

# **direito constitucional pós-moderno**

---

**GEORGES ABBOUD**



## **DIRETORA DE CONTEÚDO E OPERAÇÕES EDITORIAIS**

Juliana Mayumi Ono

## **GERENTE DE CONTEÚDO**

Milisa Cristine Romera

**Editorial:** Aline Marchesi da Silva, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo e Quenia Becker

**Gerente de Conteúdo Tax:** Vanessa Miranda de M. Pereira

**Direitos Autorais:** Viviane M. C. Carmezim

**Assistente de Conteúdo Editorial:** Juliana Menezes Drumond

**Analista de Projetos:** Camilla Dantara Ventura

**Estagiários:** Alan H. S. Moreira, Ana Amalia Strojnowski, Bárbara Baraldi e Bruna Mestriner

## **PRODUÇÃO EDITORIAL**

**Coordenação:** Andréia R. Schneider Nunes Carvalhaes

**Especialistas Editoriais:** Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

**Analista de Projetos:** Larissa Gonçalves de Moura

**Analistas de Operações Editoriais:** Alana Fagundes Valério, Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto e Patrícia Melhado Navarra

**Analistas de Qualidade Editorial:** Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa, Thaís Pereira e Victória Menezes Pereira

**Designer Editorial:** Lucas Kfourri

**Estagiárias:** Maria Carolina Ferreira, Sofia Mattos e Tainá Luz Carvalho

**Projeto Gráfico de Capa e Miolo:** Paula Astiz

**Líder de Inovações de Conteúdo para Print:** Camilla Furegato da Silva

## **EQUIPE DE CONTEÚDO DIGITAL**

**Coordenação:** Marcello Antonio Mastrorosa Pedro

**Analistas:** Gabriel George Martins, Jonatan Souza, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

**Gerente de Operações e Produção Gráfica:** Mauricio Alves Monte

**Analistas de Produção Gráfica:** Aline Ferrarezzi Regis e Jéssica Maria Ferreira Bueno

**Estagiária de Produção Gráfica:** Ana Paula Evangelista

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

---

Abboud, Georges

Direito constitucional pós-moderno / Georges Abboud. – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

Bibliografia.

ISBN 978-65-5614-822-9

1. Direito constitucional I. Título.

21-55299

CDU-342

---

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito constitucional 342

Cibele Maria Dias – Bibliotecária – CRB-8/9427

- 19      INTRODUÇÃO  
**direito sem  
qualidades?**
- 39      PARTE I  
**paradigma da  
degeneração**
- 199     PARTE II  
**paradigma da  
decisão**
- 503     PARTE III  
**paradigma da  
proceduralização**
- 665     EPÍLOGO  
**berlin alexanderplatz  
e a estupidez**

<b>INTRODUÇÃO – DIREITO SEM QUALIDADES?</b>	19
<b>I. Da irmandade entre direito e literatura</b>	21
<b>II. Por que preservar o direito?</b>	25
<b>III. Ao sul, Weimar. Para fugir de uma infância perpétua</b>	30
<b>IV. Behemot vs Leviatã: o combate da degeneração</b>	32
<b>V. Do porquê degenerar o direito é degenerar a democracia</b>	37
<b>PARTE I – PARADIGMA DA DEGENERAÇÃO</b>	39
<b>Introdução – “Nicht schuldig!”: o contexto espiritual do nacional-socialismo</b>	41
<b>1.1 A fuga do direito em direção à moral</b>	46
<b>1.2 Contra o que se voltaram os nazistas?</b>	49
<b>A autonomia do direito como vítima normativa do nacional-socialismo</b>	
<b>1.2.1 O que é o Estado de Direito?</b>	52
<b>1.2.1.1 Do absolutismo ao constitucionalismo: do autoritarismo legal à autoridade da lei</b>	54
<b>1.2.1.2 O Rechtsstaat: a breve genealogia de um conceito atormentado (1789-1933)</b>	59
<b>1.2.1.3 A origem panfletária do termo: uma arma contra o Estado policial prussiano</b>	60
<b>1.2.1.3.1 O aguardado império das leis (1871-1918)</b>	62
<b>1.2.1.3.2 A nova era do Estado de Direito: a Constituição de Weimar</b>	65
<b>1.3 A jornada aos limites do direito: degeneração e Estado Dual</b>	68
<b>1.3.1 As ilusões sobre o positivismo e a trindade degenerada</b>	69
<b>1.3.2 A importância da dogmática jurídica e as três vias da degeneração epistêmica</b>	73
<b>1.3.2.1 Ataque ao liberalismo</b>	82
<b>1.3.2.2 Ataque ao formalismo</b>	86
<b>1.3.2.3 Ataque ao semitismo</b>	89
<b>1.3.3 Os alvos da degeneração institucional e a redefinição nazista do Estado de Direito</b>	92
<b>1.3.3.1 Os alvos da degeneração institucional. Grupo 1: os centros de controle democrático</b>	94
<b>1.3.3.1.1 Democracia parlamentar constitucional</b>	95
<b>1.3.3.1.2 Direito privado e direitos subjetivos</b>	97
<b>1.3.3.1.3 A distinção entre direito e política</b>	98
<b>1.3.3.1.4 A separação de Poderes</b>	100
<b>1.3.3.2 Os alvos da degeneração institucional.</b>	104
<b>Grupo 2: os mecanismos de controle democrático</b>	
<b>1.3.3.2.1 Ordem jurídica positiva</b>	104
<b>1.3.3.2.2 Legalidade</b>	111
<b>1.3.3.3 O sequestro do Estado de Direito. A nazificação do Rechtsstaat</b>	114
<b>1.3.4 Os efeitos da degeneração instrumentalizadora. As ferramentas da destruição</b>	120
<b>1.3.4.1 Novas fontes do direito</b>	120
<b>1.3.4.2 Introdução da exceção. Nova ideologia</b>	121
<b>1.3.4.3 Polarização. Política operando pelo binômio amigo/inimigo</b>	127

1.3.4.4	Legitimidade contra legalidade	130
1.3.4.5	Uso de conceitos, cláusulas gerais e conceitos (i)legais indeterminados	133
1.3.4.6	Usos dos conceitos extralegais	139
1.3.5	Ernst Fraenkel: a luta intelectual contra o declínio do direito	141
1.3.6	O conceito de Estado Dual	142
1.3.6.1	“Estado Dual” como crítica às ambiguidades estruturais do Estado de Direito	148
1.3.7	Ativismo e degeneração	151
1.3.8	As máximas de Rüthers. Escólios a um texto explícito	164
1.3.9	A defesa da autonomia do direito	190
1.4	Nossas lições a partir do paradigma da degeneração	195
<b>PARTE II – PARADIGMA DA DECISÃO</b>		199
<b>Introdução – Modelos decisórios e complexidade absorvível</b>		201
<b>2.1 O subparadigma da subsunção</b>		204
2.1.1	O paradigma da subsunção: premissas gerais da escola positivista	204
2.1.2	Positivismo legalista e o método subsuntivo	210
2.1.3	Traços gerais do positivismo legalista na França e na Alemanha	211
2.1.3.1	Mitos sobre o positivismo legalista	215
2.1.3.1	O método de aplicação do direito no positivismo exegético e o estigma do juiz “boca fria da lei”	219
2.1.4	O modelo de regras e a sua relação com a subsunção	224
2.1.5	O nascimento da jurisdição constitucional e a complexidade absorvível	225
<b>2.2 O subparadigma da ponderação</b>		240
2.2.1	Ainda e sempre o giro linguístico	240
2.2.2	Positivismo normativista	242
2.2.3	As contribuições de Hans Kelsen	243
2.2.3.1	Noções básicas para compreender a proposta científica kelseniana: sociedade <i>versus</i> natureza	243
2.2.3.2	A doutrina pura do Direito e as características essenciais do positivismo normativista kelseniano	249
2.2.3.3	Decisão jurídica segundo Hans Kelsen	256
2.2.4	Herbert Hart: o direito como sistema de regras primárias e secundárias	258
2.2.4.1	A zona de penumbra e a dicotomia <i>easy cases</i> e <i>hard cases</i>	262
2.2.5	O direito como fundamento do próprio direito: a autopoiese	265
2.2.6	Os impactos do nazifascismo, o surgimento do neoconstitucionalismo e os princípios como elementos de nova abordagem dos intitulados <i>easy cases</i> e <i>hard cases</i>	268
2.2.7	A potencialização dos direitos fundamentais no período pós-bélico	274
2.2.8	A jurisdição constitucional como espaço de proteção da autonomia do direito	278
2.2.8.1	O modelo kelseniano do legislador negativo como referência para a Europa	283

2.2.8.2 A insuficiência do modelo do legislador negativo em face da complexidade crescente. O surgimento das decisões manipulativas, interpretativistas e limitativas	288
2.2.9 Da relação intrínseca entre jurisdição constitucional e autonomia do direito	296
2.2.10 A dicotomia regras-princípios	299
2.2.11 O princípio e a proporcionalidade à luz da teoria de Robert Alexy	301
<b>2.3 O princípio como meio de resgate de valores e o problema da ponderação/proporcionalidade</b>	304
2.3.1 A era da hermenêutica: o giro ontológico-linguístico e o direito	311
2.3.2 O acesso hermenêutico ao direito	320
2.3.3 Pós-positivismo	322
2.3.3.1 O texto e a norma: ou a criação do direito pelo Judiciário e seu espaço na regulamentação	324
2.3.3.2. A contribuição da teoria estruturante do direito de Friedrich Müller para a distinção entre texto e norma	328
2.3.3.3 A interpretação como ato produtivo condicionado pela historicidade	333
2.3.3.4 A decisão é sempre ato interpretativo e não silogístico	340
2.3.3.5 Enfrentamento da discricionariedade	356
2.3.4 Teoria da decisão	362
2.3.5 O domínio dos princípios constitucionais no paradigma interpretativista	369
2.3.6 Superar ou não superar a dicotomia princípio <i>versus</i> regra?	376
2.3.7 O embate entre Hart e Dworkin e o surgimento do positivismo contemporâneo	381
2.3.8 Positivismo inclusivista	384
2.3.9 Positivismo exclusivista	398
2.3.10 Enfrentamento da relação entre direito e moral	410
<b>2.4 Jurisdição constitucional sob o paradigma interpretativista. Espaço de controle das interpretações do ato normativo e de produção de normatividade</b>	422
2.4.1 As sentenças interpretativas em sentido estrito	423
2.4.2 As decisões aditivas e substitutivas e a atuação da jurisdição constitucional como órgão <i>paralegislativo</i>	427
2.4.3 Decisões limitativas. A modulação de efeitos na jurisdição constitucional	436
2.4.4 Aumento da complexidade da jurisdição constitucional. Do ato legislativo a todos os atos do Poder Público. Do texto aos sentidos do texto. Da desconstituição à correção	443
<b>2.5 O ato e o agir administrativo sob controle da jurisdição constitucional: ou de como nas questões jurídicas a autonomia do direito alcança a Administração Pública</b>	450
<b>2.6 Modulação de efeitos da cassação do ato administrativo e a decaída da distinção nulidade <i>vs.</i> anulabilidade</b>	462
<b>2.7 A autonomia do direito rechaça a discricionariedade judicial</b>	468

<b>2.8 O arquétipo normativo da decisão (CPC 489 §1º e a LINDB): que tipo de consequencialismo seria possível num paradigma constitucional?</b>	477
<b>2.9 Jurisdição constitucional perante a insuficiência do paradigma da decisão</b>	497
<b>2.10 Nossas lições a partir do paradigma da decisão</b>	499
<b>PARTE III – PARADIGMA DA PROCEDURALIZAÇÃO</b>	503
<b>Introdução – Os limites do direito constitucional na complexidade pós-moderna</b>	505
<b>3.1 O que caracteriza a democracia constitucional contemporânea?</b>	507
3.1.1 A democracia e suas mudanças no mundo pós-moderno	520
3.1.2 A transição da gramática real para a digital. O Código	521
3.1.3 A extinção das metanarrativas	523
3.1.4 A democracia redefinida como regime policontextural	526
<b>3.2 A sociedade pós-moderna e a crise do Estado regulador</b>	527
3.2.1 Da sociedade de indivíduos à sociedade de plataformas	527
3.2.2 As racionalidades formal e material: da crise do Estado à crise do Direito	535
3.2.3 A necessidade de uma racionalidade reflexiva: o aprendizado como fôlego para a sobrevivência da sociedade e o Estado procedural	537
<b>3.3 O <i>Administrative State</i> e os limites do Império do Direito</b>	545
3.3.1 Direito e burocracia: a descrição de um impasse contemporâneo	548
3.3.2 Adam Vermeule e a falência do <i>legal reasoning</i> tradicional. Interpretação institucional e os limites da razão do Judiciário	552
3.3.3 A tese da abnegação e o novo Império do Direito	558
3.3.4 A autonomia como sentido e justificativa da abnegação do direito	563
<b>3.4 O direito procedural</b>	566
3.4.1 Aspectos introdutórios da proceduralização: da falência do direito como meio regulatório à alternativa procedural	568
3.4.2 O paradoxo como gatilho para a proceduralização	573
3.4.3 Aspectos teóricos da proceduralização	582
<b>3.5 Da decisão à proceduralização: uma transição e um acolhimento de paradigmas</b>	597
<b>3.6 As vias autorizadoras da proceduralização</b>	604
3.6.1 1ª Via. O conhecimento a ser buscado para o tratamento da matéria judicializada não pode ser encontrado apenas no direito	605
3.6.2 2ª Via. A matéria judicializada impõe à jurisdição constitucional necessidade de definir, complementar ou corrigir uma determinada regulação normativa sem a previsão de uma resposta constitucionalmente obrigatória	610
3.6.3 3ª Via. As consequências da decisão da jurisdição constitucional forem imprevisíveis, podendo criar situação mais inconstitucional que aquela evitada pela decisão, por conseguinte, deve ser assegurada revisão e flexibilidade sobre o tema	617

<b>3.6.4</b> 4ª Via. A eliminação ou imunização da situação de inconstitucionalidade demanda atuação efetiva de outro Poder	619
<b>3.7 Os requisitos legitimadores da proceduralização</b>	620
3.7.1 Dever de fundamentação	620
3.7.2 Pluralidade de manifestações de diferentes fragmentos da sociedade	621
3.7.3 Deixar aberto canal de comunicação para reflexão e adaptabilidade	626
3.7.4 Assegurar padrão de <i>accountability</i> no acompanhamento dos resultados da solução realizada	627
3.7.5 Síntese conceitual sobre os modos e os objetos da proceduralização	631
<b>3.8 A necessidade premente do diálogo entre Poderes</b>	633
<b>3.9 Direito e Administração Pública: a jurisdição constitucional como espaço híbrido</b>	638
3.9.1 O tempo das ações coordenadas: a abnegação cooperativa do direito	642
3.9.2 Como tomar decisões judiciais e administrativas no <i>Administrative State</i> ? Uma nova arquitetura da decisão	642
<b>3.10 Da separação ao diálogo entre Poderes</b>	643
3.10.1 A relação com o Executivo	643
3.10.2 A relação com o Legislativo	646
3.10.3 A construção de um controle de constitucionalidade mais <i>dialogado do que repressivo</i>	647
3.10.4 Regimes de transição	648
3.10.5 Mudanças interpretativas	650
3.10.6 Compreensão do conceito de <i>mora legislativa</i> e o que seria <i>self-restraint</i>	651
3.10.7 Reclamação constitucional instrumento de reflexividade e aprendizado cognitivo	653
<b>3.11 Nossas lições a partir do paradigma da proceduralização</b>	660
<b>EPÍLOGO – BERLIN ALEXANDERPLATZ E A ESTUPIDEZ</b>	665
<b>Referências bibliográficas</b>	671
<b>Índice alfabético-remissivo</b>	701
<b>Abreviaturas</b>	709
<b>Colofon</b>	719