

UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DIREITOS COLETIVOS E CIDADANIA

PAULA MARTINS DA SILVA COSTA

O CONHECIMENTO CIENTÍFICO E O DIREITO: UMA PERSPECTIVA
APLICADA AOS PROCESSOS LEGISLATIVO E JUDICIAL NO TOCANTE
ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS

RIBEIRÃO PRETO
2021

PAULA MARTINS DA SILVA COSTA

O CONHECIMENTO CIENTÍFICO E O DIREITO: UMA PERSPECTIVA DO
RACIONALISMO CRÍTICO E DO PLURALISMO JURÍDICO APLICADA
AOS PROCESSOS LEGISLATIVO E JUDICIAL NO TOCANTE ÀS
POLÍTICAS PÚBLICAS

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP, Campus Ribeirão Preto (SP), como requisito parcial para obtenção do título de Mestra em Direitos Coletivos e Cidadania.

Orientador: Professor Doutor Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho.

Área de concentração: Direitos Coletivos e Cidadania.

Linha de pesquisa: Proteção e Tutela dos Direitos Coletivos.



RIBEIRÃO PRETO
2021

PAULA MARTINS DA SILVA COSTA

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto -

Costa, Paula Martins da Silva, 1969-
C837C “O Conhecimento Científico e o Direito: uma perspectiva
aplicada aos processos legislativo e judicial no tocante às políticas
públicas.” / Paula Martins da Silva Costa. - - Ribeirão Preto, 2021.
164 f.: il. color.

Orientador: Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos S. Coelho.

Dissertação (mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto,
UNAERP, Direitos coletivos e Cidadania. Ribeirão Preto, 2021.

1. Racionalismo crítico. 2. Pluralismo jurídico. 3. Processo
legislativo. 4. Processo jurisdicional. 5. Políticas públicas.

I. Título.

CDD 340

**O CONHECIMENTO CIENTÍFICO E O DIREITO: UMA PERSPECTIVA
APLICADA AOS PROCESSOS LEGISLATIVO E JUDICIAL NO TOCANTE ÀS
POLÍTICAS PÚBLICAS**

**Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Direito
da Universidade de Ribeirão Preto para
obtenção do título de Mestre em Direito.**

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania

Data de defesa: 22 de abril de 2021

Resultado: Aprovada

BANCA EXAMINADORA

**NUNO MANUEL
MORGADINHO DOS
SANTOS COELHO**
Assinado de forma digital por
NUNO MANUEL MORGADINHO DOS
SANTOS COELHO
Data: 2021.04.23 09:55:48
03:00
Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho
Presidente UNALRP - Universidade de Ribeirão Preto


Prof. Dr. Cesar Celso de Souza Neto
UNP - Universidade de São Paulo


Prof. Dr. Juvenio Borges Silva
UNALRP - Universidade de Ribeirão Preto

RIBEIRÃO PRETO

2021

Aos meus pais Laudo Silva Costa (*in memoriam*) e Raquel Ferreira Martins, em
agradecimento pela vida, pelo amor, educação e exemplos que sempre me deram.
À minha grande família querida que me ampara e a quem eu amo do fundo do meu coração.
A meus filhos Estevan e Lucas, razões da minha vida, e meu amado companheiro Eduardo
Silveira Martins.
A meus amigos e amigas, que me amparam e ensinam a viver.

AGRADECIMENTOS

Agradecer humildemente em retribuição a todas as pessoas que nos ajudam a crescer e conquistar algo desejado, que nos fazem seguir em frente, estimulando e fortalecendo nos momentos de cansaço e dúvidas. Neste momento, eu tenho muito a agradecer.

Foram dois anos de muito aprendizado, de conhecer muitas pessoas e seu modo único de ser e pensar, de muitas oportunidades e, também, de muitas lutas que só me fizeram crescer.

Primeiramente, agradeço a Deus pela minha vida e saúde, por sempre me amparar em todos os momentos, por me mostrar esta oportunidade e abrir meus caminhos para que tudo fluísse, por renovar a minha fé todos os dias e me mostrar que está sempre comigo.

Aos meus pais Laudo (*in memoriam*) e Raquel, por todos os ensinamentos de vida, pela educação que tive e amor que recebi. À minha mãe Raquel por todo seu sacrifício em criar seis filhos com muita dificuldade econômica, educando-nos para a vida, para a independência e para o trabalho.

Ao meu amado companheiro Eduardo, pelo apoio e compreensão, pela confiança, pelo companheirismo, por cuidar do Lucas de noite para que eu pudesse comparecer às aulas do mestrado. Sem você, eu não conseguiria, te amo.

Aos meus amados filhos Estevan e Lucas, o amor mais sincero e incondicional que se possa experimentar. Eu os amo mais que a mim mesma.

Aos meus queridos colegas de carreira, Priscila Kuchinski e Luiz Carlos de Freitas, que me apoiaram tanto e estimularam no intento do mestrado, e meu atual coordenador Luciano Pereira Vieira, que me deu muito apoio para eu escrever a dissertação.

A minha querida colega e amiga Teresa Villac, que me ensinou muito sobre as questões acadêmicas com sua experiência.

À querida amiga que o mestrado me presenteou, Juliana Castro Torres, colega generosa, batalhadora e cheia de luz que muito me ensinou e ensina até hoje, e com quem dei muitas risadas, tornando o curso mais leve e divertido.

À Fabiana Isaac Mattaraia e Jéssica Garolo, com quem formamos um quarteto de amigas de onde tirei forças para concluir o mestrado, muito aprendi e com quem dividi as angústias e as risadas do mestrado.

À toda a turma do mestrado da UNAERP de março de 2019, inesquecível e única, onde fui acolhida, aprendi muito e fiz amigos para o resto da vida.

À amiga Ana Paula Marcheti, professora que conheci durante o mestrado e se tornou uma grande amiga, mulher de garra e muito conhecimento científico.

Ao meu querido orientador professor Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho, por todo seu vasto conhecimento, sua atenção e dedicação, pela paciência, pela orientação, pela amizade. Obrigada Nuno por ser um exemplo de docente, de professor nato, dedicadíssimo a ensinar e instigar seus alunos a pensarem em termos amplos, filosóficos e jurídicos, a sua humildade, a sua postura amigável e acessível são exemplos que carregarei comigo para o resto da vida como exemplo de ser humano ético. Obrigada por me aceitar como sua orientanda, fornecer-me todo o suporte, por esta oportunidade maravilhosa de crescimento, por confiar em mim.

Ao querido coordenador do Programa de Pós-Graduação da UNAERP, professor Sebastião Sérgio da Silveira, por sua luta e dedicação que fazem desse mestrado um curso de excelência. Uma pessoa com um coração imenso, cuja aula inaugural em todos os cursos fala sempre de amizade, da união entre os colegas, de sermos todos uma grande família nesse mestrado. Obrigada pela oportunidade de cursar o excelente mestrado da UNAERP, por tudo o que fez e faz por mim e por seus alunos.

Aos estimados professores Juvêncio Borges da Silva, Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, Ricardo dos Reis Silveira, Adalberto Simão Filho, Lucas de Souza Lehfeld e Zaiden Geraige Neto (*in memorian*), que tive a honra de frequentar as aulas e aprender muito nesse mestrado. Muito obrigada pela dedicação e generosidade em passar seus conhecimentos e pelas inesgotáveis contribuições acadêmicas. A vocês, meu grande respeito, admiração e carinho.

Muito obrigada, meus grandes professores, pela oportunidade que me deram de estar neste curso e de aprender e crescer tanto com vocês.

À querida funcionária da divisão de pós-graduação do direito, Patrícia Araújo Machado, pela educação com todos, pelo carinho, apoio e compreensão de sempre.

À UNAERP, agradeço pela estrutura e organização do excelente curso, sendo que o presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

E por último, agradeço a todas as pessoas que se esforçam por um mundo cada vez melhor, em todas as áreas do conhecimento.

RESUMO

Estudo a respeito do processo decisório no Brasil na área do Direito sob o enfoque do método científico, enquanto saber que se expõe à crítica, sujeito à constante revisão de seu entendimento sobre a realidade, e do pluralismo jurídico. O foco da discussão centrou-se em avaliar como os Três Poderes que fundam a República brasileira absorvem o método científico em suas decisões e projetos de lei sobre políticas públicas que irão impactar a nação. A Constituição de 1988 inaugurou uma nova fase jurídica, instituindo princípios e garantias processuais, ampliando a abrangência da jurisdição constitucional. Esse largo espectro de garantias, bem como a entrega de mecanismos mais adequados para o controle de sua concreção, permitiu uma redefinição do conceito de cidadania e a formulação de novas bases para o desenvolvimento dos direitos pluri-individuais. O referencial teórico é o racionalismo crítico de Karl Popper e Hans Albert e a teoria da jurisdição constitucional de Peter Häberle. Metodologicamente se justifica a pesquisa porque os direitos sociais garantidos constitucionalmente dependem da tomada de decisão dos órgãos públicos, envolvendo gastos públicos finitos. É relevante pela escassez de literatura no Brasil, um campo novo a exigir pesquisa interdisciplinar, tendo correspondência com a efetividade, para proporcionar respostas e ampliar as formulações teóricas quanto às opções contemporâneas pautadas no racionalismo crítico e no pluralismo jurídico. O método utilizado foi o hipotético-dedutivo, a pesquisa incluiu material bibliográfico, artigos científicos, legislação, jurisprudência e outros recursos como jornais e internet. A abordagem baseou-se na pesquisa qualitativa. Conclui-se que houve avanços civilizatórios a partir das finalidades republicanas acordadas na Constituição cidadã, inobstante faz-se necessário redefinições no afã de concretizar as exigências democráticas e republicanas de fundamentação científica na execução das políticas públicas, delimitando racionalmente o âmbito de discricionariedade, objetivando retirá-la da influência de opiniões pessoais do gestor do momento, para uma apreciação sob o primado da Ciência, esteio onde vicejam as táticas legítimas da democracia liberal e as boas práticas políticas e sociais, para que sejam soterradas as tentativas de obliterar a liberdade de expressão democrática e o discurso público sobre políticas públicas pelos cidadãos e seus representantes, sem menosprezo da *expertise* científica.

Palavras chave: Método científico. Racionalismo crítico. Pluralismo jurídico. Processo legislativo. Processo jurisdicional. Políticas públicas.

ABSTRACT

The study about the decision-making process in Brazil in the area of Law under the focus of the scientific method, while knowing that it is exposed to criticism, subject to constant review of its understanding of reality, and of legal pluralism. The focus of the discussion was centered on assessing how the Three Powers that found the Brazilian Republic absorb the scientific method in their decisions and bills on public policies that will impact the nation. The 1988 Constitution inaugurated a new legal phase, instituting procedural principles and guarantees, expanding the scope of constitutional jurisdiction. This broad spectrum of guarantees, as well as the delivery of more adequate mechanisms for the control of its concretion, allowed for a redefinition of the concept of citizenship and the formulation of new bases for the development of multi-individual rights. The theoretical framework is the critical rationalism of Karl Popper and Hans Albert and the theory of constitutional jurisdiction by Peter Häberle. Methodologically, research is justified because the constitutionally guaranteed social rights depend on decision-making by public bodies, involving finite public spending. It is relevant due to the scarcity of literature in Brazil, a new field that requires interdisciplinary research, corresponding to effectiveness, to provide answers and expand the theoretical formulations regarding contemporary options based on critical rationalism and legal pluralism. The method used was hypothetical-deductive, the research included bibliographic material, scientific articles, legislation, jurisprudence and other resources such as newspapers and the internet. The approach was based on qualitative research. It is concluded that there were civilizing advances based on the republican aims agreed in the citizen Constitution, however it is necessary to redefine the desire to materialize the democratic and republican requirements of scientific foundation in the execution of public policies, rationally delimiting the scope of discretion, aiming to remove it from the influence of personal opinions of the manager of the moment, for an appreciation under the cousin of Science, mainstay where the legitimate tactics of liberal democracy and good political and social practices thrive, so that the attempts to obliterate freedom of expression are buried democracy and public discourse on public policies by citizens and their representatives, without disregarding scientific expertise.

Keywords: Scientific method. Critical rationalism. Legal pluralism. Legislative process. Jurisdictional process. Public policy.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Pirâmide dos níveis de evidência científica. A relevância das evidências científicas, conforme representação abaixo, aumenta de acordo com o tipo de estudo ou pesquisa realizada.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art.	Artigo
CAPES	Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior
CF/1988	Constituição federal de 1988
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CNM	Confederação Nacional de Municípios
CONITEC	Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS
Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CPC	Código de Processo Civil
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CT&I	Ciências, tecnologias e inovações
DGITS	Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde
EC	Emenda Constitucional
EUA	Estados Unidos da América
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
ICT	Instituição de ciência e tecnologia
LADin	Lei de Ação direta de inconstitucionalidade
LADPF	Lei de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
LIP	Litigação de interesse público
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
Min.	Ministro
MP	Medida Provisória
MS	Mandado de Segurança
NBER	National Bureau of Economic
OEA	Organização dos Estados Americanos
PCDT	Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas
Rcl.	Reclamação

Rel.	Relator
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
SCTIE	Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde
Séc.	Século
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STA	Suspensão de Tutela Antecipada
SUS	Sistema Único de Saúde
TC	Tribunal Constitucional

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	15
2	FUNDAMENTOS TEÓRICOS. O QUE É CIÊNCIA?.....	20
2.1	O RACIONALISMO CRÍTICO DE KARL POPPER.....	20
2.2	O RACIONALISMO CRÍTICO DE HANS ALBERT.....	29
2.3	DIREITO SOB O ENFOQUE DO RACIONALISMO CRÍTICO DE HANS ALBERT.....	40
2.4	O PLURALISMO JURÍDICO DE PETER HÄBERLE.....	47
2.5	CONCLUSÃO PARCIAL.....	52
3	CIÊNCIA E PROCESSO LEGISLATIVO.....	54
3.1	HISTÓRICO DO PROCESSO LEGISLATIVO.....	54
3.2	O PROCESSO LEGISLATIVO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	68
3.3	DA LEGÍSTICA OU CIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO.....	72
3.4	DA ABERTURA PROCEDIMENTAL DO PROCESSO LEGISLATIVO: AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS.....	75
4	CIÊNCIA E PROCESSO JUDICIAL	77
4.1	A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	77
4.2	DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA.....	83
4.3	ANÁLISE DOS REQUISITOS DA AUTONOMIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA SOB A ÓTICA DE PETER HÄBERLE....	86
4.4.1	A figura do <i>amicus curiae</i>	88
4.4.2	Da Pertinência Temática na Legitimidade Ativa Nas Ações De Controle Concentrado.....	91
4.3	LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO: JUDICIALIZAÇÃO X ATIVISMO JURÍDICO.....	94
4.4	O PROCESSO COLETIVO.....	108
4.5	O PROCESSO ESTRUTURAL.....	112
4.5.1	Críticas Ao Processo Estrutural.....	117
4.5.2	Ouvindo Os Integrantes Da Sociedade Afetada	120
5	A CIÊNCIA NA CONFORMAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	121

6	CONCLUSÃO.....	137
7	REFERÊNCIAS.....	154

1 INTRODUÇÃO

Esse estudo aborda a relação entre direito e método científico no Brasil, um levantamento sobre o que se escreveu sobre o processo de decisão no Brasil na área do direito sob o enfoque da ciência, enquanto saber que se expõe à crítica, saber sujeito à constante revisão e rediscussão de seu entendimento sobre a realidade.

O tema do presente estudo coaduna com o Programa de Mestrado da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP, em Direitos Coletivos e Cidadania, pois direciona a pesquisa científica na investigação da efetivação dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, essencial para garantir o diálogo Estado e sociedade, consolidando a democracia.

Considerando a linha de pesquisa escolhida: Proteção e Tutela dos Direitos Coletivos, se efetivou a pesquisa sistemática dos institutos de participação cidadã no processo legislativo, após uma abordagem histórica para elucidar a evolução do processo legislativo contemporâneo. Assim, examinou-se como o Poder Legislativo se apoia no saber científico para embasar suas discussões dos projetos de lei e demais atos normativos, que representam a maneira como a sociedade se estrutura em termos legais, especialmente em relação à Legística. Quanto ao diálogo que legitima uma sociedade pluralista, adentrou-se aos mecanismos de abertura procedimental na elaboração dos atos normativos no Congresso Nacional, sua eficácia e delineamentos, na figura das audiências públicas. Também a exigência da convocação do método científico na interpretação do Direito, na solução dos casos concretos submetidos ao Poder Judiciário, abordou-se a jurisdição constitucional, seu controle democrático, os mecanismos de abertura da interpretação constitucional à comunidade de intérpretes, bem como o embasamento científico das decisões do Poder Judiciário. Finalizou-se com a análise da problemática atual da conformação das políticas públicas no Brasil com suporte no método científico.

A ciência é para nós, hoje, no terceiro milênio, algo tão palpável e introjetado no nosso modo de vida que não conseguimos mais imaginar um mundo sem os milagres da ciência e da tecnologia. Nesse sentido, Hobsbawn preleciona que:

Assim, a ciência, através do tecido saturado de tecnologia da vida humana, demonstra diariamente seus milagres ao mundo de fins do século XX. É tão indispensável e onipresente – pois mesmo os mais remotos confins da humanidade conhecem o rádio transistorizado e a calculadora eletrônica – quanto Alá para o mulçumano crente. É indiscutível quando essa capacidade de certas atividades humanas produzirem resultados sobre-humanos se tornou parte da consciência comum, pelo menos nas

partes urbanas das sociedades industriais “desenvolvidas”. Certamente foi após a explosão da primeira bomba nuclear, em 1945. Contudo, não pode haver dúvida de que o século XX foi aquele em que a ciência transformou tanto o mundo quanto o nosso conhecimento dele (1995, p. 510).

O estudo teve o cunho exploratório, mediante análise da doutrina disponível, a fim de investigar como os Três Poderes que fundam a República brasileira absorvem o conhecimento científico em suas decisões, políticas públicas, projetos de lei que impactam a nação.

A Constituição de 1988 ressignificou o papel do Poder Judiciário e do Direito, ao estabelecer um novo paradigma: o do Estado Democrático de Direito, universalizou a proteção coletiva dos direitos transindividuais, sem limitações em relação ao objeto do processo, o que ocorria com as leis anteriores, que tutelavam restritivamente aos objetos determinados como meio ambiente. Reconheceu expressamente uma dimensão coletiva de direitos fundamentais, institutos para a efetivação desses direitos, como o mandado de segurança coletivo, as ações coletivas, a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Desvinculou o Ministério Público Federal das tarefas de defesa da União, atribuindo à Advocacia Geral da União a representação do ente público federal, subdividiu as competências dos tribunais de modo que a incumbência de Corte Constitucional coube ao Supremo Tribunal Federal (DIDIER JUNIOR; ZANETTI JUNIOR, 2019, p. 62).

Promulgada há cerca de 30 anos, a nova era constitucional brasileira avançou bastante quanto à proteção dos direitos sociais, talvez única no mundo, de acordo com a doutrina, então é fundamental que se façam estudos acadêmicos que aprofundem e investiguem especificamente na realidade brasileira, que tem enorme desigualdade social, como concretizar ditos direitos levando-se em conta também o escopo do método científico, o que solicita estudos aprofundados dessa relação entre Direito e Ciência.

Ao mesmo tempo, a Constituição ampliou a abrangência da jurisdição constitucional, especialmente no que se refere aos instrumentos do modelo concentrado de controle de constitucionalidade que possui, em termos processuais, feições coletivas. Esse largo espectro de garantias, bem como a entrega de instrumentos mais adequados para o controle de sua concreção, permitiu uma redefinição do conceito de cidadania e a formulação de novos paradigmas para o desenvolvimento dos direitos pluri-individuais.

A proteção aos direitos fundamentais é uma conquista histórica, surgida em períodos distintos, conforme o conflito histórico determinante. Todos esses direitos coexistem, motivo pelo qual pode se denominá-los por dimensão ou geração. Nesse contexto ressalta

Norberto Bobbio que o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado ; num segundo momento os direitos políticos, os quais concebem a liberdade não apenas negativamente mas positivamente, como autonomia; finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novos valores, como os do bem-estar e da igualdade material, de liberdade através ou por meio do Estado (BOBBIO, 2004, p. 32).

Finalmente, os direitos de quarta geração, nascidos com a globalização política, englobando os direitos à democracia, informação e pluralismo. A quarta geração nasce com a globalização da economia e políticas mundial, objetivando a salvaguarda da democracia, do pluralismo etc. Não se desconhece a doutrina crítica dos direitos humanos, que os contempla na figura da luta pelo empoderamento de minorias étnicas, sexuais, indígenas, em face do poder estatal e do *stablishment*. Também se examinou as teorias críticas dos direitos humanos, a fim de incluir outras minorias na luta pelo reconhecimento de direitos fundamentais.

Há razões de ordem teórica ou prática que justificaram a realização da pesquisa. A relevância social do problema investigado, metodologicamente se justifica porque os direitos sociais garantidos constitucionalmente dependem da tomada de decisão por parte dos órgãos públicos, envolvendo gastos públicos sempre finitos. É relevante porque não há muita literatura no Brasil, é um campo novo, que é necessário que se tenha pesquisa interdisciplinar e multidisciplinar sobre o tema, que o direito tem de ter essa correspondência com a efetividade, com a eficácia, no sentido de proporcionar respostas aos problemas propostos, ou ampliar as formulações teóricas a esse respeito, no tocante às opções contemporâneas, bem como a formulação de políticas públicas que contenham em sua pauta o racionalismo crítico e o pluralismo jurídico.

Dessa forma a pesquisa foi desenvolvida inicialmente pelo método de pesquisa bibliográfica, mediante o levantamento bibliográfico acerca do tema, também com aferição de outros recursos, tais como jornais, periódicos e internet, envolvendo um resgate histórico, trazendo conceitos culturais, filosóficos, sociológicos e políticos, na expectativa de elucidar a importância de incluir a abordagem científica para a atuação dos três Poderes da República brasileira, fulcrada no Estado Democrático de Direito, utilizando como referencial teórico o racionalismo crítico de Karl Popper e Hans Albert. A ciência para estes autores é um grande debate e não um conjunto de verdades. Também se enfoca a noção de jurisdição constitucional de Peter Häberle, estribada no entendimento de que os diversos grupos sociais são intérpretes da Constituição, formando a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

Em relação ao tipo de abordagem, o presente estudo se baseia no método qualitativo, que se caracteriza porque o pesquisador é o instrumento-chave, não se utiliza de técnicas e métodos estatísticos, tem caráter descritivo, o resultado a ser obtido é o processo e seu significado, é a interpretação do fenômeno estudado (SILVA; MENEZES, 2005). A abordagem qualitativa é uma interação dinâmica “entre o mundo real e o sujeito, isto é um vínculo indissociável do mundo objetivo e a subjetividade do sujeito que não pode ser traduzida em números” (SILVA; MENEZES, 2005, p. 20). O objetivo da pesquisa não está focado em quantificar uma ocorrência, ou em quantas vezes uma variável se repete, mas sim na qualidade em que elas se apresentam, com o objeto da pesquisa se manifesta (MINAYO, 1994).

Quanto ao diálogo necessário que legitima uma sociedade pluralista, examinou-se os mecanismos de abertura procedimental na confecção dos atos normativos no Brasil, sua eficácia e delineamentos. Discute-se sobre a necessidade de adequada fundamentação científica nos processos de construção das leis e outras normas de caráter geral. Com este problema, preocupa-se, de forma geral e cada vez mais, a Legística – vide Soares (2007), para um estudo introdutório e panorâmico – sendo hoje promissora a perspectiva de uma filosofia regulatória que leve a sério a análise de custos e benefícios em seus diversos setores – vide Sustain (2018).

Abordou-se o embasamento científico perante as decisões do Poder Judiciário. Examinou-se o chamado direito processual constitucional (plasmada nos instrumentos de controle de constitucionalidade e sua inexorável relação com a proteção coletiva dos direitos), quanto daquilo que pode ser entendido como direito constitucional processual, ou seja, dos princípios e garantias constitucionais relativas ao direito processual, particularmente os relativos aos direitos coletivos e suas interfaces com a construção de um novo projeto de cidadania.

Adentrou-se aos processos estruturais enquanto tipologia própria dos processos coletivos, identificado com a intensificação das relações sociais, de consumo, das ameaças globais representadas pelo poder público e entidades privadas, sua importância para a solução de litígios estruturais de modo a plasmar uma solução que molde as instituições sociais, que abarque todos os grupos e subgrupos atingidos pela violação. A Ciência nesta hipótese pode frear a utilização inconsciente ou não do sistema de crenças pessoais do julgador no momento da decisão, trazendo clareza ao debate e qualitativamente levando à melhor decisão.

De tal maneira que existem estruturas normativas e legais que dialogam com a ciência no cenário atual brasileiro, a ideia é estudar o embasamento científico ou não da tomada de decisão em vários espectros da vida em sociedade e mostrar como funcionar melhor.

É sabido que a questão da judicialização da efetivação dos direitos sociais, envolvendo a entrega de bens pelo juiz, internações, cirurgias, vagas em creche e escolas, enfim diversas questões de impacto são tomadas pelos juízes nem sempre respaldados no método científico, seja também pela falta de estatísticas. Não se desconhece os vários avanços brasileiros em relação à melhor decisão, ressaltando a nova figura do *amicus curiae*, colaborando com posições científicas diversas ou não a fim de melhor embasar os julgamentos.

Estuda-se pormenorizadamente a jurisdição constitucional, seu controle democrático e os mecanismos de abertura da interpretação constitucional à comunidade de intérpretes, bem como o embasamento científico das decisões do Poder Judiciário. Dedicar-se à relação entre Direito e método científico, no que diz respeito a um tema de grande repercussão prática: a judicialização da saúde e os critérios que devem norteá-la à luz dos princípios e fundamentos do Estado Democrático de Direito. O assunto tem diferentes dimensões, respeitando a todos os processos de construção racional (ou que se exige e espera racional) das normas e de sua implantação.

Discutiu-se sobre a exigência democrática e republicana de fundamentação científica na execução das políticas públicas, de sorte a melhor delimitar o âmbito de discricionariedade e retirá-las da influência das opiniões pessoais do gestor do momento ou de seus anseios eleitorais ou políticos (COELHO, 2017), para uma apreciação em que a questão é apresentada em seus contornos essenciais, no tocante ao princípio republicano. Discute-se, enfim, também a exigência da convocação da Ciência da interpretação do direito na solução dos casos concretos submetidos ao Poder Judiciário.

Todos os recursos metodológicos e as técnicas desenvolvidas objetivaram a apreensão e compreensão das questões jurídicas e da realidade fática subjacente ao estudo e diante das conclusões analisadas, propor ações que possam auxiliar e até mesmo, em um segundo momento, modificar positivamente a situação constatada.

Acredita-se que a ciência é o esteio onde vicejam as táticas legítimas da democracia liberal e as boas práticas políticas e sociais, fundamentais para que sejam soterradas no passado todas as tentativas de obliterar a liberdade de expressão na democracia e o discurso público sobre políticas pelos cidadãos e seus representantes (STANLEY, 2020, p. 17, 46), a fim de que não haja espaços públicos para o menosprezo da *expertise* científica, nas palavras de Jason Stanley:

Ao rejeitar o valor da *expertise*, os políticos fascistas também eliminam qualquer exigência de debate sofisticado. A realidade é sempre mais complexa do que nossos meios de representá-la. **A linguagem científica requer uma terminologia cada vez mais complexa, para fazer distinções que seriam invisíveis sem ela.** A realidade social é pelo menos tão complexa quanto a realidade da física. **Numa democracia**

liberal saudável, uma linguagem pública com um vocabulário rico e variado para fazer distinções é uma instituição democrática vital. Sem isso, o discurso público saudável é impossível. A política fascista procura, assim, mascarar a realidade (STANLEY, 2020, p. 63, grifo nosso).

Nesse sentido, as universidades ganham um aspecto de salvaguarda da democracia liberal, ao avançar no debate científico estabelecendo um debate público complexo e bem fundamentado sobre políticas, como se observa:

No mundo inteiro agora, vemos movimentos de extrema direita atacando as universidades pela disseminação do “marxismo” e do “feminismo”, deixando de dar um lugar central aos valores da extrema direita. Mesmo nos Estados Unidos, berço do maior sistema universitário do mundo, vemos ataques ao melhor estilo Leste Europeu nas universidades. Os protestos estudantis são deturpados na imprensa e apresentados como tumultos de multidões indisciplinadas, ameaças à ordem civil. **Na política fascista, as universidades são degradadas em discursos públicos, e os acadêmicos são ignorados como fontes legítimas de conhecimento e expertise, sendo representados como “marxistas” ou “feministas” radicais que estariam espalhando um plano ideológico esquerdista sobre o disfarce de pesquisa. Ao rebaixar as instituições de ensino superior e empobrecer nosso vocabulário comum para discutir políticas, a política fascista reduz o debate a um conflito ideológico. Por meio dessas estratégias, a política fascista degrada os espaços de informação, obliterando a realidade** (STANLEY, 2020, p. 65, grifo nosso).

2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS. O QUE É CIÊNCIA?

2.1 O RACIONALISMO CRÍTICO DE KARL POPPER

A concepção da ciência moderna como entendida na cultura ocidental nasceu no século XVII, com o astrônomo italiano Galileu Galilei (1564-1642), que conferiu autonomia à ciência, diferenciando-a da filosofia e da religião, demarcando seu objeto, objetivo e método, o que marca o início real da física, apontada como a ciência que historicamente tem servido de modelo para todas as áreas do conhecimento humano. Essa revolução científica destruiu a ideia do Cosmos medieval por um universo infinito, regido por leis próprias e a troca do espaço “concreto” de Aristóteles pelo espaço abstrato da geometria euclidiana, levando Galileu às barras do tribunal eclesiástico a Inquisição. Nessa fase da ciência havia uma visão reducionista da realidade, alinhada aos aspectos meramente quantitativos, mediante a observação, experimentação e indução do objeto das ciências naturais especificamente, portanto a ciência nasceu com o método quantitativo (TURATO, 2013, p. 175-179).

Coelho ressalta que a civilização fundada na ciência, exaltada pela conquista da certeza e da razão, é a civilização fundada na dúvida, sem certezas absolutas na nova atitude,

aliás a única certeza é a de que é possível saber mais e melhor, e que as respostas podem e devem ser revistas, por força da presença das coisas, mediante a advertência da consciência do não saber, já que todo saber é precário, provisório, de modo que a tarefa essencial é a busca contínua do saber como forma de vida. Dessa forma, a erosão das bases tradicionais do saber, mediante a erosão da autocompreensão humana mito-poética de explicação do mundo, instaurou a problematicidade como condição permanente do homem ocidental, inaugurando uma nova atitude de permanente tensão pelo irreduzível criticismo, pelo caráter investigado da Filosofia (*zetesis*) (COELHO, 2021, p. 79-87).

Diferentemente da física, que tem séculos de pesquisa, a sociologia, considerada a primeira ciência social, nasceu no século XIX, com os trabalhos de Harriet Martineau nos EUA, Auguste Comte na França e Hebert Spencer na Inglaterra. Logo após o estudo ganharia robustez com Karl Marx, Max Weber, e Émile Durkheim. Antes disso já havia análises sobre a sociedade, a política e a história, como nas obras de Platão, Heródoto, Locke, Hobbes, Maquiavel, Rousseau, inobstante ausente o caráter científico hodierno. Esses estudos científicos sobre a sociedade sofreram questionamentos iniciais sobre a própria existência de algo como “ciências sociais”. Comte inaugura um sistema normativo com o positivismo, que foi a escola fundadora da sociologia, entendendo que uma sociedade passa de uma etapa primitiva para uma mais desenvolvida, ecoando o etnocentrismo europeu. Esse problema e um afastamento das ciências sociais do resto das outras disciplinas gerou um debate epistemológico sobre duas visões, a naturalista e a antinaturalista. A visão naturalista afirma que mesmo que haja diferenças metodológicas entre as ciências naturais e as sociais, ambas são ciências. Já para a corrente antinaturalista há um fosso entre as ciências exatas e as sociais de outro (MARQUES, 2021).

Bortolotti (2013) descreve as críticas dos antinaturalistas às ciências sociais. A primeira é a dificuldade de se fazer induções dos fenômenos sociais, o que já não ocorre com os fenômenos físicos. Outra é a dificuldade em saber quais os fatores relevantes para um experimento em ciência social, somado que não há como realizar testes controlados em laboratório. Como os fenômenos sociais são complexos e não são lineares, suas variáveis não são controláveis, o que dificulta as previsões, portanto não se pode falar em “causa e efeito”. Na física, o todo é igual à soma das partes, nas ciências sociais o holismo fica dificultado. Esse ponto leva a um outro, a compreensão. Enquanto nos fenômenos naturais basta olhar a causa para entender o resultado, os fenômenos sociais exigem imaginação, entender o significado do fato social, o que compromete a objetividade das ciências sociais, já que o cientista social não está fora da sociedade.

A partir de Auguste Comte (1798-1857) ficou organizado um modo de pensamento chamado positivismo, que entende que o modelo das ciências empírico-formais, ou seja o conhecimento das causas e dos efeitos dos fatos como realizado pelo método empirista e quantitativo, é o paradigma de cientificidade para todas as demais ciências, sendo suficiente para todo o conhecimento científico. Sua filosofia se baseia nas três etapas do espírito humano: a teológica, a metafísica e a positiva (TURATO, 2013, p. 198-200).

Nos anos 1920-1930, o movimento neopositivista, ou empirismo lógico, desenvolvido pelo chamado “Círculo de Viena”, grupo que se dedicava ao estudo de problemas epistemológicos, lançou um manifesto por uma ciência liberta da metafísica, uma demarcação rigorosa entre intelecto e emoção, sendo tarefa da filosofia efetuar a análise da linguagem comum e da científica (TURATO, 2013, p. 203).

Popper rebateu os neoempiristas de Viena, para quem a verificabilidade de uma teoria era o critério de cientificidade, replicando a impossibilidade de verificação, e sim a falsificação das teorias era o critério de demarcação da ciência, com base na assimetria entre falsificação e verificação. Todas as demais teorias são metafísicas ou pseudociências, caso não seja falsificável. Mas pelo progresso da ciência e da precisão experimental, cujo saber é provisório e sujeito a refutações, ideias chamadas metafísicas, ou seja, fora do alcance do conhecimento humano, transformam-se em teorias testáveis, pelo que é impossível a demarcação rígida entre ciência e metafísica, em que pese problemas como a existência de Deus e a imortalidade da alma estão absolutamente fora do nosso conhecimento, não se discutindo no racionalismo se existem ou não, somente que não são conhecíveis (MALUSCHKE, 2013, p. 19-21).

Karl Popper foi um dos primeiros críticos do antinaturalismo, ao afirmar que a checagem entre ciências naturais e ciências sociais é uma visão ingênua da ciência, arraigada no positivismo, ao rebater que as ciências sociais são capazes de fazer generalizações e criar leis próprias. Popper publicou “A Lógica da Pesquisa Científica” em 1934, e em inglês quando adquiriu notoriedade no ano de 1959. Neste livro, crítica o positivismo do Círculo de Viena (POPPER, 2004, p. 37), contesta a aceitação do princípio da “lógica indutiva”, concepção então hegemônica de que as ciências empíricas se caracterizam pelo emprego do método indutivo, de modo que de enunciados particulares ou singulares como resultados de experimentos inferem-se enunciados universais como teorias ou hipóteses. Entende não ser lógico tal inferência, cuja conclusão assim colhida pode revelar-se falsa, ainda que sejam numerosos esses exemplos, ilustrando com seu exemplo clássico dos cisnes brancos. O problema da indução pode ser visto também sobre a indagação sobre a validade ou verdade de enunciados universais que são

retirados da experiência, como as hipóteses e os sistemas teóricos das ciências empíricas. Desenvolve então a teoria do método dedutivo de prova, segundo o qual uma hipótese só admite prova empírica e tão somente após haver sido formulada (POPPER, 1972, p. 27-30).

A lógica do conhecimento consiste em investigar os métodos empregados nas provas sistemáticas a que toda ideia nova deve ser submetida para que possa ser levada em consideração (POPPER, 1972, p. 31). Popper apresenta sua prova dedutiva de teorias, submetendo uma teoria a quatro diferentes linhas de prova:

(...) Há, em primeiro lugar, a comparação lógica das conclusões umas às outras, como o que se põe à prova a coerência interna do sistema. Há, em segundo lugar, a investigação da forma lógica da teoria, com o objetivo de determinar se ela apresentar o caráter de uma teoria empírica ou científica, ou se é, por exemplo, tautológica. Em terceiro lugar, vem a comparação com outras teorias, com o objetivo sobretudo de determinar se a teoria representará um avanço de ordem científica, no caso de passar satisfatoriamente as várias provas. Finalmente, há a comprovação da teoria por meio de aplicações empíricas das conclusões que dela se possam deduzir (POPPER, 1972, p. 33).

Cumprindo essas etapas, verifica-se até que ponto a teoria responde às exigências práticas. Então seleciona-se outros enunciados singulares, ou predições, que não contradigam essa nova teoria ou não sejam deduzíveis dela, chegando-se a uma decisão destes enunciados deduzidos, confrontando-se os resultados dos experimentos. Se a decisão for positiva, ou seja, se as conclusões singulares forem aceitáveis ou comprovadas, a teoria terá provisoriamente passado pela prova, se a decisão for negativa, se as conclusões tiverem sido falseadas, o resultado falseará também a teoria da qual se trata. A teoria deve ser colocada a provas pormenorizadas e severas, e enquanto não for suplantada por outra no curso do progresso científico, a teoria foi corroborada pela experiência passada, sem supor jamais que seja possível sustentar a verdade de teorias a partir da verdade de enunciados singulares, nem mesmo supor que por força de conclusões verificadas torne-se possível declarar “verdadeiras” ou mesmo “prováveis” quaisquer teorias (POPPER, 1972, 33-34).

A lógica indutiva – que preconiza que cheguemos às leis naturais por vias de uma generalização a partir de observações específicas – não atende ao “critério de demarcação” para Popper, que permite distinguir entre as ciências empíricas dos sistemas metafísicos. Entende que os empiristas, principalmente os positivistas, aceitam a lógica indutiva porque só admitem como científicos os conceitos derivados da experiência sensorial. Já os positivistas modernos entendem que a ciência não é um sistema de conceitos e sim de enunciados, admitindo como científicos somente os enunciados elementares ou atômicos da experiência de maneira que ele só reconhece um sistema como empírico ou científico se for suscetível de comprovação pela

experiência, cujo critério de demarcação não é a verificabilidade, mas a falseabilidade ou refutabilidade de um sistema (POPPER, 1972, p. 34-35).

Isto porque os enunciados universais nunca são deriváveis de enunciados singulares, embora possam ser contraditados por estes, de modo que não se exige que um sistema científico seja dado como válido de uma vez por todas, em sentido positivo, e sim que sua forma lógica seja tal que seja possível validá-lo pela obediência a um requisito negativo, através do recurso a provas empíricas, sendo possível refutar, pela experiência, um sistema científico empírico, através de recursos a inferências puramente dedutivas com auxílio do *modus tollens*, da lógica tradicional (POPPER, 1972, p. 42-43).

Ressalte-se que Popper não exige que todo enunciado científico tenha sido efetivamente submetido a teste para sua aceitação, e si quem se mostre capaz de tanto, desmentindo a ideia de regressão infinita no método dedutivo, recusando-se a aceitar a concepção de que em ciência existem enunciados que se deva aceitar resignadamente como verdadeiros, pela circunstância de não parecer possível, por razões lógicas, submetê-los a teste (POPPER, 1972, p. 50).

Para Popper o jogo da ciência é interminável, uma vez criada uma hipótese e submetida a prova, tendo comprovado suas qualidades, a mesma poderá ser substituída por outra hipótese que resista melhor às provas ou o falseamento de uma consequência da hipótese anterior (POPPER, 1972, p. 56).

Considerando que a verificação de uma lei natural só pode ser feita se estabelecer empiricamente cada um dos seus eventos singulares e a verificação se cada um desses eventos se conforma efetivamente com a lei, o que é tarefa impossível, estabeleceu a distinção de leis naturais como enunciados sintéticos e estritamente universais, ou seja, “enunciados-todos”, portanto não verificáveis. Por outro lado, chamou de enunciados “específicos” ou “singulares” os que se referem apenas a certas regiões finitas do espaço e do tempo (POPPER, 1972, p. 66), diferenciou ainda os enunciados “estritos” ou “puros”, ou estritamente universais ou puramente existenciais ou ainda enunciados-há, onde não ocorrem nomes individuais; em contraste com os enunciados existenciais, sendo um a negação do outro.

As leis da naturais tem a forma lógica de enunciados estritamente universais, sendo expressas como negações de enunciados estritamente existenciais, comparáveis a proibições, e por esse motivo são falseáveis, porque se aceitamos como verdadeiro um enunciado singular que infringe a proibição, a lei está refutada. Já os enunciados estritamente existenciais não podem ser falseados e nem verificáveis (POPPER, 1972, p. 72).

Popper discorda do convencionalista por sustentar que os enunciados acolhidos por um acordo não são universais, mas singulares, e discorda do positivista por sustentar que os enunciados básicos não são justificáveis pela experiência imediata, e sim do ponto de vista lógico, portanto aceitos por um ato ou uma decisão livre. Ele propõe que a aceitação de enunciados universais é o rigor das provas, o destino de uma teoria se mede pelo resultado de uma prova, ou seja, pela ocorrência acerca de enunciados básicos (POPPER, 1972, p. 116-117).

De tal forma que para Popper uma teoria não pode ser verificável, e sim corroborada. A lógica indutiva tentou alcançar mais precisão do que aplicar os qualitativos de verdadeiro ou falso às teorias, aplicando aos enunciados os graus de probabilidade. Popper discorda de tal assertiva, o problema da probabilidade está mal formulado, eis que ao invés de discutir a probabilidade de uma hipótese, importa averiguar até quando ela mostrou-se incólume, resistindo aos testes a que fora submetida, e a severidade destes testes, apresentando compatibilidade com o sistema aceito de enunciados básicos, de tal forma que as hipóteses são apenas “conjecturas provisórias” e não enunciados verdadeiros (POPPER, 1972, p. 275, 291, 292).

O grau de corroboração, contudo, não é uma medida de verossimilhança, aquilo que se aproxima da verdade, porque se assim fosse tal medida seria intemporal, mas tão somente um relatório acerca daquilo que pudemos constatar até um certo momento histórico, sobre as afirmações feitas por teorias rivais, dentro de um prisma comparativo, julgamos as razões apresentadas em favor ou contra a verossimilhança de cada uma delas (POPPER, 1972, p. 309), concluindo que:

A ciência não é um sistema de enunciados certos ou bem estabelecidos, nem é um sistema que avance continuamente em direção a um estado de finalidade. Nossa ciência não é conhecimento (episteme): ela jamais pode proclamar haver atingido a verdade ou um substituto da verdade, como a probabilidade (POPPER, 1972, 305).

O velho ideal científico da *episteme* – do conhecimento absoluto, certo, demonstrável – mostrou não passar de um “ídolo”. A exigência de objetividade científica torna inevitável que todo enunciado científico permaneça *provisório para sempre*. Pode ele, é claro, ser corroborado, mas toda corroboração é feita com referência a outros enunciados, por sua vez provisórios. Apenas em nossas experiências subjetivas de convicção, em nossa fé subjetiva, podemos estar “absolutamente certos”.

Com a queda do ídolo da certeza (inclusive a dos graus de certeza imperfeita, ou probabilidade), tomba uma das defesas do obscurantismo que barra o caminho do avanço da ciência. Com efeito, a idolatria desse ídolo afeta não apenas a temeridade de nossas questões, mas também o rigor e a integridade de nossos testes. A visão errônea da ciência se trai a si mesma na ânsia de estar correta, **pois não é a posse do conhecimento, da verdade irrefutável, que faz o homem de ciência – o que o faz é a persistente e arrojada procura crítica da verdade** (POPPER, 1972, p. 308, grifo nosso).

Em 1961, a Sociedade Alemã de Sociologia se reuniu em um colóquio em Tübingen para discutir o conflito metodológico entre a sociologia empírica de René König e a “Escola de Frankfurt” de cunho marxista.¹ Popper abriu uma discussão sobre “A Lógica das Ciências Sociais” elaborando 27 teses a serem respondida por Theodor W. Adorno² de Frankfurt, entretanto as teses não foram respondidas. Adorno desenvolveu uma visão dialética em que a ideia da “totalidade da sociedade” era o ponto principal de referência. No debate que se seguiu, Ralf Dahrendorf revelou seu profundo desapontamento porque os dois palestrantes ofereceram conferências com ideias antagônicas sem discutir as divergências flagrantes entre as teorias de Popper e de Adorno (POPPER, 2004, p. 35; ALBERT, 2013, p. 11-12).

A crítica de Dahrendorf suscitou um artigo de Jünger Habermas, que criticou Popper por ser positivista e retomou a controvérsia acerca dos juízos de valor na ciência social, em um ensaio em homenagem a Adorno. Em defesa de Popper, Hans Albert escreveu uma réplica espirituosa ao artigo de Habermas, discorrendo sobre as características gerais do ponto de vista popperiano, mas sem aprofundar ao discurso inaugural de 1961 e as 27 teses de Popper.³

¹ A respeito do debate entre a visão epistemológica de Popper e da Escola de Frankfurt, segundo Paul-Laurent Assoun:

O centro do debate é constituído pela oposição, na discussão entre Adorno e Karl Popper (ele próprio, no entanto, à sua maneira, crítico em relação ao positivismo), de dois conceitos de “crítica”: onde Popper entende um mecanismo racional para pôr à prova proposições gerais da ciência, Adorno entende “o desenvolvimento das contradições da realidade através do conhecimento dela”, o que implica tomar em consideração a mediação social. “A dialética” impõe-se como o chamamento intransigente da necessidade de questionar a “autoridade não questionada da indústria da ciência”. A problemática é aliás habitual em Hegel, com lembrou Dahrendorf no seu resumo.

O debate prosseguiu entre Habermas, o novo recruta da Escola que, não fortuitamente, usou a crítica adorniana da totalidade (cf. acima) para reintroduzir a exigência dialética no seio das ciências sociais, contra Hans Albert, lembrando as exigências duma “crítica não dialética”(…) (ASSOUN, 1991, p. 54).

² Theodor Adorno é um dos expoentes da Escola de Frankfurt, criada no período entreguerras, de filiação marxista não ortodoxa, reunidos em torno de uma unidade teórica entre Walter Benjamin, Max Horkheimer e outros expoentes, mais tarde Jünger Habermas. Dedicaram-se a uma reflexão sobre os principais aspectos do capitalismo, da sociedade e da cultura do século XX, assumindo uma visão crítica da crise teórica e política do século XX ao sustentar o revigoramento do marxismo na Alemanha, com novas perspectivas teóricas sem subestimar os rumos do capitalismo no século XX, crítica às expressões contemporâneas do totalitarismo mediante as novas formas de dominação e de resistência, a existência da manipulação das massas por uma indústria cultural nociva (ASSOUN, 1991).

³Karl Popper assumiu posição diametralmente oposta à Escola de Frankfurt, discordando abertamente do socialismo como projeto de sociedade. Em a “Miséria do Historicismo” de 1944 e “A Sociedade Aberta e seus Inimigos” de 1945, no lugar do socialismo, o autor advoga a crença na eficiência de reformas institucionais. Em outro quadrante, Friedrich A. Hayek, um dos mais importantes teóricos do neoliberalismo também adotou postura semelhante no livro “Caminho da Servidão”, publicado originalmente em 1946, que faz a apologia do mercado, cuja visão extremada da ideia de inexorabilidade do mercado com suas leis imanentes de concorrência que determinaria um processo sem sujeito culminando na democracia liberal. Ambos foram incisivos contra a ideia de um fim da história associada ao advento do socialismo marxista. Guardadas as diferenças de método, as obras tanto de Popper quanto de Hayek atingiram o mesmo alvo: desmontar cientificamente a premissa da possibilidade de uma leitura da história e derrubar a visão profética do socialismo decorrente de infundadas leis imanentes (GANEM, 2012, p. 87-108).

Em 1964, um editor procurou Popper para publicar em livro seu discurso, as 27 teses, a réplica de Adorno e o debate entre Habermas e Albert, o que ocorreu em 1969, com mais adendos, inobstante Popper continuou insatisfeito porque não houve uma discussão sobre suas 27 teses e porque a principal consequência do livro foi a acusação de Adorno e Habermas de que “um ‘positivista’ do tipo de Popper está obrigado por sua metodologia a defender o ‘status quo’ político.” (POPPER, 2004, p. 38), ao que Popper respondeu que:

E é fato que minha “teoria social” (que preconiza uma reforma gradual e setorial, controlada por uma comparação crítica entre os resultados esperados e os obtidos) contrasta fortemente com a minha ‘teoria do método’ que procura ser uma teoria das revoluções científicas e intelectuais” (POPPER, 2004, p.39).

Então Popper publicou a “Lógica das Ciências Sociais” em 1961 onde se encontram as suas 27 (vinte e sete) teses e a apresentação do “método das ciências sociais” ou “método da análise situacional”. Neste livro, Popper explica que as teorias podem ser formuladas e discutidas criticamente, “(...) sem matar nenhum autor, nem queimar livro algum (...)”, “(...) nossas hipóteses experimentais podem ser eliminadas criticamente pela discussão racional sem eliminarmos a nós mesmos (...)”, sendo este o propósito da discussão racional crítica, tornar obsoleto o uso da violência formulando todo pensamento da forma mais clara e simples possível (POPPER, 2004, p. 39). Popper defende que o método das ciências sociais é o mesmo das ciências naturais, consistente em tentativas experimentais para certos problemas, por conjecturas que são controladas por severa crítica, mediante o método de “ensaio e erro”. Critica a abordagem metodológica do naturalismo ou cientificismo para as ciências sociais, por meio de observações e medidas como coletar dados estatísticos, para chegar pela indução a generalizações e teorias para se aproximar da objetividade científica. O autor entende que tal se baseia no mito do caráter indutivo e da objetividade do método das ciências naturais (POPPER, 2004, p. 16, 18).

Entende que “(...) é um erro admitir que a objetividade de uma ciência dependa da objetividade do cientista. É um erro acreditar que a atitude do cientista natural é mais objetiva do que a do cientista social” (POPPER, 2004, p. 22).

Popper assinala que a teoria da crítica racional se baseia na lógica dedutiva, que é a teoria da transmissão da verdade, das premissas à conclusão, de maneira que se todas as premissas são verdadeiras e a dedução é válida, então a conclusão também deve ser verdadeira. Acontece que a lógica dedutiva é também a teoria da retransmissão da falsidade da conclusão até ao menos uma das premissas, já que se a conclusão é falsa em uma dedução válida, então não é possível que todas as premissas sejam verdadeiras. Logo o que se objetiva criticar é a

pretensão de que uma teoria seja verdadeira, portanto, o conceito de verdade é indispensável para a abordagem crítica, mediante o entendimento de que uma proposição é verdadeira se ela corresponde aos fatos ou se as coisas são como as descritas pela proposição. O autor tende a reabilitar o conceito de verdade, bastante desprestigiado, cuja relativização deu azo a todas as ideologias relativistas dominantes no século XX (POPPER, 2004, p. 26-28).⁴

No campo da ética, a questão da falibilidade é um grande desafio, havendo um grande esforço para estabelecer éticas objetivas e universais, obrigatórias para todos os seres humanos em todas as culturas e épocas. Pode-se afirmar que todos os modelos éticos até agora malograram, mas pode haver sistemas éticos futuros que sobrepujem o problema de que os sistemas racionalistas da ética que parecem verdades absolutas e universais não resistem às análises críticas de suas inconsistências lógicas e sua derivação de convenções e crenças (MALUSCHKE, 2013, p. 23-24).

De acordo com o racionalismo crítico, o conhecimento ético é impossível, sendo concordes com a ideia de Max Weber de que “uma ciência empírica não pode ensinar a ninguém o que deve fazer; só lhe é dado – em certas circunstâncias – o que quer fazer” (WEBER, 2001, p. 111).

Popper defendeu a base ética do racionalismo crítico, esclarecendo o compromisso desta teoria com um sistema jurídico que consagre os direitos humanos⁵, principalmente a liberdade do indivíduo (MALUSCHKE, 2013, p.33-37).

Não se desconhece a opinião de Thomas Kuhn⁶, que discorda de Popper a respeito da sua teoria baseada na falsificação e que nega a existência de procedimentos de verificação.

⁴ Popper critica o niilismo europeu que justificou como uma consequência da descoberta socrática de que nada sabemos, ou seja, que não podemos justificar nossas teorias racionalmente, mas podemos criticá-las racionalmente e distinguir constantemente de teorias piores (2004, p. 34).

⁵ Como a ética não é uma ciência para Popper, a única medida que nos resta é a própria consciência, conforme sua metáfora de que a consciência é nossa bússola interna. Maluschke advoga que Popper não foi um especialista da teoria do direito, não abordou a filosofia do direito e a relação entre ética e direito, não esclareceu como concebeu uma coexistência entre normas éticas e normas jurídicas, quais as situações em que o indivíduo teria o direito moral de desrespeitar leis jurídicas? (2013, p.33-35)

⁶ “Uma abordagem muito diferente de todo esse conjunto de problemas foi desenvolvida por Karl Popper, que nega a existência de qualquer procedimento de verificação. Ao invés disso, enfatiza a importância da falsificação, isto é, do teste que, em vista de seu resultado negativo, torna inevitável a rejeição de uma teoria estabelecida. O papel que Popper atribui à falsificação assemelha-se muito ao que este ensaio confere às experiências anômalas, isto é, experiências que, ao evocarem crises, preparam caminho para uma nova teoria. Não obstante, as experiências anômalas não podem ser identificadas com as experiências de falsificação. Na verdade, duvido muito de que essas últimas existam. Como já enfatizamos repetidas vezes, nenhuma teoria resolve todos os quebra-cabeças com os quais se defronta em um dado momento. Por sua vez, as soluções encontradas nem sempre são perfeitas. Ao contrário: é precisamente a adequação incompleta e imperfeita entre a teoria e os dados que define, em qualquer momento, muitos dos quebra-cabeças que caracterizam a ciência normal. Se todo e qualquer fracasso na tentativa de adaptar teoria e dados fosse motivo para a rejeição de teorias, todas as teorias deveriam ser sempre rejeitadas.(...) A experiência anômala de Popper é importante para a ciência porque gera competidores para um paradigma existente. Mas a falsificação, embora certamente ocorra, não aparece com, ou simplesmente devido, a

Kuhn desenvolve uma teoria no entendimento da natureza tradicional da ciência, cuja comunidade científica se apegava a um paradigma – regras comuns do jogo aceitas como compromisso –, igualmente adquire um critério para a escolha de problemas a serem solucionados como “quebra-cabeças”, outros problemas passam a ser rejeitados como metafísicos ou como de outra disciplina científica, ou ainda demasiadamente problemáticos, de modo que o paradigma pode inclusive afastar a pesquisa de problemas relevantes que não dedutíveis no limite daquele quebra-cabeças aceito (1998, p. 60, 90-91).

Esse paradigma não é facilmente abandonado: uma teoria científica, após ter atingido o *status* de paradigma, somente é considerada inválida quando surja uma alternativa disponível para substituí-la (KUHN, 1998, p. 107-108). Até que surja essa nova alternativa, as anomalias, que sempre irão existir porque há dificuldades da adequação entre o paradigma e a natureza, não gerarão a crise e conseqüentemente a quebra do paradigma. Uma crise pode terminar com a emergência de um novo candidato a paradigma, gerando uma batalha por sua aceitação (KUHN, 1998, p. 115-116). As revoluções científicas iniciam-se com um sentimento crescente de funcionamento defeituoso, que pode levar à crise, como um pré-requisito para a revolução na comunidade científica de que o paradigma existente deixou de funcionar adequadamente na exploração de um aspecto da natureza, cuja exploração fora anteriormente dirigida pelo paradigma (KUHN, 1998, p. 126).

Turato expõe que anunciar o paradigma a partir do qual se pesquisa uma dada realidade não é um desmerecedor do trabalho científico, é uma questão de honestidade científica, sendo importante ressaltar que a forma de trabalhar de cada pesquisador (...) não se constituiu no único modelo de abordagem científica possível, mas está inspirada em modelos semelhantes precedentes, de forte influência histórica” (2013, p. 198).

2.2 O RACIONALISMO CRÍTICO DE HANS ALBERT

Gunter Maluschek (2013, p. 09-10) explicita que o filósofo Karl Popper iniciou as investigações do racionalismo crítico, na teoria da ciência, filosofia social, epistemologia evolucionária etc., mas não examinou os problemas do Direito e da Ciência Jurídica. Quem foi pioneiro do racionalismo crítico nesse campo foi Hans Albert, que trouxe para esse ramo as

emergência de uma anomalia ou de um exemplo que leve à falsificação. Trata-se, ao contrário, de um processo subsequente e separado, que bem poderia ser chamado de verificação, visto consistir no triunfo de um novo paradigma sobre um anterior. Além disso, é nesse processo conjunto de verificação e falsificação que a comparação probabilística das teorias desempenha um papel central.” (KUHN, 1998, p. 186-187)

questões da epistemologia popperiana, elaborando uma visão mais abrangente da metodologia do racionalismo crítico à vida cultural na sua totalidade, abrangendo religião, arte, economia e também o Direito e a Ciência Jurídica mediante uma análise construtiva e crítica.⁷

Hans Albert nasceu em 1921 em Colônia na Alemanha, estudou Economia na Universidade de Colônia, interessando-se pela teoria da Ciência. Na mesma universidade defendeu, em 1952, sua tese de doutorado “Racionalidade e Existência. Aritmética Política e Antropologia Política” com ideias impregnadas por Heidegger, do qual se tornou crítico rigoroso posteriormente. Em 1957 tornou-se “livre-docente” na disciplina “Política Social”. De 1958 até 1963 foi professor da cátedra de “Sociologia e Doutrina Geral da Ciência”, renomeada para “Sociologia e Doutrina Geral da Ciência” na Universidade de Mannheim, ministrando o racionalismo crítico de Popper de forma abrangente, sintetizado em seu livro mais famoso “Tratado da razão crítica”, aposentando-se em 1989. Sofreu influência no início da carreira de Hugo Dingler, cujas análises influenciaram Paul Lorenzen e a teoria construtiva da ciência da “Escola de Erlangen”. Estudou profundamente Max Weber e Victor Kraft cuja influência o levou a uma breve tendência neopositivista, mas logo se aprofundou na obra de Karl Popper revisando suas concepções acerca da teoria da ciência. Frequentou a partir de 1955 as Semanas Universitárias de Alpbach no Tirol austríaco, tomando contato com Paul Feyerabend, Alf Ross, Hans Kelsen e Karl R. Popper (ALBERT, 2013, p. 10-11).

Como já dito, na “Controvérsia acerca do Positivismo na Sociologia Alemã”, Albert defendeu a posição do racionalismo crítico baseado na obra de Popper, demonstrando que não se pode relacionar as concepções epistemológicas do racionalismo crítico ao neopositivismo do Círculo de Viena. Hans Albert escreveu uma resposta a Habermas, o qual contra-atacou, refutado por Albert. Popper aquiesceu a um editor alemão em 1964 para publicação de um livro conjuntamente com seu discurso em livro juntamente com a réplica de Adorno e o debate entre Habermas e Albert. Acontece que o livro publicado em 1969 com o título “*Der Positivismusstreit in der Deutschen Soziologie*” (“A disputa do Positivismo na Sociologia Alemã”) não agradou a Popper.⁸

⁷ Esse livro, “O Direito à Luz do Racionalismo Crítico”, é uma compilação de três artigos de Hans Albert traduzidos por Günther Maluscheck, que transformou os artigos em capítulos e escolheu o título da obra, que com este formato só existe no Brasil.

⁸ *Der Positivismusstreit in der Deutschen Soziologie* (“A disputa do Positivismo na Sociologia Alemã”) não agradou a Popper porque uma vez publicado apresentou duas introduções de 94 páginas praticamente novas de Adorno, seguidas da conferência original de Popper de 1961 com o título “A Lógica das Ciências Sociais” (20 páginas), da réplica original de Adorno (18 páginas), da queixa de Dahrendorf (19 páginas), do debate entre Habermas e Albert (150 páginas) contendo “Breve Posfácio Surpreso de uma Longa Introdução” de Hans Albert, de uma nova contribuição de Harold Pilot (28 páginas) e por um curto *post scriptum* de Albert. Foi no intuito de refutar o mal-entendido causado por esse livro de 1969 que Popper escreveu o livro “Lógica das Ciências Sociais” (POPPER, 2004, p. 35-38).

Hans Albert esclarece, a respeito do problema da fundamentação, que há um princípio da fundamentação suficiente que pode estender-se de convicções teóricas a convicções morais e políticas, incluindo aquelas de caráter normativo, um postulado geral da metodologia clássica do pensamento racional: “(...) busca sempre uma fundamentação suficiente para todas as tuas convicções” (ALBERT, 1976, p. 23), de tal modo que “(...) o postulado da fundamentação suficiente está aparentemente ligado a um outro princípio: o postulado do monismo teórico” (ALBERT, 1976, p. 24).

Albert entende que o problema das conclusões lógicas pode ser visto como o tema fulcral da lógica formal. Ele relaciona algumas considerações já conhecidas no campo da lógica formal: “1. Através da dedução lógica nunca se pode obter um conteúdo”, ou seja, de um conjunto de enunciados só se pode extrair pelo processo dedutivo a informação já contida nele:

2. (...) Um argumento dedutivo válido garante apenas: a) transferência do valor positivo de verdade – da verdade – do conjunto de premissas para a conclusão, e conseqüentemente também: b) a retro transferência do valor negativo de verdade – da falsidade – da conclusão para o conjunto de premissas (ALBERT, 1976, p. 24-26).

De maneira que em um silogismo “(...) apenas um caso não pode ocorrer: que premissas totalmente verdadeiras deem origem a conclusões falsas.” “Um argumento dedutivo sem valor proporciona uma conclusão falsa, para a qual nenhuma garantia é dada” (ALBERT, 1976, p. 24-26).

Ocorre que através do princípio da fundamentação suficiente da lógica dedutiva procura-se a fundamentação de uma convicção ou de um conjunto de enunciados através da investida a fundamentos seguros e indubitáveis com a ajuda de deduções lógicas, de tal modo que todos os componentes do conjunto de enunciados resultem dessa base mediante conclusões lógicas. Mas há o problema de que “(...) quando se exige uma fundamentação para *tudo*, então terá que se exigir uma fundamentação para os conhecimentos aos quais foi remetida a concepção – ou seja, o referido conjunto de enunciados – a fundamentar” (ALBERT, 1976, p. 26).

Isso conduz a três alternativas que parecem inaceitáveis que levam ao trilema de Münchhausen: um regresso infinito, um círculo lógico na dedução, “(...) a uma interrupção do procedimento em determinado ponto, o qual, ainda que pareça realizável em princípio, nos envolveria numa suspensão arbitrária da fundamentação suficiente” (ALBERT, 1976, p. 26-28). De tal maneira que na terceira hipótese, costuma-se interromper o processo de fundamentação baseado na autoevidência, na fundamentação no conhecimento imediato como na intuição ou experiência, ou descrever de alguma maneira que está se interrompendo o

regresso da fundamentação neste ponto, o qual é então chamado de ponto arquimédico do conhecimento ou pela introdução de uma *causa sui*. Na verdade, esse ponto se caracteriza como um dogma, de maneira que a procura do ponto arquimédico do conhecimento na metodologia clássica termina em dogmatismo, em círculo ou em regresso infinito, sendo que:

nem a utilização de procedimentos indutivos de qualquer espécie, nem o recurso a uma dedução transcendental podem contribuir para o seu melhoramento(...), nem mesmo o deslocamento o problema do plano horizontal para o vertical (ALBERT, 1976, p. 26-28).

Albert acredita que a teoria clássica do conhecimento, que apareceu junto com as ciências modernas, tentou superar a tradição escolástica, mas manteve com ela um ponto em comum: *o modelo da revelação do conhecimento*. Explica que Karl Popper demonstrou que essa teoria otimista do conhecimento, que também se encontra nos pensadores da antiguidade clássica, estava ligada a uma teoria ideológica do erro, que o erro carece de explicação – cujas causas devem ser inquiridas no âmbito da má vontade, do interesse e do preconceito –, enquanto o conhecimento da verdade se revela por si mesmo, mas quando surgem as dúvidas levando a discussão quanto aos critérios adequados, aparece o recurso a fundamentação interrompida desaparecendo a ilusão do ponto arquimédico (ALBERT, 1976, p. 28-29).

Para Albert, “As variantes extremas do modelo de revelação, do conhecimento como monopólio de interpretação, (...) revelam a relação de contexto problemática gnoseológica da fundamentação com os problemas sócio estruturais e político-morais” (1976, p. 31).

O autor alude que a teoria clássica do conhecimento, na fase clássica da filosofia moderna, se baseia na concepção de racionalidade segundo modelo da revelação, em duas vertentes, no intelectualismo clássico, baseado na soberania da razão, e no empirismo clássico, baseado na soberania da observação (ALBERT, 1976, p. 33).

Há semelhanças fundamentais entre o método de Descartes⁹ e o de Bacon, que aludem a purificar o espírito de preconceitos para se chegar à verdade relevada, seja a intelecções racionais (Descartes) ou a percepção dos sentidos (Bacon), a partir de onde todo o resto pode ser derivado mediante processos dedutivos ou indutivos, com o que suas teorias do conhecimento mantiveram as características autoritárias, ao substituir as antigas por novas autoridades (o intelecto e o sentido respectivamente) que legitimam o conhecimento como

⁹ René Descartes (1596-1650) é um marco na filosofia moderna, quando as ciências experimentais se iniciavam, criou um método baseado na supervalorização da razão humana sobre os outros elementos, tentando unir a filosofia clássica com o nascente método científico, sobrelevando-o como garantia da obtenção da verdade, conforme a lógica e a interpretação mecanicista (TURATO, 2013, p. 150).

dados evidentes que são revelados ao conhecedor. Ambos tem em comum a noção de um acesso imediato à verdade, atrelada a uma visão das fontes do conhecimento como um critério de validade, a resultar em uma solução simultânea da questão do problema da origem e da validade, de modo que se retorna ao problema do dogma e ao trilema de Münchhasen. O autor alude que se pode considerar o positivismo dos membros do Círculo de Viena como uma moderna versão do empirismo (ALBERT, 1976, p. 33-36). Em que pese os avanços trazidos pela teoria clássica do conhecimento, deve-se discutir:

(...) os problemas especiais que surgem necessariamente nas teorias do conhecimento deste tipo, ou seja, naquelas que não querem sacrificar o princípio da fundamentação suficiente e que, por isso, se refugiam num modelo de revelação, para tornar compreensível a certeza das últimas realidades dadas, que devem constituir o fundamento do conhecimento (ALBERT, 1976, p. 36-37).

A versão intelectualista da teoria clássica peca porque ao supervalorizar a especulação e a “pura inteligência racional”, “(...) a proveniência da razão não pode ser tomada como garantia da verdade”. Na verdade, os juízos intuitivos trazem o selo da certeza porque costumam corresponder aos nossos velhos preconceitos e hábitos de pensamento, de forma que o desenvolvimento da ciência tem frequentemente um caráter contraintuitivo, conforme se observa das dificuldades de aceitação de teorias revolucionárias que obrigam a uma revisão de hábitos arraigados (ALBERT, 1976, p. 37).

Contraditoriamente, a construção de teorias de interpretação da realidade instigantes não são revelações dadas pela razão, e sim invenções, construções, uma atividade criadora e não simples contemplação passiva na qual a realidade é dada, por esse motivo é necessária a crítica e controle dos erros do pensamento teórico (ALBERT, 1976, p. 38).

Quanto à versão empírica da teoria clássica do conhecimento, é certo que não se pode fundamentar teorias com base na observação, sem o princípio da dedução, porque as teorias vão sempre mais além das observações encontradas. Há mesmo teorias que são contra indutivas, ou seja, conduzem a enunciados teóricos que põem em risco as observações conhecidas. É fato conhecido que diferentes observadores podem chegar a resultados diversos, de modo que observação e experimentação são certamente componentes imprescindíveis do processo científico, não como fonte de verdades garantidas, e sim como crítica, como controle de concepções teóricas (ALBERT, 1976, p. 38-40).

A metodologia clássica na forma da teoria do conhecimento do racionalismo clássico, tanto na versão intelectualista como empiristas, é criticada enquanto metodologia orientada por uma ideia metodológica do princípio da razão suficiente:

(...) segundo a ideia de que cada concepção, cada convicção, cada crença, têm que ser justificada através do recurso a bases positivas e seguras, a um fundamento inabalável. Se se quisesse evitar um regresso infinito ou um círculo não restaria nada além do recurso a dados últimos e indubitáveis, de qualquer espécie, cuja certeza poderia, na melhor das hipóteses, tornar-se plausível mediante a referência ao seu caráter de revelação. O processo de fundamentação teria que conter uma conclusão dogmática. Disso resulta imediatamente a dificuldade de que, a partir justamente do postulado metódico básico da teoria clássica, se dá o direito de pôr em dúvida o já alcançado ponto arquimédico e, com isso, a base de todo o procedimento. A referência ao caráter de revelação de determinados juízos não tem nenhuma importância nesse aspecto, pois afinal o reconhecedor tem que decidir se está disposto a reconhecer certos juízos determinados e conjecturais como revelações. Um tal reconhecimento é sempre uma apreciação, – indiferentemente se se tratam de revelações divinas ou sobrenaturais, ou revelações naturais, obtidas através da razão ou dos sentidos – um julgamento que classifica os juízos que se referem a ele num contexto mais amplo, e portanto anula a sua função como último pressuposto. Dentro de uma metodologia que se apoia no postulado da fundamentação é, como se pode ver, basicamente impossível retirar o caráter de arbitrariedade da interrupção do processo em um determinado ponto (ALBERT, 1976, 47-48).

Hans Albert propõe o princípio da verificação crítica para a superação do dogmatismo, vigente no modelo clássico de racionalidade, explicitando que tal caráter não é inofensivo, pois que tendem a fixar o conhecimento no estágio alcançado, resguardando-o de novos juízos fundamentais, portanto inibindo a evolução da ciência, que frequentemente se traduz de modo contraintuitivo e contra indutivo, por meio de mudanças radicais de hábitos arraigados de percepção e pensamento, fazendo a seguinte proposição:

(...) todas as certezas no conhecimento são autofabricadas e, portanto, não têm valor para a apreensão da realidade. Ou seja: nós sempre podemos adquirir certeza na medida em que imunizamos quaisquer partes de nossas convicções mediante a dogmatização contra qualquer crítica e, com isso, resguardamo-la contra o risco do fracasso (ALBERT, 1976, p. 48)

Valendo-se da filosofia de Hugo Dingler, que permanece na concepção clássica de racionalidade, mas que renuncia ao modelo de revelação, ao substituir os princípios lógicos básicos por uma exigência de clareza e distinção, distinguindo o problema das decisões no processo de conhecimento mediante o processo de exaustão (1976, p. 49-50), Albert percebe que

A concepção de Dingler, que dela partiu, mostra, através de sua radicalização no aspecto da fundamentação, o caráter fundamentalmente pragmático de toda dogmatização, o fato de que nela o desejo de certeza sempre vence o desejo de conhecimento da realidade” (ALBERT, 1976, p. 51).

Conclui que a metodologia de verificação crítica de Popper merece a preferência do ponto de vista do conhecimento em relação à concepção clássica de racionalidade, baseada na metodologia da fundamentação suficiente, nas seguintes palavras de Albert:

(...) Se, todavia, se coloca ao invés da ideia da fundamentação a ideia da *verificação crítica*, da discussão crítica de todos os enunciados em questão, com a ajuda de argumentos racionais, neste caso se renuncia à certezas autofabricadas, mas tem-se a perspectiva de aproximar-se mais da verdade, através de tentativas-e-erros – através da construção experimental de teorias comprováveis e sua discussão crítica baseada em pontos de vista relevantes -, sem, contudo, jamais alcançar a certeza” (ALBERT, 1976, p. 52).

Albert se opõe ao monismo teórico, esclarecendo que a relação entre fundamentação e descoberta é o caráter da metodologia, enquanto

(...) tecnologia fundamental para o comportamento, em relação à solução de problemas, a qual se orienta em determinados aspectos de valor, os quais estão relacionados com a aspiração humana ao conhecimento da realidade, e conseqüentemente, da verdade (1976, p. 57-58).

O método científico não deve ser construído utopicamente, a escolha de uma metodologia envolve “(...) uma decisão moral: a aceitação de uma práxis metódica importante para a vida social, não somente para a formação, proposição, elaboração e verificação de teorias, mas também para a sua utilização e, conseqüentemente, para o conhecimento” (ALBERT, 1976, p. 56-58).

O princípio da verificação crítica envolve uma ligação entre lógica e política, sendo um modo de vida, uma “práxis social”, tendo significação ética e sobretudo política, já que a escolha da metodologia tem que dirigir a práxis de uma crítica que promova o progresso do conhecimento científico, ao possibilitar a revisão de concepções errôneas (ALBERT, 1976, p. 56-58).

O autor entende que o método crítico é um modelo dialético, no sentido de que a metodologia da verificação crítica substitui pela “experiência”, na medida do possível, que se verifique os preconceitos e se esforce para revisá-los com base nas suas conseqüências, considerando-os não como dogmas, e sim como hipóteses, procurando criar situações de verificação que pretende a busca de contradições, segundo o postulado da contradição excluída, formulado assim: “procura sempre contradições relevantes, para expor convicções, até então válidas, ao risco do fracasso a fim de que tenham a chance de (*sic*) pôr-se à prova e superá-la” (ALBERT, 1976, p. 58-60), buscando a evolução do pensamento.

Resulta então um método “dialético”, conforme a dialética pré-socrática, mais exatamente a da escola eleática, que operava com a proposição de hipóteses e pelo método indireto de comprovação, deduzia contradições visando concluir sobre a falsidade dos enunciados, ou seja, um

(...) método negativo, enquanto para ele não importa a fundamentabilidade positiva e os correspondentes esforços de fundamentação, mas sim a refutabilidade e a tentativa

de contestação, das quais pode resultar, inclusive, uma comprovação temporária, (...) (ALBERT, 1976, p. 60-61).

O importante neste método é construir teorias que se podem pôr à prova e superá-las” enquanto o pensamento axiomático, ligado ao monismo teórico da teoria clássica do conhecimento, ao defender que é preciso eliminar todos os preconceitos antes de iniciar o processo do conhecimento, resulta em uma ilusão, por ser um julgamento utópico do conhecimento humano, uma “ficção de vácuo”, tendendo muito facilmente, por trás da aspiração a um fundamento seguro, a dar valor à insistência no que vigora até então (ALBERT, 1976, p. 60-61).

Albert elenca um elemento primordial da metodologia da verificação crítica: o pluralismo teórico, enquanto “(...) um meio de impedir a *dogmatização* de concepções teóricas, e conseqüentemente, a sua transformação em sistemas metafísicos imunes à crítica, (...)” (1976, p. 68), ou seja, vale sempre buscar alternativas para a teoria aceita, já que toda teoria tem um ponto fraco, como demonstra a história da ciência. Ao criticar o positivismo, com a finalidade de relacionar a contribuição da metafísica com a ciência, põe em relevo que a especulação filosófica tem seu valor para o conhecimento, por exemplo as concepções metafísicas dos pré-socráticos, que muitas vezes se comprovaram cientificamente mais tarde (1976, p. 58-64).

Como o racionalismo crítico visa que teorias se aproximem da verdade, embora nunca se possa alcançar a certeza absoluta, não é relevante a origem delas, mas sim a possibilidade de verificação, sendo que a utilização *crítica* de concepções metafísicas alternativas pode contribuir com seu potencial crítico (ALBERT, 1976, p. 64), cuja contribuição no oferecimento de “(...) ideias contra indutivas e contraintuitivas (...)” ajudam a quebrar os hábitos de pensamento cristalizados, mediante uma “metafísica construtiva e crítica” (ALBERT, 1976, p. 63). Basta para tanto transformar essas ideias metafísicas, ainda que embrionárias, as quais possam se transformar em teorias refutáveis que concorram com as atuais teorias científicas, afastando a ideia de utilizar a metafísica¹⁰ como “juízos intuitivos válidos” (1976, p. 64), acontecendo não raras vezes, uma “(...) mudança radical do âmbito metafísico de referência” como no caso da “(...) transição de visão de mundo aristotélica para a moderna” (ALBERT, 1976, p 65).

¹⁰ Albert faz um paralelo entre o significado da metafísica para a ciência e da utopia para o pensamento político: ambos possuem um potencial crítico, que precisa ser pensado como uma alternativa concreta, no caso da utopia pela elaboração de uma alternativa institucional, mediante um diálogo constante com a realidade para revisões imprevisíveis. A tentativa de evitar o diálogo crítico com a realidade, ou seja, a crença de que há um estado perfeito, conduz, em ambas as situações, à opressão da crítica e ao domínio de um sistema estanque, pressupondo que na utopia deve ser verificada pelo conhecimento de contextos reais, para que o preço de um fracasso se restrinja a certas fronteiras (1976, p. 65-66).

O monismo teórico torna forte a concepção dominante perante possíveis e ainda não desenvolvidas alternativas, baseado na metodologia da fundamentação suficiente, que vem a ser a elaboração de uma teoria comprovada e fundamentá-la de maneira sólida em certas circunstâncias através de um aprofundamento dos fundamentos, caso estes não sejam comprovados como suficientes, e com singelas modificações para adaptá-lo a realidade, ao custo da diminuição dos conteúdos e da força de esclarecimento da teoria, que acaba se engessando numa metafísica dogmática. Um monismo teórico pode perfeitamente utilizar os fatos para o apoio da teoria dominante, sem observar criticamente os fatos contrários (ALBERT, 1976, p. 66-67).

A atividade científica depende de estruturar situações de problema, o que exige um quadro de referência teórico, mesmo que insatisfatório. Quando há uma única teoria, automaticamente, ela assume o lugar deste quadro. No momento em que se busca verificar a teoria, portanto fatos contrários - mesmo no empirismo crítico -, dificilmente se consegue evitar pensar no sentido desse quadro de referência, ainda que surjam fatos divergentes, porque se não houver alternativa, a teoria é mantida mesmo passível de críticas, porque se necessita de um quadro de referência para a solução dos problemas. Por isso a relevância de se conceber teorias contrárias, mas também alternativas, para se construir quadros referenciais concorrentes e se pensar em soluções alternativas, de maneira que fique impossível proteger essa antiga teoria do malogro por estratégias de imunização. O conhecimento é parte da *práxis* humana, que se movimenta entre a construção e a crítica, onde decisões são tomadas permanentemente, de maneira que não há fundamento para diferenciar razão teórica e prática, nem oposição entre conhecimento e decisão, essa a racionalidade para toda a vida social (ALBERT, 1976, p. 67-68).

Albert critica duas correntes filosóficas: o existencialismo e o positivismo. Entende que o desenvolvimento entre duas polaridades, a diferenciação entre o campo do ser enquanto conhecimento objetivo, neutro, livre e desinteressado; e de outro lado o campo do dever ser – em que se encontram as decisões subjetivas, voluntárias, engajadas e comprometidas –, levou a uma dissociação extrema com a polarização do pensamento filosófico entre essas duas correntes.¹¹ Albert coloca em dúvida o pressuposto comum delineado nessas correntes, com a

¹¹ Tanto o existencialismo quanto o positivismo se apoiam na dicotomia entre conhecimento e decisão, com pontos de vistas radicais na valoração: o existencialismo se concentra na decisão enquanto livre e irracional, em contraposição ao conhecimento científico como essencialmente desinteressante por conta da sua objetividade. Já o positivismo dá relevância ao conhecimento, seu caráter racional e objetivo, censurando a decisão e o engajamento enquanto subjetivos e arbitrários, portanto, desinteressantes em termos filosóficos. Albert percebeu que as duas correntes partem de um pressuposto comum, optam por uma concepção dissociada de racionalidade e existência, cada qual valorizando uma das pontas, resultando numa visão instrumentalista da ciência enquanto prognóstico e

descoberta de que atrás de cada critério de conhecimento estão decisões, portanto o conhecimento está exposto à arbitrariedade e mesmo ao engajamento, o que parece representar um risco a objetividade¹². A objetividade do conhecimento é posta em dúvida, bem como a pretensa diferença radical entre conhecimento e decisão, e mesmo a equiparação entre decisão e arbítrio: “a tese da irracionalidade fundamental de todas as decisões” (1976, p. 80-81).

Nesse diapasão, Albert estatui que toda a teoria da ciência e a teoria do conhecimento não são neutras, para quem a teoria do conhecimento e da ciência pode ser “(...) considerada como aquela parte da teoria do valor na qual se trata do desenvolvimento de pontos de vista para o fomento da racionalidade do nosso comportamento nas soluções de problemas no âmbito do conhecimento” (1976, p. 81).

Portanto a dicotomia entre conhecimento racional e decisão irracional do pensamento filosófico existencialista e positivista¹³ é inadequada, porque por trás de qualquer conhecimento, seja consciente ou inconsciente, existem decisões. Também não se sustenta a diferença entre racionalidade e irracionalidade, porque no campo do conhecimento não domina a contemplação passiva, a revelação, e sim a atividade de seleção, valoração e decisão, em todos os âmbitos de resolução de problemas (1976, p. 82).

Nem a ciência nem um sistema de normas com decisões prévias podem substituir a imaginação criadora necessária para a solução de novos problemas, riscos e incertezas, essa circunstância deve destruir qualquer tentativa utópica de antecipar geometricamente a práxis humana, no qual falham tanto as teorias utópicas, que acredita ter soluções em um espaço sem ar e abandona a tradição humana, quanto as teorias conservadoras, que conservam soluções com base em problemas anteriores, abandonando as respostas criativas a novas situações que não se enquadram em qualquer sistema abstrato de regras fixadas (ALBERT, 1976, p. 88-89).

Albert entende que a metodologia clássica se baseia no princípio da fundamentação suficiente, de modo que não tem condições de diferenciar convenientemente ideologia de conhecimento, porque essa metodologia só permite como solução da questão da validade, o

fornecedora de meios para a práxis, tendendo ambas a um tratamento decisionista do valor, deixando à irracionalidade o campo das finalidades (1976, p.79).

¹² Albert agasalha a ideia de que pelo criticismo é possível superar por um lado a resignação positivista nas questões filosófico-morais, sem cair na devoção existencialista do engajamento, que acaba substituindo as discussões racionais de tais problemas por decisões irracionais. Uma das consequências éticas do criticismo é que a crença inabalável aos inacessíveis argumentos racionais e cultuada por muitas religiões não é uma virtude, e sim um vício (1976, p. 98).

¹³ O autor critica o historicismo e positivismo hermenêutico, em ambos a ideia de acesso imediato à realidade sem o anteparo das teorias, através das experiências, ambos desacreditados, porque tanto faz se trata de experiência de sentido ou dos sentidos, a concepção da aceitação passiva da realidade dada não faz jus ao fato decisivo da atividade de interpretação que determina o seu caráter, a qual é moldada pelas influências sociais¹³ (ALBERT, 1976, p. 161-164).

recurso a um dogma “disfarçado”, que é exatamente o roteiro típico do pensamento ideológico¹⁴. Portanto o método científico do modelo dogmático de racionalidade é tal qual o modelo do pensamento ideológico, pois ambos se transferem a últimas instâncias infalíveis para alcançar a certeza e a validade que possua uma autoridade incondicional. Isso acentua a relevância da metodologia da avaliação crítica como alternativa para essa práxis de racionalidade limitada, porque ao invés da justificativa surge a crítica permanente (1976, p. 110-111).

Enquanto no campo filosófico a ideia da verificação crítica avança, em outros setores do saber humano ainda se consagra o pensamento da justificação¹⁵, tentando limitar a aplicação do método crítico. Tenta-se diferenciar crença e saber, para legitimar diversas metodologias baseada na ideia de dupla verdade. Ocorre que pelo emprego do *princípio crítico de ligação*, é possível relacionar conhecimento e atitude moral, portanto pode-se criticar tais atitudes, de maneira que a autonomia da ética não é absoluta quanto à ciência, assim como a teologia (ALBERT, 1976, p.131-133).

Hans Albert propõe três critérios para a solução da problemática do sentido no método do exame crítico, que objetiva esclarecer teoricamente a realidade sociocultural, com a superação da dicotomia artificial entre natureza e história cultivada pela filosofia idealista, afastando aqui também os princípios dogmáticos de proteção, com suporte em três elementos: o reconhecimento de um *problema de explicação*, afora da questão do entender tratado na hermenêutica e na analítica, incluindo a interpretação nomológica daquele comportamento, enquanto *agir com sentido*, sem negar a possibilidade e a utilidade dessa delimitação; a procura de uma *teoria do comportamento útil* que seja uma teoria explicativa, que sirva de suporte para uma *tecnologia do entender*, possibilitando uma *explicação das atividades humanas da interpretação*; e reconhecer a importância da tarefa de submeter os critérios socioculturais arraigados a uma crítica que suprima todas as dogmatizações, de qualquer espécie, relacionada aos nossos conhecimentos objetivos e ideais (1976, p. 177-181).

Quanto à problemática da política, Albert propõe uma política racional, analisa que há uma tendência nas sociedades em que as verdades são reveladas para a garantia da ordem,

¹⁴ Quanto à ideologia na perspectiva criticista, Albert aduz que se caracteriza por reivindicar valor de conhecimento aos seus juízos de valor, mascarados como componentes de uma ciência. A eficácia das ideologias parece ser um meio bem sucedido de influenciar comportamentos e de legitimar e estabilizar instituições, mediante a fusão de questões cognitivas e normativas nos sistemas de enunciados que reivindicam reconhecimento (1976, p. 104-105).

¹⁵ O autor critica o movimento filosófico que se apoderou do espírito alemão depois da Primeira Guerra Mundial e contribuiu para o obscurecimento da crítica racional, sobretudo em Martin Heidegger, o apoio filosófico de Bultmann, configurando um retrocesso ante condição do pensamento teológico de Albert Schweitzer (ALBERT, 1976, p. 136).

em sustentar a política na autoridade de textos cuja origem é atribuída às forças divinas, pensamento diametralmente oposto ao dos antigos gregos e dos modernos ocidentais (1976, p. 192-194).

Mas há variantes dinâmicas da teologia política, que manipulam a insatisfação pública, seja por meio das escolásticas, que esterilizam essas insatisfações, seja pelas utopias que as reativam. As utopias – as quais não são muito definidas detalhadamente, estão ligadas a um “pensamento histórico-teológico de *catástrofe*” (ALBERT, 1976, p. 195) e a uma negação radical do *status quo*, propondo uma revolução radical crendo que se realiza o sentido da história, mesmo que pelo uso de meios questionáveis como a violência, teorias essas que são tão autoritárias e dogmáticas quanto à velha teologia política, na época em que o poder tinha origem divina. Inclusive o pensamento antiliberal de Carl Schmitt do tipo amigo-inimigo pode ser enquadrado como compartilhado com todas as concepções que acreditam ser donas da verdade política (1976, p. 195-196).

A proposta da filosofia social do criticismo, um *pluralismo social e político*, a discussão racional com pontos de vista críticos, examinando as condições reais da sociedade e detectando seus males, sem a pretensão de que não há limitações e carências para a supressão imediata de todos os defeitos sociais. Essa filosofia precisa ser apoiada institucionalmente, eis que não é politicamente neutra, tendendo a desagradar as autoridades a favor da censura. A dialética política parte de hipóteses políticas, criticáveis, mediante a discussão racional de defensores de diversas concepções, a análise de alternativas para a realização de uma experimentação racional social, pesando os riscos e incertezas, podendo assumir a forma de uma *dialética do real*, no sentido de dialética que remonta ao pensamento grego, para solucionar problemas submetendo as soluções especulativas e construídas logicamente a uma discussão racional, onde não há certezas, mas abre a possibilidade de aprendermos com nossos próprios erros, sem recusar a ajuda do nosso próximo, que possui outros pontos de vista, ideias e experiências (ALBERT, 1976, p. 205- 2018).

2.3 O DIREITO SOB O ENFOQUE DO RACIONALISMO CRÍTICO DE HANS ALBERT

Hans Albert segue Karl Popper defendendo a convicção de que a razão humana é falível, conseqüentemente incapaz de apreender um conhecimento seguro tanto pela intuição como pela pura especulação. Essa é a pedra de toque entre o racionalismo crítico e o racionalismo tradicional ou não crítico. O racionalismo tradicional tenta criar critérios para um conhecimento seguro absolutamente certo e irrefutável. Desde Aristóteles o racionalismo tentou

criar um conhecimento absoluto e imutável, mantendo-se assim até Descartes, quando foi modificado e depois repensado por Kant, Husserl e outros pensadores até hoje (MALUSCHKE, 2013, p. 40-46).

Albert não tergiversa de que as normas morais e jurídicas são invenções humanas, afastando de pronto as ideias do direito natural, em contraposição a Popper. Por consequência, cabe à metaética a tarefa principal de analisar as consequências das regras morais para a vida dos homens nos vários sistemas éticos, com suporte principalmente na ciência, especialmente da ciência social (MALUSCHKE, 2013, p. 47-48).

O direito natural para Albert, na visão do racionalismo crítico, trata-se de ilusão, restando somente o positivismo jurídico, que deve ser um positivismo crítico. Os princípios normativos e as leis dos ordenamentos jurídicos jamais serão considerados perfeitos, mas sempre provisórios, criticáveis. Hans Albert não se preocupou com a questão dos limites da crítica no direito, cuja omissão pode ser considerada um defeito de sua teoria jurídica. Suas análises rejeitam a possibilidade de uma ciência normativa, não se esforçou para analisar cuidadosamente os métodos da ciência jurídica. Enquanto o pancriticismo na teoria não tem limites, na prática pode ter consequências até destrutivas, porque se nada pode ser incontestável por qual razão na política a democracia e o Estado de Direito não poderiam ser objetos de dúvida? A respeito do perigo de ideologias antidemocráticas há o exemplo da destruição da República de Weimar na Alemanha, de modo que há uma estipulação dogmática no artigo 79, inciso III, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha excluindo certos elementos básicos do Estado Democrático de Direito de modificação, para prevenir futuras agressões à democracia. Portanto as cláusulas que protegem a constituição democrática são dogmatismos irrecusáveis inclusive para o racionalismo crítico. Inobstante, as outras normas legais e constitucionais são estabelecidas por autoridades humanas, são dogmas, que são as operações principais do Direito (MALUSCHKE, 2013, p.49-50).

Albert se afasta da ideia do direito enquanto ciência normativa, porque a meta das ciências é a busca da verdade, e uma ciência normativa não pode ser porque normas não são nem verdadeiras nem falsas. Albert se inspira em Alf Ross e sua proposta da ciência do direito como ciência empírica, pretendendo substituir a teoria normativa do direito por uma teoria realista e empírica, que corresponda ao projeto de conhecimento uniforme, cuja consequência é a redução de normas a fatos, como apresentar a validade de normas jurídicas no formato de enunciados sobre fatos em certos campos espaciotemporais. Mas é possível elaborar uma ciência do direito como ciência empírica? Então toma uma posição ambígua, pois reconhece que os objetivos dessa ciência são sobretudo práticos, de ensinar aos juristas a arte de interpretar

textos jurídicos para tomada de decisões jurídicas, entretanto, insiste na possibilidade de se criar uma ciência jurídica como ciência social aplicada¹⁶ (MALUSCHKE, 2013, p. 51-53).

Albert aduz que o conhecimento das ciências humanas se orientava explicitamente pelo modelo de ciências dogmáticas, a teologia e a ciência jurídica. Critica a suposta autonomia das ciências, já que o criticismo racional não erige fronteiras estanques entre as disciplinas, a fim de que os resultados e os métodos possam ser compartilhados, porque a ficção da autonomia completa serve como proteção de soluções vigentes contra argumentos que possam derrubá-las (ALBERT, 2013, p. 64-65).

O caráter normativo da dogmática jurídica é extremamente conflituoso para Albert. Discorda da noção de norma fundamental de Kelsen¹⁷, com o qual opõe a ideia de validade efetiva¹⁸. O autor concorda que tanto os representantes do realismo quanto da teoria pura do direito se distanciam do conceito de validade metafísico dos jusnaturalistas, ambos partindo do acordo de que normas são criações humanas, cuja validade advém da autoridade humana. Inobstante os adeptos da teoria pura afirmam que os fenômenos normativos se explicam por uma ciência normativa de caráter dogmático, no campo do *dever ser*, desistindo de uma análise sociológica do fenômeno, se afastando tanto do ato de vontade (sentido da norma) como de sua

¹⁶ Ocorre que o objetivo da teoria normativa do direito são as normas, e não os padrões de conduta efetiva, porque normas regulam o comportamento humano, mas não de maneira determinista, pois podem ser infringidas, cuja sanção prevista não se dá pela relação de causalidade como nos fenômenos naturais, e sim pelo princípio da imputação¹⁶. Portanto pela visão empirista, a norma se restringe a enunciados de conduta efetiva, perde-se um elemento fulcral do direito: a sanção (MALUSCHKE, 2013, p. 53-57).

¹⁷ “Neste sentido, a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo. Ela é o ponto de partida de um processo: do processo da criação do Direito positivo. Ela própria não é uma norma posta, posta pelo costume ou pelo ato de um órgão jurídico, não é uma norma positiva, mas uma norma pressuposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade e por isso não pode ser havida como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por uma autoridade superior” (KELSEN, 1999, p. 139).

¹⁸ É equivocado entender que a dogmática jurídica como compreendida por Kelsen possui atitude apologética, ao contrário, a dogmática jurídica possui neutralidade axiológica na descrição de um sistema jurídico, enquanto disciplina normativa não justifica nem critica as normas jurídicas, ela as descreve dentro do sistema jurídico e suas pretensões de validade. Foi a concepção kelseniana de “validade”, que diferencia validade de eficácia jurídica¹⁸, em que pese Kelsen entender que leis sem eficácia perdem sua validade¹⁸, que provocou a polêmica por parte dos juristas chamados “realistas” ou “empiristas”, norte-americanos e escandinavos, tendo o apoio de Albert, os quais identificam a validade das leis jurídicas com sua eficiência na sociedade (MALUSCHKE, 2013, p. 53-57),

eficácia, que são ambos fatos do ser¹⁹ (ALBERT, 2013, p. 121-129). Apoiou Alf Ross²⁰, que entendeu que a “norma fundamental” de Kelsen pode ser qualificada como “quase-positivismo de caráter jusnaturalista” (2013, p. 72)²¹²².

Albert questiona a própria existência de uma ciência normativa, ou seja, uma ciência que ao invés de produzir enunciados cognitivos, portanto suscetíveis de verdade, produza enunciados normativos, que não são verdadeiros e nem falsos. Quem derivar enunciados normativos de proposições sobre fatos comete falácia naturalista. Só há uma alternativa, ou abandonar a pretensão normativa de interpretação e reduzir a Ciência Jurídica à hermenêutica – o que para o autor é a opção da teoria pura do direito –, ou fundamentar de outro modo a pretensão normativa, entendendo o autor que não é possível compreender fatos a partir do conceito de validade efetiva, e que desses fatos não se extraem consequências normativas (2013, p. 118-121).

O autor releva o contraste entre o caráter dogmático da ciência jurídica e a concepção de ciência conforme o criticismo racional, por ser elaborada como uma ciência dogmática de caráter normativo, e a comparação com a teologia, sobrelevando as conexões e semelhanças entre religião e direito, ambos submetidos a um modelo de revelação do

¹⁹ A respeito da possibilidade de uma ciência normativa, que descreva o direito como sistema de normas, a despeito da sociologia jurídica, Kelsen dispõe que: “A possibilidade e a necessidade de uma tal disciplina, endereçada ao Direito como teor de sentido normativo, são demonstradas pelo fato secular da ciência do Direito que, como jurisprudência dogmática, e enquanto houver Direito, servirá as necessidades intelectuais dos que deste se ocupam. Não há qualquer razão para deixar insatisfeitas estas necessidades inteiramente legítimas e para renunciar a tal ciência do Direito. Substituí-la pela sociologia do Direito é impossível, pois esta ocupa-se de um problema inteiramente diferente daquele. Assim como, enquanto houver uma religião, terá de haver uma teologia dogmática que não pode ser substituída por qualquer psicologia ou sociologia da religião, também haverá sempre – enquanto houver um Direito – uma teoria jurídica normativa. A sua posição no sistema global das ciências é uma outra questão, uma questão subalterna. O que importa não é fazer desaparecer esta ciência juntamente com a categoria do dever-ser ou da norma, mas limitá-la ao seu objeto e clarificar criticamente o método (KELSEN, 1999, p. 74).

²⁰ “Ao analisar o livro Teoria Pura do Direito, Ross critica a posição de Kelsen de afirmar que o critério do direito positivo é a efetividade e que a hipótese inicial apenas cumpre a função de outorgar validade ao direito, sendo esta exigida pela interpretação metafísica da consciência jurídica, embora ninguém saiba no que consiste tal validade. Deste modo, Kelsen, desde o início da Teoria Pura do Direito, ao fazer a validade de uma norma derivar da validade de outra, impediu sua teoria de trabalhar com a relação entre o conteúdo ideal normativo e a realidade social, relação esta que, para Ross, é o cerne do problema da vigência do direito” (ANDAKU, 2004, p. 111-112).

²¹ Para Maluschke, a norma fundamental kelseniana pode parecer como o “ponto arquimédico” da teoria pura do direito, entretanto entende que ela é somente um pressuposto interpretativo, ela é simplesmente a pressuposição normativa pela qual se afasta o equívoco de identificar poder e direito. Ademais, a crítica de que tal expediente é por demais artificial deve-se enfrentar a tarefa de desenvolver uma teoria mais adequada para embasar a diferença entre validade e eficácia de normas jurídicas (2013, p. 59).

²² No artigo que embasou a crítica de Albert, Ross alega que Kelsen atribui ao ordenamento jurídico uma qualidade moral, que a distingue de um regime de gângster, o que não corresponde à teoria por Kelsen de separação do direito e da moral, que implica as diferenças entre obrigação jurídica e dever moral. A recepção positiva de Ross levou Albert a uma interpretação de que a teoria pura do direito e a concepção de uma existência específica de normas provoca desnecessariamente a impressão de que há uma esfera fora da realidade da vida social, permeada de normas. Essa interpretação da teoria pura que pressupõe a existência real de um mundo de normas distinto do mundo social não é apropriada para a teoria kelseniana (MALUSCHKE, 2013, p. 59-60).

conhecimento, de onde a verdade e as soluções derivam de instâncias dotadas de *autoridade* indubitável. Nessas ciências só há dois tipos de problemas: de identificação dos comunicados (questão da validade das fontes) e de interpretação (interpretação válida). Essa instância autorizada a fazer tais exigências parece ser uma pressuposição, à qual as pessoas submetidas realizam uma obediência de fé, que em outras ciências não seriam tomadas em consideração no conhecimento²³ (ALBERT, 2013, p. 66-69).

É como se a estrutura dogmático-normativa não pudesse ser abandonada, porque parece estar ligada às exigências enfrentadas pelos juristas práticos, porque a ciência jurídica é, desde a origem, uma ciência orientada à prática, o que importa é conhecer as normas do ordenamento vigente e suas possíveis aplicações, para serem capazes de solucionar determinados problemas práticos. Portanto a vinculação ao direito vigente parece induzir o caráter dogmático e normativo, e por ser fundamentado em textos, o caráter hermenêutico da ciência jurídica. Ela se difere das ciências sociais, históricas e teóricas, às quais tem a pretensão de serem criticamente orientadas e não amarradas dogmáticamente, também devem ser isentas de valoração conforme Max Weber²⁴ e não normativas (ALBERT, 2013, 69-70).

Desse modo, a ciência jurídica não produziria conhecimentos, mas enunciados jurídicos cuja validade depende do seu reconhecimento pelos juristas práticos. Essa imagem quase caricatural da ciência jurídica para Albert, encontra aproximações com a então já superada “jurisprudência dos conceitos”, bem como na teoria pura do direito²⁵ (ALBERT, 2013, 96-99).

Albert entende que uma filosofia jurídica e social crítica tentaria incluir os conhecimentos das ciências reais para uma análise crítica racional do direito vigente, a partir

²³ Quanto à interpretação adequada, há personalidades oficiais que tem um monopólio de interpretação para as “revelações” ou “dogmas”, cujas operações de mediação e flexibilização podem ser consideradas os produtos deles próprios, substituindo os comunicados das instâncias superiores por dogmas criados pelos especialistas. A legitimidade dessa forma de pensamento gera dúvidas quando não se pode recorrer à fé na revelação em que se apoiam, especialmente a ciência do direito quando se detectam lacunas desnudando a ficção de coerência do sistema jurídico (ALBERT, 2013, p. 66-69).

²⁴ Max Weber entende que a ciência social é uma ciência da realidade, pela qual procuramos entender a realidade que nos circunda e na qual nos situamos, “(...) aquilo que ela tem de específico, as conexões e a significação cultural das nossas diversas manifestações na sua configuração atual e, por outro, as causas pelas quais ela se desenvolveu historicamente de uma forma e não de outra” (2001, p. 124).

²⁵ “Embora não seja dito com frequência, a primeira tentativa de resposta a esse caos sistemático das finalidades e dos interesses somente será oferecida por Hans Kelsen, com a construção de sua ‘Teoria Pura do Direito’. De fato, em sua obra, Kelsen continuava a perseguir o tipo de rigor lógico que inspirava o dedutivismo da Jurisprudência dos Conceitos, porém, sabia que os instrumentos por ela utilizados eram insuficientes para garantir precisão epistemológica para a ciência jurídica. Ademais, ele conhecia as críticas formuladas pela jurisprudência dos interesses e pelo movimento do direito livre em relação ao problema da determinação do papel do juiz no preenchimento das chamadas lacunas e sabia que o dogma da completude dos significados dos conceitos que compõem a lei – em especial os códigos – não podia mais ser defendido àquela altura da história” (ABBODU; CARNIO; DE OLIVEIRA, 2019, p. 227).

de conhecimentos empíricos, com fins a uma solução dos problemas sociais de ligação entre a dimensão cognitiva e a normativa, de modo a evitar ideias de contextos sociais que não correspondem mais ao conhecimento científico hodierno. Uma ciência jurídica que se defina como dogmática-normativa, restrita a procedimentos hermenêuticos, dificilmente analisará os contextos de atuação social (2013, p. 86-88). Inobstante, pode se criticar tal teoria, por se tratar de uma ficção, que desaparece quando se enfrenta a questão de que tal sistema de normas do direito positivo não pode ser decidida sem referência a fatos sociais, de modo que a ciência jurídica não pode abstrair da ancoragem do ordenamento positivo na realidade social (ALBERT, 2013, p. 74-77).

O autor não compreende o racionalismo crítico como mera doutrina científica, mas como uma concepção que pode se relacionar a todas as áreas da cultura, bem como ao direito. Um elemento essencial do racionalismo crítico é o realismo crítico que

“concebe as ciências reais (...) como disciplinas cognitivas, cuja ideia reguladora é a verdade, no sentido da exposição correta (...) e adequada, e do progresso do conhecimento em direção a uma concepção melhor dos contextos reais, (...)” (ALBERT, 2013, p.90).

Albert advogava a falibilidade da razão humana na solução de todos os problemas, não só na área da práxis do conhecimento, mas em todas as áreas da vida social e cultural, rejeitando o racionalismo clássico que aspira a uma fundamentação absoluta, bem como o ceticismo e o relativismo como soluções de resignação. A metodologia é uma espécie de racionalismo que só reconhece soluções hipotéticas se puder ser submetida ao exame crítico, cujos critérios de soluções são específicos de cada área do conhecimento (2013, p. 90).

O direito consiste em um sistema de regras históricas e eficazes porque foram institucionalizadas e parcialmente internalizadas para resolver problemas do manejo social principalmente no contexto de conflitos. Se diferencia dos outros sistemas de regulamento social porque conta com a coerção estatal no estado moderno. A concepção do direito como um sistema autônomo, que envolve o refreamento do poder político e despótico, separado de laços religiosos, são conquistas do Ocidente, enquanto o direito como instrumento de dominação se encontra em todas as culturas elevadas. Foi na Europa ocidental, entre os séculos XI e XII, que se fundaram as universidades europeias e ensinado o direito pela primeira vez como conhecimento sistemático (ALBERT, 2013, p. 90-95).

Ciências naturalistas também podem contribuir para tomada de decisões, e alcançam tal resultado porque admitem a dedução de enunciados tecnológicos, ou seja, “(...) sistemas de enunciados sobre possibilidades de ação, que podem ser extraídos de enunciados

teóricos sobre contextos de atuação” (2013, 117-118). Esses enunciados tecnológicos não informam ao agente o que ele deve fazer, mas o que ele pode fazer para atender a certos fins.

Apoiando-se na *concepção de uma explicação compreensiva* de Max Weber, Albert entende que a aplicação do criticismo às questões moral-filosófica envolve a recusa ao fundamentalismo e ao reconhecimento do pluralismo ético, que é um dos componentes dessa concepção. Uma filosofia moral crítica não se limitará a compreender a moral dominante para introjetá-la na consciência dos membros da sociedade, sua tarefa abrange uma análise crítica, destacar suas fraquezas e estimular pontos de vista para seu melhoramento, não levando necessariamente a um consenso geral (ALBERT, 1976, p. 95-96).

A obra de Weber²⁶ mostrou que se deve admitir a irracionalidade dos primeiros pressupostos normativos por conta do dominante pluralismo de pontos de vista éticos, caso contrário estaria se admitindo que a posição própria teria preferência sobre as outras por motivos racionais²⁷. Ocorre que não há nenhuma autoridade racional cujas próprias posições possam ser remetidas como as únicas corretas e comprováveis, com o que se concluiu que se deve permitir aos defensores de outros pontos de vista a soberania de suas próprias decisões (ALBERT, 1976, p. 83, 84-90, 91).

Albert defende a ciência jurídica, independentemente de como exercida nas faculdades jurídicas, mas uma disciplina social-tecnológica, sobre a questão do direito como componente da ordem social, com suporte nos conhecimentos das ciências reais teóricas e históricas sobre os contextos de atuação social, obtendo enunciados sobre as ações humanas

²⁶ “Para uma abordagem científica dos juízos de valor não é suficiente apenas compreender e reviver os fins pretendidos e os ideais que estão no seu fundamento, mas também e, acima de tudo, ensinar a “avaliá-los” criticamente. Esta crítica, no entanto, só pode ter caráter dialético; isto significa que só pode consistir numa avaliação lógico-formal do material que se apresenta nos juízos de valor e nas ideias historicamente dadas, e num exame dos ideais, no que diz respeito ao postulado da ausência de uma contradição interna do desejado. Enquanto se propõe a este fim, ela pode proporcionar ao homem que quer a consciência dos últimos axiomas, que estão na base do conteúdo do seu querer, a consciência dos critérios últimos de valor que se constituem de maneira inconsciente o ponto de partida – dos quais, para ser consequente, deveria partir. Realmente, chegar à consciência destes critérios últimos que se manifestam nos juízos de valor concretos é o máximo que ela pode fazer sem entrar no terreno da especulação. Se o sujeito que emite juízos de valor deve professar estes critérios últimos, isso é um problema pessoal, uma questão de sua vontade e de sua consciência; não tem nada a ver com o conhecimento empírico” (WEBER, 2001. p. 110-111).

²⁷ Analisando o princípio de ausência da valoração da ciência de Max Weber, Albert concorda com a proposição desde que limitada ao âmbito dos enunciados sociológicos, cujos resultados são inequívocos: o problema da valoração do objeto das ciências sociais; o dos juízos de valor na linguagem-objeto e o da base de valor dessas ciências. Weber elaborou a “concepção da imunidade à crítica dos chamados últimos pressupostos” (ALBERT, 1976, p. 92), de que os juízos de valor não estão excluídos da discussão científica, que o limite da crítica é atingido quando se prova a consistência de diferentes pontos de vistas possíveis, concluindo que nas diferentes e incompatíveis posições de valor tem-se convicções de crença, que os últimos pressupostos e decisões fundamentais são questões de fé e portanto acessíveis à compreensão mas não à crítica, aos quais tem que se escolher sem poder recorrer à ciência, de maneira que as últimas proposições de valor são incorrigíveis e não sofrem influência da crítica racional. Portanto, o limite da argumentação crítica é a prova da consistência dos diferentes pontos de vista coexistentes.

como base para decisões. Seria uma ciência de caráter teleológico, oferecendo informações cognitivas, pontos de vista valorativos, sobre contextos relevantes para apoiar as decisões da prática. As consequências de tal entendimento é que possibilita o aproveitamento sistemático de informações nomológicas das ciências sociais teóricas, não exclui pontos de vista valorativos, desde que explícitos; não exclui o caráter hermenêutico desde que teleológico; amplia a área da ciência, promovendo a discussão de possíveis regulações normativas, dentre outras vantagens (ALBERT, 2013, p. 101-106).

Não há como se objetar uma ciência jurídica social-tecnológica no campo da legislação, como instrumento de manejo social. Nesse prisma, fala-se em hermenêutica enquanto disciplina social-tecnológica, que visa a propostas de interpretação eficazes e a proposta de legislação eficaz (ALBERT, 2013, p. 129-135). Assim, a proposta de Hans Albert para uma ciência jurídica racional seria:

Assim, uma Ciência Jurídica racional dessa espécie teria duas partes: uma que possibilita a identificação de normas do direito em vigor, isto é, do direito vigente/válido em um determinado âmbito espaciotemporal; e outra que visa à construção de normas eficientes para a modificação do direito vigente, por meio da legislação. Para esse fim, não se precisa, em nenhum dos dois casos, de enunciados normativos. Apenas são necessários enunciados nos quais as respectivas normas são caracterizadas eficazes no sentido de fins hipoteticamente pressupostos. Enunciados desse gênero são suscetíveis de verdade (podem ser verdadeiros ou falsos) e, sendo hipóteses, podem ser, em princípio, revisados (2013, p.135).

Como a ordem social não é estática, surgem novos problemas, a solução adequada deles pressupõe não somente conhecimentos sobre fatos e causalidades, mas também aspectos valorativos para a seleção de soluções úteis, já que o direito se desenvolve não só como conhecimento de contextos reais, também sofre a influência de interesses e ideias. As condições de adequabilidade da ordem social são objeto de discussão pública, no contexto do estado de direito e constitucional, resultado do “milagre europeu” que possibilitou o refreamento do poder político, estabelecendo uma ordem social com respeito à liberdade cívica e política, e dessa discussão os representantes da ciência jurídica também puderam ajudar, apontando para a consideração insuficiente de certas questões de desempenho nos ideais de ordem predominantes²⁸ (ALBERT, 2013, p. 136-140).

²⁸ Apesar dessas contestações, Maluschke entende que a aplicação do racionalismo crítico de Hans Albert abre novos horizontes de conhecimentos e pesquisas futuras para a ciência jurídica, especialmente os argumentos contra as ilusões da doutrina do direito natural que no Brasil ainda tem adeptos. A visão tecnológica do trabalho jurídico também merece destaque no mundo jurídico, bem como a ideia albertniana de que não há uma única interpretação possível das leis: dentro da margem das interpretações possíveis, os aplicadores podem escolher aquelas interpretações que prometem os melhores resultados para a sociedade. A jurisdição pode ser compreendida como uma tecnologia social relativamente conservadora. A teoria da legislação proposta por Albert pode elaborar propostas de reforma para o trabalho legislativo, nessa área não terá limites dogmáticos o racionalismo crítico,

2.4 O PLURALISMO JURÍDICO DE PETER HÄBERLE

A obra magistral de Häberle descortina a constatação de que todos cuja vida é regida por uma Constituição tem que ser visto como seu legítimo intérprete, enquanto destinatário dos direitos fundamentais ali garantidos. Essa teoria está intimamente relacionada com o pensamento de Karl Popper, a começar pelo título: “Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição”, que evoca o conceito de “sociedade aberta” desenvolvido por Popper. Peter Häberle lança a seguinte tese:

(...) no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição” (2002, p. 13).

Em “A Sociedade Aberta e seus Inimigos”, Popper faz uma divisão teórica entre sociedade fechada e sociedade aberta. A sociedade fechada, ou mágica, tribal ou coletivista, metaforicamente é um organismo, uma unidade semiorgânica em que os componentes são mantidos unidos por laços semiorgânicos, quais sejam o parentesco, a coabitação, a participação nos esforços, nos perigos, nas alegrias comuns. Trata-se de um grupo concreto, ligado não só por relações sociais abstratas como divisão do trabalho e escambo como relações físicas concretas, como o tato, o olfato, a vista etc. Suas instituições são sacrossantas, como as castas, os tabus. Com a perda da forma orgânica, a sociedade aberta ou democrática pode tornar-se gradualmente uma “sociedade abstrata”, onde o individualismo impera, como é o caso da moderna sociedade democrática. A transição na civilização ocidental da sociedade fechada para a aberta é uma das mais profundas revoluções contínuas da humanidade, a partir dos gregos (1974, p.188-191).

Popper entendia que sua teoria tinha consequências éticas, na verdade que o falsificacionismo já era uma posição ética. Esclarecia que embora a ética²⁹ não seja uma ciência, não haja base científica racional na ética; há uma base ética na ciência e no racionalismo, porque

bem como na filosofia do direito onde pode direcionar seu potencial como um positivismo crítico (2013, p. 60-62).

²⁹ O falibilismo de Popper conta com a possibilidade de tomar decisões moralmente inapropriadas, que prejudiquem outras pessoas, pelo que não se justifica imunizar nossas convicções morais contra críticas e insistir na nossa certeza subjetiva. Corremos sempre o perigo de errar, e ao enfrentar esse risco, mesmo na ausência de uma certeza da orientação moral, temos que assumir a responsabilidade por nossos atos e decisões. Há uma modéstia intelectual subjacente, já que Popper concebe que os seres humanos erram, tem capacidade cognitiva limitada, mas podem aprender com os erros, portanto é necessário a disposição tolerante de ouvir nossos semelhantes e suas críticas e ideias (MALUSCHKE, 2013, p. 38).

a ideia de imparcialidade leva à de responsabilidade, não só de ouvir os argumentos, o de responder, de maneira que as ações de um cientista afetam os outros, portanto o racionalismo exige o reconhecimento da necessidade de instituições sociais para proteger a liberdade de crítica, de pensamento e as demais liberdades humanas, bem como uma obrigação moral de apoiar tais instituições (MALUSCHKE, 2013, p. 37).

Popper na teoria política optou racionalmente pela democracia, entende que os eleitores são incompetentes para decidir várias matérias sobre as quais tem pouco conhecimento, inobstante o custo social dessa incompetência seja alto, o custo dos regimes autoritários é muito superior. O autor idealiza a imagem dessa antiga “sociedade aberta” na democracia grega da época de Péricles, cuja marca é a incidência do racionalismo crítico na política, sem atentar para os métodos retóricos dos debates políticos e as ideologias. Entende que a tarefa do racionalismo crítico-jurídico é melhorar a legislação do país por intermédio de uma engenharia social, com uma legislação mais racional com o objetivo precípua de minorar os sofrimentos dos cidadãos (MALUSCHKE, 2013, p. 38-40).

Häberle entende que a teoria da interpretação constitucional se vincula historicamente a um modelo de interpretação de uma “sociedade fechada”, concentrada primariamente na interpretação dos juízes e nos procedimentos formalistas. Se uma teoria da interpretação constitucional vinculada ao tema realidade constitucional, vincula-se à necessidade de incorporação das ciências sociais e dos métodos de interpretação atinentes ao interesse público e ao bem estar geral, então é de se perguntar quais os agentes conformadores da “realidade constitucional” (HÄBERLE, 2002, p. 11-12).

A teoria da interpretação deve interagir com a teoria democrática, sendo impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas – como grupos, órgãos estatais, a opinião pública –, enquanto intérpretes constitucionais em sentido lato, ou pelo menos pré-intérpretes, caracterizando esta interpretação ao mesmo tempo elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador dessa mesma sociedade, cujos critérios de interpretação serão tanto mais abertos quanto mais pluralista a sociedade. Subsiste a responsabilidade da jurisdição constitucional que dá a última palavra sobre a interpretação, inobstante como não são apenas os intérpretes jurídicos que vivem a norma, não detêm o monopólio da sua interpretação (2002, p. 13-15).

Häberle percebe que o estudo atinente aos participantes da interpretação constitucional teria sido negligenciado pela Ciência Jurídica, cuja atenção se volta principalmente aos métodos de interpretação. Pode-se concluir, a partir de seu raciocínio, que as exigências de democratização dos Estados, que culminaram no estabelecimento do sufrágio

universal e de eleições diretas e periódicas para os representantes do povo no Parlamento e no Executivo, em quase todas as nações do ocidente, não foram devidamente acompanhadas pela democratização da hermenêutica constitucional.

Analisando o processo judicial perante a Corte constitucional alemã, o autor conclui que a interpretação constitucional não é um evento exclusivamente estatal, seja do ponto de vista teórico ou prático. O processo é acessível potencialmente a toda comunidade política, mesmo àqueles que não são diretamente afetados pela interpretação. São intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo, os grupos sociais e o próprio indivíduo, dentre eles o cidadão que interpõe um recurso constitucional, o partido político que ajuíza um conflito entre órgãos (HÄBERLE, 2002, p. 23-25).

O processo político não é liberto da Constituição. Quando por exemplo o juiz constitucional reconhece uma missão do legislador atuar de tal forma conforme a Constituição. Já o legislador cria uma parte da realidade constitucional, atuando como elemento precursor da interpretação e do processo de mutação constitucional (HÄBERLE, 2002, p. 27-28).

Uma possível objeção é de que a interpretação constitucional dessa forma poderá dissolver-se num grande número de interpretações, não atingindo a meta de unidade da Constituição. Há os que estão oficialmente nomeados para exercer a função, que são os órgãos vinculados à Constituição e que atuam mediante um procedimento pré-estabelecido: os órgãos estatais e os parlamentares. Ocorre que numa democracia liberal, vinculados à Constituição estão também os partidos políticos, os grupos, os cidadãos, de forma diferenciada, a maioria apenas por meio do “poder estatal sancionador” (HÄBERLE, 2002, p. 30).

Häberle questiona que a interpretação é um processo aberto, não é um processo de submissão passiva, onde a estreita ligação entre vinculação à Constituição e legitimação perde o seu poder de explicação. E aqui fica clara a linha de raciocínio que relaciona este autor e a linha teórica de Popper e Albert, onde constata que:

A vinculação se converte em liberdade na medida que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. Se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *law in public action* (personalização, pluralização da interpretação constitucional!) (HÄBERLE, 2002, p. 30-31).

A garantia da independência dos juízes não deve ser um arbítrio, antes ela é tolerável porque o material para a lei é informado por outras funções do Estado e pela esfera

pública pluralista. É a chamada “Constituição enquanto processo público” (HÄBERLE, 2002, p. 32).

A democracia não se desenvolve somente na delegação de atribuições formais do povo para os órgãos estatais, seja mediante eleições, seja para a Corte constitucional, enquanto último intérprete formal. Povo entendido como cidadão, concebendo a democracia a partir dos direitos fundamentais e não no prisma de que o povo assume o lugar do monarca, um elemento pluralista da interpretação constitucional, na figura da opinião científica, do grupo de interesse, do partido político, do cidadão propriamente dito, cuja competência para interpretação da Constituição é um direito da cidadania baseado na igualdade de direitos e obrigações e na liberdade, asseguradas constitucionalmente (HÄBERLE, 2002, p. 36-40).

Consequentemente, há uma relativização da interpretação jurídica constitucional, de maneira que a esfera pública pluralista atua como força normatizadora, e após a Corte constitucional deve interpretar a Constituição conforme a correspondente atualização pública. O constitucionalista se torna um mediador, cuja interpretação se respalda na capacidade de apresentar justificativas variadas e adequadas e alternativas racionais, a chamada *reserva da consistência* (HÄBERLE, 2002, p. 41-42). A partir da proposição fundamental de que toda pessoa cuja vida é regida por uma Constituição é seu legítimo intérprete, deixando explícito que a “palavra final” em termos de interpretação continua a ser da Corte Constitucional, e que os indivíduos, os grupos de interesses e a “opinião pública democrática e pluralista” (2002, p. 22) cumprem primordialmente o papel de “intérpretes indiretos ou a longo prazo” (2002, p. 24).

Outrossim, a dimensão e a intensidade do controle judicial devem ser pautadas conforme a participação dos intérpretes constitucionais. Quanto àquelas leis que despertam sobremaneira o interesse e a controvérsia da “opinião pública pluralista” no processo de elaboração, uma vez aprovadas, a Corte constitucional ao interpretá-las zelar para não perder o “mínimo indispensável da função integrativa da Constituição”, considerando a peculiar legitimação democrática introjetada e a profunda divisão da opinião pública sobre o tema, considerando na hipótese a concessão de cautelares no processo constitucional sobre o fundamento do interesse público. Deve também zelar pelos interesses não representáveis (HÄBERLE, 2002, p. 44-46).

Coerentemente com essa tese, Häberle defende a ampliação e aperfeiçoamentos dos instrumentos processuais no processo constitucional, a fim de permitir o direito de participação democrática para possibilitar a participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes constitucionais em sentido amplo, especialmente as audiências e intervenções. A interpretação constitucional dos juízes também deve ser mais elástica, desde que não se chegue

ao ponto de identificar com a interpretação do legislador, em que pese, indubitavelmente, significar uma restrição do espaço interpretativo do legislador. Diminuir da mesma forma o direito processual constitucional deve ser mais flexível, conforme a questão jurídico-material e as partes atingidas (HÄBERLE, 2002, p. 46-50).

Häberle entende que uma teoria constitucional que se lastreie na busca do consenso e da unidade política como finalidade do processo constitucional, e do próprio processo político, não deve ser entendida de maneira simplista como uma tese somente harmonizadora. É evidente que requerentes e requeridos buscam objetivos díspares no processo constitucional, porque consenso resulta de conflitos e compromissos entre participantes com diferentes opiniões e cada qual defendendo seu próprio interesse, de maneira que o processo constitucional se assemelha com o direito parlamentar (2002, p. 51-52).

2.5 CONCLUSÃO PARCIAL

Em síntese, entende-se que a partir de Popper, Hans Albert e Häberle, podemos compreender que a ciência para Popper é a busca da verdade, de teorias que a expliquem de modo objetivo, não se trata de procurar a certeza, porque todo conhecimento humano é falível e incerto, portanto, a ciência é hipotética, conjuntural, baseado no método crítico e não dogmático.

Popper denominou sua filosofia de “racionalismo crítico”, para a qual a lógica do conhecimento consiste em investigar os métodos empregados nas provas sistemáticas a que toda ideia nova deve ser submetida para que possa ser levada em consideração, ele só reconhece um sistema como científico se for suscetível de comprovação pela experiência, cujo critério de demarcação não é a verificabilidade, mas a falseabilidade ou refutabilidade de um sistema.

Para Popper o jogo da ciência é interminável, uma vez criada uma hipótese e submetida a prova, tendo comprovado suas qualidades, a mesma poderá ser substituída por outra hipótese que resista melhor às provas ou o falseamento de uma consequência da hipótese anterior. De tal forma que uma teoria não pode ser verificável, e sim corroborada, caso demonstre compatibilidade com o sistema aceito de enunciados básicos, de tal forma que as hipóteses são apenas “conjecturas provisórias” e não enunciados verdadeiros.

Na obra “Lógica das Ciências Sociais”, Popper defende que o método das ciências sociais é o mesmo das ciências naturais, consistente em tentativas experimentais para certos problemas, por conjecturas que são controladas por severa crítica, mediante o método de “ensaio e erro”.

Apesar dos problemas abordados no criticismo de Karl Popper serem de grande envergadura, o filósofo não examinou os problemas da ciência jurídica, cabendo a Hans Albert a elaboração de uma visão abrangente do racionalismo crítico, aplicando sua metodologia à vida cultural.

Albert lançou a tese de que a ciência jurídica pode ser uma ciência real, se conceber o direito como um fato social a ser explicado teoricamente. A ciência jurídica pode cumprir a tarefa de dar apoio aos juízes para as ponderações de interesses em conflito, se não for compreendida como disciplina normativa, e sim como disciplina *social-tecnológica*, enquanto enunciados cognitivos organizados para a prática. Assim a ciência jurídica seria uma ciência relacionada à prática, de caráter teleológico, oferecendo informações cognitivas, pontos de vista valorativos, sobre contextos relevantes para apoiar as decisões da prática. As consequências de tal entendimento é que possibilita o aproveitamento sistemático de informações nomológicas das ciências sociais teóricas, não exclui pontos de vista valorativos, desde que explícitos; não exclui o caráter hermenêutico desde que teleológico; amplia a área da ciência, promovendo a discussão de possíveis regulações normativas.

Albert entende que o comportamento humano é acessível à compreensão e à explicação teoricamente fundamentada conforme a prática do conhecimento nas ciências naturais. No caso, o direito é importante para a explicação de contextos sociais, o conhecimento das normas vigentes torna-se relevante para a explicação das ocorrências sociais, com suporte na ideia teórica de que as convicções normativas das pessoas, junto com fatores motivacionais, funcionam como estímulos, e que têm um significado para o processo de formação de vontade e decisões, bem como de hábitos de conduta. Esse conjunto de motivações leva a modos de percepção de situações e a expectativa.

Essa interpretação da ciência jurídica racional é a análise do problema de uma ordem social para satisfazer condições adequadas, mediante o uso de meios social-tecnológicos, elaborando características de performance de soluções alternativas. Como a ordem social não é estática, surgem novos problemas, a solução adequada deles pressupõe não somente conhecimentos sobre fatos e causalidades, mas também aspectos valorativos para a seleção de soluções úteis, já que o direito se desenvolve não só como conhecimento de contextos reais, também sofre a influência de interesses e ideias. As condições de adequabilidade da ordem social são objeto de discussão pública, no contexto do estado de direito e constitucional, e dessa discussão os representantes da ciência jurídica também podem ajudar, apontando para a consideração insuficiente de certas questões de desempenho nos ideais de ordem predominantes.

Na hermenêutica constitucional, Häberle estatuiu a tese de que a sua interpretação é um processo da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, analisando o processo judicial perante a Corte constitucional alemã, o autor conclui que a interpretação constitucional não é um evento exclusivamente estatal, é acessível potencialmente a toda a comunidade política, na figura da opinião científica, do grupo de interesse, do partido político, do cidadão propriamente dito, cuja competência para interpretação da Constituição é um direito da cidadania baseado na igualdade de direitos e obrigações e na liberdade, asseguradas constitucionalmente. Há uma relativização da interpretação jurídica constitucional, de maneira que a esfera pública pluralista atua como força normatizadora, após o quê a Corte constitucional deve interpretar a Constituição conforme a correspondente atualização pública. O constitucionalista se torna assim, numa democracia liberal, um mediador, cuja interpretação se respalda na capacidade de adequar as alternativas racionais, a chamada *reserva da consistência*.

À luz desse entendimento, vamos examinar o modo como o método científico é compreendido nos processos jurisdicional, administrativo – enquanto políticas públicas – e legislativo, notadamente como esses três processos estão em diálogo com a ciência, e se nesse diálogo eles assumem a ciência com seu caráter de diálogo, de disputa, de abertura infinita à contestação ou se por acaso assumem a ciência como um conjunto de verdades estabelecidas, um sistema dado, e não em permanente reconstrução, e principalmente a ciência como lugar do debate. Examinou-se também a abertura procedimental dos Poderes instituídos, da interpretação constitucional sob o prisma de Häberle: o papel dos cidadãos e dos grupos titulares dos direitos fundamentais são exercidos, a vinculação do legislador e dos juízes aos conteúdos fixados pela sociedade civil no debate democrático, e as prováveis consequências da disparidade de forças entre os atores envolvidos nessa discussão.

3 CIÊNCIA E PROCESSO LEGISLATIVO

3.1 HISTÓRICO DO PROCESSO LEGISLATIVO

O culto à lei foi o lema dos movimentos revolucionários liberais, pais do sistema constitucional democrático representativo, como se observa da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, primeiro documento constitucional da Revolução Francesa. Impossível a estruturação de um regime constitucional pluralista sem a supremacia da lei, já que a competição entre os vários grupos pelo poder precisa ser regulada pela lei, normas gerais e impessoais que não privilegiem ninguém. Da mesma forma o respeito aos direitos

fundamentais pressupõe sua definição por leis, impessoais, caso contrário se romperia a igualdade, o mais fundamental de todos os direitos (FERREIRA FILHO, 1995, p. 21).

Mas o que é a lei? Tendo em vista a ambiguidade do termo “lei”, diferencia o primado do justo enquanto supremacia do direito, do primado da lei enquanto comando do legislador, seja esta justa ou não. A noção de supremacia do direito segundo os antropólogos, é anterior mesmo à sua expressão clássica nas obras gregas, de modo que para o primitivo a supremacia do direito era incontestável e imutável, não a percebendo como produto cultural (FERREIRA FILHO, 1995, p. 21-23).

A filosofia nasce na Grécia. Inicialmente, a lei tinha origem religiosa, portanto imutável, de origem imemorial, transmitidas por tradição oral. Em Atenas, a Assembleia popular foi instaurada com o poder de editar leis, com a iniciativa legislativa a qualquer cidadão, mas a resistência à mudança do direito não desapareceu, havendo um controle da Assembleia durante o processo legislativo ou após pela anulação judicial das leis. Veja-se que em Atenas havia a diferença quanto ao conteúdo entre a lei escrita (*nomos*), de caráter geral, e o decreto (*psèphisma*), que não poderia prevalecer sobre a lei (FERREIRA FILHO, 1995, p. 24-26).

Em Roma, a ciência do direito adquire caráter autônomo, na figura dos jurisconsultos, um especialista de uma nova ciência. A justiça foi cultivada em seu aspecto prático entre os romanos, destacando-se Cícero, que discorre sobre a justiça, para quem a lei, em que pese para o vulgo ser a regra escrita imperativa, a única verdadeira lei é a razão igual em qualquer lugar e eterna, o bom, de maneira que a lei injusta não é lei. No direito positivo romano, a noção de uma ordem jurídica eterna e invariável é nítida, podendo ser modificada pelos mesmos órgãos que foi constituída, dotados de poder constituinte, cuja mudança era de iniciativa de certos magistrados, por intermédio da *lex rogata* ou do *plebiscitum*, que após consulta ao Senado, poderiam submeter a proposta aos comícios, que as aceitava ou não de uma maneira um tanto passiva, cuja ratificação cabia finalmente ao Senado. Com o Principado, o Imperador se torna o detentor do poder de propor novas regras ao Senado, que deliberava sobre elas. Com a decadência de Roma, o imperador tornou-se a fonte da lei, sepultando a supremacia do direito sobre as leis (FERREIRA FILHO, 1995, p. 27-31).

Na Idade Média, a supremacia do direito foi incontestável, decorrente da cosmovisão cristã reinante, baseada na crença de uma lei divina e justa, a lei natural, a qual engloba o costume, superior a qualquer autoridade, inclusive do monarca. Os pensadores medievais entendem que o legislador pode criar regras para complementar a lei natural em situações especiais, mediante o consentimento da comunidade. O pensamento dominante medieval acreditava que as leis eram descobertas, caso esquecidas, e não criadas, de modo que

legislar era apenas provar o costume, o que tornava crucial a participação da comunidade ou seus representantes como testemunhas. Portanto, em linhas gerais não havia a iniciativa legislativa, só se admitia que fossem transcritas ou consolidadas as regras vigentes na comunidade, função pertencente ao monarca, com posterior registro pelo Parlamento. Inclusive o monarca era subordinado às leis escritas, que jurava somente tomar decisões importantes e promulgar leis cruciais após o consentimento da comunidade ou seus representantes, embora nem sempre respeitada na prática pelo monarca. Frise-se que na última fase da Idade Média, em todos os Estados europeus, esse esquema sofreu manipulações e começou a ser abandonado, de modo que os monarcas medievais estabeleceram leis novas, justificando-se com base no direito romano, especialmente nos textos de Ulpiano, o que gerou protestos dos Estados Gerais e dos Parlamentos (FERREIRA FILHO, 1995, p. 31-35).

No século XVI, de modo geral, os monarcas já haviam subordinado a nobreza, com o apoio do povo e dos juristas com origem no povo, restando assente a superioridade do rei sobre a lei. Neste sentido, Jean Bodin, o pai da soberania, entende que a soberania é o ponto de coesão da sociedade política, e a lei escrita é criação do soberano, que não se sujeita aos costumes, que não podem revogar a lei escrita, que o soberano não pode descumpri-las enquanto vigentes, as quais podem ser revogadas se não prejudicar ninguém com isso. Essa noção engloba a ideia de justiça, fundamentada em que a lei é feita pelo príncipe, que é a imagem de Deus, portanto a sua lei segue o modelo da lei divina. Bodin rompe com a tradição medieval ao disciplinar que ao súdito não é permitido discutir a lei do soberano, e sim cumpri-las, já que só a Deus cabe pedir contas da justiça ao soberano, ainda que injusta deve ser obedecida como um mal menor frente ao perigo da anarquia e das guerras (FERREIRA FILHO, 1995, p. 36-39).

Por sua vez, Hobbes esboça uma filosofia do direito de cunho estritamente voluntarista, no entendimento de que a lei é um comando aos súditos, e que o costume pode ser ab-rogado por uma lei do rei, o qual não está sujeito à lei, podendo revogar as leis que o perturbam. Para o autor do *Leviatã*, se cada um fosse questionar o justo ou injusto do conteúdo das leis conforme sua razão individual, a guerra de todos contra todos seria restabelecida, retornando ao estado de natureza. A paz se baseia no fato de que somente o soberano cuide da justiça, presumindo-se absolutamente que seus comandos estão conforme a justiça. Em que pese a filosofia de Hobbes, e as de Bodin com ressalvas, a supremacia do direito sobre a lei foi acolhida pela maioria dos filósofos nos séculos XVI e XVII (FERREIRA FILHO, 1995, p. 39-41).

Locke parte da ideia do estado de natureza enquanto estado de perfeita liberdade e igualdade, onde os homens possuem duas espécies de poderes: os relativos à própria

conservação e os referentes à punição da violação à lei natural. Nesse estado natural faltam três coisas desejáveis ao homem: as leis, juízes imparciais e uma força pública para restabelecer os direitos violados. Portanto os homens cedem a parte mínima indispensável de seus direitos naturais para viver em sociedade, de modo que a sociedade política nasce do consentimento mútuo, do contrato social, limitando o poder político que respeitar todos os direitos que os componentes da sociedade conservam. Deflui disso que o poder político deve se organizar em poder de ditar as leis (Poder Legislativo), quais sejam as normas sobre o emprego da força pública para a conservação da sociedade, e o poder de executar essas mesmas normas, no plano interno (Poder Executivo) e no plano exterior (poder federativo). O autor do *Tratado do governo civil* concluiu que o Poder Legislativo é o principal dos poderes porque atende ao objetivo supremo da vida social, que é usufruir dos próprios bens em segurança, devendo ser separado dos demais poderes, para eliminar a tentação do abuso de poder e porque o Legislativo não necessita estar reunido permanentemente. Locke adere à supremacia do direito lastreada na soberania popular, legitimando o direito à insurreição em caso de tirania (FERREIRA FILHO, 1995, p. 41-43).

A obra de Montesquieu é a síntese do pensamento político a respeito das leis desde a Antiguidade até seu tempo, cujas ideias foram utilizadas pelos revolucionários da Revolução Americana e Francesa, nascedouro do direito constitucional contemporâneo. Em *O espírito das leis*, aduz que o homem também está submetido a leis invariáveis, entretanto como ser inteligente pode criar leis próprias. O homem é regido em primeiro lugar por quatro leis naturais: a paz (decorrente da constatação da própria fragilidade), a conservação própria, a reprodução e o desejo de viver em sociedade. Em segundo lugar por leis que o homem faz inconscientemente ou conscientemente, as leis positivas, aplicação da razão humana tendo em conta fatores referentes ao espírito das leis, próprio a cada nação. O Estado possui três funções, que devem ser separadas entre si para manter a segurança individual, em um sistema de freios e contrapesos, que é a substância da liberdade: o estabelecimento de leis positivas, a execução das leis e das relações com os outros Estados, finalmente o julgamento dos litígios entre os membros e a punição de crimes. A função legislativa deveria ser realizada pelo povo, pois num Estado livre todo homem é livre e deve ser governado por si mesmo, inobstante, é inconveniente que assim seja, portanto, essa função é realizada pelos representantes do povo, que humanos, podem errar e fazer leis injustas, o que será raro caso se confie o poder legislativo aos mais capazes (FERREIRA FILHO, 1995, p. 43-46).

Jean-Jacques Rousseau se esforça para achar uma forma de governo que coloque a lei acima do homem. Seu ponto de partida idealizado é o estado de natureza, assim como

Hobbes e Locke. O estado de natureza no *Contrato Social* de 1762, permitiria aos homens uma vida simples, boa e pura. Entretanto os obstáculos à conservação do homem neste estado natural superaram em dado momento as forças para manter-se vivo, passando o homem a viver em associação. Para estabelecer o governo sem sacrificar a liberdade individual, propõe a sujeição de todos à *vontade geral*, que é a voz da razão que os homens ouvem quando se desatam do egoísmo, da influência do interesse privado, dos grupos de interesse, ouvindo o interesse geral, o bem comum. Portanto, o Estado legítimo é a República, que se rege por leis, que são a decisão da vontade geral sobre matéria geral, qualquer que seja a sua forma de administração, seja monarquia, democracia ou aristocracia. Rousseau é insistente na impessoalidade, na generalidade, na abstração da lei, de modo que não pertence ao Poder Legislativo uma função relacionada a um objeto individual. Não sanciona como lei as decisões arbitrárias do rei, pois este é membro da sociedade. É inequívoco ao estabelecer a justiça como a finalidade da lei (FERREIRA FILHO, 1995, p. 46-51).

Inicialmente as revoluções liberais instalaram inicialmente o sufrágio censitário, defendido pelo abade Siéyès em seu texto *O que é o Terceiro Estado?*, que desaguava na hegemonia da burguesia, numerosa o bastante para submeter a nobreza pelo voto e se livrava da massa popular, que era excluída de votar porque não pagava impostos. Na verdade, os partidos de então são o que a moderna ciência política chama de *partidos de elite*, composto por um pequeno número de adeptos pertencentes às elites econômicas e culturais, com programa vago e disciplina frouxa, não havia campanha de esclarecimentos porque as ideias eram mais ou menos unânimes, e as assembleias eram constituídas por grupos primários que representavam a nação, mas não se identificavam com a realidade social. Há uma ausência de demandas de ações positivas dirigidas ao Estado pelo eleitorado, que nada mais é que a burguesia, que almeja simplesmente que o Estado assegure liberdade e paz, sem se imiscuir na vida socioeconômica (FERREIRA FILHO, 1995, p. 79-83).

Na era contemporânea, a possibilidade de opressão da minoria pela maioria se tornou mais patente com o aparecimento dos partidos, da qual muitos autores os consideram imprescindíveis para a formação da opinião pública, que se exprime pela sua propaganda e pelas ações de seus partidários. Esse entendimento fez com que em vários Estados a legislação reconhecesse os partidos, seguida pela própria Constituição no período após o fim da Primeira Guerra Mundial, e nos países ocidentais após a Segunda Grande Guerra. No Brasil, a Constituição de 1946 ao instituir o regime democrático, considerou a garantia de direitos fundamentais e a pluralidade de partidos intrínseca ao regime democrático, assegurando-lhes o monopólio das candidaturas e o direito às cadeiras nas assembleias e a participação nas

comissões parlamentares. O monopólio das candidaturas é ínsito à representação proporcional que hoje abrange praticamente todas as democracias, inclusive a brasileira¹, decorrendo que a escolha de representantes é condicionada por intermediários, ou seja, o eleitor vota em um candidato, o qual é por sua vez escolhido por cúpulas partidárias geralmente oligárquicas, portanto a liberdade de escolha do eleitor é bastante limitada. A representação proporcional dos partidos na constituição das comissões das assembleias foi inicialmente prevista nos regimentos parlamentares, para depois ser consagrada na Constituição, como aconteceu no Brasil² (FERREIRA FILHO, 1995, p. 86-88).

Mesmo na moderna sociedade democrática Albert percebe traços de justificação, as quais também não sobrevivem sem domínio, sem dispositivos institucionais de tomada de decisões para a comunidade e as traduzam em medidas políticas eficazes, mediante a *ficção da representação*: o mecanismo de transmissão de vontade pela eleição. Essa ideologia democrática se estriba na aritmética política, no princípio da razão suficiente tanto como a antiga teologia política, pelo emprego da metodologia clássica do conhecimento no pensamento político. Não mais o suporte divino da política, mas o recurso à soberania do eleitor ou consumidor, mas ainda uma ficção de representação enquanto interpretação da vontade popular para as decisões. No caso, o recurso ao dado último: as necessidades e interesses individuais empíricos, revelados no ato de compra e da eleição, são o suporte para o edifício de um contexto de sentido para as decisões políticas, ou seja, a base empírica da democracia, constituindo na verdade uma interrupção dogmática do regresso da fundamentação. As soluções propostas serão desacreditadas, porque a cada crítica respondem com a referência ao funcionamento ideal das instituições mediante um processo indutivo de imputabilidade, porque não há sociedade com uma vontade uniforme, tratando-se também de uma utopia de uma ordem social ideal, portanto a política não pode realizar uma utopia (ALBERT, 1976, p. 197-204).

3.2 O PROCESSO LEGISLATIVO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Há uma discussão doutrinária e jurisprudencial se o Poder Legislativo pode propor projetos de lei sobre políticas públicas. Cavalcante Filho entende que por força do art. 5º, § 1º da CF/1988 que obriga os poderes públicos a realizar os direitos fundamentais da forma mais

¹Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965), art. 87: “Somente podem concorrer às eleições candidatos registrados por partidos.”

²Constituição de 1946, art. 40, parágrafo único; Constituição de 1967, art. 32, parágrafo único; Emenda n. 1 de 1969, art. 30, parágrafo único, “a”.

ampla, encontra-se o legislador desenvolver legislativamente leis promotoras desses direitos, que objetivem criar condições favoráveis ao seu exercício, cuja efetivação se dá por meio de políticas públicas, conclui-se que o legislador não só pode, como deve formular políticas governamentais para a efetivação dos direitos sociais. Ademais, desde que o paradigma liberal do Estado foi superado pela formulação do estado democrático de direito se reconhece o exercício da função política por meio da sinergia entre Legislativo e Executivo (2020, p. 66-68).

A Constituição de 1988 dedica ao processo legislativo uma seção que consiste na sistematização das soluções que a doutrina e a experiência constitucional estrangeira indicam para a crise legislativa. No título IV, capítulo I, seção VIII, intitulada “Do processo legislativo”, o art. 59 explica que consiste na elaboração de emendas à Constituição; leis complementares; leis ordinárias; leis delegadas; medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

De início impera afirmar que há outras normas previstas na Constituição e fora desse artigo, como as regras jurídicas dos regimentos internos das câmaras, dos tribunais, dos decretos e regulamentos do Poder Executivo. Outrossim falta aos decretos legislativos e às resoluções o caráter de norma geral e abstrata. O decreto legislativo é o ato de disposição em competência exclusiva do Congresso, excluído da sanção presidencial. Quanto às resoluções, que são as deliberações tomadas pelo Congresso Nacional ou por uma de suas câmaras, para deliberar sobre questões políticas e administrativas, excluídas do âmbito das leis. Não é fácil distinguir quais as matérias de cada âmbito, já que tanto o decreto como a resolução ditam normas individuais. Como o decreto é feito pelo processo rígido de elaboração de leis, possuindo matérias reservadas de competência exclusiva do Congresso conforme o art. 49 da Constituição, entende-se que cabe à resolução a matéria residual *interna corporis*, do que se pode defluir que a resolução não faz parte do processo legislativo em sentido estrito (FERREIRA FILHO, 1995, p. 191-195).

A iniciativa popular foi prevista pela primeira vez no Brasil pela Constituição de 1988, é geral no sentido de não estar adstrita a certas matérias. É ato coletivo, mediante a subscrição de projeto formulado pelo menos 1% do eleitorado nacional, distribuído ao menos por cinco estados, com não menos de 0,3% dos eleitores de cada estado (art. 61, § 2º, CF/1988).

A Constituição prevê iniciativa reservada a fim de resguardar a seu titular a oportunidade de propor direito novo em matérias referentes ao seu interesse preponderante: ao presidente da República (art. 61, § 1º, CF/1988); ao Supremo Tribunal Federal referente à iniciativa de criação e extinção de cargos de seus membros ou serviços auxiliares, fixação dos seus vencimentos, criação e número de membros dos tribunais inferiores, organização judiciária

etc. (art. 96, II, CF/1988); ao procurador-geral da República, para a criação e extinção de cargos e serviços auxiliares, inovação da Constituição de 1988 (art. 127, § 2º). Já a iniciativa vinculada é a exigência constitucional de apresentação de projeto de lei sobre dada matéria em data ou prazo determinado. Cada parlamentar exerce sua iniciativa pelo depósito do projeto na Mesa de sua Câmara.

A iniciativa do presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores se exerce perante à Câmara dos Deputados (art. 64, *caput*, CF/1988). A Constituição não previu onde o procurador-geral da República exerce sua iniciativa legislativa, presumindo-se por analogia ser na Câmara dos Deputados. O poder de emendar é reservado aos parlamentares, já o poder de iniciativa tem sido estendido a outros órgãos, conforme a lição estrangeira e o direito brasileiro, porque os parlamentares são membros do órgão que constitui o direito novo, da qual a emenda é reflexo. Quanto às mensagens aditivas que alteram projeto de lei de iniciativa dos titulares extraparlamentares, essas possuem limites, não podendo suprir ou substituir artigo do projeto de lei, somente acrescentar dispositivos, que são admitidos como uma nova proposição, exceção feita às mensagens do presidente da República quanto aos projetos de lei do Plano Plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual e créditos adicionais (art. 166, § 5º, CF/1988). Quanto à possibilidade de emendas em projetos de lei de iniciativa reservada, a Carta Magna as proibiu expressamente apenas nos projetos de iniciativa reservada do presidente da República, exceto em matéria orçamentária, e nos referentes à organização dos serviços administrativos da Câmara dos Deputados, Senado, tribunais federais e Ministério Público (art. 63, CF/1988) (FERREIRA FILHO, 1995, p. 202-206).

As regras do processo legislativo, inclusive referentes à iniciativa, aplicam-se por simetria obrigatoriamente no processo legislativo estadual, municipal e distrital conforme jurisprudência do STF (CAVALCANTE FILHO, 2020, p. 53).

O veto é a recusa presidencial fundamentada a projeto de lei aprovado pelo Congresso (art. 66 e §§, CF/1988). Há duas justificativas para o veto, a inconstitucionalidade e a inconveniência. Há duas modalidades de veto quanto a seu alcance, o total e o parcial, que afeta o texto de artigo, parágrafo, de inciso ou de alínea. Essa prática tem a crítica de gerar insegurança jurídica, já que a parte vetada se transformará em outra lei diferente, caso superada pelo Congresso, havendo dúvidas sobre o alcance e o sentido da lei. O veto no Brasil não é absoluto, antes é suspensivo, impondo a reapreciação do projeto de lei pelo Congresso. Os motivos justificados do veto serão comunicados ao presidente do Senado Federal, que preside o Congresso Nacional conforme art. 57, § 5º da CF/1988.

A lei delegada é um ato normativo elaborado e editado pelo Executivo, mediante autorização por meio de resolução do Congresso Nacional e nos limites desta, fixando obrigatoriamente o conteúdo e os termos de seu exercício, e o prazo de duração. O art. 58, § 2º, inciso II da CF/1988 admite a delegação *interna corporis* às comissões sobre determinadas matérias, cuja deliberação valerá pela da Casa legislativa, exceção feita se um décimo dos membros da Casa recorrerem para apreciação em plenário, mediante previsão no Regimento Interno de qualquer das Casas do Congresso. A Constituição proíbe a delegação ao presidente de leis de competência privativa conforme art. 68, § 1º da CF/1988. O caráter temporário da delegação suscita questões. Durante o prazo fixado na delegação, é possível o presidente editar mais de uma lei. Também é cabível ao Legislativo editar lei ordinária sobre a mesma matéria delegada durante o prazo da delegação ou desfazer a delegação antes de findo o prazo concedido de exercício, se entender conveniente. A segunda modalidade de delegação de lei ao presidente foge totalmente aos padrões atuais, considerando-a mesmo uma inversão do processo legislativo: o Congresso delega, com especificação do termo e conteúdo ao presidente a feitura de regra jurídica nova, entretanto se reserva no direito de apreciar o projeto presidencial, como etapa de conclusão da elaboração, ou seja, o Congresso “sanciona” dito projeto, em votação única, vedada emenda, cuja previsão é uma inovação. É a previsão do § 3º do art. 68 da CF/1988. Esse procedimento é quase inútil porque o presidente tem ampla iniciativa para estabelecer um projeto de lei, não precisa de delegação conforme art. 64, inclusive com pedido de urgência (§ 1º, art. 64, CF/1988). Trata-se de ato complexo, pois surge da vontade do chefe do Executivo conjugada com a do Poder Legislativo, ambas de conteúdo idêntico (FERREIRA FILHO, 1995, p. 224-231). A delegação legislativa é excepcional, portanto, é marcada pela temporalidade e a restrição material. São indelegáveis as matérias contidas no § 1º do art. 68 da CF/1988. Quando aprova a resolução, o Congresso Nacional deve especificar os termos e limites da delegação (CAVALCANTE FILHO, 2020, p. 219-221).

A medida provisória é uma das mais importantes inovações da Carta atual, sendo ato normativo primário e geral, editada pelo presidente da República no exercício de competência advinda diretamente da Constituição, portanto poder normativo primário, independente de delegação. Estão excluídas as matérias elencadas no § 1º do at. 62 da Constituição, submetidas a leis complementares, as de iniciativa reservada dos tribunais, as de competência exclusiva do Congresso Nacional, e aquelas em que se proíbe a delegação. Após a Emenda Constitucional nº 32/2001, as MPs têm prazo de vigência de 60 dias, prorrogáveis automaticamente por mais 60 dias, entretanto, passados 45 dias da edição, a Casa do Congresso em que tramita a MP terá sua pauta sobrestada até votar a MP. Outra mudança é que no prazo

de recesso do Congresso não corre o prazo da MP, também não há mais previsão de convocação extraordinária desse. Algumas matérias não podem mais ser objeto de MP, e a sua apreciação será feita por cada Casa do Congresso isoladamente. Os requisitos de relevância e urgência são apreciados por uma comissão mista de senadores e deputados. Uma vez rejeitada, perde seus efeitos *ex tunc*, caso o Congresso não regule os efeitos da medida rejeitada em até 60 dias, a rejeição será *ex nunc* (CAVALCANTE FILHO, 2020, p. 235).

A lei complementar é ato normativo previsto no art. 69 do texto constitucional, exigindo aprovação por maioria qualificada, absoluta, de modo lacônico no texto, devendo o jurista apoiar-se exclusivamente na opinião da doutrina. No conflito entre lei ordinária e lei complementar, entende a jurisprudência do STF pacífica que não há hierarquia entre os dois tipos de lei. Caso uma lei ordinária invadir uma matéria que a Constituição reserva para a lei complementar, a lei ordinária será inválida ou inconstitucional. Se acontecer de uma lei complementar invadir matéria de lei ordinária, por uma questão de utilidade, a LC será aproveitada, entretanto, será aproveitada como se fosse uma lei ordinária, aproveitando-se a vontade do legislador, mas poderá ser revogada por uma lei ordinária (CAVALCANTE FILHO, 2020, p. 211-215).

A promulgação e a publicação caracterizam-se como a fase integrativa da eficácia das leis, incidindo sobre ato perfeito e acabado. A promulgação atesta a existência do ato normativo válido, é afeta ao presidente conforme art. 66, § 7º, exceção feita à emenda constitucional, ao decreto legislativo e à resolução. Resultam dois efeitos, dar conhecimento dos fatos e atos que geraram a lei, e indicar que a lei é válida e eficaz, com presunção *juris tantum* de sua aptidão a produzir efeitos jurídicos, até pronunciamento contrário dos tribunais. Após segue-se a publicação, que é a comunicação, a notícia da existência do ato normativo aos sujeitos a quem se dirige, que é condição de eficácia do ato legislativo, fixando-se o termo em que se inicia a sua eficácia, competindo à mesma autoridade que promulgou o ato. A publicação não se rege por norma constitucional e sim pelo Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Não se fixou prazo para a publicação dos atos promulgados no Brasil, existindo uma brecha pela qual se pode protelar a entrada em vigor do ato normativo (FERREIRA FILHO, 1995, p. 240-242).

3.3 DA LEGÍSTICA OU CIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO

A Legística ou Ciência da Legislação é uma ciência que atua em duas vertentes, a material e a formal, mediante técnicas de racionalização do padrão e do ritmo de produção

legislativa. O desafio enfrentado pela Legística inclui a adoção de metodologias e técnicas para a racionalização da produção do direito, mediante um planejamento legislativo, a contenção da proliferação legislativa, a adoção de práticas de simplificação e consolidação objetivando possibilitar um conhecimento do direito vigente mais aproximado do real (SOARES, 2007).

A Legística Material reforça a faticidade e a efetividade da legislação, atua no processo de construção da decisão a respeito do conteúdo da nova lei, no projeto do processo de regulação, através da avaliação do possível impacto sobre o ordenamento jurídico, por meio de técnicas que permitam realizar diagnósticos e prognósticos, mediante instrumentos próprios à justificação da tomada da decisão de legislar como para a avaliação de impacto: o uso de *check list*, reconstrução da cadeia de fontes, modelização causal, Em termos sintéticos, a avaliação legislativa investiga o seguinte: “Exposição da Situação; Leis existentes; Soluções Possíveis; As vantagens e inconvenientes de cada uma das soluções possíveis; Implicações financeiras; Relações intergovernamentais; Consulta entre os ministérios envolvidos; Consulta e informação aos interessados, grupos e população atendida” (SOARES, 2007, p. 126). A Legística Formal atua sobre a otimização da comunicação legislativa e fornece princípios destinados à melhoria da compreensão e do acesso às leis e atos normativos, ampliação do conhecimento e da internalização social do Direito.

O exercício da criação legislativa, além do dever abstrato de conhecer a lei e de submissão a seu império, exigem uma relação com o Estado. Portanto, a efetividade das leis, sob o prisma da dignidade da pessoa humana, princípio estruturante da CF/88, inclui o aumento do nível escolaridade, o acesso gratuito a informações legislativas, exercício da liberdade de imprensa, a inclusão de novas mídias para divulgação de direitos e deveres, melhoria na publicidade oficial, à inclusão digital. A respeito, a adoção de estratégias de persuasão para construção de um consenso possível, como as audiências públicas, práticas de lobby regulamentadas, negociação legislativa, plebiscitos, são mecanismos de otimização objetivando a eficácia social (SOARES, 2007).

A Legística propõe a regulamentação da prática do lobby. De fato, uma crítica que se faz ao processo legislativo é a incapacidade da representação oficial em representar os interesses das pessoas e dos grupos em relação aos problemas concretos, nas decisões diárias dos governos que afetam a todos, o que gerou uma outra representação não oficial, a dos grupos de pressão. Não raro as pessoas se unem segundo seus interesses e preocupações, materiais ou espirituais, para compor grupos ou associações tendentes a influenciar as opções políticas, seja dito para pressionar o governo, ainda mais no Estado-Providência, dotado de múltiplas decisões sobre extensas matérias cotidianamente. Essa atuação dos grupos de pressão, geralmente

clandestina, pode ser perigosa para a comunidade, pois favorece o uso de meios condenáveis para a obtenção de vantagens desproporcionais, bem como reduz o sucesso de uma política conforme o embate entre pressões de grupos diferentes. Conclui-se que a constatação da duplicidade de representação nas democracias ocidentais, qual seja a ideológica e a de interesses, essa última invadindo a primeira pela captação de parlamentares e até de partidos como servidores dos grupos de pressão, desnuda um problema fulcral. O problema de superar o pluralismo integrando os grupos: os partidos e os grupos de interesse, no processo político por meio de dispositivos legais efetivos. A maioria dos países contentam-se em fingir que não existem grupos de pressão, ou em reconhecê-los de maneira extraoficial, como consultar grupos influentes sobre políticas, ou designar representantes para compor comissões de estudo (FERREIRA FILHO, 1995, p. 92-97).

O desenvolvimento contemporâneo da Legística se dá pari passu com o do Estado intervencionista, protagonistas das políticas públicas, que ambiciona, se não revolucionar a sociedade, pelo menos influenciar o seu curso, quer seja em matéria econômica, social ou em matéria de formação (FLÜCKIGER; DELLEY, 2007).

A crise do sistema de freios e contrapesos instituído pelos revolucionários franceses e americanos do século XVIII, fundamentados em Montesquieu para impedir o abuso de poder, de maneira que a independência recíproca e a especialização nas funções estatais que possuem frações de soberania impeçam que um possa oprimir o outro. A paralisia dos Parlamentos, principalmente depois de 1920, tornou-se flagrante, porque a intervenção do Estado-Providência no domínio econômico precisa ser flexível para ser eficaz, suas decisões tem a segurança do sigilo, adaptáveis a cada circunstância, não se ajustando à rigidez da lei. Essa abdicação se tornou universal, principalmente através da delegação do poder de legislar ao Poder Executivo. Após a Segunda Guerra o Executivo tradicional passou a ser entendido como poder governamental em quase todas as Constituições, de forma que a doutrina hodierna reconhece sua supremacia nos Estados contemporâneos. Com o caráter democrático do Executivo nos regimes constitucionais pluralistas, mediante eleições populares, a desconfiança em relação a este Poder tendeu a desaparecer, abrindo espaço à redistribuição de papéis que sobrevieram. Este fenômeno é mais claramente percebido no presidencialismo mediante eleição direta majoritária. De outro modo, essa liderança do Executivo se acentua pelo uso dos meios de comunicação de massa, que permite ao chefe do governo se dirigir ao povo, permitindo uma sensação de intimidade com o líder político, o que permite personalizar o poder pela propaganda, criando a imagem do líder carismático (FERREIRA FILHO, 1995, p. 106-124).

Após a edição das referidas leis e decretos, que disciplinaram a matéria, redação e consolidação das leis, na esteira da determinação contida no parágrafo único do art. 59, da Constituição da República de 1989, a legislação federal passou a ser estudada com o propósito de ser reunida e agrupada em consolidações e coletâneas de matérias conexas e tais regramentos passaram a ser adotados pelas legislações estaduais e municipais, no que cabiam. A crise da legalidade reflete a falência da legitimidade do Estado de Direito, demonstrando que os pressupostos e técnicas da Legística são dotados de meios para restabelecer a credibilidade no processo legislativo (DIAS; SILVA, 2017).

Soares explicita que na década de 1990, o Brasil publicou o Manual de Redação da Presidência da República, coordenado pelo hoje ministro do STF, Gilmar Mendes, que evidenciou um compromisso com a simplificação dos atos normativos pelo Executivo Federal. Critica a precitada LC nº 95/1998 com detalhes prosaicos: seu próprio texto contradiz os seus fins e artigos que fixaram prazo para a consolidação foram revogados. Critica também o fato de que, em que pese a previsão da cláusula de revogação na LC 95/98, a reconstrução da cadeia de fontes a sofrer alterações pela nova legislação, na prática não leva em consideração a legislação inferior estabelecida pela Administração Pública (SOARES, 2007).

As consequências danosas e graves da baixa qualidade da legislação repercutem no PIB, conforme indicam os estudos europeus; intensifica o ativismo judicial; estimula a desconfiança na eficácia das leis, desestimulando investimentos no Brasil; a descrença nas instituições e o sentimento generalizado de injustiça. verificou-se as possibilidades e desafios que a atuação da Legística oferece à construção de uma cultura de planejamento legislativo, principalmente, ela pode colaborar no processo de restauração da confiança na efetividade dos atos normativos, na socialização do conhecimento das leis e na consolidação democrática (SOARES, 2007).

3.4 DA ABERTURA PROCEDIMENTAL DO PROCESSO LEGISLATIVO: AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

Hodiernamente a soberania popular está intrinsecamente associada à ideia de democracia e pluralismo político. Não se trata mais de tratar o cidadão como mero espectador do Estado, chamado a participar somente nas eleições, antes, neste novo paradigma constitucional, o cidadão é ao mesmo tempo objeto e sujeito das leis, destinatário e ao mesmo tempo autor do direito, inaugurando a auto legislação democrática na perspectiva habermasiana, no tocante as três categorias de direitos fundamentais, exigidas para a “fundação de uma

associação de parceiros jurídicos que se reconhecem, reciprocamente, como portadores de direitos subjetivos reclamáveis”, somados à quarta categoria de direitos fundamentais de conteúdo concreto variável, que resultam da configuração autônoma do direito para uma participação, em igualdade de condições, na legislação política. (HABERMAS, 2003, p. 168-169), de maneira que “o princípio da soberania popular emergirá por si mesmo na ideia do estado de direito. (HABERMAS, 2003, p. 171).

No texto constitucional, a audiência pública é prevista no art. 58, § 2º, II, a ser realizadas pelas comissões do Congresso Nacional na discussão de matérias de sua competência. Portanto é na fase constitutiva da produção legislativa que ocorrem as audiências públicas, objetivando a ampla discussão e transparência, a fim de que os fundamentos do modelo escolhido sejam debatidos e que se questione a possibilidade de outras modalidades de proposição. Trata-se de um canal de participação popular no processo legislativo, que segundo previsão regimental do regulamento do Congresso Nacional, podem ser solicitadas pela sociedade. No entender de Galante, as decisões tomadas em audiências públicas tendem a vincular o legislador, enquanto expressão da Constituição na adoção da democracia direta (GALANTE, 2004, p. 465-467).

Dentre as proposições discutidas em sede de audiência pública, destaca-se o Estatuto da Cidade, que restou incorporado ao direito, como uma vitória da participação de movimentos sociais e entidades civis, cujo texto firmou o princípio da gestão democrática da cidade via participação popular. Várias matérias já foram submetidas a audiência pública, como questões de meio ambiente, desarmamento, redução da menoridade penal etc. tanto assim que o referendo nacional sobre o Estatuto do Desarmamento foi firmado mediante audiência pública (GALANTE, 2004, p. 467).

Ante os espaços institucionais de tomada de decisão, talvez o Poder Legislativo seja o mais importante, pois este é o poder que detém a representação democrática para o controle do desenho institucional das sociedades plurais e democráticas. Todas as questões constitucionais, legais e de interesse social em algum momento são submetidas à apreciação dos parlamentares. Portanto, tendo em conta que a deliberação é condição de legitimidade das decisões políticas no estado democrático de direito, é fundamental pensar formas de ampliar e fomentar a participação popular no processo legislativo. A busca pela melhoria do desenho institucional das audiências públicas, pela eficiência e democratização dos mecanismos internos de coordenação e de participação são iniciativas fundamentais para ampliar a efetividade desses espaços (CASTRO, 2019).

Não há consenso sobre como realizar a análise objetiva a respeito da adequação das audiências públicas, contudo, Castro analisa que não é possível identificar que os regimentos do Senado e da Câmara dos Deputados não trazem elementos capazes de possibilitar a troca de razões entre seus participantes e os parlamentares, ou sequer promovem a efetiva participação de indivíduos que, apesar de não serem especialistas no tema, serão afetados pelas decisões tomadas, sendo imprescindível que as discussões não se restrinjam aos *experts*, senão simplesmente haveria a troca da elite política por outra elite; intelectual. A simples imposição das decisões tomadas pelo Legislativo, sem que a população tenha participado dessa decisão, amplia o conflito entre a parcela de indivíduos cujas pretensões atendidas e aquela parcela preterida, normalmente grupos minoritários sem força política suficiente para eleger representantes e defender suas reivindicações, ou seja, a igualdade não deve se restringir ao momento de eleição dos representantes, mas também no momento dos cidadãos apresentarem as suas razões nos ambientes públicos de discussão. O desenho institucional das audiências públicas nos regimentos das duas Casas do Congresso não possibilita efetivamente a troca de razões entre os cidadãos e os congressistas, o que não retira o mérito desse mecanismo de participação popular, já que é possível o aperfeiçoamento do instituto, o qual possui um grande potencial capaz de contribuir e fomentar a criação de um suporte público de justificação do devido processo legislativo (CASTRO, 2019, p. 67-68).

A partir da década de 1990, as audiências públicas se democratizaram no Brasil como um símbolo do processo democrático, judicial e administrativo. Inobstante estudos empíricos demonstram a baixa efetividade das mesmas em todas as esferas do poder público. (VITORELLI, 2020, p. 225-229).

4 CIÊNCIA E PROCESSO JUDICIAL

4.1 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos fundamentais são direitos históricos, surgidos em períodos distintos, conforme o conflito histórico determinante. Norberto Bobbio ressalta a ilusão do fundamento absoluto dos direitos, alimentada durante séculos pelos jusnaturalistas, que os derivava da natureza humana, enquanto fundamento irresistível ao qual todos deviam se dobrar. Essa ilusão não é possível hoje, a busca de fundamento absoluto é infundada. Primeiramente porque o termo direitos humanos é expressão vaga, as definições são tautológicas. Em segundo lugar os direitos

humanos são uma classe variável que mudam com as condições históricas e culturais, direitos que eram vistos como absolutos sofrem limites posteriormente, surgem novas categorias até então impensadas. O relativismo é a regra que deriva da pluralidade das concepções humanas. Além de indefinível e variável, a classe dos direitos do homem é heterogênea (BOBBIO, 2004, p. 33-40).

Albert também critica o direito natural enquanto fundamento da ciência jurídica, por ser incompatível com a cosmovisão do conhecimento científico moderno. Fora do jusnaturalismo, é necessário considerar o direito positivo como conquista cultural humana e fenômeno de controle social, tanto quanto o etos e a moral (ALBERT, 2013, p. 73-74). O direito natural submete o direito positivo a um direito absoluto, sacral, metafísico, cuja ideia só se sustenta no quadro de uma cosmologia sociomorfa em que toda a natureza, inclusive o mundo humano, é fundada por poderes divinos cujas normas suprapositivas legitimam o direito positivo, pressupondo a unidade da teologia e da ciência jurídica (2013, p. 70-71), embora não negue os avanços do direito mediante a doutrina do direito natural que defende princípios ético-políticos como a liberdade e justiça (2013, p. 85-86).

Bobbio destaca o caráter antinômico entre os direitos individuais tradicionais, que se caracterizam como liberdades exigindo obrigações negativas, abstenções de certas condutas; com os direitos sociais, que são poderes, somente fruíveis mediante obrigações positivas a outrem. Veja-se que a ilusão do fundamento absoluto dos direitos humanos foi um empecilho à introdução de novos direitos incompatíveis com os primeiros, como o fundamento jusnaturalista absoluto da propriedade se opôs em séculos contra os direitos sociais, protegendo no fundo uma posição conservadora (2004, p. 33-44).

A Liga das Nações foi criada após a Primeira Guerra Mundial, objetivando promover a paz, a cooperação e a segurança internacionais, condenando agressões contra a integridade territorial e a independência política dos Estados. Continha previsões genéricas sobre direitos humanos, ao sistema de minorias e aos parâmetros internacionais do direito ao trabalho, devendo os Estados assegurar condições dignas e justas de trabalho para homens, mulheres e crianças. Esses limites relativizavam a concepção de soberania absoluta dos Estados, pois a convenção impunha sanções econômico-militares pela comunidade internacional ao Estado violador. A Organização Internacional do Trabalho também foi criada após a Primeira Grande Guerra, para promover padrões internacionais de condições de trabalho. A partir desses institutos após a Primeira Guerra, emerge a capacidade processual internacional dos indivíduos e a ideia de que os direitos humanos não se limitam à jurisdição doméstica de um Estado absolutamente soberano, mas sim de interesse internacional (TRINDADE, 2021, p. 174-180).

Nesse contexto ressalta Norberto Bobbio:

(...) Como todos sabem, o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não impedimento, mas positivamente, como autonomia – tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e frequente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade no Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores -, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade através ou por meio do Estado (BOBBIO, 2004, p. 32)

Todos esses direitos coexistem, motivo pelo qual pode se denominá-los por dimensão ou geração. Como sabido, a divisão entre as três gerações de direitos fundamentais foi teorizada pelo jurista tcheco Karel Vasak, que as formulou em aula inaugural do *Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem*, em Estrasburgo, em analogia com a bandeira francesa que simboliza a liberdade, a igualdade e a fraternidade, lema da Revolução Francesa (OLIVEIRA, 2020, p. 17; BONAVIDES, 2011, p. 569-572).

A primeira geração dos direitos fundamentais nasceu com as revoluções francesa e americana, no final do século XVIII, com o empoderamento de uma nova classe social, a burguesia, e sua luta para impor limites ao poder feudal, da aristocracia e da igreja, precedidas do movimento iluminista, enciclopedista, do liberalismo econômico, frente ao antigo regime, em que apenas os nobres, os senhores feudais e os eclesiásticos ligados à igreja católica tinham direitos e privilégios. São os denominados direitos individuais, ou liberdades negativas, são os direitos civis e políticos. São direitos individuais com caráter negativo por exigirem uma abstenção, um “não fazer” do Estado, seu principal destinatário, limites à atuação do poder estatal para preservar os direitos baseados na abstração liberal de um individualismo igualitário social. São exemplos o direito à propriedade, à liberdade econômica, de consciência, de exteriorização do pensamento, liberdade de crença e de culto, liberdade de expressão coletiva, devido processo legal, a proibição de prisão ilegal, a inviolabilidade do domicílio (BONAVIDES, 2011, p. 563-564; TRINDADE, 2012, p. 40-52).

A segunda geração ou dimensão dos direitos fundamentais nasceu com os conflitos que irromperam na revolução industrial, pelo aparecimento da classe social operária, também desprovida de direitos relegada à miséria e ao trabalho ininterrupto. São os chamados direitos sociais, econômicos e culturais. São prestações positivas do Estado para a proteção dos setores economicamente mais fracos, menos favorecidos da sociedade. Tratam-se de direitos de

titularidade coletiva e com caráter positivo. Surgiram com a Revolução Industrial, da luta da nova classe social, os operários, por condições dignas de vida e trabalho frente ao capital. Foram previstos no Brasil pela primeira vez na Constituição de 1934. Na Constituição federal de 1988 estão previstos nos artigos 7º a 12, como os direitos sociais relativos ao trabalhador, à seguridade social, à educação, à cultura, ao esporte, à família, à criança e adolescente, ao idoso e às pessoas portadoras de deficiências (BONAVIDES, 2011, p. 564).

Os direitos fundamentais de terceira geração são os direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, à paz, bem como ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e ao direito de comunicação. Aparece após a Segunda Guerra Mundial, especialmente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em um mundo devastado pelas invasões que não respeitou a população civil, uma guerra que extravasou o campo de batalha para a invasão de territórios e a perseguição de minorias. São direitos transindividuais, previstos em rol exemplificativo, destinados à proteção do gênero humano, como a autodeterminação dos povos, a paz, fechando a tríade com a fraternidade (BONAVIDES, 2011, p. 569-570).

Os direitos de quarta geração, nascidos com a globalização econômico-política, engloba os direitos à democracia, informação e pluralismo. A quarta geração nasce com a globalização da economia e políticas mundial, objetivando a salvaguarda da democracia, do pluralismo etc. (BONAVIDES, 2011, p. 570-572).

Bonavides classifica o direito à paz como direito de quinta geração, trasladando-o da terceira geração, enquanto a era da legitimidade e da ética (2011, p. 583-544).

Há autores que pensam os direitos humanos de forma crítica e aprofundada. Neste sentido, Boaventura de Sousa Santos e Marilena Chauí buscam uma concepção contra-hegemônica dos direitos humanos, com suporte em uma hermenêutica de suspeita em relação aos direitos humanos convencionalmente entendidos de matriz liberal e ocidental. Na colônia os direitos humanos eram invisíveis. Nessa linha os direitos humanos foram concebidos historicamente para vigorar apenas nas metrópoles. Essa linha abissal, que produz exclusões radicais, não foi eliminada com o fim do colonialismo histórico, continua sobre outras formas: neocolonialismo, racismo, xenofobia, permanente estado de exceção nas relações com terroristas, imigrantes sem documentação, candidatos a asilo ou cidadãos vítimas de políticas de austeridade ditadas pelo capital financeiro etc. O direito internacional e as doutrinas convencionais dos direitos humanos são garantias dessa continuidade. A segunda ilusão é o triunfalismo, cuja noção darwiniana esconde um fato da hegemonia da modernidade ocidental, seu verdadeiro gênio histórico, ideias que atendem seus interesses com a força bruta das armas,

que na verdade se serve destas ideias e não o contrário. O fato de as outras gramáticas e linguagens de emancipação social serem derrotadas pelos direitos humanos somente será considerado realmente positivo se comprovar o mérito dos direitos humanos, não apenas por sua vitoriosa história, porque para outras é um retrocesso, uma derrota histórica. A terceira ilusão é a descontextualização. Os direitos humanos eram revolucionários até as Revolução Francesa e Americana, depois o Estado assumiu o monopólio da justiça e os direitos humanos foram subsumidos no direito do Estado. Tornaram-se conservadores, uma gramática despolitizada, evoluiu para o discurso da dignidade humana conforme as políticas liberais com o desenvolvimento capitalista, de maneira que não se pode afirmar que os atuais direitos humanos são uma herança das revoluções modernas ou das ruínas delas (SANTOS; CHAÚÍ, 2013).

Rubio também discorda da divisão dos direitos humanos em gerações, que a visão geracional não atenderia às atuais reivindicações de grupos oprimidos diversos, como os dos direitos de minorias étnicas, sexuais, raciais, religiosas, direito à cidade, direitos indígenas no âmbito do Novo Constitucionalismo, latino-americano etc., os quais hoje estão lutando contra expressões de poder para o surgimento de novos direitos, de forma que o universalismo homogeneizante da visão eurocêntrica geracional mereça ser enriquecida por outras perspectivas, por meio de esforços para um “pluralismo de confluência” (2014, p. 55). Desta feita, o discurso das “gerações” seria uma ideologia, no sentido marxista, negativo, que impediria uma percepção mais ampla da potencialidade dos direitos humanos (2014). Por isso, a teoria crítica dos direitos humanos requer a percepção de que os direitos do cidadão e as conquistas dos movimentos sociais são intimamente imbricados, e a luta pelo não retrocesso de direitos esbarra no monopólio do Estado de utilizar a força como meio de manutenção da dominação, desestruturando a luta social e a força das insurreições por táticas jurídicas e de várias formas (RUBIO, 2015).

Herrera Flores chama a atenção para a irresponsabilidade de fazer análises neutras a respeito do tema direitos humanos, fixando-se na exigência científica de manejar os direitos humanos enquanto produto cultural, “(...) produções simbólicas que determinados grupos humanos criam para reagir frente ao entorno de relações em que vivem” (2009, p. 45). Conclui que os direitos humanos devem ser entendidos na sua intrínseca complexidade, “(...) situados em um marco, em um contexto, em um sistema de valores a partir do qual será mais difícil ou mais fácil sua implementação prática” (FLORES, 2009, p. 45).

O festejado autor propõe uma reinvenção dos direitos humanos a partir de uma perspectiva crítica, contextualizada em práticas sociais emancipadoras, mediante a construção

do espaço público “(...) a partir de uma concepção participativa de democracia, significa levar as contradições entre as formas produtivas e as relações de produção ao âmbito da cidadania, visto como o espaço em que o público e o privado se confundem” (FLORES, 2009, p. 190)

Tendo como antecedentes a Liga das Nações, a Organização Internacional do Trabalho e o direito humanitário, a consolidação do direito internacional dos direitos humanos ocorre após a Segunda Guerra Mundial. A doutrina da soberania estatal ilimitada foi radicalmente alterada no pós-Guerra, que deve ser restringida em favor dos direitos humanos, que se tornaram uma preocupação internacional com a criação das Nações Unidas, e a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembleia Geral da ONU em 1948, com espaço central na agenda das instituições internacionais, marcam o surgimento de uma nova ordem internacional, com preocupações internacionais referentes à manutenção da paz e segurança internacional, relações amistosas entre os Estados, cooperação internacional no plano econômico, cultural e social, adoção de um padrão internacional de saúde, proteção ao meio ambiente, criação de uma nova ordem econômica internacional e a proteção internacional dos direitos humanos. Portanto, a Carta das Nações Unidas de 1945 consolida o movimento de internacionalização dos direitos humanos, e a relação do Estado com seus nacionais passa a ser uma questão internacional, a ser tratado por instituições internacionais e do direito internacional (PIOVESAN, 2018, p. 209-223).

Na experiência brasileira e latino-americana a abertura das Constituições ao princípio da dignidade da pessoa humana se dá com o processo de democratização política e o estabelecimento do Estado Democrático de Direito. Há uma reaproximação da ética e do direito, inspirados em Kant, fundados nas ideias de moralidade, dignidade e paz perpétua. Para Kant, diferentemente dos objetos, as pessoas são um fim em si mesmas, seres racionais, com valor intrínseco absoluto únicos, cuja autonomia é o suporte da dignidade humana de qualquer pessoa, conectada à ideia de liberdade (PIOVESAN, 2018, p. 106-115).

Coelho e Silva desenvolvem um estudo sobre o jurisprudencialismo de Castanheiras Neves, onde explicitam que “(...) o direito é uma possibilidade humana, cuja concretização dependerá sempre da verificação de certas condições (...)” (2015, p. 08) quais sejam as condições mundanais, condições antropológico-existenciais e condições éticas (COELHO; SILVA; 2015, p. 11-13). A dialética homem-comunidade demonstra que o homem não é pensável senão na dimensão da comunidade, enquanto condição de existência, vital e ontológica, de modo que o homem não existe só. Essa “(...) dialética entre o ‘eu pessoal’ e o ‘eu social’ (...) oferece um quadro de inteligibilidade para o problema dos conflitos sociais, do

pluralismo e da própria justiça, face ao qual a sociologia oferece dois modelos, um de equilíbrio e integração, outro de conflito e alteração” (COELHO; SILVA; 2015, p. 15).

Não há coexistência sem uma ordem social, mas no contexto do pensamento de Castanheiras Neves não há Direito sem uma terceira e última condição do direito, a condição ética, portanto somente será Direito a condição de organização da ordem social na integração comunitária que reconheça a cada homem a dignidade de sujeito ético, de pessoa enquanto valor indisponível frente ao poder. O sujeito ético se diferencia pela liberdade, com identidade única. A pessoa é uma categoria ética axiológica, enquanto o sujeito é uma entidade antropológica. A condição ética de reconhecimento da dignidade da pessoa humana cujo adimplemento possibilita a configuração do direito enquanto ordem de validade é apenas possível, portanto o Direito é uma possibilidade (COELHO; SILVA, 2015).

Os tratados internacionais em geral ingressam no ordenamento jurídico brasileiro com natureza de lei ordinária. Entretanto, os tratados de direitos humanos, respeitada a tramitação legislativa do art. 5^a, § 3^o da CF/1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, ingressam com *status* de norma constitucional, desde que adotada a mesma tramitação da emenda constitucional. Caso aprovado o tratado ou convenção internacional sobre direitos humanos nas duas Casas do Congresso, mas sem o quórum de três quintos, a norma ingressará no ordenamento jurídico interno com o *status* de lei federal, com caráter de supranacionalidade, ou seja, acima da lei ordinária que mitiga a soberania do Estado, podendo modificar a legislação ordinária anterior à incorporação do tratado.

Abboud entende que tratados sobre direitos humanos celebrados pelo Brasil anteriormente à EC/2004, com a redação original do art. 5^o, § 2^o da CF/1988, possuem natureza constitucional pela aplicação do brocardo *tempus regit actum*. Assim também decidiu o STF, rel. min. Celso de Mello, RE 466.343-SP, ao conferir *status* de norma constitucional ao Pacto de San José da Costa Rica. Portanto, a aplicação dos direitos humanos internacionais dentro do Brasil vem se efetivando em diversas frentes, dentre as quais a constitucionalização do direito internacional pela outorga da hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos, superando a mera equiparação à lei, pelo que se tornam parâmetro de controle de constitucionalidade das leis (2019, p. 556-558).

4.2 DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA

O caminho para a independência do Judiciário iniciou-se no movimento iluminista e suas críticas ao absolutismo. Uma mudança imprescindível é a superação do fundamento

jusnaturalista de legitimação do poder estatal. Da noção de que o monarca não é representante de Deus, que sua legitimidade é decorrência da ideia de contrato social, adveio o processo de secularização da Idade Moderna. No absolutismo, as decisões dos juízes encontravam seu fundamento de validade na vontade do monarca, como se fossem manifestações do soberano, em que pese se utilizarem de diversas fontes do direito, como direito romano, doutrina e precedentes para decidir, e não houvesse fiscalização *pari passu* da atividade de cada juiz, a função do juiz integrava parcela do Executivo, não se pensando em independência dos juízes. Ainda na transição de regimes, foram instituídas monarquias constitucionais na Europa em que foi abolida a possibilidade de destituição e o controle de juízes pelo rei. Aqui se inicia a prática de recorrer das decisões judiciais, e embora a justiça ainda estivesse nas mãos do soberano, havia a possibilidade de autonomia judicial inédita. Na Alemanha, em 1871, há a separação do Poder Judiciário dos demais Poderes, mantida na Constituição de Weimar (art. 102) e incorporada no art. 97 da Constituição vigente. A Revolução Francesa foi o evento primário do movimento constitucional do século XIX, pavimentando o caminho para o Poder Judiciário ser reconhecido como um dos Três Poderes do Estado, e a concessão aos juízes do poder de fazer o controle dos atos administrativos (ABBOUD, 2019, p. 433-436).

O direito processual constitucional compreende duas vertentes, a análise histórica e o estudo científico. O estudo científico do processo constitucional, citando Mac-Gregor (2008, p. 64, *apud* ABBOUD, p. 477) pode ser dividido em quatro etapas: precursora de 1928 a 1942, iniciando-se com as obras de Kelsen referentes às garantias constitucionais e a partir do debate com Schmitt sobre o guardião da Constituição; descobrimento processual de 1944 a 1947, quando Alcalá-Zamora y Castillo elaboraram a tese da autonomia científica do ramo do direito processual constitucional; desenvolvimento dogmático processual de 1946 a 1955, as principais contribuições doutrinárias de Couture sobre as garantias constitucionais, e de Calamandrei e Cappelletti sobre jurisdição e processo constitucional; última etapa sendo a definição conceitual e sistemática de 1955 a 1956, teorizada pela obra de Héctor Fix-Zamudio que lançou as premissas fundamentais desse ramo como disciplina autônoma.

Baseados na teoria de Hans Kelsen³, os Tribunais Constitucionais são especializados em matéria de direitos fundamentais e controle de atos do poder público. A Constituição da 1ª República alemã, chamada de Weimar de 1919, não previu expressamente o

³No plano teórico, quando professor na Universidade de Viena, Georg Jellinek publicou um pequeno artigo recomendando a criação de um Tribunal Constitucional, já que a natureza rígida da Constituição exigiria uma proteção jurídica e não moral, não poderia, portanto, ficar na dependência da proteção do próprio Parlamento. Esse é o modelo que seria adotado por Kelsen e levaria muitos anos até ser chamado de kelseniano (SILVA; BAHIA, 2019, p. 215)

controle de constitucionalidade nem o TC. O sistema de proteção da Constituição foi se consolidando em um sistema misto. Previa um Tribunal de Estado que decidia conflitos de atribuição entre autoridades e também o controle incidental de constitucionalidade de leis. O Tribunal do Reich foi criado para garantir a prevalência da lei federal e da Constituição federal sobre a lei dos estados membros (*Länder*), mediante um controle abstrato, posterior, cuja declaração de inconstitucionalidade gerava efeitos gerais e *ex tunc*. O período de Weimar foi o cenário entre o grande debate entre Kelsen e Schmitt sobre a legitimidade da justiça constitucional e seus sistemas, onde Schmitt defendia que a atividade de defesa e controle constitucional deveria ser melhor exercida por um poder político monocrático, como o presidente da República previsto na Constituição de Weimar, refutada por Kelsen, para quem o presidente como parte do jogo político pudesse ser um poder neutro, denunciando o caráter ideológico da doutrina do poder neutro que remonta a Benjamin Constant. Kelsen entendia também que a garantia da Constituição dependia do princípio do estado de direito, que tinha a função de submeter a ação estatal ao princípio da legalidade (OLIVETTI, 2019, p. 82-84).

Por outro lado, o controle difuso de constitucionalidade nasce nos EUA em 1925, quando houve uma decisão disruptiva, o chamado “*Marbury v. Madison* de Weimar”, onde se decidiu que nenhum preceito excluía explicitamente o controle de constitucionalidade das leis, portanto esse controle se considera implícito na função jurisdicional enquanto poder de identificar a lei válida para aplicar ao caso concreto, após que os debates não voltaram sobre o tema da existência ou não da revisão judicial da legislação e sim de suas formas, entre difuso e centralizado. (OLIVETTI, 2019, p. 85-89).

Hodiernamente, o controle de constitucionalidade não é mais visto como de legislador negativo, a Corte Constitucional profere sentenças com efeito aditivo. De fato, o STF profere sentenças interpretativas, bem como sentenças que examinam a hermenêutica legal, não ao exame somente do texto legal em si, sentenças manipulativas, quando o STF se comporta como legislador ao corrigir o ordenamento e adequá-lo à Constituição, de duas formas: nas sentenças aditivas ao adicionar um sentido constitucional adequado ao texto não previsto na lei, ou pelas sentenças substitutivas, ao substituir parte do enunciado legal por outro para conformá-lo ao texto constitucional. Veja-se que o mandado de injunção permite ao STF proferir a norma corrigindo a ausência legislativa, com efeito ultra partes se for coletivo. Dessa forma, a decisão no controle abstrato de constitucionalidade é ato jurídico-processual, não é um ato legislativo negativo, devendo se abandonar a dicotomia entre nulidade da *common law*, com efeitos *ex tunc*, versus anulabilidade de Kelsen, com efeitos *ex nunc*. Há situações em que a inconstitucionalidade é acolhida, mas a nulidade não (ABBOUD, 2019, p. 486-488).

Na teoria contemporânea, entende-se que a lei, mesmo que inconstitucional, uma vez promulgada conforme os requisitos mínimos do processo legislativo, entrará em vigor e produzirá os efeitos jurídicos. Essa lei ainda que venha a ser declarada inconstitucional desde seu nascedouro não se pode negar que na vida prática ela produziu efeitos, inclusive ocasionar em um processo a coisa julgada, o que impede seja considerada inexistente. Assim entende-se que o mais importante é o exame da eficácia da lei. Portanto, a sentença constitucional é que atrela invalidez e ineficácia, de forma que o STF ao considerar uma lei inconstitucional determinará a eficácia cronológica da lei, podendo: considerar a lei nula e anular seus efeitos *ex tunc*, preservando a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido; limitar os efeitos a *ex nunc* a partir da sua decisão; declarar a lei inconstitucional com eficácia pro futuro; declarar a inconstitucionalidade sem pronunciamento de nulidade, mantendo a eficácia da lei inconstitucional. Frise-se que a fixação da eficácia não se trata de ato discricionário do STF e exige fundamentação embasada (ABBOUD, 2019, p. 488-489).

Abboud lista quatro funções primordiais da jurisdição constitucional: limitar o poder público; tutelar as garantias das minorias e assegurar a proteção dos direitos fundamentais previstos não só na Constituição como nos tratados internacionais nos quais o Brasil é signatário; corrigir as omissões do Parlamento por meio das decisões aditivas; conferir segundo o critério dogmático a coerência e a fundamentação e garantir a autonomia do direito, especialmente da própria Constituição federal. Relaciona os paradigmas do estado de direito, inicialmente chamado estado de direito formal, que se refere à primeira fase após a Revolução Francesa; o estado de direito material no qual a Constituição protege também os direitos fundamentais (2019, p. 450-454).

4.3 ANÁLISE DOS REQUISITOS DA AUTONOMIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA SOB A ÓTICA DE PETER HÄBERLE

O tribunal constitucional brasileiro é o STF, responsável pelo controle abstrato de constitucionalidade, integrando o ápice do Poder Judiciário, composto por onze ministros escolhidos entre cidadãos brasileiros com mais de 35 anos e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada nomeados pelo presidente da República, após a aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (art. 92, I; art. 101, *caput* e parágrafo único da CF/1988).

Analisando no Brasil os requisitos previstos por Peter Häberle para a autonomia da jurisdição constitucional, Abboud conclui que está presente o primeiro requisito, qual seja a

existência de um órgão com a função precípua de guarda da Constituição, o STF, conforme art. 102 da CF/1988.

O segundo requisito é a legitimação democrática, mediante uma composição plural e equânime do Tribunal, apta à participação de todos os Poderes na sua composição e da sociedade civil, somado ao fato de que a nomeação deve ser precedida de audiência pública. A Constituição no art. 101, parágrafo único, dispõe que a nomeação dos ministros do STF cabe ao presidente da República. Nesse ponto a corte apresenta déficit democrático porque um tribunal constitucional legítimo deve ser composto de maneira equânime. Quanto à audiência pública antes da nomeação, a Constituição atribui ao Senado Federal a aprovação da escolha pela maioria absoluta mediante sabatina sobre seu entendimento sobre questões polêmicas (art. 101, parágrafo único, CF/1988). (ABBOUD, 2019, p. 464-468).

O terceiro requisito é a publicidade na atuação, dos atos processuais e decisões, não apenas formal como real. O quarto requisito é a criação de uma jurisprudência racional, bem fundamentada e revisada constantemente, criativa, cujas alterações não surpreendam o cidadão, o que tem sido feito por conta da modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade pelo STF. O quinto requisito é a fixação na Constituição de atribuições mínimas da Corte Constitucional, o que é realizado pelo art. 102 da CF/1988. O sexto requisito é a garantia por suas decisões, da tutela dos direitos fundamentais, da proteção do estado democrático de direito, do equilíbrio entre os Três Poderes, do pluralismo, das minorias, da inserção do estado constitucional nas comunidades de responsabilidade regionais e internacionais, da atualização cautelosa da Constituição, autoconsciência acerca dos limites da atividade da Corte Constitucional para escrever o contrato social de uma sociedade. Esse último requisito refere-se ao problema do decisionismo e ativismo jurídico baseados em convicções pessoais de seus integrantes (ABBOUD, 2019, p. 468-469).

O controle abstrato de constitucionalidade é processo constitucional objetivo, no Brasil atribuído ao STF (art. 102, I, a, CF/1988). A legitimidade ativa é prevista no art. 103 da CF/1988. Neste processo não há contraditório, não há lide enquanto pretensões em conflito, não há também legitimados passivos. Não há sucumbência, não há um sujeito passivo condenado pela sentença, ressaltando sua estrutura que não há vinculação do legislador nesse processo. A coisa julgada aqui não tem a função clássica de substituir a vontade das partes com o objetivo de promover a paz social e assegurar segurança jurídica, porque não há partes. O objeto do controle abstrato é o ato normativo, a lei pode ser submetida ao controle, inclusive durante sua *vacatio legis*, não sendo requisito a produção de efeitos jurídicos. A função é retirar do ordenamento o ato normativo inconstitucional, cuja decisão produz efeito vinculante e *erga*

omnes, o que não ocorre no controle difuso. No Brasil, o controle segue o modelo misto, de modo que o Senado é parte no controle difuso de constitucionalidade, cuja atuação pode retirar totalmente do ordenamento jurídico a eficácia do ato inconstitucional, quando o ato normativo será suspenso com eficácia geral mediante resolução do Senado conforme art. 52, X, CF/1988 (ABBOUD. 2019, p. 473-475).

Quanto à autonomia, Abboud, escoimado na lição de Peter Häberle, o processo constitucional possibilita a abertura da Constituição, enquanto contrato, aos seus intérpretes, os cidadãos e todas as gerações, que devem ser todos incluídos de maneira que não surja cisão entre eles e nem sejam onerados em excesso cada qual. O autor chama a atenção para os limites de atuação do STF, objetivando o cuidado para proteger a jurisdição constitucional do ativismo, visto como a judicialização de pautas políticas ativistas, transformando a jurisdição constitucional em arena de brigas políticas cujo resultado seriam derrotas políticas para alguns grupos. Se assim ocorrer a jurisdição constitucional ao invés de agregar os cidadãos acaba segregando (2019, p. 476-477).

Vê-se que no Brasil o STF tem os poderes de um tribunal constitucional, mas integra a estrutura do Judiciário, diferentemente desses tribunais, tendo sua formação de composição parecida com a da corte norte-americana, inobstante nos EUA não existir controle abstrato de constitucionalidade das leis. A inserção do STF no organograma do Poder Judiciário recebe sérias críticas, pois falta em sua composição a representatividade dos demais Poderes: Legislativo e Judiciário. A composição do STF ocasiona sério problema de legitimidade, cuja solução depende da adoção de três mudanças primordiais por emenda constitucional propostas por Abboud: retirada do STF do organograma do Poder Judiciário para se tornar um órgão suprapoderes; indicação dos ministros pelos demais Poderes, e não apenas pelo Executivo, desaguando em aumento da representatividade de sua composição; criação de mandato certo e transitório, vedada a recondução posterior ou contínua, em substituição ao regime atual de vitaliciedade. Demais, nenhum tribunal constitucional dos países democráticos concentra o espectro de poderes que o STF possui, que adquiriu alta concentração de poderes da forma como a Constituição o estruturou, sendo um tribunal constitucional sem paralelo no mundo. De fato, cabe ao STF o controle difuso e abstrato, inclusive julgando ação declaratória de constitucionalidade, julga diversos provimentos vinculantes com eficácia *erga omnes*, como as decisões em repercussão geral, recurso extraordinário repetitivo e vinculantes com exclusividade, possui diversos processos de competência originária. Há ainda a possibilidade de aumentar seus poderes mediante procedimento interno. Há também doutrina discutível que

pretende conferir os efeitos do controle abstrato de constitucionalidade ao julgamento de recurso extraordinário, ao arrepio do disposto no art. 52, X, da CF/1988 (2019, p. 489-491).

4.4 DA ABERTURA PROCEDIMENTAL DO PODER JUDICIÁRIO AO CONTEXTO PARTICIPATIVO

4.4.1 A figura do *amicus curiae*

Bastante controvertido é a origem do instituto do amigo da corte. Maciel adverte que o *amicus curiae* do direito norte-americano é o terceiro que comparece ao processo alheio, com o intuito de ajudar uma das partes, cuja informalidade não guarda semelhança com nossa intervenção de terceiros. De modo geral, na *commom law*, as decisões judiciais é que traduzem o que a lei significa, de modo que um terceiro, pessoa natural ou jurídico, que tenha um forte interesse que a decisão judicial favoreça um certo ponto de vista, sumariza um pedido (*brief*) ao juiz, geralmente tribunal, trazendo sumariamente suas razões de convencimento, caso as partes aceitem o ingresso do *tertius* em seu processo (MACIEL, 2002).

Scarpinella Bueno entende que o *amicus curiae* é uma modalidade de intervenção de terceiros. Mas não se trata de um assistente nem mesmo um assistente *suis generis*, porque a motivação de sua intervenção em processo alheio é a circunstância de que ele no plano material é um legítimo portador de um interesse institucional, um interesse meta-individual, típico de uma sociedade pluralista, titularizado ou compartilhado coletivamente por grupos sociais mais ou menos definidos que pode vir a ser afetado pela decisão no processo. O seu ingresso se dá para aprimorar a decisão jurisdicional fornecendo elementos complementares e informações que não seriam do conhecimento do Estado-juiz. Aduz que sua origem não é clara no direito processual civil, alguns afirmam suas origens mais remotas em Roma, outros sustentam que vem do século XVII na Inglaterra transposto para o direito estadunidense. Faz o papel de agente do contraditório no sentido de cooperação, de coordenação de acordo com o modelo constitucional do direito processual civil brasileiro, enquanto um terceiro interessado que intervém em processo com vistas a enriquecer o debate judicial, portando para a arena judiciária valores dispersos na comunidade que de uma forma ou outra será afetada pela decisão. Historicamente, aduz que havia uma única regra expressamente referente ao *amicus curiae* até então no direito brasileiro: o art. 23, § 1º, da Resolução 390/2004 do Conselho da Justiça Federal, que dispunha sobre o regimento interno da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais (BUENO, 2010).

No Brasil, foi com a lei que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal (Lei Federal 9.868/1999) que o instituto do *amicus curiae* foi caracterizado, ao admitir-se a intervenção de terceiros com representatividade, órgãos ou entidades, nas ações de controle de constitucionalidade para manifestar sobre matéria relevante.

Sem precedente no Código de Processo Civil de 1973, o *amicus curiae* foi regulamentado no Código de Processo Civil de 2015, admitido seu ingresso em qualquer processo, seja de natureza subjetiva ou objetiva, de pessoa natural ou jurídica ou entidade especializada, independentemente do rito ou fase, desde que preenchidos os pressupostos previstos no artigo 138, passando a integrar uma das formas de intervenção de terceiro, para servir como fonte de conhecimento, a fim de fornecer subsídios a qualificar a decisão jurisdicional. O seu ingresso pode ocorrer de forma espontânea ou por requisição do órgão jurisdicional. Dispõe expressamente que cabe ao juiz ou relator na decisão que admitir a intervenção definir os poderes do *amicus*, dentre os quais o poder de recorrer no § 2º. O § 3º permite-lhe recorrer da decisão que julga o incidente de resolução de demanda repetitiva.

O CPC prevê expressamente o cabimento da figura do *amicus* no incidente de arguição de inconstitucionalidade no art. 950, § 3º; no incidente de resolução de demandas repetitivas no art. 983; na repercussão geral em recurso extraordinário no art. 1.035, § 4º; nos julgamentos de recursos extraordinários e especial repetitivos no art. 1038, II. Também o art. 1.035, § 4º, que dispõe “o relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do regimento interno do STF”.

O *amicus curiae* é um terceiro admitido no processo com interesse institucional para fornecer subsídios instrutórios, probatórios ou jurídicos, à solução da causa revestida de especial relevância ou complexidade, entretanto sem titularizar posições subjetivas relativas às partes. Auxilia o órgão jurisdicional porque lhe traz mais elementos para decidir, cuja intervenção se justifica pela ampliação do contraditório, possibilitando que questões relevantes sejam dialogadas com a sociedade de modo que se tenha a prolação de uma decisão mais justa possível. Aliás, em razão do interesse envolvido na demanda, que vai além dos limites subjetivos das partes, a contribuição de alguém especialmente qualificado para fornecer subsídios úteis ao processo, com interesse institucional, qualifica sobremaneira a decisão (FIGUEIREDO, 2018).

Inobstante tal alcance dado ao instituto pelo CPC, o STF entendeu, em sede de ADPF em que se discute o estado de coisas inconstitucional dos presídios e presidiárias brasileiros, que o *amicus curiae* não tem legitimidade ativa para pleitear provimento

jurisdicional de concessão de medida cautelar em sede de controle abstrato de constitucionalidade (ADPF 347 TPI-REF- DF, STF, Plenário, v.u., rel. Alexandre de Moraes, j. 18-03-2020, DJE 01/07/2020 – Ata 100/2020. DJE nº 165, divulgado em 30/06/2020).

O caráter democrático decorre tanto da atuação do cidadão na jurisdição constitucional e também na figura do *amicus curiae*, que cumpre uma função pluralista de integração relevante no processo constitucional, significando um instrumento de informação de diferentes segmentos sociais e institucionais para engrandecimento e legitimidade da decisão judicial, ao ampliar o âmbito da *res publica*. Por esse motivo, Abboud critica a decisão na ADPF-54, onde embora tenha sido valorizada a figura do *amicus*, entendeu-se que a decisão acerca de seu ingresso no processo tem caráter discricionário, ficando a critério do relator, a fim de se evitar tumulto processual. O autor prega que o STF quando negar a admissão do *amicus* deve proceder exaustivamente a fundamentação para aclarar as razões da negativa, fundamentada na desnecessidade de sua intervenção. Outrossim, a evolução da jurisprudência do STF irá redimensionar a relevância do amigo da Corte, na medida em que o uso da fungibilidade associado à tese da causa de pedir aberta, na prática os poderes do *amicus* se tornarão análogos aos das partes (2019, p. 568-572).

A ampliação da figura do *amicus curiae* é um exemplo dessa abertura da jurisdição constitucional para a participação da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, como um instrumento de que dispõem os diversos grupos sociais para se manifestarem no processo constitucional. Entende Abboud que se o STF quisesse concretizar a teoria de Häberle, deveria abandonar sua jurisprudência defensiva que o orienta para impedir a admissibilidade de recursos do que orientar-se por uma imaginada vontade da maioria. A função precípua da jurisdição constitucional no estado democrático de direito é exatamente proteger o pluralismo e decidir de forma contramajoritária na proteção dos direitos fundamentais. Exemplo disso é o julgamento da Lei da Ficha Limpa, caso prosperasse a noção de que o STF deve atentar à vontade da maioria, pois se assim fosse a própria Lei da Ficha Limpa não faria sentido, já que é a maioria que elege os políticos que se pretende cassar (2019, p. 461-464).

No processo objetivo de constitucionalidade não há lide envolvida, de forma que descabe a intervenção de terceiros do processo civil tradicional (art. 7º, *caput*, LADin). O § 2º do art. 7º admite a possibilidade de manifestação de outros órgãos ou entidades por despacho irrecorrível. A jurisprudência do STF estendeu à ADPF a possibilidade de intervenção de *amicus curiae* por analogia (ADPF 165-DF; ADPF 155-PB; ADPF132-RJ). O *amicus curiae* atua em prol de interesse alheio, deve ter conhecimento científico, alta notoriedade ou representatividade em opinar sobre a matéria debatida. O STF entende que pessoa física não

pode figurar como *amicus*, o que parece equivocado para Abboud. Fixou a Corte Suprema também a pertinência temática com a matéria discutida (2019, p. 565-567).

4.4.2 Da Pertinência Temática na Legitimidade Ativa Nas Ações De Controle Concentrado.

Diuturnamente, a judicialização da política aumenta a atuação do STF em todas as esferas sociais, a abertura aos intérpretes da Constituição é condição de legitimidade da jurisdição constitucional.

A “pertinência temática” vem a ser a congruência indispensável entre os objetivos estatutários ou as finalidades institucionais da entidade autora e o conteúdo material da norma questionada em sede de controle abstrato, dentre os legitimados para o controle concentrado de normas (STF, ADI 1157-MC, 2006).

O STF criou o conceito de pertinência temática no julgamento da ADIn e das ADC, que vem a ser o elo entre os objetivos sociais do legitimado e o alcance da norma que se pretende impugnar. Os legitimados para ajuizamento de ADIn e ADC estão elencados *numerus clausus* nos incisos I a IX do art. 103 da CF/1988. Ocorre que essa legitimidade atende ao interesse público, desvinculada do direito material objeto da ação. A Constituição elencou legitimados para defender o interesse coletivo em juízo na ação direta, cujo critério é objetivo. Veja-se que na lide que discute direito subjetivo, a legitimidade é um *prius* e o interesse é um *posterius*, porque há um titular do direito que irá defendê-lo na eventual ação; já nos interesses coletivos e difusos ocorre exatamente o contrário, o interesse é um *prius* e a legitimação é *posterius*, a lei reconhece a existência de um certo interesse público e posteriormente legitima alguma entidade ou órgão para defesa em juízo.

No sistema norte americano, o controle da representatividade adequada se verifica no caso concreto e exige requisitos mínimos: o legitimado precisa demonstrar o interesse e a habilidade para representar as pretensões da classe de maneira vigorosa e consistente, que está livre do conflito de interesses, demonstra a motivação adequada para atuar em nome do grupo, capacidade técnica e econômica, credibilidade (DIDIER JR; ZANETI JR. 2019, p. 225-227).

Há três etapas no exame da legitimação para a tutela coletiva. Primeiramente a identificação em abstrato de quem pode conduzir um processo coletivo como autor; em segundo lugar o controle jurisdicional em concreto da adequação dessa legitimação, por último o controle da condução do processo, da própria atuação do legitimado, a ser feito pelo juiz e pelos substituídos, esta última ainda a nova fronteira de investigação da doutrina brasileira no aspecto do devido processo coletivo. Dentre os vários critérios para a verificação da representatividade

adequada, um que tem utilidade prática vem a ser o vínculo de afinidade temática entre o legitimado e o objeto litigioso. A jurisprudência do STF nomeou tal vínculo de “pertinência temática” (DIDIER JR; ZANETI JR, 2019, p. 222-232).

Assim, em relação às ações de controle concentrado, os legitimados especiais são os que necessitam demonstrar a pertinência temática, descritos nos incs. IV, V e IX do art. 103, ou seja, as Mesas das Assembleias Legislativas e Câmara Legislativa do Distrito Federal (STF, ADI 1307, 1995, Rel. Min. FRANCISCO RESEK; ADI 3.756, rel. min. Ayres Britto, j. 21-6-2007, P, DJ de 19-10-2007) e Governadores de Estado e Distrito Federal, com a necessidade de que a ação direta de inconstitucionalidade é admissível desde que a lei ou ato impugnado diga respeito à entidade federativa respectiva (STF, ADI 733, 1992, Rel. Min. SEPULVEDA PERTENCE) e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (ADI 1.507 MC-AgR, rel. min. Carlos Velloso, j. 3-2-1997, P, DJ de 6-6-1997).

Neste sentido, sufraga-se o entendimento de que a pertinência temática das ações de controle concentrado por todos os colegitimados, devem se ater à doutrina postulada por Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr acima citada, no tocante à representação adequada, no tocante ao preenchimento das três etapas no exame da legitimação para a tutela coletiva: a identificação em abstrato de quem pode conduzir um processo coletivo como autor; em segundo lugar o controle jurisdicional em concreto da adequação dessa legitimação, por último o controle da condução do processo, da própria atuação do legitimado, a ser feito pelo juiz e pelos substituídos.

Mazzili explicita que a Constituição e diversas leis vêm alargando a legitimação ativa em defesa de interesses transindividuais, inclusive permitindo a sua defesa por entidades e órgãos ainda que sem personalidade jurídica, de forma que órgãos sem personalidade jurídica possam ter atribuída em alguns casos personalidade judiciária (MAZZILLI, 2007).⁴

Quanto à questão da abrangência do conceito de “entidade de classe” para o ajuizamento de ações de controle de constitucionalidade, por ocasião do julgamento da Medida Cautelar na ADPF 527/DF, proposta pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ALGBT), tendo por objeto decisões judiciais conflitantes pertinentes ao conteúdo e alcance dos arts. 3º, §§1º e 2º, e 4º, *caput* e parágrafo único, da Resolução

⁴ “Embora alguns órgãos públicos possam não ter personalidade jurídica (o próprio Ministério Público não a tem), poderão, em alguns casos, ter personalidade judiciária, como ocorre com as mesas das câmaras legislativas ou com os órgãos estatais de defesa do meio ambiente ou do consumidor (como os Procons), nos Municípios e Estados em que eles sejam meros serviços públicos despersonalizados etc. Também os condomínios de edifícios de apartamento podem defender em juízo interesses coletivos dos condôminos, desde que tenham autorização em assembleia para isso.” MAZZILI, 2007, P. 315)

Conjunta da Presidência da República e do Conselho de Combate à Discriminação nº 1, de 14 de abril de 2014 (Resolução Conjunta). Tais dispositivos estabeleceram parâmetros de acolhimento do público LGBT, submetido à privação de liberdade nos estabelecimentos prisionais brasileiros. O objeto da ação era a interpretação judicial controvertida da Resolução Conjunta da Presidência da República e do Conselho de Combate à Discriminação nº 1/2014, acerca das unidades prisionais e demais condições em que deve ocorrer o cumprimento de pena de transexuais e travestis. A Associação valeu-se para tanto de seu *status* de entidade de classe, conceito cuja abrangência é objeto de discussão na Corte desde a época da promulgação da Constituição. A jurisprudência consolidada da Corte é a de que entidade representativa de classe é a formada por membros de uma certa categoria profissional ou econômica, denegando a legitimidade de entidades de fins puramente sociais. Inobstante, o relator ministro Luis Roberto Barroso afastou esse entendimento e admitiu o processamento da ação, com o intuito de superar os antigos julgados da Corte e realizar uma abertura do controle concentrado à sociedade civil, aos grupos minoritários e vulneráveis, propondo uma nova definição de classe, assentando que, para fins do art. 103, IX, considera-se classe o conjunto de pessoas ligadas não só pela atividade profissional mas como pela defesa de interesses de grupos vulneráveis ou minoritários (ADPF 527-DF. Relator Min. Roberto Barroso. DJE nº 142, divulgado em 28/06/2019).

A postura do ministro tende na direção democrática, para a concretização do acesso amplo à jurisdição constitucional, inobstante Abboud enxerga um viés ativista na ampliação da legitimidade, no tocante ao intuito de que o STF deveria influir nos rumos do país sendo um órgão de representação da sociedade, propondo um conceito de entidade de classe subjetivo e amplo demais, o que pode gerar insegurança jurídica a longo prazo. Inclusive poderia prejudicar a própria Corte esse viés representativo, que pode sofrer essa objeção sempre que for exercer sua função contramajoritária. Ademais essa decisão é incoerente como outra da relatoria do ilustre ministro no julgamento da ADIn-DF 3.961, apensada à ADI 48, que na época não conheceu da ação por falta de pertinência temática do objeto social das associações com a questão impugnada (ABBOUD, 2009, p. 501-506).

Oras a pertinência temática é exatamente a restrição descabida para a abertura do acesso à jurisdição constitucional, parecendo incoerente admitir a ampliação do conceito de entidade de classe e manter o requisito da pertinência temática. Observa-se que o requisito da pertinência temática não conserva um exame objetivo perante a Suprema Corte, cujo uso dá margens à subjetividade no delineamento da legitimidade das ações diretas, cuja superação é indispensável à consolidação da jurisdição constitucional plural e democrática (ABBOUD, 2019, p 506-507).

4.3 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO: JUDICIALIZAÇÃO X ATIVISMO JURÍDICO

O problema de definir se o Poder Judiciário está envolvido no exercício da democracia no atinente ao exercício da tutela dos direitos fundamentais, na hipótese no respeito à concretização das políticas públicas, está expresso nas ideias de Peter Häberle (2002, p.39) no seguinte sentido:

Portanto, existem muitas formas de legitimação democrática, desde que se liberte de um modo de pensar linear e “eruptivo” a respeito da concepção tradicional de democracia. Alcança-se uma parte significativa da democracia dos cidadãos (Bürgerdemokratie) com o desenvolvimento interpretativo das normas constitucionais.

Os direitos prestacionais são catalogados como mandamentos de otimização, de modo que se o poder público deixe de conferir efetividade aos direitos fundamentais consequentemente há uma busca de fruição por intermédio do Poder Judiciário, o que explica o protagonismo deste Poder para a implementação dos direitos sociais.

Ocorre que os direitos sociais garantidos sobejamente nos artigos 6º a 11 da CF/1988 são autoaplicáveis e indisponíveis, dependentes para sua concretização da tomada de decisão por parte dos órgãos públicos, envolvendo gastos públicos sempre finitos.

Nesse sentido, políticas públicas podem ser definidas como “(...) programas de ação governamental, em cuja formação há um elemento processual estruturante” (BUCCI, 2013, p. 109). É o desenrolar de um programa de ação governamental mediante a atuação efetiva do gestor público, resultante de processos regulados pelo Direito, processo aqui enxergado conforme as ciências políticas, enquanto procedimento, sucessão de etapas, “(...) desde a inserção do problema na agenda política até a implementação da decisão, passando pela formulação de alternativas e a tomada da decisão (...)” (BUCCI, 2013, p. 109).⁵

Para Vieira, não se sustenta mais a distinção indicada pelo formalismo jurídico, da efetiva separação dos poderes, principalmente quando se parte da concepção de que o direito é uma criação política, portanto produto da vontade das majorias seja no processo legislativo ou constituinte. A ascensão do Poder Judiciário se dá a partir da Constituição de 1988, baseada no estado democrático de direito em superação ao positivismo jurídico, de caráter dirigente, que

⁵ A partir da década de 1950, a ciência política americana se dividiu entre *politics*, enquanto teoria política clássica do poder, e *policies*, uma nova abordagem dos problemas governamentais do pós-guerra referente a programas sociais e fomento a empresas, considerando as múltiplas abordagens sobre os processos da ação governamental, originando a *policy science* e depois a *policy analysis*, a análise de políticas públicas (BUCCI, 2013, p. 103-105).

deixa de ser uma carta política de intenções para se tornar uma norma jurídica imperativa, com uma tripartição de poderes de índole cooperativa. Dessa forma, a Constituição exige uma nova hermenêutica, já que não é mais uma carta de intenções, e sim uma norma jurídica imperativa e vinculante. Adota-se o sistema misto de controle de constitucionalidade, abstrato e difuso, buscando a efetividade dos direitos fundamentais, o que desagua na argumentação jurídica interligada aos princípios constitucionais, na ponderação de princípios e na colisão de dispositivos constitucionais. Neste diapasão, há uma tendência explícita de ascensão do Poder Judiciário brasileiro, por três motivos: o reconhecimento do Judiciário independente e forte como elemento chave das democracias hodiernas protetor das minorias e das regras da democracia; um aparente descrédito das instituições políticas frente à crise de representatividade dos Parlamentos, dos partidos políticos e da Administração Pública. Terceiro é a facilidade de acesso ao Judiciário, ao qual muitas vezes os outros Poderes delegam decisões difíceis e desgastantes, que podem gerar desconforto com os eleitores (VIEIRA, 2019, p. 185-187).

Ocorre que o parâmetro democrático de legitimidade do Judiciário vem da noção de representação argumentativa, ou seja, a legitimidade democrática do Judiciário vem da motivação de suas decisões, já que seus membros não são eleitos, o que garante a participação e o debate nesse processo deliberativo e o exame de sua racionalidade. Outra crítica decorre de que o controle de constitucionalidade cria normas no caso concreto diariamente. Mas o motivo para tanto é exatamente a omissão legislativa, não podendo os direitos previstos na Constituição, especialmente os fundamentais, restarem desprotegidos como simples promessa política. Outrossim a atuação do juiz deve apenas controlar a insuficiência da proteção, limitando-se prudentemente ao suficiente mínimo para cumprir o dever de proteção, respeitando o poder do Legislativo. Ainda, a legitimação democrática das decisões judiciais se dá também pela vinculação dos juízes, enquanto agentes políticos representantes do poder estatal, aos direitos fundamentais. Cabe-lhes três tarefas: não agressão aos direitos fundamentais; promover a efetividade desses e finalmente fazer com que todos os cidadãos os respeitem. No campo processual, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide somente sobre a jurisdição, objetivando assegurar uma decisão justa, adequada e de menor lesividade (VIEIRA, 2019, p. 185-204).

Vieira alude que o terceiro parâmetro é o consequencialismo jurídico, incurso pelo art. 20 da Lei nº 13.655/2018 na LINDB, prevendo que não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Reforça a ideia de que os tribunais devem acatar as escolhas legítimas feita pelo legislador, e respeitar

o exercício razoável de discricionariedade do administrador, com suporte na opção orçamentária, abstendo-se de lhes sobrepor as próprias valorações. Finalmente, há um último parâmetro, é a possibilidade de participação social no processo decisório para maior legitimidade democrática das decisões, especialmente perante as cortes constitucionais, conforme a doutrina de Peter Häberle de 1975. Conclui a autora que se deve evitar o ativismo, a politização, conscientes de que a cooperação entre os poderes deve ser o caminho primordial, até porque o poder do Estado é uno e indivisível. Inobstante, nas decisões que envolvem o âmbito político, o juiz deve seguir alguns parâmetros: a ampliação dos legitimados como “amigos da corte”, a fundamentação das decisões judiciais, o respeito ao limite mínimo de proteção ao direito, a busca de uma tutela necessária e adequada ao caso concreto, de modo que se o direito for levado a sério, não se alcançará um consenso sobre a verdade, que inexistente, mas se aproximará de uma tomada de decisão em bases democráticas (VIEIRA, 2019, p. 204-207).

Necessário se faz desmistificar algumas críticas no tocante à falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário na implementação de direitos fundamentais, na hipótese no respeito à concretização das políticas públicas. Isso se justifica, principalmente, a partir do momento em que se admite que o exercício democrático de criação de direito não está restrito à atividade dos parlamentares, mas se encontra também na construção pretoriana que envolve o desenvolvimento dialético da argumentação jurídica no desenrolar do procedimento. Portanto, nada mais é que colocar em prática a cidadania ativa, permitindo ao órgão judicante, de maneira consequencial, desempenhar a participação democrática através de sua construção decisória. Como visto, o princípio da separação dos poderes nasceu com a Revolução Gloriosa do século XVII, teorizado por Locke e Montesquieu, que interpretou o funcionamento da monarquia constitucional inglesa e se transformou no teórico da separação dos Poderes das revoluções do século XVIII. Esse princípio estruturante sofreu evoluções como descritas por Moraes. Verificou-se já no século XIX, mas sobretudo no século XX, a partilha da função legislativa entre o Legislativo e o Executivo (MORAIS, 2019, p. 168-169).

A teoria do núcleo essencial hodiernamente acolhida flexibiliza a incidência do princípio da separação dos poderes, desde que respeite o núcleo essencial de função de cada órgão titular. Hodiernamente o constituinte tem liberdade para conformar diversas modalidades de expressão desse princípio, não segue mais um arquétipo teórico rígido de separação estrita de funções públicas por órgãos distintos, pode equacionar diferentes combinações de poder desde que não subvertam o componente nuclear do princípio. Ou seja, o princípio se baseia em três pilares axiológicos fundamentais: a partilha do poder político por uma pluralidade de titulares para limitá-lo; a proibição de concentração do poder em uma única mão e a proibição

de ingerência de certos órgãos no objeto medular de competências de outro órgão. Nenhum órgão soberano pode ter funções que resultem no esvaziamento das funções materiais atribuídas a outro órgão. A “onipotência ou tirania parlamentar da maioria”, o “cesarismo plebiscitário do Executivo” ou “governo de juízes” constituem degradações do estado democrático, sempre que haja a intromissão no círculo indisponível das funções que pertençam essencialmente a outro poder, em paralelo ao discurso aristotélico da degradação da monarquia em tirania, da aristocracia em oligarquia e da democracia em demagogia. A complementariedade entre separação e independência de poderes, uma a dimensão negativa do outro no sistema de freios e contrapesos (MORAIS, 2019, p. 169-170).

Morais propõe uma tipologia das tensões referentes à separação de poderes inerentes à Justiça Constitucional. As tensões de baixa intensidade derivam de decisões causadores de insatisfação do legislador, resultando no cumprimento a contragosto ainda que respeitadas. Essas decisões acontecem no exercício da atividade de controle pela justiça constitucional, quando esta prolata uma orientação como norma-quadro que o legislador deve acolher em suas políticas públicas, recebidas com intrusão na função do Legislativo. Também ocorrem em decisões que arbitram conflitos entre Poderes. Exemplo, em junho de 2016 a Suprema Corte dos EUA invalidou uma *executive order* de Obama para impedir a deportação de quatro milhões de imigrantes ilegais com filhos naquele país e sem antecedentes criminais, gerando uma conferência de imprensa onde o presidente manifestou a sua irrisignação porque a Corte não se manifestou sobre a questão de mérito. Em 1990, no Brasil, a reedição sucessiva de medidas provisórias fez com que o STF na ADI MC 293 decidira que se a medida não fosse convertida em lei pelo Congresso o Executivo não poderia reeditar a norma, devendo acatar a vontade do Congresso, em respeito à separação dos Poderes, após foi editada a Emenda Constitucional nº 32/2001 que limitou a reedição (MORAIS, 2019, p. 170-172).

As decisões de tensão de intensidade moderada são aquelas que criam desconforto no Poder Legislativo, na ocasião em que a justiça constitucional invade o seu âmbito de competência por meio de decisões ativistas, ou propiciadoras de mal-estar na justiça constitucional por ser desafiada pelos outros Poderes na sua esfera de atuação, a conflitualidade endógena. As decisões de mutação constitucional sem reação imediata dos Poderes afetados, são aquelas mutações sem alteração do texto constitucional, atribuindo um novo conteúdo material por meio de práticas costumeiras, interpretativas ou derogatórias. Algumas doutrinas a consideram inválida se tiverem um conteúdo primário afrontoso à Constituição, porque não respeitaram o processo de emenda constitucional. No caso o Brasil no HC 82.959 sobre crimes hediondos, dois ministros do STF, vencidos, sustentaram a tese da ocorrência de uma mutação

em controle concreto incidental de constitucionalidade, que reduziria o papel do Senado a um órgão de comunicação e não de suspensão de lei inconstitucional. Há decisões de tensão entre órgãos do Poder Judiciário com *overruling* de decisões manipulativas da justiça constitucional por tribunais ordinários, como aconteceu na Itália, com as reações dos tribunais comuns, levadas ao conhecimento da Corte Cassazione, de recusa na aplicação da parte normativa dessas sentenças, com recuo do Tribunal Constitucional (MORAIS, 2019, p. 172-173).

Finalmente, as tensões de intensidade elevada, são conflitos entre a justiça constitucional e os outros Poderes que se traduzem numa disputa pela última palavra. Finalmente, tem-se as tensões de alta intensidade, situações de enfrentamento com impacto na sociedade civil e na opinião pública, podendo gerar rupturas constitucionais, seguidas de reformas que capturem politicamente a justiça constitucional. Quanto à ameaça de *Court Packing* nos Estados Unidos, o que ocorreu foi uma resistência de quatro juízes conservadores da Suprema Corte – “os quatro cavaleiros do Apocalipse” –, às medidas socioeconômicas do *New Deal*, a política intervencionista do governo Roosevelt. Após a crise, gerou-se um compromisso entre os Poderes em que a Suprema Corte optou por autolimitar-se. Tem-se o *overruling* legislativo de decisão da justiça constitucional, por exemplo no caso da “vaquejada”, a Lei nº 15.299/2013 do Ceará sobre a prática tradicional que envolve certa violência sobre animais foi declarada inconstitucional na ADI 4983-CE, tendo o Congresso superado a decisão por *overruling* ao editar a Emenda Constitucional nº 96/2017, que por sua vez foi impugnada pelo procurador-geral da República perante o STF, procedendo a tensão pela última palavra (MORAIS, 2019, p. 172-180).

Segundo Moraes (2019, p. 227-234), o ponto de convergência entre judicialização e ativismo judicial, encontra-se no movimento global de protagonismo da atividade jurisdicional do Estado contemporâneo. Ao analisar o trinômio judicialização da política, ativismo jurídico e protagonismo institucional, o autor entende que no novo padrão de configuração a partir do esvaziamento paulatino da supremacia legislativa e o deslocamento do centro de gravidade do Parlamento para o Judiciário, mostra a mudança de um sistema jurídico monocêntrico para um policêntrico, onde a produção normativa não é mais exclusiva do Legislativo, realocando-se o Poder Judiciário como órgão estratégico nas democracias plurais, como ator político no processo decisório. O termo “judicialização da política”, cunhado por Neal Tate e Torbjörn Vallinder, revela a invasão do direito nas relações sociais quanto nos Poderes republicanos, na política, onde a Justiça é convertida no lugar de realização da democracia. O protagonismo do Poder Judiciário no mundo todo enquanto epicentro de questões polêmicas, de dissenso razoável social ou moral, evidenciado como arena jurídica para

onde são deslocadas questões da arena política. Já o “ativismo judicial” é expressão criada por Arthur Schlesinger Junior, que analisando o perfil dos juízes da Suprema Corte dos EUA em 1947 identificou os mais ativistas, o que engloba cinco significados:

(i) prática utilizada para atacar os atos emanadas de outros Poderes do Estado, com constitucionalidade defensável, (ii) estratégia de não aplicar os precedentes, (iii) afastamento dos cânones de interpretação, (iv) conduta de legislar a partir dos tribunais ou (v) julgamento predeterminado a um fim” (KMIEC, Keenan D., 2004, p. 1463-1476, *apud in* MORAES, 2019, p. 233).

O ativismo judicial é conceito muito discutido nos EUA, entre ativismo e autocontenção judicial, entendido como interferência do Judiciário em maior grau na esfera de atuação de outro Poder. Não se confunde com o ativismo extrajudicial, que explicita a politização do Judiciário, pela qual os juízes se relacionam com o mundo político, que não tem relação direta com a atividade judicante, por seus modos de pronunciamento externo, fora do processo. O ativismo dialógico pretende a implementação gradual da decisão mediante o emprego de mecanismos de mudança na organização, é tese desenvolvida pela Corte Constitucional da Colômbia na solução de processos estruturantes, referente ao estado de coisas inconstitucional que resulta em violações massivas dos direitos fundamentais (MORAES, 2019, p. 234-238).

O ativismo procedimental é o grau de discricionariedade ínsito na autonomia processual da justiça constitucional pela pluralização do debate, redimensionamento da eficácia dos julgados em controle de constitucionalidade e na filtragem dos recursos excepcionais. O ativismo e a autocontenção, como qualquer poder deve ter limites, que são permeados por cinco padrões de avaliação: a discriminação ou preconceito, cuja proteção dos direitos das minorias e vulneráveis nas democracias pluralistas compõe a agenda das cortes constitucionais, objetivando efetivar o direito a ser diferente; a deliberação popular, no processo de tomada de decisão dos outros Poderes, quanto maior o grau de deliberação popular, menor deve ser a interferência do Judiciário; o funcionamento da democracia, ou seja, o governo da maioria se impõe, exceto se imponha ameaça ou lesão aos direitos fundamentais, quando a situação se inverte; a capacidade técnica, quanto maior a capacidade técnica para resolução da questão jurídica, menor deve ser a interferência do Judiciário na esfera dos demais Poderes. Outrossim, o TC pode requisitar informações, perícias, audiências públicas e ouvir *experts* para elucidar a questão; finalmente a proteção deficiente dos direitos das gerações futuras, de forma que a maioria legislativa pode ajustar a Constituição à realidade, desde que respeite o núcleo essencial do bem jurídico tutelado nas cláusulas pétreas. Conclui o autor que o grau de judicialização da

política é alto no Brasil, já o nível de ativismo judicial do STF é baixo ou moderado (MORAES, 2019, p. 238-240).

Santos propõe uma reflexão sobre a construção do capital político da jurisdição constitucional, adaptado ao Brasil. Em momentos turbulentos de transição democrática, constituições transferem poder de um grupo controlador minoritário – os *stakeholders*, para o restante dos cidadãos, os grupos majoritários, numa função de equilíbrio político da participação de ambos por reformas estruturais que criem instituições políticas inclusivas. Para ter chances de durabilidade, as constituições democráticas utilizam a estratégia do “dilema do prisioneiro”: os controladores enxergam na cooperação a resposta para evitar os custos imprevisíveis de rupturas drásticas políticas e manter o controle do *status quo*. Assim, as constituições tentam a construção de um capital político de saída, mediante um compromisso acreditável de que políticas públicas majoritárias, ou seja, em benefício da maioria dos cidadãos e não apenas dos grupos privilegiados historicamente, serão implementadas após a promulgação. Após o acordo, devolve-se de fato o poder ao grupo minoritário controlador. Essa tendência foi sentida na segunda metade do séc. XX, nas transições democráticas na África pós-descolonização; na Europa Oriental pós-soviética e na América do Sul pós-desmilitarização. As Constituições prometeram políticas inclusivas, direitos fundamentais, implantação da jurisdição constitucional, especialmente tribunais constitucionais (SANTOS, 2019, p. 285-289).

Inobstante, as Constituições têm capital político fluído, se a percepção de que as instituições nela previstas beneficiam indevidamente os grupos privilegiados e não atuam pró-majoritariamente, geram descrédito e déficit de legitimidade constitucional. Tal descrição discrepa com o enfoque das teorias normativas da filosofia política que construiu nas últimas décadas o discurso de relativa discrepância ente democracia e constitucionalismo, enquanto enfoque contramajoritário na defesa de minorias identitárias, as minorias desempoderadas. O autor relata que apesar da vasta jurisprudência mundial em prol dos direitos fundamentais das minorias, estudos empíricos frustram essa visão, ao menos em termos quantitativos, comprovando que o discurso normativo e o discurso descritivo sobre a jurisdição constitucional são dissidentes. Verificações no Brasil, na Colômbia e nos EUA⁶ comprovam que, ao contrário

⁶“Estudos recentes realizados no Brasil, na Colômbia e nos Estados Unidos, por exemplo, demonstram que decisões contramajoritárias do Poder Judiciário consistem em exceção – e não regra. (...) No caso brasileiro, de 1988 a 2012, o controle concentrado de constitucionalidade privilegiou pautas institucionais de órgãos governamentais e interesses corporativos de servidores públicos; no caso colombiano, as intervenções judiciais para a concretização de direitos sociais beneficiaram cidadãos de classe médica, e não das classes menos favorecidas; no caso americano, cortes federais tendem a invalidar leis com pouco suporte legislativo e a manter leis com grande base de apoio entre os congressistas.” (SANTOS, 2019, p. 294-295).

das teorias normativas do direito constitucional, as Cortes constitucionais desses país atuam principalmente em perfil majoritário, seja sustentando pautas de instituições corporativas ou balizando interesses de grupos majoritários políticos, com viés contramajoritário apenas em casos excepcionais (SANTOS, 2019).

O autor oferece uma tipologia das três funções exercidas pela constituição: função pró-majoritária, em que baliza pautas do compromisso da transição democrática, especialmente políticas públicas, e temas de grupos majoritários; função político-institucional, quando tentam desobstruir canais políticos, sendo essas duas funções nas quais as Cortes constroem seu capital político para atuar na função contramajoritária, resolvendo conflitos morais e sociais complexos de interesse de grupos minoritários. O constitucionalismo moderno é um dos projetos mais bem-sucedidos de controle de garantias do poder político, tanto que atualmente 191 Constituições escritas estão vigentes no mundo. Estudando a relação de como efetivamente funcionam os três pilares do constitucionalismo, ou seja, entre Constituição, jurisdição constitucional e direitos fundamentais, sob o prisma de que a jurisdição constitucional e a constituição são instituições políticas, quanto maior a habilidade da Constituição em provocar mudanças nas estratégias pessoais dos *players*, agindo para que esses se alinhem aos seus compromissos constitucionais, maior normatividade ela adquire. Por essas três pautas, o STF, instituição política que é, age sobre os agentes sociais com incentivos de coordenação, de consideração e de cooperação, recíprocas, objetivando a obtenção de sua aderência à obediência à Constituição, construindo assim a normatividade da Carta. Uma vez constatada empiricamente a majoritariedade do STF, discorda-se que a falta de contramajoritariedade como função precípua da jurisdição constitucional represente um déficit de garantia dos direitos fundamentais, a análise constatou que nas três categorias estudadas percebeu-se a proteção dos direitos fundamentais, mesmo porque o STF jamais teria sustentação como instituição política caso adotasse uma postura absolutamente contramajoritária sempre. Constatou-se que é o capital político difuso construído pelo STF nas funções majoritária e político-institucional que permitem o exercício da importante função contramajoritária (SANTOS, 2019, p. 289-312).

Vitorelli acredita que o encaminhamento correto para o ativismo judiciário se encontra na posição de Owen Fiss, que acredita que a autoridade do Judiciário deriva de sua atividade pública, e não de suas aptidões pessoais para a matéria do processo, a legitimidade de uma decisão judicial não decorre das qualidades pessoais da figura do juiz, e sim do modo como ela é feita, das constrições procedimentais, que impõe aos juízes quatro constrições públicas:

1) que os juízes devem processar e julgar causas que eles eventualmente gostariam de evitar (no Brasil, Constituição, art. 5º, XXXV); 2) devem ouvir todas as partes interessadas (Constituição, art. 5º, LV); 3) devem conduzir os processos em público (Constituição, art. 93, IX); e 4) precisam decidir e motivar suas decisões publicamente (Constituição, art. 93, IX). (FISS, 2007, p. 187 *apud* VITORELLI, 2020, p. 91).

A democracia exige um paradigma para a atuação jurisdicional. O problema em si decorre de uma contradição fulcral do sistema, que de um lado o art. 1º, parágrafo único da Constituição afirma que “(...) todo poder emanará do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, por outro lado, a Constituição contempla um elenco de direitos previstos em normas abstratas de concretização imediata conforme art. 5º, § 1º da CF/1988. Dessa forma, o Judiciário desempenha um papel no sistema democrático, que não deve ser superestimado, a ponto de se cair no “governo dos juízes”, o que acontece são situações em que o Judiciário está disposto a afastar as decisões da maioria do Legislativo, com suporte em valores substantivos, e em outras os juízes se curvam à vontade legislativa, não há um método preciso para prever essa posturas, as ideias de “juristocracia” populares no Brasil e nos EUA constituem mais um exagero de críticos que gostariam de uma postura mais deferente do Judiciário quanto ao Poder legislativo. Vale considerar que a objeção democrática quanto ao papel dos juízes se baseia em um conceito democrático limitado. A democracia concebida como o bom funcionamento das instituições governamentais, exige que cada poder seja avaliado conforme sua função precípua, no caso do Judiciário, interpretar e aplicar a Constituição e as leis. Caso atue de maneira coerente, sua atuação está justificada democraticamente, ainda que em termos de resultado material não corresponda à atuação do Executivo ou Legislativo na mesma política, ou seja, a decisão judicial não é ilegítima só porque é contramajoritária, já que sua atuação não se avalia pelo que pensa a maioria, diferente dos outros Poderes (VITORELLI, 2020, p. 91-95).

Nesse sentido a atuação do STF conferiu maior efetividade às normas constitucionais de proteção das minorias, ante a reiterada omissão legislativa em matérias de alta carga ideológica, decidiu pelo reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar na ADPF 132 e ADIn 4277, relator (rel.) Ministro (Min.) Luiz Fux, conhecidas como ação direta de inconstitucionalidade (ADI) (STF. Plenário. DJE 14/10/2011. Ata nº 155/2011. DJE nº 198, divulgado em 13/10/2011).

Na mesma linha, na ADI 5971-DF, o STF decidiu que, para fins de aplicação de políticas públicas no Distrito Federal, o reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo não pode ser excluído do conceito de entidade familiar (STF. Plenário virtual, rel.

Min. Alexandre de Moraes, v.u., DJE 26/09/2019. Ata nº 141/2019. DJE nº 210, divulgado em 25/09/2019)

Ainda a respeito da defesa de minorias em relação a políticas públicas, tendo em vista a superlotação dos presídios brasileiros, a 2ª Turma do STF ao julgar o Habeas Corpus coletivo nº 188820 – DF, cujos pacientes são todas as pessoas presas em locais acima de sua capacidade, integrantes de grupos de risco para a Covid-19 e que não tenham praticado crimes com violência ou grave ameaça, entendeu configurados a plausibilidade jurídica do pedido e o perigo da demora a direitos fundamentais das pessoas levadas ao cárcere, deferiu parcialmente a medida liminar para determinar, enquanto durar o estado de calamidade pública, que os juízes de execução penal do País, desde que presentes os requisitos subjetivos, concedam progressão antecipada da pena aos condenados que estejam no regime semiaberto para o regime aberto em prisão domiciliar atendidos os requisitos ali listados. Quanto à prisão domiciliar e à liberdade provisória, determinar que os juízes singulares e os Tribunais do País quando emissores da ordem de prisão cautelar concedam prisão domiciliar ou liberdade provisória, ainda que cumuladas com medidas diversas da segregação a presos atendidos os mesmos requisitos (STF, Segunda Turma, rel. Min. Edson Fachin, v.u., Sessão Virtual de 12.2.2021 a 23.2.2021).

Andreas Vobkuhle faz um estudo interessante sobre as fronteiras invisíveis da jurisdição constitucional. É fato que a relação tensa entre a decisão democrática da maioria e a vinculação ao direito constitucional sempre estará presente no Tribunal Constitucional. O TC só pode se posicionar sobre uma questão se for feita por meio de um pedido admissível, realizar um nexos discursivo com os colabores científicos, ter em mente as consequências práticas das suas decisões; observar a Ciência Jurídica e o Direito comparado (VOBKULE, 2020).

Um dos princípios legitimadores das decisões judiciais é o princípio da congruência e o da motivação exige que a sentença guarde estrita relação entre a demanda e o pronunciamento. No Estado Democrático de Direito o fundamento de legitimidade da motivação judicial é a lei, e não o senso de justiça individual de cada juiz, princípio insculpido no art. 5º, II da CF/1988. Para Kelsen a motivação não importava tanto porque a decisão constitucional seria um ato legislativo negativo, portanto a motivação equivaleria à exposição de motivos do legislador. Hodiernamente, o princípio da motivação é relevante porque a sentença constitucional tem natureza jurisdicional conforme art. 93, IX da CF/1988, a interpretação da Constituição nas democracias pluralistas exala a declaração dos valores fundantes ponderados pelo STF, afetando sua legitimidade enquanto responsável último do pacto constitucional, evitando-se decisionismos, discricionariedades e arbitrariedades, qual seja o uso estratégico da jurisdição para alcançar a decisão que se deseja, mesmo que destoante do

ordenamento jurídico, incorrendo no perigo de conferir *status* de juiz político ou ideológico ao juiz constitucional. Louva-se nesse sentido o art. 489 do CPC, alijando do ordenamento práticas reiteradas de tribunais pátrios em que ocorre falsa fundamentação (ABBOUD, p. 581-584).

De fato, Canotilho dispõe expressamente que a motivação das decisões judiciais se radica em três pilares:

(1) controlo da administração da justiça; (2) exclusão do carácter voluntarístico e subjectivo do exercício da actividade jurisdicional e abertura do conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juízes; (3) melhor estruturação dos eventuais recursos, permitindo às partes em juízo um recorte mais preciso e rigoroso dos vícios das decisões judiciais recorridas (...) (CANOTILHO, 2006, p. 667).

Os direitos fundamentais processuais são os eixos estruturantes de interpretação e estruturação do processo pátrio. O direito ao processo justo tem índole constitucional inserta no art. 5º, LIV, CF/1988, o direito ao juiz natural, o direito à defesa e o direito à prova. São compromissos fundamentais do legislador, o de respeitar a liberdade e a igualdade de todos perante a ordem jurídica, prestar tutela tempestiva e administrar a justiça civil a partir de uma ideologia democrática de colaboração entre as partes, de fundamentação e contraditório. Destaque-se que o novo Código de Processo Civil previu mecanismos aptos a concretizar o processo justo (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 153-155).

O princípio da reserva de plenário incrustado no art. 97 da Constituição exige o voto da maioria absoluta dos membros do tribunal ou do respectivo órgão especial para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Aplica-se indistintamente a todo Poder Judiciário, inclusive ao STF. Abboud reputa inconstitucional o art. 5º, § 1º da LADPF, que permite ao relator em caso de extrema urgência, perigo de lesão grave ou no recesso, conceder a liminar na ADPF, *ad referendum* do Pleno. Tal dispositivo somente seria aceitável se a ADPF fosse ajuizada em sede de controle difuso, jamais em controle abstrato porque fere a reserva de plenário. O jurista alude que a questão da colegialidade teve relevância no julgamento do HC 152.752-PR, do ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva, ocasião em que a ministra Rosa Weber fez referência à obra do autor em seu voto, inobstante no Plenário em sede prévia de controle abstrato houve por bem julgar conforme a maioria no Plenário (p. 584-585).

As políticas públicas podem ser defendidas por meio de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), que na gênese da CF/1988 estava relegada a segundo plano, somente regulamentada em 1999, atualmente exerce um merecido protagonismo no controle de constitucionalidade das políticas públicas. Os preceitos fundamentais são valores jurídicos fundantes da sociedade, dentre os quais os preceitos constitucionais referentes aos fundamentos da República, ao Estado Democrático de Direito previstos no art. 1º da CF/1988, destacando-

se a cidadania e a dignidade da pessoa humana, bem como as cláusulas pétreas do art. 60, § 4º da CF/1988, dentre as quais os direitos e garantias individuais.

Abboud entende que a amplitude do conceito de ato do poder público lesivo ao preceito fundamental, objeto da ADPF, prevista no § 1º do art. 102 da CF/1988, a caracteriza como um importante meio de controle democrático, já que essa abertura admite que atos deveras atípicos sejam impugnados perante a Constituição federal. A ADPF, que na gênese da CF estava relegada a segundo plano, atualmente exerce um merecido protagonismo no controle de constitucionalidade. A extensão de seu objeto possibilita o controle de quaisquer atos do poder público, compreendido todas as autoridades públicas e todos os órgãos das administrações públicas direta e indireta, que até então eram na prática blindados ao controle abstrato, como as decisões vinculantes e as súmulas de outros tribunais superiores, todos os atos do Executivo, leis anteriores à Constituição, atos homologatórios ou atos praticados pelo Ministério Público ou pela advocacia pública, leis municipais. Uma de suas utilidades é para declarar a não recepção de lei anterior à Constituição, já que o direito brasileiro não admite a inconstitucionalidade superveniente. Os antecedentes do instituto remontam à Constituição do Reino da Baviera de 1808, e atualmente o agravo constitucional consta do art. 93-A da Constituição federal alemã (GG), que visa proteger qualquer do povo contra os descumprimentos de preceitos fundamentais constitucionais pelo poder público (2019, p. 521-523).

A ADPF é um mecanismo de controle da constitucionalidade ajuizado pelos mesmos legitimados para a ADI. Tem caráter subsidiário, admitida na falta de qualquer outro meio processual apto a sanar a lesividade aos preceitos fundamentais dominantes na Constituição, portanto à efetivação das políticas públicas ali previstas, inclusive para fins de impugnar leis vigentes anteriormente à CF/1988, leis municipais, decisões judiciais e correntes interpretativas inconstitucionais, como súmulas de tribunais superiores e decisões de recursos repetitivos, que não podem ser impugnadas por recurso extraordinário, não só em relação ao texto desses provimentos vinculantes, bem como também quanto às suas hipóteses interpretativas (ABBOUD, 2019, p. 523-529).⁷

⁷ A extensão do objeto da ADPF possibilita o controle de quaisquer atos do poder público, compreendido todas as autoridades públicas e todos os órgãos das administrações públicas direta e indireta, que até então eram na prática blindados ao controle abstrato, como as decisões vinculantes e as súmulas de outros tribunais superiores, todos os atos do Executivo, leis anteriores à Constituição, atos homologatórios ou atos praticados pelo Ministério Público ou pela advocacia pública, leis municipais. Uma de suas utilidades é para declarar a não recepção de lei anterior à Constituição, já que o direito brasileiro não admite a inconstitucionalidade superveniente. Os antecedentes do instituto remontam à Constituição do Reino da Baviera de 1808, e atualmente o agravo constitucional consta do art. 93-A da Constituição federal alemã (GG), que visa proteger qualquer do povo contra os descumprimentos de preceitos fundamentais constitucionais pelo poder público (ABBOUD, 2019, p. 521-523).

Os preceitos fundamentais são valores jurídicos fundantes da sociedade, dentre os quais os preceitos constitucionais referentes aos fundamentos da República, ao estado democrático de direito. Estão previstos no art. 1º da Constituição, ou quais sejam a soberania nacional, cidadania, a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, bem como as cláusulas pétreas do art. 60, § 4º da CF/1988 (forma federativa de Estado; voto direto, secreto, universal e periódico; separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais). A Lei nº 9.882/1999 (LADPF) prevê como legitimados ativos para a arguição os mesmos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade no art. 2º, I.

Quanto ao ajuizamento de ADPF em face de veto presidencial, o STF entende pela carência de ação, pois se trata de ato discricionário do presidente da República, cujo provimento afrontaria a tripartição de poderes. Inobstante na ADPF 45, o relator Ministro Celso de Mello proferiu decisão monocrática sinalizando pela sua possibilidade, inobstante em seguida a ação perdeu seu objeto. De fato, em sua decisão ressaltou que “(...) não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, (...), qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, (...)”. O relator admoestou que essa atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência “(...) a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais (...), com as liberdades positivas, reais ou concretas” (Decisão do Rel. Min. Celso de Melo na ADPF 45-DF, j. 29/04/2004).

Tamanha importância para a democracia constitucional o instrumento da ADPF possui, que na ADPF 568-PR, relator ministro Alexandre de Moraes, que deferiu cautelar para suspender os efeitos da decisão do juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba que homologou o Acordo de Assunção de Obrigações firmado entre a Petrobras e os procuradores da República do Gabinete da Procuradora-Geral da República do Ministério Público do Paraná (Força-Tarefa Lava-Jato), bem como a eficácia do próprio acordo e determinou o bloqueio do depósito bancário no valor de US\$ 682.560.000,00 (seiscentos e oitenta e dois milhões e quinhentos e sessenta mil dólares), que foi convertido em moeda nacional pela empresa Petrobras e de seus rendimentos na conta corrente designada pelo juízo da 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba, que deverão permanecer vinculados ao mesmo juízo; e proibiu movimentação destes valores sem expressa autorização do STF. Posteriormente o Ministro relator homologou ajuste no acordo homologado, para realocação de recursos para o custeio das ações de enfrentamento à

pandemia do coronavírus (covid-19), esclarecendo que os estados requerentes deverão comprovar a efetiva utilização do montante autorizado. Destinou-se outrossim parte dos recursos para o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBio, para financiamento de ações de proteção ambiental, com a obrigatoriedade de comprovar nos autos a efetiva utilização dos recursos (STF, 2020).

Em que pese a improcedência do pedido, outro exemplo da amplitude que a ADPF tem na proteção dos preceitos fundamentais da República, encontra-se na ADPF 572-DF. Na hipótese, o partido político Rede Sustentabilidade, em face da Portaria GP n.º 69, de 14 de março de 2019, que determinou a abertura do Inquérito Policial n.º 4781 do Supremo Tribunal Federal, estaria lesando ou ameaçando de lesão vários preceitos fundamentais (liberdade pessoal, que inclui a garantia do devido processo legal; a dignidade da pessoa humana; a prevalência dos direitos humanos; da legalidade e a vedação a juízos ou tribunais de exceção). A Advocacia-Geral da União manifestou-se pelo não conhecimento da ADPF e, no mérito, pela sua improcedência.⁸ O STF, por maioria, conheceu da arguição de descumprimento de preceito fundamental, converteu o julgamento da medida cautelar em julgamento definitivo de mérito e diante de incitamento ao fechamento do STF, de ameaça de morte ou de prisão de seus membros, de apregoada desobediência a decisões judiciais, julgou totalmente improcedente o pedido para declarar a constitucionalidade da Portaria GP 69/2019 enquanto constitucional o artigo 43 do RISTF, nos termos do voto do relator ministro Edson Fachin (STF. Plenário. ADPF 572-DF. Relator Min. Edson Fachin. DJE 13/11/2020 – Ata n.º 193/2020. DJE n.º 271, divulgado em 12/11/2020).

4.4 O PROCESSO COLETIVO

⁸Segue para conhecimento a ementa da manifestação da Advocacia-Geral da União n ADPF 572-DF: “Inquérito. Portaria GP n.º 69/2019 do Presidente do Supremo Tribunal Federal, que determinou a abertura de inquérito para a apuração de ‘notícias fraudulentas (fake news), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus calumniandi, diffamandi e injuriandi*, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares’. Preliminares. Irregularidade na representação processual do arguente. Natureza reflexa das lesões constitucionais alegadas. Impugnação parcial do complexo normativo. Mérito. Interpretação sistemática dos artigos 13, I, e 43 do Regimento Interno do STF. É atribuição do Presidente da Suprema Corte velar pelas prerrogativas dos órgãos do Tribunal em toda a abrangência de sua jurisdição (artigo 92, §2º, da Constituição). O inquérito judicial constitui procedimento administrativo destinado à elucidação da infração penal, de suas circunstâncias e de sua autoria, possuindo as mesmas características que o inquérito policial: instrumental, informativo, sigiloso e inquisitório. O Ministro designado para conduzir o inquérito e o Ministro Presidente não atuam, na hipótese, como juízes acusadores. Inexistência ofensa aos preceitos constitucionais invocados como parâmetro de controle. Manifestação pelo não conhecimento da arguição e, no mérito, pela improcedência do pedido.”

Os processos coletivos buscam a “litigação de interesse público” (LIP), demandas judiciais que servem aos interesses relacionados à realização dos interesses de uma parcela da comunidade constitucional, como na saúde, educação, meio ambiente, patrimônio artístico, histórico e cultural, e ainda na defesa dos interesses dos necessitados e de interesses das minorias nas ações individuais clássicas, aqui entendidas não no sentido quantitativo, mas sim referente a direitos “marginalizados”, como das crianças e adolescentes, das mulheres, dos índios, dos negros, dos presos, dos hospitalizados. Aqui se fala da expansão da tradicional *judicial review* brasileira atinente ao controle dos atos administrativos e da constitucionalidade em demandas individuais, para uma *judicial review* na defesa de direitos coletivos, para o controle dos atos administrativos e legislativos sobre o prisma do direito material coletivo, mediante medidas estruturantes coordenadas por órgãos de garantia, quais sejam o Ministério Público e o Judiciário, até a satisfação total da tutela coletiva (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2019, p. 49-50).

A legitimação extraordinária necessita de autorização expressa conforme o art. 18 do Código de Processo Civil (CPC). A legislação que compõe o chamado microssistema de processo coletivo foi uma conquista legislativa progressiva, inicialmente com a vigência da Lei nº 4.717/1965, a Lei de Ação Popular (LAP), que possibilitou a todo cidadão enquanto legitimado ativo a tutela jurisdicional dos direitos difusos ligados ao patrimônio ambiental em sentido lato. Houve a ampliação desta tutela com a aprovação da Lei nº 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública (LACP) de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, momento em que os interesses transindividuais citados ganharam a tutela diferenciada, através de princípios e regras inovadores em contraponto com a dogmática individualista tradicional processualista.

Com a vigência da Lei nº 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), criou-se uma categoria de interesses ou direitos individuais homogêneos, conjugados à LACP, interagindo mediante a aplicação recíproca das normas dos dois diplomas legais, restando configurado no Brasil um microssistema de processos coletivos.

Por conseguinte, vieram os códigos setorializados e os estatutos, bem como as legislações especiais, as quais passaram a complementar e integrar o aludido sistema, utilizado para a proteção dos interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. Nessa esteira, a possibilidade de integração e utilização conjunta de diversos diplomas legais, destinados a tutelar os direitos emergentes das “sociedades de massa”, contribuiu, com maior

efetividade, à proteção de direitos sociais pulverizados, os quais, em razão da ausência de um modelo conceitual e legislativo até então, restavam à deriva de tutela jurisdicional.

De fato, é inegável a afeição de um verdadeiro microsistema de proteção de direitos coletivos determinados através da tutela correspondente, haja vista a reunião de vários diplomas legais, sobre os diversos direitos, que se intercomunicam, compostos pelo CDC e a LACP no núcleo, e na periferia a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei do Mandado de Segurança e outras leis avulsas, dialogando com a Constituição federal e o CPC (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2019, p. 70-76).

Como sabido, os direitos coletivos são os pertencentes a grupos sociais. A tutela coletiva é o meio de proteção processual dos direitos coletivos. O sistema pátrio de processo coletivo assenta-se sobre uma distinção entre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Essas categorias são a base da disciplina processual das ações coletivas, condicionando diretamente o regime da legitimidade para agir e a abrangência da coisa julgada. A tutela coletiva abarca dois tipos de direitos: os essencialmente coletivos (*lato sensu*), que são os difusos, previstos no art. 81, parágrafo único, inciso I do CDC, e os coletivos propriamente ditos, conforme inciso II do mesmo parágrafo único. Já os de natureza coletiva apenas na forma em que são tutelados, os individuais homogêneos, encontram-se definidos no inciso III deste parágrafo único. Assim, a lei optou por defini-los para evitar discussões doutrinárias tendentes a impedir a efetiva tutela dos direitos dos consumidores. Observou ainda o cuidado de definir os termos *interesses* e *direitos* como sinônimos, a fim de amparar os interesses pelo direito, garantindo-lhes o mesmo *status* de direitos.

Os interesses difusos podem ser empiricamente entendidos como relações de utilidade, concernentes a bens ou situações, que não têm titulares individualizados pela lei, objetivando resguardar a coletividade em geral ou parcela dela. Se a lei cria ou reconhece um centro de referência de um desses interesses difusos, isto é, um ente exponencial ao qual ligá-lo como titular, não há problemas: o interesse é transindividual como matriz prática, mas, sob plano jurídico, já é “individualizado”, e aquele ente o poderá certamente defender pelas vias judiciais.

Já os direitos coletivos *stricto sensu* são direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular do grupo, categoria ou classe de pessoas indeterminadas, mas determináveis, enquanto grupo, categoria ou classe, ligadas entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base. Por exemplo quando a relação jurídica base pode se dar entre os membros do grupo, ou os advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil; no segundo

caso, ou seja, pela sua ligação com a parte contrária, os contribuintes de determinado imposto. Essa relação-base necessita ser anterior à lesão.

Os chamados interesses individuais homogêneos são uma categoria peculiar, porque não se trata aqui de defesa de direitos coletivos, mas de defesa coletiva de direitos individuais. Na verdade, cuida-se de direitos tipicamente individuais, fracionáveis, aos quais o direito concede a possibilidade de defesa coletiva, em razão de possuírem uma origem comum, a coincidência de situações jurídicas entre os vários lesados entre si ou entre eles e ou a parte contrária.

Diferentemente das *class actions* do direito americano, que adotou a legitimação baseada na “adequada representação”, ou seja, legitima-se qualquer integrante do grupo, classe ou categoria interessada para o ajuizamento da ação coletiva, atuando como representante dos demais interessados sem que seja necessária outorga expressa de poderes, mediante a notificação adequada dos membros do grupo (*fair notice*) para fins de opção do *right to opt out*⁹; nas ações civis públicas brasileiras o critério adotado é o da pré-constituição das associações legitimadas, de forma que a legitimidade ativa é atribuída pela lei apenas a determinados órgãos ou entidades (GIDI, 2012).

A escolha do legislador brasileiro se esteia no entendimento de que a concessão de legitimação para agir a órgãos públicos apresenta maior probabilidade de êxito na implementação da tutela coletiva, em virtude da sua melhor estruturação para a promoção da respectiva defesa em juízo, somado à possibilidade de adoção da regra da indisponibilidade da ação, vantagem que seria inviável com relação ao particular legitimado.

O art. 5º da LACP e art. 82 do CDC criaram uma espécie de legitimidade ativa *ad causam* concorrente e disjuntiva para ajuizamento das ações civis públicas de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, aos direitos dos consumidores e outros direitos difusos ao Ministério Público, Defensoria Pública, pessoas jurídicas da administração direta e indireta, associação que esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil que inclua entre suas finalidades institucionais a proteção do bem jurídico objeto da lide.

⁹“Os sistemas que tem por base a class action adotam a legitimação fundada na “adequada representação”. Em outras palavras, significa que os princípios correlatos ao devido processo legal se confirmam, então, pelo controle dessa legitimação pelo juiz. É que as partes “representam” a classe, ou seja, a classe está presente no julgamento. O contraditório e a ampla defesa são garantidos pela notificação adequada dos membros do grupo (*faire notice*) - e, como consequência, são estabelecidos o *right to opt out* - direito de exclusão ou “de saída” do membro da classe - e o *binding effect* - vinculação por extensão subjetiva da coisa julgada. (DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETTI JUNIOR, Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 13 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 214).

Ditas leis, conquanto delineiem os principais quadrantes do microsistema, não têm a pretensão de serem exaustivas. Deveras, existem outras legislações que especificamente tratam do processo coletivo, a compor o mesmo microsistema. Por exemplo a Lei nº 9.868/1999 (LADI) e outras.

No Brasil, que tem um microsistema de processo coletivo, bastante amplo, ele não está disponível para todos os litígios, mesmo que coletivos. Diga-se, se os litígios coletivos são próprios da sociedade globalizada, o processo coletivo é contingente, variando de país para país. Por exemplo o parágrafo único do art. 1º da LACP excluiu do processo coletivo os litígios sobre questões tributárias de contribuição previdenciária ou FGTS, inobstante, é mais provável que os litígios tributários sejam coletivos se decorrer de uma exação tributária geral. Portanto, os conceitos de processo coletivo e de litígio coletivo não são sinônimos. Mesmo que exista no ordenamento jurídico a previsão de ações coletivas, os litígios coletivos podem ser tratados em ações individuais. Tanto assim que o sistema de precedentes obrigatórios do art. 982 do CPC preveem que os precedentes ainda que fixados em processos individuais se aplicam também aos coletivos. Em resumo o processo coletivo é a melhor maneira de se prestar tutela jurisdicional para os litígios coletivos, mas ele pode não ser a única, ou mesmo nem ser previsto no ordenamento daquele país. Pelo fato de não existir um sistema de processos coletivos não se defluiu a inexistência dos litígios coletivos, que são ínsitos à sociedade contemporânea e podem ser resolvidos de outra forma, jurisdicionais ou não, ou seja, a realidade dos litígios coletivos tem diversas facetas. A disponibilidade do processo coletivo também não significa que seja a melhor solução individual, do ponto de vista estratégico: a ação individual costuma ser mais célere e com mais chances de êxito, porque implica um impacto financeiro mais reduzido (VITORELLI, 2020, p. 46-52). Embora lícita, essa alternativa “(...) prejudica a qualidade e a economicidade da prestação jurisdicional, propicia julgamentos contraditórios, em prejuízo ao princípio da isonomia, e impede que o problema seja solucionado como um todo, a partir da consideração completa de seus elementos” (VITORELLI, 2020, p. 52). É aqui que o processo estrutural entra em cena.

4.5 O PROCESSO ESTRUTURAL

Na tradição jurídica o processo é um veículo para disputas entre partes privadas sobre direitos privados, mas há um novo modelo de litigação, a “litigação de interesse público” (*public law litigation*), na fala de Abram Chayes professor da Universidade de Harvard, citado por Didier Junior e Zaneti Junior (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2019, p. 49).

O perfil do litígio estratégico é solucionar demandas que não se limitam a fronteiras, com violações sistemáticas a direitos coletivos que não tem amparo no Poder Judiciário (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2019, p. 51).

A complexidade da matéria atinente à implementação de políticas públicas exige a mudança de um modelo responsivo e repressivo do Poder Judiciário, sob a ótica do processo civil do estado democrático constitucional adotado pelo CPC, para um modelo resolutivo e participativo, antecipatório aos fatos lesivos, no qual o juiz se coloca a par da centralidade do processo, trazendo para o processo a ampla participação de todos envolvidos, inclusive da sociedade civil, objetivando a construção de um “programa de resolução do conflito” (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2019, p. 52).

O processo estrutural objetiva uma atuação imediata nas estruturas, ou estado de coisas, dos quais nascem fatos contrários ao direito, atuando em seus efeitos, como extinguir ou modificar estruturas que sustentem a segregação racial em escolas públicas, um meio ambiente desagregado, sistemas prisionais atentatórios à integridade de internos, a inoperância do direito à educação infantil pela ausência de vagas em creches, a prática contínua de atos ilícitos em ambientes empresariais, a precariedade de sistemas de saúde pública. A ideia premente é a de que suprimida a causa, o efeito cessa (GALDINO, 2020, p. 40-41).

O desenvolvimento da ciência teve um papel fulcral também nos processos judiciais. Há um novo modelo de processos, criado a partir do caso emblemático de “*Brown X Board of Education*”¹⁰, cujas características simbólicas foram utilizadas para descrever um novo modelo de processo, denominados processos estruturais. Há um tipo de litígio coletivo que chamou a atenção dos juristas estadunidenses a partir de metade do séc. XX, os denominados litígios estruturais. São litígios decorrentes da maneira como a estrutura burocrática opera, geralmente de natureza pública, o funcionamento dessa estrutura é a causa que permite ou perpetua a violação em tela, de maneira que se a violação for removida o problema volta a se repetir, sem resultados empíricos relevantes, sendo necessária a mudança do funcionamento da própria estrutura em si. Geralmente os litígios estruturais envolvem estruturas públicas, porque essas afetam as condições de vidas de um grande número de pessoas e não podem ser simplesmente eliminadas como no caso de uma estrutura privada que é submetida à lei do mercado. Nesse conceito, estrutura vem a ser uma instituição ou um conjunto

¹⁰Na década de 1960 houve o julgamento do caso emblemático “*Brown X Board of Education of Topeka*” nos Estados Unidos da América, que ficou marcado pela capacidade da sociedade civil organizada e do papel desempenhado pelo Poder Judiciário, na concretização dos princípios constitucionais para a redução das desigualdades (SILVA NETO, 2019, p. 76).

delas, um programa ou uma política pública. Engloba também as estruturas privadas que prestam serviço público ou de utilidade pública, ou que embora sejam estruturas totalmente privadas são essenciais para a sociedade, não podendo ser eliminadas ou substituídas segundo as leis do livre mercado. É um fato que na sociedade contemporânea a vida social é bastante impactada por conglomerados empresariais, às vezes mais até do que por atos do poder público (VITORELLI, 2020, p. 52-53).

Uma das características dos processos estruturais é que incidem sobre problemas policêntricos. A policentria pode ser vista como uma teia de aranha: caso se puxe um dos fios, as tensões serão redistribuídas por toda a teia dentro de um complexo padrão, ao mesmo tempo cada fio é um centro de distribuição de tensão. Portanto o problema policêntrico é “(...) formado por diversos centros distintos de interesse, sendo cada um deles relacionado a todos os outros, e a solução de um depende da solução de todos” (GALDINO, 2020, p. 71-72). O autor entende que os dois termos sejam díspares, processos policêntricos e estruturais, nem sempre coincidindo, mesmo porque para alguns autores a policentria está presente em todos os processos judiciais. Mas é certo que todo processo estrutural tem elevado grau de policentria, principalmente se presente a multipolaridade (2020, p. 73-77).

Todo litígio estrutural é um litígio coletivo irradiado, embora o contrário não seja verdadeiro. É dizer uma violação que atinge diferentes subgrupos sociais, afetando seus interesses com intensidades diferentes, inexistindo uma perspectiva social compartilhada entre eles. Ademais os grupos atingidos detêm níveis diferentes de mobilização social, os subgrupos mais concentrados tendem a ser super-representados, em detrimento dos subgrupos mais difusos que são tão titulares do direito litigioso quanto àqueles. O policentrismo legal se explica pela presença simultânea de interesses juridicamente protegidos de diferentes subgrupos não enquadráveis nas categorias autor-réu. Ou seja, o litígio estrutural é um litígio irradiado em que a violação vem do funcionamento de uma estrutura pública ou privada, cuja solução exige a reestruturação do seu funcionamento. O mecanismo de reestruturação institucional é chamado de *structural injunction*, um conjunto de medidas de ajuste de condutas futuras, ao invés de compensar equívocos pretéritos, funcionando mais como um meio de realocação do poder, em que o juiz atua como agente de negociação (VITORELLI, 2020, p. 56-61).

O *public law litigation*¹¹ possui características distintas do modelo tradicional de processo: uma estrutura de partes não rígidas, não-bilateral mas expansiva, cujo conflito não se

¹¹ Vitorelli diferencia, segundo a doutrina estadunidense, a categoria de ações judiciais de interesse público (*public law litigation*), que impõe obrigações de fazer ou não fazer (*injunctions*) para a garantia de direitos fundamentais (*civil rights injunctions*). Se a ordem judicial para tutela de direito fundamental precisa reformar instituições

resolve como vencedor/vencido, sendo possível proteger parcialmente o interesse de todos, a instrução é prospectiva, onde o juiz é chamado não para analisar fatos pretéritos e sim para avaliar as consequências de programas alternativos de correção de políticas públicas, a tutela não é compensatória, é projetada de forma flexível, negociada, não se trata de uma lide entre particulares e sim uma reivindicação sobre políticas públicas; os efeitos da tutela geram consequências importantes para muitos indivíduos, inclusive os que não foram partes processuais; a decisão judicial não exaure a função jurisdicional, exige uma participação continuada do tribunal; o papel do juiz não é passivo, tem função ativa na instrução dos fatos e na organização do processo a fim de assegurar um resultado viável (GALDINO, 2020, p. 41-48).

Ocorre que os processos estruturais são longos, demandam uma conformação de representação complicada, capaz de dialogar entre diversos centros de interesses, titularizados por diferentes grupos de interesses díspares, por isso são evitados pelos legitimados coletivos e pelos juízes. Mas quando problemas estruturais são tratados em processos individuais os critérios de prioridade colapsam porque quem busca a jurisdição primeiro será atendido, substituindo os critérios administrativos por outros que não obedecem a lógica alguma, desorganizando filas de espera etc. Os litígios estruturais também podem ser objeto de processos coletivos não estruturais, quando o legitimado coletivo formula um pedido de caráter não estrutural, incapaz de solucionar o litígio. Essa distorção é percebida em litígios quanto às prestações de saúde pública. Definir os tratamentos e medicamentos fornecidos pelo SUS é um litígio estrutural, demandaria mudanças profundas na dinâmica do sistema, critérios científicos, orçamentos, e nenhuma ação individual ou coletiva pretende isso, objetivam medicamentos

inteiras se denomina *structural injunctions*. Já o processo coletivo estrutural se chama *structural litigation* (2020, p. 71). Outra distinção importante e muitas vezes confundida é a ideia de *structural litigation* de Owen Fiss a partir de 1979, com a ideia de *public law litigation* ou *public interest litigation* (processo civil de interesse público), expressão cunhada por Abram Chayes em 1976 para descrever processos que pretendem implementar direitos sob a responsabilidade do Estado para toda a sociedade e não somente para a parte em juízo, mediante uma ruptura com o comportamento impugnado e um reforço de legalidade, como “cumpra-se a lei”. Embora parecidos, há três diferenças marcantes entre o processo de interesse público e o processo estrutural. O processo de interesse público não objetiva a reestruturação de uma instituição obrigatoriamente, visa a implementação de um direito garantido, mas não efetivado, às vezes por um ponto cego da administração. Os processos de interesse público podem ser resolvidos como ação individual, seja na via do controle abstrato de constitucionalidade ou por meio de processos coletivos. Já o processo estrutural será sempre um processo coletivo. A terceira diferença é que nos processos de interesse público o polo passivo é apenas o Estado, enquanto nos processos estruturais podem ser também entes privados, já que nem sempre tutelam interesses públicos. Finalmente, os processos estratégicos são aqueles cujo objetivo não é a princípio a solução do litígio entre as partes, e sim estabelecer uma nova compreensão do direito para ser aplicada em outros casos, podem ser de direito público ou privado, sua condução se orienta não pelo interesse imediato da parte, mas pela melhor forma de sedimentar a tese jurídica defendida (2020, p. 74-86).

para uma pessoa ou grupo, sem atinar para o impacto orçamentário cumulativo que hoje alcança bilhões em condenações.¹²

Há casos em que o caso não recebe o tratamento adequado de processo estrutural, cujo resultado acaba pior do que antes do processo, implicando mesmo a negativa da tutela ao direito material perseguido, como ações pleiteando a realização de cirurgias em um processo individual, cuja sentença defere a sua realização imediata sem considerar a fila administrativamente organizada, desconsiderando a situação global da saúde. Ou na hipótese de deferimento de matrículas de crianças em creches, descumprindo a fila administrativa e superlotando salas de aulas, prejudicando o trabalho e a saúde dos professores e a própria educação (GALDINO, 2020, 27-28).

Concluindo, o processo estrutural é um processo-programa, não bilateral e policêntrico, objetivando a implementação de um plano de transformações duradouras sobre uma estrutura, seja uma política, uma instituição ou um programa, cuja disfuncionalidade é a causa do litígio. A reestruturação se faz pela elaboração de um plano concretizado paulatinamente com o intuito de modificar o comportamento da estrutura com vistas ao futuro, mediante a avaliação constante dos impactos da operação institucional, os recursos necessários, as fontes dos recursos, os efeitos colaterais do processo sobre os demais indivíduos e grupos que interagem com a estrutura (VITORELLI, 2020, p. 62-65).

Vitorelli lembra que no Brasil a decisão do poder público que determine a formulação de um plano gradual de mudança está prevista no art. 23 da LINDB, nada mais é que um regime de transição do estado de coisas que causou o litígio para o estado de coisas ideal, que dispõe que “a decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.” (2020, p. 69).

¹²Vitorelli faz referência a dois estudos empíricos, um ligado ao litígio das creches no estado de São Paulo, onde se concluiu que embora o altíssimo número de ações individuais, é baixo quanto ao tamanho do conflito, qual sejam as estatísticas de falta de vagas, o que associado à evidência de que o cumprimento das decisões judiciais é feito de forma não racional, geralmente obrigando a salas superlotadas receber mais uma criança, acarreta que o déficit de vagas não diminua no tempo. Outro estudo comparativo com os processos de prestações de saúde pública, envolvendo cinco países (Brasil, Índia, África do Sul, Indonésia e Nigéria), concluiu que o Judiciário brasileiro foi o pior em resultados concretos, referente aos impactos sociais das decisões judiciais, sendo que Índia, África do Sul e Indonésia conseguiram com um número bem inferior de julgados impactar a vida de mais pessoas que não as partes, porque enfocaram questões estruturais como deficiências na prestação e falhas regulatórias (2020, p. 64-65).

O processo estrutural se justifica com suporte na racionalidade entre meios e fins, prioriza a análise de uma relação teleológica, prospectiva, ante a relação causal ou retrospectiva. Baseia-se na relação entre estado de coisas e ação, relação essa expressa normativamente como normas-do-que-deve-ser e normas-do-que-deve-fazer. Entende-se que as normas validadas em uma comunidade expressam o desejo de alcançar certo estado ideal de coisas. Para alcançá-lo é preciso que os membros da sociedade considerem a adoção de certos comportamentos para alcançar o estado ideal de coisas, mediante mudanças práticas do estado de coisas (GALDINO, 2020, p. 123-128).

A distinção entre um processo estrutural e os tradicionais se dá com suporte na distinção entre normas-princípios e normas-regras. “Afirma-se, sim, que todo processo que busca, de modo imediato e como resultado, um estado de coisas é um processo estrutural” (GALDINO, 2020, p. 130) O processo estrutural é movido imediatamente pela busca de uma norma-princípio, de um determinado estado de coisas, mediatamente busca condutas, somente na medida em que elas sejam necessárias ao fim coligido. Ou seja, um processo estrutural busca de modo imediato um resultado normativo expresso em uma norma-princípio, o objeto mediato é um estado de coisas, com base na racionalidade entre meios e fins, exige-se condutas atinentes (normas-regra) à realização do estado de coisas ideal, o que envolve circunstâncias imprevisíveis. Portanto a conduta exigida não consta do pedido na petição inicial, diferente do previsto no art. 322 do CPC (GALDINO, 2020, p. 130-135).

Galdino explicita que outra questão atinente ao processo estrutural diz respeito às normas de segundo grau na instrução processual. As metanormas ou postulados normativos aplicativos são normas de sobredireito. Por exemplo a ponderação é utilizada no processo estrutural para escolher quais as “estruturas” possíveis. Na fase de preparação da ponderação entre fins e fins, “(...) devem ser submetidos a uma análise comparativa dos efeitos prováveis (...) a curto, médio e longo prazos, considerando os benefícios e prejuízos diretos e indiretos, entre outros elementos que possam interessar ao sopesamento” (2020, p. 148).

O processo estrutural teve sua linha de fundamentação teórica na classificação como um caso especial de ação racional ou racionalidade referente a fins, a partir de Max Weber, a qual possui uma construção sociológica baseada em raciocínio tipológico (GALDINO, 2020, p. 105-108, 255).

Audiências públicas e a intervenção de *amicus curiae* são comuns na adoção desse modelo de decidir questões complexas. A execução civil se desdobra no tempo, englobando as chamadas “medidas judiciais estruturantes”, perseguindo a satisfação da tutela específica das obrigações (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2019, p. 52, 53).

4.5.1 Críticas Ao Processo Estrutural

Adentrando na questão das decisões de caráter estruturante, em que os tribunais não deferem pedidos de modo direto, e sim detalhando medidas que devem ser levadas a sério pelos demais Poderes estatais, já que não há um modelo fechado de medidas estruturantes. Adite-se que medidas estruturantes pressupõe respeito institucional e vontade política de concretizar as medidas mediante o exercício das competências constitucionais para tanto, sem o quê, elas perdem sua eficácia e legitimidade, tornando-se simples apelos que geram no máximo constrangimento e justificativas dos demais poderes públicos, concluindo que não substituem a litigância individual, tratando-se de um processo de reforço e complementação. Em especial no Brasil onde a omissão administrativa e legislativa é prolongada e crônica, as decisões estruturantes apontam para uma solução sistêmica, inobstante demandas específicas e urgentes devam ser procuradas (SARLET, 2019, p. 1150-1552).

Ademais o autor questiona a afirmação de que as decisões estruturantes evitam dispersão, asseguram uma decisão política legitimada e inibem a litigância individual, particularmente quando não são atendidas pelos outros Poderes, mas principalmente quando elas intervêm de maneira incisiva na esfera de atribuição dos outros Poderes, retirando-lhes a autonomia funcional, podendo colidir de modo enfático na separação dos poderes e nos princípios democráticos, gerando maiores disfunções sistêmicas que as ações individualizadas. Conclui o autor a favor de uma cultura de complementariedade e reforço recíproco entre as ações estruturantes e as ações individuais e decisões convencionais. Adita que as multas aplicadas aos órgãos estatais são medidas em geral ineficazes ou de duvidosa adequação, pois além da resistência ao cumprimento superável por bloqueio de recursos públicos, implica em mais uma oneração do contribuinte-cidadão carente da proteção estatal, sem que se saiba quais as rubricas e recursos impactados com esse bloqueio. Portanto, a figura mais adequada seria um constante monitoramento, por intermédio de um plano de ação, com a nomeação de agentes designados pelo tribunal responsáveis pela decisão, acompanhamento do Ministério Público e de *experts* da sociedade civil, mediante relatórios periódicos, em analogia do monitoramento dos órgãos internacionais. Na verdade, esse plano deveria ser estruturado pelos demais órgãos estatais – em articulação entre a administração pública e o Legislativo, de modo dialógico, inclusive mediante técnicas de conciliação e mediação, que diminuam a resistência dos atores envolvidos –, e não um discurso de via única, a ser homologado pelo órgão judiciário, a fim de que as decisões estruturantes colaborem efetivamente na inibição de uma litigância errática e

individual, e ainda para uma cultura dialógica e de respeito institucional, somados aos efeitos de racionalização e efetividade do processo (SARLET, 2019, p. 1152-1555).

Vitorelli explicita que o processo estrutural encontra resistências em virtude de sua intervenção marcante em políticas, programas ou instituições públicas, a cargo de outros Poderes. A mais importante objeção é de que a separação de Poderes não admite a intromissão do Judiciário na função do Executivo. Essa crítica se iniciou no final da década de 1970 representada principalmente pela obra de Alexander Bickel (*The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1986) e no Brasil o maior crítico do ativismo judicial é Conrado Hübner Mendes (externado na obra *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011) sobretudo o realizado pelo STF. Em geral asseveram que é incompatível com a democracia a interferência dos juízes na vida social, por meio de atribuição de sentido a valores morais, apenas de modo genérico reconduzíveis à Constituição. Nos EUA entenderam que a cláusula constitucional do devido processo sirva apenas de modo procedimental, para garantir a igualdade de participação das minorias, sem que se extraia da 14^a Emenda direitos materiais (VITORELLI, 2020, p. 87-90).

Outra crítica mais incisiva da doutrina americana é a de que os juízes são irremovíveis, não são passíveis de responsabilização, suas decisões são finais, pelo que tomaram as rédeas do destino do povo para atingir resultados políticos, enquanto deviam permanecer vinculados ao texto constitucional, à sua semântica, às intenções originais do constituinte. Em resposta, a doutrina objetou que a Constituição, principalmente a norte-americana, é um documento antigo, redigido por homens de espírito cívico, mas não clarividentes, de modo que a evolução histórica e a complexidade social levam que a interpretação constitucional é inevitável e seu texto é um ponto de saída e não de chegada. A interpretação não pode ser somente semântica, tem que ser também social, política, econômica, com suporte na contribuição das ciências sociais para o Direito (VITORELLI, 2020, p. 87-90).

O acesso à justiça é bem mais escasso que o acesso às políticas públicas. Muitas pessoas que possuem condições materiais de ir até a secretaria municipal de educação ou ao posto de saúde não tem condições de ajuizar um processo judicial, portanto ao distribuir bens a partir do critério de acesso individual à justiça subverte-se a pirâmide de prestações estatais, de modo a atribuir mais prestações a quem já tem mais condições pessoais. O ponto de partida da “guerra de guerrilha” se baseia que se o Estado for mais processado nas áreas de políticas públicas mais ele investirá nessas áreas, beneficiando a todos. Inobstante esse raciocínio é falso por dois motivos: não há demonstração empírica desse raciocínio, depois é que se fosse

verdadeiro, esse comportamento estimula uma judicialização ao infinito. Individualmente até que essa estratégia não é ruim, caso o indivíduo tenha conhecimento da Defensoria Pública e tenha disponibilidade para comprovar renda etc., sua ação será ajuizada. O gargalo encontra-se no custo sistêmico dessa opção, cada vez mais necessidade de juízes, defensores públicos, advogados públicos, servidores públicos administrativos para cumprir as decisões, e no fim é o cidadão que paga por todo esse aparato estatal. Ou seja, o impacto econômico da transação para se obter políticas públicas pela via jurisdicional é significativo, porque o sistema de justiça tem um custo social alto. Adite-se que o processo estrutural pode combater as iniquidades das políticas públicas, decorrentes das distorções de representação da democracia, ao focar o problema em termos globais, reorientando o contexto geral da questão e fazendo uma realocação econômica, mostrando que a questão não se limita apenas à insuficiência orçamentária, mas à má distribuição dos recursos públicos, tendo o efeito de corrigir as distorções do sistema democrático e reajustar a influência política (VITORELLI, 2020, p.117-121).

Quanto à crítica baseada na teoria das capacidades institucionais, que focam nas restrições institucionais que devem se submeter os juízes na sua atuação, abstraindo de como um suposto juiz ideal decidiria a causa, atribuindo ao Executivo uma posição melhor para decidir se uma questão específica sustentada pela lei é adequada, na verdade essa teoria propõe a verificação empírica das capacidades das esferas governamentais para a tomada de decisão, e não uma aporia sobre o fato do Judiciário ser ou não capacitado em tempo, disponibilidade, instrução, para tomar uma decisão. Na verdade, no processo estrutural pátrio em regra tutela-se violações aos direitos fundamentais previstos na Constituição e dependentes de políticas públicas, e não somente discussões sobre escolhas de alocação de recursos. A atribuição de capacidade institucional superior ao Executivo parece uma idealização da atividade administrativa, porque na sociedade brasileira, quando se compara qual o órgão estatal em melhor posição para prover a melhor decisão, porque “o afastamento das autoridades eleitas das vontades e interesses de seus constituintes é um fenômeno bem demonstrado, assim como a existência de um considerável rol de pessoas que, conquanto exerçam cargos de gestão, não têm competência técnica ou capital político para tomar as decisões apropriadas” (VITORELLI, 2020, p.125).

Comparativamente, um juiz disposto a estudar o litígio, a ampliar o contraditório abrangendo os subgrupos impactados e usar sua posição imparcial para tomada de decisão que melhor atenda aos interesses da sociedade estará tão bem ou melhor situado que os gestores eleitos. Não há garantias de que decisão judicial será boa, mas essa garantia também não existe

quanto aos gestores eleitos, cuja posição na estrutura administrativa possui fragilidades a depor contra (VITORELLI, 2020, p. 121-126).

4.5.2 Ouvindo Os Integrantes Da Sociedade Afetada

É bastante comum as audiências públicas nos litígios estruturais, que os legitimados coletivos organizem eventos participativos para ouvir a comunidade atingida. Esses eventos podem ser visitas *in loco*, reuniões com representantes do grupo, audiências públicas e recebimento de documentos. Nesse sentido, Vitorelli aconselha a adoção, dentre outras, das seguintes premissas: 1) definição do grupo afetado pelo litígio estrutural, com a especificação dos subgrupos relevantes; 2) elaboração de um diagrama com os subgrupos mais intensamente lesados no centro e na periferia os menos afetados; 3) oitiva dos subgrupos afetados, mediante técnicas pluralistas e majoritárias de votação, de maneira a identificar os interesses predominantes no grupo, e também não ignorar questões minoritárias mas relevantes; 4) identificar os interesses da sociedade que sofreu a lesão, conhecer suas vontades e suas perspectivas. O legitimado pode formular pedido contra essas vontades desde que seja capaz de mostrar os motivos razoáveis, para que seja providenciada a representação adequada dos subgrupos se seus interesses forem incompatíveis com os defendidos na petição inicial, conforme o diagrama feito; 5) o pedido deve ser feito de forma estratégica, para fomentar o aumento de participação da comunidade no acompanhamento da estrutura responsável pelo ilícito (2020, p. 225-229).

Quanto ao equilíbrio entre maiorias e minorias na colheita de informações da comunidade, o principal óbice é a identificação do limite que equilibre a recepção de informações úteis e a preservação da governabilidade do processo. A abordagem majoritária corre o risco de virar uma simples votação, gerando incertezas e insatisfações. Já a abordagem pluralista necessita geralmente da adoção de representação distinta para cada subgrupo, o que pode tornar o processo mais confuso e dispendioso. Também há o risco do pluralismo se converter em paternalismo e elitismo na busca do melhor interlocutor, aumentando o distanciamento com as pessoas. O risco da escolha de um líder dentro do grupo tem efeitos colaterais, de cristalizar estruturas de poder inerentes ao grupo e se cristalizarem mais pela necessidade de interlocução com agentes, também há o risco desse interlocutor desenvolver uma agenda pessoal de prioridades, incompatível com os interesses dos representados. O legitimado deve evitar tomar partido ou se deixar instrumentalizar por parte do grupo, o melhor seria pluralizar a representação e deixar a cada subgrupo nomear seus próprios interesses.

Portanto, o ideal é combinar estratégias majoritárias e pluralistas, fiscalizando o legitimado a conjugação da vontade do subgrupo com a do representante (VITORELLI, 2020, p. 294-296).

5. A CIÊNCIA NA CONFORMAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Os direitos a prestações se subdividem em direitos a prestações em sentido amplo e em sentido estrito, estes últimos enquanto direitos a prestações fáticas que o indivíduo, se dispusesse de recursos necessários e mediante oferta suficiente no mercado, poderia obtê-lo de particulares. Portanto os direitos sociais são hipóteses de direitos a prestações em sentido estrito, dentre os quais o direito à saúde, demandando uma estrutura estatal constantemente construída pelo Estado, sendo certo que os recursos para a promoção desta estrutura são escassos (MARINHO; MOREIRA; NOGUEIRA, 2013, p. 125,127).

As políticas públicas também são previstas em convenções internacionais. A doutrina da convencionalidade surge com o processo de internacionalização do Direito Constitucional, a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, quando os países se uniram e criaram documentos internacionais reconhecendo direitos humanos oponíveis a quaisquer governos, criando órgãos de fiscalização para a efetiva implementação nos países signatários. O controle de convencionalidade tem caráter concentrado, quando realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na resolução de casos contenciosos, incumbida de efetuar o juízo de compatibilidade entre o ato violador com o Pacto de San José de Costa Rica, e caráter difuso, quando exercido por juízes nacionais no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, enquanto país que aceitou a jurisdição da Corte Interamericana. Parte da doutrina entende que não existe controle jurisdicional de convencionalidade realizado pelo Poder Judiciário brasileiro, já que o exame da adequação de um texto constitucional que um dia foi tratado internacional é controle de constitucionalidade. Caso o tratado seja recepcionado após a reforma da EC nº 45/2004 seria mais adequado dizer-se “controle de suprallegalidade” (ABBOUD, 2019, p. 558-561).

Na ADPF 347 MC/DF, em que se discute o estado de coisas inconstitucional dos presídios e presidiárias brasileiros, o Plenário do STF deferiu a cautelar para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão, mas com a observância dos prazos fixados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), bem como determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual

foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos. Deferiram a proposta do Ministro Roberto Barroso, de concessão de cautelar de ofício para que se determine à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao STF informações sobre a situação prisional (ADPF 347 TPI-REF- DF, STF, Plenário, v.m., rel. Alexandre de Moraes, DJE 19/02/2016 - Ata 13/2016. DJE nº 31, divulgado em 18/02/2016).

No Brasil, não há a previsão constitucional expressa do direito à garantia do mínimo existencial, diferentemente da Constituição alemã que não prevê direitos sociais típicos, os direitos sociais específicos previstos como saúde, moradia, salário mínimo, assistência social dentre outros, abarcam algumas dimensões daquele, embora os direitos sociais não devam ser reduzidos somente ao mínimo existencial. Poucas Constituições no mundo foram tão detalhistas e generosas como a de 1988 em matéria de direitos sociais, de modo que o caráter subsidiário do direito ao mínimo existencial deve ser chancelado. Analisando a jurisprudência do STF, embora não se posicione claramente em relação à eventual fungibilidade entre o mínimo existencial e o núcleo essencial o fim dos direitos sociais, a orientação adotada é que os direitos sociais e o mínimo existencial se referem às características individuais caso a caso, sendo de responsabilidade do Poder Público assegurar pelo menos as prestações sociais atinentes ao mínimo existencial sob pena de proteção insuficiente. Outrossim há que se atentar há proibição de retrocesso, na hipótese de supressão ou redução de prestações sociais já disponibilizadas nas políticas públicas, portanto quando já há legislação infraconstitucional e adequação de políticas públicas, que não podem ser arbitrariamente suprimidas do conteúdo essencial do direito social (SARLET, 2019, p. 1127-1552).

A não aceitação do conhecimento científico ao longo da história esteve associada a crenças religiosas, mas sua forma contemporânea e mais insidiosa é a que assume que o conhecimento é partidário. Com a pandemia, a questão ganha notoriedade, porque os cientistas se tornaram protagonistas do debate público. Cass Sunstein e co-autores discutem a questão em que reportam os achados de um experimento publicado na revista de neurociência *Cognition*, em 2019. Os autores mostram que tomar conhecimento da filiação política de um neurocirurgião ou matemático, por exemplo, afeta a percepção sobre sua competência. É o chamado “efeito halo”, ou de “derramamento afetivo ou epistêmico”: o valor negativo atribuído a pessoas na dimensão política “transborda” para outras dimensões. Mas há evidências de que efeito similar ocorre com os cientistas como grupo social. Em questões políticas, muitas pessoas preferem consultar aqueles portadores de visões políticas semelhantes às suas, criando o risco de ‘câmaras de eco’ ou “casulos de informação”. Os resultados demonstram que saber sobre as opiniões políticas alheias interfere na capacidade de aprender sobre sua competência em tarefas

não relacionadas. As descobertas têm implicações para a polarização política e o aprendizado social em meio às divisões políticas, levando a” decisões de busca de informações abaixo do ideal e erros de julgamento” (MARKS; COPLAND; LOH; SUSTEIN, SHAROT, 2019).

A solução da dogmatização¹³ não visa tanto a solução dos problemas do conhecimento ou da moral, seu objetivo principal é a rejeição de soluções consideradas perigosas pelas autoridades onde há uma hierarquia de comando, com o monopólio de decisões, que exigem para si uma infalibilidade fática ou dogmática, bem como a difamação das alternativas, distante da abertura e da tolerância. As pesquisas teóricas e empíricas referentes ao problema da relação entre o ser e pensamento trouxeram conhecimentos sobre as condições de dogmatização e fanatismo, entretanto, a solução dessa questão social-tecnológica não é suficiente para reformar a sociedade, pois esses sistemas institucionais escondem interesses fortes e dotados de meios políticos de poder, que se impõe para conservar essas convicções e fomentar as atitudes que as mantêm. A tradição do pensamento crítico, originado na antiguidade grega, ressuscitou sobretudo no pensamento científico e na cultura moderna liberal, de maneira que a crítica racional ganhe terreno e todos os campos, basta empregar os métodos compatíveis (ALBERT, 1976, p. 119-124).

Rodrigues desenvolve um estudo a respeito da controvérsia científica em torno do uso da “Cloroquina e/ou Hidroxicloroquina” no tratamento da COVID-19, cujo referencial teórico está vinculado aos estudos sociais da ciência, ramo da sociologia consolidado internacionalmente, cujo método utilizado foi a análise de discurso, focada em três dimensões da controvérsia: a científica, a política e a social. O estudo foi feito durante quase três meses de quarentena, a partir de falas de pesquisadores da área biomédica, em entrevista a jornalistas de quatro veículos distintos de televisão, não foi bem avaliada no contexto da pandemia de coronavírus. Conclui-se a ausência de cientistas sociais da ciência, ou mesmo uma abordagem mais transdisciplinar nas tomadas de decisões governamentais com relação ao contexto social epidemiológico em sociedades complexas, no sentido de que:

O governo brasileiro perdeu - e continua perdendo, posto que não se sabe bem o rumo que a epidemia ainda vai tomar - uma excelente oportunidade de, cuidadosamente, construir um plano amplo, transdisciplinar e transetorial capaz de mitigar uma série de efeitos, inclusive à economia, decorrentes da pandemia, não obstante aos exemplos que já observáveis em países onde a infecção iniciou mais cedo. A impressão que tenho (...) é que faltou liderança no desenvolvimento de projetos adequados de

¹³ A dogmatização é uma opção da práxis humana, ela ocorre quando a vontade de obter certeza triunfa sobre a vontade de se atingir a soluções de problemas, abertas às críticas, por esse motivo expostas à realidade e à resistência de outros indivíduos, o que fará com que a ideia se afirme ou fracasse. O fechamento dos sistemas de crenças não se configura como um mandamento da lógica ou de qualquer outra instância objetiva, mas sim uma imposição voluntária, dos interesses e das carências ocultados atrás dela, sua abertura inversamente, é uma questão de moral (ALBERT, 1976, p. 94).

enfrentamento à pandemia, tanto pelas dificuldades do Estado brasileiro, dada suas características de burocratizado, engessado, lento, como pelo atual governo, que não conseguiu, de forma ágil e democrática, propor um plano uníssono e articulado para a defesa e o cuidado de todos os cidadãos brasileiros, não obstante a algumas louváveis iniciativas (RODRIGUES, 2020).

A respeito do direito à saúde, a CF/1988 estabelece que esse direito é um dos direitos componentes da seguridade social, juntamente com o direito à previdência e à assistência social no art. 196. Sancionada em 1990, a Lei Orgânica da Saúde erige a igualdade da assistência à saúde a um dos dogmas dos SUS, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie, revela um descompasso com algumas ações judiciais onde se extrai a benesse de um tratamento não padronizado, de forma diferente da prevista no sistema, em detrimento dos demais pacientes em igualdade de condições, bem como das demais prioridades do SUS (art. 7º, IV, Lei nº 8.080/1990).

Deve-se admitir, até por imperativo de ordem constitucional, que somente as ações planejadas e fundadas em critérios técnicos, envolvendo conhecimentos multi e interdisciplinares, como medicina, ciências sociais, estatística, direito, farmácia, poderão, em tempo razoável, levar à efetivação do direito fundamental à saúde, ampliando progressivamente o atendimento ao maior número de enfermos, ao mesmo tempo elastecendo o campo das ações preventivas.

A gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só se viabiliza mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos, naturalmente escassos, da forma mais eficiente possível. Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, o que prejudica ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada.

Para decidir o melhor tratamento, os indivíduos recebem vários estímulos, os quais nem sempre correspondem ao que lhe trará a cura, a prevenção da recorrência, a reabilitação ou a melhora de vida. Há três critérios para a decisão sobre qual o tratamento. O primeiro critério e mais precário é a decisão por indução, ou seja, por experiência pessoal. O segundo critério se dá pela sedução, ou seja, pela opinião de especialistas, colegas, sem apoio de evidências, neste caso inclua-se a propaganda da indústria farmacêutica. Por fim, há o critério da dedução, mediante estudos controlados e randomizados. É com esteio neste critério que se baseia a medicina baseada em evidências, alicerçada em uma pirâmide de níveis de evidência para tomadas de decisões clínicas, como a seguir:

FIGURA 1 – Pirâmide dos níveis de evidência científica. A relevância das evidências científicas, conforme representação abaixo, aumenta de acordo com o tipo de estudo ou pesquisa realizada.



Fonte: Cook DJ, Guyatt GH, Laupacis A, Sackett DL, Goldberg RJ. Clinical recommendations using levels of evidence for antithrombotic agents. *Chest*. 1995 Oct;108 (4 Suppl):227S-230S.

Segundo essa pirâmide, o mais básico estudo descritivo é o relato de caso ou série de casos, mediante a descrição detalhada de um caso clínico ou uma série de casos, formulando hipóteses.

O estudo com corte analítico é um método prospectivo de análise longitudinal de grupo de pessoas seguidas juntas em um período de tempo, divididas em dois grupos para fins científicos, as pessoas expostas e as não expostas, a fim de estabelecer a etiologia e fatores de risco.

Os estudos observacionais ou caso-controle são retrospectivos, ou seja, partem da doença e são úteis para doenças raras, novas ou com longo período de latência.

O ensaio clínico randomizado é o chamado “padrão ouro” para a avaliação de terapêuticas por produzir a mais fortes evidências de causa e efeito, pelo qual se realiza um estudo analítico experimental, prospectivamente avaliando a eficácia do tratamento, mediante a definição de uma pergunta, da população objeto da pesquisa, dos critérios de inclusão e exclusão, calcular o tamanho da amostra, definir dose e tempo de seguimento e o método de mensuração clínica, mediante duplo cego. A randomização minimiza o viés de seleção e produz dois grupos homogêneos, o critério duplo cego diminui a tendenciosidade na aplicação da intervenção, acompanhamento e diagnóstico final, sendo o único desenho possível para novas drogas.

A revisão sistemática de literatura é um estudo secundário, que sintetiza estudos primários, ou seja, pesquisas originais publicadas, com métodos claros, específicos e produtíveis, considerada atualmente o melhor método de pesquisa para o conhecimento das evidências científicas disponíveis para responder questões na área de saúde. Existem bases de dados das revisões sistemáticas mundialmente respeitadas objetivando o mapeamento das

evidências, quais sejam o Pubmed (www.pubmed.gov), a Biblioteca Virtual em Saúde (<http://brasil.bvs.br/>), a LILACS (<http://lilacs.bvsalud.org/>), a Cochrane Library (www.cochrane.org), SciELO, dentre outros, os quais norteiam a busca por eficácia/efetividade dos tratamentos de saúde.

No SUS, a avaliação quanto à incorporação de novos medicamentos ocorrerá a partir dos preceitos da medicina baseada em evidências e deverá demonstrar a eficácia, a efetividade, a eficiência e a segurança do medicamento. Como assentou o min. Gilmar Mendes no voto proferido na STA nº 175, o “Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da Medicina com base em evidências”, com a conclusão de que a política pública deverá privilegiar o tratamento do SUS “sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente” (STF. STA 175/CE. Tribunal Pleno. Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes. v.u. DJE nº 76, divulgado em 29/04/2010. Ementário 2399-1).

O procedimento formal de padronização de um medicamento está previsto no art. 19 da Lei nº 8.080/1990, requer análises técnico-científicas a partir das melhores evidências disponíveis e acompanhadas por estudos de impacto financeiro para o sistema público de saúde brasileiro, sendo obrigatório que a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias – CONITEC, avalie a eficácia, efetividade, segurança e custo-efetividade da tecnologia, por meio de um processo administrativo instaurado com essa finalidade.

A incorporação de novas tecnologias em saúde, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela criteriosa avaliação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), criada pela Lei nº 12.401 de 28/04/2011 (art. 19-Q).

A CONITEC é um órgão colegiado de caráter permanente, vinculada à Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos (SCTIE) do Ministério da Saúde, a qual é responsável pela incorporação de tecnologias no SUS e assistida pelo Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde (DGITS). Sua composição contará com a participação de 1 (um) representante indicado pelo Conselho Nacional de Saúde e de 1 (um) representante, especialista na área, indicado pelo Conselho Federal de Medicina. Neste sentido, os Enunciados 33, 57 e 103 da Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça recomenda aos juristas a análise dos pareceres técnicos da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e da Conitec para auxiliar a prolação de decisão ou a propositura da ação¹⁴.

¹⁴ ENUNCIADO Nº 33: Recomenda-se aos magistrados e membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e aos Advogados a análise dos pareceres técnicos da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e da

Para os medicamentos de dispensação em caráter excepcional, o Ministério da Saúde estabeleceu os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) para as patologias em tratamento com os medicamentos do Programa. Os Protocolos foram publicados no Diário Oficial e deram origem ao livro Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – Medicamentos Excepcionais, para evitar que a variabilidade da práxis médica ou das diferentes literaturas afetem a racional dispensação de medicamento; que a influência da propaganda da indústria farmacêutica direcione as políticas públicas de saúde; que medicamentos com diversas indicações, muitas vezes sem respaldo científico e sem registro, ou com estreita janela terapêutica, sejam adotados no âmbito do SUS, considerando o impacto financeiro e a disponibilidade orçamentária dos entes envolvidos.

O relatório da CONITEC no SUS levará em consideração, necessariamente as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso; a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível (art. 19-Q).

Em suma, o que se quer ressaltar é que os PCDTs são resultado de consenso técnico-científico e formulados dentro de rigorosos parâmetros de qualidade e precisão de indicação. Portanto, em havendo Protocolo que abrange a patologia que constitui a causa de pedir, verifica-se ofensa às normas referidas o deferimento de medicamento ou tratamento que não foi submetido a criteriosa análise multidisciplinar, ou ainda pior, que já o foi e não teve comprovada sua eficácia e segurança para a vida e saúde do paciente.

Dessa forma, conclui-se que deve ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso,

Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (Conitec), para auxiliar a prolação de decisão ou a propositura da ação.

ENUNCIADO Nº 57: Em processo judicial no qual se pleiteia o fornecimento de medicamento, produto ou procedimento, é recomendável verificar se a questão foi apreciada pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC.

ENUNCIADO Nº 103: Havendo recomendação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS - CONITEC pela não incorporação de tecnologia, a determinação judicial de fornecimento deve apontar o fundamento e a evidência científica que afaste a conclusão do órgão técnico, em razão da condição do paciente.

inclusive, há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos.

Outra questão que merece relevo é que um dos princípios norteadores da chamada judicialização da saúde envolve a análise de que se medicamento requerido possui registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, autarquia federal em regime especial, criada no "modelo" das chamadas agências reguladoras e incumbida com a função institucional de proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive o registro, a fiscalização de produção e comercialização de medicamentos, conforme artigos 6º e 8º da Lei nº 9.782/1999. Há vedação legal de fornecimento de medicamentos sem registro prévio nesta autarquia, nos termos do artigo 12 da Lei nº 6.360/1976. A fim de permitir a efetivação de seus fins institucionais, a Agência foi dotada pela Lei nº 9.782/1999 de amplo poder normativo sobre os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública, nos termos do artigo 8º da lei supracitada.

A respeito do tema, o STJ, ao modular os efeitos da decisão prolatada no REsp 1657156/RJ, estabeleceu que, para os processos envolvendo a concessão de medicamentos, distribuídos a partir de 4 de maio de 2018, há exigência cumulativa dos seguintes requisitos: a) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; b) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; e c) existência de registro do medicamento na Anvisa, observados os usos autorizados pela agência.

Salienta-se que, nos termos da tese fixada nos EDcl no REsp 167156/RJ, é vedado o deferimento judicial de medicamento sem registro na Anvisa, ainda que o medicamento tenha autorização de importação pela agência. Isso porque não se pode confundir a situação em que o medicamento sem registro na Anvisa tenha a autorização de uso *off label* pela agência, com a hipótese de autorização de importação de medicamento não comercializado no país.

Portanto, se o medicamento não possuir registro na Anvisa, além dos pontos fixados pelo STJ, ainda deve se atentar para os parâmetros fixados pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da repercussão geral no julgamento do RE 657.718 – Tema nº 500: O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais; a ausência de registro na Anvisa impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial; é possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº

13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil; as ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União (STF. RE 657718. Rel. min. Roberto Barroso. Plenário. DJ: 22 de maio de 2019)

No Recurso Extraordinário nº 566471 (Tema 6), o STF entendeu não ser possível, como regra, obrigar o poder público a fornecer medicamentos não incorporados à política pública do SUS. Já é possível concluir que a judicialização da saúde somente será admitida: quando houver comprovação de hipossuficiência financeira; quando houver laudo médico comprovando a necessidade do medicamento; quando os laudos forem elaborados por perito de confiança do magistrado; quando os laudos estiverem fundamentados na medicina baseada em evidências científicas; quando houver prova de que não há substituto terapêutico ou medicamento similar já dispensado pelo SUS (aferível com certificação pelo CONITEC/Ministério da Saúde); quando o medicamento estiver em análise para incorporação ao SUS e o prazo para análise tenha extrapolado, semelhante ao que fixado para o registro na Anvisa.

Saliente-se que nas ADPF 770 MC-Ref/DF e ACO 3451 MC-Ref/MA, o Plenário do STF referendou medida cautelar concedida contra ações e omissões do Poder Público Federal, especialmente da Presidência da República e do Ministério da Saúde, consubstanciadas na mora em fornecer à população um plano definitivo nacional de imunização e o registro e acesso à vacina contra o novo coronavírus, para assentar que os Estados, Distrito Federal e Municípios, no caso de descumprimento do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19, ou na hipótese de que este não proveja cobertura imunológica tempestiva e suficiente contra a doença, poderão dispensar às respectivas populações as vacinas das quais disponham, previamente aprovadas pela Anvisa, ou se essa Agência governamental não expedir a autorização competente, no prazo de 72 horas, poderão importar e distribuir vacinas registradas por pelo menos uma das autoridades sanitárias estrangeiras e liberadas para distribuição comercial nos respectivos países ou, ainda, quaisquer outras que vierem a ser aprovadas, em caráter emergencial (Plenário, Relator Min. Ricardo Lewandowski, v.u., Sessão Virtual de 12.2.2021 a 23.2.2021).

Popper afirma que entre os principais obstáculos ao progresso da ciência estão os de natureza social, os econômicos (seja pelo excesso ou pela falta de recursos) e os ideológicos.

(POPPER, 2004, p. 70). O autor faz uma distinção entre ciência e ideologia, caracterizando a ideologia como “(...) qualquer teoria não-científica ou credo ou visão de mundo que se comprove atraente, e que interesse às pessoas, incluindo os cientistas” (POPPER, 2004, p. 75).

Alude a diferença entre revolução científica e ideológica, sendo certo que algumas vezes a científica induz a uma revolução ideológica, como a teoria de Darwin, ou a de Copérnico que atingiram valores religiosos, ou a revolução da física de Einstein (POPPER, 2004, p. 75-84).

As projeções científicas para o avanço da pandemia da COVID-19 no Brasil estão se confirmando, com um alto número de infectados em curto período de tempo e colapso na rede hospitalar e mesmo funerária. Para reverter essa situação calamitosa, os governos estaduais e municipais têm adotado medidas cada vez mais restritivas a fim de evitar a circulação de pessoas em ambientes públicos e conseqüentemente estancar a circulação do coronavírus. Para além dessas medidas, o Ministério da Saúde, outros órgãos públicos, a mídia tradicional (jornais, televisão e rádio) e algumas redes sociais virtuais, como o Facebook, têm se empenhado no combate a propagação de notícias falsas, buscando esclarecer a população quanto às informações com base no método científico e conscientizando as pessoas para evitar a situação caótica. Inquieta por informações sobre o vírus, a população compartilha diversos textos e vídeos, entretanto sem confirmar a veracidade dessas notícias, repassando notícias falsas, as chamadas *fake news*, o que tem causado desinformação, medo e pânico generalizado aos receptores. Ainda não se consegue mensurar quais serão os impactos que a pandemia do novo coronavírus causará no contexto social brasileiro, especialmente no tocante à alfabetização digital, ou seja, com relação à conscientização da população na identificação de quais são notícias verdadeiras e de quais as falsas dentro do ambiente virtual (SOUSA JÚNIOR; RAASCH; SOARES; RIBEIRO, 2020).

A pandemia do covid-19 estampou uma verdade incômoda, é bastante difícil coordenar o comportamento de uma comunidade, ainda quando se trate de questão de vida ou morte. Ainda há no mundo todo uma hesitação em relação à tomar a vacina para se prevenir do coronavírus. Caso essa negação fosse de um grupo grande o suficiente para colocar em risco a chamada imunidade de rebanho os governos democráticos estariam em um dilema entre obrigar a população a se vacinar e respeitar as opções individuais. O mesmo acontece em relação ao distanciamento social e ao uso de máscaras, álcool gel. Isso se dá em virtude de informações falsas sobre máscaras e vacinas, bem como pela propagação de tratamentos ineficazes dificultam coordenar a conduta dos cidadãos. Um dos piores cenários é o chamado “balbucio epistémico”, hipótese em que a capacidade das pessoas de distinguir entre a verdade e a ficção

se perde completamente. Nesse sentido, garantir a segurança epistêmica em sociedades democráticas é essencial para prevenir catástrofes no século XIX, a depender de que as pessoas confiem nas informações seguras disponíveis. A realidade que se descortina é a de que o ataque ao conhecimento é uma das maiores ameaças globais na era da pós-verdade. Cada dia se torna mais difícil garantir a boa informação de qualidade às pessoas (SERGER, 2021).

Serger agrega quatro tendências principais que exacerbam a problemática de respostas rápidas às sociedades frente às crises urgentes. Primeiro a escassez de atenção haja vista a sobrecarga de informações, sendo difícil filtrar boatos das informações, onde a abundância de informações e as limitações das atenções criaram uma “economia da atenção” disputada, na qual os gestores públicos, artistas, jornalistas e grupos de interesse competem pelas visualizações. Algumas estratégias apelam para as emoções e crenças das pessoas e são mais eficazes quando comparadas à verdade. Segundo é a formação de “filtros bolha”, em que as pessoas são expostas a comunidades de valores compartilhados nas plataformas de redes sociais, preferindo prestar atenção às pessoas que desfrutam da mesma mentalidade. A consequência epistêmica dos filtros bolha é a “racionalidade limitada”, já que o acesso à informação está limitado obstruindo o bom raciocínio e a tomada de decisões. Terceiro é o chamado “adversários”, atores que manipulam intencionalmente informações para confundir os destinatários e leva-los a crenças falsas, organizando ataques com suporte em informações enganosas como uma campanha política usando a tecnologia *deepfake* produzindo vídeos falsos sobre outros candidatos nas eleições. Há também os “desajeitados”, que espalham notícias falsas de maneira acidental, como no caso de comentários alarmistas sem segunda intenção e que causa uma reação negativa nas redes sociais. A quarta questão é a erosão da confiança, já que os seres humanos usam filtros como entonação vocal e toda uma linguagem corporal para confiar em seus semelhantes, ou a proximidade social. Ocorre que as tecnologias de informação contemporâneas podem minar esses critérios, por meio de filtros bolha que agigantam as opiniões de minorias dando a impressão que são amplamente aceitas quando não são, especialmente quando narrativas extremistas parecem mais convencionais do que são. Discursos gerados de maneira artificial e vídeos *deepfake* são tecnologias que interferem na nossa tendência subconsciente a busca de sinais de honestidade na linguagem corporal. A informação da imprensa é muitas vezes um privilégio de tempo e recursos, portanto tomada de decisões públicas que exigem não só recomendações sensatas e vacinas seguras não são suficientes, o público alvo tem que acreditar nas soluções e nas pessoas que as oferece (SERGER, 2021).

Nesse sentido, a Comissão Europeia acentuou que o discurso democrático nas plataformas eletrônicas próprio das sociedades abertas à liberdade, à tolerância e à pluralidade, está sendo inibido e atacado pela viral propagação de discursos de ódio, de conteúdo xenófobo e misógino nas redes sociais da internet, que criaram um espaço público virtual, cujo papel se torna cada vez mais primordial à sociedade contemporânea. Some-se às notícias falsas ou *fake news* que guiam os eleitores e os cidadãos pelas emoções e não pela racionalidade, que é o baluarte das democracias liberais. Há dois modelos normativos para a remoção de conteúdos ilícitos da internet, não excludentes: a reserva de jurisdição agasalhada no Brasil e a autoregulação. No Brasil o Marco Civil da internet (Lei 12.965/2014) não contempla especificamente as redes sociais e estabelece que o provedor de conexão à rede não é civilmente responsável por conteúdo gerado por terceiros, somente por danos decorrentes se descumprida ordem judicial específica deixe de remoção de conteúdo ofensivo, baseado em ampla discricionariedade judicial. Já a autoregulação impõe diretamente aos provedores da internet o dever de remover conteúdo ilícito após a reclamação do ofendido, indicando exatamente o que deve ser excluído. A Comissão Europeia já adotou um a decisão-quadro para a persecução penal dos ilícitos relacionados a discursos de ódio. O grande desafio frente à proliferação de discursos de ódio e das *fake news* na internet é inovar em soluções adequadas à instantaneidade digital, já que o Direito originário da era analógica não oferece soluções satisfatórias (CUEVA, 2018).

Albert se apoia nos resultados e métodos do pensamento crítico para a tarefa do esclarecimento, mediante a formação da consciência social para a crítica à ideologia, em sentido amplo (católica, marxista, fascista etc.), para a correção de determinados preconceitos, enfim para reduzir a irracionalidade da opinião pública, seja em qualquer ramo da ciência, como na religião, no direito. Há preconceitos muito atuantes, morais, políticos, teóricas etc., cuja crítica jamais irá suprimi-los, o que geraria um vácuo de valor, mas que são revistas mediante os resultados de todas as ciências, como o que aconteceu com as ideias de Darwin, Galileu, Newton, Einstein, Marx, Freud etc. (ALBERT, 1976, p 112-113).

Oliveira observou a necessidade de discussão metodológica de um método jurídico tendente à abordagem epistemológica chamada “direito e políticas públicas”, de criar ferramentas teóricas para o controle da consistência da decidibilidade dos conflitos inerentes à execução dos programas de ação das políticas públicas, envolvendo a natureza do campo de estudos jurídicos atinentes às políticas públicas e sobre o papel do direito para cumprir o roteiro das políticas públicas no cenário político. Constatou a ausência de instrumentos normativos pátrios, leia-se sanções efetivas, que vinculem o gestor público à continuidade das políticas públicas traçadas nos planos macro e mesoinstitucional, independentemente dos fatores

político-ideológicos. Os poucos mecanismos que a dogmática jurídica oferece para a continuidade das mesmas estariam no plano plurianual do orçamento e na previsão inserta na Constituição de que o plano nacional de cultura seja plurianual, de modo que uma das contingências da relação entre o direito e a política é que há a possibilidade do tomador da decisão política, eleito democraticamente pela comunidade objeto dessa política, deixar de executar referida política por fatores político-ideológicos ou simplesmente contingenciar recursos financeiros que lhe deem sobrevida, inviabilizando sua concretização. Concluiu pela necessidade de uma heurística em constante manutenção e crítica das estruturas que sustentem a firmeza dessa construção teórica e ao mesmo tempo ofereça mecanismos que dotem essa construção de funcionalidade, repensando os instrumentos disponíveis para que as políticas públicas concretizadoras do Estado de Direito promulgado na Constituição atual não se converta “(...) em promessas que se dissipam ao sabor das idiossincrasias do governante do momento” (OLIVIERA, 2020).

Charles Kirschbaum faz um estudo sobre como melhorar a relação entre ciência e sociedade, em que “(...) medita as instituições ligadas à ciência no país poderiam promover maior participação e inclusão no processo de desenvolvimento de conhecimento científico e na sua difusão ao grande público?” (2020, p. 1). Defende o ponto de vista de pensar a ciência como parceira de um projeto democrático, resistindo à tendência de se implementar tecnocracias e a censura – mesmo perante aqueles que sustentam a desinformação –, sendo que qualquer escolha envolve perdas e ganhos, desde que se parta de um pressuposto imprescindível, o diálogo deve incluir todos, mesmo aqueles com os quais discordamos. Frente à crise da pandemia de covid-19 no Brasil a partir de maio de 2020, vozes da área política depositam esperanças na ciência. A expectativa social é que a ciência tenha condições de estabelecer fatos objetivos e imparciais, fornecendo diretrizes aos formuladores de políticas públicas. Em relação a uma eventual “República da ciência”, entende que a aceitação da ciência como supremacia se dá pelo reconhecimento do seu método, mas esse reconhecimento somente é possível se os próprios cidadãos forem racionais. Outra opção mais comum é a tecnocracia, quando a elaboração de políticas públicas é ditada por cientistas, protegidos por uma forte estrutura institucional. O ponto negativo é a falta de legitimidade das decisões e o desgaste da confiança na ciência perante os cidadãos. Às vezes uma leitura falha da desconfiança na ciência é vista como ignorância por parte dos formuladores das políticas públicas, quando na verdade o indivíduo experimenta grande frustração devido à incerteza, é apenas o primeiro degrau para que o diálogo se estabeleça, bem melhor que a indiferença (KIRSCHBAUM, 2020, p. 02).

O autor entende que o cenário de enfrentamento da pandemia é o seguinte: não há nem de longe um “cientista rei” no poder, não há uma tecnocracia que possa impor suas diretrizes, somando-se o dilúvio de informações, a polarização política e a superficialidade dos argumentos. Mesmo assim os cientistas querem recuperar décadas em algumas semanas para educar melhor, melhorar o diálogo (KIRSCHBAUM, 2020, p. 3).

O autor então expõe quatro perguntas com vistas à comunicação e inclusão científica. A primeira é “O que a ciência pode aprender com os ‘não cientistas?’”. Nesse ponto é importante perceber que a ciência não é uma via de mão única, não cientistas detêm conhecimentos que são fundamentais, de modo que a *expertise* pode emergir de forma relacional, em rede, com muitos autores detentores de conhecimento, portanto é necessário refletir sobre a relação entre o conhecimento científico e o conhecimento leigo (KIRSCHBAUM, 2020, p. 03-04).

A segunda pergunta é “quais as possibilidades de inclusão de não cientistas no desenvolvimento de conhecimento?”, o reconhecimento do valor do conhecimento leigo leva normalmente à conclusão de que a ciência passe a aumentar a inclusão de não cientistas no processo de descoberta, o chamado “inclusionismo”, como a escola do ator-rede (ANT, de Actor-Netword Theory), as “tecnologias da humildade” (JASANOFF, 2007 *apud in* KIRSCHBAUM, 2020, p. 4). Por outro lado, os críticos do “inclusionismo” se referem ao risco de se confundir o conhecimento compartilhado com fatos estabelecidos pela ciência, sugerindo que o excesso de *stakeholders* sejam consultados ocasionalmente. Esses questionamentos impactam as instituições de apoio à ciência, com perguntas como em que momento se deve incluir os *stakeholders*, quais os desenhos institucionais para engajar o público. Tal questionamento é importante atentando-se para o fato de que o Brasil é um dos piores países do mundo em quantidade de testes *per capita*, imaginando quanta informação relevante se pode obter com a colaboração de líderes comunitários (KIRSCHBAUM, 2020, p.04).

A terceira pergunta é “como as pessoas mudam suas opiniões?” O autor entende que as pessoas confiam na ciência, desde que os achados não se choquem com suas crenças ou seus interesses econômicos. Cita como exemplo a impossibilidade de manter o isolamento social nas famílias de baixa renda que não podem usufruir do trabalho remoto, cuja solução seria fornecer suporte econômico financeiro para que fiquem em isolamento seguro, entretanto, gasta-se tempo com falsas soluções ou campanhas emotivas. Outra questão problemática é o crescimento de ideologias conservadoras, que por definição resistam mais à ciência, cujo problema é muito mais de pacto social, cuja solução talvez esteja com um engajamento e negociação (KIRSCHBAUM, 2020, p. 05-06)

A quarta e última pergunta diz respeito à “em que medida a tradução da ciência poderia ser adaptada para aumentar sua eficácia?” O autor alude que para se alcançar a eficácia comunicacional, muitas vezes se sacrifica a racionalidade e objetividade científica. Cita como exemplo agentes de saúde que apelam para crenças religiosas a fim de traduzir diretrizes médicas aos pacientes (LOTTA; MARQUES, 2019, *apud in* KIRSCHBAUM, 2020, p. 06), o que leva a uma contradição, como educar cidadãos críticos e céticos se a comunicação se baseia na religiosidade?

Portanto é melhor para o campo da ciência o modelo criticista, no qual o pensamento se emancipou do motivo da segurança e da proteção, abrindo mão da estrutura autoritário-dogmática. O estado de incertezas ligado às perdas de consolidações estáveis na orientação do mundo, que muitas vezes se baseia em sistemas de fé que não encontram correspondência na realidade, baseados no medo como defesa frente ao novo encarado como ameaça, sendo bastante frequentes a difamação e a perseguição de pessoas com novas ideias, transformando o erro, tão natural no desenvolvimento científico, em pecado. As pessoas que se consideram possuidoras da verdade relevada e sagrada tendem mais a coletar informações comprovadoras a procurar alternativas incompatíveis com o sistema vigente, evitando-se divergências cognitivas indesejáveis, ou então interpretá-las conforme o sistema de crenças, ou seja, utilizar uma estratégia de imunização (ALBERT, 1976, p. 114-119).

Nas últimas décadas, houve um enorme crescimento no número de avaliações que objetivam medir os impactos de políticas governamentais. Essas pesquisas têm gerado amplo conhecimento sobre quais tipos de programas funcionam e quais não para melhorar indicadores nas áreas de saúde, educação, etc. Um paper brasileiro realizou experimentos em parceria com a Confederação Nacional de Municípios (CNM), publicado na série de textos para discussão do NBER (National Bureau of Economic Research), concluiu que formuladores de políticas públicas têm interesse em pesquisas de avaliações de impacto e disposição de rever suas ações e condutas com base nas evidências produzidas pela ciência. Esses prefeitos convidados foram selecionados aleatoriamente dentre um total de 1.818 prefeitos participantes do evento da CNM. Os experimentos mostraram que

“i) gestores públicos locais — entre eles prefeitos, legisladores e secretários de governo — estavam dispostos a ‘pagar’ para saber os resultados de uma avaliação e, posteriormente, a atualizar suas crenças em base às evidências apresentadas; ii) prefeitos que foram convidados a participar de uma sessão sobre evidência empírica de uma política simples que facilita arrecadação tributária local acabaram adotando a política em maior número do que prefeitos que não foram convidados.” (HJORT; MOREIRA; RAO; SANTINI; 2020)

Podem existir diferentes barreiras à não adoção de políticas públicas eficazes em municípios brasileiros, que vão desde a falta de capacidade técnica à falta de desejo político. Mas os resultados demonstram que a falta de acesso a evidências científicas é uma barreira relevante na elaboração e implementação de políticas públicas, bem como que a comunicação direta com gestores pode ser um instrumento eficaz para tornar políticas públicas com base em evidência uma realidade em municípios brasileiros (MOREIRA; SANTINI, 2020).

Neste sentido, a inovação está presente na agenda dos setores público e privado, que reconhecem a tendência de uma abordagem sistêmica, multidisciplinar, abrangente desde a formação de recursos humanos, aspectos regulatórios até os incentivos para alavancar investimento privado objetivando o desenvolvimento científico e tecnológico da inovação como força motriz do desenvolvimento econômico. No âmbito público, essa tendência se manifesta na criação de fundos setoriais, na concessão de incentivos fiscais às atividades de pesquisa e desenvolvimento como na chamada “Lei do Bem”, da criação de uma organização fulcrada no apoio a projetos integrados entre empresas e instituições de pesquisa, a EMBRAPPII - Empresa Brasileira de pesquisa Industrial e Tecnológica (BARBOSA; PORTELA; MURARO; DUBEUX, 2020, p. 11).

A Emenda Constituição nº 85/2015 fundou o Marco Legal de CT&I no Brasil, reforçou o apoio do Estado às políticas de CT&I, modificando a cultura do Poder Legislativo, da Administração Pública e da sociedade, para orientar a pesquisa tecnológica objetivando prioritariamente a solução dos grandes problemas nacionais e a promoção do desenvolvimento do sistema produtivo pátrio. Alterou e adicionou dispositivos na Constituição de 1988 para permitir a integração entre empresas e instituições de ciência e tecnologia (ICTs), aliando os esforços para o desenvolvimento científico nacional, inovando nos seguintes aspectos: alterou a competência material e de legislar concorrentemente dos entes políticos sobre ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação; desburocratizou a possibilidade de transposição, remanejamento ou transferência de recursos de uma categoria de programação dentro das atividades de CT&Is; determinou que o Poder Público conceda apoio financeiro às atividades de pesquisa, extensão, estímulo e fomento à inovação nas universidades e nas instituições de educação profissional e tecnológica; reforçou o papel do Poder Público no incentivo ao desenvolvimento científico, pesquisa, capacitação científica e tecnológica e inovação, a polos tecnológicos; instituiu instrumentos de cooperação para a execução de projetos de pesquisa, desenvolvimento científico, tecnológico e de inovação entre órgãos públicos e entidades privadas, prevendo o compartilhamento de espaços, capacidade instalada e recursos humanos; determinou a criação por lei federal do Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e

Inovação sobre as diretrizes fundamentais de política pública (BARBOSA; PORTELA; MURARO; DUBEUX, 2020, p. 27-33).

Com a sanção e regulamentação do novo Marco Legal de Ciência, Tecnologia e Inovação, por intermédio da Lei nº 13.243/2016, uma construção coletiva das empresas e do Estado e da academia mediante debate das dificuldades do sistema legal e regulatório, definindo mecanismos para viabilizar a parceria entre empresas e ICTs, inclusive públicas, bem como a desburocratização de processos licitatórios e importação de produtos atinentes à pesquisa e desenvolvimento. Trata-se de superar um histórico de descontinuidade e inseguranças normativas que implicavam em riscos competitivos nacionais. Investir em políticas públicas de ciências, tecnologias e inovações (CT&I) é um dos principais fatores de desenvolvimento sustentável dos países, alavancando a geração de vantagens competitivas em cenário de mudanças tecnológicas, relacionada à capacidade competitiva de inclusão social de pessoas, territórios ou empresas (BARBOSA; PORTELA; MURARO; DUBEUX, 2020, p. 15).

6. CONCLUSÃO

A pesquisa teve o objetivo de analisar e investigar o modo como o método científico é compreendido nos processos legislativo, jurisdicional e sua incidência nas políticas públicas, principalmente como esses processos dialogam com a Ciência, e se nesse diálogo a ciência é vista com seu caráter de diálogo, de argumentação, de abertura infinita a novas ideias e conceitos, ou se acaso entendem a ciência como um conjunto de verdades estabelecidas, um sistema dado, e não em permanente reconstrução.

Pretendendo demonstrar a importância do método científico como uma das fontes de solução dos problemas de legitimidade dos atos dos poderes públicos, delineou historicamente seus preceitos, utilizando-se como referencial teórico as obras de Karl Popper, Hans Albert e Häberle, partindo-se do ponto de vista de que a ciência para Popper é a busca da verdade, de teorias que a expliquem de modo objetivo, sem procurar a certeza, porque todo conhecimento humano é falível e incerto, o que faz com que a ciência seja hipotética, conjuntural, baseada no método crítico e não dogmático.

O “racionalismo crítico” de Popper, fundamentado em que a lógica do conhecimento consiste em investigar os métodos empregados nas provas sistemáticas a que toda ideia nova deve ser submetida para que possa ser levada em consideração, reconhecendo o sistema científico como suscetível de comprovação pela experiência, cujo critério de demarcação não é a verificabilidade, mas a falseabilidade ou refutabilidade do sistema. O jogo

da ciência é interminável, uma vez criada uma hipótese e submetida a prova, tendo comprovado suas qualidades, a mesma poderá ser substituída por outra hipótese que resista melhor às provas ou o falseamento de uma consequência da hipótese anterior. Portanto, toda teoria não pode ser verificável, e sim corroborada, as hipóteses são apenas conjecturas provisórias e não enunciados verdadeiros.

Na obra “Lógica das Ciências Sociais”, Popper defende que o método das ciências sociais é o mesmo das ciências naturais, consistente em tentativas experimentais para certos problemas, por conjecturas que são controladas por severa crítica, mediante o método de “ensaio e erro”.

No campo da ciência jurídica. Hans Albert elaborou uma visão abrangente do racionalismo crítico, aplicando sua metodologia à vida cultural, lançou a tese de que a ciência jurídica pode ser uma ciência real, se conceber o direito como um fato social a ser explicado teoricamente. A ciência jurídica pode cumprir a tarefa de dar apoio aos juízes para as ponderações de interesses em conflito, se ao invés de disciplina normativa, for compreendida como disciplina *social-tecnológica*, enquanto enunciados cognitivos organizados para a prática. Assim a ciência jurídica seria uma ciência relacionada à prática, de caráter teleológico, oferecendo informações cognitivas, pontos de vista valorativos, sobre contextos relevantes para apoiar as decisões da prática.

Albert entende que o comportamento humano é acessível à compreensão e à explicação teoricamente fundamentada conforme a prática do conhecimento nas ciências naturais. Essa interpretação da ciência jurídica racional é a análise do problema de uma ordem social para satisfazer condições adequadas, mediante o uso de meios social-tecnológicos, elaborando características de performance de soluções alternativas. Como a ordem social não é estática, surgem novos problemas, a solução adequada deles pressupõe não somente conhecimentos sobre fatos e causalidades, mas também aspectos valorativos para a seleção de soluções úteis, já que o direito se desenvolve não só como conhecimento de contextos reais, também sofre a influência de interesses e ideias. As condições de adequabilidade da ordem social são objeto de discussão pública, no contexto do estado de direito e constitucional, e dessa discussão os representantes da ciência jurídica também pode ajudar, apontando para a consideração insuficiente de certas questões de desempenho nos ideais de ordem predominantes.

Popper sistematizou sua epistemologia baseada no falibilismo, diga-se uma teoria não pode ser verificável, e sim corroborada, de tal forma que as hipóteses são apenas

“conjecturas provisórias” e não enunciados verdadeiros. Importa averiguar até quando a teoria se mostrou incólume, resistindo aos testes a que fora submetida, e a severidade destes testes.

O grau de corroboração, contudo, não é uma medida de verossimilhança, aquilo que se aproxima da verdade, porque se assim fosse tal medida seria intemporal, mas tão somente um relatório acerca daquilo que podemos constatar até um certo momento histórico, sobre as afirmações feitas por teorias rivais, dentro de um prisma comparativo, julgamos as razões apresentadas em favor ou contra a verossimilhança de cada uma delas

Portanto, para Popper a ciência não alcança a verdade, sendo o ser humano, portanto o conhecimento que esse produz, essencialmente falíveis, que não passam de explicações cujo saber é provisório e sujeito a refutações, sobre uma realidade cuja complexidade é impossível de se abarcar. Assim sendo, o aperfeiçoamento das teorias é conseguido mediante a submissão dessas aos testes de refutabilidade, como em comparação com teorias rivais, mediante a crítica das teorias pela comunidade científica.

Transposta a epistemologia popperiana para a arena político-social, tem-se uma teoria da democracia, onde as normas de conduta são modelos imperfeitos de convivência social, cujo aperfeiçoamento contínuo está sujeito à discussão no espaço público de todas as pessoas destinatárias dessas normas.

Popper entendia que sua teoria tinha consequências éticas, na verdade que o falsificacionismo já era uma posição ética. Esclarecia que embora a ética não seja uma ciência, há uma base ética na ciência e no racionalismo, porque a ideia de imparcialidade leva à de responsabilidade, não só de ouvir os argumentos, o de responder, já que as ações de um cientista afetam os outros. Portanto o racionalismo exige o reconhecimento da necessidade de instituições sociais para proteger a liberdade de crítica, de pensamento e as demais liberdades humanas e a correspondente obrigação moral de apoiar tais instituições.

As “sociedades abertas” permitem a discussão e a modificação racional das normas de conduta, enquanto as “sociedades fechadas”, tribais ou coletivistas, metaforicamente é um organismo, uma unidade semiorgânica em que os componentes são mantidos unidos por laços semiorgânicos, quais sejam o parentesco, a coabitação, a participação nos esforços comuns. Suas instituições são sacrossantas, como as castas, os tabus. Com a perda da forma orgânica, a sociedade aberta ou democrática pode tornar-se gradualmente uma “sociedade abstrata”, onde o individualismo impera, como é o caso da moderna sociedade democrática.

Neste perfil de sociedade aberta, há a preocupação em estimular a participação democrática, ouvindo a maior quantidade possível de pessoas, seja antes ou depois da construção da lei ou da norma. A finalidade precípua da sociedade aberta é dar concretude e

eficácia aos anseios de uma sociedade plural, por intermédio da participação dos mais diferentes e plurais grupos sociais, e orientar tanto o legislador (fase pré-norma), quanto a interpretação constitucional posterior à produção da norma realizada pelo Poder Judiciário. Esse o compromisso de uma sociedade plural e aberta, mediante a participação do titular do poder constituinte originário – o povo – na tomada de decisões políticas e jurídicas.

Häberle ressalta que a interpretação é um processo da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, analisando o processo judicial perante a Corte Constitucional alemã, que a interpretação constitucional não é um evento exclusivamente estatal, é acessível potencialmente a toda a comunidade política, na figura da opinião científica, do grupo de interesse, do partido político, do cidadão propriamente dito, cuja competência para interpretação da Constituição é um direito da cidadania baseado na igualdade de direitos e obrigações e na liberdade, asseguradas constitucionalmente, de maneira que a esfera pública pluralista atua como força normatizadora, após o quê a Corte Constitucional deve interpretar a Constituição conforme a correspondente atualização pública. O constitucionalista se torna assim, numa democracia liberal, um mediador, cuja interpretação se respalda na capacidade de adequar as alternativas racionais, a chamada *reserva da consistência*.

Conforme visto, Peter Häberle oferece um conceito amplo e democrático sobre a Constituição, que significa ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade também. A Constituição estrutura o Estado em sentido estrito, mas no estado democrático ela abrange as estruturas fundamentais da comunidade, ao dispor sobre o espaço privado e o público, envolvendo toda a sociedade, do que se conclui que a Constituição é oponível até mesmo contra a vontade da maioria. Aqui se estriba a ideia de justiça constitucional, que não pode ser desrespeitada nem pela maioria, que protege a Constituição contra os atos do Poder Executivo e Legislativo.

Peter Häberle definiu sua Hermenêutica Constitucional como uma teoria da democracia, a partir da constatação de que as pessoas que se submetem a uma Constituição devem ser consideradas suas legítimas intérpretes. As características fundamentais dessa teoria democrática da interpretação constitucional se relacionam com a teoria de Karl Popper, a partir do conceito de “sociedade aberta”.

Como visto, os movimentos constitucionais mundiais desenvolveram-se a partir do iluminismo, concretizados seus ideais nas Revoluções Francesas e na Constituição americana. No primeiro paradigma constitucional, tem-se o Estado liberal, cuja Constituição limita-se a disciplinar a separação de Poderes em três poderes independentes e o princípio da legalidade, impondo limites ao monarca e deferindo aos representantes da nação o processo legislativo.

Historicamente, o direito processual constitucional discorre sobre os instrumentos jurídicos de tutela dos direitos fundamentais e também do próprio ordenamento jurídico, já que é na jurisdição constitucional, mediante o controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, que o Tribunal Constitucional assegura a preservação dos direitos fundamentais e da Constituição, assegurando coerência e integridade ao próprio direito. A jurisdição constitucional consiste em decidir as violações ao texto constitucional, seja no controle dos poderes do Estado como na concretização e evolução do direito constitucional.

A interpretação constitucional hodierna aponta para uma ampliação dos processos de concretização das democracias liberais, tanto no âmbito da elaboração e produção da norma como no de sua interpretação. Em uma sociedade pluralista, formada pelos mais diferentes segmentos, as decisões administrativas, legislativas, políticas e judiciais sofrem influências mútuas e não há mais espaço para uma única fonte e unidade de poder. Inobstante se reconheça os contrastes diversos entre grupos e categorias de pessoas, deve imperar a tolerância pelas diferenças, alicerce dos sistemas democráticos, cuja finalidade precípua é atender os interesses do maior número de cidadãos e permitir a exposição dos mais diferentes pensamentos e segmentos ideológicos no processo democrático, resguardando a heterogeneidade social, no seu mais amplo sentido.

Quanto à aplicação do racionalismo crítico e do pluralismo no processo legislativo, constata-se uma evolução histórica desde a inserção do princípio da divisão de poderes nas Constituições a partir do séc. XVIII. Cabia ao Poder Legislativo a elaboração da lei no direito constitucional clássico. A lei expressa a vontade nacional, identificada com a vontade geral, relacionada ao imperativo da razão, manifestada pelos seus representantes. A natureza jurídica da lei tanto na Constituição americana como na francesa do século XVIII é a de ato complexo, enquanto manifestação única do concurso de vontades de órgãos diferentes, do Poder Legislativo, conjuntamente com a sanção do chefe do Estado. Descobriu-se na realidade que a lei é expressão da vontade parlamentar e não da nação, e que essa vontade é a vontade de uma maioria eleitoral, que na verdade era uma minoria em relação ao povo, já que ao instalar-se o novo regime havia sérias restrições ao sufrágio. Portanto não há uma verdadeira identidade mediante a imputação da maioria parlamentar ao povo, o que torna a problemática da representação crucial.

Para a teoria clássica o representante é mandatário da nação, que se pauta pela razão, conforme consagrado pela Revolução Francesa. Após um século das revoluções, percebeu-se que, em que pese a teoria de que o eleitor não exerça um direito ao votar e sim uma função para a nação, portanto, a irresponsabilidade do eleito quanto ao eleitor, é certo que caso o

representante objetive a reeleição tem que ter em pauta a opinião e os anseios do eleitor. Entretanto essa influência não é determinante, já que o representante pode afrontá-la e seguir sua consciência ou mesmo se corromper por vantagens pessoais.

Na era contemporânea, a possibilidade de opressão da minoria pela maioria se tornou mais patente com o aparecimento dos partidos, que se exprime pela sua propaganda e pelas ações de seus partidários. O monopólio das candidaturas é ínsito à representação proporcional que hoje abrange praticamente todas as democracias, inclusive a brasileira, decorrendo que a escolha de representantes é condicionada por intermediários, ou seja, o eleitor vota em um candidato, o qual é por sua vez escolhido por cúpulas partidárias geralmente oligárquicas, portanto a liberdade de escolha do eleitor é bastante limitada.

O processo legislativo contemporâneo segue linhas gerais; o clássico com alterações para agilizar a aprovação legislativa. O aspecto mais relevante dessa mudança é a posição de proeminência ocupada pelo Executivo, que apresenta projetos de lei e em muitos casos é o próprio legislador.

Destacou-se que o fator da legislação planejada mediante a adoção da Legística ou Ciência da legislação é peça primordial na condução de políticas públicas que ambicionem um salto de qualidade na concretização dos direitos sociais.

Ambas as dimensões da Legística, material e formal, objetivam a ampliação do círculo de interlocutores, seja do emissor ou do destinatário das leis, entre as noções prévias e representações sociais da realidade que compõe o arcabouço potencial da legislação. O exercício dessa liberdade impõe uma relação com o Estado, além do dever abstrato de conhecer a lei e de submissão a seu império. Para tanto, importa relevar que a acepção da dignidade da pessoa humana, princípio estruturante da CF/1988, inclua o aumento do nível escolaridade, o acesso gratuito a informações legislativas, exercício da liberdade de imprensa, a inclusão de novas mídias para divulgação de direitos e deveres, melhoria na publicidade oficial, à inclusão digital.

Não se trata mais de tratar o cidadão como mero espectador do Estado, chamado a participar somente nas eleições, antes, neste novo paradigma constitucional, o cidadão é ao mesmo tempo objeto e sujeito das leis, destinatário e ao mesmo tempo autor do direito, inaugurando a auto legislação democrática na perspectiva habermasiana, em igualdade de condições, na legislação política, no estado democrático de direito.

Ante os espaços institucionais de tomada de decisão, talvez o Poder Legislativo seja o mais importante, pois este é o Poder que detém a representação democrática para o controle do desenho institucional das sociedades plurais e democráticas. Todas as questões

constitucionais, legais e de interesse social em algum momento são submetidas à apreciação dos parlamentares. Portanto, tendo em conta que a deliberação é condição de legitimidade das decisões políticas no estado democrático de direito, é fundamental pensar formas de ampliar e fomentar a participação popular no processo legislativo.

A busca pela melhoria do desenho institucional das audiências públicas, pela eficiência e democratização dos mecanismos internos de coordenação e de participação são iniciativas fundamentais para ampliar a efetividade desses espaços. Quanto à adequação das audiências públicas, o desenho institucional das audiências públicas nos regimentos das duas Casas do Congresso não possibilita efetivamente a troca de razões entre os cidadãos e os congressistas, o que não retira o mérito desse mecanismo de participação popular, já que é possível o aperfeiçoamento do instituto, o qual possui um grande potencial capaz de contribuir e fomentar a criação de um suporte público de justificação do devido processo legislativo.

No estudo sobre a influência do racionalismo crítico e do pluralismo jurídico no processo jurisdicional, a teoria de interpretação constitucional teorizada por Häberle é uma teoria democrática, da tolerância e de aceitação da pluralidade e da proteção dos direitos fundamentais, contribuindo para a concretização do Estado Democrático de Direito. Abarca o papel do juiz, esclarecendo que esse não pode decidir só, e sim consonante às outras forças produtivas de interpretação. Constata-se a necessidade de ampliação dos instrumentos de informação dos juízes dos Tribunais Constitucionais, principalmente no pertinente às audiências públicas e às “intervenções de eventuais interessados”, assegurando-se novas modalidades de participação das potências públicas pluralistas como intérpretes da Constituição. O processo político é uma espécie de interpretação livre da Constituição, consagrando a Constituição de 1988 o regime democrático como processo político brasileiro.

A visão de Kelsen da corte constitucional como legislador negativo foi superada porque não explica as sentenças interpretativas, que restariam sem amparo caso o controle de constitucionalidade fosse apenas formal. Nas sentenças manipulativas o STF age como legislador ao corrigir o ordenamento jurídico e adequá-lo à Constituição, pelas sentenças aditivas ou substitutivas.

Os requisitos para a configuração da jurisdição constitucional são a instituição de um órgão constitucional destinado à guarda da Constituição, que no Brasil cabe ao STF, legitimidade democrática, mediante composição equânime e plural dos tribunais constitucionais; jurisprudência racional e fundamentada; rol mínimo de atribuições da Corte constitucional na Constituição; tutela dos direitos fundamentais, da democracia e do estado democrático de direito, do pluralismo e das minorias, harmonia dos Três Poderes, inserção do

Estado nas comunidades de responsabilidade internacionais e regionais, atualização do texto constitucional responsivamente; autoconsciência de seus limites na tessitura do contrato social.

No Brasil, o STF enquanto Tribunal Constitucional integra a estrutura do Poder Judiciário, o que é bastante criticado porque os demais Poderes da República ficam alijados do processo de controle de constitucionalidade em abstrato das leis. Sua legitimidade resta prejudicada por um déficit de representatividade, o qual seria superado se o STF fosse retirado do Poder Judiciário, sua composição mediante indicação dos demais Poderes além do Executivo e a criação de mandatos para o cargo de ministro do STF ao invés da vitaliciedade ora prevista.

Parece equivocada a criação da pertinência temática aplicada pelo STF a alguns legitimados no ajuizamento da ADIn, posto que cria um obstáculo sem respaldo na Constituição federal, perante o entendimento de que a Constituição deve ser interpretada pela comunidade de intérpretes de modo amplo.

Nesse sentido a figura do *amicus curiae* regulamentada no CPC, permitindo seu ingresso em qualquer processo, seja de natureza subjetivo ou objetivo, aumenta a legitimação democrática das decisões, porque permite a manifestação de diversos segmentos sociais no processo, objetivando munir o órgão julgador da máxima e diversificada quantidade de informações possíveis para uma decisão de qualidade e pluralista. A proposta desafiadora contemporânea de sociedade aberta de intérpretes encontra no instituto do *amicus curiae*, especialmente após sua inserção no novo código de processo civil, a realização do caráter pluralista do processo brasileiro de hermenêutica constitucional. Por certo que a eficácia do instituto dependerá de sua aplicação. O primordial é assegurar-lhe ampla atuação para que possa promover o seu verdadeiro conteúdo.

O amigo da corte é a voz da sociedade nas tomadas de decisão no STF e, com a positivação do instituto no CPC, amplia-se a aplicação da sociedade aberta de Häberle, uma vez que alcança também o controle difuso, não se restringe mais apenas ao controle concentrado, o amigo da corte poderá intervir de maneira a resguardar e garantir a legitimação democrática da decisão jurisdicional.

Ao realizar o controle de constitucionalidade o STF tem natureza de órgão jurisdicional, de modo que a sentença no controle abstrato de constitucionalidade é ato jurídico-processual, não é um ato legislativo negativo, portanto deve ser fundamento conforme art. 93, IX da CF/1988. Portanto a lei ou ato normativo inconstitucional que atenda aos requisitos mínimos do processo legislativo, uma vez promulgado e vigente produz efeitos, não é inexistente. Com a evolução do controle de constitucionalidade, o binômio nulidade *versus*

anulabilidade tornou-se insuficiente para explicar o fenômeno, devendo a sentença constitucional declarar a inconstitucionalidade da lei e determinar sua ineficácia.

A ADPF, regulamentada pela LADPF, é um mecanismo de controle da constitucionalidade das leis e atos normativos em face da Constituição, cuja amplitude do conceito de ato do poder público torna-a um importante mecanismo de controle democrático. Tem caráter subsidiário posto que é admitida na falta de qualquer outro meio processual apto a sanar a lesividade aos preceitos fundamentais dominantes na Constituição, como o Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, as cláusulas pétreas etc.

É importante definir razoavelmente protagonismo judicial, de judicialização da política e ativismo judicial, que não se confundem. O protagonismo judicial é próprio da posição de vértice do tribunal constitucional, a judicialização da política é um fato histórico contemporâneo mundial e o ativismo judicial é um comportamento. Consequentemente, o Poder Judiciário ocupa o epicentro entre os Poderes constituídos, podendo amoldar uma conduta que se afigure suficiente e adequada para a resolução dos conflitos jurídicos que lhe são levados pela sociedade, dado que a jurisdição é inerte. A chamada judicialização da política é causa do protagonismo judicial, mas na verdade a judicialização da política não resulta necessariamente em ativismo judicial, pode acontecer a judicialização da política sem o ativismo, já que o Poder Judiciário pode se autoconter nos processos que sejam oriundos da arena política. Parece-nos que é fenômeno ínsito ao Estado contemporâneo a judicialização da política, mas no Brasil o nível de ativismo judicial do protagonista em cena, o STF, é baixo ou moderado.

Há autores que defendem uma tipologia das tensões referentes à separação de Poderes inerentes à justiça constitucional. Nesse prisma, as tensões de intensidade elevada são conflitos entre a justiça constitucional e os outros Poderes que se traduzem numa disputa pela última palavra. Exemplifique-se com o *overruling* legislativo de decisão da justiça constitucional, no caso da “vaquejada”, a Lei nº 15.299/2013 do Ceará sobre a prática tradicional que envolve certa violência sobre animais foi declarada inconstitucional na ADI 4983-CE, tendo o Congresso superado a decisão por *overruling* ao editar a Emenda Constitucional nº 96/2017, que por sua vez foi impugnada pelo procurador geral da República perante o STF, procedendo a tensão pela última palavra.

Em termos de pesquisa, urge a reconciliação entre os achados empíricos e estudos normativos que efetivamente problematizem os reais papéis da jurisdição constitucional na efetivação dos direitos fundamentais. No caso, a constatação empírica da majoritariedade do STF não leva à constatação de que a Corte apresente um déficit de proteção de direitos

fundamentais. Há evidências de que o STF, enquanto instituição política responsável pela adesão dos agentes sociais à normatividade da Constituição, no uso de suas três funções propostas – pró-majoritária, político-institucional e contramajoritária –, constatou-se que a proteção dos direitos fundamentais está presente nas três categorias nominadas, e que o STF jamais se sustentaria como instituição política, se assumisse uma postura totalmente contramajoritária em todos os julgados, ao contrário, é exatamente o capital político difuso acumulado nas funções majoritária e político-institucional que sustentam o STF no exercício da função importante de defesa das minorias identitárias.

A fim de frear a tendência ativista das Cortes pátrias, introduziu-se o consequentialismo jurídico pelo art. 20 da Lei nº 13.655/2018 na Lei de Introdução às normas do direito brasileiro (LINDB), prevendo que não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Reforça a ideia de que os Tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador e respeitar o exercício razoável de discricionariedade do Administrador, com suporte na opção orçamentária, abstendo-se de lhes sobrepor as próprias valorações.

Há um outro parâmetro para frear o ativismo, é a possibilidade de participação social no processo decisório para maior legitimidade democrática das decisões, especialmente perante as Cortes Constitucionais, conforme a doutrina de Peter Häberle. Nas decisões que envolvem o âmbito político, o juiz deve seguir alguns parâmetros: a ampliação dos legitimados como “amigos da corte”, a fundamentação das decisões judiciais, o respeito ao limite mínimo de proteção ao direito, a busca de uma tutela necessária e adequada ao caso concreto, de modo que se o direito for levado a sério, não se alcançará um consenso sobre a verdade, que inexistente, mas se aproximará de uma tomada de decisão em bases democráticas.

A judicialização das políticas públicas também viceja no chamado microsistema de processo coletivo, composto pela Lei de Ação Popular (LAP), que possibilitou a todo cidadão enquanto legitimado ativo a tutela jurisdicional dos direitos difusos ligados ao patrimônio ambiental em sentido lato. Houve a ampliação desta tutela com a aprovação da Lei da ação civil pública (LACP) de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, momento em que os interesses transindividuais citados ganharam a tutela diferenciada, através de princípios e regras inovadores em contraponto com a dogmática individualista tradicional processualista. Com a vigência do Código de Defesa do Consumidor (CDC), criou-se uma categoria de interesses ou direitos individuais homogêneos, conjugados à LACP, interagindo mediante a aplicação recíproca das normas dos dois diplomas legais.

Por conseguinte, vieram os códigos setorializados e os estatutos, bem como as legislações especiais, as quais passaram a complementar e integrar o aludido sistema, utilizado para a proteção dos interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. Nessa esteira, a possibilidade de integração e utilização conjunta de diversos diplomas legais, destinados a tutelar os direitos emergentes das “sociedades de massa”, contribuiu, com maior efetividade, à proteção de direitos sociais pulverizados, os quais, em razão da ausência de um modelo conceitual e legislativo até então, restavam à deriva de tutela jurisdicional, formando um verdadeiro microssistema de proteção de direitos coletivos determinados através da tutela correspondente, haja vista a reunião de vários diplomas legais, sobre os diversos direitos, que se intercomunicam, compostos pelo CDC e a LACP no núcleo, e na periferia a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei do Mandado de Segurança e outras leis avulsas, dialogando com a Constituição federal e o Código de Processo Civil.

A tutela coletiva abarca dois tipos de direitos: os essencialmente coletivos (*lato sensu*), que são os difusos, empiricamente entendidos como relações de utilidade, concernentes a bens ou situações, que não têm titulares individualizados pela lei, previstos no art. 81, parágrafo único, I do CDC. Os coletivos propriamente ditos, conforme inciso II do mesmo parágrafo único. Já os direitos coletivos *stricto sensu* são direitos transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular do grupo, categoria ou classe de pessoas indeterminadas, mas determináveis, enquanto grupo, categoria ou classe, ligadas entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base. Enfim os de natureza coletiva apenas na forma em que são tutelados, os individuais homogêneos, encontram-se definidos no inciso III deste parágrafo único, não se trata de defesa de direitos coletivos, mas de defesa coletiva de direitos individuais. Na verdade, cuida-se de direitos tipicamente individuais, fracionáveis, aos quais o direito concede a possibilidade de defesa coletiva, em razão de possuírem uma origem comum, a coincidência de situações jurídicas entre os vários lesados entre si ou entre eles e ou a parte contrária.

Inobstante, mesmo em relação ao microssistema de processo coletivo, bastante amplo, ele não está disponível para todos os litígios, mesmo que coletivos. Diga-se, se os litígios coletivos são próprios da sociedade globalizada, o processo coletivo é contingente, variando de país para país. Por exemplo o parágrafo único do art. 1º da LACP excluiu do processo coletivo os litígios sobre questões tributárias de contribuição previdenciária ou FGTS, inobstante, é mais provável que os litígios tributários sejam coletivos se decorrer de uma exação tributária geral. Portanto, os conceitos de processo coletivo e de litígio coletivo não são sinônimos.

Mesmo que exista no ordenamento jurídico a previsão de ações coletivas, os litígios coletivos podem ser tratados em ações individuais. Tanto assim que o sistema de precedentes obrigatórios do art. 982 do CPC prevêem que ainda que fixados em processos individuais se aplicam também aos coletivos.

Quanto à implementação de políticas públicas, a complexidade da matéria, que envolvem geralmente litígios estruturais, exige a mudança de um modelo responsivo e repressivo do Poder Judiciário, sob a ótica do Processo Civil do Estado Democrático constitucional adotado pelo CPC, para um modelo resolutivo e participativo, antecipatório aos fatos lesivos, no qual o juiz atua como um ator de equilíbrio na disputa de poder entre os subgrupos integrantes da sociedade que protagonizam o litígio, a qual é policêntrica e conflituosa, trazendo para o processo a ampla participação de todos envolvidos, objetivando a construção de um programa de resolução do conflito, avaliado e reavaliado de modo contínuo. Audiências públicas e a intervenção de *amicus curiae* são comuns na adoção desse modelo de decidir questões complexas. A execução civil se desdobra no tempo, englobando as chamadas medidas judiciais estruturantes.

O processo estrutural é um processo-programa, não bilateral e policêntrico, objetivando a implementação de um plano de transformações duradouras sobre uma estrutura, seja uma política, uma instituição ou um programa, cuja disfuncionalidade é a causa do litígio, mediante a avaliação constante dos impactos da operação institucional, os recursos necessários, as fontes dos recursos, os efeitos colaterais do processo sobre os demais indivíduos e grupos que interagem com a estrutura, que vem a ser uma instituição ou um conjunto delas, um programa ou uma política pública. Engloba também as estruturas privadas que prestam serviço público ou de utilidade pública, ou que embora sejam estruturas totalmente privadas são essenciais para a sociedade, não podendo ser eliminadas ou substituídas segundo as leis do livre mercado, como os conglomerados empresariais, às vezes mais até do que por atos do poder público.

Ocorre que os processos estruturais são longos, demandam uma conformação de representação complicada, capaz de dialogar entre diversos centros de interesses, titularizados por diferentes grupos de interesses díspares, por isso são evitados pelos legitimados coletivos e pelos juízes. Mas quando problemas estruturais são tratados em processos individuais os critérios de prioridade colapsam porque quem busca a jurisdição primeiro será atendido, substituindo os critérios administrativos por outros que não obedecem a lógica alguma, desorganizando filas de espera, desconsiderando a situação global.

Neste prisma, em que pese opiniões em contrário, chegou-se à conclusão de que o processo estrutural é a melhor resposta jurisdicional empírica à decisão de litígios estruturais, em comparação com as ações coletivas, principalmente em relação às ações individuais, essas últimas exatamente as mais prejudiciais para as políticas públicas, embora se obtenha resultados rápidos. Em termos macro, essas ações individuais que parecem ter resultados satisfatórios, na verdade comprometem o sistema porque afastam os critérios técnicos das políticas públicas, desorganizando-as. Esse comportamento estimula uma judicialização ao infinito. O gargalo se dá no custo sistêmico dessa opção, cada vez mais necessidade de juízes, defensores públicos, advogados públicos, servidores públicos administrativos para cumprir as decisões, e no fim é o cidadão que paga por todo esse aparato estatal. Ou seja, o impacto econômico da transação para se obter políticas públicas pela via jurisdicional é significativo, porque o sistema de justiça tem um custo social alto.

Portanto, o processo estrutural que aparenta ser tão invasivo nas políticas públicas em realidade é um método eficiente e racional de organizá-las, somando-se que o processo estrutural pode combater as iniquidades das políticas públicas, decorrentes das distorções de representação da democracia, ao focar o problema em termos globais, reorientando o contexto geral da questão e fazendo uma realocação econômica, mostrando que a questão não se limita apenas à insuficiência orçamentária, mas à má distribuição dos recursos públicos, tendo o efeito de corrigir as distorções do sistema democrático e reajustar a influência política

Finalmente, quanto ao embasamento científico das políticas públicas, urge uma heurística em constante manutenção e crítica das estruturas que sustentem a construção teórica e ao mesmo tempo ofereça mecanismos que dotem essa construção de funcionalidade, repensando os instrumentos disponíveis para que as políticas públicas concretizadoras do Estado de Direito promulgado na Constituição atual, criando ferramentas teóricas para o controle da consistência da decidibilidade dos conflitos inerentes à execução dos programas de ação das políticas públicas, envolvendo a natureza do campo de estudos jurídicos atinentes às políticas públicas e sobre o papel do Direito para cumprir o roteiro das políticas públicas no cenário político.

Constata-se a falta de instrumentos normativos pátrios, leia-se sanções efetivas, que vinculem o gestor público à continuidade das políticas públicas traçadas nos planos macro e mesoinstitucional, independentemente dos fatores político-ideológicos. Dentre os poucos mecanismos que a Dogmática Jurídica oferece para a continuidade das mesmas estariam no plano plurianual do orçamento e na previsão inserta na Constituição de que o plano nacional de cultura seja plurianual, de modo que uma das contingências da relação entre o Direito e a

política é que há a possibilidade do tomador da decisão política, eleito democraticamente pela comunidade objeto dessa política, deixar de executar referida política por fatores político-ideológicos ou simplesmente contingenciar recursos financeiros que lhe deem sobrevida, inviabilizando sua concretização.

Neste diapasão, a pandemia do covid-19 estampou uma verdade incômoda, é bastante difícil coordenar o comportamento de uma comunidade, ainda quando se trate de questão de vida ou morte, como a decisão de tomar a vacina, respeitar o distanciamento social e ao uso de máscaras, álcool gel. Isso se dá em virtude de informações falsas sobre máscaras e vacinas, bem como pela propagação de tratamentos ineficazes dificultam coordenar a conduta dos cidadãos. Some-se às notícias falsas ou *fake news* que guiam os cidadãos pelas emoções e não pela racionalidade, que é o baluarte das democracias liberais.

Nesse sentido, garantir a segurança epistêmica em sociedades democráticas é essencial para prevenir catástrofes no século XIX, a depender de que as pessoas confiem nas informações seguras disponíveis. A realidade que se descortina é a de que o ataque ao conhecimento é uma das maiores ameaças globais na era da pós-verdade, dada a importância da realidade virtual composta por redes sociais em que as *fake news* se reproduzem instantaneamente.

Há dois modelos normativos para a remoção de conteúdos ilícitos da internet, não excludentes: a reserva de jurisdição agasalhada no Brasil e a autoregulação. No Brasil o Marco Civil da internet (Lei 12.965/2014) não contempla especificamente as redes sociais e estabelece que o provedor de conexão à rede não é civilmente responsável por conteúdo gerado por terceiros, somente por danos decorrentes se descumprida ordem judicial específica deixe de remoção de conteúdo ofensivo, baseado em ampla discricionariedade judicial. O grande desafio frente à proliferação de discursos de ódio e das *fake news* na internet é inovar em soluções adequadas à instantaneidade digital, já que o Direito originário da era analógica não oferece soluções satisfatórias.

Dentre as políticas públicas, o direito social à saúde, enquanto direito fundamental a uma prestação estatal, previsto na CRFB/1988, precisa ser protegido contra ações erosivas do legislador e do administrador tendentes a esvaziar seu conteúdo. A respeito da judicialização das políticas públicas de saúde, já é possível concluir que essa somente será admitida: quando houver comprovação de hipossuficiência financeira; quando houver laudo médico comprovando a necessidade do medicamento; quando os laudos forem elaborados por peritos judiciais; quando os laudos estiverem fundamentados na medicina baseada em evidências científicas; quando houver prova de que não há substituto terapêutico ou medicamento similar

já dispensado pelo SUS, aferível com certificação pelo CONITEC/Ministério da Saúde; quando o medicamento estiver em análise para incorporação ao SUS e o prazo para análise tenha extrapolado, semelhante ao que fixado para o registro na Anvisa. Essas conclusões demoraram anos para serem pacificadas, o que seu deu após Superior Tribunal de Justiça (STJ) modular os efeitos da decisão prolatada no recurso especial (REsp) nº 1657.156-RJ e o Plenário do STF na repercussão geral no recurso extraordinário (RE) nº 657.718 (STF. RE 657.718. Tema nº 500. Rel. Min. Roberto Barroso. Plenário. DJ: 22 de maio de 2019).

No Brasil, não há a previsão constitucional expressa do direito à garantia do mínimo existencial. Analisando a jurisprudência do STF, embora não se posicione claramente em relação à eventual fungibilidade entre o mínimo existencial e o núcleo essencial dos direitos sociais, a orientação adotada é que os direitos sociais e o mínimo existencial se referem às características individuais caso a caso, sendo de responsabilidade do poder público assegurar pelo menos as prestações sociais atinentes ao mínimo existencial sob pena de proteção insuficiente. Outrossim há que se atentar há proibição de retrocesso, na hipótese de supressão ou redução de prestações sociais já disponibilizadas nas políticas públicas, portanto quando já há legislação infraconstitucional e adequação de políticas públicas, que não podem ser arbitrariamente suprimidas do conteúdo essencial do direito social.

Nas últimas décadas, houve um enorme crescimento no número de avaliações que objetivam medir os impactos de políticas governamentais. Essas pesquisas têm gerado amplo conhecimento sobre quais tipos de programas funcionam e quais não para melhorar indicadores nas áreas de saúde, educação, etc. Um paper brasileiro atual concluiu que formuladores de políticas públicas têm interesse em pesquisas de avaliações de impacto e disposição de rever suas ações e condutas com base nas evidências produzidas pela ciência.

Neste sentido, a inovação está presente na agenda dos setores público e privado, que reconhecem a tendência de uma abordagem sistêmica, multidisciplinar, abrangente desde a formação de recursos humanos, aspectos regulatórios até os incentivos para alavancar investimento privado objetivando o desenvolvimento científico e tecnológico da inovação como força motriz do desenvolvimento econômico. No âmbito público, essa tendência se manifesta na criação de fundos setoriais, na concessão de incentivos fiscais às atividades de pesquisa e desenvolvimento como na chamada “Lei do Bem”, da criação de uma organização fulcrada no apoio a projetos integrados entre empresas e instituições de pesquisa, a EMBRAPPII - Empresa Brasileira de pesquisa Industrial e Tecnológica (BARBOSA; PORTELA; MURARO; DUBEUX, 2020, p. 11).

A Emenda Constituição nº 85/2015 fundou o Marco Legal de CT&I no Brasil, reforçou o apoio do Estado às políticas de CT&I, modificando a cultura do Poder Legislativo, da Administração Pública e da sociedade, para orientar a pesquisa tecnológica objetivando prioritariamente a solução dos grandes problemas nacionais e a promoção do desenvolvimento do sistema produtivo pátrio. Alterou e adicionou diversos dispositivos constitucionais, determinando a criação por lei federal do Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação sobre as diretrizes fundamentais de política pública.

Com o novo Marco Legal de Ciência, Tecnologia e Inovação, por intermédio da Lei nº 13.243/2016, definiu-se mecanismos para viabilizar a parceria entre empresas e ICTs, inclusive públicas, bem como a desburocratização de processos licitatórios e importação de produtos atinentes à pesquisa e desenvolvimento. Trata-se de superar um histórico de descontinuidade e inseguranças normativas que implicavam em riscos competitivos nacionais. Investir em políticas públicas de ciências, tecnologias e inovações (CT&I) é um dos principais fatores de desenvolvimento sustentável dos países, alavancando a geração de vantagens competitivas em cenário de mudanças tecnológicas, relacionada à capacidade competitiva de inclusão social de pessoas, territórios ou empresas.

Finalmente, há que se fomentar a pensar a ciência como parceira de um projeto democrático, com vistas à comunicação e inclusão científica, e pensar em que medida as instituições ligadas à ciência no país poderiam promover maior participação e inclusão no processo de desenvolvimento de conhecimento científico e na sua difusão ao grande público, resistindo à tendência de se implementar tecnocracias e a censura – mesmo perante àqueles que sustentam a desinformação –, sendo que qualquer escolha envolve perdas e ganhos, desde que se parta de um pressuposto imprescindível, o diálogo deve incluir todos, mesmo aqueles com os quais discordamos.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbelini; DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Introdução ao Direito: teoria, filosofia e sociologia do direito**, 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais/Thomson Reuters Brasil, 2019. ISBN 978-85-5321-281-1. 672p.
- _____. **Processo Constitucional brasileiro**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. ISBN 978-85-5321-651-2. 1501 p.
- ALBERT, Hans. **O direito à luz do racionalismo crítico**. 1. ed. Brasília: Universa: Fundação Universidade de Brasília, 2013. 150 p. Tradução e estudo preliminar de Gunther Maluschke
- _____. **Tratado da Razão Crítica**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1976. 218 p. Tradução de Idalina Azevedo da Silva, Erika Gudde e Maria José P. Monteiro.
- ANDAKU, Juliana Almenara. **Análise Jurídica da Teoria de Alf Ross**. 2005. 170f Dissertação (Direito). PUC, São Paulo. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6394/1/AlfRoss.pdf>>. Acesso em 11 set. 2020.
- ASSOUN, Paul-Laurent. **A Escola de Frankfurt**. São Paulo: Editora Ática S/A, 1991. 104 p. Tradução de Dra. Helena Cardoso.
- BARBOSA, Caio Márcio Melo; PORTELA, Bruno Monteiro; MURARO, Leopoldo Gomes; DUBEUX, Rafael. **Marco legal de ciência, tecnologia e inovação no Brasil**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, ISBN 978-85-442-3098-5. 352p.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 7. reimpressão. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2011. ISBN 978-85-392-0065-8, 835 p.
- BORTOLOTTI, Lisa. **Introdução à Filosofia da Ciência**. Tradução Jorge Beleza. Lisboa: Gradiva, 2013. ISBN 978-989-616-557-4
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciados da I, II e III Jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>. Acesso em 23 fev. 2021.
- _____. Presidência da República. Casa Civil. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 025 mar. 2021.
- _____. Presidência da República. Casa Civil. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 1º fev. 2021.

_____. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965.** Institui o Código Eleitoral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737compilado.htm. Acesso em 28 jan. 2021.

_____. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965.** Regula a ação popular. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em 05 mar. 2021.

_____. Presidência da República. Casa Civil. **Lei 6.360, de 23 de setembro de 1976.** Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6360.htm. Acesso em 26 set. 2019.

_____. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 7.347, de 24 de junho 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em 05 mar. 2021.

_____. Presidência da República. Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 05 mar. 2021.

_____. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Aceso em 05 mar. 2021.

_____. Presidência da República. Casa Civil. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em 05 mar. 2021.

_____. Presidência da República. Casa Civil. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 05 mar. 2021.

_____. Presidência da República. Casa Civil. **Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm. Acesso em 04 abr. 2021.

_____. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999.** Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9782.htm. Acesso em 14 fev. 2021.

_____. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm#:~:text=LEI%20No%209.868%2C%20DE%2010%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201999.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20processo%20e,perante%20o%20Supremo%20Tribunal%20Federal. Acesso em 07 fev. 2021.

_____. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em 05 mar. 2021.

_____. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 10.777, de 24 de novembro de 2003.** Acresce parágrafos ao art. 59 da Lei nº 10.707, de 30 de julho de 2003, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da Lei Orçamentária de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.777.htm#:~:text=LEI%20No%2010.777%2C%20DE,Art.. Acesso em 05 mar. 2021.

_____. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011.** Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm. Acesso em 25 abr. 2020.

_____. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em 07 abr. 2021.

_____. Presidência da República. Conselho Nacional de Combate à Discriminação. **Resolução Conjunta nº 1, de 15 de abril de 2014.** Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_25437433_RESOLUCAO_CONJUNTA_N_1_DE_15_DE_AB_RIL_DE_2014.aspx#:~:text=estabelecimentos%20prisionais%2C%20resolvem%3A-,Art.,priva%C3%A7%C3%A3o%20de%20liberdade%20no%20Brasil.&text=V%20%2D%20Transexuais%3A%20pessoas%20que%20s%C3%A3o,o%20pr%C3%B3prio%20%C3%B3rg%C3%A3o%20sexual%20biol%C3%B3gico. Acesso em 05 mar. 2021.

_____. Presidência da República. Secretaria-Geral. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 05 mar. 2021.

_____. Presidência da República. Casa Civil. **Emenda Constitucional nº 85, de 26 de fevereiro de 2015.** Altera e adiciona dispositivos na Constituição Federal para atualizar o tratamento das atividades de ciência, tecnologia e inovação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc85.htm. Acesso em 03 abr. 2021.

_____. Presidência da República. Secretaria-Geral. **Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016**. Dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação e altera a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, a Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, a Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, a Lei nº 8.010, de 29 de março de 1990, a Lei nº 8.032, de 12 de abril de 1990, e a Lei nº 12.772, de 28 de dezembro de 2012, nos termos da Emenda Constitucional nº 85, de 26 de fevereiro de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113243.htm. Acesso em 03 abr. 2021.

_____. Presidência da República. Casa Civil. **Manual de redação da Presidência da República**. Coord. Gilmar Ferreira Mendes, Nestor José Forster Júnior [et al.]. 3. ed., rev., atual. e ampl. Brasília: Presidência da República, 2018. ISBN 978-85-85142-96-4. 189p.
_____. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no REsp 1657156/RJ. Rel. Ministro Benedito Gonçalves, 1ª Seção, julgado em 12/09/2018, **DJe 21/09/2018**.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ACO 3451-DF**. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Relator do último incidente: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI (ACO-TPI). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6067919>. Acesso em 05 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Plenário. **ADI 1157-MC**. Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-12-94, Plenário, DJ de 17-11-06. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=391350>>. Acesso em 17 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **ADI 3.756**. Relator Ministro Ayres Britto, j. 21-6-2007, DJ de 19-10-2007. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2388039>>. Acesso em 26 jul. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **ADI 1307/DF**. Processo 0001628-68.1995.0.01.0000. Rel. Min. Francisco Rezek. v.u. J. 19-12-1995. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1619793>>. Acesso em 29 jul. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **ADI: 733 MG**, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 17/06/1992, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 30-06-1995 PP-18213 EMENT VOL-01791-02 PP-00238. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1537760>>. Acesso em 29 jul. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **ADI 1.507 MC-AgR**, rel. min. Carlos Velloso, j. 3-2-1997, P, DJ de 6-6-1997. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1651775>>. Acesso em 29 jul. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5971-DF**. Relator Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5500715>. Acesso em 05 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 45-DF**. Relator Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2175381>. Acesso em 05 fev. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 132-RJ**. Plenário. Relator Min. Ayres Britto. Relator do último incidente Min. Luiz Fux (ADPF-ED). Processo Apensado: **ADI 4277**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598238>. Acesso em 05 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347-DF**. Relator Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Alexandre de Moraes. Relator do último incidente: Min. Marco Aurélio (ADPF-MC-segunda). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343623422&ext=.pdf>. Acesso em 12 fev. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 527-DF**. Relator Min. Roberto Barroso. Relator do último incidente: MIN. Roberto Barroso (ADPF-MC-Ref). **DJE nº 142, divulgado em 28/06/2019**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340513402&ext=.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 568-PR**. Nº único: 5002012-46.2019.1.00.0000. Relator Min. Alexandre de Moraes. Processo Apensado: Rcl 33667. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344900995&ext=.pdf>. Acesso em 06 fev. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 770-DF**. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Relator do último incidente: Relator Min. Ricardo Lewandowski. (ADPF-MC-Ref). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6068402>. Acesso em 05 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 572-DF**. Relator Min. Edson Fachin. Relator do último incidente: Min. Edson Fachin (ADPF-TPI-segunda). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5658808>. Acesso em 06 fev. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 188820-DF**. Relator Min. Edson Fachin. Relator do último incidente: Min. Edson Fachin (HC-MC-Ref). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5963414>. Acesso em 05 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 657.718 RG-MG. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. j 17/11/2011. Acórdão Eletrônico DJe-051 Divulg 09-03-2012 Public 12-03-2012. Republicação: **DJe-092** Divulg 10-05-2012 Public 11 mai. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. STA 175/CE. Tribunal Pleno. Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes. v.u. **DJe nº 76**, divulgado em 29/04/2010. Publicação 30/04/2010. Ementário n. 2399-1.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 657718 RG/MG. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. j 17/11/2011. Acórdão Eletrônico DJe-051 Divulg 09-03-2012 Public 12-03-2012. Republicação: **DJe-092** Divulg 10-05-2012 Public 11 mai. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 566471 RG/RN. Repercussão geral no Recurso Extraordinário. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. J: 15/11/2007. **DJe-157** DIVULG 06-12-2007 PUBLIC 07-12-2007. DJ 07-12-2007 PP-00016. EMENT Vol-02302-08 pp-01685.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. 1ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2013. 319 p.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae*: uma homenagem a Athos Gusmão Carneiro. O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos: estudos em homenagem ao professor Athos Gusmão Carneiro. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, p. 160-167, 2010.

CASTRO, Júnior Ananias. **As audiências públicas como mecanismo de legitimação do processo legislativo no Congresso Nacional a partir da ideia de razão pública de John Rawls**. 2019. 75f. Dissertação (Direito). Universidade Federal de Ouro Preto. Disponível em: <http://www.repositorio.ufop.br/handle/123456789/11615>. Acesso em: 15 fev. 2021.

CUEVA, Ricardo Villas Boas. Alternativas para a remoção de *fake news* das redes sociais. In CAMPOS, Ricardo; NERY JR, Nelson; ABOUD, Georges (Orgs.). **Fake news e Regulação**. Thompson Reuters/RT 2018. Coleção Direito e Estado em Transformação. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/211947334.pdf>. Acesso em 03 abr. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2006, 1522 p.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Processo legislativo constitucional**. 4ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020. ISBN 978-85-442-3199-9. 400 p.

COELHO, Nuno M. M. S.; SILVA, A. S. (2016). Direito e Pessoa: O fundamento do Direito em A. Castanheira Neves. In: **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto (SP), a. XX, v. 24, n. 2, p.2-22. Jul./Dez. 2015. ISSN 2318-8650. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/2-22>. Acesso em 20 mar. 2021.

_____. Nuno M. M. S. Política, ciência ou má-fé – o ataque policial à cracolândia. **Jornal da USP**, São Paulo, 14 jun. 2017. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/artigos/politica-ciencia-ou-ma-fe-o-ataque-policial-a-cracolandia/>>. Acesso em: 20 set. 2019.

_____. Nuno M. M. S. **Direito, Filosofia e a Humanidade como tarefa**. Curitiba: Juruá, 2021. 208p. ISBN: 978-85-362-3691-9.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; SILVA, Samira Souza. A crise da lei no estado democrático de direito e o papel da legística no restabelecimento da racionalidade jurídica. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**. Maranhão, v. 3, n. 2, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 13 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. ISBN 85-02-01556-7. 295p.

FIGUEIREDO, Apoliana Rodrigues. *Amicus Curiae*, Estudo do artigo 138 do Código de Processo Civil. **Revista Pensamento Jurídico** 11.2 (2018).

FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Tradução Carlos Roberto Diogo Garcia; Antonio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2009. ISBN: 978-85-7840-012-5. 232f.

FLÜCKIGER, Alexandre; DELLEY, Jean-Daniel. **A elaboração racional do direito privado: da codificação à legística**. Cadernos da Escola do Legislativo-e-ISSN: 2595-4539, v. 9, n. 14, p. 35-58, 2019.

GALANTE, Elisa Helena Lesqueves. Participação popular no processo legislativo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano IV, n. 4, 2004. Disponível em: <http://www.uniflu.edu.br/arquivos/Revistas/Revista04e05/Discente/03.pdf>. Acesso em 15 fev. 2021.

GALDINO, Matheus Souza. **Processos Estruturais: Identificação, Funcionamento e Finalidade**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, 272 p. (Coleção Eduardo Espínola). ISBN 978-65-5680-052-3.

GANEM, Angela. Karl Popper contra Theodor Adorno: edições de um confronto histórico. **Rev. Econ. Polit. São Paulo**, v. 32, n. 1, p. 87-108, março de 2012. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31572012000100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 12 de jul. 2020. <https://doi.org/10.1590/S0101-31572012000100006>.

GIDI, Antonio, A Representação Adequada Nas Ações Coletivas Brasileiras: Uma Proposta. **Revista de Processo**, v. 108, n. 61, 2002. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1016416>.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997 reimpressão 2002. 55 p.

HABERMAS, Jürgen. O Estado Democrático de Direito – Uma Amarração paradoxal de princípios contraditórios. In: HABERMAS, Jürgen. **Era das transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 153-173. Tradução e Introdução de Flávio Siebeneichler.

HOBSBAWM, Eric J. **Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991**. Tradução de Marcos Santarrita; revisão técnica Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 2ª ed., 2013. ISBN 978-85-7164-468-7, 598p.

HJORT, Jonas, Diana Moreira, Gautam Rao, and Juan Francisco Santini. "How Research Affects Policy: Experimental Evidence from 2,150 Brazilian Municipalities." NBER Working Paper No. 25491, July 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 1999. 271p. ISBN 83-336-0836-5. Tradução de João Baptista Machado.

KIRSCHBAUM, Charles. Ciência e sociedade pós-Covid-19: Como tornar as instituições de produção e fomento do conhecimento científico mais inclusivas e participativas. In: **DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**. Rio de Janeiro – Reflexões na Pandemia 2020 – pp. 1-9.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 5ª. ed. São Paulo: Editora Perspectiva. 1998. 257p. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira (Coleção Debates).

MACIEL, Adhemar Ferreira. Amicus curiae: um instituto democrático. **Revista de informação legislativa**, v. 38, n. 153, p. 7-10, 2002

MALUSCHKE, Günther. Estudo Preliminar. O Racionalismo Crítico de Hans Albert e a Ciência Jurídica. In ALBERT, Hans. **O direito à luz do racionalismo crítico**. 1º ed. Brasília: Universa: Fundação Universidade de Brasília, 2013. p. 09-46. Tradução e Estudo Preliminar de Gunther Maluschke

MARINHO, Sérgio Augusto Lima; MOREIRA, Rodrigo Pereira; NOGUEIRA, Marco Aurélio. **Cidadania e Direito à Saúde: Dever Jurisdicional de realização do Direito à saúde na ausência de provas das condições fáticas e jurídicas desfavoráveis**. Cidadania: desenvolvimento social e globalização. 1ª ed. Curitiba: Clássica Editora. 2013. p. 115-138.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. ISBN: 978-85.203-7241-8. 1341p.

MARKS, Joseph; COPLAND, Eloise; LOH, Eleanor, SUSTEIN, Cass R.; SHAROT, Tali. Epistemic spillovers: Learning others' political views reduces the ability to assess and use their expertise in nonpolitical domains. **Cognition**, Volume 188, 2019, p.74-84, ISSN 0010-0277, <https://doi.org/10.1016/j.cognition.2018.10.003>.

MARQUES, Rony. A "ciência" nas ciências sociais. In: **Revista Questão de Ciência**. 30.01.2021. Disponível em: <https://www.revistaquestaodeciencia.com.br/artigo/2021/01/30/ciencia-nas-ciencias-sociais>. Acesso em 20 mar. 2021.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 20 ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. Petrópolis: Vozes, 1994.

MORAES, Guilherme Peña. Protagonismo institucional do Poder Judiciário no Estado contemporâneo: Reflexões sobre a judicialização, o ativismo judicial e a autonomia processual da Justiça Constitucional. *In*: PESSOA, Paula; CREMONESE, Cleverton (org.); MARINONI, Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Processo Constitucional**: Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 229-240.

MORAIS, Carlos Blanco. A Justiça Constitucional e as suas relações de tensão com os demais Poderes do Estado. *In*: PESSOA, Paula; CREMONESE, Cleverton (org.); MARINONI, Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Processo Constitucional**: Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 161-184.

MOREIRA, Diana; SANTINI, Juan Francisco. Como evidência empírica afeta decisões sobre políticas públicas? **Nexo Políticas Públicas**. 10 dez. 2020. Disponível em: https://pp.nexojornal.com.br/academico/2020/Como-evid%C3%A2ncia-emp%C3%ADrica-afeta-decis%C3%B5es-sobre-pol%C3%ADticas-p%C3%ABlicas?utm_medium=Email&utm_campaign=selecao&utm_source=ppgeral. Acesso em 06 abr. 2021.

OLIVEIRA, Thiago Pires. Dogmática jurídica das políticas públicas: aspectos jus-epistemológicos e político-ideológicos na execução do planejamento estatal. **Revista de Estudos Jurídicos do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília-DF, ano I, n. 1, p. 565-591, 19 ago. 2020. Disponível em: <https://rejuri.stj.jus.br/index.php/revistacientifica/issue/view/1>. Acesso em: 20 ago. 2020.

OLIVETTI, Marco. *La Justicia Constitucional em Europa entre las Dos Guerras: el origen del “modelo europeo” de Justicia Constitucional*. *In*: PESSOA, Paula; CREMONESE, Cleverton (org.); MARINONI, Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Processo Constitucional**: Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 65-100.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018. 751p.

POPPER, Karl Raimund. **A Lógica da Pesquisa Científica**. 16 ed. São Paulo: Ed. Cultrix. 1972. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota

_____. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia; São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo. 1974. 2 v. 394p. Tradução de Milton Amado.

_____. **Lógica das Ciências Sociais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2004. 101 p. Tradução Estevão de Rezende Martins, Apoio Cláudio Muniz Acquarone Filho e Vilma de Oliveira Moraes e Silva.

RODRIGUES, Léo Peixoto. A controvérsia científica em torno da cloroquina e hidroxicloroquina no tratamento da Covid-19: a importância dos estudos sociais da ciência na sociedade complexa. **Simbiótica**. Revista Eletrônica, v. 7, n. 1, 2020, p. 147-171.

RUBIO, David Sánchez. **Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos**: de emancipações, libertações e dominações. 2014. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 131 p.

_____ David Sánchez. Crítica a una cultura estática y anestesiada de derechos humanos. Por una recuperación de las dimensiones constituyentes de la lucha por los derechos. 2015. **DERECHOS Y LIBERTADES**. Número 33, Época II, junio 2015, pp. 99-133. DOI: 10.14679/1013. ISSN: 1133-0937

SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUI, Marilena. **Direitos Humanos, democracia e desenvolvimento**. 1ª ed. 2013. São Paulo: Editora Cortez. 133 p.

SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. Pró-majoritariedade *versus* contramajoritariedade: a construção do capital político da jurisdição constitucional. *In*: PESSOA, Paula; CREMONESE, Cleverton (org.); MARINONI, Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Processo Constitucional**: Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 284-312.

SALET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais, mínimo existencial e decisões estruturantes na jurisdição constitucional. *In*: PESSOA, Paula; CREMONESE, Cleverton (org.); MARINONI, Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Processo Constitucional**: Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 1127-1153.

SERGER, Elizabeth. Ataque ao conhecimento é a maior ameaça global na era da pós-verdade, diz pesquisadora. 28.03.2021. **BBC News**. Tv Cultura, 2021. Disponível em: https://cultura.uol.com.br/noticias/bbc/fut-56379568_ataque-ao-conhecimento-e-a-maior-ameaca-global-na-era-da-pos-verdade-diz-pesquisadora.amp.html?__twitter_impression=true. Acesso em 30 mar. 2021.

SILVA NETO, Francisco de Barros. Breves considerações sobre os processos estruturais. **Civil Procedure Review**. v.10, n.1. jan.-abr., 2019. p. 75-88. ISSN 2191-1339. Disponível em: www.civilprocedurereview.com

SILVA, Diogo Bacha; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. Desafios ao constitucionalismo brasileiro nos 30 anos da Constituição Cidadã: A crise e as possibilidades em face da Jurisdição constitucional. *In*: PESSOA, Paula; CREMONESE, Cleverton (org.); MARINONI, Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Processo Constitucional**: Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 209-228.

SILVA, Edna Lúcia da; MENEZES, Estera Muszkat. **Metodologia da pesquisa e elaboração de dissertação**. 4ª ed. Florianópolis: UFSC, 2005.

SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e Desenvolvimento: A qualidade da Lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. *In* **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, nº 50, p. 124-142, jan. – jul. 2007. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/articles/31.pdf>. Acesso em: 03 out. 2019.

SOUSA JÚNIOR, João Henriques de; RAASCH, Michele; SOARES, João Coelho; RIBEIRO, Leticia Virgínia Henriques Alves de Sousa. Da Desinformação ao Caos: uma

análise das Fake News frente à pandemia do Coronavírus (COVID-19) no Brasil. **Cadernos de Prospecção** – Salvador, v. 13, n. 2, Edição Especial, p. 331-346, abril, 2020

STANLEY, Jason. **Como funciona o fascismo**: a política do “nós” e “eles”. 5ª. ed. Porto Alegre: L&PM Editores, 2020, 208 p. ISBN 978-85-254-3820-1. Tradução de Bruno Alexander.

SUNSTEIN, Cass R. **The cost benefit revolution**. Cambridge, MA: MIT Press, 2018.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. 3. ed. 2012. São Paulo: Peirópolis. ISBN 978-85.7596.238-1. 199p.

TURATO, Egberto Ribeiro. **Tratado da metodologia da pesquisa clínico-qualitativa**: construção teórico-epistemológica, discussão comparada e aplicação nas áreas da saúde e humanas. 6ª ed. Petrópolis: Vozes, 2013. ISBN 978-85-326-2751-3. 685p.

VIEIRA, Carolina Fontes. Entre o Direito e a Política: Limitação e legitimidade da atuação jurisdicional. In: PESSOA, Paula; CREMONESE, Cleverton (org.); MARINONI, Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Processo Constitucional**: Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 185-207.

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: Teoria e Prática. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. ISBN: 978-85-442-3463-1, 512p.

VOBKUHLE, Andreas. **Defesa do Estado Constitucional Democrático em tempos de populismo**. Tradução Peter Naumann. Coord. Michael Westland. São Paulo: Saraiva Educação, 136p.

WEBER, Max. A Objetividade do Conhecimento na Ciência Social e. Ciência Política. In: **Metodologia das Ciências Sociais**. 4ª ed. São Paulo: Editora Cortez. 2001. p. 107-154. Parte 1. Tradução de Augustin Wemet.