

# ANÁLISE DE DECISÃO DE CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE ABSTRATIVIZADA, COMO BASE PARA ESTUDO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E DO BEM JURÍDICO PENAL.

Fabiano Hartmann Peixoto\*  
Debora Bonat\*\*

## RESUMO

O trabalho acadêmico que está se desenvolvendo, no qual se insere o presente artigo, como elemento inicial e com papel de contextualização da abordagem teórica, buscará detalhar esse caso, bem como, iniciar a identificação da possibilidade de entendimento de uma racionalidade diferenciada, permitindo a elaboração de um Direito mais permeado pela moral, pela ética e pela justiça, tendo como referenciais teóricos, especialmente, as obras de Manuel Atienza e Robert Alexy.

**Palavras-chave:** Judicialização. Teorias da argumentação. Racionalidade. Modernidade. Bem jurídico-penal.

## ABSTRACT

*Academic work that is developing, which incorporates the present article, as the initial element and role of contextualizing the theoretical approach, will seek to detail this case as well, start identifying the possibility of a differentiated understanding of rationality, allowing development of a more permeated by the moral law, ethics and justice, having as theoretical frameworks, especially the works of Manuel Atienza and Robert Alexy.*

**Keywords:** *Legalization. Theories of argumentation. Rationality. Modernity.*

## INTRODUÇÃO

O ano é 2006 e o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o *Habeas Corpus* nº 82959 proveniente do Estado de São Paulo aborda temas da dogmática jurídica de especial interesse para outro plano de abstração no qual se insere este trabalho acadêmico, o plano teórico.

O STF, enfrentando em pano de fundo uma questão delicada de política de combate às drogas (explicitamente apresentada pela lei 11.343/2006 do mesmo ano, como parte de uma estratégia de combater um problema criminal severo, assim como um problema social intenso pelo universo de dependentes químicos), em uma situação na qual caberia, segundo o direito posto, controle de constitucionalidade incidental, com efeito restrito às partes, proclama decisão e abstrativiza seus efeitos, tornando-os *erga omnes* e vinculantes.

A princípio, uma situação jurídica estabilizada, na qual o controle 'subjetivo' de constitucionalidade tinha sua particularidade e seus efeitos restritos aos sujeitos integrantes

\* Doutorando em Direito pela UnB. Mestre em Direito. Professor Universitário; fabiano\_hp@hotmail.com

\*\* Doutoranda UnB, Professora Universitária; debora\_bt@hotmail.com

da específica relação processual e que não se confundiam com o controle 'objetivo' de constitucionalidade - esse sim voltado ao controle normativo em tese, cujos efeitos deveriam ser a todos - passa a compor um novo cenário normativo, não estruturado pelo legislador, mas pelo juiz, que ao solucionar um caso concreto, identifica a necessidade de 'ampliar' seus efeitos, atingindo a todos e vinculando futuras decisões de suas turmas, outros Tribunais, Juízes e demais órgãos públicos.

Tal situação cujo detalhamento buscar-se-á trazer para o plano acadêmico nesse trabalho, permite uma série de considerações sobre a judicialização da política e uma nova forma de tratamento aos condenados pela Lei de Drogas. A situação histórica ainda é enriquecida por ocasião da Reclamação nº 4335/AC, desencadeada por uma insurreição judicial local aos efeitos vinculantes da referida decisão do HC, manifestamente pelo entendimento diferenciado dos contornos do sistema punitivo, traduzidos processualmente por alternativas buscadas para se desviar dos efeitos vinculantes da decisão do STF. Assim, tem-se, nessa dimensão, todo um complexo de tensões entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, que sincronicamente 'legisla', bem como desarmonia dentro do próprio Poder Judiciário sobre os seus limites de atuação.

O trabalho acadêmico que está se desenvolvendo, no qual se insere o presente artigo, como elemento inicial e com papel de contextualização da abordagem teórica, buscará detalhar esse caso, bem como, iniciar a identificação da possibilidade de entendimento de uma racionalidade diferenciada, permitindo a elaboração de um Direito mais permeado pela moral, pela ética e pela justiça, tendo como referenciais teóricos, especialmente, as obras de Manuel Atienza e Robert Alexy.

Empregou-se o método indutivo na fase de investigação, e os resultados são relatados no artigo no modo dedutivo, sendo operadas as técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica (PASOLD, 2007).

## **1 A REAPROXIMAÇÃO DO DIREITO COM A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: NOVOS PARADIGMAS DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO ESPECIALMENTE NO ÂMBITO PENAL.**

As transformações ocasionadas nas relações humanas da modernidade pela constatação de um momento diferenciado de se compreender o Direito despertam o interesse pelo estudo acadêmico de seus fenômenos e teorias. A possibilidade de se argumentar uma decisão sobre um tema ou questão jurídicos com racionalidade (uma racionalidade diferenciada do modelo científico cartesiano puro, que deu base a construção positivista dos séculos anteriores) ganhou novo impulso com as profundas alterações na forma de se compreender o Direito no pós-guerra.

Após duas décadas da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil pode-se perceber, semelhante a um processo de passagem por uma lente, que o pen-

samento positivista, fundamentante, inclusive, de um regime autoritário, foi superado por uma nova visão constitucional estruturante de uma festejada política democrática, que ainda sofre, contudo, algumas importantes distorções, hipertrofismos, desvirtuamentos e reações.

Com a constitucionalização do Direito, tendo com marco filosófico o neopositivismo, houve uma ampliação do papel político do Poder Judiciário verificando-se um novo e desafiador papel destinado a esse Poder.

As teorias assim chamadas procedimentalista e substancialista permitem a constatação que a judicialização é um fenômeno. Por outro lado, a ausência de sentido em diversas decisões judiciais levam a constatação de que o ativismo judicial deva ser analisado com maior atenção.

A insuficiência de respostas pelo aparato estatal executivo, bem como pela profunda crise legislativa, cada vez mais, estão abrindo flancos para atuação do controle judiciário. O enfrentamento das questões criminais da Sociedade tornou-se, dentro da crise da modernidade, um dos aspectos centrais do direito. Com estas verdadeiras transformações surge o interesse de se avaliar racionalmente as decisões judiciais, como forma de valorizá-las, quando elaboradas atendendo a uma racionalidade argumentativa.

O aprofundamento da compreensão dos atores políticos tem relevância num estudo dos fundamentos do Direito. As transformações ocasionadas nas relações humanas da modernidade pela constatação deste momento diferenciado de se compreender o Direito despertam o interesse pelo estudo acadêmico de seus fenômenos.

O Direito, em sua nova compreensão, talvez, não possa dar a resposta única e a segurança buscadas pelos puristas, contudo, a segurança que a sociedade busca, e, daí a validade de um pesquisa neste tema, é a reflexão profunda e a busca da compreensão dos fenômenos contemporâneos.

Esse estudo e essa busca se deparam com a riqueza e a complexidade do tema e podem conduzir a construção argumentativa de respostas, não impostas ou autoritárias como já houvera em outros tempos, mas dialógicas e efetivamente democráticas como o tempo atual almeja.

Justifica-se o especial interesse na delimitação adequada do tema na medida que se quer compreender se a relação da evolução do entendimento de nossa Constituição, com as formas de tutela e proteção penal, inclusive a processual penal, na forma de aplicação das sanções deve realmente se traduzir na forma de proteção dos bens mais importantes, na forma mais eficaz, que permita não a mera retribuição, mas a prevenção e recuperação do condenado, e a conseqüente proteção mais efetivas dos bens mais relevantes da Sociedade.

Neste universo, buscou-se um ponto de partida. Identificou-se como paradigmática uma decisão do STF, que enfrenta um rol de questões úteis ao estudo acadêmico.

## 2 DECISÃO EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCRETO

Estabelecidos os paradigmas pós-positivista e neoconstitucionalista e a reaproximação da Argumentação Jurídica ao Direito ressalta-se que o controle de constitucionalidade surge de uma necessidade relacional entre o que é estabelecido pela Constituição com algo que pode estar ou não compatível com o ali normatizado.

O reconhecimento da supremacia constitucional impõe a necessidade de um controle de constitucionalidade dos demais atos normativos derivados diretamente do seio constitucional.

O modelo brasileiro adotou o sistema eclético de controle, combinando o controle de constitucionalidade concreto e abstrato, estruturados de tal forma à proteção da CRFB/88. Aqui, tem especial interesse o controle jurisdicional, especialmente o controle jurisdicional concreto.

O controle concreto surgiu historicamente nos Estados Unidos, quando a Suprema Corte teve que enfrentar o caso *Marbury v. Madison*, ainda no século XIX (1803), chegando ao ordenamento constitucional pátrio, bem mais tardiamente, por ocasião da Constituição de 1891.

De forma sintética, o controle concreto de constitucionalidade é aquele que autoriza a quaisquer órgãos judiciais, ao decidir um caso concreto, repudiar, de maneira incidental, a norma considerada inconstitucional.

Por esta sua natureza absolutamente disseminada, classicamente seus efeitos se restringiam às partes envolvidas na demanda na qual se decidiu pela inconstitucionalidade. Além disso, caberia – no máximo, ao órgão judiciário (Tribunal), uma comunicação para o órgão legislativo para que esse sustasse o ato normativo havido por atacar a Constituição.

## 3 O HABBEAS CORPUS 82959 - CONCRETIZAÇÃO DO DEBATE ENTRE JUDICIÁRIO E LEGISLATIVO

O HC 82959 carrega em si um valor acadêmico importantíssimo. Nele, o Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º da Lei 8072/90, que vedava a progressão do regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos. Nesse, a dogmática do controle concreto de constitucionalidade e seus sucedâneos sofrem profundas alterações. Tal decisão veio a fundamentar a adoção da teoria da abstrativização dos efeitos da sentença, algo só previsto pelo Legislador para o controle abstrato de constitucionalidade (L. 9868/99 – artigo 27).

Nesse julgado o Supremo Tribunal Federal aponta os pilares que fundamentam sua tese de abstrativização. Inicialmente o STF reconhece que o dispositivo expresso na Lei 9868/99, atribuiu a declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos para o controle concentrado.

Partiu, então, o Supremo, na argumentação de sua defesa da extensão interpretativa desta limitação de efeitos ao controle difuso alegando uma vinculação a origem histórica do sistema difuso. Relembrou o Ministro Mendes na decisão do HC que nos Estados Unidos passou-se a admitir, marcadamente após a Grande Depressão, a necessidade de se estabelecer limites a uma decisão de inconstitucionalidade. A questão da necessidade de se enfrentar a flexibilização dos efeitos ficou mais evidente, na exata delimitação do alcance de uma declaração de inconstitucionalidade para questões criminais, pois “Se as leis ou atos inconstitucionais nunca existiram enquanto tais, eventuais condenações nelas baseadas quedam ilegítimas, [...]” (HC 82959) E isso, obviamente, teria uma consequência para uma impugnação imediata de todas as condenações baseadas na lei inconstitucional. Por outro lado, se a declaração tivesse seus efeitos apenas inter partes não haveria de causar esse efeito nos julgamentos anteriores.

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

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

Uma segunda tese de sustentação para a referida decisão circunscreve-se ao tema da compatibilização de decisões nos modelos concreto e abstrato, destacadamente a possibilidade de optar-se por atribuir efeito *ex tunc* excepcional a uma decisão de inconstitucionalidade sobre o caso concreto.

Construiu entendimento o STF de que se houver declaração de inconstitucionalidade restrita, essa decisão afetará demais situações idênticas, inclusive situações que já tenham sido levadas ao Judiciário e estejam tramitando em instâncias diversas, posto que, para o STF, como passagem citada no julgamento do referido HC, “A inconstitucionalidade da lei há de ser reconhecida a partir do trânsito em julgado. Os casos concretos ainda não transitados em julgado não de ter o mesmo tratamento (decisões com eficácia *ex nunc*) se e quando submetidos ao STF.”

O Supremo Tribunal Federal, declarando amor a segurança jurídica, prosseguiu no entendimento de que seria razoável que o próprio STF declarasse, nos casos de controle de constitucionalidade concreto, os efetivos alcances de sua decisão.

Textualmente o HC apresenta:

Essa ressalva assenta-se em razões de índole constitucional, especialmente no princípio da segurança jurídica. Ressalte-se aqui que, além da ponderação central entre o princípio da nulidade e outro princípio constitucional, com a finalidade de definir a dimensão básica da limitação, deverá a Corte fazer outras ponderações, tendo em

vista a repercussão da decisão tomada no processo de controle *in abstracto* nos diversos processos de controle concreto.

Dessa forma, tem-se, a nosso ver, uma adequada solução para o difícil problema da convivência entre os dois modelos de controle de constitucionalidade existentes no direito brasileiro, também no que diz respeito à técnica de decisão.

[...]

Assim, configurado eventual conflito entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica, que, entre nós, tem *status* constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em um processo de complexa ponderação.

Desse modo, em muitos casos, há de se preferir a declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritos à insegurança jurídica de uma declaração de nulidade, como demonstram os múltiplos exemplos do direito comparado e do nosso direito.

[...]

Assim sendo, ressalvada a hipótese de uma declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos (art. 27, Lei nº 9.868, de 1999), a declaração de inconstitucionalidade (com eficácia *ex tunc*) em relação a sentenças já transitadas em julgado poderá ser invocada, eficazmente, tanto em ação rescisória, como nos embargos à execução. Às vezes, invoca-se diretamente fundamento de segurança jurídica para impedir a repercussão da decisão de inconstitucionalidade sobre as situações jurídicas concretas.

[...]

Não se afirme que, sob a Constituição de 1988, o STF teria rejeitado a possibilidade de adotar a técnica de decisão com efeitos limitados. [...]

HC nº 82959/SP

Com base nessas duas teses, o Supremo Tribunal Federal consolidou caminho para a construção da flexibilização das características de suas decisões de controle concreto de constitucionalidade, demonstrando que a norma de abstrativização contida na Lei 9868, de 1999 possui, para o STF, caráter interpretativo, devendo ser orientada pela segurança jurídica e pelo excepcional interesse social, ambos revestidos por normas constitucionais.

Nessa passagem, reforça o HC:

No que diz respeito à segurança jurídica, parece não haver dúvida de que encontra expressão no próprio princípio do Estado de Direito consoante, amplamente aceito pela doutrina pátria e alienígena. Excepcional interesse social pode encontrar fundamento em diversas normas constitucionais. O que importa assinalar é que, consoante a interpretação aqui preconizada, o princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social (Cf., a propósito do direito português, Medeiros, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, cit., p. 716).

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

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

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

[...]

Conclusão

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

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

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

[...]

HC nº 82959/SP

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

Tal verdadeira norma de extensão, no entendimento do STF, deveria vincular as demais instancias do Judiciário, sob o argumento inatacável de que todo o Poder Judiciário advém da mesma Constituição e que, portanto, toda inconstitucionalidade deve ser por ele observada.

Essa vinculação não ocorreu de forma tão absoluta, tranqüila e uniforme. Assim, a inconstitucionalidade detectada pelo STF não repercutiu na totalidade do poder Judiciário e isso, além dos aspectos da ordem processual, refletiu indefinições marcantes do próprio Poder.

## 4 TENSÕES E INDEFINIÇÕES DENTRO DO JUDICIÁRIO

As definições estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal, ao tratar da matéria constitucional incidental ao HC 82959, principalmente quanto aos efeitos de sua decisão, provocaram profundas alterações em toda a jurisdição criminal brasileira. E isso desencadeou uma tensão originária da Reclamação n. 4335/AC. Vale destacar no seguinte Informativo da Procuradoria da República da 1ª Região a essência da questão:

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

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

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

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

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

Após, pediu vista o Min. Eros Grau.

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

Tanto a nova forma de interpretar a Constituição, num posicionamento entre Poder Judiciário e Poder Legislativo impensável na visão positivista, bem como a demonstração das tensões dentro do próprio poder Judiciário pela força vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concreto de constitucionalidade, além das inúmeras considerações realizáveis nos marcos teórico e filosófico apontam para um novo modelo de Direito muito mais próximo da Argumentação Jurídica.

É justamente na Argumentação Jurídica que se busca enfrentar um problema deste marco pós-positivista. Como as decisões judiciais se reforçam de um caráter interpretativo. Seria possível alguma forma de verificação da racionalidade dessas decisões. Nesse aspecto apóia-se na teoria da argumentação desenvolvida por Alexy.

## 5 O DIREITO PENAL NA VISÃO CONSTITUCIONAL.

A idéia original de um Direito Penal como algo valioso socialmente, que deve ser protegido pelo Estado, simbioticamente relacionado a uma pena foi com a visão constitucional sofrendo aperfeiçoamentos. Tais aperfeiçoamentos, nesta modernidade, marcam sobremaneira o Poder Judiciário, que atua material e processualmente muito além do binômio infração sanção, mas, sobretudo, em um novo movimento do Estado para, de uma forma mais ampla, assegurar a não violação de bens, fruto de valores constitucionalmente adequados; o cumprimento de prestações de caráter público, concretizando-se os princípios da dignidade da pessoa humana, da insignificância, da culpabilidade ampla.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como a superação histórica do positivismo jurídico kelsiniano, o Poder Judiciário, em harmonia aos valores e propósitos inspiradores da CRFB 88, vem, da inacessível e dis-

tante periferia, em um processo de aproximação com as preocupações da agenda pública e dos atores sociais, buscando ocupar a posição central na democracia que está se edificando.

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

A democracia, meramente posta como representação da maioria, tem em seu processo tenro de desenvolvimento muitos cenários de tirania da maioria e, nesse contexto, o Judiciário começa a atuar mais decisivamente frente às crises sistemáticas do Legislativo e do ativismo legiferante do Executivo e com a fragilidade representativa do Poder Legislativo (VIANNA, 1999).

Neste novo processo institucional um novo espaço de tensões, institutos e fenômenos que demonstram uma demanda por formas de se oportunizar uma proteção individual e coletiva, muitas vezes impondo-se limitações a vontade da maioria, que nem sempre traduzem uma sociedade fraterna (solidária), pluralista e sem preconceitos, como idealizada pela Constituição brasileira.

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

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

A liberdade e a dignidade são valores fundamentais deste novo ordenamento e as eventuais legislações que violarem tais princípios, que ainda existam, não são direitos. Há necessidade interpretativa em conformidade com a Constituição.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de La argumentación jurídica*. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*. Teorias da Argumentação Jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002.

BOLETIM NUCRIM. *Informativo das decisões dos Tribunais Superiores STJ e STF*. N. 10. Disponível em: <<http://www.pgr.gov.br>>. Acesso em: 03 ago. 2007

PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da pesquisa Jurídica - idéias e ferramentas úteis ao pesquisador do Direito*. 10 ed. rev. ampl., Florianópolis: OAB-SC, 2007.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 82959/SP. Habeas Corpus*. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Julgamento 23 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>>. Acesso em: 03 ago. 2007

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recl. nº 4335/AC. Reclamação*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento 01 fev. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>>. Acesso em: 03 ago. 2007

BRASIL. *Lei 9868*, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislação>. Acesso em: 01 ago. 2009.

VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.

