

“CONSTITUIÇÃO-SOL”: Análise evolutiva do caráter disposicional das normas jurídicas e os avanços do constitucionalismo.

“CONSTITUTION-SUN”: *Evolutionary analysis of the dispositional character of legal norms and the advances of constitutionalism.*

Amilcar Cordeiro Teixeira Filho¹

Resumo: O ensaio de forma superficial pontua a evolução do Estado de Direito e as ferramentas doutrinárias que visam a proteção dos direitos fundamentais como metas do novo constitucionalismo. Concebe como metáfora a ilação da Constituição-Sol, onde todo ordenamento orbitaria e dependeria desta, em um círculo virtuoso de aperfeiçoamento e complementação desse sistema com a incorporação e superação de princípios, obedecendo a critérios de argumentação pública que tendem ao consenso. Destaca-se ainda a intenção legislativa do novo Código de Processo Civil e a paradoxal imposição de um “sistema de precedentes” judiciais (principalmente pelo artigo 489, §1º. e pelo artigo 926, do Código de Processo Civil) onde procurou o legislador encontrar uma alternativa contemporânea para a pacificação dos conflitos, transportando para a legislação, conceitos doutrinários consagrados na *common law* e no constitucionalismo moderno, que exigem do magistrado, quando da fundamentação de suas decisões, atenção a princípios de racionalidade jurídica, o que impõe a observância de um ônus argumentativo, o qual é necessário a explicar ao jurisdicionado as razões de decidir que formaram seu convencimento., atendendo ao ideal democrático legitimador das decisões judiciais.

Palavras-Chave: Constitucionalismo. Direitos Fundamentais. Justificação. Segurança Jurídica. Ônus argumentativo.

Abstract: The essay in a superficial way punctuates the evolution of the Rule of Law and the doctrinal tools that aim to protect fundamental rights as goals of the new constitutionalism. It conceives as a metaphor the inference of the Constitution-Sun, where every order would orbit and would depend on it, in a virtuous circle of improvement and complementation of this system with the incorporation and overcoming of principles, obeying criteria of public argument that tend to consensus. The legislative intention of the new Code of Civil Procedure and the paradoxical imposition of a judicial "system of precedents" (mainly by article 489, §1 and by article 926, of the Code of Civil Procedure) is also noteworthy, where the legislator sought to find a contemporary alternative for the pacification of conflicts, bringing to the legislation, doctrinal concepts enshrined in common law and in modern constitutionalism, which require the magistrate, when justifying their decisions, to pay attention to principles of legal rationality, which requires the observance of an argumentative burden, which is necessary to explain to the judge the reasons for deciding that formed his conviction, given the democratic ideal that legitimizes judicial decisions.

Keywords: Constitutionalism. Fundamental rights. Justification. Legal Security. Argumentative burden.

¹ Advogado na empresa Gomes & Teixeira Advogados Associados. Doutorando (2019). Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia - UNIBRASIL (2016), Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (1995). Membro do Núcleo de Pesquisas Jurisdição e Democracia (CNPq) no projeto Jurisdição constitucional e dimensões da legitimidade. Bolsista pela CAPES no programa de Doutorado em Direitos Fundamentais e Democracia UNIBRASIL.

INTRODUÇÃO

As inevitáveis transformações que ocorrem no Direito, acelerada pelo fenômeno da globalização² e pela dinâmica evolutiva da própria sociedade fomentaram a contemplação de “novos direitos”, passando Estado Contemporâneo por crises institucional, política, conceitual, estrutural e crise da legalidade, exigindo dos legisladores e aplicadores do Direito novas reflexões cada vez mais complexas para solução institucional dos problemas plurais³ sociais e jurisdicionais, solução esta que ultrapassa os padrões clássicos, colocando sob questionamento os conceitos tradicionais de Direito e os pressupostos dos estudos até então existentes.

A tese inicial de KELSEN⁴ de uma teoria pura do direito, sem ingerência de outras ciências⁵, onde interpretar o direito seria transcrever o que se pudesse extrair do texto normativo, por exemplo, vem sendo ao longo dos anos aperfeiçoada, em que pese ainda enraizada no conceito tradicional de Direito dada sua construção teórica precisa e lógica de conjunto hierarquizado de normas jurídicas estruturantes, o conceito de norma fundamental e o entendimento de “Direito⁶” como ordem coativa da conduta humana e não apenas norma⁷.

Atualmente a interpretação do Direito para além da Constituição com revisão de conceitos de soberania nacional, com propostas de um modelo de argumentação racional global, fato impensado a poucos anos, ganha fôlego na doutrina sendo que a constitucionalização democrática do Estado tende a incentivar a relação dialógica pós-moderna⁸ da sociedade otimizando a integridade do ordenamento simultaneamente

² Para ZOLO no contexto de progressivo aumento de complexidade das relações entre os atores envolvidos no processo de globalização, os problemas a serem enfrentado podem ser unificados sob o título de “crise do Estado de Direito”. Para o autor, “as razões da crise podem ser catalogadas em dois registros distintos: o dos fenômenos de complexificação social dentro da área das sociedades industriais avançadas, investidas pela revolução tecnológico-informática; os dos processos de integração em escala regional [...] e em nível global”. ZOLO, Danilo. “Teoria e crítica do Estado de direito” in COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo, (orgs) **O Estado de Direito** - História, teoria, crítica Martins Fontes, São Paulo, 2006 p. 70-1.

³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Trad. Maria Gascón. Editorial Trotta. 1999. p. 11

⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. J. B. Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 1

⁵ KELSEN p. 393-394.

⁶ Para ZAGREBELSKI: “[...] os juristas saber que a raiz de suas certezas e crenças comuns, bem como suas dúvidas e polêmicas encontram-se em outro patamar e que, assim, para se descobrir o que de fato os une e também os divide é preciso efetuar uma pesquisa mais a fundo, transpassando o que está expressamente mostrado”. ZAGREBELSKY, 1999, p. 9.

⁷ PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. “O conteúdo e alcance do artigo 5o. §1o. da Constituição Federal de 1988” in CLÊVE, Clemerson M. **Direito Constitucional Brasileiro**. T. 1 (Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais). São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 370

⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. **Uma Concepção Multicultural dos Direitos Humanos**. Lua Nova

ao desenvolvimento constitucional provocado pela racionalização dos princípios de direito, visando a promoção e efetivação dos direitos fundamentais.

Será abordado nesse ensaio, mesmo que de forma superficial, a evolução do Estado de Direito, as ferramentas doutrinárias que aparelham a proteção dos direitos fundamentais e as principais idéias desse “novo constitucionalismo”.

1. O CAMINHO PARA A CONSTITUIÇÃO-SOL:

Sem a pretensão de demonstrar de forma categórica a evolução do Estado de Direito⁹ serão lembradas brevemente situações históricas que contribuíram para o entendimento da constitucionalização do ordenamento jurídico¹⁰ e seus objetivos de limitação do exercício do poder e dos excessos da maioria¹¹.

A legitimidade divina e/ou hereditária¹² do poder soberano em criar e revogar regras e muitas vezes sua capacidade de *dizer o direito* quando confrontado, foi gradualmente restringido, resultando nas “revoluções burguesas” do Século XVIII¹³, que se originaram com a finalidade de legitimar uma nova idéia de Estado, erigindo os direitos fundamentais como instrumentos de formação e limitação do poder¹⁴.

– Revista de Cultura e Política, n. 39.

⁹ Para ZAGREBELSKI: “a idéia de direito a partir de uma visão de Estado constitucional hoje, não entrou plenamente no ar que os juristas respiram”. (ZAGREBELSKI, 1999, p. 10).

¹⁰ Para SARMENTO a “constitucionalização do ordenamento jurídico tem provocado a alteração em todos os ramos do direito com repercussão para além dos Tribunais, fatos representados na máxima: “A Constituição tornou-se ubíqua”. SARMENTO, Daniel. “Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda” in: SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. Imprensa: Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 113.

¹¹ O constitucionalismo, como doutrina preconiza a limitação jurídica do exercício do poder, estabelece freios e barreiras para o exercício da soberania popular. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 1. ed p. 15-epub.

¹² As revoluções (francesa e americana) derrubaram o poder estatal monárquico, tradicional e autolegitimado e objetivavam erigir um poder novo e legítimo em substituição ao enfraquecido modelo religioso de legitimação, por um novo poder baseado no consentimento dos súditos. Para GRIMM: “O direito deixa ser validado de forma etérea, convertendo-se em um produto contingente da vontade política”. GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2006, p. 28 e 30.

¹³ Para GRIMM: A burguesia culta e proprietária foi o germe da dissolução da ordem tradicional. (GRIMM, 2006, p. 53.).

¹⁴ Para GRIMM: Os direitos fundamentais limitavam o poder do Estado com a proteção e o equilíbrio da liberdade individual sendo que a divisão de poderes prevenia o perigo de abusos. Essa nuclearidade dos direitos fundamentais teriam a função fundadora e limitadora do poder. GRIMM, 2006, p. 29.

Temos a superação do *império do rei* pelo *império da lei*¹⁵. Nesse momento o positivismo jurídico está em plena ascensão, sendo a expressão do juiz “boca da lei” uma máxima representativa do poder concedido ao parlamento, que subjugaria a própria função jurisdicional, enquadrada na repetição da vontade do legislador, sem necessidade de recorrer à interpretação ou à justificação das decisões.

Dada a origem burguesa do constitucionalismo, o êxito liberal inicial da preponderância da individualidade dos cidadãos contra o Estado, seguiu sendo questionada na seara jurídico-política onde a concentração de renda dos proprietários de bens de produção influenciavam a confecção de leis, em detrimento dos demais cidadãos excluídos social e representativamente¹⁶, exigindo a intervenção dirigente do Estado em favor daqueles não contemplados, uma vez que restaram prejudicados os ideais de igualdade e imparcialidade perseguidos.

O pós primeira guerra mundial é marcado por alterações importantes que consagram outros direitos de cunho econômico-social (*welfare state*¹⁷), direitos ampliados no constitucionalismo pós segunda guerra¹⁸, onde os direitos transindividuais de terceira geração passam a ser enumerados e de forma analítica incorporam o texto constitucional.

O pós segunda guerra provoca a transformação institucional que altera o protagonismo parlamentar para uma ascensão contínua do Judiciário, centralizando o

¹⁵ Nesse momento o constitucionalismo liberal-burguês entendia que os direitos fundamentais repousavam basicamente na defesa contra os excessos do Estado, haja vista a prenoção do regime absolutista anterior. Em SOUZA NETO e SARMENTO: “O constitucionalismo moderno se assenta em três pilares: a contenção do poder dos governantes, por meio da separação de poderes; a garantia de direitos individuais, concebidos como direitos negativos oponíveis ao Estado; e a necessidade de legitimação do governo pelo consentimento dos governados, pela via da democracia representativa” SOUZA NETO, SARMENTO, 2012, p. 60.

¹⁶ Sobre o momento social e o novo modelo de constitucionalismo da época: “A progressiva extensão do direito de voto a parcelas da população até então excluídas do sufrágio também contribuiu para a mudança de cenário, ao permitir que demandas voltadas à alteração do *status quo* penetrassem nos órgãos do Estado. A democratização política, ao romper a hegemonia absoluta da burguesia no Parlamento, abriu espaço também para a democratização social” (SOUZA NETO, SARMENTO, 2012, p. 65).

¹⁷ Divergência sobre o *welfare state* e o declínio do *rule of law* com a ascensão dos regimes totalitários do Século XX, e o agigantamento dos Estados Previdenciários fizeram que a liberdade individual foi substituída pelo ideal da segurança econômica”. RAMOS, Renata Rodrigues. O Império da Lei como fundamento da civilização livre na perspectiva de F. A. HAYEK. **Economic Analysis of Law Review**, v. 9, nº 1, p. 347-367, Jan-Abr, 2018. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/8849/5677>>. Acesso em: 26 fev. 2020.

¹⁸ POZZOLO indica o período do pós-guerra como fator determinante para o avanço do constitucionalismo e o controle de constitucionalidade da legislação ocidental, sendo que a contemplação de novos princípios de justiça e de direitos fundamentais, limitaram a intervenção dos Estados na vida privada, obrigando a este o fomento de políticas públicas garantistas. POZZOLO, Susanna. “Un constitucionalismo ambíguo” in: CARBONELL, Miguel. **Neconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 190.

direito constitucional como fator de irradiação e preservação dos direitos fundamentais¹⁹.

A alteração do *império da lei* é gradativamente adaptada a idéia do *império do direito*²⁰, com a forte incorporação de princípios²¹ e conceitos morais, sempre na tentativa de contenção da discricionariedade, quer de um soberano, quer de um julgador, quer de uma classe social ou maioria democrática²² e sempre atento a otimização dos direitos fundamentais em um contexto de diversidade e pluralismo que caracteriza as sociedades contemporâneas.

Esse Estado de Direito passa a atrair conceitos cada vez mais complexos que culminam com a atual concepção de Estado Democrático de Direito²³ (no campo político), ou de Estado Constitucional Contemporâneo²⁴ (na teoria dos direitos).

Entendido o atual constitucionalismo como o instrumento para perfectibilização da democracia²⁵ e todas suas nuances, decorrente da intenção deliberada da sociedade em limitar os poderes, ceifar a arbitrariedade, ordenando a transparência e moralidade administrativas, buscando por finalidade a consolidação da plenitude dos direitos fundamentais, já contagiados com novos elementos de

¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. V. A. Silva, Trad. São Paulo: Malheiros. 2008. p.524.

²⁰ ZAGREBELSKI afirma que o século XX foi o século do Estado de Direito e que essa expressão – Estado de Direito – é uma das mais afortunadas da ciência jurídica. Isso porque o Estado de Direito indica um valor e mostra uma das vertentes de desenvolvimento da organização do Estado. Esse valor diz respeito à eliminação da arbitrariedade no âmbito da atividade estatal que afeta os cidadãos. (ZAGREBELSKI, 1999, p. 21-2).

²¹ Para DWORKIN, os princípios seriam: “um padrão que deve ser observado[...] e uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

²² Neste sentido: “há também uma tensão potencial entre a jurisdição constitucional e a democracia. Se a imposição de limites para a decisão das maiorias pode ser justificada em nome da democracia, o exagero revela-se antidemocrático, por cercear em demasia a possibilidade do povo de se autogovernar” SOUZA NETO, SARMENTO, 2012, p. 23.

²³ NOVAIS: “[...] Estado de Direito (direitos fundamentais) exige a democracia, como consequência imposta pelo reconhecimento do princípio da igual dignidade de todas as pessoas que estrutura o edifício do moderno Estado de Direito”. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra editora. 2006. p.19.

²⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 60 e 61, para o qual houve a superação do ‘Estado de direito’ para o ‘Estado constitucional’ em razão de três situações: a mudança da primazia da lei para a primazia da Constituição, a alteração da reserva de lei para a reserva da Constituição e do controle judicial de legalidade para o controle judicial de constitucionalidade.

²⁵ Para SEN as eleições abertas, livres e justas são a essência da democracia, o inevitável *sine qua non*. A. “Com efeito, a própria eficácia das votações depende fundamentalmente do que as acompanha como a liberdade de expressão, o acesso à informação e a liberdade de discordância” Na verdade, um grande número de ditadores no mundo tem conseguido gigantescas vitórias eleitorais, mesmo sem coerção evidente sobre o processo de votação, principalmente suprimindo a discussão pública e a liberdade de informação, e gerando um clima de apreensão e ansiedade. SEN, Amartya. **A idéia de Justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 361.

solidariedade entre povos, cooperativismo, desenvolvimento, somada a vontade de obter maior participação social e consensualidade, com a salvaguarda da dignidade da pessoa humana, da justiça social e a eliminação da fome e das discriminações, o que podemos concluir é que estamos apenas engatinhando nessa longa estrada²⁶.

Surge a teoria substancialista do neoconstitucionalismo²⁷ que, mesmo sem unicidade de aceitação,²⁸ pretende a análise dos ordenamentos constitucionais e democráticos ocidentais atuais, pregando o rearranjo institucional que determina o protagonismo do papel do Poder Judiciário no Estado contemporâneo²⁹, fortalecendo os direitos fundamentais³⁰.

Mas o avanço não para nessa ou naquela doutrina (nem poderia). SEN³¹, já profetiza um transconstitucionalismo³². NEVES fala em constituição supranacional³³, fato também problematizado por SANCHIS³⁴, com direitos humanos havidos como imperativos globais.

Muito está por vir. Entretanto bruscas rupturas do sistema não são aceitas sendo que o aperfeiçoamento do constitucionalismo, atrelado ao ideal democrático e a preservação dos direitos fundamentais, com novos institutos como a justificação das decisões judiciais e a interpretação argumentativa como método adequado à solução dos problemas jurídicos da modernidade, provocam a profícua integridade do sistema, através de (re)leituras contínuas, ponderadas, coerentes e equilibradas por parte dos

²⁶ SEN, 2009, p. 369-389

²⁷ ROSSI, Amélia do Carmo. Neoconstitucionalismo e a superação da perspectiva positivista do direito. 2011. 212 f. Tese. (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná. Curitiba, out. 2011.

²⁸ Para STRECK o neoconstitucionalista não contribui de forma significativa para a superação do protagonismo judicial [...] representando apenas a superação do positivismo primitivo." STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 65.

²⁹ Para RAWLS, O papel do tribunal não é meramente defensivo, mas também o de dar uma existência apropriada e contínua à razão pública, ao servir de exemplo institucional. A razão pública é a única razão que o tribunal exerce. RAWLS, John, **O liberalismo político**, Editora Ática. Vol. 73 2ª. Ed. 2000, p. 286.

³⁰ Sobre a maleabilidade dos direitos fundamentais, seu cunho principiológico e a mutação constitucional ver: DIAS, Eduardo Rocha; ROCHA, Ronald Fontenele. A Constituição líquida: Mutações Constitucionais e expansão de direitos fundamentais na hipermodernidade. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**. v. 24, n. 1, p. 143-160, Curitiba. jan./abr. 2019. DOI: 10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v24i11423.

³¹ SEN, 2009, p. 362

³² CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan. Transconstitucionalismo ou cosmopolitismo: perspectivas para uma semântica dialógica no constitucionalismo contemporâneo. **Direito, Estado e Sociedade** n.46 p.10-37 jan/jun 2015

³³ Sobre modelos de Constituição "supranacional" ver: NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 85.

³⁴ SANCHIS, Luiz Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. in CARBONELL, Miguel, **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta. 2003. (pp. 123-142) p. 131.

aplicadores do Direito.³⁵

A evolução do constitucionalismo contemplou a elaboração de normas de textura aberta³⁶ no corpo das Constituições modernas, provocando uma indesejada insegurança jurídica que permite a construção e complementação de conceitos de Direito, provocando críticas e elogios da doutrina³⁷, a qual buscando limitar essa criação traçaram critérios e métodos interpretativos que objetivam a segurança, limitação e coerência das decisões judiciais.

2. A FORÇA DA GRAVIDADE: Regras, Princípios, Ponderação e Argumentação:

A metáfora de uma “Constituição-sol”³⁸ onde toda a legislação infra-constitucional orbita em torno desse astro e dele é dependente, como o Direito Civil³⁹, Administrativo⁴⁰ e Processual⁴¹, por exemplo, não parece tão absurda.

O reconhecimento da força normativa da Constituição⁴² e seu efeito expansivo aquece todo ordenamento jurídico que sofre a influência gravitacional tanto de suas normas, quanto de seus princípios⁴³ que aderem, revisam e revitalizam todo o sistema jurídico, em um círculo virtuoso de aprimoramento da jurisdição constitucional.

Pressupondo a necessidade de um modelo de racionalidade jurídica⁴⁴ e sendo

³⁵ DWORCKIN, Ronald. **O império do direito**. (J. L. Camargo, Trad.) São Paulo: Martins Fontes.1999, p. 276

³⁶ Hart foi o primeiro a utilizar a expressão, sendo que para o autor o termo textura aberta trata-se da faculdade legislativa que permite a imprecisão existente no conteúdo das Leis. HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 3ª ed., 1994, p. 141

³⁷ RAWLS. 2000, p.282.

³⁸ Sobre a constituição como metáfora: (NEVES, 2009, p. 1-6) extraindo-se da obra as expressões “pergaminho mágico”, “Bíblia política do Estado”, “suporte de esperança”. A ideia de se encarar a Constituição como um “centro onde tudo deve convergir”. No mesmo sentido, ZAGREBELSKY, 1999, p. 14.

³⁹ Cf. TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

⁴⁰ Cf. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

⁵ Sobre um modelo constitucional do processo ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni**. Turim: G. Giappichelli, 1990, 231 p

⁴² Sobre a força normativa da constituição e a questão de determinação do conteúdo dos direitos fundamentais ver: MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. 3ª. ed. rev, e ampliada. Rio de Janeiro. Renovar. 2005. 220p. p. 78-9

⁴³ “Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm - a dimensão do peso ou importância”. DWORCKIN, 2002, p. 42.

⁴⁴ Para RODRIGUEZ seria “o conjunto de raciocínios utilizados para resolver casos concretos a partir do direito posto, i.e, do material jurídico à disposição do juízo”. RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito brasileiro. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, v. 1. 252p, 2013, p. 65 p. 65.

impossível descrever a racionalidade da jurisdição apenas com o uso da subsunção⁴⁵, exige-se do intérprete a utilização de novos critérios interpretativos objetivos⁴⁶, fato sobre o qual a doutrina se prosterna, tendo as teorias íntima relação com a evolução dos conceitos de Estado de Direito.⁴⁷

SARMENTO, analisando a dimensão objetiva e irradiante dos direitos fundamentais coloca que os juízes seriam mais do que “servos autômatos da lei” principalmente nas cortes constitucionais, tornando-se os efetivos “guardiões dos direitos fundamentais” e partícipes, no processo de criação do Direito⁴⁸.

Entretanto, a migração de um *império do direito* para um *governo de juizes*⁴⁹ ainda formenta intermináveis discussões⁵⁰ quanto a legitimidade democrática do Judiciário. A exigência de uma sempre atualizada dogmática de interpretação constitucional é inexorável⁵¹, mormente se considerarmos a inclusão e valorização dos princípios nesse modelo institucional e a abertura de espaço à discricionariedade.

A constatação de que os princípios e valores da Constituição permeiam todo o ordenamento jurídico, exigem uma “filtragem” constitucional permanente do direito⁵², que deve reconhecer, a partir desses valores⁵³, quais são as prioridades a serem

⁴⁵ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schid Silva. Belo Horizonte: Lamy, 2005, p. 33-34. No mesmo sentido: RODRIGUEZ, 2013, p. 128.

⁴⁶ Para ALEXY a mais importante diferenciação para a teoria dos direitos fundamentais é a distinção entre regras e princípios, sendo a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais. ALEXY, 2005, p. 85.

⁴⁷ PEREIRA. 2014, p. 22.)

⁴⁸ SARMENTO, 2014, n. p.

⁴⁹ Sobre o termo: BARBOSA, Claudia Maria. “A legitimidade do exercício da jurisdição constitucional no contexto da judicialização da política” In: BARRETO, Vicente de Paulo; DUARTE, Francisco Carlos; SCHWARTZ, Germano. **Direito da sociedade policontextual**. Curitiba: Appris, 2013, p. 184. Sobre a crítica à Juristocracia ver: HIRSCHL, Ran. *Juristocracy – political, not juridical. The good society*, v. 13, n. 3, 2004

⁵⁰ BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics*. 2 ed. New Haven, USA e Londres, England: Yale University Press, 1986.

⁵¹ ZAGREBELSKI disserta sobre a possibilidade de uma dogmática jurídica líquida e fluida que possa conter os elementos do direito constitucional contemporâneo, agrupando-os de forma heterogênea em uma construção necessariamente não rígida, “dúctil” que dê espaço para combinações que não derivem somente do direito constitucional, mais também da política constitucional. (ZAGREBELSKI, 1999, p. 17.)

⁵² Para SCHIER os princípios caracterizam o “coração das Constituições” necessitando as questões dessa nova dogmática jurídica, passar pelo necessário processo da filtragem constitucional axiológica. SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n.20, p.145-165, abr./jun.2005 p. 154.

⁵³ O impacto dessa filtragem constitucional no direito civil reconhece a prioridade dos valores existenciais sobre os valores meramente patrimoniais no tráfico jurídico-privado, a partir dos valores e princípios constitucionais. SARMENTO. 2006, p. 137. Sobre o “excesso de democracia enfraquecendo o Estado de direito” e o papel de “filtragem seletiva de influências e irritações” dos tribunais constitucionais que serviriam como “pontes de transição” entre diferentes racionalidades ver: NEVES, 2009, p. 76-7.

confirmadas ou excluídas no caso concreto.⁵⁴ O agente dessa conformação ou irradiação é o juiz⁵⁵, que não foi eleito democraticamente e tampouco responde politicamente.⁵⁶

Em uma sociedade onde a diversidade e o pluralismo colorem a modernidade⁵⁷, o Estado Constitucional e o entendimento dos direitos fundamentais como *trunfos* são as ferramentas que aparelham a defesa desses direitos quer contra o excesso contramajoritário, quer contra o abuso do Poder.

Os estímulos evolutivos da sociedade alteram a formar de criar e aplicar o Direito. Se antes pensávamos em uma lei que conformasse atos futuros (KELSEN), a evolução legislativa contemporânea segue a reboque dos fatos sociais⁵⁸. Essa crise na teoria positivista do Direito demonstra a necessidade de se buscar uma nova teoria do direito, uma renovação, que vem sendo impulsionada pelo constitucionalismo.

Como corolário do que até aqui visto, SANCHIS resume em cinco pontos específicos a problemática:

a) a existência de mais princípios do que regras; b) mais ponderação que subsunção; c) uma onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos que sejam minimamente relevantes; d) uma onipotência judicial no lugar da autonomia do legislador; e d) a coexistência da pluralidade de valores no lugar da homogeneidade ideológica das opções legislativas⁵⁹

O que o conhecimento dessas diferenciações visam, é “aliviar”⁶⁰ o aplicador do Direito do ônus argumentativo, atendendo o anseio democrático de justificação das decisões⁶¹, que cada vez mais se alheia do poder personalista e irracional da jurisdição.⁶²

⁵⁴ SCHIER, 2005, p. 146.

⁵⁵ Para SANCHIS, o Estado constitucional contempla uma Constituição transformadora que pretende condicionar de forma importante as decisões da maioria, mas que o protagonismo fundamental não pertence mais aos legisladores e sim aos juízes. SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia Constitucional y derechos fundamentales**. Trotta: Madrid, 2003. p. 109-10.

⁵⁶ SARMENTO, 2006, p. 138.

⁵⁷ ZAGREBELSKI, 1999, p.13)

⁵⁸ Para MÜLLER: “em nenhum sistema jurídico o escopo das normas jurídicas se vê limitado pelo leque de situações concretas que os legisladores tinham em mente, ou que se acreditava que tivessem, esta é, de fato, uma das diferenças importantes entre uma regra jurídica e um comando”. (MÜLLER, 2005, p. 92)

⁵⁹ SANCHÍS, 2003, p. 117.

⁶⁰ AVILA, Humberto Bergmann, **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação de princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros.2008. p. 65

⁶¹ Para GARGARELA os juízes “são forçados a desenvolver uma concepção de política da justiça à luz da qual da qual interpretar a constituição vigente”. GARGARELLA, Roberto, **As teorias da justiça depois de Rawls**: Um breve manual de filosofia política, São Paulo. WMF Martins Fontes, 2008, p. 235

⁶² Neste sentido: RODRIGUEZ, 2013, p. 106.

Essa evolução do constitucionalismo, o ocaso do positivismo e a própria forma de entender e interpretar o direito é resumida por SCHIER:

“Viveu-se no Direito, por longos e longos anos, sob o quarto escuro e empoeirado do positivismo jurídico. Sob a ditadura dos esquemas lógico subsuntivos de interpretação, da separação quase absoluta entre direito e moral, da idéia do juiz neutro e passivo, da redução do direito a enunciados lingüísticos, da repulsa aos fatos e à vida em relação a tudo que se dissesse jurídico, da separação metodológica e cognitiva entre sujeito e objeto de interpretação, da prevalência sempre inafastável das opções do legislador em detrimento das opções da constituição e da criatividade hermenêutica do juiz, da negação de normatividade aos princípios e, assim, em grande parte, à própria Constituição.”⁶³

Entretanto só a constatação da força normativa da Constituição não basta para assegurar a legitimidade do Judiciário, tampouco para salvaguardar, por si, os direitos fundamentais. A análise da sociedade contemporânea é feita por BARROSO:

“A sociedade contemporânea tem a marca da complexidade. Fenômenos positivos e negativos se entrelaçam, produzindo globalização a um tempo do bem e do mal. De um lado, há a rede mundial de computadores, o aumento do comércio internacional e o maior acesso aos meios de transporte intercontinentais, potencializando as relações entre pessoas, empresas e países. De outro, mazelas como o tráfico de drogas e de armas, o terrorismo e a multiplicação de conflitos internos e regionais, consumindo vidas, sonhos e projetos de um mundo melhor. Uma era desencantada, em que a civilização do desperdício, do imediatismo e da superficialidade convive com outra, feita de bolsões de pobreza, fome e violência. Paradoxalmente, houve avanço da democracia e dos direitos humanos em muitas partes do globo, com redução da mortalidade infantil e aumento significativo da expectativa de vida. Um mundo fragmentado e heterogêneo, com dificuldade de compartilhar valores unificadores. Os próprios organismos internacionais multilaterais, surgidos após a Segunda Guerra Mundial, já não conseguem produzir consensos relevantes e impedir conflitos que proliferam pelas causas mais diversas, do expansionismo ao sectarismo religioso⁶⁴”.

Cientes da pluralidade dessa nova sociedade houve a necessidade da criação de um arcabouço doutrinário que permitisse a flexibilização da rigidez positivista, permitindo alguma liberdade moderada concedida ao julgador quando do julgamento, com o acréscimo de um ferramental principiológico e de valores que exigem regras de interpretação, ponderação e argumentação jurídica que evoluem ao mesmo tempo que a sociedade, e permitem a “filtragem⁶⁵” do direito por um Tribunal Constitucional, inclusive para coibir o próprio abuso possível quando dos julgamentos.

⁶³ SCHIER, 2005, p. 148.

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 23-50 p. 30

⁶⁵ Sobre as duas formas de constitucionalização do Direito: a constitucionalização pela direta regulação constitucional de matéria outrora confiada à discricção do legislador, e a constitucionalização pela filtragem constitucional do ordenamento jurídico. SARMENTO, 2006, p. 123-27

Coincide com o momento pós-constituente a influência crescente de teóricos do direito como Ronald DWORKIN⁶⁶ e Robert ALEXY sobre temas relevantes a capacidade normativa dos princípios⁶⁷ no julgamento de casos (principalmente difíceis), o caráter interpretativo do direito e o desenvolvimento técnica de sopesamento⁶⁸ necessária a solução dos conflitos, sendo que a justificação de decisões passa a ser requisito fundamental para a legitimação do Judiciário funcionando como agente limitador da discricionariedade judicial.

DWORKIN nos traz o entendimento de direito como integridade⁶⁹ como teoria para legitimar a decisão judicial. A figura do onipresente Juiz Hércules propõe um modelo construído através da utilização de um sistema de precedentes⁷⁰, onde o poder criativo do juiz é formada através da análise de princípios coerentes que consigam dar uma solução mais adequada para um determinado caso concreto, sempre preocupado com a manutenção da integridade⁷¹ do julgamento com observação do que sendo decidido em casos parecidos com o caso em exame, a fim de que se chegue a uma única resposta, através do silogismo *romance em cadeia* (romance escrito a várias mãos, onde ao mesmo tempo, os intérpretes são autores e críticos de suas obras)⁷².

⁶⁶ DWORKIN, 2002, p. 46

⁶⁷ Em ALEXY: “Regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de norma”. ALEXY, 2005, p. 85).

⁶⁸ Em ALEXY, princípios são mandamentos de otimização. Assim, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a necessidade de sopesamento decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. A colisão entre princípios antagônicos precisa de sopesamento. ALEXY, 2005, p. 117. Ver também: SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, 220 p.

⁶⁹ “O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas.” (DWORKIN. 2002, p. 291).

⁷⁰ Neste sentido: “[...]a sequência de precedentes, práticas e costumes conformam um encadeamento de sentidos para Dworkin, os quais conectam justamente as decisões anteriores dos tribunais com as decisões presentes. Cabe ao intérprete considerar não apenas as origens das normas, mas, também, sua vida e suas transformações”. CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. *Interpretação Constitucional: entre dinâmica e integridade*. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 37, n. 72, p. 67-92, abr. 2016. p. 85.

⁷¹ Para DWORKIN a integridade assume, pois, a ambição de ser uma comunidade de princípios que permitem uma melhor interpretação do ordenamento e por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. DWORIN, 1999, p. 271.

⁷² DWORIN, 1999, p. 276.

Para ALEXY tem como contribuição a distinção das regras e princípios, os quais (princípios) são entendidos como normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, criando o entendimento que princípios são mandamentos de otimização⁷³, sendo que o conflito deve ser resolvido através da lei de colisão⁷⁴.

Ainda entendendo ALEXY que os princípios são espécie de normas jurídicas pelos quais são estabelecidos deveres de otimização a função de ponderação⁷⁵ entre princípios colidentes em circunstâncias concretas recebe prevalência, sendo que esse modelo de ponderação seria o método capaz de resolver os problemas da decisão judicial criativa entendendo que as normas de direito fundamental têm uma característica principiológica.

A adaptação de toda estrutura que orbita em torno da estrela guia Constitucional é otimizada pelo incremento de princípios que exigem do intérprete, principalmente nos casos difíceis, a utilização da técnica de ponderação, da regra de proporcionalidade⁷⁶ e a obrigatória justificação⁷⁷, que por sua vez são interligados a um processo argumentativo democrático legitimador⁷⁸ de todo sistema.

Longe de ser uma ao panprincipiologismo essa nova forma de rever o constitucionalismo exige a consolidação de um aparato doutrinário e conceitual⁷⁹ que á semelhança da enumeração de SANCHIS⁸⁰ permita conceder segurança jurídica ao jurisdicionado, possibilitando entre outros: a) a aplicação justificada de princípios e normas; b) a priorização de um método teórico da ponderação de princípios quando em colisão, preferencialmente ao método subsuntivo das regras; c) a consagração do entendimento da força normativa da Constituição e a dimensão objetiva dos princípios e valores que a compõe que permitem a filtragem constitucional do ordenamento

⁷³ ALEXY, 2005, p. 90

⁷⁴ ALEXY, 2005, p. 94.

⁷⁵ GORZONI, Paula Fernanda Alves da Cunha. **Ponderações e critérios de decidibilidade na argumentação judicial** Dissertação de Metrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo São Paulo – 2011

⁷⁶ Sobre a subdivisão da regra da proporcionalidade em três sub-regras, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito e sua aplicabilidade ver: SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais 798**. 2002, p. 23-50.

⁷⁷ Em RAWLS se entende que “a razão pública é a razão de cidadãos iguais”. RAWLS, 2000, p. 263

⁷⁸ Para SEN: “O governo por meio de ‘debate’ é crucial para corroborar a justiça, pois as pessoas tendem a chegar a conclusões arrazoadas sobre determinadas questões SEN, 2009, p. 362.

⁷⁹ POZZOLLO alerta que “a constitucionalização de tais princípios e direitos foram positivados com expressões não raras vezes vagas, elásticas ou imprecisas, por exemplo, de tal sorte que a sua aplicação dependeria, invariavelmente, de uma interpretação moral destinada a dar-lhes concretude” POZZOLLO, 2003, p. 189.

⁸⁰ SANCHIS, 2003, p. 117

quando do julgamento do caso concreto; d) A correta interpretação do pluralismo e o entendimento da necessidade contramajoritária do Poder Judiciário⁸¹. e) a existência de um Tribunal Constitucional e a possibilidade do *judicial review*⁸². f) O aprimoramento e formação de uma “cultura precedentalista”

3. LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA, DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO TRUNFOS, SEGURANÇA JURÍDICA, COERÊNCIA, JUSTIFICAÇÃO, RACIONALIDADE JURÍDICA E O ÔNUS ARGUMENTATIVO

Como já visto, o constitucionalismo, ou melhor, a Constituição deve ser fruto de consenso. O embate entre democracia e o Estado de Direito⁸³ é comum, sendo o debate o núcleo da democracia⁸⁴, onde a argumentação pública em toda sua dimensão é primordial para conferir verificação da legitimidade democrática⁸⁵.

Para SEN: “A questão mais difícil que a democracia tem de enfrentar é o reconhecimento de que ela tem de se preocupar com a regra da maioria e com os direitos das minorias⁸⁶”, sendo a salvaguarda dos direitos fundamentais nucleares em uma Constituição uma trincheira que limita a própria democracia⁸⁷.

Assim, a obtenção e manutenção do ideal democrático dentro do Estado constitucional exige a capacidade de obtenção de consenso por meio de um discurso⁸⁸, onde a razão pública é obtida por pessoas em condições ideais de igualdade e capacidade. Mesmo assim a fim de evitar a sobreposição da maioria em

⁸¹ Para NOVAIS o Poder Judiciário quando da proteção aos direitos fundamentais seria a “contestação institucional ao princípio da maioria”. NOVAIS, 2006, p. 22

⁸² Para RAWLS, em um regime constitucional com *judicial review* a razão pública é a razão de seu Tribunal Constitucional sendo este seu intérprete judicial supremo, (que não se confunde com o intérprete último da Constituição). RAWLS. 2000, p. 281.)

⁸³ NOVAIS afirma que os princípios do Estado de Direito e democracia não se encontram sempre em paz, havendo sempre uma tensão entre esses institutos. Tensão essa que se mostra a partir da verificação de que uma maioria no poder (democracia) pode trazer ameaças aos direitos fundamentais. (NOVAIS, 2006, p.19-21).

⁸⁴ A idéia de justiça em SEN está correlacionada à argumentação pública e conseqüentemente à democracia. (SEN, 2009, p. 363).

⁸⁵ Nesse sentido SARMENTO: “Na verdade, a fundamentação das decisões judiciais, muito mais do que um requisito formal da sua validade, é um pressuposto da sua legitimidade no âmbito do Estado Democrático de Direito.” (SARMENTO, 2006, p. 37).

⁸⁶ SEN, 2009, p.382).

⁸⁷ Para RAWLS “A teoria da justiça como equidade busca precisar o núcleo central de um consenso por justaposição, isto é, ideias intuitivas comuns que, coordenadas numa concepção política da justiça, se revelarão suficientes para garantir um regime constitucional justo” RAWLS, John, **Justiça e democracia**. Trad. Irene A. Patemot : São Paulo : Martins Fontes, 2000. ISBN 85-336-1207-9 p. 206.

⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

uma sociedade plural⁸⁹, os direitos fundamentais são entendidos como a carta coringa a justificar a opção contramajoritária, necessitando, entretanto, essa possibilidade moderada de discricionariedade ser contida.

Aparelhando ainda mais o intérprete, para além da interpretação dos princípios e normas como ferramentas metodológicas utilizáveis na solução de conflito, o que se extrai é que toda uma teoria da argumentação jurídica passa a fazer parte da rotina jurídica⁹⁰, conformada na obrigatoriedade de justificação das decisões judiciais, exigindo do intérprete novos métodos racionais de aplicação do direito, que excluam o discurso metafísico⁹¹ ou pessoal da justificação, em benefício da razão pública.

Esses limites até aqui tratados tendem a facilitar à sociedade a análise crítica do método utilizado pelo julgador na análise, interpretação e decisão dos casos, possibilitando acompanhar o raciocínio argumentativo que levou à decisão⁹², afastando o subjetivismo e determinando a adoção de critérios e parâmetros prévios⁹³ que confirmam inteligibilidade da decisão judicial.

O Código de Processo Civil inovou ao exigir coerência e argumentação jurídica nas razões que motivam qualquer decisão judicial ao considerar no artigo 489, §1º e seus incisos, **sem fundamentação**⁹⁴ qualquer decisão judicial, que (I) não explique a relação do ato normativo com a causa ou a questão decidida; (II) aplique conceitos jurídicos indeterminados; (III), se utilize de despachos ou sentenças genéricas sem relação com a causa; (V) não precise os fundamentos determinantes de seu julgamento que se ajustem ao precedente; (VI), ou não aplique o precedente invocado pela parte sem justificar a distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Passam as decisões judiciais a serem havidas como fundamentadas apenas se forem coerentes com a integridade do ordenamento (e efeitos constitucionais dessa integridade) e com os precedentes judiciais. A nosso ver, houve a coesão da intenção do legislador em agregar os ensinamentos de DWORKIN, ao adotar um sistema

⁸⁹ NOVAIS, 2006, p. 30).

⁹⁰ SARMENTO, 2006, p. 35.

⁹¹ SOUZA NETO, 2012, p. 121.

⁹² MÜLLER, 2005, p. 37-38

⁹³ AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1991. p. 247

⁹⁴ CLÈVE, LORENZETTO, 2016 p. 69

específico de coerência e integração de precedentes⁹⁵ para solução das questões judiciais, conferindo estabilidade⁹⁶ jurídica aos cidadãos é o que se confirma com uma interpretação sistemática entre os arts 489 e 926 do CPC.

A salutar inovação legislativa quebra o paradigma de decisões habitualmente incoerentes e alheios a qualquer racionalidade jurídica, que passa a ser exigida. A necessidade de coerência das decisões vem de encontro à proposta de DWORKIN não se limitando apenas em relação às normas do sistema jurídico, mas essencialmente em relação a análise dos princípios erigidos pela comunidade política⁹⁷.

Assim, a obrigatoriedade de coerência nas decisões apresenta-se positivada (art. 926, CPC), caminhando nossos Tribunais para a necessidade de um sistema de precedentes estável e íntegro, sendo que a doutrina já aparelha esse sistema de precedentes ao exigir **racionalidade jurídica** na confecção dos precedentes e impondo um maior **ônus argumentativo** para desconstrução destes.

Descomplica-se a materialização do princípio da segurança jurídica ao utilizarmos ferramentas úteis de interpretação como o princípio da integridade⁹⁸, mitigando a desconfiança coletiva ao exigir das decisões judiciais além de sua motivação, que a fundamentação apresente coerência com os precedentes similares que a originam, bem como que seja conforme e adequada ao ordenamento jurídico a fim de conseguir cumprir com os ideais pretendidos de segurança, igualdade e justiça na aplicação do direito.

Passa-se então a entender o sistema jurídico de forma íntegra⁹⁹, ou seja, para além do direito positivado, existem princípios que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos. Esses princípios constituem o suporte axiológico que confere coerência interna e estrutura harmônica a todo sistema jurídico conferindo uma tripla dimensão (ordenadora, fundamentadora e crítica) aos valores constitucionais

⁹⁵ Antes da inovação trazida com o novo CPC, RODRIGUEZ demonstrava a inadequação do sistema de precedentes em razão da ausência de construção argumentativa organizada: [...]. RODRIGUEZ, 2013, p. 7).

⁹⁶ Para ÁVILA, idéias de estabilidade e previsibilidade estão atreladas ao princípio da segurança jurídica, devendo o intérprete buscar na CF/88 as normas jurídicas que prevejam diretamente os meios para alcançar esse estado de confiabilidade e de calculabilidade (regras) ou que apontem para esses estados, deixando para o aplicador escolher os meios dentre aqueles necessários à sua realização (princípios). ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. São Paulo: Malheiros. 2012. pp. 197-198.

⁹⁷ DWORKIN, 1999, p. 305.

⁹⁸ CLÈVE; LORENZETTO, 2016, p. 79.

⁹⁹ CLÈVE; LORENZETTO, 2016, p. 79.

preservados.

O direito como integridade permite ao cidadão uma posição ativa frente ao direito¹⁰⁰. O direito passa a ser tratado como um dado interpretativo onde os indivíduos colaboram com a construção de uma tarefa coletiva de justificação e crítica das decisões públicas¹⁰¹.

A constatação atende aos anseios por segurança jurídica conferindo intelegibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito dentro de uma perspectiva democrática.

CONCLUSÃO

Em época de modernidade líquida e sociedades altamente complexas e imediatistas, o descrédito nas Instituições e a crise do Direito repercutidos diariamente na mídia desafiam os profissionais da área, a acreditar em suas atividades e na possibilidade de mudança estrutural e cultural que permita a obtenção da cobiçada paz social e a efetividade dos direitos fundamentais¹⁰².

O constitucionalismo aparece como a última trincheira nessa guerra aparentemente interminável. A expressão trincheira, aparentemente clichê é utilizada exatamente para demonstrar o entendimento dessa posição, onde, em época de mísseis nucleares, armas químicas, nanotecnologias e drones, se não nos encontramos desarmados, portamos baionetas para a defesa de nossos direitos.

Nesse caos institucionalizado não é surpresa a oportunidade do constitucionalismo. Esperança-se a evolução do constitucionalismo rígido, entrincheirado e mau armado, permitindo a mudança para um constitucionalismo plural¹⁰³, moderno, flexível, equipado, ubíquo, dúctil e determinado a salvaguardar os direitos fundamentais. No caos a oportunidade.

Nosso inicial temor reverencial pelo ativismo judicial (e nunca desacompanhado do ativismo ideológico judicial) pode ser arrefecido com o conhecimento, não apenas superficial das novas correntes jurídicas. O estudo

¹⁰⁰ A integridade insiste em que cada cidadão deve aceitar as exigências que lhe são feitas e pode fazer exigências aos outros, que compartilham e ampliam a dimensão moral de quaisquer decisões políticas explícitas (DWORKIN, 1999, p. 215).

¹⁰¹ CLÈVE; LORENZETTO, 2016, p. 77).

¹⁰² SOUZA NETO, 2012, p. 128.

¹⁰³ Neste sentido: SOUZA NETO, 2012, p. 130.

evolutivo da interpretação jurídica, a forma de criação do direito e os limites a criação, argumentação, justificação e sua interpretação vem sendo estudados, não de hoje, demonstrando com clareza essa renovação do pensamento jurídico, que servem para limitar eventual discricionariedade.

Quando o ativismo jurídico avança sobre a efetividade dos direitos fundamentais¹⁰⁴, nenhum desconforto nos causa, ao passo que, quando esse ativismo se ativa em questões políticas e ideológicas, com ingerência nos outros poderes, repelimos quase que de imediato o procedimento, sempre preocupados com o exemplo que as Cortes darão aos julgadores de primeiro grau e a insegurança decorrente desta forma de agir.

Sem um Modelo de Racionalidade Jurídica (seja qual for) e um projeto de formação que priorize as razões de decidir, ensinem a justificação como um direito do cidadão e um dever do julgador¹⁰⁵, forme precedentes coerentes e estáveis que permitam a intelegibilidade do decidido, a confiabilidade na decisão, sem esquecer da calculabilidade do risco de submeter ou manter um processo para ser decidido judicialmente não evoluiremos.

A base doutrinária que compõe o presente ensaio já analisou a problemática apontada e sugeriram as soluções. O novo Código de Processo Civil positivou a coerência, a necessidade de justificação, a necessidade de ônus argumentativo, iniciando a cultura de precedentes estáveis e uniformes.

Já temos melhores armas. Sair das trincheiras torna-se uma opção.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1991

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schid Silva. Belo Horizonte: Lamy, 2005

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. V. A. Silva, Trad. São Paulo: Malheiros. 2008

¹⁰⁴ “O tribunal constitucional é o guardião da democracia deliberativa e os Direitos Fundamentais são as condições necessárias no processo democrático, onde nem mesmo a vontade da maioria pode violá-los. (SOUZA NETO, 2012, p. 155).

¹⁰⁵ “há relevante dúvida quanto à capacidade do juiz de oferecer respostas consistentes a todos os desafios interpretativos da Constituição.” MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 204.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**: curso di lezioni. Turim: G. Giappicchelli, 1990

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. São Paulo: Malheiros. 2012

ÁVILA, Humberto Bergmann, **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação de princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros. 2008

BARBOSA, Claudia Maria. “A legitimidade do exercício da jurisdição constitucional no contexto da judicialização da política” In: BARRETO, Vicente de Paulo; DUARTE, Franisco Carlos; SCHWARTZ, Germano. **Direito da sociedade policontextural**. Curitiba: Appris, 2013

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the supreme court at the bar of politics. 2 ed. New Haven, USA e Londres, England: Yale University Press, 1986.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan. Transconstitucionalismo ou cosmopolitismo: perspectivas para uma semântica dialógica no constitucionalismo contemporâneo. **Direito, Estado e Sociedade** n.46 p.10-37 jan/jun 2015

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Interpretação Constitucional: entre dinâmica e integridade. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 37, n. 72, p. 67-92, abr. 2016

DIAS, Eduardo Rocha; ROCHA, Ronald Fontenele. A Constituição líquida: Mutação Constitucional e expansão de direitos fundamentais na hipermodernidade. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**. v. 24, n. 1, p. 143-160, Curitiba. jan./abr. 2019. DOI: 10.25192/issn.1982-0496.rfd.v24i11423.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 1 ed . São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. (J. L. Camargo, Trad.) São Paulo: Martins Fontes.1999.

GARGARELLA, Roberto, **As teorias da justiça depois de Rawls**: Um breve manual de filosofia política, São Paulo. WMF Martins Fontes, 2008

GORZONI, Paula Fernanda Alves da Cunha. **Ponderações e critérios de decidibilidade na argumentação judicial** Dissertação de Metrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo São Paulo – 2011

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2006.

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

HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 3ª ed., 1994

HIRSCHL, Ran. **Juristocracy – political, not juridical**. *The good society*, v. 13, n. 3, 2004

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. J. B. Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. 3ª. ed. rev, e ampliada. Rio de Janeiro. Renovar. 2005

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra editora. 2006

PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. “O conteúdo e alcance do artigo 5o. §1o. da Constituição Federal de 1988” in CLÈVE. Clemerson M. **Direito Constitucional Brasileiro**. T. 1 (Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais). São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La universalidade de los derechos humanos y el Estado constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002

POZZOLO, Susanna. “Un constitucionalismo ambíguo” in: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003

RAMOS, Renata Rodrigues. O Império da Lei como fundamento da civilização livre na perspectiva de F. A. HAYEK. **Economic Analysis of Law Review**, v. 9, nº 1, p. 347-367, Jan-Abr, 2018. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/8849/5677>>. Acesso em: 26 fev. 2020.

RAWLS, John, **Justiça e democracia**. Trad. Irene A. Patemot : São Paulo : Martins Fontes, 2000. ISBN 85-336-1207-9

RAWLS, John, **O liberalismo político**, Editora Ática. Vol. 73 2ª. Ed. 2000

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito brasileiro. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, v. 1. 252p, 2013.

ROSSI, Amélia do Carmo. **Neoconstitucionalismo e a superação da perspectiva positivista do direito.** 2011. 212 f. Tese. (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná. Curitiba, out. 2011.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia Constitucional y derechos fundamentales.** Trotta: Madrid, 2003

SANCHIS, Luiz Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *in* CARBONELL, Miguel, **Neoconstitucionalismo(s).** Madrid: Trotta. 2003.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003

SARMENTO, Daniel. “Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda” *in*: SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais:** estudos de direito constitucional. Imprensa: Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2006.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Uma Concepção Multicultural dos Direitos Humanos.** Lua Nova – Revista de Cultura e Política, n. 39

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional,** Belo Horizonte, ano 5, n.20, p.145-165, abr./jun. 2005

SEN, Amartya. **A idéia de Justiça.** São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais 798.** 2002

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional:** teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia.** Trad. Maria Gascón. Editorial Trotta. 1999.

ZOLO, Danilo. “Teoria e crítica do Estado de direito” *in* COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo, (orgs) **O Estado de Direito** - História, teoria, crítica Martins Fontes, São Paulo, 2006.