

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA E A RACIONALIDADE: breve análise segundo as regras da universalidade e da realizabilidade propostas por Robert Alexy

THE BRAZILIAN FEDERAL CONSTITUTION AND RACIONALITY: short analysis following the rules of universality and realizability proposed by Robert Alexy

Igor Silveira Santana Santos

RESUMO

O presente trabalho analisa as normas estabelecidas pelo poder constituinte originário brasileiro com base em alguns parâmetros de racionalidade argumentativa propostos por Robert Alexy. Para tanto, estabelece-se uma investigação de algumas normas presentes na Constituição com base nas regras da universalidade e realizabilidade, examinado o sentido que pretendeu o constituinte, segundo o entendimento doutrinário e jurisprudencial, e concluindo acerca da pertinência ou não com os referidos parâmetros de racionalidade. Conclui-se que a elaboração de algumas normas constitucionais não levou em consideração as regras da universalidade e a realizabilidade; a consequência jurídica a ser extraída desta constatação irá depender do entendimento partilhado pela ciência jurídico-política.

Palavras-chave: Poder constituinte. Parâmetros de racionalidade. Universalidade. Realizabilidade.

ABSTRACT

This article analyzes some norms established by the Brazilian originary constituent power based on some parameters of argumentative rationality proposed by Robert Alexy. Therefore, some norms of the Brazilian Constitution are analyzed based on the rules of universality and realizability, examining the meaning intended by the constituent following the doctrinal and judicial acquaintance and reaching a conclusion over whether the norms are pertinent to the mentioned parameters or not. It is concluded that the elaboration of some constitutional norms has not taken into account the rules of the universality and realizability. The consequences of this conclusion can only depend on the knowledge shared by the legal-political science.

Keywords: Constituent power. Rationality parameters. Universality. Realizability.

1 INTRODUÇÃO

O tema da racionalidade do Direito é algo que de longa data tem permeado os debates jurídicos, seja para declarar a inexistência de racionalidade no fenômeno jurídico ou para reconhecer sua possibilidade, ainda que com algumas ressalvas. Para tanto, diversas teorias da argumentação jurídica são desenvolvidas visando ao

estabelecimento de limites racionais na atividade de interpretação e aplicação de enunciados normativos.

Este trabalho é pautado nas considerações sustentadas por Robert Alexy acerca da racionalidade da argumentação jurídica. Entretanto, diferentemente da análise estabelecida pelo autor – voltada para o estabelecimento de parâmetros racionais a serem utilizados na apreciação de enunciados normativos que busca uma interpretação correta destes textos – o presente escrito utilizar-se-á dos limites sustentados por Alexy para examinar o trabalho do poder constituinte originário brasileiro na elaboração de alguns dispositivos constitucionais.

A análise da atuação deste poder em relação aos parâmetros de racionalidade foge ligeiramente do uso proposto por Alexy, visto que o constituinte, conforme assenta parte da doutrina, elabora enunciados sem observação a qualquer tipo de limitação. Neste sentido, este é um ponto que necessariamente também deverá ser desenvolvido neste trabalho.

2 ENUNCIADOS NORMATIVOS E SEUS SENTIDOS

Inicialmente, é imprescindível desenvolver algumas considerações acerca dos enunciados normativos. E, antes de abordar o tema dos enunciados normativos, faz-se necessário fazer distinção entre “norma” de “texto normativo” (ou dispositivo ou enunciado). Norma é o sentido construído a partir da interpretação de textos normativos, e não o texto em si¹. A norma é o significado², é o resultado da interpretação, decorrente do esforço produtivo do intérprete³, ao passo que o dispositivo é o objeto da interpretação.

Neste sentido, não há uma correlação necessária entre norma e texto. Pode haver norma sem texto – com a utilização, por exemplo, de sinais visuais ou sonoros –, bem como pode haver texto sem norma, caso o dispositivo seja insuficiente para veicular ao menos uma interpretação possível. A um único dispositivo podem corresponder múltiplas normas, e, de igual forma, uma pluralidade de dispositivos

¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 14ª. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 33.

² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª. ed. Virgílio Afonso da Silva (trad.). São Paulo: Malheiros, 2011, p. 54.

³ AZEVEDO, Delina Santos. Hermenêutica Filosófica Aplicada ao Direito. In: **Revista do Cepej**. n. XIII, 2013, p. 371.

podem veicular uma única norma⁴. A norma pode significar, em verdade, o contrário do que a indicação literal do texto sugere⁵.

Assim, os textos normativos veiculam normas cujo conteúdo irá depender do sentido conferido pelo intérprete, de forma a delimitar seu alcance e estabelecer o comando que está sendo proferido. Todos os textos ou atos voltados para estabelecer um âmbito normativo não possuem diferenças ônticas essenciais em sua elaboração e interpretação⁶, embora possam apresentar diferentes limitações no seu processo de elaboração.

Tanto um dispositivo legal ou constitucional, quanto um dispositivo de sentença judicial, quanto uma manifestação da Administração Pública são igualmente resultados de processos argumentativos, ainda que individuais (internos)⁷, e se manifestam externamente através de signos (texto, símbolo, gesto, dentre outros) os quais serão interpretados por outros indivíduos⁸. De igual forma, aquele que elabora qualquer um destes textos normativos também os interpreta no momento da elaboração.

É certo que a decisão jurídica possui limitações que não existem nas decisões normativas do legislador ou do constituinte, a exemplo da sujeição à lei e a consideração dos precedentes⁹, além de estar orientada, em regra, para a solução de casos concretos, enquanto a lei, em geral, possui o caráter de generalidade e abstração, embora – principalmente levando-se em consideração a jurisdição constitucional – o Judiciário também seja responsável por produção normativa de natureza semelhante¹⁰, com efeitos constitutivos¹¹.

⁴ ÁVILA, *op. cit.*, p. 33.

⁵ Exemplo disso é o art. 129, § 1º, inciso II, do Código Penal Brasileiro. O texto expressa “perigo de vida”, ao passo que o seu sentido, a norma, corresponde a “perigo de morte”.

⁶ CAMARGO, Maria Margarida Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 37-39).

⁷ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Zilda Hutchinson Schild Silva (trad.); Cláudia Toledo (rev. técnica e apresentação). Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 179, nota de rodapé n. 12.

⁸ Com efeito, a argumentação e o resultado do processo argumentativo devem ser realizados com vistas ao destinatário. Salienta-se “O importante na argumentação, não é saber o que o próprio orador considera verdadeiro ou probatório, mas qual é o parecer daqueles a quem ela se dirige” (PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. Maria Ermanita de Almeida Prado Galvão (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 26-27). Cf.: RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentação Jurídica*: técnicas de persuasão e lógica informal. 5. ed. rev. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 49-50.

⁹ ALEXY, *op. cit.*, p. 31.

¹⁰ DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 13. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2011, v. 1, p. 92-96; CASTRO, Flávia Almeida Viveiros. **Interpretação constitucional e prestação jurisdicional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 111-149; MONCADA, Luís S. Cabral de. *Ensaio sobre a lei*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 96; SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 286.

Quando estas manifestações voltadas para estabelecer condutas se exteriorizam através de signos que constituem textos, têm-se os enunciados normativos, que visam à regulação da vida em sociedade. Se o texto for elaborado de forma muito clara e precisa, ou já tenha sido intensamente debatido o seu sentido, é possível que a quase unanimidade dos indivíduos atribuam o mesmo significado para o que está sendo veiculado¹².

Se, ao revés, o enunciado normativo utilizar expressões ambíguas ou muito vagas, ou deixe de fazer referência a algum conteúdo que poderia suprir eventuais dúvidas, é provável que diferentes interpretações sejam originadas entre os indivíduos, umas sendo mais partilhadas intersubjetivamente que outras. A decisão acerca da determinação deste conteúdo é uma valoração do intérprete¹³. O órgão julgador, ao decidir um caso concreto com base em uma lei, pode originar outro enunciado normativo também não suficientemente claro, ao invés de esclarecer a questão, resultando em interpretações diversas. Por observação a este fato, por exemplo, o legislador previu no Código de Processo Civil os embargos de declaração, para suprir obscuridade, contradição ou omissão na decisão¹⁴.

Com base nas digressões realizadas, é possível entender que o desenvolvimento de todo enunciado normativo, qualquer que seja sua fonte, ocorre de forma semelhante em essência, através de um processo argumentativo para fixação do texto final, o qual poderá ou não ser interpretado no mesmo sentido que pretendeu o elaborador¹⁵. Desta forma, não apenas a interpretação dos textos legais está relacionada a um processo argumentativo, mas também o próprio desenvolvimento dos dispositivos contidos na lei e na constituição. Conforme já referido, é certo que o dispositivo de decisão judicial possui mais limitações que o

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1038. É citado como exemplo as ADIs 1.105 e 1.127, sobre o Estatuto da OAB, cuja decisão do STF, ao fazer referência à interpretação conforme à Constituição, “acabou adicionando-lhes novo conteúdo normativo, convalidando a decisão em verdadeira interpretação corretiva da lei”.

¹² Conforme destaca Robert Alexy: “[...] não significa que não haja casos em que não exista nenhuma dúvida sobre como se deve decidir, seja por causa das normas vigentes pressupostas, seja por referência a enunciados da dogmática ou a precedentes (op. cit., p. 202).

¹³ *Ibidem*, p. 23.

¹⁴ Art. 535. Cabem embargos de declaração quando: I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição; II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

¹⁵ No discurso escrito o significado do texto e a intenção do autor não necessariamente coincidem, passando o texto a gozar de autonomia semântica. A objetividade hermenêutica possibilita visualizar no texto ato volitivo próprio que é colocado para o indivíduo que realiza o processo interpretativo (CAMARGO, op. cit., p. 42-43).

dispositivo legal¹⁶, bem como os enunciados legais possuem limitações não visualizáveis nos dispositivos constitucionais (a exemplo do necessário respeito ao conteúdo normativo da constituição).

A questão que se coloca é: e os dispositivos constitucionais, elaborados pelo poder constituinte originário? Inaugurando uma nova ordem constitucional, estaria ele não limitado por qualquer tipo de imposição de ordem racional?

3 RACIONALIDADE E LIMITES AO PODER CONSTITUINTE

No âmbito da teoria da constituição, há na doutrina sustentação tanto no sentido de ser o poder constituinte ilimitado, a exemplo de José Afonso da Silva¹⁷, quanto de possuir determinados limites, conforme defende Canotilho, apontando que “a teoria de Sieyès sobre o carácter onipotente e incondicionado do poder constituinte merece hoje grandes reticências sob vários pontos de vista”, estando o procedimento constituinte limitado por “elementos contratuais reais (grupos políticos, religiosos, económicos, sociais) e por elementos contratuais fictícios (contrato de uma geração vinculante de gerações futuras)”¹⁸.

Neste diapasão, o poder constituinte no processo de elaboração das normas estaria obrigado a observar diversas circunstâncias presentes naquela sociedade, a exemplo dos dados relativos à família, propriedade, cultura e comportamento dos indivíduos daquele ambiente social¹⁹. Por exemplo, não poderia a Constituição retirar da língua portuguesa a qualidade de idioma oficial da República (art. 13), ainda que outros fossem também aceites.

Entretanto, mesmo o autor português, que traz alguns limites ao poder constituinte originário, não faz qualquer tipo de manifestação acerca de possíveis parâmetros impostos pela argumentação racional. Estabelece apenas que o legislador constituinte está limitado a observar e interpretar os dados sociológicos, antropológicos e culturais da sociedade.

¹⁶ Afinal, a decisão judicial deverá se embasar minimamente na norma legal, sendo certo que a discricionariedade do Judiciário não pode ser ilimitada, resultante de uma atividade interpretativa exclusivamente baseada na subjetividade do intérprete, conforme sustenta Ricardo Luís Lorenzetti (**Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. 2. ed. rev. Bruno Miragem (trad.); Cláudia Lima Marques (notas). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 68).

¹⁷ “[...] o conceito de poder constituinte, que, em princípio, se tem por juridicamente ilimitado” (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 609).

¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Teoria da Constituição e Direito Constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 115.

¹⁹ *Ibidem*, p. 115-117.

Neste trabalho se abordará dois limites apontados por Alexy, dentre outros, para a determinação da racionalidade da argumentação (e, conseqüentemente, de seu resultado): a regra da realizabilidade e a regra da universalidade, as quais serão referidas nos próximos tópicos. Faz-se, contudo, uma ressalva: quando Alexy aborda as regras da argumentação racional, ele o faz com relação ao discurso “prático”. Entende por “prático” aquele que está voltado para determinar o sentido (a correção) dos enunciados normativos²⁰. Assim, os parâmetros de argumentação sugeridos por Alexy foram pensados para o processo argumentativo embasado em enunciados normativos, tomando estes como ponto de partida, voltados para uma correta compreensão do seu sentido.

O processo de elaboração constituinte, por seu turno, visa justamente à fixação destes enunciados normativos. Entretanto, deve-se perceber que, para a fixação destes enunciados são utilizados outros enunciados, apresentados pelos legisladores constituintes e que irão passar por um processo argumentativo para fixação da proposição final. Os legisladores, por seu turno, irão observar enunciados da doutrina (ainda que de caráter não normativo) ou de outra forma de conhecimento.

É certo que a liberdade de definição é muito maior, mas não se visualiza motivo para que não se possa analisar as escolhas do constituinte brasileiro com base nas regras da racionalidade argumentativa que serão abordadas neste trabalho – afinal, até mesmo a argumentação moral, segundo Alexy, deve ser pautada por regras de argumentação racional²¹. Ademais, analisar o trabalho do constituinte segundo estes padrões não implica necessariamente a consequência de nulidade dos comandos estabelecidos em desconsideração aos parâmetros examinados. Com efeito, o sistema jurídico deliberadamente possui limitações que não comporta o atendimento integral às regras da argumentação racional – a exemplo da limitação temporal²² ou à quantidade de manifestações possíveis às partes.

²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Zilda Hutchinson Schild Silva (trad.); Cláudia Toledo (rev. técnica e apresentação). Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 30.

²¹ Ibidem, p. 74.

²² Ibidem, p. 209-210.

4 A CONSTITUIÇÃO E A REGRA DA UNIVERSALIDADE

A regra da universalidade é um dos parâmetros da argumentação racional apresentados por Alexy, definido como “todo falante só pode afirmar os juízos de valor e de dever que afirmaria dessa mesma forma em todas as situações em que afirme que são iguais em todos os aspectos relevantes”²³. Utilizando esta regra no âmbito jurídico, pode-se concluir que, por ela, não é possível interpretar de forma diferente o mesmo enunciado normativo em casos distintos que possuam igualdade em todos os aspectos relevantes.

O legislador constituinte brasileiro, contudo, elaborou determinado enunciado cuja interpretação – salvo se *contra legem*²⁴ – implica a possibilidade de violação do referido comando. O dispositivo a que se faz referência é o art. 52, X, que estabelece como competência privativa do Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Este dispositivo foi recentemente alvo de debate no âmbito do Supremo, que analisou a possibilidade de sua aplicação em um estado doutrinário atual que em muito difere do momento relativo à elaboração deste dispositivo²⁵, na Reclamação 4335/AC²⁶.

A tese consagrada na decisão entendeu que, mesmo no controle de constitucionalidade difuso, as decisões do STF teriam eficácia *erga omnes*, sendo desnecessária a atuação do Senado para que o dispositivo impugnado deixasse de ser aplicado. Ao Senado caberia apenas dar publicidade ao que foi decidido²⁷. Ou

²³ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Zilda Hutchinson Schild Silva (trad.); Cláudia Toledo (rev. técnica e apresentação). Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.189.

²⁴ Sobre a argumentação *contra legem*, BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação contra legem**: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 169 e ss.

²⁵ Tem-se a seguinte constatação “A jurisprudência e a doutrina acabaram por conferir significado substancial à decisão do Senado, entendendo que somente o ato de suspensão do Senado mostrava-se apto a conferir efeitos gerais à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, cuja eficácia estaria limitada às partes envolvidas no processo” (MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 1136).

²⁶ STF. Tribunal Pleno. Rcl. 4335/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 20.03.2014.

²⁷ A tese principal do voto do Ministro Relator foi por ele resumido em obra em coautoria com o seguinte texto: “Parece legítimo entender que a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Dessa forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que publique decisão no Diário do Congresso [...] A não-publicação não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia” (MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 1139).

seja, o Supremo não apenas estaria julgando a solução para casos concretos, mas também fixando teses jurídicas que deveriam ser observadas pelos outros tribunais.

Este entendimento foi aceito pela maioria dos ministros²⁸ com a ressalva de que esta interpretação não poderia ser derivada do texto normativo existente, sendo necessário, para a adoção da interpretação firmada pelo Tribunal, o reconhecimento da ocorrência de uma mutação constitucional²⁹, tendo o Ministro Luis Roberto Barroso afirmado a necessidade de mudança não apenas do sentido, mas também do texto da norma³⁰.

Pode-se perceber do julgamento que, para adotar a tese da eficácia *erga omnes* das decisões do STF no controle difuso de constitucionalidade, o órgão julgador antes reconheceu que nenhuma interpretação possível do texto do art. 52, X, poderia conduzir à tese jurídica que estava sendo afirmada – por isso a necessidade da declaração de ocorrência de mutação constitucional³¹. Este sentido conferido pelo constituinte levava a uma interpretação que, caso se pretendesse respeitar os limites propostos pela CF, possibilitava a desconsideração da regra da universalidade. Conforme foi explanado, esta regra estabelece que casos diversos que tenham todos os aspectos relevantes iguais devem ser julgados de forma igual.

No caso apontado anteriormente, o fato que originou a referida Reclamação no STF foi justamente a desconsideração por parte de um juiz de primeiro grau de uma tese que havia sido firmada pelo Supremo em controle difuso de constitucionalidade. Pela interpretação que pretendeu o constituinte, esta situação de desigualdade – de inexistência de efeitos *erga omnes* das decisões em controle difuso pelo STF – não apenas seria possível como também necessária, caso se pretendesse respeitar o comando constitucional que condiciona a suspensão da eficácia da lei à manifestação do Senado Federal.

²⁸ A decisão que conheceu e julgou procedente a reclamação foi tomada por maioria, vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que não conheciam da reclamação, mas concediam *habeas corpus* de ofício. Não houve o voto da Ministra Cármen Lúcia, por estar ausente. Desta forma, a decisão teve o aval de apenas seis ministros, em configuração já diferente do Tribunal, podendo o entendimento do STF vir a ser alterado dentro de algum tempo.

²⁹ “As mutações constitucionais nada mais são que as alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação” (MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 152).

³⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Informativo n. 739*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo739.htm>> Acesso em 10 jan. 2016.

³¹ Contudo, deve-se salientar que o STF, neste caso, parece ter realizado um procedimento além da mera mutação constitucional, visto ter-se destacado que a tese jurídica firmada não poderia ser derivada daquele texto.

Um órgão julgador que está verticalmente vinculado ao Supremo poderia decidir de forma diferente, ainda que o caso julgado por ele e o paradigma possuísse todos os aspectos relevantes em comum. Esta possibilidade desejada pelo constituinte para, de alguma forma, distribuir de modo diferente o Poder, traz severa desconsideração à regra da universalidade proposta por Alexy para a racionalidade da argumentação.

Feitas estas considerações acerca da regra da universalidade, passar-se-á a analisar a Constituição Federal em consideração à regra da realizabilidade.

5 A CONSTITUIÇÃO E A REGRA DA REALIZABILIDADE

Alexy estabelece também como parâmetro da argumentação racional a regra da realizabilidade, definindo que “devem ser respeitados os limites de realizabilidade faticamente dados”³². Assim, não é possível – desde que se pretenda observar os limites da racionalidade – que o resultado de determinado processo de argumentação resulte em algo que não seja passível de ser concretizado na realidade fática. É possível observar que, em determinados âmbitos do direito, o próprio legislador teve a preocupação de positivizar a regra de realizabilidade, de forma a estabelecer limites aos enunciados normativos.

No Direito Civil, por exemplo, tanto o Código Civil brasileiro quanto a doutrina, manifestam-se sobre esta questão ao sustentar que, na realização de um negócio jurídico, o objeto deve respeitar as leis naturais, conforme se observa da lição de Stolze Gagliano e Pamplona Filho³³, de que o objeto “Há que ser, portanto, fisicamente possível, uma vez que não se poderia reconhecer validade a um negócio que tivesse por objeto uma prestação naturalmente irrealizável, como, por exemplo, a alienação de um imóvel situado na lua”.

Embora o negócio jurídico não seja lei ou sentença, de igual forma irá se materializar em enunciados normativos que serão interpretados pelas partes para estabelecer os direitos e deveres de cada uma delas. Também no campo do direito

³² ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Zilda Hutchinson Schild Silva (trad.); Cláudia Toledo (rev. técnica e apresentação). Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 202.

³³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. v. 1 – Parte Geral. 13. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 380.

civil, o requisito da possibilidade fática aparece no que se refere aos fins perseguidos pelas pessoas jurídicas³⁴.

No âmbito do Direito Constitucional fala-se em limitações à concretização fática estabelecidas pela reserva do possível, determinando que o Estado pode não cumprir o comando normativo de um direito fundamental caso estejam ausentes as condições materiais necessárias para sua efetivação³⁵. No campo do Direito Processual Civil, o Código estabelece que, nos casos em que os pedidos envolvam obrigações de fazer ou não fazer, restando impossível a tutela específica ou o resultado prático equivalente, a sentença que reconhece a obrigação a converterá em perdas e danos³⁶.

Todas as referências aqui realizadas mostram que o direito positivo e a doutrina apresentam uma preocupação relevante no que tange à regra da realizabilidade. Entretanto, ao menos do que se pode observar, percebe-se que esta preocupação é dirigida somente às fontes normativas que não são resultantes das atividades legislativas. Ou seja, existem normas que visam ao estabelecimento do respeito à regra da realizabilidade por parte dos particulares na celebração de negócios jurídicos, das partes no momento de elaboração dos pedidos (que se confirmados consubstanciar-se-ão em normas) e pelos órgãos julgadores no momento de prolação da decisão. Não existe, contudo, norma que estabeleça o referido respeito à realizabilidade por parte do legislador.

É de se considerar, contudo, que um dispositivo legal que não respeite em parte ou no todo à realizabilidade seja considerado pelos tribunais como violadores do princípio (ou regra³⁷ ou postulado)³⁸ da proporcionalidade (ou razoabilidade)³⁹, sendo, assim, declarado inconstitucional. O verdadeiro problema surge quando se analisa a necessidade de respeito à realizabilidade pelo legislador constituinte cujas normas elaboradas originariamente, segundo entendimento tradicional do STF, não

³⁴ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4. ed. António Pinto Monteiro; Paulo Mota Pinto (atual.). Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 274. O direito português usa a expressão “pessoas coletivas”.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed, rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

³⁶ Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. §1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. [...].

³⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, 2002, p. 26.

³⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 14. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

³⁹ Sobre a possível distinção, no todo: SILVA, op. cit., p. 23-50.

podem ser declaradas inconstitucionais⁴⁰. Esta teoria, inclusive, teria sido levada em consideração mais recentemente na elaboração da tese de supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos anteriores a Emenda Constitucional n. 45/04 e da sua eficácia paralisante em relação à legislação ordinária⁴¹.

Desta forma, se determinado comando constitucional não possui realizabilidade frente ao substrato fático, não é possível declarar sua inconstitucionalidade, ainda que disso seja originado o necessário desrespeito à norma em questão. Veja-se, por exemplo, que Alexy faz referência a um caso julgado pelo Tribunal Constitucional alemão e que envolvia o tema relativo à escolha profissional no âmbito do funcionamento das farmácias. Pondera o autor que, se atendida integralmente, a norma constitucional não corresponderia à realidade social, conduzindo a resultados jurídicos não plausíveis⁴².

5.1 A ABSOLUTA PRIORIDADE

No âmbito constitucional brasileiro também é possível perceber trechos em que o constituinte parece ter estabelecido dispositivos que levam a interpretações vocacionadas para a impossibilidade, ou, ao menos, incongruência com o ordenamento jurídico tomado em sua unidade. O art. 227 da CF dispõe que é dever do Estado assegurar direitos, “com absoluta prioridade”, à criança e ao adolescente⁴³. O constituinte não apenas estabeleceu que alguns direitos fundamentais deveriam ser concretizados prioritariamente em relação às crianças, adolescentes e jovens. Ele foi além: estabeleceu a “absoluta” prioridade. E absoluto é aquilo “que não é relativo; independente, único; que não tem peias nem restrições; que é único ou forma sozinho um elemento; imperioso”⁴⁴.

Atendendo-se ao comando estabelecido pelo constituinte, ter-se-ia que, apenas depois de assegurado totalmente que as pessoas pertencentes a esta faixa

⁴⁰ STF, Tribunal Pleno. ADI 815/DF. Rel. Min. Moreira Alves. Julgamento em 28.03.1996.

⁴¹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 670-673.

⁴² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Virgílio Afonso da Silva (trad.). São Paulo: Malheiros, 2011, p. 140-141.

⁴³ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com *absoluta prioridade*, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Grifou-se).

⁴⁴ DICIONÁRIO PRIBERAM DA LÍNGUA PORTUGUESA. *Absoluto*. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/DLPO/absoluto>> Acesso em 10 jan. 2016.

etária tivessem, por exemplo, acesso à saúde, é que se poderia concretizar este direito fundamental em relação às demais pessoas. Assim, os recursos públicos, no campo da saúde, deveriam ser absolutamente (e não apenas de forma relativa) priorizados para que todas as crianças e adolescentes tivessem acesso pleno a todo tipo de tratamento, e só então poderia haver alocação de recursos para outros setores etários da população, não havendo qualquer diferenciação mesmo com relação aos idosos, aos portadores de necessidades especiais e às gestantes.

Percebe-se, portanto, que a utilização do parâmetro “absoluto” pelo constituinte estabelece um nível de prioridade que não goza de realizabilidade no plano concreto. Só o que se pode fazer é fornecer uma prioridade relativa na alocação de recursos para concretização de direitos fundamentais à faixa etária em questão. Neste ponto, é relevante ressaltar a falta de técnica legislativa adequada e rigor científico na elaboração dos dispositivos relativos a direitos fundamentais da Constituição⁴⁵, malgrado estes vícios, em sua maioria, não cheguem a desrespeitar a referida regra da realizabilidade. O que se conclui é que há alguns enunciados presentes na Constituição que, por falta de observação dos limites da argumentação por parte do constituinte, terminam por não estarem de acordo com a racionalidade.

5.2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Outro exemplo que pode ser extraído refere-se ao princípio da legalidade. José Afonso da Silva, fazendo menção ao art. 5º, II da Constituição, sustenta que deste dispositivo estabelece que “a liberdade, em qualquer de suas formas, só pode sofrer restrições por normas jurídicas preceptivas (que impõem uma conduta positiva) ou proibitivas (que impõem uma abstenção), provenientes do Poder Legislativo e elaboradas segundo o procedimento estabelecido na Constituição”⁴⁶.

Segundo a lição do autor, portanto, o indivíduo somente poderia sofrer limitações em sua liberdade geral de ação caso existisse uma lei em sentido formal, ou seja, elaborada pelo Poder Legislativo, seguindo o trâmite constitucional. Este posicionamento, contudo, parece embasar-se em uma concepção mais antiga de

⁴⁵ SARLET, op. cit., p. 68.

⁴⁶ SILVA, op. cit., p. 236.

teoria do direito, que não diferenciava regras e princípios quanto à sua forma de aplicação⁴⁷.

Sob a égide da nova Constituição Federal, a teoria das espécies normativas jurídicas que se tornou mais amplamente adotada no Brasil⁴⁸ é aquela fundada nas concepções desenvolvidas por Ronald Dworkin e Robert Alexy⁴⁹. Esta teoria define normas jurídicas como gênero do qual as regras e os princípios são espécies⁵⁰, que se diferenciam através do modo final de aplicação⁵¹.

A citada doutrina de Dworkin e Alexy sustenta que as regras são normas que devem ser aplicadas no método tudo-ou-nada, ou seja, ou uma regra é válida e sua orientação deve ser integralmente aceita, ou ela não é válida, em nada contribuindo para a decisão⁵². A própria regra deve trazer as exceções às quais ela não se aplica⁵³. Assim, se uma regra é válida e aplicável a um caso concreto, se deve fazer exatamente aquilo que por ela é exigido⁵⁴ – sua aplicação se dá por subsunção. Acerca dos princípios, essa doutrina sustenta que estes são mandamentos de otimização, que devem ser realizados na maior medida possível, dentro dos possíveis graus de satisfação⁵⁵. Os princípios se diferenciam das regras princípios em relação à natureza da orientação que oferecem: estes possuem uma dimensão alheia àquelas, que é a dimensão do seu peso ou importância. O intercruzamento de princípios é resolvido à análise da força relativa de cada um⁵⁶. Assim, na aplicação de dois princípios colidentes, um destes tem que ceder frente à precedência do outro no caso concreto, por meio da ponderação⁵⁷.

Neste sentido, a própria Constituição tem força normativa⁵⁸ suficiente para estabelecer determinadas proibições ainda que não haja lei regulando especificamente aquele fato. E para fazer valer estas proibições, o Estado não

⁴⁷ É de se questionar, inclusive, se o princípio da legalidade, pelo entendimento atual mais adotada, seria de fato considerado princípio. Contudo, não se adentrará neste tema.

⁴⁸ Humberto Ávila critica a grande amplitude galgada pela teoria referida (op. cit., p. 30).

⁴⁹ BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: **Revista de Direito Processual Geral**, Rio de Janeiro, n. 57, 2003, p. 313.

⁵⁰ ALEXY, op. cit., p. 91.

⁵¹ ÁVILA, op. cit., p. 48-49.

⁵² DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

⁵³ Ibidem, p. 40.

⁵⁴ ALEXY, op. cit., p. 91.

⁵⁵ Ibidem, p. 90.

⁵⁶ DWORKIN, op. cit., p. 42.

⁵⁷ ALEXY, op. cit., p. 93.

⁵⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da Consituição**. Gilmar Ferreira Mendes (trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

legislativo – notadamente o Judiciário – deverá estabelecer no caso concreto o conteúdo da norma constitucional. Evidentemente, se o fato for regulado por lei, dever-se-á observar o quanto nela disposto, por ter o Legislativo uma posição favorecida na criação de normas gerais⁵⁹. Mas no caso de lacuna legal, deve-se buscar a solução para a controvérsia diretamente na Constituição.

Parece incongruente, portanto, a adoção simultânea da teoria que admite a normatividade dos princípios constitucionais para resolver problemas no caso concreto e da ideia de que o indivíduo só fará ou deixará de fazer alguma coisa em virtude de lei aprovada pelo Legislativo. Mesmo adotando uma teoria das normas jurídicas que critica o modo de diferenciação entre regras e princípios apresentado por Alexy – como a proposta por Humberto Ávila⁶⁰ – não seria possível aceitar esta interpretação do princípio da legalidade.

A própria ideia de que, em uma sociedade em constante transformação, não é possível ao legislador prever todas as possibilidades fáticas futuras, revela a imprescindibilidade da produção normativa dos juízes⁶¹, os quais, na ausência de lei, podem efetivar determinados preceitos constitucionais⁶², estabelecendo deveres de ação e omissão.

E esta necessidade não está ligada somente ao Poder Judiciário, mas também à Administração Pública. Veja-se, por exemplo, os fatos relativos à liberdade de reunião, usualmente consubstanciados em passeatas por vias públicas. Dispõe o texto constitucional da seguinte forma: “todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”.

Entretanto, a Constituição também garante o direito de ir e vir dos cidadãos (art. 5º, XV)⁶³. É comum observar em passeatas em vias públicas que os indivíduos que estão gozando do seu direito de reunião utilizam todas as faixas de rolamento, inviabilizando por completo o direito de ir e vir dos demais cidadãos. Considerando-

⁵⁹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Luís Carlos Borges (trad.). 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 389-390.

⁶⁰ ÁVILA, op. cit., p. 43-69.

⁶¹ CAMBI, Eduardo. **Neconstitucionalismo e neoprocessualismo**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 132-133.

⁶² MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 294.

⁶³ Assim está disposto: “[...] XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”.

se que os direitos-princípios não são ilimitados⁶⁴ e encontram seus limites frente aos demais direitos, em havendo conflito entre eles, deverá haver uma compatibilização, de forma a melhor prover a harmonia do texto constitucional e de suas finalidades⁶⁵, devendo ser estabelecida uma relação de ponderação⁶⁶, delimitando a atuação de cada um deles.

O que é possível perceber quando se bloqueia completamente as faixas de rolamento é a inviabilização momentânea total do direito de ir e vir – e também de todos aqueles direitos que por vezes são exercidos mediante o deslocamento do indivíduo até determinado estabelecimento, a exemplo do direito à saúde e ao trabalho.

Dentro desta perspectiva, não podem os indivíduos reunidos atrapalhar por completo a livre circulação dos demais, embora se entenda como aceitável algum transtorno ao trânsito, reflexo da reunião. Neste diapasão, Alexandre de Moraes posiciona-se no sentido de que “os movimentos reivindicatórios dos trabalhadores – seja por meio de greves, seja por meio de reuniões e passeatas –, não podem obstar o exercício, por parte do restante da Sociedade, dos demais direitos fundamentais”⁶⁷.

O que ocorre nos casos em que os indivíduos se reúnem e frustram completamente a liberdade de locomoção é o acionamento da polícia, que é convocada para organizar ou – no limite – dissolver a reunião estabelecida, como forma de garantir o respeito ao direito fundamental de ir e vir. Observa-se, no entanto, que até recentemente não existia lei que regulasse a atuação da polícia nestes casos, ou do uso de artefatos de controle de multidões⁶⁸, não havendo ainda lei que regule quando a polícia deverá ou não atuar. A Constituição apenas estabelece que às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública (art. 144, §5º).

Assim, malgrado não haja lei aprovada pelo Legislativo disciplinando o conflito entre liberdade de reunião e de locomoção, ou mesmo a utilização de meios

⁶⁴ Virgílio Afonso da Silva afirma que mesmo a dignidade da pessoa humana está sujeita a limitações (**Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 201-202).

⁶⁵ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2007, p. 169-170.

⁶⁶ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2. ed. rev. Luis Afonso Heck (trad.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 86.

⁶⁷ MORAES, Alexandre de. **Os direitos de greve, reunião e passeata e razoabilidade democrática**. Disponível em: <<http://www.justica.sp.gov.br/Modulo.asp?Modulo=69>> Acesso em 10 jan. 2016.

⁶⁸ A lei já criada é a de n. 13.060, de 22 de dezembro de 2014.

de dispersão pela polícia para atender ao conteúdo dos direitos fundamentais em questão, é certo que tanto os indivíduos reunidos estão proibidos de inviabilizar completamente a liberdade de locomoção, como as forças de segurança devem atuar para possibilitar a compatibilização do gozo de ambos os direitos fundamentais. O Supremo Tribunal Federal também tem entendido no sentido de que nem sempre lei aprovada pelo Legislativo é necessária para estabelecer direitos e deveres, podendo qualquer princípio constitucional ser utilizado para esta finalidade, conforme foi decidido em relação à vedação à prática de nepotismo⁶⁹.

A interpretação tradicional do princípio da legalidade não se coaduna também com o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que dispõe: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Se para ter que fazer ou deixar de fazer alguma coisa é preciso lei em sentido formal, nenhuma obrigação poderia decorrer destes métodos de integração. Assim, na falta de lei, dever-se-ia declarar a inexistência de dever ou obrigação a ser cumprida – é bem verdade que, neste caso, poder-se-ia sustentar que a lei ordinária é que está eivada de nulidade, por violação à Constituição; o que não é possível é a coexistência coerente dessas duas normas em um mesmo ordenamento jurídico.

Desta forma, também em relação ao princípio da legalidade – ou ao menos à interpretação doutrinária tradicional de seu conteúdo – a Constituição estabeleceu um âmbito normativo que não pode ser ao todo realizado, por incongruência com a realidade.

5.3 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A REALIZABILIDADE

Acerca da realizabilidade ainda é possível fazer digressões de caráter mais geral. Tomando-se o primeiro exemplo aqui utilizado – acerca da necessidade de absoluta prioridade de atuação do Estado para assegurar certos direitos fundamentais às crianças, adolescentes e jovens – percebe-se que este modo de proceder não é fisicamente impossível. Ou seja, é factível que o Estado propriamente destinasse todos os seus recursos para atender ao comando normativo constitucional em relação a determinada faixa etária, relegando os demais

⁶⁹ STF. Tribunal Pleno. RE 579.951/RN. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 20.08.2008.

indivíduos à falta de assistência se necessário. Isto é algo possível, mas que não goza de realizabilidade frente à realidade social.

Analise-se também o exemplo fornecido por Stolze Gagliano e Pamplona Filho, acima referido, acerca da impossibilidade do objeto do negócio jurídico que tivesse por prestação a alienação de um imóvel na Lua. Ora, se apenas o solo já pode ser considerado imóvel⁷⁰, e seguramente a Lua tem solo, não existe uma impossibilidade natural de alienação de imóvel neste satélite. E isso pode ser constatado não apenas por que viagens à Lua já foram realizadas, visto que, mesmo no período anterior a 1969, seria fisicamente possível a transação de um terreno na Lua como investimento futuro. Veja-se que, mesmo o homem nunca tendo chegado à Marte, é factível que nos próximos cem anos a humanidade estabeleça lá algum tipo de povoamento. A ocupação apenas futura não impede fisicamente que um negócio jurídico seja estabelecido hoje. O que existe é somente uma impossibilidade jurídica, com base no Tratado do Espaço Exterior, assinado em 1967⁷¹.

Com base nesta percepção, é cabível indagar: o que então está sujeito à regra da realizabilidade? Apenas aquilo que é de fato impossível segundo as leis naturais? O problema é que também as chamadas leis naturais não estão sujeitas à certeza absoluta. “A história da ciência mostra teorias que durante um certo período de tempo foram corroboradas e que acabaram sendo refutadas. O exemplo mais impressionante é o da mecânica newtoniana que durante mais de duzentos anos foi corroborada espetacularmente”⁷².

Mesmo as chamadas ciências naturais não possuem um caráter categórico que permita afirmar com certeza o que é ou não realizável. Alexy sustenta que⁷³ “Tampouco nas ciências naturais, que foram com frequência contrapostas à Ciência do Direito como paradigma de verdadeiras ciências, pode-se falar da formação de uma segurança definitiva”, estando o caráter racional da Ciência do Direito não

⁷⁰ Código Civil: “Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente”.

⁷¹ Assim dispõe o art. 2º: “Outer space, including the moon and other celestial bodies, is not subject to national appropriation by claim of sovereignty, by means of use or occupation, or by any other means”. Em tradução livre: “O Espaço Exterior, incluindo a Lua e outros corpos celestiais, não estão sujeitos à apropriação pelas nações, seja por reivindicação de soberania, por meios de uso ou ocupação, ou por qualquer outro meio”. Disponível em: <<http://www.oosa.unvienna.org/oosa/SpaceLaw/outerspt.html>> Acesso em 14 jan. 2016.

⁷² SILVEIRA, Fernando Lang da. A filosofia da ciência de Karl Popper e suas implicações no ensino da ciência. In: **Caderno Catarinense de Ensino de Física**, Florianópolis, v. 6, n.2, 1989, p. 151.

⁷³ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Zilda Hutchinson Schild Silva (trad.); Cláudia Toledo (rev. técnica e apresentação). Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 284-285.

necessariamente relacionado à produção de segurança, mas sim ao “cumprimento de uma séria de condições, critérios ou regras [...]”.

O esforço da investigação científica é para buscar a verdade, embora nunca se possa alcançá-la⁷⁴. Para Karl Popper, a investigação nas ciências só deve considerar como “científico” o que pode ser falseado⁷⁵. No âmbito do discursivamente possível, Alexy constata que, ainda que haja consenso, não se pode falar em uma fundamentação definitiva⁷⁶. As interpretações só são válidas até que outra posterior as destitua⁷⁷.

De forma semelhante às ciências humanas, as ciências naturais apenas formulam teorias conjunturais que, naquele momento, são tidas como verdadeiras. É de conhecimento notório, por exemplo, que a precisão de um resultado de investigação de paternidade obtido com base em um exame de DNA é de praticamente cem por cento. Mas isto indica apenas que os cientistas acreditam e defendem – com base nas investigações desenvolvidas – esse grau quase infalível de precisão, e não que o exame, de fato, tenha a acurácia alegada.

As ciências naturais assim também estão atreladas à verdade discursiva, ainda que em menor intensidade que as ciências humanas. Neste sentido, se o que é determinado como verdade pelas ciências naturais serve como parâmetro para o que é realizável, não se visualiza razão para que as limitações estabelecidas pelas ciências humanas não sejam utilizadas também como balizas para aferição da pertinência com a regra da realizabilidade. Conforme destaca Alexy: “A argumentação prática obedece a outras regras, por exemplo, que não as da argumentação nas ciências naturais. Isso, contudo, não é motivo para negar o caráter de atividade racional à primeira”⁷⁸.

A Constituição, por exemplo, estabelece Brasília como capital federal (art. 18, §1º). Suponha-se que, diferentemente disso, a CF atribuísse a Buenos Aires este título⁷⁹. Embora fosse faticamente possível que a capital brasileira estivesse situada

⁷⁴ POPPER, Karl. **A Lógica da Pesquisa Científica**. Leonidas Hegenberg; Octanny Silveira da Mota (trad.). São Paulo: Cultrix, 1985, p. 306.

⁷⁵ Ibidem, p. 42.

⁷⁶ Neste caso, a observação é feita em relação às normas (ALEXY, op. cit., p. 138).

⁷⁷ CAMARGO, op. cit., p. 23-24.

⁷⁸ ALEXY, op. cit., p. 105.

⁷⁹ Problema real semelhante ao hipotético aqui utilizado refere-se à adoção de Jerusalém como capital do Estado de Israel por este mesmo Estado, definição que não é aceita pela maior parte da diplomacia internacional, conforme Resolução n. 478 do Conselho de Segurança da ONU, disponível na língua inglesa em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/478\(1980\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/478(1980))> Acesso em 14 jan. 2016.

na Argentina, esta situação não goza de realizabilidade por não ser possível segundo os conhecimentos da ciência geográfica. Talvez esta ideia também esteja englobada na referida doutrina de Canotilho acerca dos limites sociológico, antropológicos e culturais.

Este mesmo raciocínio também pode ser aplicado em relação aos limites estabelecidos pela ciência jurídica em relação à constituição. Este estatuto jurídico-político apenas se constitui como o ápice do sistema normativo, inaugurando um novo ordenamento jurídico e revogando todas as disposições que o contrariarem, exatamente porque esta é a “verdade” estabelecida segundo os parâmetros da ciência jurídico-política.

Assim, se a ciência jurídico-política reconhecesse limites ao constituinte originário resultantes, por exemplo, do necessário respeito à realizabilidade – da mesma forma que a ciência jurídica (e o direito positivo) sempre se ocupou em relação às normas infraconstitucionais – seria possível sustentar com mais veemência a tese da não aplicabilidade de normas constitucionais originárias. Não por eventual incompatibilidade de conteúdo com outras normas da constituição, como normalmente se defende, mas sim por “impossibilidade” segundo os parâmetros das ciências humanas, da mesma forma que se faz tal referência às conclusões das ciências naturais.

Não sendo aceita esta tese, a alternativa a este entendimento vai no esteio do teor da decisão do STF referida neste trabalho (acerca da necessidade de manifestação do Senado Federal para suspensão da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo em controle difuso de constitucionalidade): é preciso reconhecer uma mutação constitucional da norma veiculada por um dispositivo ainda que o seu texto não possibilitasse de forma alguma tal interpretação. No caso posto, o texto foi tomado como mera referência ao tema que era tratado, tendo sido atribuído sentido fora das possibilidades interpretativas (conforme reconhecido pelos ministros) o que configura verdadeira alteração de texto ilegítima segundo os critérios constitucionais.

Encerradas as considerações acerca da realizabilidade, impende salientar que este trabalho de modo algum pretendeu relacionar todos os enunciados constitucionais cujas interpretações possíveis levam à constatação da desconsideração pelas regras da universalidade e da realizabilidade, propostas por Alexy como dois dos parâmetros para a argumentação racional.

Também não se defendeu que, necessariamente, a violação a certos limites de racionalidade implica nulidade das normas estabelecidas pelo constituinte – tanto por ser intrínseco a alguns ambientes jurídicos a limitação a alguns destes parâmetros (conforme referido) quanto por parte da doutrina sustentar a inexistência de limites ao poder originário. A tese apresentada é mera possibilidade discursiva, alternativa ao alargamento do instituto da mutação constitucional, que pode ou não ser adotada como “verdade” pela ciência jurídico-política.

6 CONCLUSÕES

Com base no exposto no presente trabalho, é possível concluir que:

a) Os enunciados normativos elaborados pelo poder constituinte e pelos órgãos legislativos, judiciários e administrativos estão sujeitos a semelhantes processos de interpretação e elaboração, ainda que possuam diferentes embasamentos e limitações.

b) Um dos parâmetros para a racionalidade da argumentação proposto por Robert Alexy é a regra da universalidade, a qual foi desconsiderada pelo Constituinte quando da fixação da necessidade de manifestação do Senado Federal para suspensão da execução de lei tida por inconstitucional pelo STF em controle difuso de constitucionalidade. Para adotar a tese de eficácia *erga omnes* de tais decisões, e manter a doutrina acerca da impossibilidade de reconhecimento de normas constitucionais originárias inconstitucionais, o STF precisou alargar a utilização do instituto da mutação constitucional;

c) A referência da Constituição à “prioridade absoluta” na asseguuração de alguns direitos fundamentais às crianças, adolescentes e jovens estabelece um comando que não se adequa à realidade social, não observando a regra da realizabilidade, a qual também constitui um parâmetro à racionalidade da argumentação segundo Alexy;

d) O chamado princípio da legalidade, conforme interpretação da doutrina, mostra-se não apenas irrealizável, mas também incompatível com a teoria das espécies normativas mais adotada no Brasil, desenvolvida por Dworkin e Alexy;

e) De forma mais genérica, acerca da regra da realizabilidade, é perceptível que, o parâmetro para aferição do que é ou não possível normativamente irá depender do conhecimento científico partilhado intersubjetivamente pela

comunidade, seja este conhecimento originado tanto das ditas ciências naturais ou humanas. Ambas estabelecem igualmente verdades meramente provisórias, obtidas discursivamente, sujeitas à superação;

f) A desconsideração pelo constituinte de limites de racionalidade utilizados neste trabalho não implica na nulidade das normas estabelecidas pelo constituinte, sendo este trabalho apenas uma análise da pertinência ou não de alguns dos comandos normativos com estes parâmetros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2. ed. Luis Afonso Heck (trad.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Zilda Hutchinson Schild Silva (trad.); Cláudia Toledo (rev. técnica e apresentação). Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Virgílio Afonso da Silva (trad.). São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 14. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

AZEVEDO, Delina Santos. Hermenêutica Filosófica Aplicada ao Direito. In: **Revista do Cepej**, n. XIII. Salvador: CEPDJ, 2013.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: **Revista de Direito Processual Geral**, n. 57. Rio de Janeiro: Advocacia Geral da União, 2003.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação contra legem**: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CAMARGO, Maria Margarida Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CASTRO, Flávia Almeida Viveiros. **Interpretação constitucional e prestação jurisdicional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. 13. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2011, v. 1.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Nelson Boeira (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. v. 1 – Parte Geral. 13. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Consituição**. Gilmar Ferreira Mendes (trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. 2. ed. rev. Bruno Miragem (trad.); Cláudia Lima Marques (notas). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Ensaio sobre a lei**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Os direitos de greve, reunião e passeata e razoabilidade democrática**. Disponível em: <<http://www.justica.sp.gov.br/Modulo.asp?Modulo=69>> Acesso em 10 jan. 2016.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Maria Ermanita de Almeida Prado Galvão (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4. ed. António Pinto Monteiro; Paulo Mota Pinto (atual.). Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

POPPER, Karl. **A Lógica da Pesquisa Científica**. Leonidas Hegenberg; Octanny Silveira da Mota (trad.). São Paulo: Cultrix, 1985.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Argumentação Jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**, v. 798. São Paulo: RT, 2002.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVEIRA, Fernando Lang da. A filosofia da ciência de Karl Popper e suas implicações no ensino da ciência. In: **Caderno Catarinense de Ensino de Física**, , v. 6, n.2, Florianópolis: UFSC 1989.