

Sumário

Prefácio	17
Introdução	25
1 Da apresentação do conceito.....	31
1.1 Da norma associada enquanto objeto linguístico	31
1.1.1 Do afloramento do conceito	31
1.1.2 Da evolução do conceito em Alexy	32
1.1.3 Da expressão “norma de direito fundamental associada” (<i>zugeordnete Grundrechtsnorm</i>) em Alexy.....	33
1.1.4 Da correspondência entre <i>zugeordnete</i> <i>Norm</i> e norma associada	34
1.1.5 Da recepção do conceito	39
1.1.6 Abordagens diretas.....	41
1.2 Exemplificações do conceito.....	44
1.3 Análise do conceito	47
1.3.1 Considerações preliminares	47
1.3.1.1 Distinções.....	47
1.3.1.2 Definição provisória.....	50
1.3.1.3 Espécies ou sentidos de norma associada	50
1.3.1.3.1 NADF latissimo sensu	51
1.3.1.3.2 NFDA stricto sensu.....	54
1.3.1.3.3 NDFA em sentido próprio	55
1.3.1.3.4 NDFA própria em sentido estendido	55
1.3.1.3.5 NDFA própria irradiada.....	56
1.4 Resultado parcial (item 1.3.)	56

2 Da problematização do conceito.....	57
2.1 Considerações gerais.....	57
2.2 Primeiras referências críticas.....	58
2.3 Utilidade do conceito em face das abordagens tradicionais.....	60
2.3.1 Teoria das fontes.....	61
2.3.2 Teoria das lacunas.....	66
2.3.3 Princípios implícitos.....	71
2.3.4 Direito não-escrito.....	72
2.3.5 Discrecionalidade judicial?.....	84
2.3.6 Interpretação no marco normativo: Kelsen.....	87
2.3.7 Legislação intersticial: Hart.....	92
2.3.8 Integração mediante princípios: Dworkin.....	96
2.3.9 Resultado parcial (item 2.3.).....	104
2.4 Perspectivas e problemas para a proposta da NDFA.....	106
2.4.1 Dos problemas epistemológicos da proposta.....	109
2.4.2 Do problema metodológico da proposta.....	110
2.4.3 Do problema filosófico-jurídico da proposta.....	114
3 Base filosófico-prática da NDFA: a teoria da argumentação.....	115
3.1 Considerações iniciais.....	115
3.2 Filosofia prática, moral e argumentação.....	116
3.2.1 Considerações gerais.....	116
3.2.1.1 Discurso e nova retórica.....	120
3.2.1.2 Argumentação e tópica.....	127
3.2.2 Razão prática aristotélica.....	130
3.2.2.1 Considerações gerais sobre a possibilidade de novas leituras.....	130
3.2.2.2 Argumentação e hermenêutica.....	130
3.2.3 Resultado parcial (item 3.2.2.).....	141
3.2.4 Teoria do discurso e razão prática.....	144
3.2.4.1 Alternativas disponíveis.....	144
3.2.4.2 O caminho da razão alexyana.....	149
3.2.4.2.1 A identificação do legado kantiano.....	149
3.2.4.2.2 Razão institucionalizada.....	159
3.2.4.2.3 Da possibilidade de argumentação racional.....	167
3.2.4.2.4 Razão institucionalizada e linguagem.....	168
3.2.4.2.5 Da argumentação em Alexy.....	172
3.2.4.2.5.1 Da herança habermasiana.....	172
3.2.4.2.5.2 Do caráter procedimental: ambiguidade ou diferenciação?.....	177

3.2.4.3 Da teoria da argumentação prática.....	180
3.2.4.3.1 Ideia geral.....	180
3.2.4.3.2 Fundamentação das regras do discurso	180
3.2.4.3.3 Entre a pragmática universal e a transcendental.....	187
3.2.4.4 Discussão crítica	189
3.2.4.5 Frutos da argumentação: direitos naturais, humanos ou fundamentais?.....	204
3.2.4.6 Resultado parcial (item 3.2.4.).....	206
3.2.5 Da tese do caso especial	208
3.2.5.1 Traves da tese do caso especial	208
3.2.5.2 Discussão da tese do caso especial.....	212
3.2.5.2.1 Das críticas à relação entre discurso geral e jurídico.....	212
3.2.5.2.2 Das críticas quanto à unidade do discurso.....	217
3.2.5.3 Resultado parcial (item 3.2.5.).....	231
3.2.6 Da especificidade da justificação das proposições normativas judiciais	234
3.2.7 Formas da argumentação e interpretação judiciais.....	240
3.2.7.1 Considerações gerais	240
3.2.7.2 Da dogmática	242
3.2.7.3 Do precedente	246
3.2.7.4 Da vinculação à lei.....	247
3.2.8 Reflexos da dupla face da tese do caso especial.....	248
3.2.9 Do modelo procedimental de quatro níveis.....	251
4 Base filosófico-política da NDFA:	
a teoria do estado e da política.....	253
4.1 Considerações gerais.....	253
4.2 Razão prática discursiva e implicações na teoria política	254
4.2.1 Considerações gerais.....	254
4.2.2 Representação e democracia	260
4.2.3 Democracia e poder.....	280
4.2.4 Poder, direitos fundamentais e representação	286
4.2.5 Da representação argumentativa e suas condições	290
4.2.6 Da ideia regulativa pressuposta.....	297
4.3 Da discussão da teoria política.....	301
4.3.1 Da crítica político-ideológica	301
4.3.1.1 Da exposição da crítica	301
4.3.1.2 Da resposta.....	302
4.3.2 Resultado parcial(item 4.).....	306

5 Base filosófico-jurídica da NDFA: a teoria da norma	309
5.1 Considerações iniciais	309
5.2 Da normatividade	310
5.2.1 Da deonticidade.....	310
5.2.2 Da proposicionalidade.....	315
5.3 Da juridicidade ou da teoria da norma jurídica em geral	319
5.3.1 Da norma de direito e sua relação com a moralidade.....	319
5.3.2 Do conceito de direito: essência e dualidade.....	325
5.3.3 Discussão do conceito de direito de Alexy.....	329
5.3.3.1 Da exposição das críticas	329
5.3.3.2 Da resposta.....	334
5.4 Resultado parcial (item 5.)	350
6 Da teoria de direito fundamental	353
6.1 Considerações gerais	353
6.2 Do direito fundamental	353
6.2.1 Da base conceitual.....	353
6.2.2 Do desenvolvimento do conceito de direito fundamental.....	357
6.2.2.1 Do aspecto cognitivo da teoria do direito fundamental	357
6.2.2.1.1 Concepção de direito fundamental	357
6.2.2.1.2 Conceitos de direito fundamental.....	361
6.2.2.1.3 Direitos humanos e fundamentais <i>qua</i> direitos.....	362
6.2.2.1.4 Resultado parcial (item 6.2.2.1.)	368
6.2.2.2 Do aspecto orgânico do conceito: o direito fundamental como um todo	368
6.2.2.3 Do aspecto estrutural da teoria da NDFA.....	374
6.2.2.3.1 Considerações gerais	374
6.2.2.3.2 Da indesviabilidade da ponderação na interpretação	375
6.2.2.3.3 Da explicitação da estrutura das normas: teoria dos princípios	378
6.2.2.3.4 Teoria do tipo e barreira	390
6.2.2.4 Discussão da teoria dos princípios	397
6.2.2.4.1 Considerações prévias	397
6.2.2.4.2 Críticas conceituais	398
6.2.2.4.2.1 Crítica radical: inexistência de princípios	398
6.2.2.4.2.2 Negação da normatividade	401
6.2.2.4.2.3 Críticas quanto à natureza e função dos princípios	401

6.2.2.4.2.3.1 Deontologia ou axiologia?.....	402
6.2.2.4.2.3.2 Da otimização.....	403
6.2.2.4.2.4 Objeção normativo-sistemática	407
6.2.2.4.2.5 Resposta às críticas conceituais.....	412
6.2.2.4.2.6 Resultado parcial (item 6.2.2.4.2.)	418
6.2.2.4.3 Críticas à adequação da teoria dos princípios.....	419
6.2.2.4.3.1 Inadequação filosófica.....	419
6.2.2.4.3.2 Inadequação científica.....	422
6.2.2.4.3.3 Inadequação teórico-normativa	423
6.2.2.4.3.4 Inadequação do critério de distinção	424
6.2.2.4.3.5 Inadequação metodológica	429
6.2.2.4.3.6 Inadequação dogmática	431
6.2.2.4.4 Resultado parcial (item 6.2.2.4.3)	433
7 Da dinâmica da NDFA	437
7.1 Considerações gerais.....	437
7.2 NDFA e princípio da proporcionalidade	438
7.3 Proporcionalidade em ação: a ponderação	441
7.4 Modelos de argumentação com o princípio da proporcionalidade.....	447
7.4.1 Proporcionalidade como proibição de excesso na intervenção em direitos fundamentais (<i>Übermassverbot</i>) ...	448
7.4.2 Proporcionalidade como proibição de insuficiência em deveres de proteção de direitos fundamentais (<i>Untermassverbot</i>).....	451
7.4.3 Proporcionalidade como barreira nos princípios da igualdade (<i>Schranke der Gleichheitssätze</i>).....	454
7.5 Discussão do princípio da proporcionalidade.....	456
7.5.1 Considerações gerais.....	456
7.5.1.1 Questões terminológicas.....	457
7.5.1.2 Questões conceituais	458
7.5.1.2.1 Princípio ou postulado?	458
7.5.1.2.2 Princípio ou regra? Ou ambos?	462
7.5.1.2.3 Respostas.....	465
7.5.1.2.4 Resultado parcial (item 7.5.1.2.)	467
7.5.1.3 Questões quanto ao desempenho da proporcionalidade.....	469
7.5.1.3.1 Da suposta irracionalidade do princípio da proporcionalidade.....	470
7.5.1.3.1.1 Da alegada falta de pontos de referência	470
7.5.1.3.1.2 Da aventada ausência de clareza conceitual.....	472

7.5.1.3.1.3 Da suposta incomensurabilidade	472
7.5.1.3.1.4 Da dificuldade de identificar os direitos e bens objeto da ponderação.....	472
7.5.1.3.1.5 Da dita inevitabilidade da degradação numa jurisprudência do caso concreto	473
7.5.1.3.1.6 Da alegada ilegitimidade do tribunal constitucional	474
7.5.1.3.2 Resposta	475
7.5.1.3.2.1 Considerações preliminares.....	475
7.5.1.3.2.1.1 Considerações gerais sobre	475
proporcionalidade e racionalidade.....	475
7.5.1.3.2.1.2 Respostas mais específicas aos argumentos ...	476
7.5.1.3.2.1.2.1 Da suposta irracionalidade do princípio da proporcionalidade.....	476
7.5.1.3.2.1.2.1.1 Da suposta falta de pontos de referência normativos e objetivos para a aplicação do princípio da proporcionalidade	476
7.5.1.3.2.1.2.1.2 Da suposta falta de clareza conceitual do referido princípio	480
7.5.1.3.2.1.2.1.3 Da alegação de incomensurabilidade.....	480
7.5.1.3.2.1.2.1.4 Da dificuldade de identificar os direitos e bens objeto da ponderação.....	481
7.5.1.3.2.1.2.1.5 Da aventada inevitabilidade da degradação numa jurisprudência do caso concreto.....	482
7.5.1.3.2.1.2.2 Da questão da legitimidade do tribunal	482
7.5.1.3.2.1.2.3 Dos critérios alternativos.....	485
7.5.1.3.3. Resultado parcial (item 7.5.1.3.)	485
8 NDFA e regulatividade	489
8.1 Considerações iniciais	489
8.2 Conteúdo de fixação.....	490
8.3 Estruturabilidade formal.....	491
8.4 Universalidade.....	492
8.5 Subsumibilidade.....	497
8.5.1 Indispensabilidade da subsunção	497
8.5.2 Dos esquemas básicos	502
8.5.3 Da interação entre os esquemas básicos	506
8.5.4 Da mecânica da subsunção.....	509
8.5.5 Espaços semânticos no precisar	511
8.6 Resultado parcial (item 8.).....	513

9 Peculiaridades da regulatividade da NDFA	515
9.1 Considerações gerais.....	515
9.2 Características regulativas especiais da NDFA.....	515
9.2.1 Externalidade quanto à fundamentação.....	515
9.2.2 Indeterminabilidade <i>a priori</i>	516
9.2.3 Variabilidade.....	518
9.2.4 Novidade.....	520
9.2.5 Status de norma fundamental e/ou constitucional?.....	527
9.3 Profilaxia: fatores para uma correta extração de NDFA.....	529
9.3.1 Princípios formais na ponderação.....	530
9.3.2 Da dogmática dos espaços.....	537
9.3.3 Precisão na ponderação: a fórmula peso.....	541
9.3.3.1 Apresentação da fórmula.....	541
9.3.3.2 Discussão da fórmula peso.....	543
9.3.3.2.1 Das objeções.....	543
9.3.3.2.2 Da resposta.....	545
9.4 Resultado parcial (item 9.).....	546
9.5 Resultado parcial adicional quanto à definição da NDFA.....	547
10 Aplicação prática da NDFA	549
10.1 Considerações gerais.....	549
10.2 Espaço da NDFA.....	549
10.2.1 Ambiente e oportunidade da construção da NDFA.....	549
10.2.1.1 NDFA e justiciabilidade.....	550
10.2.1.2 NDFA e controle de constitucionalidade.....	552
10.2.1.3 NDFA e irradiação.....	554
10.2.2. Resultado parcial (item 10.2.).....	558
10.3 Estudo de casos.....	559
10.3.1 Das uniões homoafetivas.....	559
10.3.2 Da chamada “marcha da maconha”.....	568
10.3.3 Da política pública do meio ambiente.....	571
10.3.4 Da progressão de regime em crimes hediondos.....	574
10.3.5 Benefício para ex-governador.....	578
10.3.6 “Ficha limpa” para candidatos políticos.....	581
10.4 Resultado parcial (item 10.3.).....	584
Conclusão	585
Referências	589
Anexo: ementas de decisões do STF	609