

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI BELÉM – PA**

**TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO  
JURÍDICO**

**JURACI MOURÃO LOPES FILHO**

**SÉRGIO FIUZA DE MELLO MENDES FILHO**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

#### **Representante Discente – FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

#### **Secretarias:**

##### **Relações Institucionais**

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

##### **Relações Internacionais para o Continente Americano**

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

##### **Relações Internacionais para os demais Continentes**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

#### **Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

#### **Comunicação:**

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

T314

Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Juraci Mourão Lopes Filho ; Sérgio Fiuza de Mello Mendes Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-873-8

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa  
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis  
Santa Catarina – Brasil  
[www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br)



Centro Universitário do Estado do Pará  
Belém - Pará - Brasil  
<https://www.cesupa.br/>

## XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

### TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

---

#### **Apresentação**

A presente publicação traz os textos apresentados em grupo de trabalho que contou com abordagens diversas dos assuntos inerentes a sua temática, que podem ser agrupados em estudos de teoria pura, com reflexão e aprofundamentos de categorias teóricas e conceitos, e de aplicação de concepções teóricas para enfrentar aspectos dogmáticos ou problemas práticos do Direito brasileiro.

Na primeira categoria de reflexão teórica, em que de um modo geral se identifica o estudo de um determinado autor ou de uma teoria geral para problemas de definição e concepção de categorias jurídicas, tem-se texto sobre o pensamento de Karl Popper para o Direito processual e a construção de uma teoria da decisão; a revisão dos conceitos de regras, obrigações e normatividade em Herbert Hart; o uso da Crítica Hermenêutica do Direito para controle da discricionariedade judicial; a unificação de padrões éticos e morais em Dworkin e abordagem sobre o ativismo judicial. Como pano de fundo, os trabalhos identificam o que é o Direito, seus limites com a Moral, quais os contornos de seus conceitos fundamentais e suas fontes, bem como qual a lógica e racionalidade que subjazem na ciência jurídica.

Por sua vez, no grupo de artigos que tomam elementos teóricos para resolver problemas jurídicos próprios da realidade brasileira, há texto utilizando e aplicando a teoria de Robert Alexy para investigar a coerência em julgamento do Supremo Tribunal Federal; as concepções de Direito e Moral do positivismo inclusivo para, então, determinar a proteção trabalhista no país; o uso da teoria da norma em Kelsen para definir a regra matriz tributária no Sistema Tributário Nacional; investigação da implementação de políticas públicas pelo Judiciário por meio de processos estruturais; os efeitos de precedente do Supremo Tribunal Federal para mães e filhos no cárcere no Estado de Sergipe e mesmo o estudo dos precedentes de uma maneira geral no Brasil.

Como se observa, os trabalhos que compõem o presente volume demonstram a qualidade da pesquisa nacional em torno do assunto, com viés crítico e aprofundado sobre temas de relevância não só teórica como também para solução de questões práticas.

Com isso, esperamos que o leitor tenha o maior proveito possível.

Juraci Mourão Lopes Filho – UNICHRISTUS

Sérgio Fiuza de Mello Mendes Filho - CESUPA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

## **SER E DEVER SER NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. UM CASO DE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA?**

### **BEING AND BEING-UGHT ON THE CONSTITUTIONAL INTERPRETATION. IS IT A CASE OF LEGAL ARGUMENTATION?**

**Gryecos Attom Valente Loureiro <sup>1</sup>**

#### **Resumo**

A presente pesquisa envereda pelas críticas de Raffaele De Giorgi ao neoconstitucionalismo, em especial à utilização de princípios jurídicos como recurso argumentativo para solucionar casos concretos submetidos ao judiciário. O estudo envereda pelas dimensões do ser e do dever ser numa perspectiva constitucional, de acordo com as críticas apresentadas nos textos estudados. A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann é o referencial teórico utilizado para ser contraponto às teorias interpretativas do direito.

**Palavras-chave:** Neoconstitucionalismo, Teoria dos sistemas, Argumentação jurídica, Princípios, Ser e dever ser

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

This research focuses on Raffaele De Giorgi's criticism of neoconstitutionalism, especially the use of legal principles as an argumentative resource to solve particular cases submitted to the judiciary. The study is focused on the dimensions of being and being-ought in a constitutional perspective, according to the criticisms presented in the texts studied. Niklas Luhmann's systems theory is the theoretical framework used to counteract interpretative theories of law.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Neoconstitutionalism, Systems theory, Legal argumentation, Principles, Being and being-ought

---

<sup>1</sup> Doutorando em direito constitucional pelo IDP - Instituto Brasiliense de Direito Público/DF. Mestre em Hermenêutica e Direitos Fundamentais pela UNIPAC/Juiz de Fora. Graduado em Direito pela UFRJ.

## Introdução

Tema muito presente nos estudos jurídicos atuais é o chamado neoconstitucionalismo, bem como os seus efeitos no campo da hermenêutica jurídica, especialmente no que concerne ao processo de fundamentação das decisões judiciais.

Atualmente, e especialmente no chamado direito constitucional brasileiro, adota-se quase que de forma uníssona a compreensão de que o direito é um sistema constituído por um modelo de normas jurídicas e que tais normas se dividem entre princípios e regras.

Poderíamos dizer que a gênese desta compreensão parte do positivismo jurídico, na medida em que admitia que determinadas normas poderiam ter um grau maior de indeterminação, gerando uma lacuna a ser preenchida posteriormente pelo julgador.

Parece predominar na doutrina brasileira, entretanto, o entendimento de que o modelo de um sistema jurídico compreendido por princípios e regras se iniciou com as teorias interpretativas, com as teorias da argumentação jurídica.

Digno de registro que os positivistas defensores da tese de que o positivismo já previa os princípios, escudarão em Kelsen (1984), quando ele denominava esta espécie normativa de *norma de generalidade indeterminada* e em Hart (1991, p. 124), quando discorria sobre a chamada *textura aberta da norma*.

Concordando ou não com a proposição positivista, fato é que o julgador necessita trilhar um caminho hermenêutico para, a partir do mandamento legal, dirimir conflitos, decidindo controvérsias judiciais.

A dificuldade prática em se adaptar o fato à norma, especialmente diante da miríade de situações da vida cotidiana, fez com que este caminho hermenêutico fosse pavimentado por grande parcela de discricionariedade do julgador.

A amplitude desta discricionariedade relegada ao juiz, portanto, passou a ser um complicador e é a partir desta dificuldade que surgiram as teorias da argumentação jurídica, cuja pretensão, acredita-se, sempre foi resolver ou minimizar o problema.

No presente estudo utilizaremos, como expoentes no campo da argumentação jurídica, os professores Robert Alexy e Ronald Dworkin, não apenas diante da influência de suas proposições no direito constitucional brasileiro e no cotidiano de nossa jurisprudência, mas,

principalmente, por terem sido “citados” pelo professor Raffaele de Giorgi, cujos textos, aliás, serão o ponto central do objeto da presente pesquisa.

Dworkin (1977, p. 22) propõe o direito como um modelo de regras e de princípios. Regras obedeceriam ao padrão tudo ou nada, *all or nothing*, não admitindo exceções, exceto se previstas. Princípios seriam *prima facie*, poderiam ser compatibilizados entre si, sem que necessariamente um deles tivesse que ser afastado.

Alexy (2011, p. 90) utiliza a expressão *mandamentos de otimização* para definir os princípios. *Mandamentos de otimização* seriam caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não dependeria somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas apresentadas.

Ocorre que a realidade pragmática da aplicação do direito pelos tribunais, deixa evidente que o resultado da aplicação destas teorias não significou a solução do problema de excesso criativo na atividade jurisdicional.

Pelo contrário, pois o cotidiano dos tribunais demonstrou o aumento *dos juízos discricionários*, gerando consequências no campo da hermenêutica jurídica.

É justamente a crítica a estas teorias da argumentação jurídica que norteiam dois textos, um deles reprodução de uma conferência proferida no Brasil (DE GIORGI, 2014), do professor Raffaele De Giorgi (2011).

De Giorgi (2011) trata os temas a partir da teoria dos sistemas de Luhmann e discorre sobre como as teorias da argumentação jurídica modificam o *locus* hermenêutico do direito.

Ao considerar que o direito é criado pela constituição e partindo do entendimento de que os princípios, em verdade, são proposições vazias de significado, De Giorgi (2014) considera que as teorias da argumentação propiciam que o direito, que a constituição, saia da dimensão do *ser* e ingresse na dimensão do *dever ser*.

A segurança advinda do método interpretativo, segundo De Giorgi, dá lugar à insegurança do próprio direito, que deixa de ser o que deveria ser, para se tornar uma página em branco, pronta para receber a conformação ou o significado que o intérprete lhe julgar adequado.

Registramos, enfim, que o estudo ora apresentado tem o fio condutor de compreensão ancorado nas aulas do professor Celso Campilongo<sup>1</sup>, que puderam descortinar a complexidade

---

<sup>1</sup> Programa de Pós-Graduação *stricto sensu*, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. 2019.

da inteligência de De Giorgi, especialmente nas múltiplas conexões com a teoria dos sistemas de Luhmann.

## **1 Papel do juiz constitucional**

Refletindo sobre os desafios do juiz constitucional, o professor De Giorgi (2011, P. 107-118) estabelece como marco inicial o famoso conto de Kafka sobre a Porta da Lei, o seu Guardião e o Camponês que nela queria entrar.

O obstáculo ao ingresso criado pelo Guardião, aliado à insegurança e falta de coragem do Camponês, culminaram por impedir sua entrada à Porta que, hipoteticamente, só existiria para esta finalidade, ou seja, só existiria para permitir que aquele mesmo Camponês tivesse acesso à lei.

O contexto histórico revelado por De Giorgi, nos dá conta do que se tornou o fio condutor do pensamento constitucional no século XX, inclusive com uma nova doutrina de Estado, especialmente através da inteligência de Kelsen.

E a partir daí, De Giorgi (2011, p. 107-108) inicia suas indagações provocativas: *o que está atrás da porta da lei e não se poder ver? O que cega? O que guarda o guardião?* E já emenda com sua imediata resposta, concluindo que o objetivo será esconder a lei, ocultar seu segredo, sacralizá-la.

Prossegue em seu raciocínio, sustentando que a tradição romana de direito positivo fundado na ideia de Contrato Social, que está presente na maioria das doutrinas constitucionais modernas, *deriva sua força e sua resistência da ocultação do paradoxo que a constitui e lhe confere um uso construtivo* (DE GIORGI, 2011, P. 108).

O pacto social proposto por Rosseau (2010, p. 36-37), estabelece que tanto quanto o homem detém poder absoluto sobre todos os seus membros, sendo este poder advindo da natureza, o corpo político deteria poder absoluto sobre todos os seus, na medida em que o teria recebido da vontade geral, sendo esta, inclusive, a manifestação da verdadeira soberania.



Daí o paradoxo vislumbrado por De Giorgi (2011, p. 108), posto que na inteligência do professor italiano

Trata-se do paradoxo da força vinculante do contrato. Ocultado o paradoxo, a construção funciona: a vontade expressa no contrato não pode ser suprimida. Não se pode renunciar às condições postas e aceitas. O ser, a ação, a vida nua e crua são manifestações que materializam a aceitação do contrato, que, por sua vez, justifica a pretensão de reconhecimento dos indivíduos como titulares da vontade contratual e, por conseguinte, a pretensão de reformulação de suas condições quando os eventos, os homens ou as velhas estabilidades tenham consumido os requisitos de sua aceitabilidade.

E neste sentido é editada a constituição, como resposta semântica a todas as urgências e necessidades do Estado. Surge a constituição como o instrumento de união das necessidades do Estado e dos cidadãos e que define tanto o *ser*, quanto o *dever ser*.

Este *dever ser* advindo da constituição também pode ser interpretado como uma reivindicação para a dimensão da política. A reivindicação da delimitação dos espaços, a serem ocupados pela sociedade e seus anseios, na forma de direitos (DE GIORGI, 2014).

A compreensão dialoga com o idealizador da teoria dos sistemas, na medida em que o próprio Luhmann (2013, p. 3-4) estabeleceu que

A minha tese será a de que o conceito de Constituição, contrariamente ao que parece à primeira vista, é uma reação à diferenciação entre direito e política, ou dito com uma ênfase ainda maior, à total separação de ambos os sistemas de funções e à consequente necessidade de uma religação entre eles.

A constituição, neste sentido, encerra uma duplicidade, pois ela existe a partir de si e todo o mais é legitimado pela sua (da constituição) existência. Entretanto, De Giorgi afirma que essa aparente circularidade necessita de um fechamento semântico.

Dentro desta circularidade, seria necessário identificar o ponto que conferiria legitimidade para a própria constituição e, neste sentido, ela não poderia ter sua gênese em si mesma. O *fundamento de validade*<sup>2</sup> da constituição, portanto, estaria no conceito de soberania, como *uma fórmula resolutiva que exprime a ideia de um poder destituído de vínculos que, justamente por isso, pode se desvincular. A soberania é a instância extrema, última, suprema que confere ao poder o direito de ser poder* (DE GIORGI, 2011, p. 110).

Segundo Luhmann (2013, p. 7), o fundamento de validade do direito é o próprio direito, é o próprio sistema jurídico que dá validade ao conjunto de normas e procedimentos nele inserido. Isto, entretanto, cria um outro problema, identificado no fato de que

---

<sup>2</sup> A expressão não consta do texto do professor Raffaele De Giorgi.

A interpretação jurídica justifica a necessidade da Constituição com a necessidade de se fundar a validade do direito. Mas essa afirmação não faz mais do que nos levar a posteriormente questionar a fundamentação da validade do direito constitucional. E as respostas, agora, limitam-se a declarações solenes.

Parece-nos, ao contrário da norma fundamental em Kelsen, entretanto, que ao se considerar a constituição como o acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político, como veremos adiante em Luhmann, a questão do fundamento de validade do direito constitucional estaria endereçada. A unidade da diferença entre os sistemas, consolidando o acoplamento estrutural, parece-nos ser o próprio fundamento de validade do direito constitucional, portanto.

Retomando as circularidades identificadas por De Giorgi (2011, p. 110), é de se reconhecer que no processo histórico-evolutivo a soberania se desloca do monarca para o parlamento e deste para o povo, sendo que nesta transição chega ao povo transformada nos poderes legislativo, executivo e com a jurisdição já resumida à aplicação de um direito integralmente positivado. Neste sentido, a soberania se constitui como o elemento de conexão desta circularidade. A soberania começa, se funda e termina, se auto preserva, em si mesma.

A soberania habita a dimensão política, tanto quanto a justiça faz morada na dimensão jurídica. Além do direito, a constituição também estabelece a ordem política a qual, então, se torna legitimada pelo direito.

Retomando De Giorgi (2011, p. 113), *a soberania, exercida pelo poder constituinte e criadora da constituição, agora é deslocada e, no ininterrupto presente de conservação da constituição, passa para as mãos de seu guardião, o juiz constitucional.*

Ao ser legitimada pelo mesmo direito que ela (a constituição) cria e se submete, forma-se uma outra circularidade, portanto. Essa outra circularidade, De Giorgi (2011, p. 110) chama de *democracia*. E, além, considera que o Guardião quer escondê-la da vista do Camponês, deixando ser visto, apenas, as *diferenças, hierarquias, contingências, necessidades*.

Prosseguindo na identificação destas circularidades existentes e internas ao sistema jurídico, De Giorgi (2011, p. 113) reconhece uma outra que é advinda da dualidade constitucional-inconstitucional. É a constituição que define o que é o sistema jurídico e, portanto, o que está e o que não está presente como direito.

Da mesma forma Luhmann (2013, p. 7), pois para ele o sistema jurídico foca na *distinção, para sustentar a sua orientação em direção à própria unidade (direito é direito), mediante a orientação para o código binário direito/não-direito (positivo/negativo) do sistema; código que vincula cada operação entre o direito e o não-direito.*

A constituição, em De Giorgi, é um instrumento jurídico que disciplina a política, mas também é um *instrumento político para a construção jurídica de formas da realidade, dos comportamentos, dos eventos.* Como consequência disso, a constituição esconde a unidade da diferença entre direito e política.

Compartilhando do entendimento de De Giorgi, há em Canotilho (2001, p. XXIII) o reconhecimento da dificuldade do direito em regular o que é essencialmente político através de um documento jurídico. Nas palavras do professor português, vê-se que

O direito constitucional revela evidentes dificuldades para responder aos desafios da *materialização* do direito. A constituição pretendeu e pretende ser o *estatuto jurídico do político*. No entanto, o político mostra-se rebelde a uma normatização legalista porque não é possível à norma constitucional conformar autoritariamente a sociedade. Deve, sim, proporcionar a adequação da esfera jurídica a diferentes âmbitos sociais e a várias práticas sociais. Por outro lado, a constituição dirigente é inequivocamente um produto das concepções voluntaristas do *direito* e do *sujeito*, não tendo em conta a *autoreferencialidade* e a auto-organização de vários sistemas e subsistemas sociais.

A possibilidade do chamando acoplamento estrutural, é ponto central em Luhmann (2013, p. 13) e consiste no ponto de aglutinação, no espaço de unidade entre dois sistemas. Para o pesquisador alemão, a constituição é o acoplamento estrutural entre o direito e a política, cabendo distinguir, entretanto, que

[...] a Constituição utiliza conceitos como povo, eleitor, partidos políticos, Estado remetendo-se assim à política. Esses conceitos, no entanto, enquanto conceitos do texto constitucional, não podem ser outra coisa senão conceitos jurídicos [...] As referências ao sistema político estabelecem ao mesmo tempo um acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o político que se coloca "ortogonalmente" em relação às operações internas ao sistema e que não pode ser por ele apreendido. [...] Não obstante, o sistema político e o sistema jurídico são e permanecem sistemas diferentes. Esses sistemas seguem códigos distintos, precisamente, por um lado, o código direito/não-direito, e por outro, o código poder/não-poder. [...] São reciprocamente competentes, mas cada um em um sentido diferente.

A unidade da diferença, segundo De Giorgi (2014), seria o *locus* situado entre os sistemas jurídico e político. Local de residência do poder originário dos indivíduos, onde os

direitos são originários e também o é o próprio espaço em sua constante constituição, refundação e redefinição. Além disso (DE GIORGI, 2011, p. 114)

Oculto-se o fato de que o direito funda-se sobre si mesmo, ou seja, que ele é destituído de fundamento, e que a política da sociedade moderna produz o consenso que a legitima. [...] Em outras palavras: o texto constitucional transforma circularidade em assimetria, fechamento em espaço cognitivo, anéis em linearidade.

A constituição, neste sentido, constrói a realidade a partir da sua interpretação da sociedade. Por conseguinte, ao juiz constitucional, enquanto intérprete da constituição, residiria a função de reativação do processo de reconstrução da realidade a partir dos processos que lhes são submetidos. Segundo De Giorgi (2011, p. 114) *o juiz interpreta interpretações, redescreve descrições, reabre inícios, reencerra circularidades.*

O desafio do juiz constitucional no cenário contemporâneo, segundo De Giorgi (2011, p. 114), está na transferência do interesse da justiça constitucional. Migra o interesse pela ativação das garantias do Estado liberal para a ativação das compensações do Estado social.

Submete-se ao juiz constitucional dilemas de justiça social. Conflitos entre interesse público e interesse privado. O ser humano como meio ou como fim do direito.

A miríade de possibilidades, portanto, faz De Giorgi questionar a possibilidade de o juiz constitucional ter a capacidade de enfrentar os desafios desta racionalidade que ele apresenta, dispondo apenas dos meios que lhes são possíveis.

E a partir desta dúvida reflexiva, apresenta uma entre outras possíveis conclusões, destinando ao juiz constitucional o mesmo papel de Guardião da porta da lei prevista no conto de Kafka.

## **2 O Equívoco da Argumentação Jurídica**

De toda forma, entretanto, a atividade jurisdicional é, essencialmente, argumentativa. Até mesmo mediante a técnica de subsunção do fato à norma, num claro silogismo aristotélico, é de se reconhecer a presença do discurso como critério de racionalidade a fundamentar uma decisão judicial.

A atividade jurisdicional, portanto, não pode ser realizada sem o desenvolvimento de um processo intelectual que permita deixar registrado, e evidente para os jurisdicionados, qual

o percurso de racionalidade que foi trilhado para que se chegasse àquela conclusão que será publicada na forma de decisão judicial.

E neste processo argumentativo, algumas regras precisam ser estabelecidas, especialmente para que seja definido um controle de limite, o *quantum* de discricionariedade que a sociedade admite delegar ao julgador.

Na visão de De Giorgi, a construção da intelectualidade que deveria lastrear a interpretação constitucional passa longe das chamadas teorias da argumentação jurídica, desenvolvidas no contexto do que se convencionou chamar de neconstitucionalismo.

Isso fica evidente quando, ao ser convidado para palestrar sobre o tema “argumentação jurídica a partir da constituição”, o professor De Giorgi (2014) manifesta impudicamente o desconforto com o contexto do chamado neoconstitucionalismo.

Seu mais evidente inconformismo residia nas certezas das respostas que, segundo ele, são dadas pelos teóricos desta vertente de pensamento, enquanto sob sua ótica vivemos imersos na *incerteza desconfortante do presente*.

De Giorgi afirma que o neoconstitucionalismo parte de uma ácida crítica ao positivismo, nele imputando a pecha de supostamente eleger um modelo de poder exclusivamente pelo direito, um modelo que conferiria uma quase sacralidade da lei.

De Giorgi está correto na referência histórica, na medida em que em Dworkin (1977, p. 17-22) identifica-se a crítica ao positivismo jurídico, que inclusive é pessoalizada na figura de Hart, sendo esta crítica sustentada por duas premissas. A primeira é de que o positivismo jurídico é um modelo de regras, para regras e que ignoraria a existência de princípios<sup>3</sup>.

A segunda, e mais curiosa, entretanto, é a de que o modelo de regras proposto pelo positivismo jurídico, levou os adeptos desta linha de pensamento a defenderem o poder discricionário do julgador<sup>4</sup> (DWORKIN, 1977, p. 17-22).

O passado, prossegue De Giorgi, ou seja, o período anterior ao neoconstitucionalismo, estava relegado à interpretação da constituição. O interesse do constitucionalismo tradicional,

---

<sup>3</sup> “Positivism, I shall argue, is a model of and for a system of rules, and its central notion of a single fundamental test for law forces us to miss the important roles of these Standards that are not rules.”

<sup>4</sup> “(b) The set of these valid legal rules is exhaustive of ‘the law’, so that if someone’s case is not clearly covered by such a rule (because there is none that seems appropriate, or those that seem appropriate are vague, or for some other reason) then that case cannot be decided by ‘applying the law’. It must be decided by some official, like a judge, ‘exercising his discretion’, which means reaching beyond the law for some other sort of standard to guide him in manufacturing a fresh legal rule or supplementing an old one.”

portanto, era interpretar a constituição para a concretizar. Acreditavam que no curso da interpretação a constituição sempre seria atualizada.

Com o neoconstitucionalismo, todavia, parece haver uma mudança entre sistemas (DE GIORGI, 2014), na medida em que a efetivação da democracia deixa de ocorrer através da interpretação clássica da constituição e do entendimento de que a esfera política seria a adequada para a solução de determinadas controvérsias. A questão, portanto, passa a ser sempre jurídica, sempre de direito, eis que ancorada e protegida pela constituição.

Além disso, atualmente a política tem cada vez mais se esquivado do enfrentamento de questões *eticamente desafiadoras* e que sempre foram tradicionalmente resolvidas na sua dimensão política propriamente dita. Ao contrário da perspectiva positivista, o juiz não mais poderá recorrer à *ratio* da lei, à subsunção do fato à norma. O sistema jurídico não se esgota, não mais se fecha na norma. A resposta neoconstitucionalista é que o juiz deverá recorrer a uma *ratio* universal, a uma fonte de sentido inesgotável, isto é, à própria constituição (DE GIORGI, 2014).

Como vimos, entretanto, para Luhmann a constituição é o acoplamento estrutural entre o direito e a política. Ao contrário da proposta neoconstitucionalista, para a teoria dos sistemas a função do direito é a generalização congruente de expectativas normativas. Ademais, é de se reconhecer que o direito somente trabalha com expectativas normativas.

Na perspectiva neoconstitucionalista, portanto, não há mais que se falar em *concretização da constituição*, posto que o norte para o julgador não é mais o texto da constituição, mas sim a própria *democracia*, sujeitando-se a sociedade à miríade de interpretações, inclusive contrapostas, que dela possa advir (DE GIORGI, 2014).

Tudo isso para concluir que não existe mais uma interpretação correta da constituição, mas sim um procedimento argumentativo legitimador da decisão. Nas palavras do professor da Universidade de Lecce “*a história constitucional conclui-se com a teoria da argumentação*” (DE GIORGI, 2014).

Nesta esteira crítica, De Giorgi (2014) passa pela novel dimensão axiológica advinda com os princípios. Aqui deixa a reflexão de que talvez a sociedade não mais se subordine ao direito, mas sim o contrário, na medida em a primeira proposição somente será verdadeira *sob a condição de que a normatividade jurídica não esteja em contradição com a “representação de sentido por meio da qual a sociedade se identifica”*.

O ponto central da abordagem de De Giorgi, portanto, foca na migração da interpretação constitucional da dimensão do *ser*, para a do *dever ser*. Na perspectiva neoconstitucionalista, o direito constitucional busca o estado do *dever ser*, na medida em que os princípios, enquanto mandamentos de otimização, orientam o julgador a argumentar com a constituição a partir do influxo dos casos submetidos a julgamento.

A análise hermenêutica deixa de dialogar com a dimensão concreta, atual, sociológica, definidora e delimitadora de direitos, para se dedicar à dimensão hipotética, utópica, filosófica, idealizadora de direitos.

Coerente, De Giorgi (2014) afirma que *o sentido da argumentação por princípios a partir da constituição é claro: busca fundar racionalmente a justiça normativa, dar um fundamento racional aos valores. Busca levar o direito a dizer a verdade.*

De Giorgi afirma, e acredita ele que de modo mais realista, que argumentação é uma técnica de distinção, que depois de aplicada apresenta os fundamentos da decisão que optou por distinguir desta ou daquela maneira. E, segundo ele, *isso significa que a argumentação se funda por si mesma, em si mesma e através de si mesma.* Com isso, a argumentação se torna a própria razão, pois sempre se funda em si mesma. É, segundo De Giorgi, *a razão de si mesma.*

Apresentando um olhar sob outra perspectiva, De Giorgi propõe que a argumentação é um encadeamento de motivos lógicos e os motivos são os pontos que um observador deseja excluir. De Giorgi, contrariamente ao neopensamento, portanto, acredita que os princípios são semanticamente vazios, que os princípios são a unidade da diferença daquilo a ser excluído e incluído na argumentação.

De Giorgi aplica à argumentação, portanto, um dos paradoxos fundamentais em Luhmann, que é a igualdade na diferença e a diferença na igualdade.

É a fundamentação na utilização do princípio que lhe confere conteúdo, mas este conteúdo não lhe é próprio e sim, atribuído. Isso quer dizer que a cada nova argumentação, nova criação de sentido, o princípio significará algo diferente.

E se cada vez que o princípio for utilizado ele puder significar algo diferente, exsurdirá o risco de mal uso apontado por De Giorgi, no sentido de poder ser o princípio utilizado como *um manto semântico que encobre os verdadeiros fundamentos da decisão.*

O princípio é fruto de um processo argumentativo e, sendo sempre conduzido por um observador externo, decidirá o que excluirá do todo para chegar a sua conclusão. Segundo De Giorgi aqui reside um ponto central, já que *esse observador não pode ser uma teoria da argumentação, pois, como teoria, ela mesma seria incluída na circularidade do argumentar.*

A miopia do neopensamento, (DE GIORGI, 2014) nesta perspectiva, portanto, é que

Ao não conseguir ver essa realidade da argumentação e o paradoxo de sua construção, ao não conseguir apreender por que a argumentação sempre funciona independentemente dos motivos sobre os quais se constrói, o neopensamento a concebe como o procedimento que torna possível a epifania dos princípios. [...] É óbvio que aquilo que surge da argumentação, vale dizer, a realidade dos princípios é a realidade do direito [...] o que surge são diferenças, o resultado das discriminações, as diferenças que se produzem como consequências da construção do concentrado semântico que, somente após essa fase, constitui o princípio. Os princípios são unidades, mas unidades de distinções [...] Os princípios, em outras palavras, não são inocentes.

Por outro lado, é de se reconhecer que no espectro da dimensão hermenêutica do julgador, o próprio acoplamento estrutural proposto por Luhmann (2013) conspira para a sedução de que através do direito se resolva problemas que são próprios do sistema político, posto que

Aí precisamente reside a tentação representada por se buscar facilitar a influência e a adaptação mediante acoplamento estrutural: na escolha de normas constitucionais tais que permitam ao sistema jurídico reconhecer a legalidade em quase todas as formas do agir político e que, vice-versa, toda decisão acerca da constitucionalidade-inconstitucionalidade do sistema político indica como se deve descrever qualquer tipo de decisão de modo a se encaixar (estromettere) na jurisdição constitucional. Sobre esse pano-de-fundo, delineiam-se os direitos humanos como formas dotadas de complexidade suficiente para levarem uma vida jurídica própria.

E se a tentação citada por Luhmann de fato ocorrerá, o melhor antídoto seria a definição do que, em verdade, disciplina o sistema jurídico. A dimensão do *ser*, portanto, contribuiria positivamente para a segurança jurídica.

Recorrendo novamente à reflexão que vem do outro lado do Atlântico, percebe-se que a aplicabilidade ilimitada, sem freios ou fronteiras, do texto constitucional, ignora a dimensão política expressa na legislação infraconstitucional, o que permite a Canotilho (2001, p. XVI) afirmar que

O problema não está na contestação da bondade política e dogmática da vinculatividade imediata, mas sim no alargamento não sustentável da força normativa directa das normas constitucionais a situações necessariamente carecedoras da *interpositio legislativa*. É o que acontece, a nosso ver, com a acrítica transferência do princípio da aplicabilidade imediata consagrado no



artigo 5.º, LXXVII<sup>5</sup>, da 1.º, da Constituição brasileira, a todos os direitos e garantias fundamentais de forma a abranger indiscriminadamente os direitos sociais consagrados no Capítulo II.

Não é sustentável dentro do sistema jurídico, portanto, ancorar todas as decisões judiciais diretamente na constituição.

Há ainda um outro problema que advém dessa racionalidade. É evidente que na perspectiva neoconstitucionalista, mas não apenas nela, o direito nasce com a constituição, e somente será direito se estiver com ela adequado. Luhmann (2013, p. 6) aponta, neste sentido, que esta linha de raciocínio coloca todo o direito em uma situação de suspeição, da seguinte forma

Preste atenção à audácia desse princípio: todas as demais leis podem agora ser observadas e avaliadas em vista de sua conformidade ou não ao direito! Qualquer lei, com a única exceção problemática da própria Constituição, pode ser não-conforme o direito. Todo o direito é colocado em uma situação de problematicidade, de contingência. E isso não apenas na medida em que o legislador pode criá-lo ou modificá-lo (o que vale também para a Constituição), mas porque o direito pode ser não-direito, ou seja, ilícito. O código direito/não-direito torna-se supraordenado a todo o direito com exceção da lei constitucional.

Arrematando o bombardeio sobre o pensamento neoconstitucionalista, De Giorgi considera que o nível de maturidade alcançado pela sociedade não comporta o *imponderável*, pois há uma dimensão de universalidade real de suas razões que é universal e que deve ser reconhecida como existente. Há, portanto, dimensões do ser que são passíveis de reconhecimento sem as justificativas dos princípios.

## **Conclusão**

A crítica de De Giorgi ao neoconstitucionalismo, portanto, centra fogo ao que em sua visão constitui um conjunto de equívocos advindos de um erro de origem.

Este erro é considerar que os princípios possuem uma dimensão de significado. Como vimos, De Giorgi considera que os princípios são semanticamente vazios e, como tal, se prestariam apenas a significar o conteúdo que o processo argumentativo lhes dedicasse.

Ademais, na visão do professor italiano, a realidade é que o direito se dá por satisfeito com um mínimo de consenso em relação ao procedimento.

---

<sup>5</sup> Trata-se de aparente equívoco de impressão, posto que o inciso correto é o seguinte, ou seja: LXXVIII.

O procedimento tem a capacidade de obter uma adesão antecipada, apesar de seu desfecho ser desconhecido. O resultado do procedimento pode ser absolutamente inesperado.

A certeza do direito reside no *non liquet*, ou seja, a certeza é de que ao seu término haverá uma decisão judicial definitiva. O direito não precisa de muito consenso, portanto.

No final do dia, então, o que se busca é um pronunciamento definitivo do Estado-juiz para o conflito cuja solução lhe é monopólio. O que se espera encontrar é um estado de segurança jurídica.

A segurança que se busca hoje não é mais em face da parte *ex adversa* na situação conflituosa, mas sim a segurança em face de uma jurisprudência que muda constantemente a forma de pensar, ou seja, que constantemente atribui cargas de significado diferentes aos princípios, que hoje se convencionou utilizar como fundamento para a racionalidade argumentativa expressa nas decisões judiciais.

De Giorgi fez críticas expressas à Dworkin (1985) e a Alexy (2011, p. 91), quando citou a expressão *a matter of principles*, título de uma famosa obra do americano, e criticou especificamente a proposição de que os princípios seriam *mandamentos de otimização*, que é um dos elementos centrais da teoria dos princípios proposta pelo alemão.

As duras críticas tiveram por finalidade trazer luz a um ponto que, na visão de De Giorgi, está corroendo as estruturas do próprio direito, fazendo com que a interpretação da constituição faça parecer que a Lei Maior deixe de ser um estatuto prescritor de condutas, para se limitar a ser um referendo de práticas sociais ou idiossincrasias pessoais.

A questão que remanesce, entretanto, é a forma de efetivação de determinados direitos. Em outras palavras, o ponto irrespondido por De Giorgi é qual seria a alternativa para a efetivação de direitos relegados, mal tratados na dimensão política?

O modelo interpretativo proposto por De Giorgi possui inegáveis méritos, especialmente naquilo em que traz luz para as deficiências pragmáticas das teorias argumentativas.

Ocorre que o modelo tradicional, interpretativo, também se mostrou inefetivo na experiência brasileira. A dimensão do *ser*, como se sabe, jamais se efetivou na nossa tradição judiciária.

A dificuldade central deste modelo está em admitir a coexistência de uma constituição programática, enquanto unidade da diferença, enquanto *locus* hermenêutico do acoplamento

estrutural entre os sistemas jurídico e político, e uma situação concreta de recorrente inefetivação de direitos por parte do sistema político.

Aqui se ancoram algumas críticas à chamada teoria dos sistemas, na medida em que parece deixar o indivíduo de fora. Ele (o indivíduo) é substituído pelo sistema. O próprio sistema desenvolve um conjunto de estruturas e que parece não considerar o ser humano como o fim do direito.

Melhor sorte, entretanto, não se identifica no modelo neoconstitucionalista, das várias teorias de argumentação jurídica, criticado por De Giorgi.

O vazio semântico dos princípios apontado por De Giorgi, possibilita o desenvolvimento de uma insegurança jurídica advinda da jurisprudência dos tribunais. Ao permitir que cada intérprete da constituição, que cada julgador preencha o conteúdo de significado no vazio dos princípios, fica afastada qualquer possibilidade de reconhecimento de existência da constituição na dimensão do *ser*.

E considerar que a constituição existe na dimensão do *dever ser*, é admitir que o *quantum* de discricionariedade relegado a cada um dos diversos julgadores existentes será absoluto.

Será absoluto, porque ao permitir que cada julgador descreva a carga de significado ínsita aos chamados princípios constitucionais, significa dizer que cada julgador passa a definir o que é a dimensão do *ser*.

O direito, portanto, deixa de ser definido pela constituição e passa a ser definido pela miríade de intelectualidades diversas próprias dos julgadores.

A constituição, portanto, passa a pavimentar a unidade da diferença entre os sistemas jurídico e político, com estruturas vazias de significado. O acoplamento estrutural entre o direito e a política, não mais será definido por uma única dimensão de *ser*, mas por tantas dimensões quantas forem necessárias para absorver todos os preenchimentos semânticos propostos pelos julgadores.

A conclusão do presente estudo, em verdade, se transfigura em uma verdadeira inconclusão pragmática. O objeto da pesquisa, a toda prova, foi trazer luz para as críticas de De Giorgi, sem descurar, entretanto, que o problema central – a forma de recondução do direito à dimensão do *ser* – resta irrespondido.

O Guardião de De Giorgi, enfim, permitiria que o Camponês espiasse no interior na porta da justiça, mas este se surpreenderia, pois a cada espiada veria relances de um cenário em constante mutação.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª ed. Portugal: Coimbra Editora. 2001.

DE GIORGI, Raffaele. *Os desafios do juiz constitucional*. In: Impasses e aporias do direito contemporâneo – estudos em homenagem a José Eduardo Faria. São Paulo: Saraiva. 2011.

\_\_\_\_\_. *Argumentação jurídica a partir da constituição*. In: Seminário Teoria da Decisão Judicial – série cadernos do CEJ 30. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal-CEJ. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados-Enfamf. Brasília. 2014.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. USA: Harvard University Press – Cambridge, Massachusetts, 1977.

\_\_\_\_\_. *A matter of principle*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of law*. UK: Clarendon Press – Oxford, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

LUHMANN, Niklas. *A constituição como aquisição evolutiva*. Tradução realizada a partir do original (“Verfassung als evolutionäre Errungenschaft”. In: *Rechtshistorisches Journal*. Vol. IX, 1990, pp. 176 a 220), cotejada com a tradução italiana de F. Fiore (“La costituzione comeacquisizione evolutiva”. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg. *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996), por Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele DeGiorgi. Notas de rodapé traduzidas da versão em italiano por Paulo Sávio Peixoto Maia (texto não revisado pelo tradutor). [Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/31253250/LUHMANN-Niklas-A-constituicao-como-aquisicao-evolutiva>>. Acesso em 9 dez. 2013].

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social ou princípios do direito político*. Trad. Pietro Nassetti. Coleção A Obra-Prima de Cada Autor. São Paulo: Martin Claret, 2010.