

INTRODUÇÃO – DIREITO SEM QUALIDADES?	19
I. Da irmandade entre direito e literatura	21
II. Por que preservar o direito?	27
III. Ao sul, Weimar. Para fugir de uma infância perpétua	32
IV. Behemot vs Leviatã: o combate da degeneração	34
V. Do porquê degenerar o direito é degenerar a democracia	39
PARTE I – PARADIGMA DA DEGENERAÇÃO	41
Introdução: O contexto espiritual do nacional-socialismo	43
1.1 A fuga do direito em direção à moral	50
1.2 Contra o que se voltaram os nazistas? A autonomia do direito como vítima normativa do nacional-socialismo	54
1.2.1 O que é o Estado de Direito?	57
1.2.1.1 Do absolutismo ao constitucionalismo: do autoritarismo legal à autoridade da lei	59
1.2.1.2 O <i>Rechtsstaat</i> : a breve genealogia de um conceito atormentado (1789-1933)	64
1.2.1.3 A origem panfletária do termo: uma arma contra o Estado policial prussiano	65
1.2.1.3.1 O aguardado império das leis (1871-1918)	67
1.2.1.3.2 A nova era do Estado de Direito: a Constituição de Weimar	70
1.3 A jornada aos limites do direito: degeneração e Estado Dual	73
1.3.1 As ilusões sobre o positivismo e a trindade degenerada	74
1.3.2 A importância da dogmática jurídica e as três vias da degeneração epistêmica	77
1.3.2.1 Ataque ao liberalismo	87
1.3.2.2 Ataque ao formalismo	91
1.3.2.3 Ataque ao semitismo	94
1.3.3 Os alvos da degeneração institucional e a redefinição nazista do Estado de Direito	97
1.3.3.1 Os alvos da degeneração institucional. Grupo 1: os centros de controle democrático	99
1.3.3.1.1 Democracia parlamentar constitucional	100
1.3.3.1.2 Direito privado e direitos subjetivos	101
1.3.3.1.3 A distinção entre direito e política	103
1.3.3.1.4 A Separação de Poderes	105
1.3.3.1.5 A “Caixa de Pandora” jurídica: o caso <i>Prússia contra Reich</i>	109
1.3.3.2 Os alvos da degeneração institucional. Grupo 2: os mecanismos de controle democrático	115
1.3.3.2.1 Ordem jurídica positiva	115
1.3.3.2.2 Legalidade	122
1.3.3.3 O sequestro do Estado de Direito. A nazificação do <i>Rechtsstaat</i>	125
1.3.4 Os efeitos da degeneração instrumentalizadora. As ferramentas da destruição	131
1.3.4.1 Novas fontes do direito	131

1.3.4.2	Introdução da exceção. Nova ideologia	133
1.3.4.3	Polarização. Política operando pelo binômio amigo/inimigo	138
1.3.4.4	Legitimidade contra legalidade	141
1.3.4.5	Uso de conceitos, cláusulas gerais e conceitos (i)legais indeterminados	144
1.3.4.6	Uso dos conceitos extralegais	150
1.3.5	Ernst Fraenkel: a luta intelectual contra o declínio do direito	151
1.3.6	O conceito de Estado Dual	153
1.3.6.1	O “Estado Dual” como crítica às ambiguidades estruturais do Estado de Direito	159
1.3.7	Ativismo e degeneração	161
1.3.8	As máximas de Rüthers. Escólios a um texto explícito	174
1.3.9	A defesa da autonomia do direito	200
1.4	As formas da degeneração na contemporaneidade	205
1.4.1	O autoritarismo líquido de Pedro Serrano	206
1.4.2	O constitucionalismo abusivo de David Landau	212
1.4.3	A operação lava-jato e a Justiça degenerada	219
1.4.3.1	A 13ª Vara Federal de Curitiba – uso estratégico e degenerado das regras de competência	220
1.4.3.2	A Suspeição do Juiz	227
1.4.3.3	A manipulação da opinião pública e a chantagem via acordos	235
1.5	Do que é feita uma democracia legítima? Notas sobre minorias	236
1.6	Nossas lições a partir do paradigma da degeneração	242
 PARTE II – PARADIGMA DA DECISÃO		245
Introdução: Modelos decisórios e complexidade absorvível		247
2.1	O Subparadigma da subsunção	250
2.1.1	O paradigma da subsunção: premissas gerais da escola positivista	250
2.1.2	Positivismo legalista e o método subsuntivo	256
2.1.3	Traços gerais do positivismo legalista na França e na Alemanha	257
2.1.3.1	Mitos sobre o positivismo legalista	261
2.1.3.2	O método de aplicação do direito no positivismo exegético e o estigma do juiz “boca fria da lei”	265
2.1.4	O modelo de regras e a sua relação com a subsunção	270
2.1.5	O nascimento da jurisdição constitucional e a complexidade absorvível	271
2.2	O Subparadigma da ponderação	286
2.2.1	Ainda e sempre o giro linguístico	286
2.2.2	Positivismo normativista	288
2.2.3	As contribuições de Hans Kelsen	288
2.2.3.1	Noções básicas para compreender a proposta científica kelseniana: sociedade versus natureza	289

2.2.3.2 A doutrina pura do Direito e as características essenciais do positivismo normativista kelseniano	295
2.2.3.3 Decisão jurídica segundo Hans Kelsen	301
2.2.4 Herbert Hart: o direito como sistema de regras primárias e secundárias	304
2.2.4.1 A zona de penumbra e a dicotomia <i>easy cases</i> e <i>hard cases</i>	308
2.2.5 O direito como fundamento do próprio direito: a <i>autopoiese</i>	310
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>	313
2.2.7 A potencialização dos direitos fundamentais no período pós-bélico	319
2.2.8 A jurisdição constitucional como espaço de proteção da autonomia do direito	323
2.2.8.1 O modelo kelseniano do legislador negativo como referência para a Europa	328
2.2.8.2 A insuficiência do modelo do legislador negativo em face da complexidade crescente. O surgimento das decisões manipulativas, interpretativistas e limitativas	333
2.2.9 Da relação intrínseca entre jurisdição constitucional e autonomia do direito	341
2.2.10 A dicotomia regras-princípios	343
2.2.11 O princípio e a proporcionalidade à luz da teoria de Robert Alexy	345
2.3 O Princípio como meio de resgate de valores e o problema da ponderação/proporcionalidade	348
2.3.1 A era da hermenêutica: o giro ontológico-linguístico e o direito	355
2.3.2 O acesso hermenêutico ao direito	364
2.3.3 Pós-positivismo	365
2.3.3.1 O texto e a norma: ou a criação do direito pelo Judiciário e seu espaço na regulamentação	368
2.3.3.2 A contribuição da teoria estruturante do direito de Friedrich Müller para a distinção entre texto e norma	371
2.3.3.3 A interpretação como ato produtivo condicionado pela historicidade	376
2.3.3.4 A decisão é sempre ato interpretativo e não silogístico	383
2.3.3.5 Enfrentamento da discricionariedade	398
2.3.4 Teoria da decisão	405
2.3.4.1 O combate às decisões pseudofundamentadas	412
2.3.4.2 A inexistência de espaços decisoriais desvinculados da Constituição. Um estudo de caso do Júri: a inconstitucionalidade da legítima defesa da honra	417
2.3.5 O domínio dos princípios constitucionais no paradigma interpretativista	446
2.3.6 Superar ou não superar a dicotomia princípio <i>versus</i> regra?	456
2.3.7 O embate entre Hart e Dworkin e o surgimento do positivismo contemporâneo	464
2.3.8 Positivismo inclusivista	467
2.3.9 Positivismo exclusivista	481
2.3.10 Enfrentamento da relação entre direito e moral	493

2.4 Jurisdição constitucional sob o paradigma interpretativista. Espaço de controle das interpretações do ato normativo e de produção de normatividade	505
2.4.1 As sentenças interpretativas em sentido estrito	506
2.4.2 As decisões aditivas e substitutivas e a atuação da jurisdição constitucional como órgão paralegislativo	510
2.4.3 Decisões limitativas. A modulação de efeitos na jurisdição constitucional	519
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	526
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	533
2.6 Modulação de efeitos da cassação do ato administrativo e a decaída da distinção nulidade vs. anulabilidade	545
2.7 A autonomia do direito rechaça a discricionariedade judicial	551
2.8 O arquétipo normativo da decisão (o §1º do art. 489 do CPC e a LINDB): que tipo de consequentialismo seria possível num paradigma constitucional?	561
2.9 Jurisdição constitucional perante a insuficiência do paradigma da decisão	581
2.10 Nossas lições a partir do paradigma da decisão	583
PARTE III – PARADIGMA DA PROCEDURALIZAÇÃO	587
Introdução: Os limites do direito constitucional na complexidade pós-moderna	589
3.1 O que caracteriza a democracia constitucional contemporânea?	591
3.1.1 A democracia e suas mudanças no mundo pós-moderno	604
3.1.2 A transição da gramática real para a digital. O Código	605
3.1.3 A extinção das metanarrativas	607
3.1.4 A democracia redefinida como regime policontextural	611
3.1.5 As abordagens sistemáticas e o constitucionalismo	612
3.2 A Sociedade pós-moderna e a crise do Estado regulador	616
3.2.1 A noção de soberania como categoria estruturante do pensamento político constitucional contemporâneo	617
3.2.2 Da sociedade de indivíduos à sociedade de plataformas	623
3.2.3 As racionalidades formal e material: da crise do Estado à crise do Direito	631
3.2.4. A necessidade de uma racionalidade reflexiva: o aprendizado como fôlego para a sobrevivência da sociedade e o Estado procedural	633
3.3 O <i>Administrative State</i> e os limites do Império do Direito	642
3.3.1 Direito e burocracia: a descrição de um impasse contemporâneo	645
3.3.2 Adrian Vermeule e a falência do <i>legal reasoning</i> tradicional. Interpretação institucional e os limites da razão do Judiciário	649
3.3.3 A tese da abnegação e o novo Império do Direito	656

3.3.4 A autonomia como sentido e justificativa da abnegação do direito	661
3.4 O Direito procedural	664
3.4.1 Aspectos introdutórios da proceduralização: da falência do direito como meio regulatório à alternativa procedural	666
3.4.2 O paradoxo como gatilho para a proceduralização	671
3.4.3 Aspectos teóricos da proceduralização	680
3.5 Da decisão à proceduralização: uma transição e um acolhimento de paradigmas	694
3.6 As vias autorizadoras da proceduralização	702
3.6.1 1ª Via. O conhecimento a ser buscado para o tratamento da matéria judicializada não pode ser encontrado apenas no direito	703
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	708
3.6.3 3ª Via. As consequências da decisão da jurisdição constitucional imprevisíveis, podendo criar situação mais inconstitucional que aquela evitada pela decisão, por conseguinte, deve ser assegurada revisão e flexibilidade sobre o tema	720
3.6.4 4ª Via. A eliminação ou imunização da situação de inconstitucionalidade demanda atuação efetiva de outro Poder	722
3.7 Os requisitos legitimadores da proceduralização	722
3.7.1 Dever de fundamentação	723
3.7.2 Pluralidade de manifestações de diferentes fragmentos da sociedade	724
3.7.3 Deixar aberto canal de comunicação para reflexão e adaptabilidade	728
3.7.4 Assegurar padrão de <i>accountability</i> no acompanhamento dos resultados da solução realizada	729
3.7.5 Síntese conceitual sobre os modos e os objetos da proceduralização	733
3.8 A necessidade premente do diálogo entre Poderes	735
3.9 Direito e Administração Pública: a jurisdição constitucional como espaço híbrido	740
3.9.1 O tempo das ações coordenadas: a abnegação cooperativa do direito	744
3.9.2 Como tomar decisões judiciais e administrativas no <i>Administrative State</i> ? Uma nova arquitetura da decisão	744
3.10. Da separação ao diálogo entre Poderes	745
3.10.1 A relação com o Executivo	745
3.10.2 A relação com o Legislativo	748
3.10.3 A construção de um controle de constitucionalidade mais dialogado do que repressivo	751
3.10.4 Regimes de transição	752
3.10.5 Mudanças interpretativas	754

3.10.6 Compreensão do conceito de mora legislativa e o que seria <i>self-restraint</i>	755
3.10.7 Reclamação constitucional instrumento de reflexividade e aprendizado cognitivo	757
3.10.8 Pedidos de extensão como mecanismos de funcionalização cognitiva da jurisdição constitucional	763
3.10.9 Acordos em jurisdição constitucional como realidade cotidiana do Supremo Tribunal Federal	767
3.11 Arbitragem e jurisdição constitucional: uma autorregulação regulada	773
3.11.1 Por uma filtragem constitucional da arbitragem: uma releitura das ações constitucionais	776
3.11.2 O dever de revelação dos árbitros em perspectiva constitucional	779
3.11.3 Arbitragem e autorregulação	787
3.12 Nossas lições a partir do paradigma da proceduralização	789
EPÍLOGO – BERLIN ALEXANDERPLATZ E A ESTUPIDEZ	793
Referências bibliográficas	799
Índice alfabético-remissivo	839
Abreviaturas	847
Cólofon	857