

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

CLARISSA TATIANA DE ASSUNÇÃO BORGES

**JUSTIFICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO NA PERSPECTIVA DA LEGISPRUDÊNCIA:
princípios de avaliação e controle da legislação**

**BELO HORIZONTE
2011**

CLARISSA TATIANA DE ASSUNÇÃO BORGES

**JUSTIFICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO NA PERSPECTIVA DA LEGISPRUDÊNCIA:
princípios de avaliação legislativa e controle da legislação**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito para concessão do título de mestre, elaborada sob a orientação da Professora Doutora Fabiana de Menezes Soares no Projeto Observatório da Qualidade da Lei, com financiamento parcial da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

BELO HORIZONTE
2011

Borges, Clarissa Tatiana de Assunção.

Justificação da legislação na perspectiva da legisprudência:
princípios de avaliação e controle da legislação– Belo
Horizonte: UFMG/ Faculdade de Direito, 2011.

123 p.

Dissertação (mestrado) UFMG. Faculdade de Direito.

1. Filosofia do Direito 2. Legisprudência 3. Justificação da Legislação. 4.
Avaliação legislativa. 5. Controle da legislação I. Título.

ERRATA.

Folha	Linha	Onde se lê	Leia-se
--------------	--------------	-------------------	----------------

CLARISSA TATIANA DE ASSUNÇÃO BORGES

**JUSTIFICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO NA PERSPECTIVA DA LEGISPRUDÊNCIA:
princípios de avaliação e controle da legislação**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais visando a obtenção do título de Mestre em Filosofia do Direito.

Belo Horizonte,

Componentes da Banca examinadora:

Professora Doutora Fabiana de Menezes Soares (Orientadora)
Universidade Federal de Minas Gerais

Professor Doutor (Titular)
Universidade Federal de Minas Gerais

Professor Doutor (Titular)
Universidade Federal de Minas Gerais

*“és
o favorito,
aquele que de tudo discorda:
o coração
não mente, pacificado.”
Age de Carvalho*

Aos meus pais, Maria José e José Antonio, pelo afeto zeloso que permitiu seguir em frente, e aos meus irmãos, Andrei, Érica e Ana, que me fazem perseverar na aprendizagem de destinar amor a tudo o que me cerca.

À Professora Fabiana, que semeia criatividade e compromisso por todo lugar onde passa.

Aos meus amigos, em especial Jorge, Gabriella, Juliana e Adrian, sem cujo apoio e longas conversas, como o emergir da lua cheia na noite, esse trabalho não teria se completado.

À Letícia Camilo, por ter compartilhado o significado da busca por um ideal de vida boa.

Aos mestres Fabiano, Júnior e Sandra, que, no caminho do conhecimento, me alentaram para encontrar a paz de espírito.

“Tal como o positivismo empírico perdeu de vista a norma, assim também o positivismo lógico-normativo perdeu de vista a vida real. A questão acerca da relação entre forma e matéria, entre o como e o quê persiste como um dos problemas mais prementes da filosofia do direito.”

Artur Kaufmann

RESUMO.

Em um contexto em que a racionalidade da legislação é posta sistematicamente em crise, este trabalho visou investigar a argumentação jurídica voltada à justificação da legislação por meio da avaliação legislativa. Para tanto, com base na orientação teórica da legisprudência de Luc J. Wintgens, partiu-se de uma perspectiva crítica do legalismo como postura ética e epistemológica da ciência do direito, discutido nas teorias contratualistas clássicas de Hobbes e Rousseau. Isso culminou na valorização da liberdade como *principium*, fundante do espaço político moderno, ponto de partida da ação e último termo de regresso na cadeia de legitimação do direito.

Da concepção de liberdade como *principium* derivou-se logicamente o dever de justificação da legislação a partir da argumentação racional, desde que não mais conferido ao legislador soberano a máxima discricionariedade para a decisão legislativa. Como premissa estruturante da justificação, a liberdade como *principium* implica que a legislação seja apenas uma das alternativas de intervenção estatal, comprometida com finalidades sociais, que sanções compreendidas como maior restrição à liberdade sejam justificadas a partir dos fins. A legislação passa a abranger uma dimensão temporal, da qual é derivado o dever de observação e atualização do direito, que deve manter-se íntegro e coerente com todo o sistema normativo.

Se a justificação cria deveres para um legislador responsável e comprometido com a efetividade dos direitos fundamentais, a avaliação da legislação, por sua natureza metódica, é entendida como subsídio de informação com vistas à justificação. Discutiu-se, assim, como a avaliação pode atuar como controle interno do legislador sobre seus próprios atos e auxiliar o aplicador do direito e a

jurisdição em sua tarefa de interpretação das leis, na perspectiva do controle externo, completando um círculo de informação que coloca os atores jurídicos em permanente diálogo e redimensionando o fenômeno normativo como um ente unitário.

Palavras-chaves: legisprudência – justificação da legislação – argumentação jurídica – avaliação legislativa – controle da legislação

ABSTRACT.

In a context in which rationality of legislation is systematically put in crisis, this work aimed to investigate legal argumentation applied to justification of legislation through evaluation of legislation. Therefore, through the theoretical orientation of Luc J. Wintgens legisprudence, it started from a critical perspective of legalism, as the ethical and epistemological science of law, discussed on classical social contract theories of Hobbes and Rousseau. This culminated in the value of freedom, founding principle of modern political space, as *principium*, starting point of action and last term in legitimation chain of law.

Conceiving freedom as *principium*, it is logically derived from it the duty of justifying legislation through rational argumentation, since it is no more given to sovereign legislator maximum discretion on legislative decision. As a structural premise of justification, freedom as *principium* implies that legislation is just one of the alternatives for state intervention, committed to social purposes, and that sanctions are submitted to special justification on legislation goals, as they means a double restriction of freedom. Legislation so encompass a temporal dimension, from which it is derived a duty of observation and actualization of law, in order to maintain its integrity and coherence as a normative system.

If justification imposes duties for a responsive legislator, committed to fundamental rights effectiveness, evaluation of legislation, by its methodical nature, seems to provide data subvention for justification. It was discussed so, how evaluation can function as legislative internal control, and how it can support legal actors and jurisdiction in its task of interpretation – external control – completing a

circle of information which puts legal actors in constant dialog and resizes of normative phenomenon as an unitary entity.

Key-Words: legisprudence – justification of legislation – legal argumentation – evaluation of legislation – control of legislation.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	13
2.	CRÍTICA DO LEGALISMO E FUNDAMENTOS DA LEGISPRUDÊNCIA..	17
2.1	Legalismo e ciência do direito.....	17
2.2	As razões do legalismo na teoria do contrato social.....	23
2.2.1	A correlação entre a verdade e o dado.....	25
2.2.2	A liberdade entre a razão e o soberano.....	27
2.3	Legalismo forte: a teoria do direito tradicional.....	32
2.4	Legalismo fraco: uma nova teoria geral do direito.....	33
2.4.1	Uma redefinição da liberdade: a liberdade como <i>principium</i>	37
2.4.2	A liberdade contextualizada: liberdade como <i>principium</i> em contexto.....	39
2.5	Notas sobre a liberdade como <i>principium</i> no contexto brasileiro.....	44
3.	JUSTIFICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO.....	49
3.1	O problema do soberano e a justificação da decisão legislativa.....	49
3.2	Representação e democracia: validade e legitimidade na legisprudência.....	50
3.3	A argumentação jurídica no contexto da decisão legislativa.....	58
3.3.1	A argumentação como teoria da justificação.....	58
3.3.2	A argumentação legislativa: dificuldades e perspectivas.....	63
3.4	Os princípios de justificação da legisprudência.....	67
3.4.1	Princípio da alternatividade.....	68
3.4.2	Princípio da densidade normativa.....	71
3.4.3	Princípio da temporalidade.....	76
3.4.4	Princípio da coerência.....	79
4.	JUSTIFICAÇÃO E CONTROLE DA LEGISLAÇÃO.....	82
4.1	Controle jurisdicional e controle legislativo.....	82
4.2	Controle interno dos atos legislativos.....	82

4.2.1	Legisprudência e justificação no controle interno.....	83
4.2.2	A avaliação legislativa no contexto dos direitos fundamentais	85
4.3	Princípios de justificação correlatos no sistema brasileiro.....	91
4.4	Controle jurisdicional da legislação	95
4.4.1	Controle jurisdicional de constitucionalidade do processo legislativo	95
4.4.2	A omissão legislativa de dever constitucional e “apelo ao legislador”	102
4.4.3	Controle sobre o dever de justificação exposto na avaliação	108
5.	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	113
6.	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	117

1. INTRODUÇÃO

A presente investigação começou a ser pensada a partir da apresentação de monografia de final de curso, ocasião em que se examinou o requisito da taxatividade para efetivação do princípio da legalidade estrita em direito penal, abordando a problemática da legalidade à luz do Estado Democrático de Direito. Então, propôs-se que as técnicas legislativas apresentadas pela Legística seriam idôneas a maximizar a força normativa de tal princípio.

Daí que, não abstraindo da legalidade, mas reforçando-a no paradigma democrático, foi proposta, em sede de curso de mestrado, a questão de como a força normativa dos direitos fundamentais é impactada por uma legislação de baixa qualidade. Não é necessário muito esforço cognitivo para concluir que, no atual contexto, a supremacia da lei combinada com uma infinita regulamentação executiva dotada de força de lei, somada às diversas esferas da quais a legislação emerge na estrutura federativa brasileira, ao amplamente difundido cipoal normativo, agregadas ainda às mais díspares decisões tomadas pelo judiciário brasileiro, estão todos a dificultar e até mesmo a obstar o exercício dos direitos fundamentais, para além das já conhecidas críticas e vários diagnósticos a respeito do estado fragilizado da segurança jurídica.

Por sua vez, a colocação do problema em termos de *qualidade* da legislação exigia certo tipo de juízo valorativo que distanciaria a pesquisa de seu objetivo de difundir um propósito em matéria de legislação a partir de uma investigação científica. Se está claro que a teoria da legislação almeja elaboração de leis *boas*, o conteúdo do que seja bom é de difícil precisão e a própria definição de indicadores de qualidade poderia se tornar tão aleatória quanto subjetiva, ou mesmo dependente de objetivos políticos a que a legislação se destina, aproximando a pesquisa em teoria da legislação mais da ciência política que da jurídica.

A pesquisa, circunscrita ao Projeto Observatório da Qualidade da Lei, na linha de pesquisa Direito, Razão e História, demandou uma opção metodológica de trabalhar com categorias operacionais próprias do universo jurídico. A avaliação de impacto legislativo sobre direitos fundamentais, discutida como fundamento de intervenção normativa, fez emergir a indagação acerca da justificação da legislação como decisão jurídica, de saber em que condições também a legislação deve ser justificada.

É sabido que a teoria do direito debruçou-se no curso de sua história somente sobre o fenômeno de sua aplicação, na forma de uma teoria da adjudicação. Impôs-se, desse modo, que a elaboração do direito não se sujeitasse ao conhecimento do jurista, desde que situada numa dimensão metajurídica do fenômeno normativo considerada como atividade política.

Todavia, na medida em que a Constituição instituiu o Estado democrático e os direitos e garantias fundamentais, impondo o respeito a suas regras por todo o sistema jurídico, ela determina também que o legislador seja considerado um ator jurídico cujas decisões vinculam-se às normas de direito, mesmo que de um modo diferenciado. A supremacia da Constituição define que também as decisões legislativas, como as decisões jurisdicionais e os atos administrativos, estão sujeitas a controle de constitucionalidade, inafastável como direito fundamental, sem, contudo, definir expressamente o modo de justificação ou efetivas formas de diálogo entre as duas instituições em sede de criação do direito.

Desse modo, o objeto do trabalho ficou melhor delineado, na medida em que se buscou compreender o fenômeno da decisão legislativa na perspectiva de sua justificação e, ainda, como a teoria do direito, voltada a uma teoria racional da legislação ou jurisprudência, fornece critérios de justificação a serem atendidos pelo legislador como ator jurídico.

Para tanto, a pesquisa foi compartilhada em três eixos. Ao primeiro coube discutir, à luz dos postulados da teoria geral do direito, a exclusão da elaboração do direito como objeto de estudo da ciência jurídica. Por meio de um regresso às bases da filosofia moderna que informaram a ciência jurídica, notadamente no que toca às suas vertentes epistemológica, política e moral, buscou-se fornecer um subsídio teórico para a teoria normativa da legislação que passa pela crítica do legalismo e pela revalorização da liberdade como princípio fundante do espaço político moderno. Para tanto, analisou-se a perspectiva do contratualismo clássico em Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau os quais definiram uma compreensão de que a liberdade realizada em termos morais é impossível, para, ao contrário, demonstrar como um modelo de troca entre legislação e sujeitos é não só necessário em termos políticos, mas logicamente exigido pela definição de liberdade que sustenta a legisprudência.

Nesse contexto está o princípio da legalidade a proteger a liberdade contra a nociva força do arbítrio estatal o qual, contudo, manteve-se intacto na guarida dos atos *interna corporis* e da representação da vontade, esta também autorizadora de normas densificadoras estabelecidas pelo Poder executivo, as quais, não raras vezes, extrapolam seus limites, inovando verdadeiramente o ordenamento jurídico e criando obrigações já não albergadas pelo título *lei*.

A partir dessa perspectiva, o agir do legislador está vinculado, sobretudo, ao respeito pela liberdade dos cidadãos, conformando a emergência de uma teoria da argumentação aplicada à elaboração da legislação. Este segundo eixo da pesquisa discutiu princípios da argumentação como teoria da justificação e apresentou os princípios de justificação da legisprudência como teoria normativa da legislação.

Por fim, o terceiro eixo da pesquisa tratou do controle da legislação justificada. A partir da investigação sobre a temática da avaliação da legislativa, com base na experiência estrangeira e na identificação de princípios de avaliação na legislação pátria, foi possível apontar a avaliação legislativa como um ponto de

ligação entre controle interno dos atos do legislativo, por meio do qual o legislador que denota sua intenção de racionalidade, e o controle externo judicial da legislação, que passa a perquirir em material histórico-legislativo fundamentos de interpretação.

A pesquisa, desse modo, parece ter atendido seu objetivo de compreensão da legisprudência como saber idôneo e inserido na teoria do direito e restaura a perspectiva dos direitos fundamentais, notadamente a liberdade, como efetivos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito, em todas as suas esferas e, especialmente, na esfera legislativa, cuja efetividade e força vinculante se estendem ao poder legislativo e normativo justificado.

2. CRÍTICA DO LEGALISMO E FUNDAMENTOS DA LEGISPRUDÊNCIA

2.1 Legalismo e ciência do direito

Desde o lançamento da *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen em 1934, a ciência do direito foi, ao menos de forma aparente, determinada pelos critérios rígidos que a separam de outras ciências e, sobretudo, da moral deontológica como dever conformador da ação dos homens.¹ Valendo-se de um forte aparato lógico-analítico, Kelsen conceitua norma e ordenamento em termos formalistas, opostos aos conceitos de caráter valorativo que caracterizavam tais institutos no modelo jusnaturalista, fundando uma ciência do direito positivo, do direito que *está aí* ou do direito que *é*, sem se preocupar com o que ele deveria ser, ou com sua justiça, que constituiriam matéria do cientista político, do sociólogo e, até mesmo, do moralista, não do cientista do direito.²

Esta concepção de ciência do direito como a ciência do direito positivo fundamenta-se no esforço de eliminar de sua feição objetiva as características “metafísicas” do direito natural, restringindo a ciência “aos ‘fatos’ e às leis desses fatos, considerados empiricamente”, segundo Karl Larenz (2009, p. 46), do que se extrai um

¹ É assim que Kelsen define as relações sociais como objeto do estudo do direito: “pelo que respeita à questão de saber se as relações inter-humanas são objeto da ciência jurídica, importa dizer que elas só são objeto de um conhecimento jurídico enquanto relações jurídicas, isto é, como relações que são constituídas através de normas jurídicas”. Um dado há de ser apreendido como fenômeno “norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica”, requisito de constituição do objeto da ciência do direito. (KELSEN, 2009, p. 79).

² O positivismo da teoria pura é apenas uma das doutrinas positivistas, cuja heterogeneidade “torna mais aleatória ainda a busca de um critério geral do positivismo”, segundo Jean-Louis Bergel, que as caracteriza “pelo fato de rejeitarem qualquer metafísica jurídica, qualquer justiça transcendente e qualquer ideia de direito natural”, eis que “se louvam apenas no conhecimento da realidade positiva, jurídica ou científica” (2006, p. 15). Para Norberto Bobbio, o positivismo jurídico é a doutrina oposta à jusnaturalista, aquela que reduz a justiça à validade (2008, p. 38).

outro elemento definidor do positivismo científico aplicado ao direito, o de ser o método das ciências puras o adequado ao estudo do direito.³

Dentro da heterogeneidade do juspositivismo, teorias sociológicas e psicológicas do direito foram também elaboradas.⁴ No entanto, por não abarcarem a pretensão de validade residente no “*momento do dever-ser*”, nas palavras de Larenz, dimensão maior da problemática jurídica, essas teorias perderiam espaço para o positivismo jurídico de Hans Kelsen que apreendia o objeto da ciência do direito como fenômeno meramente ideal, cujos caracteres são deduzidos formalmente sem que se perquiria por fundamentos suprapositivos de legitimidade, à semelhança das ciências puras como a matemática e a lógica, (LARENZ, 2009, p. 48). A problemática da legitimidade, portanto, resolve-se em termos formais na estrutura escalonada do ordenamento jurídico, e contou com a ideia de *norma fundamental* como último fundamento formal de validade.⁵

³ Neste sentido, para Helmut Coing (2002, p. 88-89), “em sentido filosófico geral, entende-se por positivismo a doutrina segundo a qual o conhecimento científico somente pode ser adquirido em razão de observação de ‘fatos’ (portanto em razão das percepções das ideias, especialmente na experiência). Todas as questões que não podem ser resolvidas sobre este fundamento, todas as doutrinas que não podem basear-se em resultados deste método, devem ser vistas como “metafísicas” ou “ideológicas” e rejeitadas; elas devem ser entendidas como mera opinião subjetiva e portanto cientificamente irrelevantes”.

⁴ Partindo, portanto, dos fatos e das leis que os governam, cuja percepção se dá na forma da observação empírica, o positivismo científico voltado ao direito aproxima-se das ciências naturais na busca de um método especificamente científico de apreensão do fenômeno jurídico. As teorias sociológica e psicológica do direito guardam em comum a perspectiva da causalidade em suas explicações basilares, seja, no primeiro caso, pela apreensão do direito como qualquer outro fenômeno social, sujeito a causas sociais e avaliação de efeitos de seus institutos, seja, no segundo, pela buscado elemento anímico-voluntarista para a explicação dos institutos jurídicos. Essas doutrinas vinculam-se ao campo do positivismo científico, para o qual, segundo Bergel, “o direito é oriundo dos fatos, da história, da economia ou da sociologia, e deve ser estudado conforme os métodos científicos correspondentes”, deixando, então, “de ser o produto do poder mais ou menos arbitrário do Estado” e se tornando “um produto social criado, segundo as doutrinas, pela história, pela economia ou pela sociedade, à margem de qualquer ideia de justiça transcendente” (2006, p. 18).

⁵ A pureza metodológica do positivismo jurídico se resolve nos seguintes termos, segundo Per Mazurek: “Todas as ‘impurezas’ sociológicas e psicológicas são excluídas do sistema normativo pelo facto de as normas jurídicas se derivarem autónoma e logicamente de normas de dever jurídicas, escapando-se a um regresso sem fim para cima apenas através do estabelecimento lógico-fictício de uma norma fundamental” (2009, p. 374)

Esta postura científica advém, segundo Norberto Bobbio, de uma distinção entre juízos de fato e juízos de valor. Os juízos de fato referem-se somente aos fatos como podem ser objetivamente apreendidos na forma de uma *“tomada de conhecimento da realidade”* e, portanto, têm por objetivo primordial o de informar ao destinatário do juízo emitido uma constatação realizada em função da realidade observada. Já os juízos de valor realizam uma *“tomada de posição frente à realidade”*, eis que a emissão desse tipo de juízo tem por finalidade influir sobre o entendimento do destinatário e é, portanto, subjetiva (BOBBIO, 1996, p. 135-138).

A partir dessa distinção, a postura epistemológica do positivismo jurídico abstém-se da realização de juízos de valores, pois que, compreendido o direito como um dado ou um fato social, é função do cientista do direito é apenas descrever o fato tal qual é encontrado na realidade, de modo a manter sua posição neutra frente ao objeto de estudo.

Todavia, este objeto norma ou ordenamento jurídico, como encontrados na realidade, é ainda criação humana. O direito, segundo Morrison, *“é ‘posto’ pelo homem de alguma maneira; por exemplo, pela vontade expressa de governantes políticos – o soberano – através de um processo de legislação”* (2006, p. 5). Diferentes compreensões a respeito da forma como o direito é positivado foram elaboradas ao longo da história, das quais a perspectiva contratualista é a que se examinará neste trabalho e será desenvolvida noutro ponto. Importa, todavia, admitir que a compreensão do direito como um dado traz consigo a implicação de que o objeto da ciência do direito é sempre o direito já posto, já criado. Os processos de elaboração ou feitura normativa foram tomados por um momento metajurídico a ser desconsiderado pelo cientista do direito.⁶

⁶ Assim, com George Ripert, em tradução nossa (1955, p. 79): *“Mais recentemente, uma nova escola convidou os juristas a se desinteressarem das causas que influenciam a ação do Poder criador, mas a considerar apenas a norma imposta pelo Poder. O direito é uma “teoria pura”, ensinam Kelsen e seus discípulos. O que deve interessar aos juristas é unicamente a forma da norma criada, isolada a norma das*

Estas duas características, a do direito como criação humana e a do método positivista de seu estudo,⁷ engendram uma mecânica de dois níveis de decisão na dinâmica do ordenamento jurídico. Como obra humana, o fenômeno jurídico é dividido entre um momento de criação e outro de sua existência da norma (vigência). Como criação, é fenômeno político ou metajurídico; como objeto norma ou ordenamento, é o próprio objeto de investigação. O positivismo jurídico circunscreve-se a um dos níveis, traça a linha divisória daquilo que é ou não o fenômeno jurídico.

O primeiro nível de decisão se consolida no momento de criação do direito pelo poder legislativo e, portanto, é isolado pela ciência do direito conforme esteja afeto à dimensão *metajurídica* do fenômeno normativo, de natureza política. Do direito posto ergue-se o segundo nível de decisão, consistente na aplicação do direito posto. O caráter arbitrário das decisões do primeiro nível não importa ao cientista do direito, pois que se fixa no segundo plano.⁸

causas que lhe deram nascença. A teoria consiste em imaginar uma formação do direito por graus e em fazer da busca pela norma superior a única preocupação dos juristas. Todos os dados da vida social são "metajurídicos"; são estranhos ao direito". No original: "Plus récemment, une école nouvelle a invité les jurists à se désintéresser des causes qui influent sur l'action du Pouvoir créateur pour ne plus considérer que la norme imposée par le Pouvoir. Le droit est une "théorie pure" enseignent Kelsen et ses disciples. Ce qui doit intéresser le jurist c'est uniquement la forme de la norme créée et il faut isoler cette norme des causes qui lui donnent naissance. La théorie consiste à imaginer une formation du droit par degrés et à faire de la recherche de la norme supérieure la seule préoccupation des juristes. Toutes les données de la vie sociale sont "méta-juridiques"; elles sont étrangères au droit."

⁷ Outros caracteres essenciais do positivismo jurídico poderiam ser mencionados, sobretudo aqueles trazidos por Bobbio em seu clássico *Positivismo Jurídico* (1996), a saber, a definição do direito em função da coação; as fontes do direito e uma teoria da legislação como fonte preeminente do direito; a teoria da norma jurídica ou a norma enquanto comando; a teoria do ordenamento jurídico, ou de sua coerência e completude; o método da ciência do direito ou o problema da interpretação; e a teoria da obediência absoluta da lei enquanto tal ("*Gesetz ist Gesetz*"). Todavia, fizemos a opção de abordar os aspectos metodológicos fundamentais do positivismo jurídico nesta parte, para abordarmos as demais questões indicadas pelo autor em momento oportuno.

⁸ É evidente a separação entre dois níveis do fenômeno jurídico, ao que se submete ao cientista do direito apenas o direito posto, sem que se perquiria pelo momento de criação e desde que a tarefa de aplicação do direito seja aquela precípua à dogmática. Segundo Manuel Atienza (1997, p. 19), em tradução nossa: "*O que finalmente parece que se pode dizer a propósito desta distinção é que a dogmática jurídica parte das leis (das normas jurídicas) enquanto dado (mas não enquanto dado cujo sentido haja sido*

O segundo nível de decisão é amplamente descrito pela ciência do direito em geral e não nos parece exagerado afirmar que toda a hermenêutica jurídica se circunscreve à elaboração de técnicas que favoreçam um determinado modelo de decisão. Este segundo nível abstrai a feitura das normas, limitado a revelar os moldes pelos quais o direito é aplicado, não obstante se reconheça, desde Hans Kelsen, o caráter criador do direito de a aplicação se reveste.

Segundo Hans Kelsen, *“a interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas”*, em oposição à interpretação dos órgãos de aplicação que será sempre autêntica, na medida em que livremente opta por um dos sentidos esboçados na moldura hermenêutica da norma a ser aplicada e, num caso individual, cria direito entre as partes em litígio ou executa um comando normativo (2009, p. 392-395).⁹

Desse modo, a interpretação jurídico-científica ater-se-ia à fixação da pluralidade de sentidos extraídos de uma norma, sem que seja esboçada qualquer tomada de decisão, contanto institucionalmente algum órgão dela seja encarregado. Segundo Kelsen, a escolha de qualquer um dos sentidos, é uma *“função jurídico-*

estabelecido, de maneira que a ela somente corresponda a tarefa de o averiguar ou o por em evidência, senão simplesmente como material preexistente) que deve utilizar para, a partir daí, tratar de obter como resultado a otimização da interpretação e aplicação do Direito”. No original: *“Lo que finalmente parece que puede decirse a propósito de esta distinción es que la dogmática jurídica parte de las leyes (de las normas jurídicas) em cuanto dato (pero no en cuanto dato cuyo sentido haya sido ya establecido, de manera que a ella sólo le corresponda la tarea de averiguarlo o ponerlo de manifiesto, sino sencillamente em cuanto material preexistente) que debe utilizar para, a partir de ahí, tratar de conseguir como resultado la optimización de la interpretación y aplicación del Derecho.”*.

⁹ Lembra Menelick de Carvalho Neto (1997), em ensaio publicado nos *Cadernos da Escola do Legislativo* e em referência a trabalho de Marcelo Cattoni de Oliveira, que a expressão “interpretação autêntica” surge no trabalho kelseniano em 1953, com a publicação da tradução francesa da Teoria Pura do Direito. O emprego de tal expressão marca o giro para o decisionismo, na medida em que, relegando ao cientista do direito a fixação dos sentidos possíveis da norma jurídica – o que não significa outra coisa que as possíveis normas jurídicas contidas no comando normativo legislativo naturalmente indeterminado – a autoridade competente, ou seja, aquela a que se atribui o poder legal de definir o conteúdo da norma jurídica, realizará interpretação autêntica, a um só tempo fixando sentido e criando direito dentro do quadro hermenêutico dado, o que importa em reconhecimento da discricionariedade contida no segundo nível de decisão.

política” ou de *“política jurídica”*. Muito embora autores se arroguem da melhor interpretação ou ainda do único sentido correto, a redução da pluralidade de sentidos a uma única interpretação não serve a outra coisa que consubstanciar, em termos aproximativos, o ideal de segurança jurídica (2009, p. 396). Günter Elscheid explicita esta mecânica de dois níveis de decisão (in KAUFFMAN e HASSEMER, 2009, p. 212):

A funcionalidade do todo é encarada como dependendo de dois níveis de decisão: o “nível superior”, o plano da legislação sobre regras gerais, que é, ao mesmo tempo, o plano da política; e, em conformidade com aquelas regras, o segundo nível, o jurídico-técnico, incidindo sobre casos individuais, sendo que o segundo plano não se pode intrometer no espaço do primeiro. Se o decisor do segundo nível procurar entrar nos domínios do primeiro, colocando em dúvida a validade de uma decisão tomada no primeiro nível, estará a perturbar a “ordem mecânica”.

Por outro lado, o reconhecimento de uma natureza criadora do direito na atividade de aplicação não equivale a afirmar ser este um domínio do arbítrio. Antes, trata-se de uma criação motivada pelas normas constantes de determinado sistema jurídico vigente. A criação do direito pelos órgãos legiferantes é marcada por ampla discricionariedade de escolha do conteúdo, sendo limitada materialmente apenas pela Constituição.

Esta mecânica de dois níveis de decisão reforça um sentido ideológico subjacente à dogmática jurídica, na insistência de manter suas premissas como axiomas meramente formais os quais se identificam com a autoridade do próprio direito. Trata-se do legalismo, definido por Judith Shklar como *“a atitude ética que sustenta ser a conduta moral questão de obediência à lei e que as relações morais consistem em deveres e direitos determinados por preceitos”* (1967, p. 13). Essa atitude ética, presente na maioria dos Estados ocidentais, ressent-se do pluralismo das questões morais, definindo os padrões de conduta humana por aquilo que as normas jurídicas consagram. Sua criação e repercussão no âmbito da ciência jurídica medem-se pelo afastamento do direito da dinâmica social, tomando-o por entidade independente e

estática. Para o legalismo, o objeto de estudo do direito encontra-se restrito à elaboração de definições formais e analíticas dos institutos jurídicos, o que é, em última análise, reflexo do conservadorismo dos atores jurídicos, apegados ao *ethos* da tradição e dos cânones (SHKLAR, 1967, p. 14-36). Segundo Soares (2004, p. 131):

um positivismo jurídico que anule a exigência de conhecer e discutir os fundamentos, que atribua à ciência uma função meramente cognoscitiva do direito posto, só é possível considerando que valha a sua premissa de autoridade soberana, fonte exclusiva. Porém estas “pretensões têm seu sentido esvaziado diante de circunstâncias históricas de desfazimento ou enfraquecimento da soberania”.

A crítica deste contexto vem na esteira de um movimento que coloca o legalismo e o formalismo em crise. A legisprudência, como teoria normativa da legislação, propõe-se a ressignificar o legalismo, dotando-o de um sentido mais compatível com a ideia de liberdade e de democracia, onde radicam dois postulados da razão prática: a liberdade natural, que representa a vontade de insurreição contra todo comando a que se deve obediência apenas por ser alheio e que se insurge contra a heteronomia, e a igualdade, que se insurge contra o comando emitido por um sujeito igual, emergindo daí a ideia de justificação da legislação, objeto deste trabalho.¹⁰

2.2 As razões do legalismo na teoria do contrato social

Para a construção de uma teoria racional da legislação, que Luc Wintgens denominou legisprudência, foi necessário que se desconstruísse os argumentos do

¹⁰ É a síntese destes dois postulados que configura o cerne da democracia para a filosofia política moderna. Todavia, embora se possa deduzir, a partir da igualdade, que ninguém deva mandar em ninguém, a experiência prática é que ensina que para sermos iguais e livres, devemos deixar-nos comandar – “*Si aequa non est, ne libertas quidem est*”, na máxima de Cícero. Daí a democracia, como forma especial de vínculo social ou de Estado, a representar que, se devemos obedecer, que não obedecemos senão a nós mesmos, princípio clássico na tradição do pensamento liberal democrático (GAVAZZI in KELSEN, 2000, p. 8).

legalismo desde suas raízes assentes na teoria do contrato social e no valor da liberdade como princípio fundador da ordem política. A partir da leitura tradicional da teoria contratualista, a organização do espaço político, desde a Modernidade, é concebida como um ato de vontade dos sujeitos que instaura um soberano, aquele que, segundo Wintgens, “*decide o como e o porquê das ações humanas, determina a razão prática*” (2005, p. 94), ou, na definição de Soares, é a “*autoridade legítima de onde emanam as normas, como agente criador do direito*” (2004, p. 136).¹¹

Esses traços, encontrados desde Hobbes – a quem se atribui ser o precursor do positivismo jurídico – quanto em Rousseau – teórico da democracia – podem ser definidos conforme três eixos analíticos da filosofia moderna que partem de uma determinada leitura da teoria do contrato social que Wintgens chamou de “*legalismo forte*” e que influenciaram decisivamente a ausência de uma teoria da legislação: os eixos político, epistemológico e moral.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que o eixo político do legalismo forte consiste na determinação das origens da lei, que, para o positivismo jurídico, encontra-se na discricionariedade do legislador soberano, e, para o direito natural, fundamenta-se na razão que informa o próprio direito; o eixo epistemológico é o que define residir o conhecimento jurídico no direito posto; por fim, o eixo moral caracteriza-se pela crença generalizada de que a liberdade como autonomia é impossível. A seguir discute-se as características de cada um destes três eixos.

¹¹ A ideia de um legislador *soberano*, segundo Kaufmann, promove uma ruptura no conceito unitário de lei do direito natural. Afirma o autor: “*Acresce que, como já foi exposto, a nova concepção do Estado implica que o portador da vontade do Estado emita leis como soberano. Mas a lei assim legitimada é tão incontestável como o próprio soberano, de cujo poder decorre a sua validade. E, deste modo, chegou-se a uma divisão do conceito de lei da maior importância. Se, até aqui, o conceito de lei era uno, reunindo características formas e materiais, agora distingue-se entre o conteúdo da lei – lei em sentido material –, por um lado –, e o comando da lei, por outro. O aspecto fulcral desta nova distinção reside no facto de a validade de uma lei apenas depender da observação do procedimento legislativo formal, da existência de um autêntico acto de vontade do soberano (ita ius etso!), não do conteúdo da lei. A positividade torna-se a ‘natureza’ do direito*” (2009, p. 115, grifos do autor).

2.2.1 A correlação entre a verdade e o dado

Segundo René Descartes, as ideias claras e distintas como o *cogito* podem ser encadeadas logicamente. A partir do princípio da evidência, primeiro princípio do método cartesiano que identifica o verdadeiro com o que pode ser apreendido com clareza e precisão (DESCARTES, 2004, p. 270), a limitação da verdade e da racionalidade àquilo que pode ser logicamente provado reduz o raio de ação da razão prática, vez que nem valores nem objetivos, não podendo ser provados lógica e empiricamente, não podem ser qualificados de racionais.¹²

Essa concepção marcou a filosofia moderna, persistindo até o positivismo lógico,¹³ do que decorre que o contrato social seja concebido como uma ideia verdadeira, tanto por ser preferível ao estado de natureza, numa perspectiva utilitarista encontrada em Hobbes, tanto por ser a adesão ao contrato induzida pela

¹² O princípio da evidência se coloca em Descartes nos seguintes termos: “Agora refletirei mais precisamente se talvez não se encontrem em mim outros conhecimentos que ainda não haja percebido. Tenho certeza de que sou uma coisa pensante; mas não saberei também, portanto, o que é requerido para ter certeza de alguma coisa? Nesse primeiro conhecimento encontra-se apenas uma clara e distinta percepção daquilo que conheço; a qual, em verdade, não seria suficiente para me garantir de que é verdadeira se em algum momento pudesse ocorrer que uma coisa que eu concebesse tão clara e distintamente se revelasse falsa. E, por conseguinte, acredito que já posso determinar como regra geral que todas as coisas que concebemos bastante clara e distintamente são verdadeiras” (2004, p. 270).

¹³ Observe, sobre isso, o ensinamento de Morrison (2006, p. 96): “Descartes procurou obter uma fundamentação segura para a razão independentemente da tradição, do costume e da imprecisão da experiência. A nova base deveria ser a razão do homem; somente aquelas verdades que ele pudesse conhecer através de suas próprias faculdades. A estrutura era um sistema de pensamento cujos diferentes princípios eram, portanto, verdadeiros e associados de tal modo que a mente pudesse mover-se facilmente de um princípio verdadeiro para o outro. A matemática, a intuição e a dedução forneciam a metodologia. O ponto fundamental – o ponto que era irredutível depois de se duvidar de todas as coisas – era o *cogito ergo sum*, “penso, logo existo”. Com base nisso deduzimos que outras ideias que também podemos conceber com clareza e nitidez são também verdadeiras. Mas que garantia temos de que essas ideias são, de fato, verdadeiras? Em última análise, Descartes tem de introduzir Deus como a garantia conclusiva. Esta, porém, é uma crença defensiva, ainda que racional, requerida pela necessidade de pôr algum fim a uma regressão infinita na busca de uma garantia definitiva; de outro modo, não haveria nenhuma fundamentação, nenhum início para a razão”. Esta concepção impregnou a filosofia moderna, persistindo até o positivismo lógico, e definirá, com Wintgens, o eixo epistemológico do legalismo.

razão, como o são os princípios verdadeiros do direito político em Rousseau (WINTGENS, 2005, 96).

É por isso que as leis são por si mesmas verdadeiras na teoria contratualista clássica. Para Hobbes, por serem expressão da lei natural, representação do comando divino e, portanto, correspondentes a verdades morais, e para Rousseau em razão de um purismo na concepção do contrato social. Sendo este verdadeiro, por representar um comando da razão, toda lei que dele se origina, por ser lei, não pode ser injusta nem falsa. Segundo Wintgens: *“A lógica das duas variantes do contrato social é quase infalível. Da verdade da premissa, notadamente do contrato social, pode ser logicamente deduzida a verdade das proposições fundadas sobre ele, a dizer, as leis”* (2005: p. 96).

O eixo epistemológico incide sobre a problemática havida entre segurança e certeza, que desde o jusnaturalismo, elegeu o método dedutivo como aquele apto a demonstrar a verdade das asserções. A verdade inerente das leis e do contrato estabelece a segurança nas relações que se instituem a partir deles, do contrário, uma sombra de incerteza recairia sobre um direito cujos pressupostos possam ser questionados.

A verdade das normas, donde também sua validade, que no mais das vezes se verificava sobre pressupostos formais (autoridade e procedimento), acarretou o método dedutivo de investigação do direito. Segundo Soares, *“o método da ciência do direito por excelência era o dedutivo que percorreu incólume o jusnaturalismo, a escola histórica, chegando à jurisprudência dos interesses”* (2004, p. 146), voltado para a decisão, notadamente judicial.¹⁴

¹⁴ Segundo Michel Villey: *“a lógica constitui uma ciência mais especializada: ela se limitaria ao estudo desses argumentos [i. e. operações discursivas específicas do direito] [...] Ela seria sobretudo a ciência e a arte da dedução, ensinando as ‘leis lógicas’ desta última. Como essas leis da dedução têm valor universal, como se trata de uma lógica comum, os juristas também a utilizam. Particularmente, se pressupõe que as sentenças se deduzem das leis”* (2008, p. 236, grifos do autor).

2.2.2 A liberdade entre a razão e o soberano

Tanto para o jusnaturalismo, quanto para o positivismo jurídico, a validade do direito se extrai formalmente de caracteres anteriormente dados. De um lado, o jusnaturalismo funda o direito positivo no conhecimento do direito natural pela razão humana e, em função disso, os critérios de legitimação do direito restringem-se à mera correspondência entre o direito positivo e o direito natural já conhecido, permitindo até mesmo que os homens se subtraíam às regras positivas que contrariem os princípios superiores do direito natural.¹⁵ Assim diz Wintgens (2000, p. 117):

A ausência de uma teoria sistemática da legislação pode ser explicada pela relação do direito positivo e do direito natural, mas também, paradoxalmente, pela falta de ligação entre eles. O direito natural moderno legitima o direito positivo enquanto ele seja corretamente deduzido pela simples lógica. Quando o direito positivo se desconecta do direito natural, o direito positivo só pode ser legitimado por referência ao legislador soberano. Na primeira hipótese, a criação do direito se funda sobre o conhecimento do direito natural, na segunda, sobre uma decisão do legislador.¹⁶

¹⁵ Assim, ensina Jean-Louis Bergel: Para além da diversidade das teses a ele vinculadas, o idealismo jurídico corresponde às doutrinas do “direito natural” e à afirmação de que existe um ideal de justiça superior ao direito positivo que se impõe ao poder e ao próprio legislador. As diversas tendências “jusnaturalistas” têm em comum certas ideias essenciais: a afirmação de que o direito natural procede da natureza, a existência de princípios não-escritos superiores ao direito positivo e que se lhe impõem, a primazia da busca da justiça sobre o respeito á legalidade, a permanência de certos valores que prevalecem sobre aqueles consagrados pelos homens do Estado. Segundo essa doutrina, os homens poderiam subtrair-se às regras que infringem os princípios superiores do direito ideal.” (BERGEL, 2006, p. 10).

¹⁶ No original: “*L’absence d’une théorie systématique de la législation peut être expliquée par le rapport du droit positif et du droit naturel, mais aussi, paradoxalement, par le manque de rapport entre eux. Le droit naturel moderne légitime tant le droit positif que ce dernier est correctement déduit par simple logique. Quand le droit positif est déconnecté du droit naturel, le droit positif ne peut être légitimé que par référence au législateur souverain. Dans la première hypothèse, la création du droit est fondée sur la connaissance du droit naturel, dans la seconde, sur une décision du législateur*” (WINTGENS, 2000, p. 117).

Disso deriva que a criação de normas jurídicas, para o jusnaturalista, seja um problema de conhecimento do direito natural, portanto, de *aplicação* dos princípios que informam o direito natural, preexistentes ao direito positivo, fonte de seus fundamentos cognitivos e normativos (WINTGENS, 2000, p. 117),¹⁷ tornando, por sua vez, dispensável uma teoria da legislação, eis que a lógica da aplicação da lei natural à lei positiva baste para a determinação do direito.

Por outro lado, o positivismo jurídico, tanto quanto tenha negado os caracteres metafísicos do direito natural para a extração da validade das normas, valeu-se da figura da soberania do legislador para a determinação da validade do direito, o que em termos gerais equivale à posição dos jusnaturalistas.¹⁸

A ideia de um legislador soberano em Hobbes surge a partir de uma valoração neutra da liberdade. Hobbes defende que a liberdade natural impõe a guerra de todos contra todos e somente a instauração do soberano, com seu poder de

¹⁷ Segundo Michel Villey, em ensaio intitulado *“La législation, selon la Somme Théologique”* (s.n.t.), existem para Tomás de Aquino duas espécies primeiras e fundamentais de leis: a lei eterna, ordem natural do mundo e da história, e a lei natural, cujas “causas eficientes” são possuídas por Deus, que está no legislador, ainda que a qualidade do legislador seja atribuída a Deus por analogia. A lei humana é apenas uma espécie de lei secundária, derivada e subsidiária. E assim diz: *“mais ces lois humaines ‘temporelles’ n’occupent par rapport à la loi éternelle, qui est le plan de Dieu sur le monde, et à la loi naturelle qui en est issue, qu’une position auxiliaire et subordonnées; elles ne sont faites que pour exprimer, autant qu’il est possible à l’homme, l’ordre déjà institué par Dieu (qu. 95 art. 2); elles l’adaptent aux circonstances de temps et de lieu et l’assortissent de sanctions.”* (s.n.t., p. 59, 60).

¹⁸ Em referência ao trabalho de Aarnio, *“Form and Content in Law”*, ensina Wintgens (2000, p. 118): *“Mesmo se a crença na substância de um direito natural desaparece, dir-se-á, os positivistas guardam presente no espírito um sistema jurídico, como um conjunto fechado, composto de regras de direito que serão aplicadas por meio de um raciocínio lógico. Por consequência, há uma ligação estreita entre o modelo jusnaturalista de criação de regras e o modelo não-jusnaturalista ligado à doutrina da separação dos poderes. Por postular a ordem jurídica como um conjunto de regras fechado e autossuficiente, basta desconectar a legitimação do direito de seus fundamentos jusnaturalistas. A legitimação formal do sistema jurídico, característica de um Estado liberal, será, por consequência, fundada sobre a ideia de um legislador soberano.”* No original: *“Même si la croyance en la substance d’un droit naturel disparaît, dit-il, les positivistes gardent présent à l’esprit un système juridique, en tant qu’ensemble fermé, composé de règles de droit qui ont à être appliquées au moyen dun raisonnement logique. En conséquence, il y a un lien étroit entre le modele jusnaturaliste de création de règles et le modele non jusnaturaliste lié à la doctrine de la séparation des pouvoirs. Pour postuler l’ordre juridique comme un ensemble de règles fermé et autosuffisant, Il suffit de déconnecter la légitimation du droit de ses fondements jusnaturalistes. La légitimation formelle du système juridique, caractéristique d’un État liberal, será, par conséquent, fondée sur l’idée d’un législateur souverain”.*

definir o que é o direito, pode livrar os homens de tal situação. A existência do soberano justifica-se pela inoperabilidade da lei da natureza. Faz-se necessário encerrar a diferença estabelecida por Hobbes a respeito do direito de natureza e a lei da natureza. O primeiro, *jus naturale*, corresponde à liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua vida, valendo-se de todos os meios que seu juízo disser adequados a esse fim, ao passo que a segunda, *lex naturalis*, se define como “*um preceito ou regra geral, estabelecido pela razão, mediante a qual se proíbe a um homem fazer tudo o que possa destruir sua vida ou privá-lo dos meios necessários para preservá-la*” (HOBBS, 2004, p. 113).

Desse preceito, Hobbes extrai a primeira lei da natureza, segundo a qual todo o homem deve se esforçar pela paz, nem que isso se traduza na necessidade da guerra, donde deriva, também, que “*um homem concorde, quando outros também o façam, e na medida em que tal considere necessário para a paz e para a defesa de si mesmo, em renunciar a seu direito a todas as coisas, contentando-se, em relação aos outros homens, com a mesma liberdade que aos outros homens permite em relação a si mesmo*” (2004, p. 114). Então Hobbes estabelece que o abandono desse direito de guerra, em prol da paz, se faz ou pela renúncia, ou pela transferência, ponto conceitual de origem do contrato e que se baseia no poder coercitivo outorgado ao Estado civil com o fim de conservação e satisfação de vida (2004, p. 141).

Define, portanto, Hobbes a liberdade (2004, p. 113) como “*a ausência de impedimentos externos, impedimentos que muitas vezes tiram parte do poder que cada um tem de fazer o que quer, mas não podem obstar a que use o poder que lhe resta conforme o que seu julgamento e a razão lhe ditarem*”.¹⁹

¹⁹ Novamente, conforme Michel Villey (s.n.t., p. 58): “*Dependemos então de Hobbes, quem construiu sobre o postulado de um vázio de direito e de toda lei eficaz e substancial em seu fictício estado de natureza. Esta suposição fantástica força a investir o Leviatã, o soberano temporal, do desafio de constituir o direito. O Homem moderno é o criador de toda a ordem moral e jurídica*”. No original: “*Nous dépendons encore de Hobbes, qui construit sur le postulat d’un néant de droit et de toute loi efficace et substantielle en son fictif*”

A invenção do Leviatã, portanto, não visa outra coisa senão o respeito pela primeira lei natural que postula a paz entre os homens que vivem em sociedade. A definição da instituição do Estado civil, segundo Hobbes, se dá nos seguintes termos (2004, p. 144):

Designar um homem ou uma assembléia de homens como representante de suas pessoas, considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que representa sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo que disser respeito à paz e segurança comuns; todos submetendo assim suas vontades à vontade do representante, e suas decisões a sua decisão. Isto é mais do que consentimento, ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens...

Pactuado assim o contrato, a formulação da vontade do Estado em forma de leis pelo representante prescinde de justificação, na medida em que todo o poder de dirigir e conformar a ação dos homens é a ele transferido de forma consensual. A ficção da representação, um dos pilares da teoria política liberal que influenciou os rumos do positivismo jurídico, substitui uma teoria da legislação que conformasse uma justificação do poder de legislar. Todo ato do representante é legítimo vez que se encontra fundamentado pelo pacto que o antecedeu e que justifica sua existência.

A liberdade de agir, para Hobbes, é considerada impossível, sendo concebida como um tema político, que se realiza num espaço político decorrente da vontade individual de cada um. Uma tese similar é encontrada em Rousseau, que repousa no contrato social uma condição necessária à existência da paz. Considerando a liberdade e a força como instrumentos de conservação do homem, Rousseau se questiona em que termos poderiam os homens se unir, mantendo-se livres e conservando a vida. Segundo Rousseau, a questão é posta nestes termos (1996, p. 20): *“Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só*

état de nature. Cette supposition fantastique force à investir Léviathan, le souverain temporel, de la charge de constituer le droit. L’homme moderne s’est cru “créateur” de tout ordre moral et juridique”.

obedeça, contudo, a si mesmo e permaneça tão livre quanto antes".²⁰ Este é o problema fundamental cuja solução é fornecida pelo contrato social.

Conquanto a busca pela liberdade se dê na forma da associação civil, a liberdade é concebida apenas secundariamente em termos morais: somente no vazio do soberano surge uma possibilidade de autorregulação, o que nem Hobbes nem Rousseau jamais defenderam. A liberdade, para eles, é exercida no domínio da política e segundo suas leis (WINTGENS, 2005, 95).

A esta noção corresponde o eixo político, de que a liberdade possível é a política, e o eixo moral, que apenas secundariamente admite uma liberdade moral. Rousseau inicia seu *O contrato social* com a já conhecida afirmação de que "*o homem nasceu livre e por toda parte ele está agrilhado*" (1996, p. 9). Esta oração, com a simplicidade de sua construção, revela por si a tese de Wintgens de que a liberdade moral só é conhecida subsidiariamente à liberdade política. Pois, de um lado, a liberdade natural é reconhecida como um atributo do homem; de outro, na coexistência entre homens que se conservam pela força, essa liberdade inata parece sucumbir. A proposta do contrato social, portanto, é a de conservação do homem e da liberdade em termos políticos, donde advém que Rousseau jamais acreditou na possibilidade de coexistência pacífica fora dos termos do contrato.

²⁰ Explica Tercio Sampaio Ferraz Junior como ocorre a equivalência entre liberdade e vontade em Rousseau. Partindo do Cristianismo, instaura-se uma relação entre liberdade e livre-arbítrio, uma experiência "solitária" do indivíduo que reflete um conflito interior entre vontade e realização. Ferraz Junior argumenta que esta compreensão, abrangente de "querer-e-não-poder" não fora compartilhada pelos antigos, que admitiam a equação "saber-e-não-poder". Esta concepção cristã vincula, portanto, poder e vontade, aquele como concretização de um querer expresso por esta e que, ao cabo, terminam por equivaler vontade, força de vontade e poder, de tal modo que somente na coincidência entre querer e poder a liberdade se consubstanciasse, conotando a dimensão política da liberdade para os modernos, cujas repercussões, já evidenciadas no texto, se encontram na compreensão da liberdade por Rousseau (FERRAZ JUNIOR, 2002, p. 29, 87-94).

2.3 Legalismo forte: a teoria do direito tradicional

Esta regressão às bases da filosofia política moderna lança luzes ao problema do legalismo, denominado por Wintgens de “*legalismo forte*”, o qual se define na concepção do comportamento normativo como observância das regras de direito posto. Esta correlação entre a ação e os deveres e direitos determinados pelas regras não é uma marca do positivismo jurídico, mas é também compatível com o jusnaturalismo, como atitude ética de concordância com as regras a serem seguidas como comando da razão (WINTGENS, 2000, p. 119).

As principais características do legalismo, segundo Wintgens, são: o representacionalismo, a intemporalidade, o instrumentalismo dissimulado, o estatismo e a cientificidade do estudo do direito.

A ideia de *representacionalismo* advém de que, para os dois contratualistas em exame, o direito representa a realidade, seja por seu conteúdo advir de uma norma substancial, transcendental ou transcendente (jusnaturalismo), seja por advir de uma decisão do soberano, verdadeira por assentar sobre o contrato social (positivismo), nos termos da verificação da verdade na filosofia moderna. A *intemporalidade* corresponde à tese de que a verdade, absoluta, é eterna, e assim o são, também, as leis.

A noção de um *instrumentalismo dissimulado*, nos termos de Wintgens, corresponde ao fato de que, como proposições verdadeiras, os valores e objetivos de uma legislação não podem ser contestados, o que dissimula justamente a natureza discutível desses atributos, que na jurisprudência demanda justificação.

A quarta característica do legalismo, o *estatismo*, corresponde à relevância das proposições normativas do soberano sobre qualquer outro tipo de proposição normativa.

Por fim, a *cientificidade* do estudo do direito advém de que o direito cuida do estudo das proposições verdadeiras, assemelhando, portanto, às ciências naturais em seu aspecto metodológico: estando seu objeto “simplesmente lá”, como nas ciências da natureza, o método científico poderá fundamentar uma passagem do estudo do direito a uma ciência do direito (WINTGENS, 2005, p. 96-97)

A partir da concepção de que o objeto da ciência do direito é o direito posto, e assim, limitado ao conhecimento das regras – proposições verdadeiras – e sua aplicação, o legislador não ocupa um lugar de ator jurídico, mas simplesmente político. Disso decorre o papel principal desempenhado pelo juiz e pelo operador do direito, como também a redução da teoria do direito a uma teoria da aplicação da regra jurídica. Ao legislador, portanto, resta o espaço posto fora do sistema jurídico, pois, do contrário, perderia sua soberania.²¹

2.4 Legalismo fraco: uma nova teoria geral do direito

O legalismo forte, cujas características acabamos de definir, opera sobre uma definição de liberdade cuja desconstrução permite uma redefinição de liberdade que fundamenta a perspectiva legisprudencial. Na medida em que o comportamento normativo se circunscreve à obediência às regras de direito, a liberdade se refere ao contexto social, em que uma conduta é livre na medida em que não é obstada por uma regra de direito e, portanto, é limitada pela legalidade.

²¹ Segundo Wintgens, o papel do legislador “é limitado a uma tomada de decisões políticas, pois os verdadeiros princípios do direito político, como disse Rousseau, só concernem ao estabelecimento das instituições, de modo algum ao conteúdo das decisões que disto decorre” (2005, p. 98). No original: “Le législateur opère derrière la scène du système juridique : son rôle est limité à une prise de décisions politiques, puisque les vrais principes du droit politique, comme le disait Rousseau, ne concernent que l’établissement des institutions, et aucunement le contenu des décisions qui en découlent.”

Não obstante, em termos nominalistas adotados por Wintgens, a liberdade é apenas um conceito que, para fazer sentido, refere-se a uma ampla gama de formas de concretização.²² Pressupõe-se que, na ausência de limitações externas, cada sujeito é livre para agir como desejar, dispondo de uma infinita gama de possibilidades de ação, de concretização desse conceito de liberdade.

Todavia, a liberdade deve ser limitada para que a ação seja possível, de modo que, se nenhuma escolha é feita a partir das infinitas possibilidades, nenhuma ação efetivamente ocorre. Disso decorre que uma ação só seja possível na condição de ser precedida por uma limitação da liberdade, o que implica que uma liberdade ilimitada ou indeterminada só é um conceito a ser concretizado. Na teoria de Wintgens, um conceito tal de liberdade a ser determinado por uma escolha é uma “concepção”, que pode ser “de liberdade”, se definida pelo próprio sujeito que age, ou uma “concepção sobre liberdade”, se define um agir que considera uma concretização que não é própria do sujeito. Em suas palavras (2005, p. 98):

Na falta de uma limitação externa da liberdade, os sujeitos agem segundo suas próprias concepções: escolhem eles mesmos as limitações da liberdade, definem suas ‘concepções de liberdade’. Pelo contrário, quando o sujeito age segundo uma concretização da liberdade que não a sua, ele age segundo uma ‘concepção sobre a liberdade’ – uma concepção sobre a liberdade é uma limitação externa ao sujeito, ao inverso de uma concepção de liberdade, que é considerada interna.²³

²² O nominalismo refere-se à atitude epistemológica que nega a existência de universos ou objetos abstratos (RODRIGUES-PEREYRA, 2003). Esta atitude, ao que se refere à liberdade, sustenta que esta seja um conceito vazio até sua concretização em casos particulares, quando passa de um conceito de liberdade para uma concepção de liberdade, se relativa ao indivíduo, e concepção sobre liberdade, se relativa a um terceiro.

²³ No original: “À défaut d’une limitation externe de la liberté, les sujets agissent selon leurs propres conceptions : il choisissent eux-mêmes les limitations de la liberté, définissent leurs « conceptions de la liberté ». Au contraire, lorsque le sujet agit selon une concrétisation de la liberté qui n’est pas la sienne, il agit selon un « conception sur la liberté » - une conception sur la liberté est une limitation de cette liberté externe au sujet, à l’inverse d’une conception de la liberté, qui est considérée comme interne” (WINTGENS, 2005, p. 98).

Concepções de liberdade, ou seja, concepções individuais de liberdade, por sua infinita variedade, não estão sujeitas a uma verificação e, portanto, não podem ser consideradas por si mesmas verdadeiras. Ao passo que concepções sobre a liberdade, as limitações externas da liberdade pelo soberano, estas, sim, são verdadeiras, seja por serem comando da razão, sejam por serem um dado verificável na realidade. Esta razão epistemológica é que fundamenta a reformulação, como uma prioridade política, da necessidade prática de concretização da liberdade.

A existência de um contrato social, nesse prisma, revela um *modelo de procuração*, em que um mandato abstrato outorgado ao soberano lhe autoriza determinar concepções sobre a liberdade. O sujeito que adere ao contrato aceita as limitações externas de liberdade, qualquer que seja seu conteúdo. As ideias de vontade geral e representação dos súditos pelo soberano agregam-se a isso na criação da ficção de que tais limitações são manifestação da vontade dos sujeitos. Isso permite que o modelo de procuração possa ser considerado como uma concepção de liberdade, pois, como ensina Wintgens (2005, p. 99): “*as concepções sobre a liberdade que resultam do contrato são imputadas aos sujeitos, como concepções de liberdade, em virtude da procuração geral dada ao soberano*”.²⁴

Essa compreensão, que Wintgens julga equivocada, se dá em razão do caráter político da liberdade que sobressai ao caráter moral que esta admite, pelas razões epistemológicas antes apontadas, estabelecendo a condição de que somente na ausência de concepções sobre a liberdade – limitações externas – os sujeitos possam agir segundo suas concepções de liberdade.

Todavia, a liberdade, que é moral, é o ponto de partida da organização do espaço político, a dizer, as concepções de liberdade preexistem às concepções sobre liberdade e, embora ocupem segundo plano do espaço político, não deixam de

²⁴ No original: “*les conceptions sur la liberté qui résultent de celui-ci leur sont imputées, comme conceptions de la liberté, en vertu de la procuration générale au souverain*” (WINTGENS, 2005, p. 99).

configurar um *principium*. A teoria do contrato social no modelo de procuração ignora esse ponto de partida, uma vez que constrói a atitude legalista sobre a obediência ao direito posto. O caráter reflexivo da liberdade – no sentido moral, que se articula a uma autonomia moral que, por sua vez, exige liberdade para que seja exercida – todavia é admitido apenas na ausência de limitações externas, cuja existência de regra (em um estado hipotético de natureza) passa a ser exceção.

Na perspectiva do legalismo fraco, se se considera que a liberdade no sentido moral é o princípio da organização do espaço político e, portanto, do sistema normativo, uma inversão ocorre para que o sentido moral da liberdade sobrepuje o sentido político. O modelo de troca que o legalismo fraco pretende instituir defende que as limitações externas possam existir somente na condição de serem justificadas, mas apenas de modo relativo. A crítica que se faz ao modelo por procuração é justamente por seu caráter absoluto. Pode ser que concepções sobre a liberdade sejam preferíveis a concepções de liberdade, como pode ser que concepções de liberdade sejam preferíveis.²⁵

Este modelo de troca do contrato social é apenas uma leitura alternativa da teoria do contrato social, vale lembrar. Por esta nova leitura, uma procuração geral não é outorgada ao soberano, mas, ao contrário, cada nova concepção sobre a liberdade exige que ocorra uma troca com relação a uma concepção de liberdade, tanto quanto ocorra a promulgação de uma nova limitação externa, uma nova regra.

O modelo de troca retoma os três eixos da filosofia moderna, mas num contexto diferente. Quanto ao eixo epistemológico, não se busca mais a identificação entre a verdade e o sentido dos conceitos, os quais podem ser diferentes segundo o

²⁵ É também este o sentido da questão proposta por Soares a respeito da soberania popular na falácia do legislador onisciente: “o pretense monopólio das escolhas legislativas, ou da legitimidade das decisões acerca de um dado sentido para a lei, por parte da função legislativa e que tal exercício de soberania não implicam, necessariamente, renúncia ao direito de decidir por parte do cidadão” (2004, p. 134).

contexto em que se dá a participação dos sujeitos. O eixo político tem por fim a institucionalização da verdade – relativa – atribuída a tal contexto. E, por fim, quanto ao eixo moral, consideram-se os sujeitos capazes de agir segundo suas próprias ideias morais ou segundo suas próprias concepções de liberdade.

A recontextualização dos eixos epistemológico e político possibilita, no novo modelo, o equilíbrio entre o eixo moral e o eixo político, uma vez que a preferência entre concepções de liberdade ou sobre liberdade será sempre relativa. Tomando-se a liberdade como *principium*, a concretização de um conceito de liberdade em termos de uma concepção sobre liberdade deverá sempre se dar por meio de uma justificação explícita, com o fim de garantir o equilíbrio entre os eixos moral e político e que, neste trabalho, admitimos na forma da avaliação legislativa.²⁶

2.4.1 Uma redefinição da liberdade: a liberdade como *principium*

Wintgens propõe, para seu modelo de troca do contrato social, uma redefinição da liberdade que fundamenta a exigência de justificação das restrições a ela impostas, a saber, a liberdade como *principium*.²⁷ Esta redefinição opera sobre dois

²⁶ Assim, segundo Wintgens, (2005, p. 102), “a exigência de justificação, por seu turno, exprime a prioridade das concretizações morais sobre as concretizações políticas da liberdade. Por outro lado, a possibilidade que uma concretização política seja preferível a uma concretização moral demonstra a relatividade desta prioridade”. No original: “Cette exigence de justification à son tour exprime la priorité des concrétisations morales sur les concrétisations politiques de la liberté ; par ailleurs, la possibilité qu’une concrétisation morale démontre la relativité de cette priorité” (WINTGENS, 2005, p. 102).

²⁷ Wintgens emprega o latim *principium* para referir-se à liberdade sem deixar, ao menos de forma expressa, uma justificação para o emprego do termo. Acreditamos que o uso do latim se justifica para distinguir a liberdade do uso corrente do termo “princípio” na doutrina jurídica que, segundo De Plácido e Silva, “significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito”, “revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica” (1994, p. 447). A liberdade como *principium*, para Wintgens, refere-se ao ponto de partida de organização do espaço político, bem como ao termo último de regresso numa cadeia de legitimação do direito. Assim, o termo *principium* denota o sentido usual do latim, como “início, começo, origem”

eixos basilares: 1) a liberdade como situação original, implicando que, na ausência de qualquer limitação racional ou normativa da liberdade, as pessoas sejam livres; 2) a liberdade como ideia norte no direito e na política, ou seja, o princípio da organização do espaço jurídico-normativo (WINTGENS, 2009, p. 1796).

O primeiro ponto se extrai de uma análise conceitual: as pessoas apenas são livres se exercem a liberdade livremente. A obviedade da proposição todavia esconde o que se pretende demonstrar: a reflexividade como primeira dimensão normativa da liberdade. Nas teorias do contrato social, em Hobbes e Rousseau, os sujeitos passam a ser objeto dos atos de poder soberanos, em troca do que *livram-se do* medo da morte violenta. O Estado soberano realiza uma construção negativa da liberdade (*livre de*) no sacrifício de uma formulação positiva da liberdade (*livre para*).

Isso importa que a liberdade seja construída inicialmente apenas em termos negativos, ignorando seu caráter positivo-reflexivo por meio do qual e – somente assim – a liberdade se realiza. Desse modo, a liberdade só faz sentido quando referida a um sujeito, capaz de exercê-la como concepções de liberdade (WINTGENS, 2009, p. 1797).

Por outro lado, se todos são livres, todos são dotados de um mesmo montante de liberdade, de uma igual quantidade de liberdade. A igualdade, portanto, é a segunda dimensão normativa da liberdade, desde que se retorne à situação original da legitimação do contrato social. A liberdade, como em Hobbes e em Rousseau, é ilimitada. A liberdade é o último ponto a que se regressa na cadeia de legitimação das ações, do mesmo modo que concentra o ponto a partir do qual qualquer ação seja possível.

Do mesmo modo, a liberdade é o *principium*, o começo e o princípio norteador sem o qual uma ação não pode ser livre. Uma ação que não seja fruto de

(PERSEUS), ou ainda “*primeira ordem, primado ou superioridade*”, no sentido de Plínio e Terêncio (SANTOS SARAIVA, 1993).

uma escolha reflexiva não é uma ação, mas mero comportamento (WINTGENS, 2009, p. 1798).

A partir do mesmo montante de liberdade de que todos os homens são titulares, surge a igualdade como segunda dimensão normativa da liberdade. A igualdade existe porque todos são livres. Se se coloca a igualdade como ponto de partida, não decorre logicamente que todos sejam livres, pois todos podem ser igualmente oprimidos por regras de direito. Todavia, a liberdade como ponto de partida implica a igualdade logicamente.²⁸

Observa-se, no entanto, que o conceito de liberdade adotado por Wintgens é meramente formal e reflexivo. Quanto às objeções que se possa elaborar a este quesito, responde o autor que a liberdade como princípio é formal por definição, pois seu conteúdo, desde que referido a um sujeito, é indefinido, e qualquer construção substantiva da liberdade implica que se atribua uma concepção sobre liberdade a um sujeito, esvaziando, deste modo, o próprio conceito de liberdade cuja extensão não se pode limitar (WINTGENS, 2009, p. 1799).²⁹

2.4.2 A liberdade contextualizada: liberdade como *principium* em contexto

Por mais que Wintgens proponha um conceito de liberdade indeterminado, ou seja, formal, não há como menosprezar o caráter dialógico da

²⁸ Para Wintgens, “igualdade é a condição sobre a qual a liberdade é exercida. Liberdade é a origem da ação e é exercida a partir daquele ponto. É, então, o terminus a quo, o ponto a partir do qual uma ação se inicia”. No original: “equality is therefore a condition upon which freedom is exercised. Freedom is the origin of action, and freedom is exercised starting from that point. It is then the terminus a quo, the point from where action starts” (2009, p. 1798).

²⁹ Assim, A não pode impedir que B haja conforme uma concepção de liberdade, pois isto constituiria uma imposição da liberdade de A às custas da de B, e A não é mais ou menos livre que B, mas igualmente livre, do contrário, nenhum nem outro poderiam agir livremente. Deste modo, apenas a argumentação racional pode fazer com que A dissuada B a agir conforme uma concepção sua de liberdade.

liberdade quando são considerados os homens em coexistência social. O contexto em que a liberdade surge, como interação social, é explicitado por Wintgens como requisito constitutivo dos seres humanos.

A dimensão social da liberdade refere-se, logicamente, a uma terceira dimensão normativa da liberdade, segundo a qual os outros são impedidos de impor concepções sobre liberdade a qualquer pessoa, sem que isso seja precedido de uma argumentação racional que use o convencimento para determinar a ação de alguém.³⁰ Desde que ninguém possa impor uma concepção sobre a liberdade sem justificação racional, aquele que discorda tem o direito de manter os outros à distância, o que equivale dizer que estão ausentes argumentos racionais para a imposição de concepções sobre a liberdade (WINTGENS, 2009, p. 1799).

A contextualização da liberdade, consideradas suas três dimensões normativas (reflexividade, igualdade e interatividade), portanto, ocorre em dois passos: 1) a consideração da liberdade como *terminus ad quem*, como origem da ação; 2) a operacionalização da liberdade como *terminus a quo*. Para ambos os estágios constituintes da liberdade como *principium*, sua extensão é indeterminada. Por isso, também a igualdade é vinculada ao contexto, como também é relacional, o que importa dizer que a dimensão social da liberdade é um elemento necessário para a liberdade como *principium*, cujo sentido é inevitavelmente social. Uma vez que a

³⁰ Esta afirmação nos remete a uma concepção kantiana da justificação, segundo a qual, pela reciprocidade, “somente razões que outros poderiam aceitar conferem o direito de agir de acordo com essas razões” (FROST, 2010, p. 54). Todavia, Wintgens se distancia deste conceito, na medida em que admite uma relatividade quanto aos valores e concepções de liberdade, admitindo o direito à distância na iminência do desacordo e do conflito. Assim, também Wintgens se faz coerente com sua crítica à atemporalidade do direito como característica das concepções relativas ao legalismo forte, rejeitando qualquer caráter universal que o direito possa admitir em nome da freqüente atualização que a coexistência de diversas concepções de liberdade a respeito de uma determinada ação exige do direito quando se torna uma concepção sobre a liberdade.

liberdade refere-se ao sujeito que interage com outros na vida social, o sentido da liberdade é também social.³¹

Disso resultam seis características da liberdade como *principium* para a legisprudência de Luc Wintgens: 1) a liberdade é a situação original de legitimação da cadeia de ações, 2) bem como a origem a partir da qual a ação é possível. 3) Por sua extensão ilimitada, a liberdade deve ser definida para que uma ação ocorra; 4) de modo que a liberdade é um *principium* com duas dimensões normativas, a igualdade e a reflexividade; 5) a dimensão social da liberdade interage com a característica relacional da igualdade; 6) o sentido da liberdade depende da natureza social dos sujeitos, articulados com a natureza reflexiva da liberdade em contexto.

A liberdade, a despeito de seu conceito formal, atua no contexto, sendo o próprio contexto do direito (WINTGENS, 2009, p. 1801). Uma vez que a liberdade como direito à distância não é suficientemente concreta, é necessário que se operacionalize o conceito de liberdade no contexto da lei. Daí que Wintgens desenvolve quatro teses para essa operacionalização, as quais resultarão nos princípios de justificação da legislação.

A primeira delas refere-se ao individualismo presente na tradição liberal do contrato social, segundo o qual cada sujeito é um ser distinto e, portanto, tem o direito de manter-se à distância dos outros. No entanto, esta não é uma posição conceitual ou descontextualizada dos sujeitos. Wintgens remete-se ao trabalho de George H. Mead, para quem o indivíduo é um agente social cujo ser emerge das interações sociais.

³¹ “Como todo sentido, o sentido de liberdade é relacionado ao sujeito, naquilo que decorre da interação, não da dedução, emergindo do sujeito como um ‘intersujeito’, que não um sujeito de uma verdade conceitual ou ontológica, mas um sujeito de sentido. A natureza social do sentido e a dimensão contextual da liberdade como *principium* se reforçam mutuamente, vez que ambas são relativas ao contexto” (WINTGENS, 2009, 1801). No original: “Like all meaning, the meaning of freedom is subject-related, in that it follows from interaction, not from deduction. It arises from the subject as an intersubject, which is not a subject of conceptual or ontological truth, but a subject of meaning. The social nature of meaning and the contextual dimension of freedom as *principium* are mutually reinforcing because they are both context-related.”

Isso implica que quando o sujeito atua em determinada concepção de liberdade, ele se define no contexto social, não no sentido de igualdade, mas justamente na sua diferença com relação aos outros, de modo que ocorra uma externalização de seu conceito de liberdade, ponto do qual advém a possibilidade de conflito.

O conflito, todavia, não é moralmente ruim, *a priori*. Antes, e esta é uma diferença substancial com relação às perspectivas que embasaram o legalismo forte, é um indicador das formas como a interação social ocorre. Para Wintgens, toda interação prioriza o entendimento mútuo, embora isso possa nunca ocorrer. A própria necessidade de argumentação e justificação de uma concepção de liberdade revela a existência de um conflito, por menos prejudicial que ele seja.³²

O fato de o legalismo forte construir a interação social apenas no prisma da lei não reflete, todavia, que outras formas de interação não sejam possíveis e até mesmo preferíveis, a depender do contexto de justificação em que uma determinada intervenção social se insira. As possibilidades de conflito, todavia, apenas retornam àquele extrato da operacionalização da liberdade como direito à distância.

A liberdade como distância então é também o direito à identidade, vez que constitui a fonte da identidade pessoal e necessária para mantê-la. A posição do legalismo forte negligencia este aspecto, tornando os sujeitos aptos a agir somente em concepções sobre a liberdade, nas quais sua ação pode subsumir-se apenas em um comportamento conforme ao direito. Da perspectiva do legalismo fraco, o direito só é

³² Nos termos de Wintgens: “De fato, a jurisprudência não nega a presença do conflito na interação. Pelo contrário, ela sugere que os conflitos não são tão somente negativos. A grande razão para a interação é o conflito, pois os atores com diferentes opiniões e interesses opostos, numa situação inicial, carecem de entendimento mútuo. A pressuposição de que todos os conflitos são cruéis, como sugeria Hobbes, é, no entanto, outra deficiência do projeto filosófico moderno”. No original: “Indeed, jurisprudence does not deny the presence of conflict in interaction. Instead, it suggests that conflicts are not solely negative. The very reason for interaction is conflict, as actors with differences of opinion and opposed interests initially lack mutual understanding. The presumption that all conflicts will be ruthless ones, as Hobbes suggests, is but another deficiency of the Modern philosophical project.” (WINTGENS, 2009, p. 1802).

chamado a intervir quando a interação social falha, quando os sujeitos não mais estão aptos para sozinhos gerir o conflito. Segundo Wintgens, “O direito não deveria a priori determinar as relações sociais sob o preço de destruir a interação social e, com isso, a construção e manutenção da identidade dos agentes” (2009, p. 1804).³³

O terceiro aspecto da liberdade como distância refere-se à relação de subsidiariedade entre o direito e os agentes sociais, de modo que aquele se mantenha também à distância até que a interação social falhe em seus mecanismos próprios de autorregulação.

Por fim, o quarto aspecto da liberdade como distância refere-se à necessidade de justificação das leis, mesmo que editadas sob uma fórmula geral e abstrata. Ainda que o legalismo forte as conceba como manifestação da vontade geral, para o legalismo fraco e essa visão contextualizada da liberdade, liberdade e igualdade saem sobrepujadas nesta perspectiva, uma vez que as possibilidades de autorregulação desaparecem no ato do legislador soberano. Toda legislação, nessa perspectiva de liberdade, demanda uma justificação suplementar.

A definição de contextos de atuação da liberdade na teoria de Luc Wintgens denota, de todo modo, um conceito de liberdade vazio. A liberdade como *principium* em contexto, assente na capacidade e autonomia moral dos homens, pode constituir um “*eu desvinculado*”³⁴, ou seja, a situação original da qual advém a liberdade como *principium* não realiza nenhuma das formas conhecidas de

³³ No original: “Law should not a priori determine social relations at the price of destroying social interaction, and with that, the construction and the maintenance of the identity of the agents” (WINTGENS, 2009, p. 1804).

³⁴ Essa expressão foi cunhada por Sandel na crítica ao individualismo atomista da teoria contratualista de John Rawls. Para o autor, e segundo Forst, “o eu é a instância que permite falar na primeira pessoa, identificar-se e ser reconhecido pelos outros como tendo uma identidade”, sendo, todavia, individualizado atomisticamente, o que importa dizer que “é um eu previamente individualizado, cuja identidade não está vinculada de modo constitutivo com seu meio ambiente, principalmente com outros sujeitos” (FORST, 2010, p. 18). É verdade que Wintgens nega que seu conceito de indivíduo e também de democracia seja altamente voluntarista (2009, p. 1805), todavia, deixa para momento posterior uma explicação a respeito disso, do que ainda não tivemos conhecimento.

agrupamento humano. Antes, permanece apenas como uma desconstrução das perspectivas igualmente ficcionais elaboradas pelos autores contratualistas, ou ainda uma releitura a serviço de outra compreensão do fenômeno jurídico-normativo.

É certo que a leitura contratualista da legisprudência, embasadora do legalismo fraco, ainda se encontra em fase de desenvolvimento. As premissas básicas que apresentamos até aqui, todavia, merecem leitura e investigação, na medida em que propiciam um arcabouço teórico para a elaboração de uma teoria racional da legislação que não se resuma à mera técnica legislativa.

2.5 Notas sobre a liberdade como *principium* no contexto brasileiro

A construção teórica da liberdade como *principium*, consubstanciando a proposta de legalismo fraco e em oposição ao legalismo forte e à perspectiva juspositivista, permite algumas reflexões acerca de suas relações com o contexto sócio-jurídico brasileiro atual, quando diversos movimentos sociais parecem assumir uma postura reivindicadora e crítica perante o direito, no sentido de contestação da validade jurídico-formal das normas impostas, a despeito de sua pretensão de validade assente no momento procedimental de sua formulação e que exigem do sistema jurisdicional uma perspectiva propositiva de conotação notadamente política na interpretação e aplicação das normas jurídicas.

No contexto de uma sociedade pluralista, a pretensão de universalidade do direito é fragilizada por haver diversificadas concepções de bem comum, as quais nem sempre encontram guarida nas instituições públicas, notadamente nas leis. Isso demanda um olhar cada vez mais atento do jurista, naquele segundo plano do fenômeno normativo, com o propósito de poder consolidar uma concepção de justiça que proteja interesses vários na aplicação do direito. A carência de justificação da legislação no momento legislativo de sua existência faz com que a administração

pública, em razão de sua proximidade com a população na linha de frente de concretização de políticas públicas, e o judiciário, devido ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, se posicionem na solução de conflitos de legitimidade que lhe são apresentados frequentemente.

A emergência de questionamentos quanto à validade de institutos jurídicos que eclodem no judiciário brasileiro pode ser ilustrada com dois casos recentes e de impacto social que serão sucintamente examinados à luz da contextualização da liberdade como *principium*: de um lado, o questionamento do enquadramento jurídico dos eventos denominados “marcha da maconha” como apologia a fato criminoso, de outro, o reconhecimento da união estável homoafetiva e seus desdobramentos de natureza social.

Ambos os exemplos vivificam a dimensão de que os sujeitos reclamam liberdade para agir e concretizar a liberdade de uma forma positiva, inclusive pelo questionamento de instituições sócio-jurídicas como o crime e a heteronormatividade.

De um lado, quanto ao movimento pela descriminalização do uso de entorpecentes, julgado na argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 187, entendeu o Supremo Tribunal Federal tratar-se de livre exercício dos direitos de reunião e expressão do pensamento, não podendo o fato de manifestantes pleitearem publicamente a descriminalização do uso de entorpecentes ser considerado apologia a fato criminoso, conforme descrito no art. 287 do Código Penal.³⁵ Corolário da defesa da descriminalização está o princípio da lesividade do

³⁵ A respeito, v. < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=182124>>, última consulta em 01/07/11. Os votos na ADPF 187 ainda não foram publicados.

resultado da ação, que impõe a limitação da tutela penal às ações cujos efeitos lesem terceiros, outros que não seu autor (FERRAJOLI, 2006, p. 426).³⁶

Isso implica, em termos wintgenianos, que o uso de substância entorpecente como conceito *de* liberdade haveria de sobrepujar sua proibição como concepção *sobre* liberdade não justificada racionalmente. Equivale a dizer que o direito à distância que emerge das dimensões normativas da liberdade e que, em última análise, resulta na necessidade de justificação da restrição à liberdade, vem sendo violado pelo Estado proibidor que, não só comina penas a uma conduta que parcela da população reivindica como legítima, como pretendeu proibir sua contestação pública na forma do exercício do direito de reunião.

Por outro lado, na ação direta de inconstitucionalidade ADI 4277 e na argüição de descumprimento de preceito fundamental ADPF 132, julgadas pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, em que se reconheceu o direito à união estável homoafetiva, por meio do reconhecimento desta relação como entidade familiar, conforme preconiza o art. 1.723 do Código Civil de 2002, verificou-se outra sorte de questionamento, incidente sobre um instituto de natureza civil. Pelo voto do relator, Ministro Ayres Britto,³⁷ conferiu-se ao dispositivo interpretação conforme a Constituição, que dispõe como objetivo fundamental a promoção do bem de todos, sem preconceitos quanto ao sexo. Neste ínterim, trazendo também à luz a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, o princípio da igualdade, e a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, o STF entendeu que o dispositivo normativo civilista, ao definir ser “*reconhecida como*

³⁶ Neste sentido, expõe Luigi Ferrajoli, em sua doutrina garantista: “*A lei penal tem o dever de prevenir os mais graves custos individuais e sociais representados por estes efeitos lesivos e somente eles podem justificar o custo das penas e proibições. Não se pode nem se deve pedir mais ao direito penal. O princípio axiológico da separação entre direito e moral [...] impõe, para uma maior tutela da liberdade pessoal de consciência e da autonomia e relatividade moral, a tolerância jurídica de toda atitude ou conduta não lesiva a terceiros.*” (2006, p. 426).

³⁷ Até 30/06/11, a íntegra do julgamento não havia sido publicada.

entidade familiar a união estável entre homem e mulher”, em interpretação conforme à constituição, albergaria também a união engendrada como convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família por casais homoafetivos.

Essa decisão restaura e reforça a ideia de igualdade como condição normativa da liberdade, além de impor o direito à distância quando a argumentação racional não é capaz de dissuadir o que não chega a ser um conflito, vale dizer, aquela parcela da população que se posiciona contrariamente à extensão dos direitos dos casais heterossexuais não pode impor uma concepção de liberdade aos relacionamentos homoafetivos. Na esteira de uma sociedade aberta de intérpretes da constituição, os opositores da causa puderam ser ouvidos como *amici curiae* e ter suas razões, constantes de uma interpretação literal do texto constitucional que se refere a “homem e mulher” (art. 226, §3º), publicamente expostas e conhecidas em sede jurisdicional.³⁸

Por outro lado, é importante ressaltar que a igualdade como dimensão normativa da liberdade tem valor preponderante, devendo o legislador ordinário, no exercício de seu poder normativo, justificar qualquer tratamento desigual que não advenha da própria ordem constitucional. A carência de justificação racional para a imposição de situações desiguais culmina por retirar do legislador sua legitimidade, não só como representante, mas como ator jurídico responsável pela proteção dos direitos e garantias fundamentais e pelo efetivo cumprimento da ordem constitucional.

Como ainda será abordado no próximo capítulo, a desobediência e o questionamento judicial da validade das instituições jurídicas emergem como

³⁸ Os *amici curiae* que participaram do julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132 e se posicionaram pela improcedência dos pedidos foram a Confederação Nacional dos Bipos e a Fundação Eduardo Banks. V. <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178787>>, último acesso em 01/07/11.

indicadores da legitimidade do direito como regulador da ordem social. Ainda, reforçam a ideia de que a participação democrática na formulação de políticas e regras avança na direção de uma participação popular judicialmente inclusiva, em que o exercício do direito de petição perante a jurisdição ganha dimensão superior à defesa de demandas individuais, revelando formas de pressão e interlocução tanto em matéria de políticas públicas (NONET e SELZNICK, 2010, p. 149), como da própria interpretação constitucional que estende sua força normatizadora para a esfera pública pluralista (HÄBERLE, 2002, p. 41).

3. JUSTIFICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO

3.1 O problema do soberano e a justificação da decisão legislativa

O legalismo forte estabelece na figura do soberano a máxima discricionariedade do conteúdo da decisão legislativa, com duas implicações sobre a teoria jurídica.

A primeira delas refere-se ao fato de que os critérios de validação do direito positivo sejam perquiridos dentro da própria esfera do ordenamento jurídico. O poder legislativo apenas é limitado por aquilo que o próprio soberano estatui como normas obrigatórias que regem a produção de normas, sejam limitações formais constantes de normas de procedimento legislativo, sejam limitações de conteúdo que se encontram nas constituições dos Estados modernos na forma de direitos e garantias fundamentais.

A segunda refere-se à limitação da esfera de atuação de Poder Judiciário à aplicação das regras postas pelo legislador, aplicação esta consolidante de outros dois momentos, da obediência à regra e da criação da regra para os casos concretos, apontando dois níveis de decisão no que toca à operacionalização do direito por meio da legislação.

Conquanto o legislador tenha seu poder limitado pelas constituições, também ele deve seguir regras de direito e, desse modo, a regra de justificação das decisões jurídicas também a ele se aplica. O diferencial da guinada de um legalismo forte para um legalismo fraco reside justamente na necessidade de justificação da decisão legislativa, vez que essa decisão, consoante a liberdade como *principium* e ao que fixa concepções sobre liberdade, ou seja, restrições na liberdade de agir dos

sujeitos que são plenamente dotados de liberdade em seu sentido moral, é também sujeita à necessidade de justificação para que seja válida.

Isso implica, portanto, em uma nova maneira de ler as constituições e os direitos fundamentais (WINTGENS, 2007, p. 40). O direito fundamental máximo, do qual todos os outros são apenas derivações, é o direito à liberdade ou legalidade, expreso, para nós, na forma de que *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”* (Constituição da República de 1988, art. 5º, II). A lei aqui expressa a exigência de disposição legislativa para que determinado comportamento dos cidadãos seja obrigatório.

A teoria do direito, até agora, aderiu ao entendimento de que *lei* para os fins de legalidade é aquela emanada a partir de um procedimento legislativo válido, limitada a análise de legalidade a uma avaliação formal de critérios de validação do direito. No entanto, o conteúdo normativo da expressão *lei* se altera na passagem de um legalismo forte para um legalismo fraco. Lei não é somente aquela norma geral, abstrata e formalmente válida para que exerça seus efeitos vinculantes, mas será também aquela norma justificada, que encontra em seu escopo uma argumentação racional para a definição da legitimidade da constrição à liberdade.

3.2 Representação e democracia: validade e legitimidade na legisprudência

A ideia de representação dos cidadãos, embora, para o pensamento jurídico moderno, esteja vinculada à teoria do contrato social, encontra raízes mais antigas, no direito romano, como ensina Salgado (2007). Este ensina que *lex*, como expressão superior do direito romano, congrega em si vontade da autoridade e racionalidade, *voluntas* e *ratio* se somam para a formação da *lex* que não se dissocia

do *ius*, conteúdo de racionalidade da lei, lembrando que, para Cícero, é inerente à lei a capacidade de invocar o verdadeiro e o justo.³⁹ O direito, em Roma, enfrenta uma dialética entre *ius*, como conteúdo da consciência jurídica, e *lex*. Como entidades distintas, *lex* reflete o conteúdo de *ius*, o qual preexiste ao poder, pela vontade da autoridade. Este procedimento confere racionalidade à legislação romana, que se constitui em realidade valorada pela consciência jurídica. Explica Salgado que a justificação do direito em Roma se dá pela segurança jurídica, como previsibilidade das conseqüências jurídicas, e pelo controle das decisões, que racionalmente se fundam na lei (SALGADO, 2007, p. 101 a 107)⁴⁰.

A vontade, portanto, como vontade da autoridade que dita a lei pela razão, realiza a operação da representação dos súditos, por meio da compreensão universal da lei, como *“unidade da forma e do conteúdo, da auctoritas (voluntas) – vontade que heteronomamente produz efeito jurídico, em razão da força moral do mérito da pessoa (elemento interno) e, por ser social, do reconhecimento (elemento externo) e da sabedoria dos jurisconsultos (ratio)”* (SALGADO, 2006, p. 115).

Ainda que no direito romano a justificação do direito se dê na razão que informa a vontade da autoridade, a ideia de representação que subjaz à teoria do contrato social e constitui a base de sustentação da desvinculação do legislador em termos de justificação das leis, em Rousseau, assume a forma da representação da vontade geral por meio da vontade da maioria. Essa noção, fundante do liberalismo político, chega até os dias de hoje na forma das eleições democráticas e da regra da

³⁹ O que não acontece no direito natural, vez que para este não haveria unidade entre razão e a vontade imperativa do direito, somente a razão, da qual a lei logicamente decorre. Assim, ilustra que lei, para Santo Tomás, *“é uma ordenação da razão, isto é, a razão ordena, cria a ordem com a finalidade de realizar o bem comum, e dirige a vontade não só daquele a que é dirigida, mas também daquele que põe a lei”* (SALGADO, 2006, p. 102).

⁴⁰ *“A racionalização é, ainda, a busca da fundamentação das decisões jurídicas em elementos objetivos, como a lei e o fato e, finalmente, a valoração racional dos fatos e da conseqüência que o direito lhes atribui, estabelecendo um critério reflexivo de construção do conteúdo da lei, que se põe por um ato de vontade, mas não se justifica (portanto não encontra seu valor) no próprio ato de vontade”* (SALGADO, 2006, p. 113).

maioria como aquela que define as decisões tomadas pelo parlamento e que, somada à obediência a outras regras de caráter formal, conferem validade às normas jurídicas.

No entanto, por mais que juridicamente a validade das normas seja auferida por meio do respeito ao procedimento formal de sua elaboração, não é difícil perceber que diversas críticas são dirigidas às instituições legislativas de todo mundo. A crise do parlamento corresponde também à da lei, posta sistematicamente em crise.⁴¹ Segundo Carl Schmitt, *“a democracia está fadada a se destruir no problema da formação da vontade”*, desde que seus princípios fundadores não encontram respaldo na prática das democracias e do parlamentarismo modernos (1988, p. 28).⁴² Em defesa da democracia como modo de operacionalização da liberdade, posicionou-se Hans Kelsen, deste modo:

A luta pelo parlamentarismo foi uma luta pela liberdade política. Isso é facilmente esquecido quando, hoje, se fazem críticas, injustas sob muitos aspectos, ao parlamentarismo. Uma vez de posse da liberdade, já tornada evidente e por isso não mais apreciada, mas garantida apenas pelo parlamentarismo, acredita-se poder renunciar a ela como medida dos valores políticos. Mas a ideia de liberdade é e continua sendo a eterna “dominante” fundamental de todas as especulações políticas (2000, p. 46-47).

O argumento de Kelsen é claro quanto ao valor da liberdade cujo espaço de realização é o político, mas não como princípio fundante do espaço político moderno, cuja origem é antes de tudo moral. A liberdade, princípio e postulado

⁴¹ Assim, ensina Eduardo Carone Costa Júnior: *“Infelizmente, a crise da lei de que falam os autores surge enquanto esse passo extremamente importante em direção à democracia é tomado; o início da crise corresponde ao momento histórico em que se atribui função legislativa ao parlamento. Desde que os parlamentos assumiram esta importantíssima função, o estreitamento e maior complexidade das relações sociais somente fazem crescer a necessidade de se elaborarem mais e mais leis, sendo exato que não é de se esperar que o legislador seja versado em todos os assuntos que lhe são apresentados”* (2011, p. 64).

⁴² O contexto da República de Weimar em que se deu o debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, respectivamente, pró e contra o parlamentarismo como método de decisão política, pode ser estendido facilmente aos dias atuais. As críticas mais agudas concerniam à questões referentes ao modo de produção do direito pelos parlamentos, seja quanto à própria legitimidade do princípio da representação e da formação da vontade da maioria, à própria capacidade técnica dos parlamentos para legislar sobre matérias de tão largo espectro.

primordial da razão prática, insurge-se contra a heteronomia, contra a imposição forçada de constrações ao agir livre. Segundo Soares (2004, p. 31):

A representação concebida, ou cujo conceito esteja fundado na transferência da qualidade de emissor (pessoas em condições de votar e serem eleitas), posto que operou-se sua substituição pelo legislador, com a delegação plena do poder de intervir, significa o aniquilamento da pessoa, do sujeito, pois sua liberdade será decorativa e a igualdade meramente formal, com a supressão do sentido histórico positivado e garantido pelas constituições democráticas.

Neste sentido, a legisprudência, como teoria da legislação, propõe uma inversão no modelo até agora executado. Seguindo a liberdade como princípio fundante do espaço político, ou como ponto de partida na cadeia de legitimação do direito e da ação, a relação entre legisladores e governados se modifica. Na medida em que o sentido da liberdade depende de verdadeira possibilidade de escolha entre concepções de liberdade, e em que esta se concretize quando se torna um conceito, a imposição de um determinado conceito por meio do direito só pode se justificar na falência da interação social pacífica. O modelo de procuração abstrata, que até agora legitimou a ação discricionária do legislador, é substituído por um modelo de troca, em que apenas se admite a restrição à liberdade por meio de argumentação racional que a justifique. A liberdade necessita de concretização para se tornar ação tanto no sentido moral, quanto no sentido político.

O valor insculpido no sentido moral da liberdade, que fundamenta a concepção do direito como única possibilidade de realização do espaço social, tem um sentido absoluto na perspectiva do legalismo forte. Pelo contrário, o legalismo fraco, ao que defende um modelo de troca nas bases da liberdade, relativiza essa perspectiva, tornando-a ainda mais condizente com os valores de uma democracia, sempre relativos.

Isso implica que a concretização da liberdade no sentido moral sobreponha os espaços de regulação heterônoma, e que esta apenas possa advir na

falência da interação social, dotada de justificação racional que a legitime. A passagem de um legalismo forte para um legalismo fraco implica necessariamente que também o legislador esteja submetido a regras de direito contidas nas constituições e por isso, como ator jurídico, possui o dever de justificar.

A validade das normas como critério de justificação da decisão judicial finda por ter implicações na discussão de uma concepção legisprudencial de legitimidade. Jérzi Wróblewski (1992, p. 76), analisando a problemática da validade, a distingue em três tipos: validade sistêmica, fática e axiológica. A validade sistêmica, concepção geralmente aceite sobre a validade de uma norma jurídica no pensamento positivista, e que Kelsen definirá em termos de uma estrutura escalonada do ordenamento que conta com a norma fundamental como último ponto de regresso numa cadeia de validade, refere-se ao cumprimento de requisitos de existência da norma, como ter sido elaborada de acordo com regras válidas do sistema jurídico, ter sua existência formal incontestada (não ter sido objeto de derrogação), e não ser inconsistente com outra norma válida, tampouco ser invalidada por normas de solução de conflito de normas, ou ser interpretada de tal forma que a inconsistência seja sanada (WRÓBLEWSKI, 1992, p. 77).

Num sentido mais prático, a validade fática subjaz à tese de que apenas as normas que são aplicadas são normas válidas. Vincula-se, assim, aos fenômenos do desuso e do costume como formas de verificação de validade da norma. Seja por parte dos cidadãos, numa perspectiva sociológica, ou por parte das autoridades (realismo jurídico), a validade fática refere-se, sobretudo, a uma compreensão da eficácia das normas de um determinado sistema jurídico que agrega uma dimensão de aplicabilidade para sua concretização (AARNIO, 1991, p. 78). Hans Kelsen nega uma identificação entre validade e eficácia, dando a esta última não a posição de fundamento de validade de uma norma ou sistema jurídico – posição própria da

norma fundamental –, mas a de condição de validade (KELSEN, 2009, 236).⁴³ Uma norma jurídica que deixa de ser observada e aplicada, sendo ineficaz, torna-se também inválida. É o reconhecimento da *desuetudo* como a segunda face do caráter criador do direito que os costumes exercem.

Essas duas dimensões de validade, examinadas à luz da jurisprudência, ganham relevo no momento da elaboração do fenômeno normativo. De um lado, no contexto brasileiro, a Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998, estipula regras de redação, alteração e consolidação das leis, em obediência ao preceito contido no art. 59, parágrafo único, da Constituição da República de 1988. Todavia, esta é uma norma que parece permanecer desconhecida na administração pública e nos legislativos das diversas instâncias.

No entanto, é uma norma formalmente válida, de existência obrigatória nos termos da Constituição. E por isso foi suscitada tese defensiva no âmbito da Apelação n. 0053930-67.2009.8.26.0114, julgada pelo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, argüindo que a Lei n. 10.931, de 02 de agosto de 2004, tratando de diversas matérias, desobedeceu o preceito do art. 7º, I, da LC 95/98, que determina:

Art. 7º O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios:
 I – excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto;
 II – a lei não conterà matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão;
 III – o âmbito de aplicação da lei será estabelecido de forma tão específico quanto o possibilite o conhecimento técnico ou científico da área respectiva.

Por maioria, a 23ª Câmara de Direito Privado do TJSP entendeu ser inconstitucional a Lei n. 10.931/04 por afronta direta à LC n. 95/98, desconstituindo a cédula de crédito bancário como título executivo extrajudicial e confirmando a

⁴³ Em termos lógicos, não se pode tomar a condição pelo condicionado. Assim, no exemplo kelseniano, para viver é preciso, primeiramente, nascer, mas para a manutenção da vida outras condições devem ser satisfeitas, como a alimentação, a respiração etc, as quais não podem ser confundidas com a vida em si mesma. O mesmo operaria com a eficácia como condição de validade da norma.

sentença emitida pelo juízo de primeira instância. Analisando a temática do conflito e hierarquia entre as normas, compreendeu que a força vinculante da LC n. 95/98 como emanada da própria Constituição.

O embaralhamento das matérias cuidadas pela Lei 10.931/2004 é de causar espécie a qualquer operador do Direito, eis que dispõe sobre a matéria acima referida bem como ainda: da letra de crédito imobiliário; da cédula de crédito imobiliária; dos contratos de financiamento de imóveis; alterações da Lei de Incorporações; das alterações da Lei sobre Alienação Fiduciária no mercado financeiro e de capitais; alterações no Código Civil e, passem, alterações na Lei de Registros Públicos. [...]

Vai contra toda e qualquer regra de hermenêutica jurídica considerar os preceitos da Lei Complementar como destituídos de imperatividade, atributividade, heteronomia, obrigatoriedade etc..., entendendo que o seu cumprimento fica ao alvedrio do legislador ordinário, podendo ou não seguir as suas determinações. Quer se analise a questão sob a ótica da teoria da norma ou do ordenamento jurídicos a absurdez jurídica se patenteia.

Há que se considerar a característica de sistema do ordenamento jurídico, onde as normas não se encontram dispersas, nem amontoadas, mas harmonicamente inseridas a não apresentarem antinomias. [...]

Errônea a afirmação de que o legislador tudo pode! A legislação precisa de consistência jurídica!

Desse excerto do voto vencedor, extraem-se as teses de vinculação do legislador às normas constitucionais que disponham sobre a feitura normativa (regras sobre a produção de regras) e se coloca em contestação a tese de discricionariedade ilimitada do legislador, acrescendo ao âmbito de validade sistêmica a obediência a regras formais de elaboração, bem como dotando a LC 95/98 de uma eficácia antes desconhecida. Isso demonstra uma mudança na compreensão do exercício da atividade legislativa, da máxima discricionariedade à exigência de cumprimento de normas sobre a elaboração formal das regras. O legislador aqui

também é compreendido como ator jurídico que se submete ao sistema, sob pena de invalidade de seus atos.⁴⁴

Por óbvio que o controle de constitucionalidade é capaz de deduzir das constituições outras séries de regras que devem ser obedecidas pelo legislador, todavia, a presunção de constitucionalidade dos atos legislativos constitui um obstáculo à observação da validade das regras pelo ator jurídico no cotidiano da vida jurídica, à espera de uma palavra definitiva a respeito da constitucionalidade de certas regras de direito. É assim que, impondo um dever de justificar, dotando os atos legislativos das mesmas características que os demais atos realizados pelos poderes, também a legislação passa a integrar em definitivo o Estado Democrático de Direito.

Numa perspectiva de crítica da legalidade, a validade axiológica pode referir-se a dois modelos, segundo Wróblewski (1992, p. 80): o primeiro extrai de normas extra-legais e avaliações um critério de validade, por meio da consistência e da coerência de normas jurídicas e do próprio ordenamento com essa ordem normativa exterior ao sistema, numa versão radical; e o segundo modelo, de natureza moderada, determina ser a ausência de inconsistência e incoerência entre as normas do ordenamento e aquelas extra-legais mais um critério de validade a ser agregado aos modelos sistêmico e fático. Ambos, contudo, apóiam-se sobre um elemento de aceitabilidade das normas do ordenamento jurídico.

Discorrendo sobre o tema, Aarnio remete ao trabalho de Ilkka Niiniluoto,⁴⁵ que soma aos critérios sistêmicos de validade um de aceitabilidade, segundo o qual uma norma é aceitável no sentido de que a maioria dos membros da comunidade,

⁴⁴ Em função desta decisão pioneira do TJSP, foi apresentado à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 2060/07, com o fim de ajustar a Lei n. 10.931/04 à LC n. 95/98, pois que a cédula de crédito bancário constitui atualmente o principal instrumento para a concessão de crédito imobiliário às pessoas físicas.

⁴⁵ NIINILUOTO, Ilkka, "On the truth of norm proposition". In *Rechtstheorie*, Beiheft 3 (1991), pp 171 e seg.

depois de haver considerado racionalmente o assunto, se obrigariam a aceitá-la como uma norma que deve ser obedecida (AARNIO, 1991, p. 84).

Prescindindo da discussão sobre a natureza jusnaturalista de um critério axiológico de validade do direito, a tese de aceitabilidade das normas de um ordenamento ganha relevância no contexto da legisprudência. A proposta de uma liberdade como *principium* verifica-se justamente no momento em que os sujeitos consideram a norma racionalmente, com vistas à sua aceitação, quando então as incongruências com as expectativas e ideais de vida boa emergem no foro de discussão de seus destinatários.

É nesse ponto que a argumentação jurídica em sede de justificação da legislação fortalece a discussão, não só dentro do Poder Legislativo, mas da comunidade em geral, no contexto participativo da elaboração normativa, a qual interage com o discurso de justificação que subsidia a feitura, colocando emissor e intérprete em permanente contato, interconectando validade e legitimidade no contexto da elaboração.

3.3 A argumentação jurídica no contexto da decisão legislativa

3.3.1 A argumentação como teoria da justificação

Para os fins deste trabalho, adotou-se o conceito de argumentação como processo de justificação.⁴⁶ É certo que a argumentação é relacionada, primeiramente,

⁴⁶ Assim, para Neil MacCormick, a função da argumentação, para além da de persuadir, é a de justificar, de modo ostensivo (MACCORMICK, 2006, p. 18 - 19, 23). Do mesmo modo para Chaïm Perelman, “o raciocínio judiciário visa a discernir e justificar a solução autorizada de uma controvérsia, na qual argumentações em sentidos diversos, conduzidas em conformidade com procedimentos impostos, procuram fazer valer, em situações diversas, um valor e um compromisso entre valores que possa ser aceito em

à finalidade de persuadir, e é assim que a argumentação de advogados se apresenta aos tribunais, bem como os discursos apresentados em plenário das casas legislativas levariam a crer tratar-se mais de persuadir os demais de que determinada questão legal deva ser aprovada ou não. O sentido de justificação da argumentação, todavia, apresenta-se próximo ao da justificação, na medida em que os mesmos atores do exemplo anterior apresentam argumentos com o fim de legitimar uma tomada de decisão em determinado sentido.

Na vida humana, em geral, os atos que expressam decisão – ou a concretização de uma concepção de liberdade – são, geralmente, motivados por uma série de razões que levam o sujeito a agir de determinado modo. A despeito da descrença quanto ao caráter verdadeiramente racional da razão prática⁴⁷, não se pode olvidar da possibilidade de justificação das ações com suporte em argumentos de caráter racional, apoiados em premissas e suas derivações lógicas. Os argumentos, de diversas ordens, estarão presentes com o fim de demonstrar a justificabilidade e fiabilidade da decisão tomada e do agir que a concretiza.

Assim também acontece com a legislação: é verdadeiro que no sistema jurídico brasileiro, em função de normas regimentais, as proposições venham acompanhadas de uma justificação, com a função de apresentar os argumentos que motivariam, pelo menos, a orientação pessoal de seu autor que as apresenta com

um meio e em um momento dados” (PERELMAN, 2004, p. 183). No mesmo sentido, Perelman aduz: “L’argumentation est la technique que l’on utilise dans la controverse, - quand Il s’agit de critiquer et de justifier, d’objecter et de réfuter, de demander et de donner des raisons. C’est à l’argumentation que l’on recourt quand n discute et quand on délibère, quand on cherche à convaincre ou à persuader, quand on fournit des raisons pour et contre, quand n justifie ses choix et ses décisions” (1971, p. 48).

⁴⁷ Adotamos, para os fins deste trabalho, o entendimento da razão prática como os métodos que as pessoas usam para fazer uma opção prática (POSNER, 2007, p. 95). Esses métodos, que comumente envolvem a deliberação e o silogismo prático, referem-se, sobretudo, às ações, tornadas objetivos, e os meios racionalmente estipulados para a consecução deste fim. Deste modo, delimitamos a tarefa legiferante no campo da razão prática, por meio da qual os legisladores visam à obtenção de fins sociais com a edição de normas de direito. Não nos ocupamos, neste momento, da correção ou validade dos argumentos utilizados, pertencentes ao campo específico da razão pura.

relação à matéria abordada.⁴⁸ Essa justificação, contudo, conquanto se constitua em elemento formal indispensável à proposição, baseia-se mais em certa discricionariedade argumentativa do autor da proposição que representa efetiva justificação. A justificação apresentada não vincula a tramitação de um projeto de lei que, ao cabo, pode vir a ser aprovado por razões diversas das inicialmente apresentadas.

A ideia de justificação da decisão legislativa insere-se no amplo espectro do uso do poder justificado. Princípio basilar do Estado de Direito, a legalidade institui, de um lado, anteparo ao exercício do poder que reside na autorização legal e, de outro, a exigência de justificação das decisões, ao que o processo de aplicação da norma aos fatos da vida não se dê na forma simples de subsunção, mas por meio de procedimento racional que viabilize o conhecimento dos fatos e a aplicação das normas.

O postulado da separação dos poderes, então, ganha relevo, distribuindo competências, em tese, harmônicas, mas que encontram diversos pontos de interseção no exercício de cada um deles. Ao Executivo, conferiu-se a organização da vida pública do Estado, ao Legislativo, o dever de criar as normas jurídicas que definem o exercício da vida social regulada, e ao Judiciário, a aplicação das normas por meio do procedimento legalmente estipulado. Todavia, o simples argumento de autoridade, o qual informa que a decisão se legitima por se emanar de autoridade legalmente investida para tal, esvai-se em sociedades que optam pela abertura ou transparência na tomada de decisões. *“Em uma sociedade moderna, as pessoas exigem não*

⁴⁸ Segundo o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, art. 103, toda proposição (matéria sujeita à deliberação da Câmara, podendo consistir em proposta de emenda à Constituição, projeto, emenda, indicação, requerimento, recurso, parecer, e proposta de fiscalização e controle – art. 100, *caput* e §1º) deverá ser acompanhada de fundamentação, por escrito ou verbalmente, hipótese em que a justificação oral será extraída do *Diário da Câmara dos Deputados* e juntada ao respectivo processo. Do mesmo modo procede no Regimento Interno do Senado, art. 238.

somente decisões dotadas de autoridade, senão pede por razões”, sintetiza Aarnio, concluindo (1991, p. 29):

A responsabilidade de oferecer justificação é, especificamente, uma responsabilidade de maximizar o controle público da decisão. Assim, pois, a apresentação de justificação é sempre também um meio para assegurar, sobre uma base racional, a existência da certeza jurídica na sociedade.

Em princípio, como é sabido, primeiro do Judiciário exigiu-se motivação de suas decisões, o deslinde do procedimento racional que permitiu a aplicação da norma ao caso concreto levado a seu conhecimento para decisão. Este princípio, na ordem jurídica brasileira, foi insculpido no art. 93, IX, da Constituição da República, que assim dispôs: *“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”* (grifo nosso). Este princípio de motivação das decisões judiciais balizou a teoria da argumentação jurídica moderna, que cuidou de definir os processos racionais de motivação das decisões judiciais.

Por outro lado, também dos atos administrativos exigiu-se motivação capaz de conferir-lhes idoneidade, vindo a obra de Seabra Fagundes (1957) a ser pioneira na dogmática nacional no tocante ao tema do controle dos atos administrativos pelo poder Judiciário. Sobretudo quanto aos atos discricionários, em que a existência de opções de conduta por parte do Estado exige que a motivação clarifique a escolha por uma delas. Aarnio reputa a exigência de justificação aos princípios de segurança e confiança dos cidadãos, vez que a correção⁴⁹ das decisões só pode ser averiguada por meio das razões justificatórias as quais, de todo modo,

⁴⁹ Um argumento da correção, segundo Alexy, afirma que tanto as normas e decisões individuais quanto os sistemas jurídicos como um todo formulam necessariamente a pretensão à correção, não podendo ser considerado jurídico um sistema normativo que não seja dotado de tal pretensão. Este argumento, utilizado para uma aproximação vinculativa entre direito e moral, demonstra que os juízos elaborados pelos participantes de um sistema jurídico a respeito da correção de suas normas e decisões podem, sim, ser de natureza moral, vinculando a legitimidade das instituições jurídicas ao juízo de correção dos participantes do sistema (ALEXY, 2009, p. 42-48).

permitem que até mesmo os perdedores aceitem a decisão quando baseada em razões adequadas (1991, p. 29).

De um ponto de vista mais amplo, a argumentação se apresenta como ponto de equilíbrio entre rigidez e flexibilidade, vez que a legalidade, impondo a supremacia da lei, exige, em contrapartida, que os amplos espaços de adequação da norma à vida social em geral sejam preenchidos pela atividade hermenêutica que, interpretando, dá movimento e flexibilidade ao conteúdo da norma jurídica estática. Cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados transferem para juiz e administração pública a exigência de densificação e esclarecimento de seu conteúdo para a manutenção da dinâmica do ordenamento jurídico em sua dinâmica, todavia, essas instituições carecem da legitimidade representativa do legislativo. Enfraquecida a previsibilidade do sistema pelo uso abundante das cláusulas gerais que tendem a atuar contra sua própria justificativa de permitir a dinâmica, o argumento de autoridade da lei se enfraquece, em favor do arbítrio, extremo oposto do Estado de direito.⁵⁰

Esse contexto parece apontar a direção que se propõe neste trabalho: o retorno da legitimidade da lei dar-se-á também pela justificação da decisão legislativa, por meio da qual, argumentos racionais podem promover a abertura da legislação para adesão e controle, seja da população, seja dos órgãos de poder.

⁵⁰ Neste sentido se posiciona Aarnio (1991, p. 34): *“Uma tendência legalista rígida enfatiza o poder e a autoridade do decisor. A lei mesma seria uma explicação suficientemente boa. Uma atitude mais cautelosa frente à onipotência da letra da lei exige argumentos fáticos. Se o direito não pode solucionar o todo, há que buscar apoio em alguma outra parte, mas também aqui existe o perigo do exagero. Se o significado das leis como base de solução é diluído ou totalmente negado, se abrem as portas à arbitrariedade. Quando a conduta é guiada num nível geral, a legislação é, não obstante seus defeitos, o único meio que se demonstrou útil. Outros argumentos jurídicos não têm a mesma formalidade e carecem de aplicabilidade universal.”*

3.3.2 A argumentação legislativa: dificuldades e perspectivas

Atienza (2009) lembra que os estudos de argumentação jurídica que tiveram fôlego na segunda metade do último século excluíram a argumentação legislativa de seu âmbito de estudo. As razões apontadas para isso são as já exploradas quanto à exclusão da elaboração da legislação como objeto da ciência do direito. O direito seria uma ciência que já encontraria seu objeto como um dado, por estrita observância lógica das premissas do positivismo jurídico. Seguindo as linhas propostas para uma argumentação jurídico-legislativa, o autor, então, faz distinção entre a forma como juízes e legisladores argumentam, em uma perspectiva ideal, através de dois pontos de vista.

A partir do ponto de vista de quem argumenta, Atienza anota que juízes decidem com independência, sendo isentos de responsabilidade política, distantes das partes e realizam trabalho de *experts* em direito. Por outro lado, os legisladores seriam naturalmente representantes de interesses, semelhantes mais à posição de parte que a de decisor, comprometidos ideologicamente com suas bases e seus partidos, dependentes da opinião pública, isentos de qualquer necessidade de especialização na área em que atuam.

Do ponto de vista da composição e organização das instituições, o Judiciário atua de dois modos distintos, seja como órgão unipessoal, seja como órgão colegiado, limitado pela inércia ou necessidade de provocação das partes, indiferente à existência de consenso, afinal, mesmo que em órgãos colegiados a decisão se dê pela maioria, cada julgador tem liberdade e independência para decidir; ao passo que os legisladores integram órgãos numerosos, detém ampla iniciativa acerca das matérias a serem debatidas, e sua ação se aproxima de uma gestão do dissenso, na medida em que se comprometem por meio de negociações.

Tomando em perspectiva os tipos raciocínio, a argumentação judicial atua basicamente por subsunção, averiguando se se deve adjudicar a certos fatos conseqüências jurídicas determinadas no ordenamento, por meio de drástica redução de complexidade (Luhmann), que se orienta para o passado quanto aos fatos e para o ordenamento vigente. Já o legislador opera dentro de uma argumentação de tipo aberto, que configura um silogismo prático, por meio do qual se estabelece objetivos que devem ser alcançados da melhor maneira pela norma, entre outros meios, de modo que sua argumentação é aberta e voltada para o futuro, onde incidem fatores causais que não se fixam normativamente.

Por fim, Atienza distingue a argumentação judicial da legislativa a partir da avaliação da argumentação. De um lado, juízes orientar-se-iam a uma única decisão correta e coerente para o caso, ao passo que não haveria sentido exigir que uma lei fosse a única possível, dada a discricionariedade do legislador.

Embora creia trabalhar com tipos ideais de legisladores e juízes, Atienza parece categorizar os tipos existentes, o que fica bem delineado pelo entendimento de que a discricionariedade legislativa seja um elemento não somente incontestável, como imprescindível ao sistema. Atienza critica a teoria de Wintgens de que também os legisladores são atores jurídicos por serem subordinados à Constituição, dizendo que constituições instituem princípios, não regras, os quais definem objetivos diferentes frente ao direito: *“o fim do juiz é o cumprimento, a realização do direito, a atitude do legislador, no entanto, não é a de cumprir o direito, mas a de usar o Direito para obter finalidades sociais”* (Atienza, 2009, p. 324, grifos do autor). Admitindo a hipótese do autor, de que as constituições trazem princípios, não regras, percebe-se que ele ignora que o fim do legislador também deve ser o de cumprir a constituição por meio de normas de caráter densificador que interferem, sobremaneira, no exercício dos direitos insculpidos pelos princípios, do mesmo modo que juízes densificam princípios por meio de suas decisões.

De todo modo, mesmo que Atienza admitisse que também a argumentação legislativa possa ser avaliada como argumentação jurídica, o autor parece apenas propor uma análise formal da argumentação legislativa, instituindo fases e modos de operacionalizar a análise, sem, contudo, identificar uma necessidade de justificação da decisão (Atienza, 2009, p. 332). Sua crítica ao dever de justificar do legislador, dirigida a Wintgens, ignora as premissas determinadas desde o princípio deste trabalho e que levam à lógica conclusão do dever de justificar.

É bom lembrar que, no atual contexto, a legislação está muito além do conceito de lei. Condições à liberdade, nas mais variadas esferas do poder, acontecem a todo momento. Até mesmo o judiciário, na medida em que tece uma orientação definitiva em casos de escolha de uma única interpretação correta para uma norma que admite várias interpretações, realiza condições gerais à liberdade. O mesmo acontece em casos de súmulas vinculantes que, no Brasil, muitas vezes, criam direitos e obrigações com força de lei.⁵¹

⁵¹ A respeito da força de lei de que determinados atos, na vida prática do direito, assumem, remetemos a esta explanação de Giorgio Agamben, que explicita a origem do termo desde os tempos de Roma (*Dig. De legibus I, 3: legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire*), com a conotação de eficácia, capacidade de obrigar, passando pela Revolução Francesa, quando o sintagma “força de lei” passa a expressar a soberania dos atos expressos pelas assembleias representativas do povo. “No art. 6 da Constituição de 1791, force de loi designa, assim, a intangibilidade da lei, inclusive em relação ao soberano, que não pode anulá-la nem modificá-la”, reforçando que “a doutrina moderna distingue a eficácia da lei, que decorre de modo absoluto de todo ato legislativo válido e consiste na produção de efeitos jurídicos, e força de lei que, ao contrário, é um conceito relativo que expressa a posição da lei ou dos atos a ela assimilados em relação aos outros atos do ordenamento jurídico, dotados de força superior à lei (como é o caso da constituição) ou de força inferior à lei (os decretos e os regulamentos promulgados pelo executivo)”. O autor explicita, também, que é comum à doutrina antiga e à moderna que a expressão refira-se, antes, aos atos normativos que o poder executivo promulga. “O conceito “força de lei”, enquanto termo técnico do direito, define, pois, uma separação entre a vis obligandi ou a aplicabilidade da norma e sua essência formal, pela qual decretos, disposições e medidas, que não são formalmente leis, adquirem, entretanto, sua “força”. Assim, quando, em Roma, o príncipe começa a obter o poder de promulgar atos que tendem cada vez mais a valer como leis, a doutrina romana diz que esses atos têm “vigor de lei” (Ulp. D. I, 4, I: quod principi placuit legis habet vigorem; com expressões equivalentes, mas em que a distinção formal entre lei e constituição do príncipe é sublinhada, Gaio escreve: legis vicem obtineat, e Pomponio: pro lege servatur)”. (AGAMBEN, 2004, p. 59-60)

Esta compreensão, ao cabo, redundante e alimenta o sistema legislativo em si mesmo. A validade de suas decisões pressupõe a autoridade formal soberana do legislador, num círculo tautológico de fundamentação que exclui do legislador a responsabilidade (seja moral ou jurídica), por suas próprias decisões.⁵²

Evoca-se ainda em defesa da justificação da decisão legislativa a qualidade linguística intrínseca da norma jurídica, que sintetiza uma mensagem elaborada por um emissor (legislador) a um destinatário (cidadãos). Anteriormente, aludiu-se à distância da legitimidade intrínseca da norma e à necessidade de justificação do exercício do poder para o exercício do controle por parte dos destinatários da norma. Conforme ensina Fabiana de Menezes Soares (2004, p. 36), *“o ‘legissigno’ é por natureza arbitrário, pois é capaz de determinar o sentido, criar novos signos que pertencem exclusivamente ao seu sistema e porque usa como instrumento de ‘persuasão’ a força do Estado”*, em referência ao argumento positivista da autoridade intrínseca da norma. Contra isso, a autora amplia a posição do emissor para incluir o participante do processo de criação do direito como legítimo representante do potencial repertório de normas, por meio dos instrumentos oferecidos pela democracia direta, que reforçam a dialética na escolha do conteúdo da lei.

Nesse prisma, a justificação participada, como aquela que é construída com a colaboração dos participantes das questões postas pelo jogo legislativo, vem reforçar a natureza democrática do Estado de direito, na égide do reconhecimento do pluralismo como elemento integrante da sociedade e da juridicidade. Afirma Soares (2004, p. 59):

⁵² Responsabilidade aqui entendida mais no sentido de compromisso que aquele que se constitui em crime de responsabilidade, o que, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, não pode ter o legislador como sujeito ativo, desde que ao legislativo formas específicas de controle já incidem, a teor do art. 55 da Constituição da República (v. STF, Pet 3923/SP <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2502232>>, consulta em 01/07/11)

Neste contexto plural e complexo a autoridade estatal não pode ser a única competente para decidir acerca de um determinado conteúdo normativo.

A lei é para todos e estes “todos” reconhecem a sua autoridade posto que assim o é por força dos fins sob os quais se sustenta o estado democrático de direito, bem como pelo exercício da soberania popular de matriz constitucional.

A justificação participada é também aquela capaz de aliar “razão e prudência”, a ordenação racional do processo de decisão informado pelo procedimento legislativo dotado de participação popular, bem como as representações sociais contidas no potencial repertório de normas (Soares, 2004), que não são outra coisa que a manifestação da liberdade dos cidadãos na livre escolha e decisão por um conceito de liberdade, nos termos wintgenianos.

3.4 Os princípios de justificação da legisprudência

Seguindo a premissa de que os sujeitos não só são capazes de agir livremente, como toda limitação à liberdade deve ser justificada e tomada como preferível à ação livre dos sujeitos, ou seja, que a limitação da liberdade só pode existir ao que os sujeitos demonstrem não conseguirem agir livremente, a legisprudência institui quatro princípios justificadores da legislação. Segundo Wintgens (2006, p. 10), *“a justificação da legislação é marcada como um processo de pesagem e balanceamento das limitações políticas e morais da liberdade”*. Isso não importa afirmar que a justificação baste à legitimação da legislação. Pelo contrário, a justificação é parte de um processo de legitimação, uma cadeia que encontra na liberdade seu princípio reitor e seu ponto de partida.

Ressalta-se que os princípios oferecidos pela legisprudência de Luc J. Wintgens são derivação lógica da adoção de um legalismo fraco como referencial de

abordagem e carecem, ainda, de força normativa hábil à vinculação do legislador no atual Estado de direito.

O princípio da alternatividade é o que mais se aproxima da liberdade enquanto princípio, por permitir que seu caráter relativo fique tanto mais expresso. Por meio dele, as limitações importas pela autoridade à liberdade se justificam se forem alternativas a uma interação social enfraquecida por concepções de liberdade.

O segundo princípio, de densidade ou impacto normativo, dispõe que toda limitação da liberdade exige justificação quanto à sanção imposta, pois uma sanção equivale a uma segunda limitação à liberdade.

O princípio da temporalidade insere a dimensão temporal no sistema jurídico que, sob o legalismo forte, defendia uma atemporalidade da legislação. Como criação humana que é, a legislação se vincula a um aspecto temporal, histórico, dependente do contexto de participação.

Já o princípio de coerência corresponde a uma teoria de múltiplos níveis de coerência baseada no conjunto do sistema jurídico cujo aspecto dinâmico é ressaltado.

3.4.1 Princípio da alternatividade

Se se parte da premissa de que o legalismo fraco pressupõe um modelo de troca, por meio do qual concepções *de* liberdade são alternadas por concepções *sobre* liberdade com base numa argumentação racional, e, ainda, que a liberdade, como ponto de partida e princípio, apenas admite sua restrição na emergência do conflito, quando falham os mecanismos racionais de argumentação, o princípio da alternatividade determina que a legislação somente é justificada na falência da interação social. A alternatividade prioriza a ação livre dos sujeitos, autorizando a

existência da legislação quando os conflitos não mais sejam dirimidos livremente pelos atores sociais.

Essa prioridade, como se mostra, não é absoluta, pois admite a possibilidade de falha. Todavia, já não se presume, em absoluto, a existência do conflito como o fizeram Hobbes e Rousseau, ao menos, não com um valor negativo absoluto. Não raras vezes, o conflito é necessário para a existência da discussão e, portanto, da justificação, que envolve os atores sociais na vida das questões públicas, quando as diversas vozes em divergência têm espaço na discussão, exprimindo o contexto em que o conflito se insere e os diversos modos possíveis de solução, do qual a lei é apenas um dos instrumentos.

Se, conforme exprime Fabiana de Menezes Soares (2004, p. 39), “*a participação popular promove a intervenção na escolha do próprio signo, do seu sentido e da extensão do seu conteúdo, atuando nos eixos de habilitação do discurso, repertório e do sinal sobre o auditório (destinatários da norma)*”, o princípio da alternatividade cumpre a função de estimular o exercício da liberdade de escolha da condução das questões públicas, na medida em que pressupõe o reconhecimento da falência da interação social e condiciona que os atores sociais anunciem a situação problemática em perspectivas plurais.

A alternatividade, ainda, insere-se no espectro da crítica do legalismo quanto ao que Castanheira Neves chamou de *colonização do mundo da vida*, ilustrado pelo fenômeno da superregulação, mas também por uma intensa burocratização da vida cotidiana, quando o centro do poder se desloca da legislação para a administração, e também para o judiciário, suprimindo os espaços de livre determinação dos cidadãos que, na posição de súditos, transformam suas relações interpessoais em relações jurídicas (AARNIO, 1991, p. 40).

Por sua vez, essa mesma infiltração do sistema no mundo da vida implica que ao judiciário passe a ser reclamado um número cada vez maior de demandas,

sobretudo para aqueles que têm efetivo acesso ao judiciário, ao passo que em comunidades marginalizadas, novas formas de se emitir o direito surgem, ampliando o leque do normativo para além da legalidade.

A alternatividade passa, portanto, a ser um argumento de correção da legalidade, quando, valorizando a autonomia dos sujeitos, realça os sentidos já estabelecidos pela prática social os quais, de todo modo, passam a integrar o discurso da norma no plano legislativo/regulatório. Segundo Wintgens (2006, p. 10):

A alternatividade como princípio de justificação é baseada na capacidade dos sujeitos de agirem em concepções de liberdade. Isto envolve que práticas sociais são presumidamente auto-reguladas. Sujeitos envolvidos na interação criam sentido, que emerge da interação social, referindo-se a regras que são incorporadas na prática social, ao mesmo tempo constituindo tais práticas.

A ideia de alternatividade assemelha-se, assim, à ideia de regulação da ordem econômica no direito brasileiro, que mesmo partindo do princípio da livre concorrência (art. 170, IV, CRFB), admite o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174, *caput*, CRFB). Por meio das agências reguladoras, o Estado promove o intercâmbio de informações em campos problemáticos, instituídas consultas públicas a todos os interessados para a solução normativa dos conflitos de natureza econômica.⁵³

Entende-se, assim, que as práticas sociais, em geral, possuem um caráter normativo próprio, bem definido na forma do costume em que se inserem. A emergência do conflito realça a normatividade das práticas dos pólos em oposição, os quais compreendem os atores cuja autonomia moral deve ser respeitada. A intervenção legislativa/regulatória do Estado, como limitação externa da liberdade,

⁵³ Por meio do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (o PRO-REG), o governo federal tem desenvolvido ações para o incremento da qualidade da atividade regulatória das agências reguladoras no Brasil, fortalecendo os instrumentos de controle e instituindo a avaliação de impacto regulatório como mecanismo chave de preparação da intervenção normativa (ver www.regulacao.gov.br).

justificar-se-ia somente quando preferível às limitações internas que as próprias práticas estabelecem.

3.4.2 Princípio da densidade normativa

Correlato à alternatividade, o princípio da densidade normativa determina que sanções requerem justificação especial (WINTGENS, 2006, p. 11). A sanção, na teoria do direito, como a conseqüência normativa que vincula a ocorrência de um preceito primário a um preceito secundário, na forma de imputação, é geralmente caracterizada por um princípio de retribuição: ao cumprimento da norma pode seguir-se uma vantagem e a seu descumprimento, uma punição (KELSEN, 2005, p. 22). Neste segundo sentido, a sanção instituída na norma implica uma dupla restrição à liberdade.

O preceito primário da norma caracteriza uma limitação externa da liberdade que exclui ações baseadas em concepções *de* liberdade. A instituição da sanção, por sua vez, implica que os propósitos da lei, suas finalidades ou metas, se concretizem na medida em que a ação dos sujeitos corresponda à letra estrita da lei, vez que, do contrário, uma sanção deve ocorrer.

A retributividade, nessa perspectiva, impede que os sujeitos ajam em concepções *de* liberdade na ameaça da sanção. O cumprimento da lei é a única forma de ação moral admitida, representando em grau máximo o legalismo nas entranhas do mundo da vida. Shklar, ironicamente, debate a equivalência entre o agir justo e o agir conforme o direito, que implica em colocar em plano inferior a moralidade individual exercida livremente (1967, p. 112):

Que é, então, justiça? É, escreveu o Professor Hart, “a mais jurídica das virtudes”. Na verdade, ele está certo. A justiça é um atributo pessoal – *habitus animi*, nas palavras de Cícero. Assim sendo, é uma virtude entre muitas. Para a ética legalística, porém, é a culminância

da bondade, epítome da moralidade. É a soma das aspirações legalísticas. Num indivíduo implica probidade, imparcialidade, disposição de dar a cada pessoa o que lhe é devido – na crença de que exista sempre um sistema de leis que lhe atribui o que é devido. A justiça é o compromisso de obedecer às leis, de respeitar os direitos, de aceitar obrigações segundo um sistema de princípios. É a adesão coerente do indivíduo à moralidade do cumprimento das leis num mundo moral onde o direito e o dever são assuntos dominantes. [...] É a discussão de justiça de Aristóteles, não a de Platão, que se tornou paradigma de todas as discussões subseqüentes do assunto.

Essa restrição do agir moral à obediência à regra não tem lugar na perspectiva do legalismo fraco, que dota a ordem jurídica do “*propósito geral de tornar a moralidade possível*”, como diz Wintgens, ao invés de ser o *locus* privilegiado de realização da moralidade.

Discute-se, então, o papel do ordenamento jurídico para além da sanção institucionalizada, o direito como ordem coercitiva, nos termos kelsenianos. Para os adeptos desse pensamento, a sanção é critério fundamental de atribuição de natureza jurídica às normas, vez que institucionaliza a coerção e regula a reação aos comportamentos contrários às disposições normativas: a sanção é considerada o elemento distintivo do ordenamento jurídico. O ordenamento jurídico, portanto, é aquele dotado de sanção institucionalizada que garante a eficácia de suas normas (BOBBIO, 2008, p. 140).

Todavia, posto em cheque o critério de validade/legitimidade das normas baseado na autoridade do soberano, algumas alternativas parecem surgir. Remete-se à obra de Nonet e Selznick (2010), que propõe um conceito de direito responsivo, novo estágio de evolução do direito, que o compreende como um facilitador da resposta às necessidades e aspirações sociais (2010, p. 55). Essa evolução passa pelo direito repressivo, cuja finalidade é a de servir ao poder, e o direito autônomo, em que o direito é uma instituição diferenciada, capaz de moderar a repressão e proteger sua própria integridade.

Em um quadro esquemático elaborado pelos próprios autores (2010, p. 57), sintetiza-se conceitualmente os três tipos evolutivos do direito:⁵⁴

Tipos de direito/ Características	Direito repressivo	Direito autônomo	Direito responsivo
Finalidades do Direito	Ordem	Legitimação	Competência (capacidade de resolver problemas)
Legitimidade	Segurança social e razões de Estado	Procedimentos equânimes	Justiça substantiva
Sistema normativo	Pouco elaborado ainda que detalhado; pouco capaz de sujeitar governantes.	Elaborado, obrigando a sujeição tanto de governantes quanto de governados.	Subordinados a princípios e a políticas “institucionalizadas”.
Racionalidade jurídica	Casuística e particularista.	Forte aderência à autoridade legal; vulnerável ao formalismo e ao legalismo.	Orientada aos fins; ampliação da competência cognitiva.
Discricionariedade	Difusa, oportunista.	Restrita à interpretação das normas; baixa delegação.	Ampla, mas subordinada à justificação dos fins.
Coerção	Extensiva, com poucos limites.	Controlada por limites legais.	Busca de alternativas baseadas em incentivos pedagógicos; exemplo: sistema de obrigações auto-sustentadas.
Moralidade	Moralidade comunal; legalismo moral; “moral de coação”.	Moralidade institucional, preocupada com a eticidade do processo legal.	Moralidade civil, “moral de cooperação”.
Política	Direito subordinado ao poder político.	Direito independente de política; separação entre Poderes.	Integração de aspirações legais e políticas; combinação entre os Poderes.
Expectativas de obediência	Incondicional; desobediência punível como rebeldia.	Condicionada; desobediência justificada somente com amparo legal.	Desobediência é avaliada em termos de danos efetivos; percebida como portadora de temas emergentes a serem legitimados.

⁵⁴ Os três tipos de direito que Nonet e Selznick apresentam como um processo evolutivo da experiência jurídica não são encontrados taxativamente como referenciais empíricos dos Estados contemporâneos. São, como disseram, um tanto elusivos: “Reconhecemos que nenhuma ordem jurídica, ou setor dela, constitui um sistema inteiramente coerente; toda ordem ou instituição jurídica tende a ter um caráter ‘misto’, incorporando aspectos dos três tipos. Mas os elementos de um tipo podem se destacar mais que outros, estar bem institucionalizados ou ser incipientes, plenamente conscientes ou tenuamente perceptíveis. Portanto, embora a ordem jurídica exiba elementos dos três tipos, é possível que sua disposição básica se aproxime mais de um tipo do que de outro. Uma das funções do modelo é justamente a de avaliar a disposição característica de uma ordem jurídica, ou um ramo dela, na medida em que seja justificado.” (2010, p. 58).

Participação	Consentimento passivo; crítica como manifestação de deslealdade.	Acesso limitado pelos procedimentos estabelecidos; emergência da crítica ao sistema jurídico.	Acesso ampliado pela integração dos grupos defensores de causas sociais na esfera da política com os grupos que atuam com o mesmo propósito na esfera judicial. [social and legal advocacy]
---------------------	--	---	---

A questão da legitimidade do direito, na perspectiva da legislação responsiva, promove uma mudança de foco na interpretação do direito, da transliteração das regras a seu *propósito*, portanto, traça a primazia de uma *soberania dos fins* (NONET e SELZNICK, 2010, p. 128). A atenção ao propósito, aos fins almejados pelo direito, implica uma postura crítica quanto ao legalismo, no reforçar da ideia de justiça substantiva, erodindo os conceitos de autoridade e obediência, o que faz emergir um ideal de civilidade em que o exercício da autoridade conta mais com os cidadãos em participação pública. Assim dizem Nonet e Selznick (2010, p.142):

[O direito responsivo] Traz uma promessa de *civilidade* à maneira como o direito é usado para definir e manter a ordem pública. [...] Numa acepção mais geral e clássica, a civilidade é um atributo da vida política. A política civil é a política que afirma o valor fundamental da cidadania – o princípio de que nenhuma pessoa na sociedade ficará desprotegida. Sua preocupação principal é a manutenção de uma comunidade moral – o que Edward Shils denomina de “sentimento de afinidade substancial”⁵⁵ – num contexto político que pressupõe e aceita a individualidade e a diversidade, e, portanto, o conflito. Por isso respeito é a virtude que sobressai: todos os que compartilham um espaço social são objeto de uma presunção de legitimidade. Há um empenho em ampliar o senso de pertencimento e evitar atitudes e posições que expulsam as pessoas da comunidade. Os padrões de civilidade são estendidos ao exercício da autoridade assim como da participação cívica. Nos dois planos, a civilidade impõe um espírito de moderação e abertura.

⁵⁵ Shils, Edward. *The Intellectuals and the Powers and Other Essays*. Chicago: University Chicago Press, 1972.

Percebe-se ocorrer uma mudança de foco também quanto à sanção, uma vez que uma perspectiva do direito responsivo problematiza a desobediência à luz da legitimidade da norma transgredida. A ordem jurídica, compreendida agora a partir da cooperação e da negociação, admite o pluralismo, que não coaduna com a mera obediência ou o apego cego às instituições, que atuam muito mais na perspectiva do reforço de suas competências – aqui, com o sentido de habilidade para cumprir suas funções, ou capacidade de efetividade –, que de sua integridade.

A transição para o direito responsivo opera uma mutação no quadro do Estado de direito, ao que a legalidade passa a ser mais que a regularidade da atuação das instituições para ser percebida como a redução máxima viável da arbitrariedade, tanto do direito positivo, quanto de sua administração. Nesse quadro, a justificação, tanto da norma quanto de suas sanções, passa a ser orientada ao alcance de objetivos a que a legislação visa.

A coerção é apenas um dos mecanismos regulatórios possíveis, o que possui grau máximo em termos restritivos. Incentivos, técnicas de difusão de informação, a autorregulação baseada em códigos de conduta são alternativas possíveis que devem ser consideradas pelo legislador na tomada da decisão legislativa, balanceando as alternativas.⁵⁶

O princípio da densidade normativa envolve, portanto, o balanceamento obrigatório das medidas necessárias ao alcance dos fins instituídos pela legislação,

⁵⁶ No quadro constitucional brasileiro, o parágrafo único do art. 59 da Constituição da República dispõe: “Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: (...) Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis”. A Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998 disciplina o dispositivo constitucional, instituindo as técnicas necessárias a seu cumprimento. No âmbito dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, o Decreto 4.176, de 28 de março de 2002 institui, em seu anexo I, uma *check-list* avaliativa, em que questões tanto formais quanto materiais devem ser respondidas com o fim de instruir o procedimento legislativo. Entre elas, o item 8 perquire sobre a densidade normativa, compreendendo sua necessária justificação: “8. A densidade que se pretende conferir ao ato normativo é a apropriada?”. Todavia, esses dispositivos carecem de efetividade e força normativa, na medida em que inexistem ainda, no atual cenário jurídico-político nacional, medidas de controle dos atos legislativos.

agora, comprometida com os atores sociais. Vincula-se, portanto, à efetividade que, para Flückiger, *“requer sejam selecionados instrumentos mais adequados a orientar o comportamento de indivíduos em termos de uma política orientada a metas, abandonando instrumentos que já tenham se mostrado ineficientes”* (2009, p. 185, tradução nossa).⁵⁷

Alternatividade e densidade normativa operam dentro de um quadro de *realizabilidade* da legislação. Não se perquire mais pela validade formal, mas que a legislação tenha *“condições de refletir conquistas sociais [...] e aumentem o leque de proteção das liberdades evidenciadas pela ciência do direito”* (SOARES, 2004, p. 240).

Isso implica o dever de balanceamento dos atos normativos por parte da administração e do legislativo, dever este já positivado na Constituição Federal Suíça de 19 de abril de 1999, que dispõe em seu art. 170: *“Avaliação de efetividade – A Assembléia Federal deve garantir que os atos federais sejam avaliados com atenção a sua efetividade”*. Segundo Flückiger, esse dispositivo constitucional não concerne apenas às leis federais de direito público, mas também todas as leis federais e as medidas de que resulta, consagrando a teoria e a prática da disciplina de avaliação legislativa, que progressivamente alcança não só o nível federal, mas também o dos cantões (2009, p. 187).

3.4.3 Princípio da temporalidade

Como toda condição humana, o direito emerge da historicidade e nela se situa. O princípio da temporalidade reforça essa condição, contrariando o universalismo atemporal do legalismo forte. A verdade ontológica da norma, que integra o eixo epistemológico do legalismo, parte da premissa de que a norma

⁵⁷ No original: *“The principle of effectiveness thus requires that we select the instruments most likely to orient the behavior of individuals in the policy’s targeter direction and abandon instruments that have proven ineffective”* (FLÜCKIGER, 2009, p. 185).

jurídica representa o real, sem mediação de qualquer natureza. Como qualquer restrição à liberdade que deva ser justificada, as concepções sobre a liberdade trazem consigo a relatividade inerente à admissão de uma pluralidade de sujeitos e também de objetivos a serem alcançados pela norma. Direito e tempo se relacionam de forma endógena, um e outro mutuamente atribuem força instituinte às suas capacidades e dimensões.

Não se trata mais de se discutir a verdade da norma, mas o sentido a ela atribuído, que varia de tempos em tempos, a partir do contexto de participação dos sujeitos.^{58 59} Abrem-se, pois, as dimensões do futuro e da correção (ELLSCHIED, 2009, p. 274), para os quais não só a aplicação do direito – foco precípua da jurisprudência – como também as legislações exercem função reitora, quando o contexto em que se inserem é reforçado pela justificação. Não se busca mais pelo direito imutável, intemporalmente válido, exaustivo na regulamentação das situações da vida, como a ideologia que orientou as primeiras codificações pressupunha, mas “*o direito adequado à situação e, como tal, ‘adequado ao tempo’*”, nas palavras de Ellscheid.

⁵⁸ Aqui, fica claro que se abriu mão das concepções universalistas da norma e dos princípios. Já não se concebe um caráter imutável do direito; antes, até mesmo quanto aos princípios, cuja instituição pode ser permanente e durável, reconhece-se a maleabilidade de seu conteúdo no curso do tempo. “*O importante é, antes, que um tempo próprio, carregado de um sentido instituinte, seja mobilizado pela operação da norma jurídica*”, afirmou François Ost (2005, p. 14), que defende três teses da relação do tempo e do direito: a primeira, referente ao tempo como instituição social, uma segunda, que defende que a função do direito é antes contribuir para a instituição do social, um discurso performativo com relação ao valor e o sentido da vida em sociedade, e uma terceira, que põe em dialética as outras duas, segundo a qual tanto o direito interfere na dimensão social do tempo por meio de suas figuras de retemporalização (memória, perdão, promessa e retomada da discussão), quanto o tempo determina a capacidade, força instituinte do direito, promovendo a união da temperança (sabedoria do tempo) com a justiça (sabedoria do direito).

⁵⁹ Na pluralidade de contextos e de sujeitos a atribuir sentido, não somente à norma jurídica, mas também a todo texto que se põe em leitura, ensina Paul Ricoeur: “*O gesto da hermenêutica é um gesto humilde de reconhecimento das condições históricas a que está submetida toda compreensão humana sob o regime da finitude*” (2008, p. 142), de modo a concluir que textos e contextos prescindem de qualquer pretensão à universalidade atemporal.

Trata-se, então, da legitimação pelo tempo, que toma a desobediência, bem como o desuso e o costume *contra legem*, como variáveis de averiguação da correção do ordenamento. A desobediência como variável da legitimidade é observada como uma questão emergente da efetividade da norma, não apenas como a emergência do pressuposto de responsabilização do autor que age mediante a vontade. Ainda que este foco não afaste a dimensão temporal da educação pela lei, que desde Aristóteles e Platão se identifica com a *praxis* ou um hábito de obediência, ele promove a necessidade de observação do sentido da desobediência em um mundo em que o significado dos direitos e as expectativas que neles incidem se alteram o tempo todo.

Do mesmo modo, desuso e costume negativo operam. Apesar da subjetividade em que se constituem, essas duas hipóteses de dinâmica das normas são variáveis valiosas para o legislador atento à realidade que regula. Se, de um lado, o desuso pressupõe o não cumprimento da norma por parte de seus destinatários e, de outro, o costume negativo verifica-se na omissão diante dos fatos da vida que constituem condições de aplicação da norma, na omissão da administração do direito e da justiça, ambos, ainda, pertencem ao domínio da expectativa de obediência da legislação responsiva e são averiguados com o fim de correção do ordenamento no momento legislativo.

Ora, a subsistência no sistema jurídico de normas que já não se adéquam à substância fática que lhes deu ensejo é fator de envenenamento do sistema, eis que geradoras de insegurança e incerteza com relação às possibilidades de concretização do preceito secundário que ventura institua uma sanção, dupla limitação à liberdade.

Outra dimensão da temporalidade é aquela que parte da inserção da norma futura na sociedade e no ordenamento em mutação. A ideia de avaliação legislativa ganha relevo, uma vez que, na forma prospectiva, elabora hipoteticamente o contexto da situação de fato que a norma visa reger. Assim, o estabelecimento de objetivos e meios é sempre relativo ao tempo de futura existência da norma. Como

correção, a avaliação retrospectiva verifica não só o atendimento dos objetivos, mas se as condições fáticas foram alteradas e se a existência das normas no ordenamento são ainda justificadas perante o contexto.

3.4.4 Princípio da coerência

O princípio da coerência justifica as limitações externas da liberdade a partir do ponto de vista do sistema jurídico como um todo, tomado como um conjunto complexo e dinâmico de proposições interligadas de deveres, deslocando o foco na norma em si (estática) para a coexistência de normas que configura o ordenamento (dinâmica) (WINTGENS, 2006, p. 14). Essa mudança no foco que a legisprudência propõe na forma do quarto princípio de justificação da legislação visa tratar das relações entre as normas o que, na teoria do direito, já se enfrentou nas questões propostas quanto à unidade, à coerência e à completude do ordenamento (BOBBIO, 2008, p. 187).

Na perspectiva legisprudencial, a coerência como princípio de justificação obriga que as relações entre a nova norma e as vigentes no ordenamento sejam tomadas em conta pelo legislador. É sabido que a consistência do ordenamento se mede pelos níveis de antinomias que apresenta e que, em ordenamentos complexos, normas de diversos níveis colidem entre si, gerando insegurança e incerteza que recaem sobre o exercício dos direitos. O princípio da coerência na legisprudência não despreza o contexto de participação em que o exercício de direitos e da liberdade em si ocorre.

A coerência, para Wintgens (2006, p. 14-21), refere-se ao sentido do ordenamento como um todo, ao passo que a consistência refere-se ao modo de averiguar a coerência em termos lógicos, pela avaliação das contradições caso a caso. Num primeiro nível de coerência (nível de coerência), o mais elementar, a coerência

é condição necessária para que o discurso faça sentido; a contradição entre duas proposições implica que o restante do discurso perca o sentido. Esse grau de coerência exige que, assim como numa sentença se deva evitar proposições contraditórias, o texto normativo considerado isoladamente seja livre de contradições internas.

Noutro nível, *coerência*₁, soma-se ao nível *coerência*₀ o elemento temporal, segundo o qual a mudança na legislação deve ser justificada com relação ao tempo. Partindo da analogia com o raciocínio judicial, segundo o qual uma adoção de precedentes sobre uma determinada matéria somente se justifica pela similitude dos casos (justiça formal) e, por conseguinte, novo entendimento sobre a matéria deve ser justificado com bases nas diferenças que a demanda impõe, o legislador precisa justificar a intervenção sobre a liberdade com base na situação fática que emerge: justifica tanto o *status quo* quanto a mudança na limitação externa da liberdade. Refere-se, assim também, à temporalidade de onde emerge o contexto de inserção e aplicação do texto normativo.

Daí que, no nível de *coerência*₂, exige-se uma compreensão sistemática para fins de argumentação. Não mais considerada a lei como ente unitário e isolado, mas em sua relação com o ordenamento que lhe atribui sentido, o legislador, no nível de *coerência*₂, deverá justificar as limitações externas com base em sua inserção no sistema jurídico, donde as normas que tratam de uma mesma matéria são observadas com o fim de evitar contradições. Nesse ponto, emerge o valor da tecnologia da informação em sua capacidade de reconstrução e consolidação do direito vigente (SOARES, 2004, p. 75).⁶⁰

⁶⁰ Fabiana de Menezes Soares define campos de conseqüências da tecnologia da informação sobre a produção e criação do direito. Um, referente ao incremento da documentação jurídica, em todos os Poderes, e neste ponto nos referimos a ferramentas como o *LexML*, uma plataforma de buscas que oferece legislação e decisões judiciais e administrativas federais, com possível participação dos demais entes federados que manifestarem interesse (v. www.lexml.gov.br); outra, que se aplica à reconstrução do direito vigente, permitindo a sistematização e consolidação do direito, com

Os níveis já mencionados referem-se ao ponto de vista interno do sistema jurídico. O nível de coerência³, por sua vez, visa observar a coerência do sistema como um todo unitário e, para isso, agrega o ponto de vista externo do ordenamento que é provido por perspectivas teóricas que lhe atribuem sentido. É indiscutível que as normas não são bastantes em si para se fazerem compreendidas e, portanto, é a atividade de interpretação a responsável por atribuir seu conteúdo semântico. A atividade legislativa, como atividade de criação e aplicação do direito, é justificada nesse terceiro nível ao que, na inovação do ordenamento, observa o sistema e o qualifica como um todo dotado de sentido.

Ainda que o sentido atribuído pelo legislador ao ordenamento não vincule a atividade jurisdicional, vez que cada interpretação emerge da tradição e situação histórica do agente hermenêutico, esse nível de coerência³ reforça a justificativa do legislador que, como ator jurídico-político, assume sua responsabilidade frente aos atos que pratica. Permite também que, na construção da teoria normativa da legislação, a avaliação de impacto legislativo, como mecanismo de controle, subsidie tanto o controle interno dos atos provido pelo próprio ente legislativo, como um controle externo, no âmbito da jurisdição, que passa a fundamentar suas decisões no contexto legislativo a partir dos dados providos pela legislação, completando o círculo de informação a respeito da legislação que a justificação promove.

controle de revogações, havendo o favorecimento da coerência da ordem jurídica, na medida em que se permite o controle de inovações e revogações em um ambiente virtualizado com capacidade de identificação desses dados que fogem ao entendimento humano ordinário; a utilização da informática jurídica na produção do direito, em âmbitos administrativos, judicial e legislativo; a criação de redes de informação que interligue os órgãos da administração pública e da justiça, permitindo o intercâmbio de dados relevantes em tempo real sem intermediações de retardamento burocrático (SOARES, 2004, p. 75).

4. JUSTIFICAÇÃO E CONTROLE DA LEGISLAÇÃO

4.1 Controle jurisdicional e controle legislativo

A empreitada de justificação da decisão legislativa solidifica a intenção de máxima efetividade dos direitos fundamentais os quais, por sua vez, encontram sua raiz primeira na liberdade como *principium*, que implica que as restrições à liberdade individual devam ser justificadas. Ponto de partida de organização do espaço político e termo último de regresso na cadeia de legitimação, a liberdade assim concebida permite extrair o primeiro esboço de uma teoria normativa da legislação, normativa justamente por entender que as restrições à liberdade devam ser justificadas, com base nos quatro princípios já explorados. Por conseguinte, o dever de justificação traz embutido um dever correlato, o de controle da legislação.

Parte-se da compreensão dos direitos fundamentais para além de uma carta de intenções, mas como institutos sobre os quais se ergue o sistema jurídico no Estado democrático de direito e por cuja efetividade todos os atores, sejam institucionais, sejam os cidadãos, se responsabilizam.

Doravante, segue-se para as espécies de controle que podem recair sobre tais atos, uma vez que, embora louvável em suas intenções, o ponto de vista teórico não é por si capaz de vincular uma modificação nas bases do real. A questão que aqui se coloca é a de saber como controlar a legislação a partir da justificação da decisão que lhe dá existência.

4.2 Controle interno dos atos legislativos

4.2.1 Legisprudência e justificação no controle interno

A teoria da legislação, como disciplina que almeja autonomia perante as ciências sociais, sociologia jurídica e ciência política, tem origens relativamente recentes. Desde a *Gesetzgebungslehre*, de Peter Noll,⁶¹ em 1973, intenta-se consubstanciar a disciplina da teoria da legislação no seio da ciência do direito, como objeto de estudo na elaboração normativa.⁶² Por todas as razões já expostas, esse intento ainda não logrou êxito definitivo, tendo a teoria da legislação enfrentado diversas resistências no seu percurso. Este saber aberto, em oposição ao caráter fechado da dogmática jurídica, constitui uma ciência de fronteiras imprecisas, como ensina João Caupers (2003, p. 16). A bem da verdade, somam-se neste domínio propostas de diversas frentes, o que fez com que, inspirado em Ulrich Karpen e

⁶¹ Ainda sem tradução do alemão, em função do que não foi consultado. Todavia, é oportuno informar que o “batismo” deste novo ramo do saber se dá por esta obra. É sabido que o termo alemão “*Gesetzgebungslehre*” pode ser traduzido por teoria ou doutrina da legislação. No entanto, diz-se que o próprio Peter Noll usava indiferentemente “*Gesetzgebungslehre*” e “*Gesetzgebungswissenschaft*”, denotando este último termo sem dúvida o conceito de uma ciência da legislação. Os autores, de forma não unânime, oscilam entre Teoria ou Doutrina da Legislação, Ciência da Legislação e Legística para designar esse novo saber. Legística, por sua vez, vem da tradição francesa (com Charles-Albert Morand) que se ocupava mais dos aspectos práticos do fazer legislativo e que se dividia em “*légistique formelle*” e “*légistique matérielle*”, uma correspondente aos aspectos lingüístico-formais da feitura das leis, outra aos aspectos materiais do procedimento, como definição do problema, fixação de objetivos etc. De nossa parte, optamos pela terminologia utilizada por Wintgens, Legisprudência, uma vez que esta denota o sentido da razão prudencial (portanto, prática e pura) aplicada à legislação. Lembra Tercio Sampaio Ferraz Júnior que o termo *prudencia*, usado pelos romanos a par de *disciplina*, *scientia*, *ars* para designar o saber jurídico (*jurisprudencia*) liga-se à *fronesis* do universo grego, que denota “*uma espécie de sabedoria e capacidade de julgar [...] virtude desenvolvida pelo homem prudente, capaz, então, de sopesar soluções, apreciar situações e tomar decisões*” (2003, p. 57), justamente esse o sentido proposto por Wintgens, ao avocar à legisprudência a parte da teoria do direito que se ocupa dos aspectos teóricos e práticos da legislação. Vale lembrar que Imer B. Flores reputa a J. Cohen a autoria do termo.

⁶² É assim que, sucintamente, elabora Kaufmann (2009, p. 161): “*Entretanto, as épocas do direito natural e do positivismo e acabaram, e a perspectiva de que também a atividade legislativa tem por base métodos científicos difunde-se cada vez mais. Deste modo, concluiu-se que o procedimento legislativo reflecte uma estrutura comparável à do procedimento de aplicação do direito. Assim, também Werner Maihofer diz que em quase todos os aspectos e procedimentos da técnica legislativa está em causa uma espécie de ‘subsunção invertida’. Ora, a ‘subsunção’ não é, em qualquer das atividades, o instrumento metodológico decisivo, embora seja certo existir uma evidente ‘complementaridade entre legislação e aplicação do direito’*”

Werner Maihoffer, J. J. Gomes Canotilho identificasse cinco áreas de atuação da teoria da legislação (*apud* CAUPERS, 2003, p. 10):⁶³

- A teoria ou doutrina da legislação, cujo objeto é seu próprio pensar as possibilidades de aplicação do conhecimento quanto à legislação.⁶⁴
- A analítica da legislação que, à semelhança da teoria geral do direito, se ocupa de conceitos e ideias fundantes, como norma, lei, legislação.
- A tática da legislação, que se debruça sobre o procedimento de formação da legislação e os meios de influenciar a decisão.⁶⁵
- A metódica da legislação que, problematizando as dimensões político-jurídicas e teórico-decisórias da legislação, intenta traçar um procedimento que responda materialmente questões de adequação e eficácia da legislação.
- A técnica legislativa, ocupada de traçar regras gerais para a feitura de boas leis, sobretudo por meio do estudo da linguagem.

Esses saberes convergem na finalidade de feitura de leis de boa qualidade, imprimem na elaboração normativa uma série de técnicas que, quando apropriadas pelo legislador, favorecem a boa elaboração normativa, que não se exaure na redação do ato normativo em si, mas para cuja preparação a racionalização da produção do

⁶³ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. "Relatório sobre o programa, conteúdos e métodos de um curso de teoria da legislação". In *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, volume LXIII, 1987, pp. 405 e seg.

⁶⁴ A coincidência de nomenclatura pode gerar alguma confusão. A teoria da legislação, como propõe Canotilho, é subdividida também em teoria ou doutrina da legislação no sentido estrito, que se refere ao próprio tratamento científico da disciplina da legislação, situando-se na "*interseção entre o direito público, a teoria do estado e a ciência política*", nas palavras de Soares (2004, p. 123).

⁶⁵ Assim, matérias como o funcionamento de grupos de pressão, regulamentação do lobby. Cf. SOARES, Fabiana de Menezes; SANTOS, Letícia Camilo dos. "Learning to divide the law contents: the lobby as a strategy for a clearer Brazilian legislation". In The Academy for Legislation and the Knowledge Centre for Legislation of the Dutch Ministry of Justice and the Dutch Association for Legislation jointly organized the 7th Congress of the European Association of Legislation (org.). *The Learning Legislator*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2009, p.

direito constitui métodos de análise com vistas a cumprir o dever de justificação da legislação.

A emergência da teoria da legislação se dá no quadro da racionalização da produção normativa, com algumas implicações sobre a teoria do método jurídico: a decretação do fim do purismo metodológico e da lógica dedutiva da adjudicação; a cada vez mais crescente preocupação com os efeitos de uma legislação que se pretende eficaz e efetiva, em contraste com a inflação normativa que atinge tanto o poder executivo como o legislativo; uma compreensão do fenômeno normativo como instrumento de atuação do Estado;⁶⁶ bem como a aspiração de fixação de deveres do legislador em contraponto com o uso arbitrário do Poder de legislar.

4.2.2 A avaliação legislativa no contexto dos direitos fundamentais

A disciplina da avaliação legislativa, inserida na metódica da legislação, surge como a primeira possibilidade de controle da legislação e da justificação que ocorre na preparação da legislação. Avaliação esta, entendida como uma “*análise metódica que incide sobre os efeitos das normas legais*”, segundo Mader (1991, p. 42). Para Soares (2004, p. 125):

Seu escopo [da avaliação] é a melhoria do chamado “círculo normativo” concebendo medidas para uma melhor “projeção da lei”, atuando nos estágios do procedimento preliminar, da fase parlamentar, da utilização da experiência com leis já publicadas (para

⁶⁶ Assim, dispõe Mader (1991, p. 40-41): “*A realização dos efeitos pretendidos, da finalidade ou objectivo do legislador, torna-se mesmo um fundamento primordial da legitimidade da acção do Estado, fundamento pelo menos tão importante como o simples respeito das exigências jurídicas e, particularmente, das regras processuais que regem a gênese da legislação. Na medida em que se admite que a actividade legislativa não é o simples produto da acção conjunta duma diversidade de imposições de natureza política ou a mera expressão de actos simbólicos que visam satisfazer a opinião pública, levando-a a crer que o Estado deseja chamar a si os problemas equacionados por ela ou pelos actores políticos e é capaz de resolvê-los, mas sim uma actividade com uma finalidade, destinada a produzir resultados concretos e a contribuir para a solução de problemas efectivos, os juristas devem interessar-se também pelos efeitos da legislação.*”

a reelaboração sistemática da legislação em face de novas leis). Atua no procedimento legislativo sob o ponto de vista *interno* procurando atender aos reclames de leis “justas”, “eficazes”, “perfeitas” e “boas”.

A marca fundamental da avaliação legislativa que impacta sobremaneira a justificação da legislação é a noção de efeito observada com o auxílio de um método. A compreensão de que a legislação é instrumento de intervenção estatal que visa a um fim previamente determinado e, portanto, está apta a coligi-lo, deve partir do auxílio de um conjunto de informações sistematizadas que corrobore a aptidão da legislação para alcançar seus objetivos.

Surgem duas definições fundamentais: uma quanto à noção de objetivo ou efeito pretendido, outra quanto ao caráter de método que a avaliação assume para a sua consecução. Objetivos, finalidades ou efeitos são características importantes em qualquer legislação. A avaliação de impacto, nesse sentido, opera sobre a probabilidade de uma relação de causalidade que se possa estabelecer entre a legislação e os efeitos desejados pelo legislador. A dinâmica social é muito mais complexa que qualquer tentativa de definição de certezas pelo órgão avaliador, portanto, seus resultados devem ser tratados apenas como probabilísticos e sempre sujeitos à revisão ou a uma avaliação retrospectiva. Cuidando a avaliação da legislação de seus efeitos, relaciona-se de todo modo às políticas públicas, na medida em que a legislação é considerada como ação dirigida a uma determinada política pública, e pode existir somada a outros atos de decisão tanto do Poder Executivo quanto do Legislativo.⁶⁷

A segunda definição que se oferece é a do caráter metódico da avaliação de impacto, a qual oferece um manancial de técnicas para que sejam apuradas as melhores formas de consecução dos efeitos pretendidos por um legislador. Desse

⁶⁷ Podemos citar, como exemplo, o Decreto 7.037 de 21 de dezembro de 2009, que instituiu o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH -3, como um pacote de normas atrelado a uma política pública de direitos humanos que, em sua abrangência, demanda intervenções de outros Poderes e até mesmo o compromisso de outros entes federativos.

modo, a avaliação se compromete com a responsabilidade do legislador ou do agente regulador, com a realidade e adequação social da ação legislativa, perscrutando objetivos e métodos que melhor atendam aos problemas sociais objetos da legislação.

O caráter metódico da avaliação de impacto pretende significar que a avaliação seja um método generalizado e sistemático, cujo entendimento e aplicação se estendam entre os atores decisórios, servindo como fundamento da ação legislativa, seja potencial ou efetivamente, conforme se trate de avaliação prospectiva ou retrospectiva, cujas notas científico-epistemológicas favoreçam a maior imparcialidade possível na obtenção dos dados.

Desse modo, a avaliação visa a embasar a decisão, determinando a exigência de publicação dos resultados de avaliação para que sejam examinados e criticados pelos interessados, formando, portanto, um documento de justificação do impulso legislativo comprometido com a participação popular e com a democracia em um sentido mais amplo (MADER, 2002: p. 106-107).

No Brasil, o Decreto 4.176 de 28 de março de 2002, em seu anexo I, apresenta um *check-list* analítico de questões que devem ser observadas quando da elaboração de qualquer disposição normativa de iniciativa da Presidência da República. Logo no princípio, no item 1, questiona-se “1. Deve ser tomada alguma providência?” e, em seguida, no item 1.1, traz-se a pergunta fundamental: “1.1 Qual o objetivo pretendido?”. Tem-se assim, no primeiro momento, o respeito pelo princípio da alternatividade, que dispõe sobre a primazia da liberdade sobre concepções sobre a liberdade do legislador, ou seja, a primazia da autorregulação como *locus* fundante da liberdade moral revalorizada. Por outro lado, vincula o legislador a uma resposta definitiva e objetiva, no sentido de que objetivos bem determinados são fundamentais para o sucesso de qualquer intervenção normativa.

Pode-se afirmar, também, que uma alteração no modelo contratualista como anteriormente exposto, exige que toda intervenção no domínio da liberdade

individual há de ser justificada, e por isso é imprescindível que objetivos sejam clarificados também para os destinatários das normas jurídicas. Esse *check-list*, todavia, caracteriza-se por ser uma avaliação formal de uma futura legislação, atenta à sua inserção no sistema normativo, não à sua exeqüibilidade de fato ou aos custos financeiros e sociais envolvidos. A avaliação legislativa leva em conta essas questões com vistas à melhor legislação possível, e se insere, assim, no que a jurisprudência denomina metódica da legislação, ou legística material na tradição francófona.

A problemática da avaliação legislativa, inicialmente vinculada a uma avaliação econômica da legislação e seu impacto nos mercados (análise de custos e benefícios), alargou-se para uma acepção de efeitos como comprometimento com os propósitos almejados pela legislação e culmina, segundo Pierre Issalys, se integrando “ao processo de legitimação de um Estado de direito democrático”.⁶⁸ A partir do conceito de desenvolvimento durável, por meio do esforço de previsão que a avaliação legislativa prospectiva promove e com a inclusão da dimensão do pluralismo como um significativo determinante do processo de decisão legislativa, a avaliação legislativa se desprende dos moldes da avaliação de impacto regulatório, proposta pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) desde 1994, quando, na emergência da transição para a economia de mercado dos países até pouco antes sob o regime planificado da extinta União Soviética, propunha um rearranjo normativo nos moldes da economia liberal com a avaliação de custos da avaliação.⁶⁹

⁶⁸ ISSALYS, Pierre. “L’analyse d’impact des lois ET règlements : impératif d’efficacité ou condition de légitimité?”. Palestra proferida na I Jornada de Estudos Jurídicos Brasil Canadá : *A renovação da ação pública: novos agentes em ambiente globalizado*. Belo Horizonte, 11/03/2011.

⁶⁹ Isso se justifica pelas seguintes razões: 1) a economia planificada exigia uma forte intervenção do Estado na economia, vez que uma forte legislação de controle das instituições, essencialmente públicas, não tivesse sido revisada pela nova ordem instalada – é comum que, em transições constitucionais, demore ainda um tempo para que a legislação do regime anterior seja de fato recepcionada; 2) a supressão abrupta do domínio do Estado não podia prosperar, afinal, a história ensina que em períodos de vazio do poder práticas ainda mais perniciosas vêm dos particulares; 3) era preciso educar os agentes públicos da nova ordem quanto às práticas das democracias

É necessário, nesse contexto, referenciar diferenças entre os conceitos de efetividade e eficácia, na perspectiva legisprudencial. A efetividade refere-se, sobretudo, à correspondência da conduta dos destinatários da norma com determinado modelo normativo e denota, portanto, observância, respeito e implementação, a depender do tipo normativo considerado. Se, de um lado, há comandos proibitivos ou obrigatórios, a observância conota o respeito dos destinatários pelo modelo normativo considerado; se, de outro, estando em jogo normas permissivas, facultativas e procedimentais, refere-se à implementação do modelo normativo e ao oferecimento de oportunidades concretas de observância (KARPEN, 2002, p. 197; MADER, 1985, p. 57).⁷⁰

Por sua vez, o conceito de eficácia refere-se à consecução dos fins almejados pela norma e estabelece uma relação entre objetivos pretendidos e os meios eleitos para tanto (MADER, 1985, p. 77). Desse modo, uma avaliação legislativa concernente à eficácia tem como objetivo principal a fixação taxativa dos propósitos almejados e a eleição de meios aptos à sua concretização, ressaltando um

ocidentais, no que toca aos princípios administrativos e a uma prática de transparência, inexistente em regimes fechados. A palavra chave deste processo é confiança. Era preciso que os países da Europa do leste fossem confiáveis o suficiente para permitirem a entrada dos investimentos advindos do Ocidente. Por outro lado, razões de ordem bem econômica motivaram o interesse por um programa *Better Regulation*: 1) redução das despesas geradas por uma má legislação em toda a cadeia produtiva, do Estado, passando pelas empresas, até aos cidadãos; 2) análise técnica do impacto de uma regulação que levasse em conta os custos e benefícios do diploma; 3) apresentação de leis mais simples, claras e concisas.

⁷⁰ Assim, Mader (1985, p. 56 e 57) define a efetividade como a correspondência de comportamentos com a legislação, considerada a dimensão de que a conduta observada seja realmente imputada ao comando normativo. Para Mader, “Analyser l’effectivité d’une législation signifie donc, dans un premier temps, comparer les conduites réelles des destinataires au modèle normatif de comportement ; cette comparaison permet d’établir le taux d’observation ou d’inobservation d’une norme légale”, de modo a verificar, num segundo momento, uma ligação causal entre a ação dos sujeitos e a disposição normativa em questão (1985, p. 57). No entanto, consideramos apenas uma relativa relevância dessa relação de imputação: se o comportamento observado coincidir com a prescrição normativa, ainda que sem relação de causalidade entre um e outro, e puder ser considerado um comportamento bom, a legitimidade da conduta prescinde da efetividade da norma. Se, por outro lado, o comportamento indesejado, conquanto em conformidade com um comando normativo e independente da imputação, revela a necessidade de alteração do comando normativo e gera a discussão sobre efetividade.

caráter instrumental da norma jurídica, entendida não como fim em si mesma, mas como meio para a persecução de finalidades sociais previamente eleitas. A relação entre meios e fins considera a alternatividade da legislação e sua densidade normativa como dimensões principiológicas indispensáveis na justificação da decisão legislativa, por meio das quais o legislador busca o equilíbrio entre a restrição da liberdade e a finalidade perseguida e abre a dimensão do dever de correição quando os objetivos da legislação não foram atendidos.

Na perspectiva dos direitos fundamentais, essas duas dimensões da normatividade ganham outro sentido. O processo de positivação dos direitos fundamentais não se exaure na constitucionalização, visto que sua concretização, por vezes, demanda efetiva ação governamental.⁷¹ A avaliação legislativa sobre os direitos fundamentais empreende comprometimento com as dimensões de efetividade e eficácia, provendo argumentos para o legislador na tomada de sua decisão. Em função disso, a argumentação na sede legislativa renova sua relevância, uma vez que tem o dever de comprometimento com a efetividade dos direitos fundamentais

O único diploma normativo de avaliação de impacto legislativo em âmbito federal fez constar uma obrigatória avaliação em termos de impacto quanto aos direitos e garantias fundamentais. O Decreto 4.176/98, Anexo I, ao estabelecer questões que devem ser examinadas na elaboração de atos normativos no âmbito do Poder Executivo, perquire, no item 9, sobre como as regras eventualmente propostas

⁷¹ Desde o processo de constitucionalização da União Européia, discute-se o impacto da legislação dos Estados Membros sobre os direitos fundamentais proclamados na Carta de Direitos Fundamentais de 7 de Dezembro de 2000. Esse processo de constitucionalização operou o trânsito entre a perspectiva do Direito Internacional para um arranjo constitucional vertical entre os Estados membros, por meio do qual todos eles passam a ser sujeitos de direito e obrigações na esfera do Direito Comunitário. Neste ponto, a governança por estatutos e diretivas na esfera comunitária surge como mecanismo idôneo de efetivação dos direitos fundamentais não somente dentro da comunidade, mas também por meio da adequação e compatibilização da legislação nacional com a superioridade da ordem comunitária. Neste sentido, v. Ulrich Karpen (2002, p. 191-202).

podem afetar os direitos e garantias fundamentais, tecendo considerações específicas sobre direitos de liberdade, igualdade, segurança jurídica, legalidade penal e tributária. Todavia, a experiência concreta da vida legislativa-regulatória brasileira revela que ainda não ocorreram esforços de concretização de uma avaliação de impacto regulatório, demonstrando quão longe ainda se encontra a democracia brasileira de considerar a lei como instituto racional que serve ao propósito maior de densificar as finalidades constitucionais. Segundo Soares (2004, p. 220):

A legislação como atividade concretizadora de direitos fundamentais tem a missão de desenvolver e detalhar os conteúdos jurídico-objetivos (política de direitos fundamentais); a tradução dos direitos fundamentais como regras derivadas; a atualização de “*macro-conteúdos jurídicos fundamentais*” da constituição (influenciando na interpretação constitucional); a produção de mutações de influência recíproca (legislador antecipa mutações constitucionais) em função da íntima e recíproca e complementar relação de reforço e desenvolvimento entre concretização e legislação.

4.3 Princípios de justificação correlatos no sistema brasileiro

A carência de positivação expressa de princípios de justificação e da instituição de avaliação legislativa que fundamentam a jurisprudência como uma teoria normativa da legislação não importa dizer que o sistema jurídico brasileiro não albergue princípios de justificação correlatos.

Em sede de elaboração orçamentária, a Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, definindo as normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, institui uma política de boa gestão financeira dos entes federativos e conta com particular participação das casas legislativas.

Em linhas gerais, a Constituição de 1988, no art. 165, definiu o modelo orçamentário com base em três instrumentos normativos voltados ao planejamento dos gastos públicos, o Plano Plurianual (PPA), responsável por estabelecer, de forma

regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal; a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), a quem compete definir metas e prioridades da administração federal, constituindo instrumento intermediário; e a Lei Orçamentária Anual (LOA), de elaboração orientada pela LDO, que define os recursos orçamentários para cada uma das atividades da administração.

Esses três instrumentos normativos convergem no escopo de manter o equilíbrio das finanças públicas, estabelecendo formas de rígido controle em todos os níveis de governo. “A partir da LRF os entes da Federação deverão estar preparados para administrar as finanças de forma muito mais planejada, especificando controles eficientes sobre a receita e despesas públicas”, segundo Francisco Vignoli (apud SANTI, 2008, p. 811).⁷²

É no que toca à LDO que a idéia de justificação sobreleva-se, ao que a LC n. 101/00 determina que esta fixe normas relativas ao controle de custos e à avaliação dos resultados dos programas financiados com recursos do orçamento (art. 4º, I, “e”), instituindo uma gestão de eficácia da administração pública – eficácia aqui compreendida no sentido legisprudencial de aptidão à consecução de fins almejados, e que integra a eficiência como relação de custos e benefícios –⁷³ que integra a ação planejada e consertada dos três Poderes, a teor do art. 74, I, da Constituição.⁷⁴

⁷² VIGNOLI, Francisco Humberto. “Legislação e execução orçamentária”. In ARVATE, Paulo Roberto e BIDERMAN, Ciro (org). *Economia do Setor Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004, cap. 19.

⁷³ Pontuamos essa diferenciação quanto à concepção dogmático-jurídica de eficiência, definida pelos autores de Direito Administrativo como modo de atuação do agente público de quem se espera o melhor desempenho possível no exercício de suas atribuições e como modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública com vistas a melhores resultados na prestação do serviço público (DI PIETRO, 2003, p. 83). Pois a avaliação de eficiência na perspectiva legisprudencial considera, como um todo, à extensão da aptidão da legislação quanto à consecução de objetivos prévia e estritamente definidos, da qual a eficácia é um desdobramento, ao que relaciona custos e benefícios impostos por uma determinação normativa (MADER, 2000, p. 110).

⁷⁴ Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I – avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e do orçamento da União.

Se ao Executivo compete a elaboração dos três instrumentos normativos em exame, ao Congresso Nacional caberá examinar os projetos de lei e propor alterações pertinentes como determina a Constituição. É importante salientar que a LDO deve conter anexo que demonstre a avaliação do cumprimento das metas relativas ao ano anterior (art. 4º, § 2º, I), que se sujeitam, portanto, ao controle de justificação realizado pela Comissão mista instituída no seio do Legislativo, corroborando a tese aqui sustentada de que a legislação, como instrumento de atuação governamental, se mune da avaliação de impacto com vistas tanto a realização da justificação, quanto ao aperfeiçoamento da capacidade governamental de realizar o bem comum.

Conforme expusemos, a LDO deve fixar diretrizes regionalizadas, o que vem em atendimento ao objetivo fundamental de redução de desigualdades regionais, e, por conseqüência, permite afirmar que a definição de objetivos como primeiro passo de qualquer avaliação de impacto deve derivar dos objetivos fundamentais fixados pela Constituição em seu art. 3º, permitindo, também, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o compromisso das instituições públicas com o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, visando, por fim, à promoção do bem de todos, com fundamento na dignidade da pessoa humana.

Isso reforça a integração da avaliação como meio de argumentação voltada à efetividade e eficiência da legislação, em assunção de seu caráter responsivo no comprometimento com os fins almejados, mais que com a autoridade da norma, bem como a promoção da racionalidade na argumentação jurídica, com impacto incisivo no segundo nível de decisão. Segundo Nonet e Selznick (2010, p. 133):

Não nos deve surpreender, portanto, que o crescimento do consequencialismo no direito torne cada vez mais difícil distinguir a análise jurídica da análise de políticas, a racionalidade jurídica de outras formas sistemáticas de tomar decisões. Um sinal de mudança é uma “razão artificial” minguante. A sofisticação jurídica alimenta a eliminação gradual da linguagem hermética, da classificação ficcional

e das analogias distorcidas. Livre do formalismo e do ritual, a investigação jurídica pode ser mais sistemática e mais empírica. Esta evolução oferece a promessa de um direito mais eficaz. Contudo o processo de desmistificação é mais imediato e mais ameaçador: a decisão judicial perde sua força oracular, e os juristas são desvestidos de sua pretensão mais visível, que é a de serem portadores de um conhecimento privilegiado.

Essa compreensão da urgência de atendimento aos fins promove sensível modificação nas expectativas que são desenvolvidas com relação à atuação da jurisdição, de quem se exige atuação mais ampla em termos de compromisso com a Constituição. Em decorrência disso, vêm-se os juízes na condição do que se chamou de “ativismo judicial”, consistente na aplicação direta das normas constitucionais ao caso concreto que lhes é apresentado quando, por omissão do legislador ou da administração, o gozo de direitos fundamentais se veja ameaçado.

Nesses casos, se torna flagrante que a omissão de um Poder passa a demandar a ação de outro, pelo que não há que se falar em ofensa à separação dos poderes. Por outro lado, essa situação exige do juiz um saber diferenciado com relação à cadeia de consequências gerada por sua ação.

O provimento de um pedido relativo à disponibilização de medicamentos se, de um lado, realiza a garantia dos direitos à vida e à saúde, de outro compromete a administração pública cujo orçamento é limitado pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

É nessa medida que, inspirado em experiência correlata do Estado do Rio de Janeiro, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais recomendou a seus juízes que apenas concedam medida liminar em ações concernentes à assistência à saúde depois de ouvida a Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais, ressalvadas as liminares *inaudita altera pars*. O Estado de Minas Gerais, desde 2005, tem promovido discussões em cursos e seminários com vistas a informar os juízes sobre a organização e o funcionamento do Sistema Único de Saúde e sobre os programas e políticas públicas nesse setor. Espera-se que juízes mais informados sobre a operacionalização das

políticas públicas em matéria de saúde tomem decisões que considerem a aptidão da administração pública para a consecução de seus fins, sem prejuízo dos direitos dos requerentes.⁷⁵

Isso reforça, também, a necessidade de um compromisso da Administração e do legislador com a avaliação de impacto prevista na LDO, de modo a se informar e melhor subsidiar a decisão de distribuição de recursos no orçamento público, justificando suas opções, maximizando a transparência na tomada da decisão pública e fortalecendo os mecanismos de controle com vistas à efetividade da própria decisão e a sua validade, naquele sentido axiológico, que é a de racionalizar a adesão à legislação e às políticas públicas, impulsionadas rumo a uma concepção de Estado materialmente democrática.

4.4 Controle jurisdicional da legislação

4.4.1 Controle jurisdicional de constitucionalidade do processo legislativo

Encontra-se já consolidado na jurisprudência constitucional brasileira que os atos legislativos, considerados *interna corporis*, não são sujeitos a controle jurisdicional, a menos que seja evidenciado o conflito com matéria constitucional. Ao longo dos anos, a jurisprudência constitucional brasileira, partindo de uma compreensão rígida do princípio da separação dos poderes, negou-se a conhecer de ações cuja causa de pedir se assentasse em questões regimentais atinentes ao processo legislativo. Segundo Cattoni (2006, p. 49), a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal conferia legitimidade ativa aos parlamentares em casos de

⁷⁵ Ver < <http://www.esp.mg.gov.br/drops/governo-e-tj-se-unem-pela-saude/#more-14876>>, consulta em 01/07/2011.

mandado de segurança contra ato processual legislativo somente em face do “descumprimento direto de normas constitucionais referentes às formalidades do processo legislativo”, referindo-se, antes, a interesses políticos (de titularidade dos parlamentares) que à dimensão do processo legislativo como afeto à cidadania em geral. Ilustra-se a questão com excerto da ementa do Mandado de Segurança n. 26441/DF, de 25/04/07, de relatoria do Min. Celso de Mello:

Mandado de Segurança – Questões preliminares rejeitadas – Pretendida incognoscibilidade da ação mandamental, porque de natureza ‘interna corporis’ o ato impugnado – Possibilidade de controle jurisdicional dos atos de caráter político, sempre que suscitada questão de índole constitucional.

E ainda no Mandado de Segurança n. 25559 MC/DF, de 19/10/05, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence:

Na qualidade de guarda da Constituição, o Supremo Tribunal Federal tem a elevada responsabilidade de decidir acerca da juridicidade da ação dos demais Poderes do Estado. No exercício desse mister, deve esta Corte ter sempre em perspectiva a regra de auto-contenção que lhe impede de invadir a esfera reservada à decisão política dos dois outros Poderes, bem como o dever de não se demitir do importantíssimo encargo que a Constituição lhe atribui de garantir o acesso à jurisdição de todos aqueles cujos direitos individuais tenham sido lesados ou se achem ameaçados de lesão. À luz deste último imperativo, cumpre a esta Corte conhecer de impetração na qual se discute se os atos ministeriais do parlamentar licenciado se submetem à jurisdição censória da respectiva câmara legislativa, pois a matéria tem manifestamente estatura constitucional, e não *interna corporis*. Mandado de segurança conhecido.

A questão, contudo, extrapola os limites da hermenêutica constitucional, referindo-se mais às próprias condições de exercício do procedimento que, antes de instituir formalidades banais para a consecução do ato legislativo como provimento final da cadeia de atos, figura entre os instrumentos normativos de que dispõe o

sistema jurídico para a própria validação e controle de suas proposições.⁷⁶ Pois, como define Norberto Bobbio, o ordenamento jurídico, além de regular o comportamento das pessoas, é aquele que “*regula também o modo como devem ser produzidas as regras*”, instituindo normas de estrutura, ou imperativos de segunda instância, que têm por função definir o modo de produção do direito nos dois níveis já discutidos, a própria gênese das normas (2008, p. 196).

Nos ordenamentos complexos, a Constituição, como norma originária da qual se extrai a validade de todos os atos normativos, opõe limite último à criação das normas jurídicas em todos os seus níveis de manifestação, seja ao estabelecer o procedimento democrático de manifestação da vontade no seio do processo legislativo, seja pela instituição de direitos e garantias fundamentais que, na ordem da supremacia constitucional, orientam e fundamentam todo o sistema jurídico como organização político-social. É em função disso que se torna necessário o questionamento acerca da validade da manutenção do rígido *status* concedido aos atos *interna corporis* em face do compromisso com a máxima efetividade dos direitos fundamentais. Segundo Soares (2004, p. 234):

A teoria dos atos *interna corporis* elaborada em 1863 (Gneist) teve como escopo subtrair o parlamento e as leis, como seus atos, do controle judicial. Inicialmente, a questão, objeto de grande investigação jurídica, concentrou-se na pesquisa sobre os “vícios externos da lei”, mantendo a salvo o procedimento e o ato (lei) do controle jurisdicional. Num segundo momento, a questão deslocou-se

⁷⁶ Cattoni reforça que “ao contrário do que sustenta o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, esses requisitos formais são, de uma perspectiva normativa, condições processuais que devem garantir um processo legislativo democrático, ou seja, a institucionalização jurídica de formas discursivas e negociais que, sob as condições de complexidade da sociedade atual, devem garantir o exercício da autonomia jurídica – pública e privada – dos cidadãos.” O posicionamento do autor, partindo de uma compreensão procedimentalista do Estado democrático de direito, observa o processo legislativo não como uma série de atos desprovidos de qualquer importância jurídica, mas como mecanismos garantidores da observância das regras do princípio democrático. Assim, ele conclui: “Trata-se da defesa da garantia do pluralismo no processo de produção legislativa, da defesa da própria democracia enquanto respeito às regras do jogo, da possibilidade de que a minoria de hoje possa vir a se tornar a maioria de amanhã.” (CATTONI, 2006, p. 51).

para a invalidade da lei por falta de elementos intrínsecos e formais ou sobre a carência de pressupostos imediatos e diretos relativos a um dado ato legislativo.

Como se depreende da jurisprudência colacionada, o Supremo Tribunal Federal admite duas hipóteses de controle jurisdicional dos atos do legislativo: a primeira, referente à violação direta de norma constitucional, e a segunda hipótese, tocante à violação de direito individual (subjeto) lesionado ou ameaçado de lesão, ambas albergadas no princípio da inafastabilidade da jurisdição.

O problema do controle de constitucionalidade das leis e do processo legislativo se insere na questão dos limites de atuação da jurisdição em face dos outros poderes, perquirindo por sua legitimação como guardião da ordem constitucional democrática em face dos atos do legislativo em um sistema orientado pela legalidade, mas resguardado pela dignidade da pessoa, com derivações intrínsecas em termos de igualdade e liberdade.

É assim que Peter Noll, primeiro teórico da ciência da legislação, defende que liberdade e igualdade são problemas legislativos, na medida em que a densificação das normas constitucionais pela ordem jurídica, numa perspectiva dinâmica, vivificam os princípios e mostram os pontos de tensão com a realidade normativa e social.⁷⁷

A questão que se põe é de saber se, como problemas legislativos, também restrições potenciais à liberdade sujeitar-se-iam à tutela jurisdicional. A presunção de constitucionalidade das leis, no modo como hoje é concebida, opera como óbice ao conhecimento de ações que envolvam leis *por existir*, considerando que as proposições, situadas ainda no âmbito da política e ainda sob discussão das casas legislativas, não operam efetiva restrição da liberdade. Admite-se, *a priori*, que

⁷⁷ Assevera o autor: “As declarações de liberdade e de igualdade são partes integrantes de nossas constituições e são constantemente aplicadas como critérios de apreciação de leis e de disposições legais, seja nos debates políticos, seja na jurisprudência constitucional. Isso dá valor ao fato de que a liberdade e a igualdade dependem sempre e exclusivamente das normas da ordem jurídica ou social” (NOLL, 1967, p. 215).

configuram restrições em potencial e, portanto e eventualmente, potencial de dano aos direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição.

Se o judiciário conhece de ações assentes em projetos de lei, ou seja, em matéria anterior e externa ao dado *lei* como concebido no segundo plano do conhecimento jurídico, ele passa de ator jurídico em sentido estrito a ator político, intervindo na esfera de ação do legislativo como titular do direito público subjetivo de inovar o ordenamento jurídico.⁷⁸ Como ator político, portanto, o juiz, na tomada decisão judicial em matéria de projetos de lei, deve dialogar expressamente com a argumentação legislativa que subjaz ao projeto de lei, sob pena de o judiciário usurpar o poder normativo do legislador conferido de forma democrática.⁷⁹

Manuel Atienza (2005, p. 1-2) lembra dos três campos do jurídico sobre os quais incide a argumentação: um que trata da produção ou estabelecimento de normas jurídicas, um de aplicação das normas jurídicas para a resolução de casos, e o da dogmática jurídica. O primeiro, o que interessa neste trabalho, poderia ser dividido em fase pré-legislativa, quando as situações sociais discutidas envolvam, como solução, a tomada de uma medida de natureza legislativa, e assim, por exemplo, seria o caso da descriminalização do porte de entorpecentes para uso pessoal ou ainda uma possível regulamentação do exercício do *lobby*, e em uma fase legislativa propriamente dita, quando o problema passa a ser discutido no parlamento ou ainda em algum órgão da Administração. Nesses dois casos, embora se reconheça a natureza política dos argumentos utilizados, existe uma argumentação técnico-jurídica que ganha relevância – ou deveria – sobretudo na fase

⁷⁸ Assim já diagnosticado desde Ronald Dworkin (2002), ao tratar dos casos difíceis, aqueles que não admitem uma única interpretação correta. Nestes, uma vez que a legislação não oferece subsídio para sua solução, a natureza política da decisão judicial se deflagra: o juiz, valendo-se de suas próprias compreensões de vida e de direito, inova o ordenamento, cria direito para a situação fática proposta.

⁷⁹ O que já acontece no cotidiano jurídico brasileiro diuturnamente sob a forma do ativismo judicial, consistente na aplicação direta de normas da constituição ao caso apresentado, geralmente ao que uma omissão do executivo impõe violação de direitos e garantias fundamentais.

legislativa. Soma-se a isso o próprio papel desempenhado pela dogmática jurídica em sua argumentação que visa a identificar critérios de criação e modificação do direito vigente, tem-se, pois, uma autêntica apropriação do domínio do político pelo jurídico.⁸⁰

A questão então se põe nestes termos: qual o sentido da jurisdição em contraponto com a legislação justificada?⁸¹ Já foi reconhecido, quando se admitiu o controle judicial dos atos administrativos, que o judiciário mais que dar vida à técnica jurídica, revigora a Constituição concretizando os princípios de justiça que ela estabelece.⁸² Essa postura do judiciário, perante leis que já não são o *em si do direito*,

⁸⁰ Vale lembrar que a primeira fase de um projeto de lei em tramitação após sua propositura, seja na Câmara dos Deputados, seja no Senado Federal, radica na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, com competência, na Câmara, para apreciar “aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas Comissões” (RICD art. 32, IV, a, com competência para examinar) e, no Senado, para “opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas por deliberação do Plenário, por despacho da Presidência, por consulta de qualquer comissão, ou quando em virtude desses aspectos houver recurso de decisão terminativa de comissão para o Plenário” (RISF art. 101, I). Esta avaliação realizadas pelas CCJ, vale dizer, nos termos dos Regimentos Internos mencionados, é a primeira aproximação jurídica que sofre um projeto de lei ao longo de sua tramitação, bem como a primeira oportunidade de uma comissão expor suas razões para a existência de uma determinada restrição à liberdade.

⁸¹ “Ora, pensar o sentido da jurisdição é pensar a sua relação com o direito (juris-dictio): um diferente sentido do direito implicará correlativamente um diferente sentido da jurisdição chamada a realizá-lo.” (NEVES, 1998, p. 4). Apropriamo-nos da abordagem de Castanheira Neves neste argumento com o fim de reforçar que, alargadas as fronteiras do jurídico pela legisprudência, não há que se dizer que o controle do atos legislativos pelo judiciário há de ser excepcional, em vista do princípio da separação dos poderes, mas, antes, que a harmonia que este princípio invoca exige um diálogo entre os órgãos de que emanam suas fontes, para, em última análise, estarem os poderes equilibrados, ao menos, no plano da justificação.

⁸² Assim, com Castanheira Neves (1998, p. 11, grifos do autor): “Desde logo, o que se oferece no particular relevo da jurisdição constitucional e não menos no alargamento e aprofundamento do controle judicial da actividade administrativa, em que a referência à constituição está igualmente presente. Pode-se dizer que nestes termos se afirma a importância e especificidade crescente do controle jurídico dos poderes políticos e executivo e que a palavra decisiva desse controle é a do poder judicial, da função jurisdicional. É uma das dimensões capitais, nada menos que a dimensão realizanda, do que já se afirma a passagem do ‘Estado-de-legislação’ (Gesetzgebungsstaat) para um ‘Estado-de-Constituição’ (Verfassungsstaat). Com duas referências: se cabe ao juiz, como acaba de dizer-se, decidir quanto à validade ou invalidade jurídico-constitucional das leis, também a intencionalidade jurídica que assim se exige deixa de ser uma intencionalidade de uma juridicidade formal (aquela que corresponde fundamentalmente à juridicidade legal) para ser a juridicidade material do princípio de justiça que a constituição assume, nos direitos fundamentais e nos princípios normativos expressos ou implícitos.”

para usar uma expressão de Castanheira Neves, de não conhecer de matéria assente em projeto de lei, por óbvio, encontra restrição no próprio ordenamento jurídico vigente, que apenas conhece de ações diretas de inconstitucionalidade que têm por objeto lei ou ato normativo, não proposições.

Para ser o Supremo Tribunal Federal guardião da Constituição em seu sentido mais pleno, necessário se faz que se alargue sua competência de conhecimento, para abranger as proposições que violem flagrantemente a Constituição, sobretudo quando a matéria em discussão não tratar apenas de cumprimento de disposições regimentais, mas afrontem a Constituição em sentido material, violando direitos e garantias fundamentais expressos.

A necessidade de diálogo entre os Poderes Legislativo e Judiciário torna-se cada vez mais evidente, na medida em que os atores do sistema passam a participar dos processos de tomada de decisão. Exemplo disso foi a sugestão do Ministro César Peluso, do STF, quanto à possibilidade de revisão da legislação entre a aprovação pelo Congresso e a sanção presidencial, havida em reunião sobre o 3º Pacto Republicano, seguida de reação negativa dos parlamentares que consideraram a proposta como uma invasão na esfera de atuação do Poder Legislativo.⁸³

O argumento do Ministro Peluso era de que se tratava de uma forma de conter o número excessivo de ações constitucionais, barrando a existência da lei futuramente impugnável *ab ovo*, rebatido com o argumento de que as Comissões de Constituição e Justiça já fariam o exame de constitucionalidade. Para evitar maiores desgastes, o Ministro descartou a proposta, que, todavia, ainda exemplifica uma necessidade de o Legislativo ser mais taxativo em sua justificativa, reforçando sua própria legitimidade de atuação.

⁸³ A respeito, ver < <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,peluso-desiste-de-controle-previo-de-constitucionalidade,700072,0.htm>>, bem como < <http://www.jb.com.br/pais/noticias/2011/03/31/pacto-republicano-peluso-retira-proposta-de-controle-previo-de-constitucionalidade/>>, consultados em 01/07/2011.

A proposta de um controle prévio de constitucionalidade de proposições aprovadas, antes da sanção presidencial, se apresenta razoável. Se as Comissões de Constituição e Justiça já realizam essa modalidade de controle prévio, presume-se, diante dos fatos, que o têm realizado de forma inadequada, muitas vezes sobre o peso de interesses políticos que fundamentam proposições de lei. Ademais, trata-se de órgão constituído por atores políticos que são, em sua maioria, desvestidos da compreensão técnica necessária ao exame de constitucionalidade das proposições.

Não somente como forma de contenção do número de recursos e ações constitucionais apresentados ao STF, esta proposta se conforma como uma maneira de maximizar a segurança jurídica e o respeito pelas instituições, vez que a antecipação de uma palavra final a respeito da constitucionalidade da legislação evitaria decisões discrepantes na perspectiva do controle difuso de constitucionalidade, bem como fortaleceria o respeito pela constituição em um contexto em que o Poder Legislativo se apresenta desinteressado e até mesmo descompromissado com os fins a que sua atividade se destina. Não se pensaria em uma teoria normativa da legislação caso fosse diversa a situação.

4.4.2 A omissão legislativa de dever constitucional e “apelo ao legislador”

O regime das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão previsto na Constituição da República de 1988 teve seu procedimento disciplinado em 2009.⁸⁴ Essa nova disciplina institui o cabimento de ação perante o Supremo Tribunal Federal, desde que havida *“omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento do dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole*

⁸⁴ Dispõe o art. 103, § 2º, da Constituição: *“Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”*

administrativa”, como dispõe o art. 12-B, I, da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999.⁸⁵

Com a regulamentação de procedimento próprio para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, determinou-se que a decisão pela inconstitucionalidade será dada ao conhecimento do Poder competente para a adoção das medidas necessárias, ressalvando que apenas em casos de a competência pelo ato ser de órgãos administrativos, as providências deverão ser tomadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável estipulado pelo Tribunal, excepcionalmente, em atendimento de circunstâncias específicas do caso ou o interesse público envolvido (art. 12-H, *caput* e § 1º).

Esse regime de ação constitucional consubstancia o entendimento de que a irresponsabilidade do legislador não encontra espaço no Estado de Direito, bem como de que a separação dos poderes não é um dogma intransponível. A harmonia entre eles exige a implementação de um sistema de contrabalanceamento, em que a ação ou omissão de um possa ser equilibrada por outro poder. A lógica dedutiva que subjaz a aplicação do direito passa, então, a se valer da lógica indutiva de que a racionalidade legislativa se reveste, concluindo um círculo de informação que integra os Poderes do Estado, numa dialogicidade complementar ao Estado democrático de direito.

Ainda antes da instituição de uma ação com procedimento próprio, o Supremo Tribunal Federal já havia denotado que a omissão legislativa em matéria constitucional, causa de obstrução de exercício de direitos, não poderia prosperar. Assim, a título de exemplo, colacionamos ementa do julgado na ADI n. 3682 / MT, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes (julgada em 09/05/2007) que, declarando a mora do legislador, institui dever de legislar em 18 meses:

⁸⁵ Com a redação dada pela Lei n. 12.063, de 27 de outubro de 2009, que disciplina a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. **Inatividade do legislador quanto ao dever de elaborar lei complementar** a que se refere o §4º do art. 18 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 15/1996. Ação julgada procedente. 1. A Emenda Constitucional n. 15, que altera a redação do §4º do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. **Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar**, decorrente do comando do art. 18, § 4º, da Constituição. 2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, §4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. **As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional.** A *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 3. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. 4. **Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional** imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. **Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporável razoável**, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI n. 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios. (Grifos nossos).

Trata-se de instituto que visa a conferir efetividade às normas constitucionais definidoras de direitos dependentes de imprescindível densificação pelo Congresso Nacional e cujo exercício se encontrava limitado justamente por sua

ausência. Isso decorre do modelo de legalidade instituído pela ordem democrática que torna a ação estatal aquela conforme à estrita legalidade, não somente no sentido de não contrariá-la, mas naquele mais específico de ter todo seu prisma de ação contornado e delimitado pela lei, situação agravada por a mora do legislador gerar um “estado de inconstitucionalidade” abrangente da criação e alteração de limites territoriais de municípios no aguardo da ação legislativa, com repercussões em outros aspectos do exercício da cidadania, como o direito de voto e a própria organização política desses municípios.

A cautela do STF na fixação de prazo para a restauração da situação de constitucionalidade pela edição de lei complementar revela as dificuldades de realização do controle que gera obrigação positiva do legislador. Antes de representar ingerência do Poder Jurisdicional sobre o Legislativo, esse modelo de controle constitucional revelaria o diálogo entre judiciário e parlamento no contexto da elaboração da lei, no momento em que o legislador positivasse decisões e operasse modificações recomendadas pelo judiciário, em efetivo reconhecimento da legitimidade da jurisdição constitucional contraposta à carência de legitimidade do parlamento.⁸⁶

No contexto da jurisprudência constitucional alemã, Gilmar Mendes refere-se ao instituto do “apelo ao legislador” (*Appelentscheidung*), por meio do qual a

⁸⁶ Mendes explica melhor os fundamentos deste diálogo (1992, p. 477-478): “A influência dos grupos de pressão sobre o legislador, o déficit de racionalidade identificado no processo legislativo e a possibilidade de que as decisões majoritárias do corpo legislativo venham a lesar direitos de minorias constituem elementos denotadores de uma mudança no papel constitucional desempenhado pela lei nos modernos sistemas constitucionais. A existência de órgão judicial especial, incumbido de exercer o controle constitucional, impõe aos órgãos submetidos a esse sistema de controle um “dever de racionalidade” (*Zwang der Rationalität*) na concretização da constituição. Como acentua Starck, se se entender a democracia como representação funcionalmente legitimada e controlada, a jurisdição constitucional, longe de configurar um corpo estranho, expressaria essa idéia fundamental de controle. Pode-se afirmar, portanto, que, ao compensar eventuais debilidades identificadas no processo legislativo, a jurisdição constitucional não está usurpando funções tradicionais da representação popular, mas apenas exercendo as atribuições que lhe foram confiadas dentro desse novo modelo constitucional.”

Corte Constitucional Alemã, verificando que a legislação “ainda é” constitucional, no sentido de se encontrar em conformidade com a Constituição, embora transitoriamente, conclama ao legislador que proceda à revisão e à adequação da legislação, muitas vezes fixando prazo para tanto. Nesses casos, a decisão do tribunal constitucional é pela rejeição da inconstitucionalidade, aliada ao chamamento do legislador a proceder modificações devidas para que não ocorra a conversão da situação ainda constitucional, ou de constitucionalidade imperfeita, numa situação fática inteiramente inconstitucional (MENDES, 2005, p. 296-297).

O instituto do apelo ao legislador pode ser dividido em três categorias: apelo ao legislador por mudança das relações fáticas ou jurídicas;⁸⁷ apelo ao legislador por falta de evidência da ofensa constitucional;⁸⁸ ou ainda apelo ao legislador em virtude do inadimplemento de dever constitucional de legislar, que se relaciona, portanto, ao problema da omissão legislativa.

⁸⁷ É o caso, por exemplo, do pagamento de pensão por morte do cônjuge do sexo feminino, direito assegurado ao cônjuge supérstite masculino quando os proventos da segurada fossem fundamentais para o sustento da família, ao passo que a viúva fazia jus ao benefício independentemente de qualquer demonstração de dependência econômica. Tendo sido julgada pela primeira vez a matéria em 1963, a constitucionalidade foi declarada, considerando que o diminuto número de mulheres casadas entre a população economicamente ativa na Alemanha faziam supor que o Legislador não ultrapassara os limites de razoabilidade entre uma desigualação de situações jurídicas. Em 1973, ao argumento de que o número de mulheres casadas havia quadruplicado, o tribunal constitucional entendeu estar em curso um processo de inconstitucionalização, obrigando o legislador à edição de uma nova lei que contemplasse a nova realidade fático-jurídica em vista do princípio da igualdade (MENDES, 1992, p. 487).

⁸⁸ A falta de evidência de inconstitucionalidade refere-se, por sua vez, à efetiva possibilidade de identificação do momento em que a norma impugnada tornou-se inconstitucional, de modo a haver uma subjetivação do processo de identificação da inconstitucionalidade. Se o legislador, no momento da edição da norma, não possuía elementos de convicção necessários à verificação da inconstitucionalidade, não se podendo afirmar que a norma era inconstitucional desde o primeiro momento de sua existência, a corte constitucional, por meio do apelo ao legislador, o conclamava a regular novamente a matéria com vistas a preencher a constitucionalidade de acordo com a situação vigente. Assim, no caso dos distritos eleitorais alemães que, regulados em 1949, haviam sofrido expansão demográfica que punham em risco o princípio da igualdade eleitoral, a corte entendeu, em 1963, que o legislador deveria alterar a lei eleitoral, reduzindo as discrepâncias entre os distritos a patamares toleráveis (MENDES, 1992, p. 484).

Por ofensa ao dever de legislar, o tribunal constitucional federal entende três categorias: a de ofensa expressa a um dever constitucional de legislar, a de dever de legislar derivado de um dever geral de proteção advindo de direitos fundamentais, *“que obriga o Estado a atuar na defesa de certos valores, como a vida, a integridade física, a honra, sobretudo em face de agressões praticadas por terceiros”*, e a de um dever geral de adequação, que implica a obrigação de corrigir a legislação cuja aplicação venha trazendo consequências nocivas aos direitos fundamentais (MENDES, 1992, p. 490).

Se, no primeiro caso, o tribunal conclama o legislador a dispor sobre a matéria em um prazo determinado, quando a omissão sobre o dever de legislar ofende diretamente direitos fundamentais, seja por proteção ou por adequação, a corte não só fixa prazo, como dispõe que os tribunais estão autorizados a aplicar diretamente as normas constitucionais enquanto o legislador se mantiver em mora.

No âmbito do dever de proteção, vê-se como emblemática a decisão que constituiu em mora o legislador por não considerar os avanços em pesquisas científicas a respeito do uso pacífico da energia nuclear, em demandas de moradores de regiões vizinhas às instalações nucleares (MENDES, 1992, p. 492).

Os exemplos colhidos da experiência alemã vêm afirmar a dimensão da temporalidade na justificação legislativa, que gera o reconhecimento de um dever de atenção do legislador incidente sobre todos os momentos da vigência da norma. A observação quanto às situações fáticas sobre as quais incidem as normas superam a perspectiva legalista de verificação da coerência do sistema somente a partir do ponto de vista interno, abrindo a compreensão do ordenamento jurídico para uma concepção tanto da atividade legislativa quanto da aplicação do direito direcionada à conservação da ordem constitucional e do respeito às garantias fundamentais.

4.4.3 Controle sobre o dever de justificação exposto na avaliação

No contexto canadense, experiência de desenvolvimento e aplicação da avaliação de impacto, desde a década de 1980, segundo Houle (2006), ao conferir publicidade aos documentos da avaliação por meio da imprensa oficial, transformou a avaliação de impacto em documento público cujo conteúdo serve como argumento extrínseco para a interpretação da regulamentação. Analisando o uso deste documento na Corte Federal do Canadá no período compreendido entre 1988 e 2005, a autora identificou 128 decisões referentes ao documento de análise de impacto regulatório, das quais 92 faziam uso normativo desse material histórico legislativo, por meio do qual as razões do legislador influenciaram a tomada de decisão em 72% dos casos (2006, p. 163-166). Em quatro casos julgados entre 1997 e 1999, a Corte Federal definiu a possibilidade de utilização de material histórico legislativo como auxílio na interpretação judicial, definindo como requisito apenas a clareza do material, bem como não ser ele fonte isolada da argumentação, ou seja, seu uso deve ser complementar e subsidiário à argumentação jurídica tradicional.

Voltando à experiência alemã, já na década de 1980, declarava que o legislador deve embasar suas intervenções sobre um conjunto de experiências e de conhecimentos pertinentes sobre a matéria legislada, iniciando um processo de exigência de justificação da legislação com base na avaliação legislativa.⁸⁹ Essa jurisprudência evoluiu para uma obrigação de vigilância e de correção no que toca a elaboração normativa com impacto nos direitos fundamentais.

Segundo Flückiger (2009, p. 15), a obrigação de vigilância implica que o Poder Legislativo observe a lei desde o momento inicial de sua vigência, reunindo informações relevantes sobre sua aplicabilidade e mutações fáticas que acarretariam

⁸⁹ *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerGE)* vol. 50: p. 290, *apud* Luzius Mader (1985, p. 163).

a necessidade de alteração da legislação. A obrigação de correção, por sua vez, sujeita o legislador à correção na medida em que, quando da observação da lei (vigilância), se verifica que seus objetivos não poderão ser alcançados, o que importará em inconstitucionalidade. Assim, segundo o autor, “o juiz constitucional obriga o legislador a reunir e explorar sistematicamente os dados necessários a uma avaliação dos efeitos produzidos pela lei e corrigi-la em função desta avaliação” (2009, p. 14), muitas vezes, indicando os dados necessários à vigilância e fixando prazo para possível correção,⁹⁰ prazo este que se torna peremptório ao que a inconstitucionalidade seja constatada ou manifestada claramente.⁹¹

Isso decorre de interpretação do art. 20, 3, da Grundgesetz (Constituição Alemã), que determina a sujeição da legislação à ordem constitucional, o que acarreta, para o Tribunal Constitucional, a sujeição não restrita ao momento de criação da norma, mas que se estende por sua vigência, de modo que a norma jurídica permaneça em concordância com a Constituição.⁹²

O reconhecimento do legislador como ator jurídico pela jurisprudência constitucional alemã impõe o *dever de reflexão*, como descreveu Achterberg⁹³, que se

⁹⁰ Deste modo, na decisão sobre a interrupção da gravidez, a Corte Constitucional Alemã definiu que o Poder Legislativo federal reunisse informações sobre o número total de abortos em números absolutos e relacionados à população total, mulheres com idade de procriar, número de gestações, mortes fetais etc (FLÜCKIGER, 2009, p. 15).

⁹¹ Essas obrigações, todavia, não se aplicam a toda e qualquer disposição normativa, mas somente ao que se torne possível de violar alguma disposição constitucional, notadamente os direitos fundamentais (liberdade econômica, propriedade, liberdades pessoais), segundo Christian Mayer, (*Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers*. Baden-Baden: Nomos, 1996, p. 101), apud Flückiger (2009, p. 16).

⁹² Nos termos da Grundgesetz, Art. 20, item 3: “Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.” (A legislação está vinculada à ordem constitucional, como o Poder Executivo e Judiciário estão vinculados à lei e ao direito, em tradução nossa).

⁹³ ACHTERBERG, Norbert. “Rechtstheoretische Grundlagen einer Kontrolle der Gesetzgebung durch die Wissenschaft”. In *Theorie und Dogmatik des Öffentlichen Rechts. Ausgewählte Abhandlungen 1960-1980*. Berlin: Duncker & Humblot, 1980, p. 41-50.

desdobra em outros cinco deveres, de acordo com Gusy⁹⁴ (apud WINTGENS, 1999, p. 37-39): *dever de estabelecer os fatos*, que determina que a decisão do legislador esteja de acordo com o atual estado de coisas; *dever de balanceamento*, cuja premissa de que os fatos não impõem uma única forma de regulação obriga que o legislador balanceie as alternativas possíveis na tomada da decisão; *dever de prognosis* ou *de avaliação prospectiva*, referente à probabilidade de consecução dos objetivos pretendidos; um *dever de considerar circunstâncias futuras*, que implica que a tarefa legislativa não se exaure na publicação do ato normativo, mas se prolonga no tempo na observação do direito em ação; e, por fim, *dever de correção* ou *de avaliação retrospectiva*, quando o legislador, observadas imperfeições na legislação e necessidade de mudança, opera a atualização da legislação.

Esses deveres, decorrentes da jurisprudência constitucional alemã, referem-se, por sua vez, à própria racionalidade do legislador como postulada pela jurisprudência. Reconhecendo a inserção do legislador como ator jurídico, seus atos não podem mais assentar-se sobre o aspecto meramente volitivo, mas devem deixar claras as bases nas quais a decisão é tomada, declarando não somente uma decisão, mas uma decisão informada e justificada racionalmente.

Trata-se de verificar a justificação da legislação com bases na avaliação, o que, muitas vezes, coincidirá com o problema de se verificar a intenção legislativa. É certo que, na evolução da jurisprudência, os tribunais opuseram resistência ao atrelamento das razões de decidir às razões do legislador – aparte a Escola da Exegese, que pressupunha a tarefa hermenêutica justamente no definir, ante ao caso concreto, a intenção legislativa suposta. Todavia, mesmo na tradição do *common Law*, essa perspectiva vem sendo, senão superada, ao menos relativizada. Segundo Jeremy Waldron, em 1992, no caso Pepper contra Hart, a Câmara dos Lordes sustentou, pela

⁹⁴ GUSY, Christoph. “Das Grundgesetz als normative Gesetzgebungslehre”. In *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1985, p. 291-299.

primeira vez no direito inglês, que os tribunais poderiam consultar material histórico-legislativo referente ao debate parlamentar com o fim de verificar como se deve interpretar um estatuto (WALDRON, 2003, p. 30).

A crítica, pertinente, de que o debate parlamentar não constitui material idôneo para subsidiar a decisão judicial, justamente por não serem as legislaturas um corpo único mas a congregação de numerosos indivíduos com visões de mundo tão diversas e plurais quanto o é a própria sociedade, e de que interessa apenas no ato legislativo como ato intencional o referir-se ao sim – ou ao não, como posições de decisão – do qual emerge alguma uniformidade, a crítica não pode ser estendida ao material histórico-legislativo de avaliação, que informa mais que intenções de um ou outro legislador, senão o conjunto de dados que subjaz à determinada tomada de posição ante a realidade e, portanto, constitui as razões da decisão legislativa.

A avaliação, nessa perspectiva, completa o ciclo de controle interno e externo da legislação. Mais que isso, representa a própria argumentação racional que justifica as restrições da liberdade. Considerando a legislação como instrumento de ação governamental, não o primeiro, mas um dos muitos que devem ser levados em conta na tomada de decisão, a avaliação legislativa consubstancia o princípio da alternatividade da legislação. Por consequência, a ideia de densidade normativa ganha relevância se o direito, considerado numa perspectiva responsiva, deve oferecer mais liberdade que restringi-la, de tal modo que a avaliação possa oferecer instrumentos melhores de intervenção que a imposição de sanção.

Por outro lado, a consideração de deveres legislativos como o de adequação e proteção, emergentes do constitucionalismo germânico, referem-se ao princípio da temporalidade, a uma consideração histórico-factual do fenômeno normativo que não mais pressupõe uma conservação universal. A avaliação retrospectiva, portanto, integrada em definitivo às casas legislativas e à administração pública, cumpriria a função de informar o real estado fático subjacente à legislação, subsidiando alterações da legislação. A coerência do sistema, assim, fica

resguardada, ao que a legislação e o próprio poder normativo da administração se voltam à sua conservação, fortalecendo a ideia de segurança jurídica e os pressupostos de correção do ordenamento.

É preciso que se verifique o diálogo entre legislador e juiz como autoridades de onde emanam as fontes do direito. O legislador, autoridade legítima de criação do direito no Estado democrático, deve ter suas razões conhecidas e analisadas em ações de controle de constitucionalidade. E se assim não ocorre é somente por ainda o legislador manter obtusa sua argumentação/justificação no seio das proposições. Também o legislador precisa compreender seu papel de ator jurídico e de interlocutor legítimo dos demais atores do sistema; ou estará fadado a ter sua voz, de representante, tolhida nas discussões jurisdicionais onde sua própria ação é posta em causa.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. A construção de uma teoria normativa da legislação impôs que se rompesse com determinados dogmas defendidos pela ciência do direito a partir de uma postura legalista que considerava o fenômeno normativo apenas como o dado norma ou ordenamento jurídico, desconsiderando o momento legislativo de criação do direito como objeto de seu estudo. No contexto do compromisso com a máxima efetividade dos direitos fundamentais e do Estado do direito, a tese de discricionariedade ilimitada do legislador é criticada a partir do ponto de vista interno da ciência do direito, que se reconstrói sobre as bases do contrato social, derivando dele uma nova abordagem quanto ao problema da liberdade. Esta deixa de ser concebida apenas subsidiariamente em termos morais para ser valorizada como *principium*, ponto de partida de organização do espaço político e último termo no regresso da cadeia de legitimação do direito.

2. A liberdade como *principium* privilegia a autonomia dos indivíduos, em detrimento da postura legalista que somente admite a ação moral em conformidade com regras de direito. A teoria do contrato social, concebendo a liberdade apenas na forma da associação civil, esvaziava de conteúdo as possibilidades de ação conforme concepções de liberdade e redundavam na maximização do espaço de atuação do Estado.

3. Essa guinada na forma de perceber a liberdade importou a construção de princípios de teoria normativa da legislação. A exigência de justificação no modelo de troca, em que concepções de liberdade podem ser substituídas por concepções sobre a liberdade quando expostas razões racionais convincentes para tanto. Disso derivaram quatro princípios de justificação da legislação que se interconectam para conferir racionalidade às normas de direito. Essa racionalidade,

como proposto, demonstra-se a partir da argumentação jurídica, que se volta para a criação do direito com vistas a se engajar na validade e na legitimidade das normas.

4. Dos quatro princípios, alternatividade e densidade normativa propõem que o direito só seja justificado, de um lado, na falência da interação social, e de outro, tenha o peso normativo proporcional e comprometido com os objetivos que almeja alcançar. A legislação passa a ser compreendida como um dos possíveis instrumentos de que se vale a ação governamental, todavia, aquele que mais produz impacto sobre a liberdade, vez que significa sempre restrição no âmbito de ação dos indivíduos. A justificação, portanto, deve demonstrar em que medida outros instrumentos não são aptos para a consecução dos fins a que se orienta a perspectiva do direito responsivo.

5. O princípio da temporalidade, por sua vez, revela o compromisso com o contexto de inserção do fenômeno normativo, de onde emerge deveres de observação e adequação da legislação para que a justificação da legislação mantenha sua conotação de racionalidade, como foi observado na jurisprudência constitucional germânica. O princípio da coerência completa um círculo de informação que passa tanto pelo legislador, o qual pela primeira vez se compromete com a existência da lei, quanto pela administração e pelo judiciário, que se munem da justificação para compreender e aplicar o fenômeno normativo.

6. Esses quatro princípios ganham concretização na perspectiva do controle da legislação. Compreende-se que uma teoria normativa da legislação desprovida de definição de formas de controle seja inútil. Os pressupostos normativos da teoria da legislação como justificação da decisão legislativa fazem emergir a dimensão da avaliação de impacto como mecanismo de controle, ao que esta pode fundamentar tanto a tomada da decisão legislativa, como contribui para o conhecimento do juiz na aplicação da lei, de modo a completar um círculo de

informação entre criação e aplicação do direito, restaurando o aspecto unitário do fenômeno jurídico.

7. A avaliação legislativa, como instrumento metódico de compreensão do fenômeno normativo em todas as suas facetas, visa a atender a necessidade de decisão informada, à publicidade da decisão e interlocução com os participantes do processo. O aspecto instrumental da legislação, dissimulado pelo legalismo forte, ganha uma dimensão maior ao que se questiona sobre direitos fundamentais cuja concretização demanda efetiva intervenção governamental. A argumentação legislativa, na forma da avaliação de impacto, dedica-se ao compromisso com a máxima efetividade dos direitos fundamentais.

8. O contexto da avaliação no direito brasileiro demonstra a necessidade de positivação de mecanismos de avaliação, dotados de participação e transparência e que convalide a avaliação como documento público que se posicionaria entre as fontes do direito.

9. A discussão sobre as possibilidades de controle jurisdicional dos atos legislativos revelaram, por sua vez, a emergência de questionamentos bastante razoáveis acerca da discricionariedade legislativa e dos deveres do legislador no quadro do Estado de direito, e a flexibilização da proteção dos atos *interna corporis*, que se mostram incompatíveis com esse quadro. O compromisso com a ordem constitucional se estende a todos os atores jurídicos. O valor relativo do aspecto político-volitivo do ato legislativo também emerge desse entendimento.

10. É possível, portanto, a institucionalização de um controle prévio de constitucionalidade das leis, assente entre a aprovação e a sanção presidencial e por provocação do Presidente da República, como mecanismo de proteção do ordenamento jurídico contra leis absolutamente inconstitucionais, bem como por ser forma de obrigar o Poder Legislativo, de legitimidade cada vez mais questionada, a justificar suas decisões racionalmente, demonstrando inclusive a compatibilidade

com a Constituição. O controle prévio, assim concebido, tornaria evidente o caráter dialógico entre os dois níveis de decisão que conformam o fenômeno norma jurídica.

11. Uma compreensão sistemática do ordenamento jurídico exige que não mais se proceda, com rigidez, à separação entre decisões de aspecto político-volitivo e de natureza técnica. A dimensão política da decisão jurídica, já levada à exaustão pela teoria do direito, precisa dialogar com as outras faces do fenômeno político-normativo, sem que isso seja considerado como corrosão da ciência do direito ou como descrédito quanto à natureza científica de seu estudo, aliando o técnico ao político com vistas ao compromisso com os direitos fundamentais.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Ailius. *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo, Martins Fontes, 2009.

ATIENZA, Manuel. "Argumentación y Legislación". In. *Legislação: Cadernos de Ciência da Legislação*. Oeiras: Instituto Nacional de Administração (INA), outubro-dezembro, 2009, p. 313-341.

ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277. Relator: Ministro Ayres Britto. 5 de maio de 2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277.pdf>>. Acesso em: 01/07/2011.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Denise Agostinette. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.

BUNDESREPUBLICK DEUTSCHLAND. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Disponível em: < <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gg/gesamt.pdf>>, consulta em 01/06/2011.

CARVALHO NETO, Menelick de. "A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do direito? De Hans Kelsen a Ronald Dworkin". In. *Cadernos da Escola do Legislativo*. Belo Horizonte: ALMG, 3(5): 27-71, jan./jun. 1997, disponível em <<http://www.almg.gov.br/CadernosEscol/Caderno5/dfi.pdf>>, consulta em 29/11/10.

CATTONI, Marcelo. *Devido Processo Legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CAUPERS, João. "Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metodica da Legislação". In *Legislação: Cadernos de Ciência da Legislação*. Oeiras: Instituto Nacional de Legislação, n. 35, outubro-dezembro 2003, p. 5-87.

COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do direito*. Trad. da 5ª ed. alemã Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 88-118.

COSTA JÚNIOR, Eduardo Carone. *A legislação simbólica como fator de envenenamento do ordenamento jurídico brasileiro: direito e política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 2004, p. 33-100.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 15ª edição, 2003.

DORBECK-JUNG, Bärbel. "Conceptualizing Legisprudence: from legislation to responsive regulation". *Paper for the Annual Conference of EGPA*, 1995, 13p.

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

ELLSCHIED, Günter. "O problema do direito natural. Uma orientação sistemática". In KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira, rev. António Manuel Hespanha. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 211 – 280.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. São Paulo: Atlas, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão dominação*. São Paulo: Atlas, 2003.

FLORES, Imer B. "The Quest of Legisprudence: Constitutionalism *v.* Legalism". In WINTGENS, Luc J. (org.). *The Theory and Practice of Legislation: Essays in Legisprudence*. [s.l.] Ashgate, 2005, p. 26-51.

FLÜCKIGER, Alexandre. "Effectiveness: a new constitutional principle". In. *Legislação: Cadernos de Ciência da Legislação*. Oeiras: Instituto Nacional de Administração (INA), outubro-dezembro, 2009, p. 183-198.

FLÜCKIGER, Alexandre. "A obrigação jurisprudencial da avaliação legislativa: uma aplicação do princípio da precaução aos direitos fundamentais". Trad. Marilúcia Chamarelli, Fabiana de Menezes Soares (rev). In. *Senatus: cadernos da Secretaria de Informação e Documentação*. Senado Federal, Secretaria de Informação e Documentação, vol. 7, n. 1, jul. 2009, p. 14-23.

GAVAZZI, Giacomo. "Kelsen e a doutrina pura do Direito". In. KELSEN, Hans. *A democracia*. Trad. Ivone Castillo Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 1-20.

HOULE, France. "Regulatory History Material as na Extrinsic Aid to Interpretation: Na Empirical Study on the use of RIAs by Federal Court of Canada". In *Canadian Journal of Administrative Law & Practice*. July 2006, 19 C.J.A.L.P., p. 151 - 189.

KARPEN, Ulrich. "Giving Effect to European Fundamental Rights Through Evaluation of Legislation". In *Statute Law Review*, v. 23, n. 3, 2002, p. 191-202.

KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira, rev. António Manuel Hespanha. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. "Essência e Valor da Democracia". In *A Democracia*. Trad. Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 25-107.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

MADER, Luzius. "A avaliação legislativa: Uma nova abordagem do direito". In *Legislação: Cadernos de Ciência da Legislação*. Oeiras: Instituto Nacional de Administração, abril-junho, 1991, p. 41-49.

MADER, Luzius. "Evaluating the Effects: A Contribution to the Quality of Legislation". In *Statute Law Review*, Volume 22, Number 2, 2001, p. 119-131.

MADER, Luzius. *L'évaluation législative: pour une analyse empirique des effets de la législation*. Payot Lausanne, 1985.

MADER, Luzius. "The evaluation of draft laws". In Karpen (ed). *Evaluation of Legislation. Proceedings of the Fourth Congress of the European Association of Legislation*

(EAL) in Warsaw (Poland), June 15th-16th, 2000. Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, p. 102 - 115.

MAZUREK, Per. "Teoria Analítica do Direito". In. KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira, rev. António Manuel Hespanha. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 369-380.

MENDES, Gilmar Ferreira. "O apelo ao legislador – *appelentscheung* – na praxis da Corte Constitucional Federal Alemã". In *Revista de Informação Legislativa*, v. 29, n. 114, abr./jun. 1992, p. 473-502.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Trad. Jefferson Luiz Camargo, rev. Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NOLL, Peter. "Liberté et égalité en tant que problème législatif". In *Archiv für Recht und Sozialphilosophie*. V. 53(2), 1967, p. 215-232.

OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

PECZENIC, Aleksander. "A model of legal reasoning". In. *Rechtstheorie Beiheft*. Berlin: Duncker & Humbolott, 10, 1986, p. 67-87.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Trad. Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RIPERT, Georges. *Les forces creatrices du droit*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1955.

RODRIGUEZ-PEREYRA, Gonzalo. "Nominalism in Metaphysics". In *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Edward N. Zalta (ed.), Fall 2008 Edition, disponível em <http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/nominalism-metaphysics/>, consulta em 23/05/2011.

SHKLAR, Judith N. *Direito, Política e Moral*. Trad. Octavio Alves Velho e Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. *Crisis of Parliamentary Democracy*. Trad. Ellen Kennedy. Cambridge: MIT Press, 1988.

SOARES, Fabiana de Menezes; SANTOS, Leticia Camilo dos. "Learning to divide the law contents: the lobby as a strategy for a clearer Brazilian legislation". In The Academy for Legislation and the Knowledge Centre for Legislation of the Dutch Ministry of Justice and the Dutch Association for Legislation jointly organized the 7th Congress of the European Association of Legislation (org.). *The Learning Legislator*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2009.

SOARES, Fabiana de Menezes. *Teoria da Legislação: formação e conhecimento da lei na idade tecnológica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004.

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*. Trad. Márcia Valéria Martinez Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

VILLEY, Michel. "La législation, selon la Somme Théologique". [s.n.t.], p. 57-70.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WINTGENS, Luc J. "Freedom and Legisprudence – a more substancial view: A reply to Professor Perju". In *Boston University Law Review*, vol. 89, 2009, p. 1795-1805.

WINTGENS, Luc J. "La législation entre science et politique. Éléments pour une aproche légisprudentielle du droit". In *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques* 2000.44, p. 115-155.

WINTGENS, Luc J. "Legisprudence as a New Theory of Legislation". In *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, 2006, p. 1-25.

WINTGENS, Luc J. "Legitimacy and Legitimation from Legisprudential Perspective". In WINTGENS, Luc J. (ed.). *Legislation in context: essays in legisprudence*. [s.l.]: Ashgate, 2007, p. 3-42.

WINTGENS, Luc J. "To Follow a Rule as a Legislation – Some Observations from a Legisprudential Perspective". In *Rechtstheorie*. Berlim: Duncker & Humblot, 30 (1999), p. 11-46.

WRÓBLEWSKI, Jérzi. *The judicial application of law*. Dordrecht: Kluwer, 1992.