo limites às modificações de sentido que sendo dissonantes da Constituição não estariam no entanto aptas a quebrar a própria unidade do estado.

Nesse sentido, observando que quando da elaboração das teorias de Smend e Dau Lin, não se encontrava conformado o papel das cortes Constitucionais na Teoria constitucional, anotando que talvez, suas conclusões poderiam ser diferentes, considerando o papel que exercem hoje esses tribunais, Streck, Martônio Barreto Lima e Cattoni, afirmam que :

Em última análise a tese da mutação constitucional advoga em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes ora um tribunal não pode mudar a Constituição um tribunal não pode inventar o direito este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional numa democracia.³³⁰

É nesse sentido que concordamos com Marcelo Cattoni e Jürgen Habermas quando eles afirma que o direito possui uma força legitimadora, na medida em que se estabiliza na possibilidade que as decisões possam ser tomadas de forma participativa³³¹ através da representação e de instrumentos de participação direta, de forma que possam ser tomadas através de um processo institucionalizado que a partir da participação dos destinatários da lei na elaboração e na construção dessas decisões garante a legitimidade através de uma mobilização política que se realiza por meio desses mecanismos institucionais

A questão da efetividade e da legitimidade do direito envolve assim um processo de legitimação do exercício do poder, mas também a sua geração através de um poder político legítimo por meio do direito socialmente elaborado³³² no âmbito desta própria sociedade através do exercício dos direitos políticos desenvolvidos e que adquire validade por meio dos procedimentos que são instituídos por esta prática.

Não podemos entender o problema da legitimidade e da efetividade do direito a partir dessa distinção entre real e formal porque isso reproduz aquela ideia da distinção entre

³²⁹ LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo de Andrade Cattoni; STRECK, Lenio; A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Argumenta Journal Law*. N. 07. 2007.

³³⁰ Idem, ibidem, p.61

³³¹ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni., op. cit. p. 76

³³² Idem, ibidem.

direito natural e direito positivo como se o direito fosse algo eterno e imutável quando na verdade ele é uma construção histórica inclusive do ponto de vista da sua interpretação.³³³

Quer também com base na interação peculiar que a normatividade da Constituição mantém com a realidade histórico-social em que está inserida que Konrad Hesse identifica os seus limites e possibilidades, assim como os pressupostos necessários para que desenvolva sua força normativa. Nesse sentido reconhece-se que a força condicionante da realidade e a força normativa da Constituição coexistem como fatores distintos, devendo haver uma complementaridade condicionante, não havendo que se falar em uma fundamentalidade apriorística³³⁴, de uma ordem jurídica ou da ordem político social.

Konrad Hesse também destaca a importância de uma construção interpretativa para estabilidade e o desenvolvimento da força normativa da Constituição a fim de concretizar de forma excelente o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação dessa forma as alterações sentidas na realidade podem e devem intervir na interpretação constitucional porém restritas as possibilidades de sentido da proposição normativa de forma que não seja drástica a ponto de obstar a realização dos sentidos ou ignorar os limites do texto constitucional.

[...] o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (Telos) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito. Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites.³³⁵

A Constituição nesse sentido não possui sua força normativa desvinculada de uma realidade fática não é mera ciência normativa a como pensado pelo positivismo formalista sendo que essas duas características condicionam a sua interpretação. Portanto, a concretização plena de sua força normativa constitui uma meta da ciência do Direito Constitucional que cumpre seu mister “não quando procura demonstrar que as questões constitucionais são

³³³ Idem, ibidem

³³⁴ PANSIERI, Flávio; SOUZA, Henrique Soares. *Mutação constitucional à luz da teoria constitucional contemporânea*. Porto Alegre, Livraria do advogado, 2018. P.17

³³⁵ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre, Sergio Fabris Editor. 1991. P. 23.

questões do poder mas quando em vida esforços para evitar que elas se convertam em questões do poder (Machtfragen)”³³⁶, de forma que compete portanto a ciência do direito constitucional estabelecer epistemologia adequada que lhe permita e propicie adquirir a eficácia possível, desenvolvendo a dogmática e a interpretação constitucional para “realçar, despertar e preservar a vontade da Constituição”, fortalecendo sua força normativa.

Deve ser frisado que a Constituição é justamente esse instrumento contra majoritário responsável pela manutenção da democracia mesmo em tempos de crise, de forma que o poder judiciário tem legitimidade para ignorar os clamores sociais e a vontade das maiorias, se assim o direito permitir. Pois ao julgar de acordo com direito será maior a sua legitimidade, atender a vontade das ruas pode significar um desvirtuamento ativista da jurisdição constitucional e contribuir para a sua fragilização.

Nesse sentido também a classificação ontológica de que trata Lowestein em sua teoria da Constituição³³⁷, onde analisa a questão acerca da concordância entre as normas e os processos de poder, busca superar da mesma forma, o enfoque eminentemente jurídico formal a partir de uma tese onde uma Constituição escrita não funciona por si mesma, mas deverá se tornar realidade no seio de seu meio social e político³³⁸. O caráter normativo da Constituição deve portanto ser confirmado na prática através de uma dinâmica política que se adapte à sua norma, carecendo portanto de uma realidade existencial. Para Lowestein, nessa classificação ontológica, uma Constituição nominal seria aquela onde os pressupostos sociais e econômicos operariam contra uma concordância das normas constitucionais e as exigências dos processos de poder.

Marcelo Cattoni no entanto, faz uma crítica à esta distinção, observando que o caráter dualista entre legitimidade e efetividade, considerado como hiato entre as normas e fatos é a mesma lógica de distinção entre o direito natural e o direito positivo, havendo um déficit hermenêutico também em sua teoria da mutação constitucional que remete a idealização do direito e da realidade política desconsiderando o caráter histórico, hermenêutico e construtivo da realidade social e política e as implicações políticas da crítica sociológica do direito³³⁹. Assim Cattoni acredita Lana renovação da teoria da Constituição como uma ciência crítico reconstrutiva, que exige que se mantenha aberta ao mesmo tempo, uma sociologia jurídica

³³⁶ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni., op. cit., p. 27

³³⁷ LOWESTEIN, Karl apud Marcelo Andrade Cattoni., op. cit., p. 28.

³³⁸ Idem ibidem.

³³⁹ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni, op. cit.

reconstrutivista dos conteúdos e exigências normativas inscritos na gramática moral, bem como numa filosofia jurídica que problematize e esclareça as condições normativas no interior da própria sociedade, para uma formação democrática do poder político.

Como afirma Canotilho:

Pese embora o exagero da formulação a alguma coisa de exato na afirmação de Lowestein quando ele considera que uma ‘Constituição não é jamais a concretização a concretização idêntica a si própria, estando constantemente submetida ao panha rei e heraclitiano de todo ser vivo’. Todavía uma coisa é admitirem se alterações do âmbito ou esfera da norma que ainda se podem considerar suscetíveis de serem abrangidas pelo programa normativo e outra coisa é legitimarem-se alterações constitucionais que se traduzem na existência de uma realidade constitucional inconstitucional.³⁴⁰

Com efeito temos que, ao chamar para si a responsabilidade por essa espécie de atualização do texto constitucional, o poder judiciário ou o tribunal constitucional e mais especificamente o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação 4335 /2007, que entendeu pela retirada de eficácia da norma declarada constitucional pelo tribunal, em controle difuso, busca transformar-se em um poder constituinte permanente. De fato, acaba por legislar muito embora alegue uma pretensa mutação constitucional.

E não deixa de ser observado pelo ministro Eros Grau, que a interpretação dada excede a moldura do texto estendendo o seu poder de criatividade através da interpretação, para além do próprio texto constitucional, avançando assim até o ponto de propor a substituição de um texto normativo por outro.

Para sustentar a sua tese, o Ministro recorre ao conceito de tradição em Jean Pierre Vernant no qual deve-se levar em conta se essa mutação constitucional que se pretende levar a efeito, vai se manter adequada a tradição, mantendo a coerência com todo o contexto constitucional “já que a mutação não é uma degenerescência, senão não uma manifestação de sanidade do ordenamento”³⁴¹. A mutação constitucional, nesse sentido deve se dar como forma de harmonização de uma realidade político social a realidade normativa principiológica, e não como uma revisão constitucional feita a partir de escolha política pelo poder judiciário, sendo

³⁴⁰ CANOTILHO, J.J. op. cit. p. 1215

³⁴¹ LIMA, M. M. B.; OLIVEIRA, M. A. C.; STRECK, L. L. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: op. cit.

que o que o autoriza é sobretudo a existência de uma tradição dentro da história institucional da Justiça e da sociedade.

Assim ao ultrapassar uma dada interpretação do texto constitucional para um outro tipo de interpretação e quando mais como no caso, em que o próprio texto é excluído do corpo constitucional é preciso que se questione se ainda estamos “falando a mesma língua da Constituição”³⁴² e se o novo texto que surge, permanece coerente com o seu contexto, devendo estar ligado e confrontado aos demais textos que compõem a Constituição, com o qual irá constituir o mesmo espaço semântico.

Qual seria, portanto, a tradição que estaria sendo mantida, com a alteração/exclusão do art. 52, X da Constituição Federal, excluindo o poder do Senado Federal não apenas de publicar, mas de estender a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, nos casos de controle difuso, onde a inconstitucionalidade da lei é declarada não abstratamente mas, no caso concreto havido e trazido pelas partes para o controle jurisdicional?

Essa pergunta não é respondida pelos Ministros do STF, ou pelo menos não é satisfatoriamente esclarecida, uma vez que o controle difuso possui uma longa história constitucional tendo sido mantido desde a primeira Constituição da República, em decisões que chamaram a atenção para a importância da sua permanência no sistema mesmo após as alterações trazidas com a inclusão do controle concentrado, em suas varias modalidades.

Streck, Cattoni e Martônio Mont’Alverne chamam ainda a atenção para uma tautologia da posição de Pierre Vernant que a leva a um paradoxo:

Em que sentido a substituição do texto constitucional feito em nome de uma mutação deixa o novo texto em harmonia com a tradição não é exatamente para mudar a tradição que se faz mutação mas então se se faz mutação para alterá-la como lhe ser coerente e fiel é esse sentido que a posição de Vernant é tautológica incorrendo em um paradoxo e paradoxos são coisas sobre as quais não podemos decidir ³⁴³

Assim, nos parece que a mutação constitucional no âmbito do constitucionalismo contemporâneo, deverá ser trabalhada a partir de uma interpretação integrativa que respeite o âmbito normativo do estado democrático de direito, a partir dos seus procedimentos pré-definidos. No âmbito da decisão judicial, nesse sentido, um eventual reconhecimento de mutação deverá sempre respeitar os limites da jurisdição trabalhando com uma interpretação

³⁴² Idem ibidem.

³⁴³ Idem, ibidem, p. 63.

criteriosa, tomando a questão posta a partir tinha um argumento de princípio e a partir de um argumento de política como se evidencia o caso em tela, onde busca no fenômeno da sumulariação das decisões uma forma de redução do número de recursos judiciais.

Adotando a posição de Dworkin em sua “tese dos direitos”,³⁴⁴ e na esteira do posicionamento adotado pelo Prof. Leandro Corrêa de Oliveira, as decisões corretas serão aquelas que respeitem as convenções políticas e os precedentes anteriores e saibam incorporar princípios da moral pessoal e política na sua justificação:

Não pode judiciário como intérprete mais privilegiado da Constituição solapar ou se apropriar da política ou o papel do legislativo pois não é dado ao juiz impor suas próprias escolhas suas preferências sua vontade havendo aí o risco da discricionariedade e do arbítrio.³⁴⁵

É nesse sentido que na decisão, tomada na Reclamação n. 4.335-5/07, o Supremo Tribunal Federal foge de toda convencionalidade normativa do Estado Democrático de Direito pois: i) não se desvencilhou de sua responsabilidade de justificação, que estivesse apta a fundamentar uma interpretação integrativa da constituição, no sentido das teses de mutação vistas, e inclusive, do próprio conceito de mutação elaborado por Dau-Lin e Konrad Hesse, ao ultrapassar os limites semânticos do texto constitucional, a ponto de promover o verdadeiro expurgo da regra própria constitucional, ii) confronta o princípio de separação de poderes, excluindo o Senado Federal da participação do processo de retirada de validade da lei do ordenamento jurídico, iii) ofende também o princípios do devido processo legal (na medida em que as decisão em sede de controle difuso passariam a ter efeitos *erga omnes*, inclusive os que não participaram do processo) e da mesma forma iv) ofende o princípio constituinte, promovendo uma revisão constitucional, para a qual não possui competência, faltando-lhe assim o elemento essencial de legitimidade, que lhe confere ademais, a própria validade dentro do sistema normativo constitucional.

³⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *Leando...op. cit.* Pp.

³⁴⁵ OLIVEIRA, Leandro Corrêa. *A jurisdição constitucional em perspectiva: judicialização, ativismo judicial e diálogo no Supremo Tribunal Federal. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2014.*

4.2 A Perspectiva Do Ativismo Judicial

Por contingência da constitucionalização dos direitos individuais e direitos sociais além dos direitos democráticos de que resultam os princípios constitucionais, o fenômeno do ativismo judicial associa-se da judicialização da política, na medida em que a participação cada vez mais ampla e intensa do Judiciário nas tarefas de concretização dos direitos, muitas vezes acaba por ter reflexos importantes no âmbito de atuação dos demais poderes.

Leandro Corrêa de Oliveira³⁴⁶ aponta que é a judicialização da política de onde surgem condutas i) de aplicação direta da Constituição em âmbitos ainda não delimitados pelo legislador infraconstitucional, ii) de declaração de inconstitucionalidade de atos normativos por critérios menos rígidos do que a declaração de inconstitucionalidade e iii) e imposição de condutas ou abstenções notadamente em matéria de políticas públicas, havendo assim uma interferência que ganhou maior força como vimos, a partir das novas constituições do pós-guerra, e no nosso caso brasileiro, com a Constituição Federal de 1988.

A judicialização é portanto, um fenômeno inevitável, mesmo que em alguns momentos ela se dê de forma exagerada. Em contraposição a essa contingência, o ativismo judicial possui uma característica que vai além da judicialização, ou seja a partir de uma dada judicialização de direitos, a corte julgadora adotará uma posição chamada mais *liberal*³⁴⁷ da atividade jurisdicional, proferindo decisões que muitas vezes tendem a ser feitas sob uma motivação política; em oposição a judicialização, como um fato, o ativismo seria a escolha de um modo específico e ativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu alcance diante de uma associada omissão legislativa e algumas vezes sob a simples justificativa corretiva. O ativismo judicial se coloca assim como uma forma de interferência³⁴⁸ no papel dos demais poderes.

Há muitos os exemplos no Brasil de atuação do Supremo Tribunal Federal proferindo decisões que muitas vezes podem parecer fugir de sua competência, o que é sem dúvida é uma consequência da possibilidade de atribuição de sentido as expressões vagas, fluidas ou indeterminadas³⁴⁹ constantes do texto constitucional, em especial as suas cláusulas de princípios, sendo que o exercício da jurisdição, no entanto não pressupõe que, os julgadores possam decidir com base na política. Assim, “se o direito constitucional está vinculado com a política, a política, por seu turno, não está à disposição daqueles que decidem no âmbito

³⁴⁶ Idem, *ibidem*.

³⁴⁷ Idem, *ibidem*.

³⁴⁸ Idem, *ibidem*.

³⁴⁹ Idem *ibidem*.

constitucional”³⁵⁰. Pelo contrário, a política costuma funcionar como um predador do Direito, sendo uma função que por princípio se encontra no âmbito dos demais poderes.

Gisele Cittadino³⁵¹ por outro lado, salienta o papel positivo que o Poder Judiciário pode desempenhar nas democracias constitucionais sendo a sua participação inseparável do caráter de superação do legalismo liberal o que significa o reconhecimento da filosofia constitucional comprometida com a igualdade e dignidade humanas e com a efetivação da participação popular na vida política, através da concretização dos direitos pelos tribunais.

O perigo do ativismo se encontra quando o seu vínculo com a lógica democrática decorrente do próprio processo de judicialização da política ameaça viabilizar quebra de limites a soberania popular, ou seja é importante que se estabeleça limites de orientação da atividade judicial de maneira a proteger o pacto democrático de uma comunidade jurídica dotada de autonomia política e auto-determinação, impedindo que o Judiciário na figura de seus juízes se comportem como “profetas ou deuses do direito”³⁵², imunes a uma necessária crítica e controle social (accountability).

Nesse sentido Cittadino³⁵³ defende que mesmo diante do caráter eminentemente interpretativo concernente as normas de princípio das Constituições, não pode colocar em risco o princípio da separação de poderes, nesse sentido, afirma que:

Os tribunais constitucionais, ainda que recorram a argumentos que ultrapassem o direito escrito, devem proferir decisões corretas e não se envolver na tarefa de criação do direito a partir de valores preferencialmente aceitos. As decisões de princípio proferidas pelas cortes supremas não podem ser equiparadas a emissões de juízos que ponderam objetivos valores e bens coletivos.

A deferência ao texto legal assume uma importância sistemática para Streck³⁵⁴, para quem o texto claro de uma norma deve ser aplicado pelos juízes, não em virtude *simplesmente* de uma supremacia legislativa, mas sim em nome da relevância que a legislação ocupa dentro do modelo de integridade do direito, pois ignorar esse sistema um risco para democracia e para integridade global da legislação situação em que se caracteriza o overall dworkiano, ou seja

³⁵⁰ Idem, *ibidem*,

³⁵¹ CITTADINO. Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano II, n.º 2, e Ano III, n.º 3, 2001-2002. p. 135-145.

³⁵² Idem, *ibidem*.

³⁵³ Idem, *ibidem*.

³⁵⁴ STRECK Lênio Luiz Streck. *Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte. Editora Casa do Direito, 2020. p. 44

uma quebra da cadeia de decisões que compõem a integridade do Direito, vindo a causar um desequilíbrio de todo o sistema.

Nesse sentido a existência de uma epistemologia adequada na aplicação da lei, representa o respeito ao sistema democrático de justiça e a garantia de que os tribunais estarão defendendo a força normativa da constituição e garantia de direitos democráticos, agindo no limite de sua responsabilidade política, sem que interfira na ordem e valores, especialmente a partir de posicionamentos solipsistas que não estejam de acordo com a coerência e integridade do sistema de Justiça.

No entanto, não são raros os exemplos de ativismo judicial no Brasil. André Karam Trindade e Rafael Tomaz de Oliveira, fazendo uma ligação causal do ativismo com a ineficiência da atividade judicial, cita alguns exemplos recentes no sentido de que quanto maior for a ineficiência ou a paralização desta, maior será o grau de judicialização e de ativismo praticado pelos Tribunais:

Com efeito, no primeiro aspecto ressaltado – de intervenções no campo das relações interinstitucionais – são dignas de nota as decisões firmadas pela Corte na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 378, que, a pretexto de discutir a legitimidade constitucional do rito do processo de impeachment, acabou por interferir na interpretação do regimento interno de uma das casas legislativas (no caso, a Câmara dos Deputados), bem como determinar atribuições prelibatórias ao Senado Federal que parecem não se ajustar ao que determina o artigo 86 da Constituição Federal de 1988. Por outro lado, na ADPF 347, ao reconhecer um propalado “Estado de Coisas Inconstitucional” no sistema penitenciário brasileiro, acabou por determinar regras de estruturação de políticas públicas que interferiram no modo como a União gerencia/gerenciava os recursos do fundo penitenciário.³⁵⁵

Podem ainda ser relacionados a partir da crítica do próprio Min. Barroso, outras ações natureza constitucional julgadas no STF, em casos de judicialização da política, muitas vezes acompanhados de um comportamento ativista da Corte e que produziram impacto em um ramo específico do Direito.

Entre as diversas decisões prolatadas pelo STF, que foram questionadas a competência e a legitimidade do Tribunal, tendo em vista uma eventual invasão no campo das competências legislativas, podemos anotar, no campo do Direito civil, a proibição da prisão por dívida no

³⁵⁵ TRINDADE. André Karam. O ativismo judicial na debacle do sistema jurídico: sobre uma hermenêutica da crise. Revista Eletrônica do Curso de Direito. Universidade Federal de Santa Maria. Vol. 11, n.º 02 2016.

caso de depositário infiel, incorporando ao direito interno o Pacto de San Jose da Costa Rica. No campo do Direito penal, a declaração da inconstitucionalidade da proibição de progressão de regime, em caso de crimes hediondos e equiparáveis. No campo do Direito administrativo, a vedação do nepotismo nos três Poderes. No campo do Direito à saúde, a determinação de fornecimento de gratuito de medicamentos necessários ao tratamento da AIDS em pacientes sem recursos financeiros. No campo do Direito à educação, o direito à educação infantil, aí incluídos o atendimento em creche e o acesso à pré-escola, o dever do Poder Público de dar efetividade a esse direito. No campo dos Direitos políticos, a proibição de livre mudança de partido após a eleição, sob pena de perda do mandato, por violação ao princípio democrático. No campo dos Direitos dos trabalhadores públicos, a regulamentação, por via de mandado de injunção, do direito de greve dos servidores e trabalhadores do serviço público. No campo do Direito dos deficientes físicos, o direito de passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual a pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes. No campo do Proteção das minorias, a liberdade de expressão não inclui manifestações de racismo, a validação de ações afirmativas em favor de negros, pardos e índios, a equiparação das relações homoafetivas às uniões estáveis convencionais e direito ao casamento civil.

A partir da investigação de oito casos paradigmáticos de decisões tomadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o Professor Leandro Corrêa de Oliveira³⁵⁶ pesquisou as suas características com a finalidade de identificar se atuava mais como um garantidor dos processos democráticos, zelando pela manutenção de canais comunicativos com os demais poderes ou se por outro lado, poderia se identificar um caráter mais invasor da esfera dos demais poderes, investindo-se em poderes políticos que extrapolariam as suas funções.

Procurou-se verificar se estaria sendo construída uma novela em cadeia a partir das decisões tomadas, contribuindo assim para a segurança e certeza jurídica das decisões, fortalecendo a integridade do Direito e a coerência de seu sistema, ou se por outro lado estas decisões estariam eivadas de solipsismo, sendo construídas a partir do grau zero de sentido, sem qualquer vínculo com a história institucional que a as antecedeu.

Foram investigadas oito decisões entre elas a cláusula de barreira partidária (ADIN 1.351 e 1.354), a verticalização das coligações partidárias (ADIs N. 2.626 E 2.628), a fidelidade partidária (ADIs n.º 3.999 e 4.086), a lei da ficha limpa (ADCs n.º 29 e 30 e ADI n.º 4.578), as pesquisas com células tronco (ADI n.º 3.510), a demarcação de terras indígenas (Petição n.º

³⁵⁶ OLIVEIRA, Leandro Corrêa. Op. cit., p. 11.

3.388), o reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo (ADI n.º 4.277 e ADPF n.º 132) e a possibilidade da interrupção da gravidez de feto anencefálico (ADPF n.º 54).

A conclusão do trabalho demonstrou que não foi possível estabelecer entre as decisões uma coerência ou integridade que identificasse uma ordem objetiva de valores demonstrando que o princípio da proporcionalidade utilizado pela Corte, fundando-se pretensamente na teoria alexyana, permanecia para o STF, no âmbito de suas decisões como “uma meta regra, para resolver, de maneira ad hoc, os casos difíceis. Evidenciando-se assim decisões que são tomadas a partir de posicionamentos individualistas, onde não se reconhece um DNA próprio da história institucional da Justiça de modo que a tese demonstrou:

[...] uma escalada ativista do STF que parte de uma dada concepção de representação argumentativa que legitimaria a invasão das instâncias majoritárias (tendo essas instâncias merecido ou não a invasão), a partir da construção de uma racionalidade assujeitadora característica do esquema representacional, ainda não superado.³⁵⁷

Também foi nesse sentido a pesquisa de Fausto Santos de Moraes, em cuja tese de doutorado – intitulada “Hermenêutica e Pretensão Correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal”³⁵⁸ – foram examinadas as 189 decisões do STF, ao longo de uma década, que fizeram menção a Robert Alexy e a sua fórmula da proporcionalidade na aplicação de princípios menção à proporcionalidade.

Conforme afirma André Karam³⁵⁹, entre outras conclusões, o autor chegou a conclusão de que tudo indica que o STF aplica uma proporcionalidade *sui generis*, que não se coaduna com a racionalidade argumentativa proposta por Alexy. Nesse sentido concluiu o pesquisador que o modo como o STF aplica a proporcionalidade resulta “na institucionalização de uma violência simbólica retórica que se utiliza do argumento de autoridade do “princípio da proporcionalidade”.

A tese também aponta outro problema: a aplicação da teoria alexyana pelo Supremo Tribunal Federal reforça a discricionariedade judicial sob a justificativa de aplicação do princípio da proporcionalidade, havendo dessa maneira um comportamento excessivamente

³⁵⁷ Idem, ibidem.

³⁵⁸ MORAIS, Fausto Santos de. *Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*. Tese de doutorado, Orientador Prof. Lênio Luiz Streck. Universidade do Vale do Rio Sinos. UNISINOS. 2013. Versão eletrônica.

³⁵⁹ TRINDADE, André Karam. Robert Alexy e a vulgata da ponderação de princípio. *Revista Consultor Jurídico*. Versão eletrônica. 16/11/2013. <https://www.conjur.com.br/2013-nov-16/diario-classe-robert-alexey-vulgata-ponderacao-principios>. Acesso em 20/04/2021.

ativista sem preocupação com o respeito a uma epistemologia adequada que lhe garanta a legitimidade a validade que devem merecer.

No caso paradigma isso não parecer ser diferente.

O voto do Ministro relator destacou a existência de uma alteração de estado das coisas, sendo que a partir da alteração constitucional promovida da Emenda Constitucional n. 45/04³⁶⁰, que criou o sistema de súmulas vinculantes, e a partir delas, dando início a uma série de orientações jurisprudenciais e alterações legislativas (vale dizer, que o julgamento veio a se finalizar apenas no ano de 2014, quando já se construía no sistema processual, uma teoria de precedentes), que aumentavam o alcance das decisões proferidas mesmo em controle difuso, mas mediante procedimentos legalmente instituídos, vale dizer infra constitucionalmente.

Aqui abrimos um parênteses para ressaltar que de fato, por todos esses anos tem se assistido o movimento de promoção de alterações na legislação processual, que vieram a partir das súmulas vinculantes a criar novos expedientes de unificação de jurisprudência, instituindo os incidentes de demandas repetitivas, “*standartizando*” as demandas nos tribunais criando assim um movimento de crença num *stare decisis*³⁶¹ à brasileira e de alteração paradigmática do direito processual brasileiro, que para alguns, com sérias objeções, aproximava-o do modelo da *common law*.

O ponto de vista pragmático da decisão, no entanto, não consegue se sobrepor, às preocupações que um jurista sério deve considerar, sobre o julgamento. Ora, trata-se da Constituição Federal e isto impor e deve importar. Na medida em que a Corte se dispõe a proferir a decisão com tamanha repercussão, alcançando as esferas de competência do Senado Federal (protegida inclusive pela cláusula pétrea constante do art. 60, §4.º, III)³⁶² e do próprio Poder Constituinte, amplia-se sobremodo a sua responsabilidade política de fundamentação da decisão de modo a evidenciar a sua legitimidade democrática e a sua necessária intervenção.

Decisões como esta, devem sem dúvida, para se adequar a normatividade constitucional democrática, como a que vivemos, estar sustentada por fortes argumentos de princípios, não

³⁶⁰ BRASIL. Constituição(1988). *Emenda constitucional n. 45 de 30 de dezembro de 2004*. [Emenda Constitucional nº 45 \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br/emendas/const/emenda45.html)

³⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. *Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015*. Editora Jus Podium. São Paulo, 2018.

³⁶² BRASIL. Senado Federal. Constituição Federal de 1988. Art. 60 A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:[...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] III - a separação dos Poderes.

podendo se valer de meras preferências políticas (em favor próprio!) ou decisões solipsistas que não encontram no texto constitucional qualquer base de sustentação justificadora da medida. Nas palavras de Leandro Corrêa de Oliveira:

Convicções interesses problemas e iniciativas precedem a volição organizada pelo direito constitucional o direito constitucional só os canaliza a partir de um determinado estágio mas influencia com isso diretamente também as etapas decisórias precedentes assim ainda que a política per mês o chão da revisão constitucional a jurisdição não poderá se valer de critérios políticos como argumentos de justificação de suas próprias decisões cumpre aos juízes decidir a partir feito por meio dos princípios e regras e não por argumentos de política . Esta é uma distinção fundamental [...].

Houve dessa forma, uma certa fuga da questão principiológica, sendo que como visto a decisão tomada no caso da Reclamação n.º 4.335-5, acaba por interferir em sérias questões atinentes a princípios constitucionais de caráter inclusive, fundamental, já que de fato atinge o próprio princípio do poder constituinte e de distribuição de competências no âmbito dos poderes, ultrapassando sua competência funcional formal.³⁶³

Diante de tais razões, fazendo um juízo de ponderação de valores _tal como a aplicação da fórmula *Radbruck* de Alexy, mas deixando de elucidar a questão fundamental da aplicação dos princípios constitucionais que de forma evidente, esbarrava (afrontava?) em princípios de relevância fundamental como a divisão de poderes, a participação política e a revisão de constitucionalidade e o acesso a justiça.

É de se ressaltar que, optando pela técnica da mutação, não houve uma exata ponderação de princípios, ou seja não foi utilizada bem ou mal a técnica da proporcionalidade proposta por Alexy. Ao transferir a decisão para o campo de validade das normas, há uma utilização de uma argumentação que se fundamenta num discurso de validade da norma com pretensão universalizante, construída para resolver problemas futuros, conforme defendido por Alexy³⁶⁴ com a pretensão de validade universalizante para diversas situações em concreto.

A tese explicitada no voto do Ministro Gilmar Mendes desloca a decisão jurídica a questões de justificação da validade das normas, onde o direito atua como uma moral corretiva

³⁶³ Anotamos parte do voto do Ministro Sepúlveda Pertence que demonstra seu desconforto, com a apropriação de competência resultante do voto do Relator Ministro Gilmar Mendes: “Mas não me animo a mutação constitucional proposta e mutação constitucional por decreto do poder que com ela se ampliaria o que a visões mais radicais poderia ter o cheiro de golpe de estado as tentações do golpe de estado não está imune o poder judiciário é essencial que a elas resista

³⁶⁴ ALEXY, Robert. Justification and Application of norms, *Ratio Juris*, volu. 6, n.º 06, julho de 1993

do texto constitucional considerado obsoleto. Dessa forma, achou por bem o Supremo Tribunal Federal, decidir a questão *tormentosa*³⁶⁵, pela alteração da regra constitucional:

Por isso, a argumentação é hipostasiada, isto é:

“[...] resolve de forma superior uma das mais tormentosas questões da nossa jurisdição constitucional.

Superam-se assim, as incongruências cada vez mais marcantes entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a orientação dominante na legislação processual, de um lado, e, de outro, a visão doutrinária ortodoxa, e permita-me dizer, ultrapassada do disposto no art. 52, X, da Constituição de 1988.”³⁶⁶

Da mesma forma, a decisão ultrapassa o limite valorativo do sistema de divisão de poderes, a partir de uma prospecção criativa inovadora num claro comportamento ativista que pouco tem de coerência com o sistema democrático constitucional, com a história institucional e de fato, acaba do trincar a integridade constitucional invadindo o espaço de competência legislativa qualificada, a partir de um caso concreto que de fato apresentou inadequação formal recursal e além disso apresentava outras formas de resolução da demanda, de caráter menos ruptural.

A decisão é nesse sentido desproporcional ao alcance do sistema de controle de constitucionalidade estabelecido constitucionalmente na forma do art. 103-A da Constituição Federal³⁶⁷ que exige o quórum de 8 votos em Plenário para a formação da súmula, exigência também superada na decisão mediante recurso a uma disposição regimental interna da Corte.

Os mencionados autores nessa esteira, promovem a reflexão:

Paremos para pensar uma súmula do Supremo Tribunal Federal elaborada com 8 votos que é o quórum mínimo pode alterar a Constituição para revogar essa súmula se o próprio Supremo Tribunal Federal não o fizer serão necessários 3/5 dos votos do Congresso Nacional em votação bicameral e em 2 turnos ao mesmo tempo uma decisão em sede de controle de constitucionalidade difuso proferida por 6 votos pode

³⁶⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Reclamação n. 4.335/08, op. cit., p.

³⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal f. Reclamação n. 4335/08 , op. cit.

³⁶⁷ BRASIL. Constituição Federal. Congresso Nacional. Constituição Federal de 1988. Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

proceder a alterações na estrutura jurídica do país ultrapassando se a discussão acerca da atenção vigência e eficiência de uma lei.³⁶⁸

Pode-se apontar ainda, que a decisão não preenche as exigências de uma democracia que fortalece a sua normatividade constitucional e justamente sob a alegação de sua guarda, excede nos limites de adequação e coerência com o sistema, assumindo uma posição realista e pandectista, fugindo de uma epistemologia criteriosa e harmônica, na medida em que rejeita expressamente o papel da doutrina na construção do sistema, remetendo-a à condição de mera caudatária das decisões da Corte, e excluindo-a do papel de integradora do Direito.

Além disso, conforme bem demonstrado por Streck no artigo escrito com Marcello Cattoni de Oliveira e Martônio Mont'Alverne sobre o tema, a decisão busca corrigir o texto constitucional a partir não de uma tradição, mas de novas alterações infra constitucionais e até de cunho interno (regimento interno da Constituição Federal, que relativizou também o art. 97 da Constituição Federal, deixando de exigir o quórum especial para a produção de súmulas vinculantes), a fim de definir uma melhor política de divisão de poderes:

Tudo se resume a fórmulas matemáticas e a cálculos de custo-benefício que, por ter pretensão corretiva acaba se substituindo ao próprio direito. Com efeito, Alexy, assume essa tensão à validade do direito, buscando discurso de validade universal. Esse discurso de validade ao que tudo indica, conteria a ideia que daria uma validade universalizante das diversas situações aplicativas³⁶⁹

Ainda antes do julgamento, em sua obra *Verdade e Consenso*, Streck avalia que a tese da mutação constitucional, se prevalente, se caracterizaria como verdadeiro rompimento com o estado de direito, uma vez que:

Se vingar a tese defendida por parte dos ministros do STF, estar-se-à a alterar radicalmente o texto (ao invés de suspender querem escrever publicar). Desse modo, tem-se um verdadeiro rompimento constitucional, pois sem alterar o texto formal por meio do devido processo legal legislativo constitucional, é como se o tivessem feito mas pelo próprio Poder Judiciário. Nesse caso, não há mutação mas rompimento, por isso o problema é democrático, se admitirmos fissuras na ordem constitucional passaremos a admiti-las no próprio estado democrático de direito.³⁷⁰

A existência de uma tradição que justificasse a supressão do texto, de tudo o fundamento central da tese expressa no voto relator, também não se encontrou devidamente exposta na

³⁶⁸ STRECK, L.; OLIVEIRA, M. C. A. e OLIVEIRA. M.A.C., op. cit.

³⁶⁹ Idem, ibidem.

³⁷⁰ STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. Op. cit., p. 85.

decisão conforme visto, na medida em que como elemento essencial justificador da decisão, o que foi apresentado foram modificações recentes de ordem infraconstitucional, com a exceção da Emenda Constitucional n. 45/2004, que instituiu as súmulas vinculantes que, regulamentadas na forma da Lei Federal n. 11.417 de 19 de dezembro de 2006³⁷¹, que está condicionada, no entanto, pela exigência que a decisão que formar a súmula seja proferida quando, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional. . Além dessa mudança, são apresentadas recente legislação infraconstitucional incapaz, por sua cronologia, de se caracterizar o conceito de tradição.

O voto considerou ainda as importantes nuances do ato de suspensão ou revogação da lei através da atuação do Senado e, as características desse complexo sistema de controle de constitucionalidade misto que adotamos, nos fazendo um país que adota tanto a tradição norte-americana de controle difuso, como a tradição europeia do Tribunal Constitucional kelseniano, com sua característica de corte de cassação³⁷², e sua função de legislador negativo.

A tradição na verdade, acaba por se tornar um paradoxo na medida em que o novo texto, feito para alterar a ordem jurídica seria fruto, no entanto de recentes alterações³⁷³. Por seu turno, seria a existência da competência do Senado Federal, nos casos de decisão de inconstitucionalidade de suspender a execução da lei, com efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, que teria antes, esse caráter tradicional, já que tal modelo inclusive como exposto no voto, veio sendo ratificado nas constituições brasileiras desde a sua origem.

Assim, nos termos do voto do Ministro Eros Grau, que aqui transcrevemos:

Sucedem que estamos aqui, não para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará. A doutrina, frontalmente ou com alguma relutância, mas sempre nos acompanhará se nos mantivermos fiéis ao compromisso de que se nutre a nossa legitimidade: o compromisso de guardarmos a Constituição. O discurso da doutrina é discurso sobre o direito, é caudatário do nosso discurso, o discurso do direito. Ela nos seguirá não o inverso.

³⁷¹ BRASIL. Congresso Nacional. Lei Federal n. 11.417 de 26/12/2006. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/11417.htm, acesso em 26/06/2021.

³⁷² Kelsen, Hans. *Teoria Pura do direito*, op. cit.

³⁷³ Note-se nesse sentido, que o voto do ministro Joaquim Barbosa salienta que “pesquisa rápida na base de dados do Senado federal indica que desde 1988, aquela Alta Casa do Congresso suspendeu a execução de dispositivos de quase 100 normas declaradas inconstitucionais (sendo sete em 2006), Resoluções do Senado federal de número 10, 11, 12, 13, 14, 15 e 16; e uma já neste ano, em 2007, Resolução número 2)., demonstrando que o dispositivo constitucional chamado de obsoleto, se encontrava em plena utilização.

Some-se a tudo isso por fim, que a decisão, ao fim e ao cabo, era totalmente desnecessária, posto que durante o trâmite do julgamento iniciado no ano de 2007, mas só concluído no ano de em 16/05/2013 (com publicação em 20/03/2014), já havia uma súmula vinculante sobre o tema, que poderia resolver o litígio sem a intervenção do Tribunal no texto constitucional. Tal fato foi também motivo de manifestação do Ministro Marco Aurélio.

Transcrevemos aqui a opinião dos citados autores:

Nessa linha, a decisão do Supremo Tribunal Federal, por mais que esteja imbuída de um sentido pragmático e sustentada na melhor ciência jurídica, pode (e, certamente assim será) representar uma afirmação do imaginário jurídico que justamente levou àquilo que hoje é combatido: o excesso de recursos e a multiplicação das demandas. Se o Supremo Tribunal Federal pode fazer mutação constitucional, em breve essa “mutação” começará a gerar – como se já não existissem à saciedade – os mais diversos frutos de cariz discricionário (portanto, positivista, no sentido em que Dworkin critica as teses de Hart). Exatamente porque no Brasil cada um interpreta como quer, decide como quer e recorre como quer (e isso parece recorrente na cotidianidade dos fóruns e tribunais da República), é que faz com que cresçam dia-a-dia as teses instrumentalistas do processo, como que a mostrar, a todo instante, que as teses de Oscar Von Bülow não foram (ainda) superadas. A solução tem sido essa: corte-se o acesso à justiça. Sob pretexto de agilizarmos a prestação jurisdicional, criamos mecanismos para impedir o processamento de recursos. E quem perde com isso é a cidadania que vê assim negada a jurisdição.³⁷⁴

Por tudo isso, podemos afirmar que longe de uma simples contingência de judicialização política, a decisão paradigma tomada no âmbito da Reclamação n.º 4.335-5/AC tomada pelo Supremo Tribunal Federal, foi mais um exemplo de deliberado ativismo judicial, que deixa de observar princípios e ao contrário, infringe-os, deixar de observar uma adequação da decisão frente a normatividade da Constituição e deixando de contribuir para a coerência e a integridade do Direito.

³⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós positivismo. In Garantismo, Hermenêutica e (Neo)Constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli, op. cit.

4.3 Ativismo Judicial ou Resposta Constitucionalmente Adequada

À vista do exposto, podemos tecer algumas considerações sobre o caso paradigmático, considerando-o do ponto de vista de uma necessária epistemologia da decisão que deverá estar ancorada no contexto das atuais constituições e ainda no quadro atual da teoria do Direito, que não pode mais negar as evoluções da filosofia, especialmente a partir da superação da filosofia da consciência e a “descoberta” do sujeito solipsista, que abala qualquer concepção de idoneidade e credibilidade no modelo da discricionariedade do qual o positivismo jurídico é, em parte, dependente.

Nesse sentido, é preciso considerar que a decisão tomada, não se legitima uma vez que ao ultrapassar os limites do texto constitucional, também não resta justificada quanto aos seus pressupostos no que diz respeito a se fundamentar nos princípios constitucionais, que são, nas palavras de Streck³⁷⁵ o produto da interpretação da regra jurídica deverá sempre ser realizado a partir da materialidade principiológica da constituição.

O Min. Eros Grau³⁷⁶ reconhece essa obrigatoriedade, no sentido de que “se continue a falar a língua da constituição”, no entanto o voto é vazio nesse sentido, uma vez que nenhum princípio constitucional é abordado a fim de dar sustentação a alegada mutação, mas sim se referem a alterações infraconstitucionais e até mesmo regimentais internas do próprio órgão julgador:

“Em casos como tais importa apurarmos se, ao ultrapassarmos os lindes do texto, permanecemos a falar a língua em que ele fora escrito, de sorte que, embora tendo sido objeto de mutação, sua tradição seja mantida e ele, o texto dela resultante, seja coerente com o todo, no seu contexto. Pois é certo que a unidade do contexto repousa em uma tradição que cumpre preservar. Recorro a Jean-Pierre Vernant para dizer que o novo texto, para ganhar sentido, deve ser ligado e confrontado aos demais textos no todo que a Constituição é, compondo um mesmo espaço semântico.”

Limita-se nesse sentido, a quatro pequenas linhas ao se referir aos princípios: “Ademais não se vê quando ligado e confrontado aos demais todo que a Constituição é oposição nenhuma entre ele e qualquer de seus princípios o novo texto é plenamente adequado ao espaço semântico constitucional.”³⁷⁷

Assim o Ministro deixa de abordar as importantes relações entre a matéria decidida e o princípio democrático, o princípio da separação de poderes e o princípio do devido processo legal, já que nesse último caso a sedimentação de entendimentos do Supremo Tribunal Federal,

³⁷⁵ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso*. Op. cit., p. 586.

³⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 4.335-5/AC. Op. cit., p.74-75

³⁷⁷ Idem, ibidem.

em casos concretos *inter partes*, sem qualquer participação de órgãos representativos da sociedade _o que é essencial nos casos de controle abstrato, corre o sério risco de petrificar discussões onde não foram abordados a variedade de situações aplicáveis da norma.

É importante notar ainda, que o Min. Eros Grau rejeita taxativamente qualquer orientação epistêmica doutrinária, reconhecendo, nesse sentido, as discussões que sedimentaram a atuação do Senado no controle de constitucionalidade difuso brasileiro e estando alerta as dificuldades de reconhecimento de uma mutação constitucional que vai além da “moldura da norma” no sentido kelseniano³⁷⁸ ou do sistema de regras de Hart, e de uma interpretação construtiva, indo em busca de uma metodologia sociológica, mal sedimentada na decisão.

Note-se nesse sentido que a tese de mutação acaba por cair num paradoxo, pois parte-se da tradição para criar-se uma inovação no sistema. Mesmo que superada a premissa, o que no caso resta difícil (para não dizer impossível, já que paradoxos são problemas

Mesmo o reconhecimento de uma tradição _ que não fica devidamente justificado no voto, especialmente a partir da oposição do voto divergente do Min. Que reconhece a atividade do Senado na execução dos atos de suspensão das leis declaradas constitucionais, ainda atualmente _ deverá permanecer vinculado

Ao abstratizar a discussão de validade da norma, fundando-se em valores solipsistas, isto é, fora da linguagem intersubjetiva do Direito, o Ministro Relator foge da “coisa-ela-mesma”, criando um discurso paralelo que busca universalizar uma nova regra constitucional obtida a partir de um julgamento solipsista que sopesa valores a partir de uma perspectiva própria a fim de promover uma perigosa e totalmente dispensável alteração no texto constitucional.

Observe-se que nesse sentido, ante o advento da Súmula Vinculante n. 26 de 23/12/2009 que incluiu na sua redação o tema objeto da decisão paradigma, tornando totalmente indiferente a questão acerca da validade do art. 52, X da constituição Federal, o que foi observado pelo Ministro Ricardo Lewandowski:

“Desse modo também entendo que é possível e conveniente utilizar o referido instituto para aplicar o alcance das decisões da corte no controle difuso de constitucionalidade sem que se vulnere a competência do Senado federal para

³⁷⁸ KELSEN, Hans, *Teoria Pura do direito*, op. cit.

manifestar-se sobre o tema no exercício de uma competência e que como bem acentuou o ilustre relator tem um caráter eminentemente político.”³⁷⁹

A possibilidade de edição de súmulas vinculantes, inclusive a que já se encontrava editada, que de todo fazia por desaparecer qualquer necessidade de se adentrar aos discursos de validade da regra constitucional, buscando a justificativa para a mutação constitucional, foi também objeto de manifestações do ministro Joaquim Barbosa em que ele próprio advertia sobre o caráter ativista que estaria assumindo a decisão, no que foi acompanhado pelo Ministro Sepúlveda Pertence.

Demais disso, o ministro Joaquim Barbosa ressalta que pode haver situações mesmo que residuais³⁸⁰, em que por circunstâncias próprias, a declaração de inconstitucionalidade no caso concreto não haverá de implicar numa declaração de inconstitucionalidade tal, que seja capaz de anular toda a validade da norma no nosso sistema jurídico; o que é seu ver, já sustentaria a adequação da manutenção da interpretação do artigo 52, X da Constituição Federal em sua literalidade, já que esse posicionamento contrário, ia na contramão das regras de *self restraint*, que resguardava as virtudes passivas da justiça constitucional, em favor da democracia.

O Ministro Relator, no entanto, foi insistente, mesmo oito após a concessão da liminar, e o proferimento do voto relator, mesmo quando nenhum motivo de Justiça ou de princípio mais poderia exigir aquele dramático pronunciamento que sem nenhuma dúvida viria a importar no enfraquecimento da normatividade daquela a quem o supremo Tribunal Federal teria justamente a função de preservar:

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – [...] Na verdade, basta perpassar os olhos pela jurisprudência riquíssimas cortes constitucionais alemã, italiana e espanhola para ver que, cada vez mais, se fazem freqüentes as sentenças de perfil manipulativo ou aditivo, que rompem, exatamente, com essas premissas colocadas pelo ministro Joaquim Barbosa. Bastaria ir ao Direito americano. O que representa “Brown v. Board of Education” senão um caso de condução de política decisivo, no tema do racismo, que nada tem a ver com o modelo de Bickel, embora sua obra seja posterior à decisão?

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – Não havia nenhum dispositivo na Constituição americana que legitimasse, sequer em sonho, a segregação racial, Ministro Gilmar Mendes.

³⁷⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Reclamação n. 4.335-5/AC, op. cit, p. 129.

³⁸⁰ Idem, ibidem.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Vossa Excelência é quem o está dizendo.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – Pelo contrário, havia três emendas constitucionais, votadas no século XIX, que a coíbiam. Então, a situação é absolutamente distinta. Aqui, temos um dispositivo claro, de literalidade ofuscante.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Vossa Excelência é quem o está dizendo, porque “Plessy v. Ferguson” nada mais é do que a afirmação de que havia, sim, essa legitimidade. Na verdade – esta é uma questão elementar, não me perderei na discussão -, não existe norma senão norma interpretada.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Também estou de acordo.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Isto passa por Gadamer, Heidegger, Reale, Heberle e tantos outros. Esse é um caso clássico de ativismo, para ficar no tema emblemático da dessegregação racial nos Estados Unidos.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – Há o ativismo do bem e o do mal, Ministro Gilmar Mendes.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Vossa Excelência já está indo para um outro tipo de ontologia. Mas mantenha coerência com suas premissas.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – Nós temos mecanismos para resolver a questão sem precisar recorrer a esse excesso.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Eu só me oponho a essa ruptura pela ruptura, Ministro Gilmar Mendes. Vossa Excelência sabe muito bem que comungo de quase todas as premissas de seu voto. Mas não vejo a necessidade dessa ruptura, sobretudo hoje, quando ela é desnecessária.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – Sim, absolutamente dispensável.

O voto, que não obstante os fortes argumentos apresentados em contrário, já tinha garantido o quórum para a sua prevalência, já que o julgamento veio efetivamente a reconhecer a procedência da Reclamação, não tinha mais razão de ser, tendo em vista que a decisão já estaria ultrapassada por uma súmula vinculante.

Não obstante, evidenciando o caráter ativista do voto, insistiu-se na sua efetivação e publicação, deixando o Tribunal de adotar uma posição mais restritiva que muito teria contribuído para nossa história institucional, reforçando o caráter normativo da Constituição e contribuindo para um sistema jurídico mais coerente, íntegro e democrático.

CONCLUSÃO:

A pesquisa realizada nos permitiu, a partir de uma investigação inicialmente histórica, explicitar um Constitucionalismo de caráter eminentemente de libertação e de soberania popular, que encontrou no Direito e na Justiça o seu *locus* de garantia e manifestação. A partir da constitucionalização dos Direitos e Garantias individuais, nas duas mais importantes Revoluções do Constitucionalismo Moderno (França e Estados Unidos da América), outros direitos fundamentais puderam ser acrescentados ao longo dos anos e de outras revoluções, que passaram a compor a gênese do Estado Social e Democrático de Direito, modelo adotado em nosso país e na maioria dos Estados ocidentais.

Embora o Tribunal Constitucional pareça exercer um poder contra democrático, e que muitas vezes as suas decisões podem deparar diante de casos difíceis, a sua atuação desde que exercida em conformidade e adequação com as normas constitucionais sem dúvida poderá contribuir para a materialização dos princípios constitucionais de justiça e de igualdade, protegendo a minorias e o próprio direito dos seus predadores (política, moral, economia, religião), garantindo e fortalecendo a força normativa da Constituição.

As teses neoconstitucionalistas, não obstante tenham contribuído para uma compreensão normativa da Constituição, superando uma aplicação subsuntiva do Direito, da forma como foram recebidas no Brasil, acabaram por fortalecer a crença em um livre convencimento (não/mal) motivado, incentivando posturas ativistas e por demais criativas, de forma a deslocar os discursos de fundamentação e validade do direito, do âmbito do legislativo para o âmbito judicial, permitindo que o judiciário pudesse pretensamente promover um tipo de correção do Direito, seja das leis ordinárias e como vimos, chegando mesmo à pretensão de correção da própria Constituição, sem observar princípios elementares do Estado Democrático de Direito.

A pretexto de se superar um formalismo excessivo do positivismo jurídico, que deixou de abrir seus olhos para as iniquidades que ocorreram durante o nazismo, mas também em outros momentos, as teorias anti-positivistas forjadas sob a denominação de neoconstitucionalistas, fizeram um tipo de retorno ao jusnaturalismo, numa crença de que morais pessoais, pudessem através de julgamentos solipsistas se sobrepor ao princípio democrático da criação das leis, da separação de poderes e outros princípios constitucionais, notadamente aqueles que pertencem ao núcleo dos direitos e garantias individuais e sociais.

A proposta garantista de Ferrajoli, acende o alerta contra os desvios das teses principialistas argumentativas na medida em que demonstra que sob o pretexto de superação do positivismo jurídico as teses principialistas e argumentativas acabam por promover uma reaproximação do direito da moral, a partir de um ponto de vista externo ao Direito, o que tem como consequência a perda da normatividade da Constituição e o distanciamento de sua principiologia, especialmente quanto ao seu caráter democrático.

A possibilidade de ponderação de princípios, que surge a partir da visão neoconstitucionalista de uma diferença estrutural entre os princípios e regras, transforma as cláusulas constitucionais de caráter mais abrangente e abstrato, mas mesmo as mais taxativas, em verdadeiras brechas por onde a vontade solipsista, com a intenção de correção do Direito, invade o campo legislativo, que é a fonte da democracia constitucional e, a partir de uma inocente crença em um neokantismo já denunciado, tem como consequência o enfraquecimento da Constituição e dos direitos fundamentais.

No mesmo sentido, a Crítica Hermenêutica do Direito, desenvolvida por Lênio Streck nas suas obras analisadas, demonstra como as teorias principialistas falharam ao pressupor que a partir de uma teoria argumentativa poderiam superar o formalismo acrílico do positivismo, trazendo de volta a moral externa do aplicador do Direito para o campo da decisão judicial, o que contraditoriamente, ao invés de superar o positivismo jurídico, acaba por reforçar o caráter mais prejudicial: justamente a discricionariedade, que ao transferir a decisão para o julgamento subjetivo do aplicador do Direito, permite que a decisão se dê sem qualquer epistemologia capaz de controlar sua adequação.

Na busca por respostas constitucionalmente adequadas a Teoria Crítica Hermenêutica apresentada por Streck, engloba assim aspectos da independência e da autonomia conquistados pela ciência do Direito através do positivismo jurídico, reforçado agora, na esteira do propalado pelo jusconstitucionalismo de Ferrajoli, pela normatividade que a Constituição adquire a partir da segunda metade do Século XX e da ideia de co-originaridade entre o Direito e moral, obtida a partir da obra de Jürgen Habermas, traçando os meios para a existência de um sistema democrático de separação de poderes e a autonomia privada de auto legislação e autogoverno dos cidadãos.

Ao apropriar-se dos conceitos de coerência e integridade do Direito, presentes na obra de Dworkin, a teoria crítica hermenêutica garante a segurança jurídica e a estabilidade das decisões, atreladas ainda ao critério de julgamento feito a partir de argumentos de princípios, o

que une de modo importante e garantista, o cumprimento da ordem constitucional, reforçando a normatividade da Constituição, sem perder de vista o respeito à responsabilidade política na orientação das decisões judiciais, que deverão assim, ser proferidas a partir de uma linguagem não mais solipsista, subjetiva ou individual dos juízes, mas que deverão levar em conta a história institucional do Direito, promovendo uma interpretação construtiva de cada caso concreto, a partir de uma linguagem intersubjetiva.

A proposta de Streck, fundada a partir de uma mudança de paradigmas filosóficos, com a superação da filosofia da consciência, possibilitada pelo giro-linguístico e pela filosofia hermenêutica de Martin Heidegger e a hermenêutica filosófica de Hans Georg Gadamer, permite que compreensão e interpretação do Direito possam se dar a partir de uma linguagem subjetiva, superando a razão prática solipsista e permitindo que a normatividade da Constituição possa efetivar enfim as promessas da Modernidade, inscritas nas cláusulas principiológicas da Constituição.

A partir dessa base teórica, a análise do caso paradigmático a que nos propusemos, pode demonstrar que a decisão proferida na Reclamação n. 4.335-5/AC, ao excluir a participação do Senado Federal, extirpando do texto Constitucional a regra clara do art. 52, X não pode ser considerada uma resposta constitucionalmente adequada para o caso concreto e portanto, uma decisão legitimamente democrática, confirmando a nossa hipótese inicial.

Nesse sentido, reforça a conclusão a que chegamos o claro comportamento ativista da Corte, já evidenciado em outras decisões investigadas em outras pesquisas citadas, já que não se pode identificar em suas razões ou fundamentos, qualquer argumento de princípio justificador na ruptura principiológica constitucional proposta, demonstrando claramente, uma atitude de atribuição de valores pessoais, fundada em um discurso de validade da regra constitucional que de forma solipsista concedeu peso e valor ao texto constitucional, tomando a decisão a partir de um julgamento político, que não lhe cabia.

Do mesmo modo, a decisão tal como se deu, não levou em conta a responsabilidade política e o seu dever de prestação de contas para a sociedade, especialmente na condição de guardião da Constituição, ignorando a história institucional do Direito no caso concreto, inclusive relegando à doutrina que já se encontrava sedimentada ao longo dos anos sobre a mutação constitucional, a condição de mera caudatária das decisões do Judiciário, especialmente no sentido em que esta sempre sustentou a alteração interpretativa de um texto constitucional, a partir do extraordinário fenômeno da mutação constitucional, dentro dos

limites semânticos do texto, mas nunca o próprio texto, o que sempre foi unânime na doutrina seja nacional ou internacional.

Somada a isso, a insistência do Tribunal, em especial a partir do voto do Ministro Relator, em sustentar o seu posicionamento, mesmo quando ele em nada mais poderia contribuir para o caso concreto, já ultrapassado pela edição de súmula vinculante editada na forma da lei e da Constituição, é mais uma das razões que afasta a decisão do modelo de decisão constitucionalmente adequada, evidenciando ainda mais o seu caráter ativista e anti democrático.

Nesse sentido, ao violar, como já apresentado, o princípio da separação dos poderes, erigido à cláusula pétrea constitucional nos termos do artigo 60, §4.º, III, invadindo o espaço do próprio poder constituinte, deixando de observar ademais, as previsões constitucionais de garantia do devido processo legal, do acesso a justiça, que como consequência da decisão sofrem também limitações, com a possibilidade de estabilização de decisões de inconstitucionalidade proferidas em ações de controle difuso, a decisão proferida na Reclamação n. 4.335-5/AC, utilizada como paradigma, produz danos também no sentimento de segurança jurídica e na coerência e integridade do nosso sistema de Justiça, minando sobremaneira a força normativa da Constituição.

A legitimidade democrática da decisão judicial poderá assim ser encontrada, diferentemente da forma como foi decidido o nosso caso paradigma, a partir de uma epistemologia que privilegie os princípios constitucionais que deverão guiar e sustentar as decisões judiciais, produzidas no limite da necessidade da intervenção judicial, respeitadas as competências legislativas e produzidas a partir de uma hermenêutica integrativa, que respeite a linguagem intersubjetiva presente na história institucional do Direito, respeitando e preservando a sua coerência e integridade.

Dessa forma, podemos afirmar, que foi confirmada a hipótese apresentada, tendo restado caracterizada, a partir dos pressupostos elencados por essa pesquisa em seus aportes teóricos e críticos, a partir das incursões bibliográficas feitas nas obras selecionadas, que a decisão levada a efeito no julgamento da Reclamação n. 4.335-5/AC revestiu-se de cunho eminentemente ativista, não podendo ser considerada constitucional ou democraticamente adequada.

BIBLIOGRAFIA:

- Abboud, G. (2011). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Abboud, G. (2020). *Processo Constitucional Brasileiro*. Thompson Reuters: São Paulo.
- Alexy, R. (1994). Una defensa de la fórmula de Radbruch. *Anuário da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 75-95.
- Alexy, R. (2011). *Constitucionalismo discursivo*. (L. A. Heck, Trad.) Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Alexy, R. (jun 2003). Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. *Ratio Juris*, 131-140.
- Bercovici, G. (2013). *O poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte*. São Paulo: Lua Nova.
- Bercovici, G. (2013). *Soberania e Constituição: para uma crítica do Constitucionalismo* (2.^a ed.). São Paulo: Quarter Latin do Brasil. doi:ISBN 857674-310-8
- Bonavides, P. (1993). *A Constituição Aberta: Temas Politicos e Constitucionais da Atualidade*. Belo Horizonte: Del Rey.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n., 4.335-5/AC (STF 20 de março de 2014). Fonte: Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2381551>
- Cademartori, S. U., & Strapazzon, C. L. (jan- jun 2010). Principia iuris: uma teoria normativa do direito e da democracia. *Pensar -Fortaleza*, 278-302.
- Canotilho, J. J. (2003). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (7a ed.). Coimbra, Portugal: Almedina.
- Carbonel, M. (2010). *El Canon Neoconstitucional*. Bogotá: Editora da Universidad EXternado de Colombia.
- Carbonell, M. (2020). La actualidad del neoconstitucionalismo. Valença, Espanha. Acesso em 24 de 01 de 2021, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=FFQm0OulFVQ&t=11s>
- Cattoni, M. (2017). *Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição*. Belo Horizonte: Arraes Editores.
- Cittadino, G. (2001-2002). Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, 135-144.
- Consani, C. F. (2014). A crítica de Jeremy Waldron ao Constitucionalismo Contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito - UFRN*, 143-173.
- Dias, G. N. (2010). "Legislador Negativo" na obra de Hans Kelsen: origem, fundamento e limitações a luz da própria Reine Rechtslehre. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*, 91-116. Acesso em novembro de 2020
- Dworkin, R. (2001). *Uma questão de princípio*. (L. C. Borges, Trad.) São Paulo: Martins Fontes.
- Dworkin, R. (2017). *Levando os direitos a sério* (3.^a ed.). (L. C. Borges, Trad.) São Paulo: WMF Martins Fontes.
- Elster, J. (2009). *Ulisses liberto. Estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. (C. S. Martins, Trad.) São Paulo: Unesp.
- Ely, J. H. (2020). *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. (J. Lemos, Trad.) São Paulo: WMF Martins Fontes.
- Ferrajoli, L. (2002). *Direito e Razão _ teoria do garantismo penal* (3.^a ed.). (A. P. Sica, F. H. Choukr, J. Tavares, & L. F. Gomes, Trans.) Roma: Revista dos Tribunais.
- Ferrajoli, L. (2004). *Epistemologia jurídica y garantismo*. Mexico: Fontamarrá.

- Ferrajoli, L., Streck, L. L., Trindade, A. K., & (org.), d. R. (2012). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli* (Kindle ed.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda.
- Gadamer, H.-G. (2012). *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Vozes.
- Garcia-Pelayo, M. (2009). *As transformações do Estado Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense.
- Habermas, J. (1997). *Direito e Democracia entre facticidade e validade* (Vol. I e II). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- Habermas, J. (2003). *Era das Transições*. (F. B. Siebeneichler, Trad.) Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- Hart, H. L. (2020). *O conceito de Direito*. (A. d. Sette-Câmara, Trad.) São Paulo: WMF Martins fontes.
- Heck, J. N. (2006). Razão prática: uma questão de palavras? A controvérsia Habermas/Kant sobre moral e direito. *Kant e-prints*, jan-jun 2006.
- Herrera, C. M. (2007). Estado, Constituição e Direitos Sociais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 102, 371-395.
- Ippolito, D. (2011). O garantismo de Luigi Ferrajoli. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Estudos de Direito (RECHTD)*, 34-41.
- Kelsen, H. (2019). *Teoria Pura do Direito*. (J. B. Machado, Trad.) São Paulo: WMF Martins Fontes.
- Lima, M. M. (2003). Jurisdição Constitucional: Um problema da Teoria da Democracia Política. Em C. P. al., *Teoria da Constituição* (pp. 149-168). Rio de Janeiro: Lumen Juris. Fonte: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/31648580/Martonio_-_Teoria_da_Constituicao.pdf?1375180174=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DJURISDICA0_CONSTITUCIONAL_UM_PROBLEMA_DA.pdf&Expires=1610295096&Signature=MN1iTUM6CN13BG80J-Q6Y-kikWa9C3xZU4
- Machado, F., Cattoni, M., & (coord.). (2011). *Constituição e Processo*. Belo Horizonte: Editora Fórum.
- Marques, A. G., & Khodr, A. B. (jan.-jun de 2016). Origens e fundamentos do judicial review: um berço americano. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, 264-299.
- Martin, N. B. (2014). El Neoconstitucionalismo a debate: entre la principiología y la arbitrariedad. *Revista da Faculdade de direito- UFPR*, 59(1), 145-178.
- Oliveira, F. C. (2010). *Morte e Vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Oliveira, L. C. (2014). A Jurisdição Constitucional em Perspectiva: Judicialização, Ativismo Judicial e Diálogo no Supremo Tribunal Federal. *Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Estácio de Sá*, 180f. Rio de Janeiro, MG.
- Oliveira, L. C. (2018). O que é isto, a crise de representatividade? Breves reflexões acerca da (difícil) relação entre legislação e jurisdição. Em R. L. Simioni, *Constitucionalismo e Democracia: reflexões ndo Programa de Pós Graduação em Direito da FDSM* (p. 286). São Paulo: Max Limonade.
- Pansieri, F., & Souza, H. S. (2018). *Mutação Constitucional à luz da Teoria Constitucional contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Ramos, P. R., & Pinheiro, A. B. (2017). Objeções a constituição Americana de 1787: As perspectivas dos antifederalistas no contexto do surgimento da nova ordem constitucional nos Estados Unidos. *Revista Brasileira de Teoria Constitucional*, 57-77. Fonte: <https://core.ac.uk/download/pdf/210567204.pdf>
- Rangel, M. L. (1966). Hamilton, Madison e Jay _sobre a Constituição dos Estados Unidos _ resenha. *Revista de História*, 33. Acesso em 13 de 02 de 2021, disponível em <https://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/view/124688>

- Sanchis, L. P. (2008). Principia iuris: uma teoria del Derecho no (neo)constitucionalista para el Estado Constitucional. *Doxa Cuadernos de Filosofia del Derecho*(31), 325-354.
- Santos, M. C., & Oliveira, L. C. (set-dez de 2018). O mito de Malbury v. Madison: a questão da fundação da supremacia judicial. *Revista de Investigações Constitucionais*, n. 05, 325-347. doi:10.5380/rinc.v5i3.56030
- Sarlet, I. W. (2001). *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Sarlet, I. W., Marionni, L., & Mitidiero, D. (2016). *Curso de direito Constitucional* (5ª ed.). São Paulo, SP: Saraiva.
- Simioni, R. L. (2007). Direito, moral e multiculturalismo em Jürgen Habermas. *Perspectivas internacionales. Ciencia política y relaciones internacionales*, 117-136.
- Simioni, R. L. (2014). *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea*. Curitiba: Juruá.
- Simoni, R. L. (2014). *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea*. Curitiba: Juruá Editora.
- Streck, L. L. (2009). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito* (8.ª ed.). Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Streck, L. L. (2009). *Verdad y Consenso*. Lima- Peru: Aras Editores.
- Streck, L. L. (jan-abr de 2010). Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Revista NEJ - Eletrônica*, 15, 158-173. Fonte: www.univali.br/periódicos
- Streck, L. L. (2013). *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Streck, L. L. (2013). *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Streck, L. L. (2014). O que é isto: o Constitucionalismo Contemporâneo. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação jurisdicional*, 27-41.
- Streck, L. L. (2017). *Dicionário de Hermenêutica: Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento.
- Streck, L. L. (2017). *Verdade e Consenso*. (6.ª ed.). São Paulo: Editora Saraiva Jus.
- Streck, L. L. (2020). *Diálogos com Lênio Streck: Hermenêutica, jurisdição e decisão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.
- Streck, L. L. (2020). *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento.
- Sustein, C. (2009). *A Constitution of many minds: why the founding document doesn't mean it means before*. Princetown: Princetown University.
- Tushnet, M. (2003). Alternative Forms of Judicial Review. *Michigan Law Review*, 101(8), 2781-2802. Acesso em 21 de 11 de 2020, disponível em <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1247&context=facpub>
- Waldron, J. (2003). *A dignidade da legislação*. São Paulo: Matins Fontes.
- Waldron, J. (2015). A essência da oposição ao judicial review. *Revista da Advocacia Geral da União - Coleção ANPR*, 93-156.

ANEXO I – STF, RECLAMAÇÃO N. 4.335-5/AC.