



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



PEDRO DE OLIVEIRA ALVES

**LIMITES DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE: análise da argumentação empírica no STF**

Recife
2019

PEDRO DE OLIVEIRA ALVES

**LIMITES DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE: análise da argumentação empírica no STF**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Teoria Geral do Direito Contemporâneo

Linha de Pesquisa: Teorias da Decisão Jurídica

Orientador: Dr. Andreas Joachim Krell

Co-orientador: Dr. Fabiano André de Souza Mendonça

Recife
2019

A4741

Alves, Pedro de Oliveira

Limites da interpretação jurídica no controle de constitucionalidade: análise da argumentação empírica no STF / Pedro de Oliveira Alves. – Recife, 2019. 149 f.

Orientador: Andreas Joachim Krell.

Coorientador: Fabiano André de Souza Mendonça.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2019.

Inclui referências.

1. Controle de Constitucionalidade. 2. Hermenêutica (Direito). 3. Juízes - Decisões. 4. Brasil. Supremo Tribunal Federal. 5. Popper, Karl R. (Karl Raimund), 1902-1994. 6. Racionalismo. 7. Criticismo (Filosofia). 8. Direito constitucional. 9. Direito – Filosofia. I. Krell, Andreas Joachim (Orientador). II. Mendonça, Fabiano André de Souza (Coorientador). III. Título.

340.1 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ2019-05)

PEDRO DE OLIVEIRA ALVES

**LIMITES DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE: análise da argumentação empírica no STF**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco (FDR/UFPE) para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em: 08/02/2019

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Andreas Joachim Krell (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco/ Universidade Federal de Alagoas

Prof. Dr. Fabiano André de Souza Mendonça (Examinador Externo)
Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Alexandre Ronaldo da Maia de Farias (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Dr. Artur Stamford da Silva (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

Aos amigos que buscam promover a justiça sem perder a abertura cognitiva, a coerência e o respeito ao pensamento diferente.

Aos que tentam diminuir o sofrimento da humanidade por meio do amor, da caridade e da compreensão.

Para minha mãe, *Lúcia Leitão*.

AGRADECIMENTOS

Agradecer é, antes de qualquer outra coisa, um ato de reconhecimento motivado por bons sentimentos com o objetivo de expressar respeito e gratidão. Não se trata de mera cortesia. Ser grato é ter consideração por aqueles que nos tornam mais fortes e melhores. Com o risco de esquecer nomes importantes, registro meus sinceros agradecimentos:

A *Deus*, criador e essência da Vida, por estar sempre comigo e me permitir uma caminhada repleta de bênçãos. Graças a Ele, tudo tem dado certo no momento adequado.

Aos meus pais, *Pedro e Lúcia*, pelos ensinamentos e pela constante torcida. Obrigado pelos estímulos que me deram força para “sair da zona de conforto”. Em razão de alguns sonhos e devaneios, tenho feito sacrifícios, sempre com o apoio deles. Agradeço também o apoio financeiro e todo o amor oferecido por minha mãe, afinal as coisas nem sempre são fáceis e as regras de concessão de bolsas na Pós-Graduação nem sempre são justas.

Aos inesquecíveis amigos e colegas da UFPE, pelos mais diversos motivos, principalmente pela afeição e pelas agradáveis discussões. Cada gesto de amizade tornou minha estadia em Recife muito mais marcante. Em especial, agradeço ao grande amigo *Silvério Souto Maior*, cuja genialidade (inclusive musical) foi determinante na melhoria de grande parte das minhas ideias. Em razão dos comentários críticos sobre as versões primárias deste trabalho ou mesmo pelos desabafos com suas pesquisas, sou grato aos amigos *Rodrigo Bastos, Alfredo Falcão, Dã Filipe e Igor Beltrão*. E, claro, pelos aprendizados vivenciados em sala de aula, nos bares recifenses e em lugares semelhantes, agradeço cada colega e amigo, principalmente *Victor Santos, Rafhael Fraemam, Idalina Cunha, Jennifer Klein, Adriana Lindaura, Rafaela Guerra, Brivaldo Jr., Edmilson Cruz e Paulo Ricardo Arruda*.

Ao professor orientador *Andreas Krell* e ao professor co-orientador *Fabiano Mendonça*, pela imensa confiança depositada em mim, pelos valiosos comentários críticos e pela oportunidade de crescimento científico.

A todos meus professores do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), pelas trocas de experiência e pelo apoio bibliográfico: *Alexandre da Maia, Artur Stamford, Flávia Santiago, Ivo Dantas, Leonardo Carneiro da Cunha, Pedro Parini e Venceslau Tavares*. No caso de *Alexandre da Maia*, em razão dos três semestres de estágio docência e das inúmeras lições de vida, minha mais profunda gratidão e admiração.

Aos professores *Leonardo Martins, Marcelo Casseb, José Luiz Delgado e Cláudio Souto*, que também contribuíram (de forma consciente ou não) com o desenvolvimento de algumas ideias. Do mesmo modo, agradeço o suporte tecnológico do amigo *Arthur Oliveira* (UFRN) e o apoio bibliográfico do amigo sociólogo *André Lucas Maia de Brito* (UnB).

Às centenas de ex-alunos das turmas em que fui monitor de Direito Constitucional e estagiário docente de Introdução ao Estudo do Direito e de Teoria da Constituição, pois muitas das linhas aqui escritas são reflexos das experiências vividas em sala de aula.

Sou exclusivamente responsável pelos erros, mas muito grato pela ajuda recebida.

“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, 2013, p. 308)

“Quem quiser ser um verdadeiro jurista não pode desconhecer a *metódica constitucional*. O último patamar do saber é fornecido pela teoria da constituição [...] Se o direito constitucional não recuperar o impulso dialógico e crítico que hoje é fornecido pelas *teorias políticas da justiça* e pelas *teorias críticas da sociedade* ficará definitivamente prisioneiro da sua aridez formal e do seu conformismo político” (CANOTILHO, 2003, p. 21)

RESUMO

Esta pesquisa investigou o tema da interpretação constitucional e seus limites a partir dos pressupostos do “Racionalismo Crítico”, utilizando as obras de Karl Popper como pontos de partida. Para tornar mais nítida a extensão do problema interpretativo no STF, foi realizada uma pesquisa exploratória com base nas decisões do ano de 2016 que utilizaram dados empíricos, com o objetivo de permitir uma análise da argumentação dos juízes brasileiros. A partir de uma breve discussão em torno de cinco decisões do STF (ADI 4983/CE, HC 124.306/RJ, HC 126.292/SP, RE 593.849/MG e RE 778.889/PE), foi desenvolvido um conjunto de hipóteses sobre as características da interpretação constitucional. A investigação consistiu em um estudo influenciado pela metodologia popperiana: a) enfrentamento do problema; b) lançamento de hipóteses ousadas; c) discussão crítica e falseabilidade das hipóteses diante da realidade observada; d) refutação ou corroboração da teoria. Dentre os resultados obtidos, foi apresentada uma possível metodologia para a análise do adequado uso da razão crítica na argumentação jurídica. Ademais, com base em alguns fundamentos do Racionalismo Crítico, também foi defendida uma nova teoria da interpretação constitucional, a partir de sua compreensão tripartite, de suas características e funcionalidades. No capítulo final, a pesquisa sistematizou os principais tipos de limites interpretativos no controle de constitucionalidade e também sugeriu alguns possíveis meios de fiscalização, redução ou até eliminação de possíveis erros e injustiças, especialmente quando se trata dos limites de ordem empírica. Por fim, a dissertação contribui com as discussões a respeito de questões essenciais da teoria do direito a partir de uma perspectiva que considera a possibilidade da existência de um mundo real independente da linguagem, da pretensão corretiva do direito, da objetividade do conhecimento e da busca pela verdade.

Palavras-chave: Interpretação constitucional. Teoria da decisão. Racionalismo crítico.

ABSTRACT

This research has investigated the theme of constitutional interpretation and its limits from the assumptions of Critical Rationalism, using the works of Karl Popper as starting points. In order to reveal the precise extent of the interpretative problem in the Brazilian Supreme Federal Court (STF), an exploratory research was made on 2016's decisions that used empirical data, with the aim of achieving an analysis of the argumentation of the Brazilian judges. Based on a brief discussion about five decisions taken from STF (ADI 4983/CE, HC 124.306/RJ, HC 126.292/SP, RE 593.849/MG e RE 778.889/PE), a set of hypotheses about the characteristics of the constitutional interpretation was developed. The investigation consisted of a study influenced by Popperian methodology: a) confrontation of the problem; b) launching of daring hypotheses; c) critical discussion and falsifiability of the hypotheses through observed reality; d) refutation or corroboration of the theory. Among the results obtained, a possible methodology for the analysis of the adequate use of critical reason in legal argumentation was presented. Moreover, a new theory of constitutional interpretation was defended through some principles of Critical Rationalism, based on tripartite understanding of interpretation, its characteristics and functionalities. In the final chapter, the research systematized the main types of interpretative limits in judicial review and also suggested some possible means for inspection, reduction or even elimination of possible errors and injustices, especially when it comes to the limits of empirical order. Finally, the dissertation contributes to the discussions on essential issues of the theory of law from a perspective that considers as possible the existence of a real world independent of language, law's correctness pretension, objectivity of knowledge and search for truth.

Keywords: Constitutional interpretation. Decision theory. Critical rationalism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 PROBLEMAS JURÍDICOS E MÉTODO CIENTÍFICO: UMA PROPOSTA DE DISCUSSÃO BASEADA EM DECISÕES DO STF	19
2.1 INDAGAÇÕES INICIAIS EM TORNO DE UM DIREITO CONSTITUCIONAL RACIONALMENTE CRÍTICO	19
2.2 A DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL ENQUANTO ESTUDO DE CRENÇAS E DE FATOS SOCIAIS	29
2.3 OBSERVAÇÃO CRÍTICA DA PRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	36
2.3.1 Desafios para a observação social do direito constitucional: proposta empírica	36
2.3.2 Observação da ADI 4983/Ceará.....	38
2.3.3 Observação dos “remédios constitucionais” (HC 124.306/RJ e HC 126.292/SP)	44
2.3.4 Observação dos Recursos Extraordinários (RE 593.849/MG e RE 778.889/PE)	48
2.3.5 A constante busca pela explicação científica: construção de hipóteses e necessidade de aprofundamento	52
3 INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO	55
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	55
3.2 O RISCO DAS INTERPRETAÇÕES ABSURDAS E DA JUSTIFICAÇÃO DA ATUAÇÃO ESTATAL: CAMINHOS PARA UMA POSTURA REFLEXIVA	59
3.3 CARACTERIZAÇÃO E FUNCIONALIDADE DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	73
3.4 TENSÕES DA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL COM A REALIDADE EMPÍRICA: ESTRATÉGIAS ARGUMENTATIVAS E DESAFIOS PARA A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	84
4 A ARGUMENTAÇÃO EMPÍRICA NO STF E O PROBLEMA DA DOGMATIZAÇÃO DO CONHECIMENTO.....	94
4.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE UM POSSÍVEL MÉTODO RACIONAL CRÍTICO NO DIREITO	94
4.2 DIÁLOGOS ENTRE HIPÓTESES DE PESQUISA E RESULTADOS OBTIDOS.....	104
4.3 A DÚVIDA PERMANENTE COMO ELEMENTO ESSENCIAL NA RECONSTRUÇÃO DA TEORIA DO DIREITO	111
4.4 NOÇÕES DE FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DA INTERPRETAÇÃO DO STF: ENFRENTAMENTO DA REALIDADE, EMANCIPAÇÃO SOCIAL E PERSPECTIVAS FUTURAS	123
5 CONCLUSÃO	137
REFERÊNCIAS	141

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa consiste na discussão sobre possíveis limites da interpretação jurídica no controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e suas repercussões para uma crítica das decisões no sistema jurídico brasileiro, observando a utilização, pelo STF, de informações sobre a “realidade empírica” na construção argumentativa do direito. Para facilitar a compreensão do leitor, esta introdução apresenta cinco pontos preliminares: a) as razões que motivaram a elaboração da hipótese de pesquisa e o enfoque metodológico; b) os caminhos utilizados para a delimitação do tema e para a coleta de dados; c) estratégias para a análise dos dados obtidos; d) os objetivos e expectativas da pesquisa; e) apresentação da lógica estrutural dos capítulos desta dissertação.

Em geral, a pesquisa jurídica brasileira tem enfrentado problemas muito desafiadores, tais como: a) a indeterminação do sentido dos textos jurídicos diante de múltiplas possibilidades interpretativas; b) a crescente utilização de pesquisas empíricas no estudo jurídico; c) a observação do diálogo entre o direito e outros sistemas comunicativos; d) a complexa relação entre jurisdição constitucional e democracia; e) a ausência de estudos sobre o uso de dados científicos na construção de interpretações jurídicas.

Neste cenário de problematização sobre o fenômeno jurídico, há ainda os evidentes riscos da adoção de um conceito de justiça exclusivamente procedimental (mera observância do rito procedimental e da autoridade competente), sem preocupação com o conteúdo do direito, cujos efeitos podem ser imaginados a partir de experiências históricas autoritárias. Não havendo limites substanciais para interpretar o direito, então qualquer conteúdo poderia vir a ser admitido e o direito poderia confundir-se com a política.

Assim, nossa investigação parte de uma preocupação sobre a prática interpretativa do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade, mas também de uma necessidade de compreender a interpretação jurídica diante de diversos discursos produzidos pela sociedade civil, pela literatura jurídica e pelas instituições em geral. Ainda é possível falar em alguma pretensão corretiva da prática dos “intérpretes” no âmbito jurídico?

Ao utilizarmos o método hipotético-dedutivo de Popper, é feito o seguinte percurso metodológico: *i)* lançamento das hipóteses da pesquisa a partir de um problema específico; *ii)* discussão sobre a falseabilidade das proposições apresentadas a partir da observação da própria realidade; *iii)* refutação ou confirmação da hipótese inicial.

É desnecessária a explicação do ambiente em que as hipóteses de pesquisa foram pensadas. Apesar disso, a introdução de uma pesquisa científica não precisa ser um texto amorfo, desligado de uma consciência sobre sua própria feitura. Trata-se, pois, de uma opção do investigador. Assim, algumas palavras devem ser ditas: durante o ano de 2017, inúmeras foram as reflexões sobre ciência do direito, especialmente após uma palestra proferida pelo professor Cláudio Souto, realizado no Auditório Tobias Barreto da Faculdade de Direito do Recife (FDR) em 07 de abril de 2017. Nessa mesma época, era (e ainda é) comum ouvir opiniões, nos corredores da FDR, sobre a ausência de objetividade do conteúdo jurídico, a irracionalidade humana, a natureza exclusivamente retórica do direito, a ausência de diferenciação entre o jurídico e o político, dentre outras premissas que revelam significativo ceticismo generalizado na prática jurídica. Assim, esperamos que o leitor compreenda o contexto em que as proposições dessa pesquisa surgiram e se desenvolveram.

Buscamos sistematizar um conjunto de ideias e crenças científicas que sejam coerentes entre si e com a experiência observável, sem ignorar a refutabilidade de nossas premissas. Desse modo, recusamos a pretensão de apresentar resultados teóricos definitivos, mas não ignoramos nosso objetivo de contribuir para o aprimoramento da discussão sobre os limites da interpretação constitucional, apontando equívocos e sugerindo novos olhares.

Afinal, qual a hipótese inicial? Afirmamos, desde já, que nem todo uso de textos jurídicos seria necessariamente interpretação ou compreensão do direito, pois também haveria o mero uso (ou manipulação) de textos para justificar atos de vontade e coerção estatal. Ao assumirmos uma “diferenciação” entre interpretação e não-interpretação (sendo esta frequentemente chamada de “interpretação absurda” quando disfarçada de ato interpretativo), partimos da ideia de que existem limites entre o interpretar e o mero uso de textos ou símbolos. Como consequência, é possível detectarmos, em tese, “interpretações absurdas” ou “interpretações aparentemente/falsamente jurídicas”. Assim, seguindo as premissas de Popper, entendemos que podem existir interpretações objetivamente falsas.

No caso do controle de constitucionalidade, cada vez mais, o intérprete necessita dialogar com cientistas de outras áreas do conhecimento humano para poder construir interpretações adequadas. Sendo assim, assumimos a hipótese de que a inadequada verificação da realidade empírica descaracteriza a interpretação jurídica realizada pelas Cortes Constitucionais, ainda que revestida por um código comunicativo sobre o juízo de conformidade com o direito.

Assumimos, ainda, a hipótese de que a interpretação dos órgãos jurisdicionais, embora tenha caráter definitivo para a aplicação do direito no caso concreto, seria potencialmente modificável *ad aeternum* em razão de três questões que se apresentam: a) a interpretação (que não se confunde com a aplicação do direito) é um processo contínuo de construção e atribuição de significados segundo limites objetivos¹; b) as alterações dos entendimentos das ciências naturais implicam em modificações substanciais na interpretação jurídica; c) a ciência jurídica, na tentativa de racionalizar fatos humanos em uma sociedade complexa e plural, apenas fornece respostas de modo histórico-contextual.

Em uma rápida leitura, tais hipóteses podem parecer “demasiadamente simples”. De fato, não há desejo de apresentar uma descoberta revolucionária por meio de algumas proposições apriorísticas. Esta é uma investigação que, adotando o Racionalismo Crítico de Karl Popper como marco teórico inicial, pretende levar a sério a abertura crítica, maximizando a ideia de falseabilidade e de evolução do conhecimento. Nesse tipo de pesquisa, o que realmente importa são as discussões que serão levantadas, os resultados obtidos diante dos problemas levantados e a consideração da falibilidade da análise realizada diante da inclusão do pensamento diferente. Após a análise das decisões, é natural que as hipóteses passem por uma revisão com a finalidade de ganhar mais especificidade.

Quanto às estratégias para a delimitação do tema e para a coleta de dados, verificamos, desde o início, que a pesquisa seria excessivamente ampla se tentasse falar de todos os possíveis limites da atuação do juiz constitucional. Dessa forma, nos debruçamos apenas acerca do uso de dados empírico-científicos (delimitados aqui como aqueles fornecidos pelo conhecimento científico da realidade como laudos técnicos, estatísticas e pesquisas realizadas em universidades) na interpretação jurídica constitucional, uma vez que adotamos a hipótese (a ser verificada) de que o Direito não se aparta totalmente da realidade

¹ Perspicaz é a crítica formulada por Rodrigo Bastos, doutorando em Direito pela UFPE, no sentido de que a questão dos “limites juridicamente objetivos” enfatiza o ato de interpretação no momento histórico concreto; enquanto nossas hipóteses enfatizam o processo “histórico-contextual”. Em verdade, reconhecemos a interpretação em, pelo menos, três sentidos ao longo desta dissertação: i) como hipótese de compreensão e solução de um problema jurídico determinado (como ato); ii) como produto, sempre provisório, de alguma regularidade social ou das discussões sobre as diferentes teorias possíveis; iii) como processo contínuo de deliberação sobre o conteúdo do direito e sua aplicação. Pensamos, entretanto, que estes três sentidos da interpretação jurídica estão interligados, de modo que os limites “objetivos” dizem respeito à objetividade do próprio conhecimento externado (POPPER, 1975, p. 35). Portanto, nossas hipóteses atingem todas essas faces da concepção tripartite da interpretação. Ainda sobre a questão do contexto histórico, tomado aqui no sentido empregado pelo Racionalismo Crítico, é pertinente a crítica feita por Feyerabend (2010, p. 200-201), ao defender o regionalismo e relativismo do conhecimento, sobre essa questão: Popper e sua tradição teórica teriam reduzido os antagonismos da história a meras “alternativas simplórias” em torno de hipóteses.

social e de seu contexto. Portanto, se trata dos limites da utilização de dados pretensamente científicos na construção de interpretações jurídicas no controle de constitucionalidade.

No decorrer da pesquisa, foi necessário delimitarmos mais o objeto de estudo para favorecer conclusões mais precisas. Primeiro, foi necessária uma demarcação temporal para o estudo das decisões proferidas pelo STF, sendo escolhido o ano de 2016 em razão da atualidade dos dados. Em seguida, com a finalidade de evitar “pontos cegos” na análise dos dados, foram examinadas apenas as decisões colegiadas em ações de controle abstrato de constitucionalidade, remédios constitucionais ou julgamentos com repercussão geral.

Foi realizada a busca de decisões no site oficial do STF (seção “Pesquisa e Jurisprudência”), selecionando o marco temporal compreendido entre 01/01/2016 e 31/12/2016 e pesquisando inicialmente pelos termos “laudo técnico”, “pesquisa científica”, “estatística” e seus correspondentes no plural.

Inicialmente, na busca pelas expressões “laudo técnico” e “laudos técnicos”, a pesquisa no site informou apenas um único acórdão: a Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 4983/CE (julgamento da regulamentação da vaquejada no Ceará), com julgamento em 06 de outubro de 2016. Por outro lado, quando os termos “pesquisa científica” e “pesquisas científicas” foram procurados, nenhum acórdão foi aproveitado pelo motivo de que todos continham tais termos apenas em outros sentidos como liberdade de atividade docente, o que não é objeto desta dissertação.

Em seguida, ao buscar pela palavra “estatística”, foi detectado o Habeas Corpus HC 124306/RJ (inconstitucionalidade do crime de aborto até as 12 primeiras semanas). Apesar de também haver julgamentos que tinham institutos de estatísticas como partes processuais, aqueles foram descartados em razão de não pertencer ao objeto e propósito da pesquisa.

Entretanto, posteriormente, outro termo passou a ser buscado: “realidade”. Isso porque é possível imaginar que intérpretes podem não citar diretamente pesquisas ou estatísticas, mas ainda podem tentar dialogar com a realidade social observável. Como resultado, apareceram 25 decisões, porém quase todas foram excluídas por não pertencer ao objeto da pesquisa. Algumas traziam o termo “realidade” apenas como recurso retórico (por exemplo: “na realidade, pretende a embargante rediscutir...”), em um sentido de observância de critérios fixados ou como justificativa para execução penal em regime mais brando, sem a pretensão de um diálogo para “construir a norma do caso concreto”. Ao final, selecionamos os

Recursos Extraordinários RE 593.849/MG, RE 778.889/PE e o Habeas Corpus HC 126.292/SP.

Apesar de serem decisões sobre matérias diferentes, as análises desta pesquisa não pretendem examinar o mérito de tais questões, buscando saber se o STF agiu, naquela decisão concreta, corretamente ou não. Em verdade, buscamos avaliar o diálogo entre constituição e realidade social no processo de interpretação jurídica pelo STF e quais seus possíveis limites.

Portanto, o objeto de pesquisa é formado por cinco decisões, sendo uma ação direta de inconstitucionalidade, dois habeas corpus e dois recursos extraordinários.

Não acreditamos que apenas um método de análise seja possível. Por outro lado, isso não significa concluir que “tudo vale”, o que poderia nos levar a um perigoso relativismo incompatível com a ciência. Para lidar com as incertezas da ciência, esta dissertação se inspira no pensamento de Mario Bunge e na defesa de um raciocínio hipotético-dedutivo de Popper, porém sem desmerecer outros raciocínios possíveis.

No campo do direito, afirmar simplesmente que podem ou não existir limites à atitude interpretativa não acrescenta nada científico, apesar de ser algo facilmente verificado. Portanto, não basta ser verificável para que uma hipótese seja científica. É preciso que todas as premissas e conclusões sejam discutíveis e refutáveis.

Além disso, esta dissertação de mestrado não pretende impor nenhuma verdade para classificar as demais observações como equivocadas. Pelo contrário, a ciência tem a dúvida como aliada e qualquer teoria que se apresente de forma irrefutável não pode ser científica.

A partir desse conjunto de hipóteses, nossa pesquisa discute algumas possibilidades de observação dos problemas jurídicos e suas respectivas tentativas de respostas por meio de uma abordagem crítica nos moldes sugeridos pela epistemologia popperiana. Para isso, buscamos avaliar a possibilidade de dogmática jurídica inspirada em um racionalismo crítico.

Nossa investigação baseada em decisões reais do STF não significa que possamos extrair alguma teoria científica com base em um raciocínio indutivo para verificar detalhes de nossa problemática. Este tipo de raciocínio não deve ter o objetivo de determinar ou prever fatos futuros, restringindo-se apenas a um entendimento sobre fatos particulares já ocorridos e que podem ser observados. Esta análise, portanto, não pretende adivinhar como o STF irá atuar no futuro, mas apenas compreender e discutir sua forma de atuação no ano de 2016. Na sequência, nossas premissas teóricas serão confrontadas com nossas observações sobre os dados obtidos na coleta de decisões.

Seguindo esse trajeto, será possível chegarmos ao momento posterior de teste da construção teórica para, ao tentar falseá-la, confirmarmos se é de fato uma possível teoria científica da interpretação jurídica com base em uma metodologia crítica.

Para o objetivo geral desta pesquisa, buscamos rediscutir problemas centrais da interpretação constitucional e decisão jurídica, sem impor um determinado ponto de vista: a ciência (inclusive a ciência jurídica) deve buscar a verdade² (no caso do direito: a melhor norma, interpretação e solução de um determinado conflito), mas não impor um raciocínio com a intenção de evitar o diálogo. Aliás, mesmo Descartes, considerado um dos “pais” do racionalismo moderno, já alertava sobre a busca por método científico baseado na dúvida e afirmava que o cientista não devia impor um modo de pensar, mas apenas colaborar com as discussões. Portanto, a ciência jurídica ainda tem seu espaço em nosso tempo, desde que mantida a tolerância e diálogo com os outros saberes, além da busca contínua por uma análise correta de dados com base em uma realidade (encontrada ou construída).

Dentre os objetivos específicos, são esperadas possíveis respostas (ainda que provisórias) para algumas questões levantadas, tais como: e se o STF apresentar dados que se mostrem equivocados para justificar suas decisões? Caso amanhã apareçam novos dados científicos sobre uma determinada matéria, a interpretação jurídica pode ser modificada? E se, num determinado caso concreto, o tribunal utilizou dados pretensamente científicos, mas que eram equivocados desde o início, para fundamentar suas decisões? Esses argumentos científicos fazem parte do processo de interpretação jurídica ou apenas funcionam como uma retórica da cientificidade? Essas questões sugerem que se trata de uma problemática bastante complexa, o que justifica a delimitação aqui proposta.

Durante algum tempo, pensamos em apresentar uma leitura crítica sobre as vantagens e desvantagens de algumas teorias contemporâneas da interpretação constitucional a partir de autores como Peter Häberle, Friedrich Müller, Robert Alexy, Luís Roberto Barroso e Lenio Streck. Entretanto, percebemos que seria uma investigação que mereceria um trabalho específico e com maior profundidade. Assim, embora possamos abrir pontos de discussão no decorrer do trabalho, não foi nosso objetivo apresentar um conjunto de críticas a esse respeito.

² Sempre que utilizarmos o termo verdade como algo que deve ser alcançado estaremos adotando uma ideia de “verdade lógica” que consiste em uma aproximação lógica entre nossos enunciados e a realidade empírica (congruência e harmonia entre o que falamos/observamos e o mundo observável). Acreditamos que também é possível uma discussão sobre a “verdade ontológica”, ou seja, a aproximação das coisas com sua própria ideia ou

Nesse sentido, o Capítulo 1 inaugura as discussões sobre a pesquisa a partir de um problema específico que guia toda a reflexão científica em questão: a pesquisa sobre a prática do Supremo Tribunal Federal. Frequentemente, o STF tem realizado intervenções em matérias controversas sem vincular-se à opinião dos legisladores e da sociedade (“atuação contramajoritária”). Pergunta-se: como deve ser a pesquisa sobre decisões tomadas pelo STF no contexto atual? Que tipo de modelo é desenvolvido nesta pesquisa? Para isso, pretendemos colaborar com as discussões sobre a interpretação jurídica a partir de uma possível abordagem crítica, com repercussões para a teoria geral da decisão jurídica.

Na sequência, o capítulo 2 representa o desenvolvimento de nossas hipóteses diante dos problemas e das discussões tratadas no capítulo anterior. Investigamos o problema da interpretação jurídica (uma das principais querelas da ciência jurídica), especialmente no âmbito constitucional. Discutimos a natureza da interpretação jurídica: ato de conhecimento, ato de vontade, fato jurídico (interpretação como aplicação), acordo linguístico intersubjetivo, dentre outras concepções. Não para apresentar um “manual de hermenêutica jurídica”, mas por uma discussão sobre os desafios para uma avaliação das interpretações, passando a discutir sobre a existência de interpretações corretas e autênticas, discricionariedade do juiz e responsabilidade jurídica. Busca-se fornecer a primeira resposta provisória à questão “existem limites objetivos da interpretação?”.

Nesse diapasão, cada vez mais, as cortes constitucionais utilizam critérios ou estratégias de racionalidade para compreender a realidade social. No Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, por exemplo, o advento do princípio da proporcionalidade tentou promover maior racionalidade da argumentação jurídica com dados empíricos para analisar a adequação e necessidade das intervenções estatais em relação aos propósitos destas. Assim, o capítulo 2 também discorre criticamente sobre como o diálogo com as “ciências naturais” modifica a concepção contemporânea da interpretação jurídica constitucional.

Será que as respostas aos desafios da interpretação constitucional fornecem algum indício para a avaliação das deliberações das cortes constitucionais, inaugurando algum novo sentido para uma “teoria da decisão jurídica”? Para isso, surge o capítulo 3 com uma apresentação mais detalhada dos resultados obtidos na análise das decisões do STF e sua relação com as hipóteses iniciais. Retomamos, desse modo, as conclusões intermediárias

essência que a guia. Por entendermos que a primeira forma de discutir a verdade é mais próxima do Racionalismo de Popper, analisaremos apenas a primeira face dessa discussão.

fornecidas pelos capítulos anteriores para apresentar as formulações teóricas sobre a possibilidade de controle da interpretação do STF, confrontando nossas abstrações lógicas com os dados analisados na pesquisa empírica realizada nesta dissertação.

Consequentemente, após a análise final das estratégias argumentativas utilizadas nas decisões examinadas, consideramos as repercussões de nossa pesquisa em dois aspectos: a) a contribuição de nossa investigação para uma teoria crítico-racional da interpretação constitucional e para outra forma de enxergar a teoria do direito; b) a contribuição de nossas discussões para o tema dos limites da interpretação jurídica e seu efetivo controle no âmbito do controle de constitucionalidade.

Por último, apresentamos um exame autocrítico sobre algumas vantagens e desvantagens desta dissertação, reconhecendo nossas falhas e verificando o cumprimento dos objetivos da pesquisa em relação à problematização lançada nesta introdução. Na conclusão, não almejamos realizar uma síntese de cada um dos capítulos, mas sim lançar reflexões e apontamentos sobre as ideias aqui discutidas, indicando possíveis direções para a continuidade da pesquisa em novos cenários teóricos e práticos.

Com isso, cabe reiterar que não pretendemos apresentar conclusões incontestáveis e indiscutíveis sobre os limites da interpretação jurídica no controle de constitucionalidade praticado pelo STF, mas sim colaborar com novas discussões de uma possível “ciência da interpretação constitucional”, umbilicalmente ligada às discussões teóricas a respeito da decisão do sistema jurídico e da própria democracia.

2 PROBLEMAS JURÍDICOS E MÉTODO CIENTÍFICO: UMA PROPOSTA DE DISCUSSÃO BASEADA EM DECISÕES DO STF

2.1 INDAGAÇÕES INICIAIS EM TORNO DE UM DIREITO CONSTITUCIONAL RACIONALMENTE CRÍTICO

A filosofia do direito constitucional - ainda ignorada por diversos cursos jurídicos brasileiros tradicionais³ - pode ser compreendida como o conjunto de reflexões sobre a *possibilidade* de um sentido das normas constitucionais, sua legitimidade⁴, seu conteúdo⁵ e suas características⁶. Pensemos na seguinte afirmação de Karl Jaspers (1998, p. 18-19): a filosofia é sempre um “estar-a-caminho” e uma “marcha do pensamento vivo” que atua como vigilância paciente e incansável da razão. Ora, também podemos afirmar que o pensamento filosófico sobre as questões constitucionais é uma caminhada constante - nem sempre consciente - que desafia as aparentes certezas sobre a formação, limitação e extinção do poder institucionalizado. A questão filosófica - cuja origem pode ser o espanto, a dúvida e a experiência de situações-limite (JASPERS, 1998, p. 32) - não é uma mera divergência linguística, mas um problema muito mais complexo.

Neste sentido, cumpre salientar que até mesmo os que recusam a filosofia do direito constitucional também estão praticando um ato filosófico. Aliás, é possível dizermos que todos os seres humanos são filósofos, mesmo quando não há consciência dos problemas

³Reconhecemos que existem trabalhos brasileiros que versam sobre tópicos diversos de uma Filosofia do Direito Constitucional desde o folheto escrito pelo Conselheiro Brotero (1842) até a obra “Teoria do conhecimento constitucional” de José Afonso da Silva (2014). A crítica é direcionada aos cursos que partem da falsa separação entre “dogmática e zetética”, apresentando um simples repositório de posicionamentos doutrinários e de informações colhidas no Direito Positivo ou em julgados aleatórios. Cursos jurídicos que ignoram o pensamento crítico e a necessária ênfase às questões filosóficas são legítimos - possuem outros objetivos (revisão didática, por exemplo) -, mas também podem viciar uma compreensão mais profunda das questões constitucionais, condenando o direito a um perigoso artificialismo. Ressaltamos que, no Brasil, existem significativas exceções que conseguem dedicar capítulos inteiros sobre algumas questões de filosofia constitucional, tais como os cursos de Paulo Bonavides (com destaque para teoria material da constituição e interpretação) e de Luís Roberto Barroso (“interpretação constitucional contemporânea”).

⁴Concordamos com a conclusão de Paulo Bonavides (2013, p. 636): a “normatividade só se adquire com legitimidade”.

⁵Arthur Kaufmann (2002a, p. 57) defende que “toda filosofia do direito deve - directa ou indirectamente - servir a missão de separar o direito do não-direito/injustiça”.

⁶Partindo da classificação de Jacques Maritain (1972, p. 97-99), seria possível afirmarmos que a filosofia do direito constitucional é uma filosofia prática, moral ou ética: possui uma finalidade prática de obter o bem da humanidade por meio de alguma ação. Entretanto, na condição de ciência, sempre será possível permanecer como filosofia especulativa: buscamos usar a razão somente pelo “prazer de conhecer”, buscando as “causas primeiras” e avaliando o ser das coisas. No caso da teoria do direito, também se revela um caráter prático de prevenção, aperfeiçoamento e correção das significações da norma jurídica e um caráter especulativo que busca “as causas primeiras” de toda prática interpretativa e sua essência.

filosóficos: todos possuem preconceitos filosóficos adquiridos no meio intelectual ou por via da tradição (POPPER, 1989, p. 163). Por outro lado, a mera compreensão de opiniões doutrinárias sobre o pensamento de um indivíduo ou grupo não pode ser filosofia do direito (KAUFMANN, 2002b, p. 32).

Dentre os diversos temas de uma filosofia do direito constitucional⁷, selecionamos apenas um problema determinado para ser discutido - e, talvez, solucionado - nesta pesquisa: no controle de constitucionalidade, os juízes possuem liberdade *total* para interpretar ou eles são limitados por algum tipo de conhecimento objetivo do direito? Quais são esses limites?

Antes, porém, dois aspectos precisam ser esclarecidos: nossa ênfase no Supremo Tribunal Federal (STF) e a especulação sobre um conhecimento objetivo do direito.

Existem incontáveis maneiras de compreender o que seja o direito, porém nem todas as afirmações são necessariamente válidas⁸. É perceptível que normas jurídicas influenciam a vida humana e que o direito cumpre diversas funcionalidades, inclusive na *tentativa* de neutralização dos conflitos sociais⁹ nas relações humanas (função de reação¹⁰). Buscando por estabilidade nas relações sociais, os Estados modernos adotaram diversas práticas ao longo do tempo. Dentre estas, é notória a estratégia da constitucionalização de seus ordenamentos jurídicos pelos mais diversos motivos¹¹ e circunstâncias históricas, culturais e políticas. Nesse

⁷ Alguns exemplos desse tipo de problema são o surgimento de novas ordens constitucionais, a mutabilidade formal e informal das regras constitucionais, a teoria da norma constitucional, além dos problemas de interpretação, legitimidade e adequação aos valores de uma determinada comunidade política.

⁸ Abordando a questão da infinitude das teorias, Karl Popper (1975, p. 25) esclarece que o número de teorias possivelmente verdadeiras é infinito, a qualquer tempo e após qualquer número de testes. Por outro lado, as teorias propostas e formuladas estão, necessariamente, em número finito. Desse modo, é possível que refutemos todas as teorias propostas e não consigamos pensar em uma nova teoria durante certo tempo. Pensamos que a mesma lógica é aplicável à discussão sobre as diversas compreensões possíveis sobre o direito.

⁹ Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1994, p. 308) afirma que a hermenêutica jurídica “possibilita a neutralização dos conflitos sociais. Ela não elimina as contradições, mas as torna menos insuportáveis”.

¹⁰ Segundo Rehinder (apud BÜLLESBACH, 2002b, p. 484-485), também haveria outras quatro funções: orientação de comportamentos (ordenação), legitimação e organização do domínio social (constituição), configuração de condições de vida (planejamento) e estabelecimento de uma atitude de execução do direito (vigilância). Assim, o direito é também um meio de planejamento social, de controle e de “obtenção do progresso social”.

¹¹ Dentre essas justificativas, algumas contribuições teóricas envolvendo limitação e controle jurídico do poder, declaração de direitos humanos, diferenciação entre indivíduo e sociedade, separação de poderes e “institucionalização includente da oposição política”, dirigismo no plano econômico e social e o estabelecimento de confiança e fiscalização entre as funções estatais. Por outro lado, também motivações comprometidas com formulações de compromissos dilatatórios, reconhecimento e confirmação de valores sociais, construção democrática do poder, estratégias políticas para obter autoridade e até mesmo como instrumento para acalmar a população.

contexto, é perceptível a expansão da jurisdição constitucional¹² e seus novos contornos desenvolvidos no Brasil após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

No Brasil contemporâneo, o STF tem ganhado expressividade no cenário jurídico-político¹³, influenciando a limitação da conduta dos órgãos e instituições do Poder Público e dos indivíduos. Se não houvesse algum tipo de *crença* por parte dos indivíduos nas instituições públicas constituídas e nas decisões destas, o Estado perderia sua razão de ser e surgiria um “hiato¹⁴”, ruptura ou abismo entre o “direito oficial” e a realidade social.

A tese do “hiato” ou “ruptura” entre direito e realidade, entretanto, nos leva a uma *falsa* ideia sobre o direito. Segundo Friedrich Müller (2008, p. 16-19), juristas positivistas defenderam que a norma jurídica seria ordem, juízo hipotético, vontade materialmente vazia e isso teria sido um grave erro. Do mesmo modo, eles consideraram tudo aquilo que é apreendido fora do texto como “metajurídico”, apresentando uma justaposição entre Direito e realidade, norma e segmento normatizado da realidade¹⁵. Para o autor alemão, inexistente qualquer argumento plausível para a diferenciação entre norma e realidade¹⁶.

Se os textos escritos não estão em harmonia com o contexto fático (composto socioeconômico e histórico-cultural), não acreditamos que haja normatividade jurídica. Do mesmo modo, se um determinado Estado não é reconhecido por seus possíveis membros, ele não existe realmente nem consegue legitimar seu “poder de polícia”. Portanto, o plano da validade jurídica pressupõe uma aplicabilidade suportável¹⁷, que não se confunde com a eficácia (capacidade de produção de efeitos) ou com a efetividade empírica do direito.

¹² Para uma crítica a respeito da suposta expansão da jurisdição constitucional como elemento que ampliaria a importância do controle de constitucionalidade, cf. DIMOULIS, Dimitri. Crítica ao neoconstitucionalismo. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, v. 22, p. 179-203, 2011.

¹³ Sobre essa questão, cf. RUBINGER-BETTI, Gabriel; BENVINDO, Juliano Z. Do solipsismo supremo à deliberação racional. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 50, p. 161-162, 2017.

¹⁴ Expressão sugerida por Ivo Dantas (1995, p. 53) para designar a ruptura entre a Constituição e os valores sociais. É que o conteúdo ideológico constitucional necessitaria produzir resultados e realizar valores esperados pela sociedade. Se tal correlação inexistente, há uma quebra do processo histórico que compromete a eficácia da constituição formal.

¹⁵ Adiante, Friedrich Müller (2008, p. 41-44) apresenta uma crítica mais detalhada às teses que sustentam a existência de “tensões” entre norma e realidade, sendo esta a “totalidade da facticidade e do efeito social”.

¹⁶ Em outros termos, o que se afirma é que não há direito apartado de uma realidade social, não há norma sem a consideração da totalidade dos fatos.

¹⁷ Pensamos que existe relação mútua de alimentação entre o conjunto e seus elementos. A aplicabilidade do direito é o conjunto de pressupostos para que o direito possa ser concretizado em um caso concreto a partir de elementos como a validade, a vigência e a eficácia do direito, embora a aplicação concreta também possa variar de acordo com outros elementos. Assim, a validade é um dos pressupostos para a aplicabilidade do direito, mas a aplicabilidade também é um pressuposto da validade jurídica porque esta qualidade da norma jurídica só existe em razão dos propósitos que fundamentam a norma. A validade, tal como pensamos, não é uma mera relação de não contradição textual. Não poderia haver validade jurídica sem a intenção de aplicação futura da norma.

Compreender essa crença nas decisões do STF e no Direito em geral, portanto, é um passo preliminar para realizar investigações com base na prática deste tribunal¹⁸.

Nesse sentido, ao possuir a “última palavra” sobre a interpretação constitucional¹⁹, o STF tem o dever de se pronunciar sobre aspectos muito controversos para a sociedade²⁰, principalmente porque órgãos jurisdicionais não devem se vincular às posições majoritárias da população. Dogmaticamente, o STF, na condição de intérprete do direito constitucional, assume papel crucial para o desenvolvimento da estabilidade institucional e democrática²¹.

Considerando a relevância dos problemas da jurisdição constitucional no direito brasileiro, lançamos a proposta de uma investigação científica da decisão jurídica a partir da experiência observável dos julgamentos do STF no ano de 2016. Se as decisões de tal tribunal são, em geral, observadas pelos indivíduos e organizações, então é preciso saber qual o sentido de tais decisões para o sistema jurídico e para a comunidade de indivíduos que integram “o povo constitucional”²².

O fato de utilizarmos decisões específicas do STF poderia gerar alguns equívocos. Isso porque, tal como defendido por Popper, a indução não serve como critério para determinar a cientificidade de um determinado conhecimento. Afinal, o futuro está sempre em aberto, não sendo algo predeterminado (POPPER, 1999b, p. 17). Também seguimos essa premissa, mas isso não desqualifica o raciocínio indutivo. Popper utiliza outro critério para a demarcação da ciência (a falseabilidade), mas a indução nos permite refletir sobre problemas

¹⁸ Não negamos que possa existir um significativo número de pessoas que não acredita na autoridade do Supremo Tribunal Federal ou que desconfia da atuação de seus juízes em algum momento circunstancial. Entretanto, para todos os efeitos, as decisões do STF continuam repercutindo diretamente na construção do direito brasileiro, visto que suas decisões continuam, em geral, sendo observadas e seguidas.

¹⁹ Para um exame crítico, cf., por exemplo, BENVINDO, Juliano Zaiden. A 'Última Palavra', o Poder e a História: O Supremo Tribunal Federal e o Discurso de Supremacia no Constitucionalismo Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 201, p. 71-95, 2014; CONCEIÇÃO, Lucas Henrique Muniz da. *Constitucionalismo vivo e diálogos institucionais: uma perspectiva da política democrática a partir do constitucionalismo britânico*. Curitiba: Trabalho de Conclusão de curso em direito da UFPR, 2016.

²⁰ Casos com grande repercussão social tornar-se-iam casos difíceis, no entendimento de Dworkin.

²¹ Segundo Luís Roberto Barroso, “supremas cortes desempenham, ocasionalmente, o papel de vanguarda iluminista, encarregada de empurrar a história quando ela emperra”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: a função representativa e majoritária das cortes constitucionais. *REI - Revista Estudos Institucionais*, v. 2, p. 517-546, 2017.

²² A expressão “povo constitucional” não é boa, mas seu emprego neste trabalho remonta à ideia de uma comunidade política formada por indivíduos que não são apenas detentores de direitos civis, mas também titulares de direitos políticos e que conseguem efetivamente participar da vida política no espaço público. Na história constitucional brasileira, a expressão já era empregada em 1822, cf. Carta e documentos relativos ao príncipe real. Lisboa: Imprensa Nacional, 1823, p. 6. Para uma leitura crítica sobre a noção de “povo” e sua relação com o poder constituinte, cf. CAMPOS, Juliana Cristine Diniz. *O povo é institucional: Poder Constituinte e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

e nos possibilita algum conhecimento significativo (não científico). Em síntese, Popper se preocupa com a “distinção entre ciência e não-ciência”, mas isso não desqualifica o saber não científico como se fosse destituído de significado (MAGEE, 1973, p. 48).

É absurda e irracional a crença de que uma pesquisa realizada com milhares de decisões judiciais é *mais científica* ou que ela poderá *prever* o futuro. Poderá sim ser mais persuasiva e poderá fornecer maiores detalhes para um relato analítico sobre o *passado*, mas não há qualquer sustentação lógica de suas conclusões, conforme já discutido por David Hume e Karl Popper (MAGEE, 1973, 23). Realizar pesquisas com decisões judiciais - como no presente caso - é uma estratégia para tornar mais nítida a identificação de problemas e, talvez, colaborar com a formulação de hipóteses mais ousadas. Porém, não é essa atividade que dará cientificidade às nossas conclusões. A indução apenas poderá *sugerir* uma teoria geral, mas jamais criá-la (MAGEE, 1973, p. 34).

Ademais, quanto à discussão sobre conhecimento objetivo do direito, buscamos inspiração nas premissas teóricas de um “racionalismo crítico” (POPPER, 1999b, p. 15) quando formulamos nossas hipóteses de pesquisa. Não vemos qualquer problema *a priori* na aplicação das discussões sobre filosofia do conhecimento para a discussão sobre problemas jurídicos, pois muitos são os possíveis olhares para o fenômeno jurídico. Apesar de adotar um contexto teórico muito diferente - e assumir propósitos diferentes -, poderíamos lembrar a frase de Gunther Teubner (2016, p. 26): “a constituição é algo muito importante para ter que ficar ao cuidado apenas de constitucionalistas e filósofos políticos”.

Conforme apontado anteriormente, o uso dos argumentos de Popper como pontos de partida para nossas hipóteses não se restringe apenas ao “método hipotético-dedutivo”, na medida em que seus argumentos de filosofia do conhecimento e de filosofia política também influenciam nossos escritos. Entretanto, não há compromisso prévio com as conclusões dos autores citados ao longo desta dissertação: o que existe é uma proposta de discussão crítica com as ideias dos autores que serão trabalhados com o objetivo de apresentar alguma solução ao nosso questionamento, mas não pretendemos nos limitar em descrever a teoria de Popper. Justificamos tal postura com a simples constatação de que o pensar filosófico deve ser independente e “cada homem deverá realizá-lo por si próprio” (JASPERS, 1998, p. 15).

A questão da objetividade do conhecimento jurídico é, talvez, a maior polêmica da Teoria do Direito ao longo de séculos. Possui fortes relações com os debates milenares como realidade *versus* aparência; nominalismo *versus* universalismo; verdade como

correspondência; esquema sujeito-objeto; a existência objetiva das coisas; dentre inúmeros outros desafios. Seria impossível, neste trabalho, apresentarmos uma discussão completa para todas essas querelas. Por essa razão, é preciso compreender em que termos a objetividade científica (baseada na defesa feita por Karl Popper) será discutida.

Imaginemos o seguinte exemplo matemático: diversas civilizações *criam* uma linguagem para se referir à quantidade; os números são estabelecidos pela humanidade e, portanto, são criações culturais objetivadas (baseadas na constatação de uma realidade). Poderia haver, por exemplo, um sistema numérico com os elementos “um”, “dois” e “muitos” em uma sociedade muito simples. A questão, porém, é que a criação cultural humana se torna um objeto cultural que pode ser estudado por qualquer humano, independente de ter participado ou não de sua elaboração (POPPER, 1989, p. 149). Portanto, características e relações dos objetos culturais podem ser *descobertas* (por exemplo, todo número par maior que 2 seria a soma de dois números primos diferentes?).

No caso do Direito, também existindo criações culturais, também são possíveis interpretações sobre o direito *objetivo*, independente dos sujeitos que efetivamente criaram o direito ou das limitações do intérprete enquanto indivíduo. O direito objetivo, portanto, pode revelar produtos involuntários, nem sempre previstos pelos homens. Logo, não haveria espaço para arbitrariedades quando se trata do conhecimento de ação humana objetivada/externada. Segundo Karl Popper (1999a, p. 22), a objetividade das ciências sociais não depende da objetividade do cientista; no mesmo sentido, a objetividade do direito também não depende da objetividade do intérprete ou aplicador do direito. A argumentação externada por diversas pessoas, grupos e instituições sobre problemas jurídicos e suas tentativas de solução é um dos principais fatores para a objetivação do conhecimento jurídico.

Para Popper (1989, p. 142-143), o conhecimento é uma constante busca, a partir de ensaios e erros (*trial and error*), da fantasia humana (imaginação), da realização de observações contínuas e da discussão crítica. Também no caso do direito, a verdade é uma ideia reguladora que impõe um dever de aproximação com o objeto. Como consequência desta “teoria evolucionista do conhecimento”, nenhuma teoria/intepretação pode ser encarada como verdade final (MAGEE, 1973, p. 29-31). Na filosofia, isto é o que passou a ser chamado de “Racionalismo Crítico²³” (POPPER, 1999b, p. 15): a eterna demanda pela

²³ Popper (1999b, p. 62-63) vislumbra uma tradição dialética crítico-racional existente desde Parmênides (realidade versus convenção) e, principalmente, Xenófanes (verdade final versus suposições e opiniões). Hans

razão²⁴, com discussão crítica, sem jamais haver certeza sobre ter encontrado a verdade final sobre algo. Isso porque a possibilidade de erro sempre existirá (POPPER, 1994, p. 67).

Hans Albert (2013, p. 89), um dos seguidores desse pensamento crítico, esclarece o uso da expressão “Racionalismo Crítico” do seguinte modo:

Essa combinação de palavras tornou-se, entretanto, a designação de para uma vertente filosófica à qual se juntam teóricos de muitas disciplinas e também muitos profissionais, que defendem concepções bem diferentes. Por isso, há razão para prevenir posições equivocadas. Para justificar certas teses e argumentos, todos costumam se referir a Karl Popper ou, pelo menos, fazer referência a seus trabalhos, apoiando-se neles.

Nosso esforço, no mesmo sentido em que alerta Hans Albert, é de pensar a interpretação do direito constitucional e sua observação a partir de princípios e diretrizes do Racionalismo Crítico de Popper, porém sem a pretensão de apresentar o que Popper poderia ter afirmado sobre o direito no século XXI. Também a explanação sobre a “razão crítica”, nos trabalhos de Hans Albert, servirá de inspiração e ponto de partida para algumas reflexões.

A ausência de certezas, proposta em diversas versões do racionalismo crítico, pode levar a dois caminhos: o pessimismo ou o otimismo epistemológico. No primeiro, o sujeito desiste de buscar aperfeiçoar seu conhecimento, pois jamais poderá assumir que possui a verdade absoluta e - talvez, por vaidade intelectual - se sentirá incomodado por não poder ser detentor das verdades. No segundo caso, não possuir certezas finais é uma *postura ética* para manter-se aberto a novos olhares, mas sem deixar de buscar conhecimento e de lutar contra o erro. Logo, a verdade não se confunde com a certeza do conhecimento nem com o caminho da busca pela verdade. Relativizar a verdade seria um “crime”, “uma traição à razão e à humanidade” (POPPER, 1989, p. 18-19)²⁵. Assim, a verdade sempre terá papel essencial na teoria do conhecimento, mas ninguém terá *absoluta* convicção sobre o que é verdadeiro²⁶.

Segundo Susan Haack (2002, p. 129-130), Popper desenvolve sua concepção de verdade a partir da versão teórica que ele considera mais precisa dentre as tradicionais teorias da correspondência: a “teoria semântica da verdade” de Tarski que apresenta a verdade nos

Albert (1976, p. 63) também aponta a origem eleata da dialética (que não se confunde com as teorias de Hegel e Marx): o objetivo sempre foi deduzir contradições para concluir sobre a falsidade de algum enunciado.

²⁴ Termos como “razão” e “racionalidade” são problemáticos em trabalhos de Teoria do Direito porque existem inúmeras formas diferentes de serem abordados. Entretanto, estes termos encontram-se delimitados no pensamento popperiano discutidos neste capítulo.

²⁵ Dito de outro modo, desistir da busca da verdade configuraria a mais brutal e violenta destruição de tudo que é humano (POPPER, 1998, p. 216).

²⁶ De forma semelhante, mas em tradição teórica totalmente diversa, Jacques Maritain (1972, p. 120) alega que “é o erro dos covardes tomar uma dificuldade por uma impossibilidade”, embora também reconheça que a verdade dificilmente pode ser atingida.

termos da relação semântica de satisfação entre sentenças abertas e objetos. Não há o estabelecimento de um *critério* para determinar o que é verdadeiro, mas sim uma *definição* que pode nos ajudar a discutir possíveis erros em proposições, hipóteses e enunciados.

Nesses termos, a verdade não é um *objeto*; é uma *qualidade* (da proposição que é objeto da crítica). Diante da dificuldade para o estabelecimento de qual hipótese ou teoria está mais próxima da verdade (congruência ideal entre proposição e fatos)²⁷, pensamos que esse é o papel da *argumentação crítica* na filosofia popperiana: demonstrar a capacidade quantitativa ou qualitativa da nova proposição diante das insuficiências das demais formas de explicação. Nas próprias palavras de Popper (1982, p. 325), argumentar é fornecer “razões em apoio da concepção que defende - apontando dificuldades ou mesmo inconsistências no ponto de vista alternativo”. O mesmo raciocínio vale para a argumentação jurídica.

No caso das ciências - naturais ou sociais -, Popper (1989, p. 72-74) também critica o uso de estatísticas e do método indutivo. São reconhecidas, simultaneamente, a falibilidade humana (nada ou muito pouco sabemos) e a possibilidade de progresso do nosso saber. Assim, o método consiste na constatação de um problema relevante e na apresentação de possíveis soluções que possam ser objeto de crítica e testes (refutação), com a tendência ao surgimento de novos problemas e algum aprendizado (POPPER, 1999b, p. 130).

Utilizar o Racionalismo Crítico nas discussões sobre teoria do direito constitucional não constitui, por si só, uma novidade. Canotilho (2003, p. 291-292) menciona a “Fórmula de Popper” para apresentar uma justificação do princípio democrático no constitucionalismo²⁸,

²⁷ Susan Haack (2002, p. 156-165) contesta a ideia de que a teoria de Tarski seria uma “teoria da correspondência”, embora admita que existam muitos aspectos em comum. Segundo Haack, o uso da teoria semântica por Popper tem uma expectativa muito mais ambiciosa do que as pretensões de seu criador. De todo modo, pensamos que Popper, como qualquer outro filósofo, parte de uma teoria já construída para inspirar uma nova reflexão, uma nova teoria. Em certo sentido, é o que também fazemos nesta investigação.

²⁸ Canotilho utiliza a “Fórmula de Popper” para apresentar uma “justificativa negativa” do princípio democrático. Neste sentido, lembra o argumento de que as democracias devem possuir regras de legitimação dos governos, mas também regras com mecanismos de limitação prática do poder: recall, eleições periódicas, impeachment, moção de censura, responsabilidade política, etc. Canotilho estende a preocupação popperiana para a necessidade de resposta do sistema político-constitucional diante da “corrupção política”. Originalmente, Popper defendeu a ideia de democracia como a possibilidade real de alternância dos governos pelos diferentes grupos ideológicos, sem derramamento de sangue ou uso de armas. Ademais, embora Canotilho não tenha feito menção, Popper também defendeu que os grupos divergentes possam ter direito de agrupar-se, escrever, publicar, usar rádio e TV para difundirem sua posição crítica em relação ao governo. Ademais, a oposição deve se sentir livre para o planejamento de seu possível governo mediante formulação de suas próprias políticas. Trata-se, portanto, de uma defesa pela crítica efetiva aos governantes e a substituição natural dos governos por grupos com outras orientações. Dentre outros elementos de sua filosofia política, se destaca a substituição do problema “quem deve governar” por “como reduzir ao mínimo o desgoverno ou suas consequências”. Cf. MAGEE, 1973, p. 79-83. Nas palavras de Popper, é preciso haver norma jurídica que permita afastar os maus governos, buscando a

tendo como base a clássica obra “Sociedade Aberta e seus inimigos”. Outros constitucionalistas também se basearam em premissa semelhante: Peter Häberle²⁹ para fundamentar sua “sociedade aberta dos intérpretes” e Pablo Lucas Verdú³⁰. No Brasil, encontramos a mesma influência popperiana na tese de doutorado de Bruno Galindo (2006, p. 135-137) sobre a “teoria intercultural da constituição”³¹.

Entretanto, nossa primeira impressão é a de que se trata de um uso muito pontual dentro do amplo programa teórico proposto por Popper, de modo que nenhum dos constitucionalistas mencionados dialogou com o Racionalismo Crítico de modo integral e detalhado³². Embora Peter Häberle (2010, p. 764-765) tenha expressamente afirmado ter sido influenciado por Karl Popper (ALMEIDA, 2011, p. 14), seu pensamento teórico parece mais próximo das preocupações em torno do “princípio da integração ou da coesão social” de Rudolf Smend (1985, p. 40). Alguns pressupostos da teoria da interpretação constitucional de Häberle reforçam a ideia de uma integração material: a condição para que os valores tenham eficácia e vida própria é a necessidade de uma “comunidade cultural ativa”, na qual os indivíduos e a coletividade vivenciam e atualizam esses valores (SMEND, 1985, p. 93)³³.

No campo da teoria da interpretação e aplicação do direito, também merecem destaque as discussões travadas por Aleksander Peczenik (2009) e o pensamento de Reinhold Zippelius (2012, p. 132-134). Este último acolheu diversos pressupostos apresentados por

melhor maneira de evitar situações em que o mau governante causa (ou pode causar) dados demasiados. Cf. POPPER, 1989, p. 225-226.

²⁹ Em outra oportunidade, oferecemos alguns comentários críticos em relação ao conceito de “sociedade aberta” utilizada por Peter Häberle. Cf. KRELL, Andreas J.; ALVES, Pedro de Oliveira. Responsabilidade democrática como pressuposto de uma teoria da interpretação: discussão em torno da ADI 4983/CE, *Revista Estudos Institucionais*, v. 4, n. 2, p. 684-688, 2018.

³⁰ Cf. VERDÚ, Pablo Lucas. *La Constitución abierta y sus enemigos*. Madrid: Ediciones Beramar, 1993.

³¹ Galindo reconhece a existência de incertezas teóricas “quase insolúveis” e a variabilidade complexa nas concepções atuais de constituição. Em seguida, aponta um “déficit cognitivo entre teoria da constituição e constituição”, passando a mencionar Popper para justificar uma “epistemologia evolutiva, aberta, crítica, plural, falseável”. Por fim, em seu sexto capítulo, afirma que o Racionalismo Crítico é a consciência das próprias limitações, de modo modesto e despretensioso; é a disposição em ouvir os argumentos críticos e aprender com a experiência, admitindo a possibilidade de erro e buscando a verdade. Cf. GALINDO, 2006, p. 17-20 e 137.

³² As tentativas mais ousadas de uma leitura do Direito a partir do Racionalismo Crítico foram realizadas por Hans Albert, amigo e discípulo de Popper. Cf. ALBERT, Hans. *O Direito à luz do Racionalismo Crítico*. Trad. Günther Maluschke. Brasília: Editora da UnB, 2016.

³³ Diferentes são as concepções possíveis em torno da “sociedade aberta” e suas implicações para a teoria do direito. Buscamos, neste trabalho, refletir sobre seu sentido a partir dos escritos de Karl Popper, não devendo a expressão ser confundida com outras propostas teóricas.

Karl Popper para a formulação de uma filosofia do direito que apresenta o direito como um “sistema variável de soluções de problemas sujeitas a um permanente controle e correção”³⁴.

Inspirado também nos trabalhos de Richard M. Hare, o jurista alemão Reinhold Zippelius (2012, p. 133-134) defendeu a possibilidade de um método experimental para discutir questões éticas e de justiça. Esse método experimental, porém, deveria basear-se nos pressupostos sugeridos por Karl Popper (*trial and error*), mas com critérios diferenciados em relação às “ciências naturais”.

Considerando, portanto, que basear-se nas ideias de Karl Popper para as discussões jurídicas não consiste em nenhuma novidade, pensamos que é preciso também compreender a real amplitude das discussões constitucionais para a Teoria do Direito no cenário atual, para que nossa discussão possa ser fértil e produtiva. Não se trata de delimitar um conceito de Direito Constitucional, mas de tornar mais nítida a relevância do problema investigado.

Em relação ao conhecimento jurídico e suas funcionalidades, Ulfrid Neumann (2002, p. 475-476) expõe a pluralidade de compreensões da seguinte forma: para alguns, a missão seria propor normas, tendo em vista que a criação e aplicação do direito seriam o objeto desse conhecimento; para outros, atuar como descrição da validade e conteúdo das normas e proposição de “princípios dogmáticos” (da dogmática jurídica). Assim, também diferentes possibilidades de aplicação de um racionalismo crítico podem ser pensadas e discutidas.

Contra o Racionalismo Crítico, Neumann (2002, p. 476-477) enxerga uma falha na argumentação de Hans Albert (2013, p. 84) que teria enfatizado o objetivo da ciência jurídica na questão da formulação de propostas de interpretação de axiomas do direito positivo e proposição de novas normas jurídicas, aproximando-se de uma teoria da legislação (sobre quais normas deveriam ser positivadas) e para propostas de *lege ferenda* (opiniões sobre a qualidade do Direito Positivo e como este deveria ser), sem qualquer força normativa e limitando o espaço de argumentação racional. O Direito seria, assim, uma “*tecnologia social*” para auxiliar a “prática jurídica especificamente autorizada”.

Podemos até concordar com a ideia de enxergar o direito como tecnologia social, pois estamos lidando com conjuntos de técnicas jurídicas que pretendem realizar determinados fins da sociedade. Não se trata de informar o que a autoridade competente *deve*

³⁴ Segundo Reinhold Zippelius (2012, p. 133), “na base deste método não está, portanto, a esperança de encontrar verdades imutáveis, mas apenas a expectativa de, por meio de ponderações sensatas, poder substituir soluções de problemas comparativamente piores por soluções comparativamente melhores”.

fazer, mas sim o que ela *pode fazer* para conseguir determinados fins (ALBERT, 2013, p. 117-118). No entanto, ao acolher a crítica oferecida por Ulfrid Neumann, optamos por não seguir essa redução de Hans Albert e preferimos realizar nossas próprias reflexões a respeito da ideia sobre o Direito Constitucional enquanto uma realidade que abarca crenças humanas, fenômenos e fatos sociais empiricamente observáveis e também a discussão pública sobre problemas constitucionais no âmbito da comunicação jurídica.

Tentar definir o Direito Constitucional poderia ser visto como algo “fútil” porque essa “necessidade” de definirmos nossos termos para obter exatidão é apenas uma superstição³⁵ (POPPER, 1994, p. 70-73). Entretanto, na ciência jurídica, a quantidade (e variedade) de posicionamentos teóricos nos impõe o dever de registrar uma breve nota para evitarmos interpretações equivocadas. É o que passamos a analisar agora.

2.2 A DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL ENQUANTO ESTUDO DE CRENÇAS E DE FATOS SOCIAIS

Neste tópico, interrogamos pelas extensões dos problemas constitucionais, uma vez que o problema dos limites interpretativos está diretamente relacionado a uma compreensão do fenômeno da constituição e limitação do direito em uma sociedade política.

Embora as constituições estatais possuam caráter jurídico, sua gênese geralmente é um ato político que condiciona e delimita as decisões fundamentais de uma determinada sociedade. Porém, diferente do que propõe Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2009, p. 54), isso não significa que o fundamento das constituições seja apenas político e não jurídico. Muitas vezes, costuma ser dito que as crenças (“elemento psicossocial”) são o “fundamento do poder” e o poder político é apenas um tipo de fenômeno especial de crença (FERREIRA FILHO, 2009, p. 55). No entanto, nem todas as crenças e convicções que promovem as normas constitucionais são de cunho político. Também existem *crenças jurídicas*, baseadas não apenas na lógica do poder, mas também nas ideias sobre o que é lícito e justo. De toda forma, o poder que gera o direito baseia-se em crenças políticas, filosóficas e jurídicas de indivíduos, de autoridades reconhecidas e das comunidades humanas em geral.

³⁵ A filosofia não se reduz a um jogo de palavras. Quando utilizamos algum termo específico, pretendemos transmitir uma ideia; sendo assim, a discussão que importa não é sobre as palavras em si, mas sim as ideias que estão por trás daquelas. Por isso, é relevante discutirmos as ideias que estamos apresentando por meio da expressão “Direito Constitucional” para facilitar a discussão crítica do nosso trabalho.

Também costuma ser destacada a ideia de uma “utopia concreta” nas constituições escritas, especialmente as experiências mais recentes da América Latina, conforme destacado por Pietro Alarcón (2012, p. 376). Em outras palavras, as constituições jurídicas tentam conduzir a comunidade política para um determinado modelo, guiando para “novos patamares de direitos” e possíveis conquistas jurídicas. É como uma “carta de navegação” (NINO, 1992, p. 1). Nesses termos, a constituição é, antes de qualquer outra coisa, um ideal, um conjunto de expectativas sobre o futuro. Portanto, cada constituição volta-se para o futuro: é o que Manoel Ferreira Filho (2009, p. 70) chama de *função prospectiva* da constituição.

Porém, inexistem certezas sobre esse futuro, principalmente quanto à aplicação adequada do direito. Se até mesmo as ciências naturais passaram a trabalhar a ideia de um universo contingente e probabilístico³⁶, também devemos reconhecer que as relações humanas sempre apresentam algum grau de indeterminação ou impossibilidade de fixação de um futuro certo e determinado. É preciso, nesse contexto, que os indivíduos assumam uma consciência da “responsabilidade pessoal de carregar a cruz de ser humano” (POPPER, 1998, p. 216).

Seguindo a ideia de que constituição é conjunto de ideais e expectativas (escritas ou não), então três perspectivas lógicas da positivação dessas expectativas humanas são possíveis para uma primeira especulação teórica: a) espera-se que algo realmente aconteça³⁷; b) suspeita-se que, talvez, algo possa acontecer³⁸; c) espera-se que algo nunca possa ocorrer³⁹.

Entretanto, esse conjunto de expectativas que resulta na constituição não necessariamente corresponde ao que, de fato, irá acontecer. Mas os textos constitucionais realmente possuem normatividade jurídica ou são apenas promessas políticas?

Reconhecemos que a ideia de constituição *jurídica* compreende um conjunto de anseios valorativos de uma determinada comunidade, mas, nesse sentido, jamais pode ser

³⁶ Observa-se, por exemplo, a defesa de Wiener de uma racionalidade cibernética. Segundo ele, a física deixou de ser uma discussão sobre um universo exterior como resposta total a todas as perguntas relacionadas a este para ser vista como uma descrição das respostas dadas a perguntas limitadas (WIENER, p. 20-21).

³⁷ Exemplo: se o dispositivo constitucional permite o voto facultativo ao analfabeto, então todos os indivíduos assim considerados criam alguma esperança de que poderão exercer esse direito ou que não sofrerão sanções jurídicas no caso de decidirem não exercer tal direito (esperam que o direito seja plenamente efetivado enquanto a constituição estiver em vigor).

³⁸ Exemplo: se o texto se restringe apenas a afirmar que o Estado irá promover o desenvolvimento científico, a única expectativa gerada é a de que o Poder Público não poderá alegar que não deve fazê-lo, mas a constituição não é clara sobre como deve ser tal promoção, logo o que existem são suspeitas e conjecturas.

³⁹ Exemplo: caso a regra produzida venha a proibir que o Estado institua imposto sobre livros, então é criada uma expectativa de que, enquanto o texto estiver em vigor, jamais haverá cobrança desse imposto nessa circunstância, embora possa ainda haver alguma discussão acerca do significado de livro (a partir de quantas páginas existe livro ou se livros digitais também estão incluídos nessa previsão, por exemplo).

visto como algo estático ou plenamente imutável. Assim, a constituição não é capaz de apresentar previamente um “projeto de vida” intocável e imposto que seria realizado em um determinado período. Uma possibilidade seria observar a constituição como algo *dúctil*⁴⁰ que cria as condições para a efetivação das mais diversas formas de vida. Ou seja, as constituições democráticas modernas teriam potencialmente a capacidade de atuar como garantia do pluralismo e fomentar o espírito democrático⁴¹. Tal ductilidade seria uma forma de observar os valores e princípios constitucionais de modo não absoluto (ZAGREBELSKY, 2011, p. 14).

No entanto, esclarecemos que essa garantia do pluralismo nas constituições modernas não significa que possamos extrair qualquer sentido do texto constitucional⁴². Em verdade, a vulgarização dos termos empregados no texto constitucional poderia levar a uma desintegração das funções e dos objetivos de qualquer constituição. Conforme alerta de Lawrence Tribe e Michael Dorf (2007, p. 19), basta observarmos atentamente a história para “nos proteger de usar a Constituição como se fosse uma bola de cristal com a qual podemos ver qualquer coisa que queremos”.

No campo do direito, portanto, a constituição normativa assume significativa função: é agente redutor da contingência sobre o futuro, porém incapaz de prever totalmente o devir.

Entretanto, isso não significa dizer que a constituição será, por desconhecermos o futuro, apenas um símbolo retórico meramente persuasivo e sem pretensões de normatividade. Embora também possa vir a ser instrumento de discursos persuasivos, não podemos negar a pretensão de realização quando há “vontade de constituição” a partir da compreensão da necessidade de uma ordem jurídica, cuja legitimação não se dá apenas pelos fatos, mas por um processo constante que necessita da vontade humana⁴³ (HESSE, 1991, p. 19-20).

⁴⁰ Gustavo Zagrebelsky (2011, p. 17), consequentemente, passa a defender uma “dogmática jurídica líquida” ou “fluída”, instabilidade que resulta do “jogo pluralista” presente na vida constitucional concreta.

⁴¹ A partir do pensamento de Elster (apud MELO, 2008, p. 28-33), seria possível ainda afirmar que o constitucionalismo é conjunto de limites à regra majoritária, funcionando as normas constitucionais como “mecanismo de autodefesa”, um pré-compromisso assumido em relação ao futuro deliberado por indivíduos racionais que antecipam seu próprio comportamento irracional ou míope.

⁴² Essas tentativas de extrair qualquer coisa do texto constitucional podem ser observadas em uma das narrativas mais conhecidas de Luís Roberto Barroso, Ministro do STF desde 2013: costuma o referido juiz dizer que “a Constituição brasileira trata de tudo; só não traz a pessoa amada em três dias”, arrancando risadas da plateia. Cf. G1 - Política. ‘*Constituição só não traz a pessoa amada em três dias*’, diz indicado ao STF. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/06/constituicao-so-nao-traz-pessoa-amada-em-3-dias-diz-indicado-ao-stf.html>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

⁴³ Conforme apontado por Pietro Alarcón (2012, p. 383), não basta haver constituição para modificar a realidade, pois também é preciso que, em primeiro lugar, existam “vontades constitucionais, atores dispostos e um exercício de interpretação e aplicação do Direito, atentos ao projeto global normativo disposto pelo constituinte”.

Se houvesse apenas a compreensão da constituição enquanto ideia sobre o futuro, reunindo desejos, esperanças, medos e frustrações de uma comunidade política, diversos aspectos centrais da aplicação prática do direito seriam ignorados. Afinal, a dogmática jurídica precisa solucionar problemas concretos⁴⁴ e garantir um mínimo de harmonização da vida social no presente: a constituição não pode ser mera carta política com promessas e juramentos.

Pensamos, com base na orientação teórica formulada por Popper, que a dogmática jurídica⁴⁵, apesar de fazer referências a “dogmas”, deve ser compreendida como espaço de interpretações e discussões que pretendam resolver um problema específico com base no direito, adotando uma abordagem crítica⁴⁶, de acordo com os objetivos de cada subsistema⁴⁷.

Logo, o estudo do direito constitucional é um modo de compreender não apenas textos constitucionais, mas também os debates em torno de sua interpretação, efetividade⁴⁸ e adesão pela sociedade, harmonizando texto e realidade. Em outros termos o direito constitucional se relaciona com a normatividade da dinâmica constitucional, sendo esta o conjunto de práticas, usos, discussões e interpretações sobre as questões constitucionais pelos órgãos do poder público e também no âmbito da sociedade em geral. A ideia de normatividade não significa a mera vigência de textos e ordens jurídicas nem que os fatos tenham uma força normativa, mas sim a qualidade do ser da norma: ordenar algo à realidade, sendo condicionada e estruturada por essa mesma realidade (MÜLLER, 2008, p. 15).

Consequentemente, a adequada prática da interpretação e aplicação das normas constitucionais cumpre relevante papel para a efetivação de um “Estado de Direito”.

⁴⁴ Somente existe dogmática jurídica enquanto conhecimento porque existem problemas sobre a criação, aplicação e aperfeiçoamento do direito. Segundo Karl Popper (1999a, 14-15), nenhum conhecimento científico inicia pela observação de fatos, mas sim por problemas de explicação. Na teoria do direito, o conhecimento jurídico também inicia por problemas práticos. A observação dos fatos é de grande relevância, mas não há observação sem orientação teórica (mesmo que inconsciente).

⁴⁵ O que chamamos de “dogmática”, porém, pode ser compreendido de forma diferente: por exemplo, Ottmar Ballweg associa a uma metateoria da jurisprudência dogmática (Rechtswissenschaft) enquanto Ulfrid Neumann trata como sinônimo de ciência do direito (NEUMANN, 2002, p. 465).

⁴⁶ Desenvolveremos, com muito mais detalhes, a ideia de “abordagem crítica” em nosso último capítulo, quando tentaremos verificar a possibilidade e as vantagens de um método crítico para o direito.

⁴⁷ Entendemos que cada “ramo jurídico” é informado por princípios específicos, o que repercute no processo interpretativo. “Princípios”, nesse contexto, significam os objetivos, valores e fundamentos que sustentam a normatividade do direito de acordo com o tipo de problema jurídico (administrativo, civil, penal, dentre outros).

⁴⁸ Em sentido aproximado e na tentativa de defender o direito enquanto aplicação e fato concreto, Robert Summers (1999, p. 509) pontua que o Estado de Direito e as regras do sistema jurídico (e, portanto, também as regras constitucionais) não podem ter pretensão de significado, salvo quando existe sua aplicação diante de fatos concretos.

Não é nenhuma novidade afirmar que o Direito Constitucional brasileiro é muito mais do que o texto da nossa Constituição Federal⁴⁹. Consequentemente, a interpretação constitucional não se reduz à interpretação textual da constituição, exigindo uma compreensão de todo o sistema normativo constitucional e da realidade em que estamos inseridos.

Portanto, considerando que não existe ciência jurídica apartada da realidade social (o direito é ciência social especial⁵⁰ preocupada em solucionar problemas práticos específicos), reconhecemos a possibilidade também de uma sociologia do direito constitucional. Isto é, não podemos ignorar o *law in action*, o direito colocado em prática pelos órgãos públicos e pela sociedade em geral. Ora, o texto constitucional nada valeria se não houvesse pessoas para efetivá-lo, para vivenciá-lo. Assim, outro olhar possível é observar a constituição como aquilo que explica a dinâmica de poder em uma sociedade (“fatores reais de poder”). Nestes termos, sem efetividade, a constituição escrita seria mera “folha de papel”⁵¹.

Nessa mesma linha, acreditamos que é preciso contribuir com um conceito prático para o Direito, considerando também os espaços não estatais. Uma das formas de considerar a normatividade jurídica não estatal foi sugerida por Hermann Kantorowicz (1964, p. 68-69), um dos fundadores da “escola do Direito livre”, embora sua obra tenha sido utilizada de forma equivocada pelos teóricos do direito⁵². De modo exemplificativo, ele apresentou três espécies *práticas* de normas jurídicas: a) *mandatos* (normas que são vinculantes em razão da obediência à autoridade constituída e não por seu conteúdo); b) *preceitos* (normas jurídicas vinculantes porque a consciência dos indivíduos reconhece um determinado valor que deve ser seguido); c) *dogmas* (estão presentes tacitamente em outras normas jurídicas). Conforme

⁴⁹ Cf. ARINOS, Afonso. *Curso de Direito Constitucional brasileiro*. v. 1. p. 25 e ss. No mesmo sentido, ver comentário de José Afonso da Silva (2012, p. 44-45).

⁵⁰ Para exame da relação entre ciência jurídica e outros conhecimentos das ciências sociais, cf. BÜLLESBACH, 2002b, p. 483-484.

⁵¹ A expressão é baseada em célebre frase, de 1847, atribuída ao Rei da Prússia, Friedrich Wilhelm IV: “Acredito que estou obrigado a fazer, neste momento, a declaração solene de que não permitirei, agora e nunca, que entre o Deus do céu e o meu país se interponha uma folha escrita como se fosse uma segunda Providência” (tradução livre). Cf. LASSALLE, Ferdinand. *Que es uma constitución?* Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2284/5.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2018.

⁵² Na tentativa de fornecer uma síntese de seu conceito, Kantorowicz (1964, p. 57) utiliza a ideia de um corpo de normas que ordenam o comportamento externo e que são consideradas judiciais/judicializáveis (*justiciales*). A expressão “*justiciales*” realmente pode levar a algum engano. Mas, na introdução do livro de Kantorowicz em suas edições inglesa e espanhola, Arthur L. Goodhart esclarece que a tese do direito livre tem sido exagerada (e deturpada) por alguns realistas que não leram os escritos de Kantorowicz. A “validez” das normas de Direito livre é muito inferior ao Direito formal, mas sua importância prática chega a ser maior em razão da existência de lacunas no Direito formal. Em nenhum momento, a doutrina de Kantorowicz reduziu o direito às decisões judiciais. Cf. KANTOROWICZ, 1964, p. 19-22.

ressaltado pelo próprio Kantorowicz (1964, p. 71), são três fundamentos de validade possíveis para a obrigatoriedade da norma jurídica, sem haver uma dependência necessária do Estado.

É válido ressaltar também, conforme lição de Eugen Ehrlich (1986, p. 18-19), que “nunca existiu uma época em que o direito proclamado pelo Estado tivesse sido o único direito nem mesmo para os tribunais”, pois “nunca desapareceu de todo uma corrente que procurava garantir um espaço para o direito extra-estatal”. Assim, uma pesquisa jurídica ampla, com suporte sociológico, precisa também investigar a prática social⁵³, uma vez que a compreensão dessa realidade social é o pressuposto central para avaliar a aplicação do direito em uma sociedade composta por diferentes crenças, valores, linguagens e fatos sociais⁵⁴.

Portanto, ainda que não realizemos uma pesquisa sociológica com o rigor e detalhes desejáveis, enfatizamos que o direito não se reduz a uma mera prática estatal e que a discussão sobre o conteúdo do direito não é restrita a um determinado grupo de “escolhidos”.

Em nossa leitura, portanto, a normatividade jurídica não decorre da mera aplicação de tribunais nem da mera criação de textos legais. Entendemos que o reconhecimento social de obrigações jurídicas existe porque, em primeiro lugar, existem problemas sociais, de convívio intersubjetivo. Portanto, é a existência de problemas jurídicos - que não se reduzem à esfera estatal - que torna necessária a tentativa de buscar soluções por meio de mecanismos e técnicas, como no caso dos atos jurisdicionais⁵⁵, que possam concretizar os propósitos de uma sociedade de acordo com ordens razoáveis e suportáveis.

Considerar que as decisões jurídicas seriam atos exclusivamente políticos, discricionários ou arbitrários nos levaria a uma insuportável imunização dos órgãos aplicadores do direito contra qualquer tipo de crítica. Na melhor das hipóteses, o jurista

⁵³ Assim, uma investigação ampla sobre o direito de uma sociedade não deve ser baseada apenas em uma pesquisa de textos estatais, devendo também observar o “direito vivo em contraposição ao que é vigente diante de tribunais e órgãos estatais”. Este direito vivo é aquele que, mesmo não expresso em prescrições jurídicas, domina a vida prática em uma sociedade. Consequentemente, as fontes de pesquisa para um bom conhecimento sobre o fenômeno jurídico também devem incluir, além de documentos, a observação do cotidiano, dos costumes e dos usos (EHRlich, 1986, p. 378).

⁵⁴ Apesar de haver menção expressa aos valores e à linguagem neste trecho, deve ser compreendido que a sociedade é composta sempre por um plano abstrato (crença) e por outro plano concreto (fato social). Não necessariamente há uma correlação entre os dois, mas ambos são formas de existência social. Assim, valores também derivam de crenças e podem vir a ser identificados na ação individual ou coletiva. Por outro lado, a linguagem também é fato social, mas também pode ser vista no âmbito de teorias linguísticas que envolvem crenças. Seguindo a mesma linha argumentativa, o Direito Constitucional enquanto ciência também se volta para a compreensão da norma constitucional à luz de crenças (teorias e valores que precisam ser levados a sério) e de fatos sociais (não se trata, neste caso, de avaliar a conduta de um indivíduo específico, mas sim examinar todo o contexto fático e histórico-cultural envolvido).

⁵⁵ Cf. nota nº 93 deste trabalho.

apenas poderia denunciar supostos arbítrios e recomendar novas posturas por meio de uma *crítica política*. Neste cenário, direito e política se confundem. A “doutrina jurídica” apenas poderia descrever (ou fazer apostas sobre possíveis resultados) e a sociedade civil seria apenas contempladora da prática dos tribunais, com suas “torcidas organizadas”. No máximo, o direito seria apenas um tipo especial de disputa política. É um olhar possível.

Recusamos, a priori, esse tipo de postura epistemológica porque ela é insuficiente para lidar com os problemas contemporâneos em torno da inclusão do pensamento diferente na arena argumentativa das múltiplas e variadas experiências humanas. Nas palavras de Friedrich Müller (2008, p. 28), essa visão - que destrói a autocrítica jurídica - é incapaz de contribuir para uma “teoria aproveitável da interpretação”.

Por outro lado, quando observamos as decisões proferidas pelos tribunais como o exercício de uma função baseada em crenças, valores e convicções de uma sociedade, então deve o jurista também engajar-se na reflexão sobre possíveis atitudes de aperfeiçoamento da prática atual que, por sua vez, poderiam vir a ser (ou não, mas existe alguma probabilidade) recepcionadas pelo órgão julgador em uma oportunidade futura⁵⁶. Ou seja, o desenvolvimento da dogmática poderia levar órgãos julgadores a reverem seus posicionamentos, em uma espécie de *círculo evolutivo da decisão jurídica*: o “cientista” analisa decisões judiciais e estas potencialmente poderiam estabelecer diálogo com as discussões científicas. Assim, pensamos que é possível e legítima a existência de modelos de discussão científica sobre a correção argumentativa no campo do direito.

Com pensamento semelhante sobre esse aspecto, Robert Alexy (2015a, p. 23-24) é enfático na defesa da pretensão de correção como elemento que constitui o direito e adverte: quem desiste da pretensão de correção perde a possibilidade de contestação, pois tudo seria subjetivo e nada objetivo, não haveria verdade em contraponto às manipulações exitosas e convicções fixas. Assim, a pretensão corretiva faz parte do direito.

É claro que o direito pode ser objeto de críticas políticas, sociológicas, econômicas, dentre outras; mas não devemos negar a possibilidade de crítica jurídica. O preço do

⁵⁶ Um exemplo prático dessa possibilidade pode ser observado no julgamento da ADPF 527 que, de forma expressa, fez referência a um estudo empírico de Juliano Zaiden Benvindo e Alexandre Araújo Costa que enfrentou a predominância de interesses corporativos no ajuizamento de ADI's. A crítica formulada na academia serviu como um dos motivos para a admissão da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros como entidade legítima para o ajuizamento de ADPF Cf. COSTA, Alexandre A.; BENVINDO, Juliano Z. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais, SSRN, 2014.

abandono de categorias como verdade e objetividade não seria apenas excessivamente alto, mas, de algum modo, o preço seria nosso próprio sacrifício (ALEXY, 2015a, p. 24-25).

Portanto, observar a prática das interpretações do STF e os discursos sobre limites da interpretação é uma forma de questionar a aplicação do direito e o próprio discurso jurídico. É que, nos termos trabalhados nesta pesquisa, a interpretação é também um processo contínuo e evolutivo que se modifica com novos fatos e discussões. Assim, a pretensão de correção do direito não é algo pertencente apenas aos juízes ou aos legisladores, mas também aos advogados e aos cidadãos na discussão pública (ALEXY, 2015a, p. 20-21).

Consideramos que as normas constitucionais consistem em uma *realidade* que não se confunde com o conhecimento sistemático próprio da ciência do direito. Dito de outro modo, o direito constitucional deve ser visto em sua dinâmica em perpétuo movimento, adaptando-se às exigências da vida, em meio a expectativas humanas e fatos sociais (DINIZ, 2003, p. 5-21).

Analisar apenas o conteúdo das normas não satisfaz toda a curiosidade humana no âmbito do saber jurídico. É preciso considerar também seus objetivos, suas formas de aplicação e seus efeitos (BÜLLESBACH, 2002b, p. 494). Logo, observar a prática forense pode contribuir para a percepção de problemas concretos e relevantes.

Dessa forma, diante da necessária reflexão crítica sobre a atuação do STF, em meio a crenças e fatos sociais, devemos, a partir de agora, examinar os pressupostos de nossa análise de decisões para uma observação crítica sobre o direito constitucional brasileiro. Após esse percurso, será possível discutir como a pesquisa se propõe a colaborar com as perspectivas de uma teoria da decisão jurídica a partir de um estudo da realidade brasileira.

2.3 OBSERVAÇÃO CRÍTICA DA PRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

2.3.1 Desafios para a observação social do direito constitucional: proposta empírica

Investigar a prática da Jurisdição Constitucional consiste sempre em um desafio e, para isso, existem incontáveis métodos⁵⁷ (caminhos) possíveis para seguir: análise econômica, análise de discurso, análise de dados, dentre outros. Escolhemos observar o comportamento do Supremo Tribunal Federal na construção de interpretações jurídicas no controle de constitucionalidade e como sua prática argumentativa utiliza dados pretensamente científicos

para embasar suas posições interpretativas. Como já afirmamos, propomos uma investigação *jurídico-filosófica*, influenciada pelo Racionalismo Crítico sugerido por Karl Popper.

A avaliação das cinco decisões coletadas permitirá uma reflexão mais sólida que aperfeiçoará as hipóteses lançadas na Introdução desta dissertação. Nosso objetivo, portanto, é apresentar proposições que expliquem o problema da identificação dos limites objetivos da interpretação jurídica no controle de constitucionalidade. Feito isso, poderemos tentar falsear nossas próprias proposições para reformular ou confirmar uma tese mais ampla sobre a interpretação constitucional e seus limites⁵⁷.

Observar socialmente o direito constitucional, evidentemente, não é apenas acompanhar as decisões do STF. Afinal, a pesquisa ora realizada é mais um ponto de partida para discussões e reflexões do que uma pretensa análise total sobre o fenômeno constitucional brasileiro em todos os seus aspectos. Ressaltamos, porém, que a origem dos tribunais não está associada a uma natureza de “órgão estatal”, mas de “órgão da sociedade”, pois sua função é decidir litígios e controvérsias sociais (EHRLICH, 1986, p. 97).

Na verdade, tal como exposto por Alfred Bülesbach (2002b, p. 481), a ciência do direito está relacionada com a evolução histórica e social de determinado grupo, sendo que a origem da discussão sobre a necessária relação entre realidade social e direito decorre da própria percepção da inadequação do direito em face da realidade.

Ao utilizar a estratégia de construção de critérios para coleta de decisões do STF com o objetivo de observar como tem sido o diálogo do sistema jurídico constitucional com a “realidade social” através da leitura de dados empíricos, pretendemos não apenas ler “dados frios”, mas sim propor uma discussão teórica crítica com a devida e necessária observação do mundo prático, pois a ciência jurídica relaciona-se, necessariamente, com problemas práticos.

É preciso esclarecer, contudo, que os resultados desse tipo de análise não visam prever o comportamento do STF no futuro nem mesmo criar uma tese infalível sobre o comportamento do referido tribunal em um momento histórico. É apenas uma forma de

⁵⁷ O método, segundo Zippelius (2016, p. 21), é “o caminho para um objetivo” que “de maneira racional e, por isso, apreensível e controlável, conduz a um conhecimento teórico e a um entendimento prático ou também a limites do conhecimento”.

⁵⁸ Esta pesquisa não faz uma “leitura radical” do método de Popper para não levar ao extremo o abandono da verificação das teorias ou da relevância do método indutivo, por exemplo. A ideia de falseabilidade de Popper é utilizada como um dos caminhos possíveis para explicar cientificamente determinada realidade. Utilizar um enunciado falseável, neste sentido, é estar aberto a críticas e considerar que a explicação dos resultados obtidos é provisória e apenas provável. Com este método, é possível ter certeza de que algumas teorias são falsas, mas nunca temos certeza de sua verdade em absoluto. Cf. SOKAL; BRICMONT. 2001, p. 71-75.

diálogo e de compreensão a partir de alguns dados encontrados de forma objetiva (qualquer outro pesquisador encontrará os mesmos dados se seguir nosso percurso). Portanto, o principal aspecto da análise não consiste no dado em si, mas na reflexão que fazemos sobre ele (esta é que será desenvolvida ao longo de toda a dissertação). Não pretendemos produzir gráficos ou porcentagens somente para que o trabalho *pareça* científico⁵⁹.

Para isso, foi necessário adotarmos alguns recortes metodológicos, conforme dito anteriormente: a) decisões colegiadas concluídas em 2016; b) ações de controle abstrato, remédios constitucionais e recursos extraordinários com repercussão geral; c) busca pelos termos “pesquisa científica”, “estatística”, “laudo”, “realidade” e seus respectivos plurais - quando utilizados para avaliar informações empíricas e compreender a norma jurídica.

Nos próximos subtópicos, apresentamos um conjunto de breves leituras sobre as decisões que foram coletadas e as primeiras impressões sobre elas, com ênfase nos elementos de argumentação empírica. Essas leituras são fundamentais para a propositura de novas hipóteses (tópico 1.3.5) e seu desenvolvimento no Capítulo 2, o que poderá colaborar para a promoção de um diálogo entre as hipóteses de pesquisa com os resultados obtidos provisoriamente e sua possibilidade de refutação.

2.3.2 Observação da ADI 4983/Ceará

Na primeira decisão examinada, e única ação de controle abstrato coletada, foi declarada a inconstitucionalidade da Lei estadual nº 15.299/2013⁶⁰, do Ceará, que

⁵⁹ A pesquisa quantitativa como possibilidade metodológica para as ciências jurídicas tem sido cada vez mais defendida como ferramenta para a “objetivação dos dados da realidade” e para o “desenvolvimento científico” do conhecimento jurídico. Essa ideia de que analisar centenas ou milhares de decisões, entretanto, precisa ser criticada quanto ao seu caráter científico. É uma postura que parece acreditar que pesquisas quantitativas poderiam desenvolver uma teoria científica mais sólida do que outras, algo que é totalmente contestável. Diferente do que se costuma propagar, nunca foi possível assegurar, do ponto de vista lógico, que é possível um desenvolvimento científico do conhecimento jurídico por conta de pesquisas quantitativas. Para uma defesa das pesquisas quantitativas na área jurídica, cf. GABARDO, Emerson; MORETTINI, Felipe Tadeu Ribeiro. Institucionalismo e pesquisa quantitativa como metodologia de análise de decisões judiciais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 63, p. 151-180, 2013.

⁶⁰ Eis o teor da lei: “Art. 1º. Fica regulamentada a vaquejada como atividade desportiva e cultural no Estado do Ceará. ||Art. 2º. Para efeitos desta Lei, considera-se vaquejada todo evento de natureza competitiva, no qual uma dupla de vaqueiro a cavalo persegue animal bovino, objetivando dominá-lo. ||§1º. Os competidores são julgados na competição pela destreza e perícia, denominados vaqueiros ou peões de vaquejada, no dominar animal. ||§2º. A competição deve ser realizada em espaço físico apropriado, com dimensões e formato que propiciem segurança aos vaqueiros, animais e ao público em geral. ||§3º. A pista onde ocorre a competição deve, obrigatoriamente, permanecer isolada por alambrado, não farpado, contendo placas de aviso e sinalização informando os locais apropriados para acomodação do público. ||Art. 3º A vaquejada poderá ser organizada nas modalidades amadora e profissional, mediante inscrição dos vaqueiros em torneio patrocinado por entidade

regulamentava a prática da vaquejada. A decisão se deu pela maioria dos ministros e foi concluída em outubro de 2016. No que se refere ao diálogo com a realidade social e os dados empíricos (objeto desta dissertação), diversos elementos que indicavam a observação de uma realidade empírica foram encontrados ao longo dos votos e das discussões entre os juízes.

De início, um dos pontos que chama a atenção é o fato de que laudos técnicos foram apresentados pelo autor da ação, o PGR, para demonstrar que a vaquejada trazia consequências nocivas à saúde dos animais envolvidos. Estas informações foram, inclusive, centrais no voto do Ministro Relator Marco Aurélio que chegou a declarar que

O autor juntou laudos técnicos que demonstram as consequências nocivas à saúde dos bovinos [...]. Apresentou estudos no sentido de também sofrerem lesões e danos irreparáveis os cavalos utilizados na atividade [...]. Ante os dados empíricos evidenciados pelas pesquisas, tem-se como indiscutível o tratamento cruel dispensado às espécies animais envolvidas (ADI 4983, p. 12).

Para ancorar sua argumentação em laudos técnicos, o Ministro enfatizou que, diante dos dados empíricos apresentados cientificamente, é “indiscutível” o tratamento cruel aos animais na prática da vaquejada. Assim, o laudo técnico não apenas serve para embasar a argumentação de seu voto como também para silenciar eventuais divergências e desconfiar a respeito do tema: não cabe mais discussão.

Tendo sido subscrito por Irvênia Luíza de Santis Prada, doutora em Anatomia dos animais domésticos e silvestres pela USP e ex-professora titular na mesma instituição, o laudo técnico, segundo o Ministro Marco Aurélio, demonstra a presença de lesões traumáticas nos animais, inclusive a possibilidade de a cauda ser arrancada, ocasionando dores físicas e sofrimento mental ao animal.

De forma semelhante, outros dois ministros que entenderam pela inconstitucionalidade da lei que regulamentava a prática da vaquejada também justificaram suas posições com base no laudo técnico trazido pelo PGR. É o caso, por exemplo, do Min. Luís Roberto Barroso que chamou a pesquisa trazida pelo PGR de “laudo técnico e estudo

pública ou privada.||Art. 4º Fica obrigado aos organizadores da vaquejada adotar medidas de proteção à saúde e à integridade física do público, dos vaqueiros e dos animais.||§1º O transporte, o trato, o manejo e a montaria do animal utilizado na vaquejada devem ser feitos de forma adequada para não prejudicar a saúde do mesmo.||§2º Na vaquejada profissional, fica obrigatória a presença de uma equipe de paramédicos de plantão no local durante a realização das provas.||§3º O vaqueiro que, por motivo injustificado, se exceder no trato com o animal, ferindo-o ou maltratando-o de forma intencional, deverá ser excluído da prova.||Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.||Art. 6º Revogam-se as disposições em contrário.”. Disponível em: <<https://www.al.ce.gov.br/legislativo/legislacao5/leis2013/15299.htm>>.

reveladores da ocorrência de lesões sofridas em bois e cavalos usados nas competições” (ADI 4983, p. 28). Adiante, em seu voto-vista, o Min. Barroso pondera que

Embora não existam estudos epidemiológicos publicados especificamente sobre a ocorrência de lesões em bois envolvidos em vaquejadas, isso não significa que esses animais não estejam sendo submetidos a crueldade quando suas caudas são torcidas e tracionadas bruscamente pelos vaqueiros, assim como quando são tombados. A Procuradoria-Geral da República transcreve na inicial laudo técnico emitido pela Professora Titular da Faculdade de Medicina Veterinária e Zootecnia da Universidade São Paulo, Irvênia Luiza de Santis Prada, Mestre e Doutora em Anatomia dos Animais Silvestres e Domésticos pela mesma Universidade. [...] ou a dor provocada é sentida imediatamente após a prova, pela provável ruptura dos ligamentos e vasos sanguíneos ou pela luxação das vértebras, como informa o laudo técnico acima, ou o animal a sentirá apenas horas depois. (ADI 4983, p. 50-52)

No mesmo sentido, o Min. Ricardo Lewandowski transcreveu trecho do voto do Min. Rel. Marco Aurélio para enfatizar a juntada de laudos técnicos e estudos que teriam comprovado danos irreparáveis aos bovinos e aos cavalos, acompanhando o voto do relator.

É curioso notar que os juízes que votaram pela constitucionalidade da lei não mencionaram explicitamente o laudo técnico em seus respectivos votos. Assim, apenas os Ministros Marco Aurélio, Barroso e Lewandowski argumentaram sobre o laudo⁶¹.

Iniciando divergência ao relatório do Min. Marco Aurélio, o Min. Edson Fachin utilizou outra estratégia para dialogar com a realidade social, porém sem “dados científicos”. De início, esclareceu que seria necessário analisar o caso sob um olhar amplo. Implicitamente, acusou interpretações jurídicas elitistas que ignoram a realidade vivida por milhões de brasileiros e advertiu que seria necessário alargar o olhar do jurista para considerar a realidade social nas áreas rurais no país. Em suas próprias palavras, disse que

O presente caso precisa ser analisado sob um olhar que alcance a realidade advinda da população rural. É preciso despir-se de eventual visão unilateral de uma sociedade eminentemente urbana, com produção e acesso a outras manifestações culturais, produtos e serviços para se alargar o olhar e alcançar essa outra realidade. (ADI 4983, p. 15)

Em sentido muito próximo, o Min. Teori Zavascki concordou com o Min. Fachin e acrescentou que a vaquejada era “uma atividade comum, corriqueira, praticamente incorporada aos hábitos populares” (ADI 4983, p. 58). Disse também que a vaquejada enquanto “um ato da realidade, pode ser cruel ou não ser cruel ao animal” (ADI 4983, p. 59).

Sendo assim, enquanto o Min. Rel. Marco Aurélio considerava a crueldade como inerente às vaquejadas e o laudo técnico como suficiente para comprovar sua hipótese, o Min. Zavascki não procurou atacar o laudo técnico em si, mas ponderou que nem toda vaquejada é

cruel. Isto é, o laudo técnico comprova existirem vaquejadas cruéis, mas isso não significa concluir que toda vaquejada é cruel. Assim, o Min. Zavascki seguiu a linha do Min. Fachin para tentar considerar a realidade social vivida por milhões de brasileiros.

Afirmando estar inspirado pelo voto do Min. Fachin e pelas lições de Peter Häberle, o Min. Gilmar Mendes advertiu que a interpretação sobre manifestações culturais jamais poderia estar dissociada da “realidade da comunidade na qual inserida a prática cultural” (ADI 4983, p. 129) e acrescenta que

Da mesma forma que não se pode impor a cultura de determinada parcela da população para outra que não a cultiva, não se pode impedir a prática de atividades culturais das quais não compartilhamos. [...] Não se pode, em um processo civilizatório primado pelo respeito das diferenças, alterar costumes tradicionalmente constitucionais, tornando-os inconstitucionais pelo simples argumento de avanço civilizatório. E quem diz o que é avanço civilizatório? Todos os atores envolvidos foram ouvidos para chegar ao consenso dos aspectos normativos do que seria tal “avanço” e de seus limites? Cabe ao Supremo Tribunal Federal ditar quais marcos civilizatórios estão corretos e devem ser observados pela população. (ADI 4983, p. 129)

Em outros contextos, esse trecho do voto do Min. Gilmar poderia ser aplaudido por grupos e movimentos sociais que lutam por maior reconhecimento de pluralismo na sociedade em geral. Contudo, o que não fica claro é saber se todas as práticas culturais devem ou não ser mantidas, afinal, de forma explícita, o magistrado questiona se “todos os atores envolvidos foram ouvidos para chegar ao consenso”. Parece crer que não haveria problema caso houvesse consenso sobre a realização de uma prática (cultural ou não). O difícil questionamento utilizado sobre autoridade e legitimidade para afirmar o que é avanço civilizatório é difícil: cabe ao STF “ditar os marcos civilizatórios estão corretos”, desde que não altere os “costumes tradicionalmente constitucionais” apenas para satisfazer o “avanço civilizatório”.

Em outro trecho, o Min. Gilmar Mendes aponta que todos são movidos por “um tipo de pré-compreensão que não corresponde à realidade” (ADI 4983, p. 103). Em seguida, alerta para uma preocupação sobre as consequências da interpretação do STF que será tomada:

Tem que se ver o que o legislador está a buscar, para aplicar métodos adequados. Agora, as consequências de uma declaração de inconstitucionalidade como esta são extremamente sérias. Estamos falando de duzentos mil empregos. Nós temos uma lei que considera este cavaleiro como um profissional - tem direito à previdência social e tudo o mais. Nós temos, portanto, uma atividade plenamente regulada. (ADI 4983, p. 103)

⁶¹ Apesar de terem votado pela inconstitucionalidade da lei cearense, os Ministros Celso de Mello, Rosa Weber e Carmén Lúcia não citaram expressamente o laudo técnico.

Essa questão “consequencialista” é um fator que merece ser analisado com maior cautela, pois certas discussões precisam ser travadas antes. Por ora, destacamos a prática de uma argumentação fundada em três elementos: *i*) o reconhecimento da pré-compreensão do intérprete; *ii*) a busca pela intenção do legislador e *iii*) as consequências econômicas das tomadas de decisão na jurisdição constitucional.

Ao fim de seu voto, o Min. Gilmar suplicou para que a Corte “não fechasse os olhos para a realidade” e que uma eventual declaração de inconstitucionalidade faria com que 10.000 (dez mil) parques de vaquejada e 200.000 (duzentos mil) empregados ficassem, “de uma hora para outra”, à margem do ordenamento jurídico (ADI 4983, p. 148).

Assim, buscando interpretar os movimentos culturais pela visão daqueles que vivem a norma, apresentando uma desconfiança generalizada sobre “avanços civilizatórios” e considerando as consequências da declaração de inconstitucionalidade, o Min. Gilmar votou pela constitucionalidade da lei que regulamentava a vaquejada no Ceará.

Além dos Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki e Gilmar Mendes, também votaram pela constitucionalidade da lei cearense os Ministros Dias Toffoli e Luiz Fux.

Ao tentar dialogar com a realidade, o Min. Toffoli, em seu voto-vista, disse que a carta constitucional é “a própria cultura de um povo” e que não se deve “olvidar que a ciência do direito é a ciência da vida, dos fenômenos sociais e culturais”, chegando a citar Radbruch: cultura é mistura de humanidade e barbárie, de bom e de mau gosto (ADI 4983, p. 121). Curioso é que essa citação de Radbruch poderia ser utilizada no sentido oposto, ou seja, a “cultura” também inclui práticas bárbaras que podem não ser desejadas em uma sociedade. Adiante, cita os estudos do historiador e antropólogo natalense Câmara Cascudo (1898-1986) para confirmar que a vaquejada é uma prática que se tornou uma demonstração esportiva e cultural do povo nordestino (ADI 4983, p. 117).

Por sinal, sem fazer referência ao laudo técnico, o Min. Toffoli declarou que “não há prova cabal de que os animais, de modo sistemático, sejam vítimas de abusos, de crueldade e de maus tratos” (ADI 4983, p. 121). Se houvesse, a interpretação jurídica seria diferente?

Em seu “voto de minerva”, a Min. Carmén Lúcia disse que não foi convencida de que a lei cearense tentou “dar um maior cuidado ao treinamento e a um tratamento mais, talvez, cuidadoso com os animais para que não chegasse a essa situação de agressão” (ADI 4983, p. 126), como se a lei tivesse uma presunção de inconstitucionalidade e precisasse comprovar empiricamente seus resultados.

Por fim, cabe ressaltar que, embora os argumentos em defesa da inconstitucionalidade fossem contra a vaquejada em si e não pelos detalhes trazidos na lei cearense, o STF optou por não julgar leis de outros estados que também regulamentavam a vaquejada⁶², restringindo os efeitos de sua decisão apenas para o Ceará.

Apesar desse resultado, diversas reações populares ocorreram pelo país, especialmente por associações de vaqueiros. Em pouco tempo, um mês aproximadamente, o Congresso Nacional aprovou uma lei declarando a vaquejada como manifestação cultural nacional e patrimônio cultural imaterial (Lei nº 13.364/2016). Meses depois, foi aprovada emenda constitucional (EC 96/2016), que exclui as manifestações culturais da possibilidade de serem consideradas cruéis quando são práticas desportivas que utilizam os animais.

Entretanto, a discussão parece ainda não ter sido encerrada. Recentemente, o Procurador-Geral da República ajuizou ação (ADI 5772/DF) em que pede a declaração de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 96/2017 e a questão deverá voltar a ser discutida no Supremo Tribunal Federal.

Um fato curioso é que, após o advento da Emenda Constitucional 96, a Assembleia Legislativa do Ceará aprovou nova lei, a Lei estadual 16.321/2017, para permitir e regulamentar a prática da vaquejada, sendo devidamente sancionada pelo governador.

Eis que, para refletir sobre a natureza da interpretação constitucional, algumas inquietações surgiram ao longo da leitura dos votos neste acórdão: a) o não encerramento da discussão sobre a constitucionalidade da vaquejada; b) a estratégia da utilização do laudo técnico pelos ministros defensores da inconstitucionalidade e o recurso à compreensão da “realidade rural” pelos ministros favoráveis à vaquejada; e c) a preocupação com as consequências econômicas de uma declaração de inconstitucionalidade.

Antes de tecer análises sobre essas questões, no entanto, é preciso que se proceda com a leitura das outras decisões coletadas.

⁶² Na decisão da Reclamação Rcl 25.869/PI, que tentava aplicar o entendimento do STF para evitar esse tipo de prática no Estado do Piauí, o Min. Teori Zavascki explicou que não era possível proibir a prática da vaquejada em todo território nacional com base no julgamento da ADI 4983. No caso da ADI 5703/RR, ajuizada no ano de 2017 com o propósito de declarar a inconstitucionalidade da Lei 900/2013, que regulamentava a prática da vaquejada no Estado de Roraima, o julgamento não foi concluído porque, com o advento da Lei estadual 1.185/2017, a antiga lei foi revogada e a ação constitucional perdeu seu objeto. Também ocorreu a perda de objeto na ADI 5710/BA. Em razão da promulgação da Emenda Constitucional 96/2017, foram julgadas prejudicadas a ADI 5713/PB e a ADI 5711/AP. O Supremo deverá se manifestar sobre o mérito da questão na

2.3.3 Observação dos “remédios constitucionais” (HC 124.306/RJ e HC 126.292/SP)

Por se tratar de uma investigação sobre a interpretação jurídica no controle de constitucionalidade praticado pelo STF, alguns leitores - equivocadamente - poderiam pensar que apenas ações de controle abstrato seriam utilizadas. Ocorre, entretanto, que outros meios podem funcionar como instrumentos de fiscalização da constitucionalidade.

Este é o caso dos chamados “remédios constitucionais”. Conforme lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2012, p. 328-329), essa é uma figura de linguagem utilizada para ilustrar a tutela judicial voltada para a proteção de direitos fundamentais que foram ou podem vir a ser violados⁶³. Trata-se, pois, de uma “garantia das garantias constitucionais”.

Nesta pesquisa, selecionamos dois Habeas Corpus. Não podemos ignorar que estes, além de servirem para a tutela do direito fundamental da liberdade de locomoção, constituem importantes mecanismos para a aferição da constitucionalidade de determinado dispositivo legal ou ato normativo em um caso concreto.

Embora se trate de controle judicial concreto, cuja natureza foi considerada por Gomes Canotilho (2003, p. 983) como uma “consagração do direito (e dever) de fiscalização dos juízes (*judicial review*) relativamente a normas a aplicar a um caso concreto”, é pertinente esclarecer que o método de análise da constitucionalidade é realizado de forma semelhante ao juízo exercido no controle abstrato. Afinal, a inconstitucionalidade é um fenômeno jurídico-normativo relacional que expressa incompatibilidade entre normas (norma-objeto e norma-parâmetro), não devendo o juízo de inconstitucionalidade variar de acordo com as circunstâncias pessoais das partes envolvidas (SOUTO MAIOR, p. 18, 2016).

Nesse sentido, pensamos que a essencial diferença entre controle concreto e abstrato reside basicamente no *meio processual* de arguição em que o juízo de constitucionalidade é apresentado: no âmbito de um processo em curso ou através de uma ação especial autônoma.

Segundo as lições do jurista alemão Hartmut Maurer (2005, p. 187), “o objeto do procedimento judicial-constitucional é exclusivamente a questão da constitucionalidade da lei”, ou seja, o exame da constitucionalidade é um procedimento especial e autônomo. O fato

ADI 5728/DF (relatoria do Min. Toffoli) e na ADI 5772/DF (relatoria do Min. Barroso), que discutem a constitucionalidade da emenda.

⁶³ Cabe ressaltar que o autor, posteriormente, comenta que a expressão é “risível” e “não muito feliz”, porém reconhece que é uma expressão consagrada pelo uso. Cf. FERREIRA FILHO, 2012, p. 353.

de existir um conflito jurídico real é apenas um requisito para a realização do exame no caso do controle concreto de constitucionalidade.

Em outras palavras, a lei será considerada inconstitucional *do mesmo modo*, com uma advertência: a questão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade não irá depender necessariamente do juízo da inconstitucionalidade (MAURER, 2005, p. 196). Há sempre uma escolha política fundamental a respeito desses efeitos. No caso alemão – e, em nosso entendimento, também no caso brasileiro –, há uma separação formal do controle normativo em relação aos efeitos: por exemplo, o critério da atribuição de efeitos *erga omnes* quando se trata de “controle principal” (em oposição ao “controle incidental”).

Portanto, independentemente de ser controle concreto ou abstrato, o intérprete necessariamente deve avaliar a *conformidade* da norma-objeto com a norma constitucional, compreendendo o contexto fático (composto socioeconômico e histórico-cultural) em que está inserido. Essa avaliação não se confunde com o juízo da razoável aplicação da norma-objeto no caso concreto em face das peculiaridades apresentadas pelas partes.

No mesmo sentido, Marcelo Neves aponta a inconstitucionalidade como “inadequação ou desconformidade” (1988, p. 74) e sustenta que o juízo de constitucionalidade diz respeito a “regras de rechaço” do sistema jurídico, estabelecendo a dimensão da pertinência em contraposição à validade das normas constitucionais: enquanto não houver ato específico de expulsão, as normas inválidas (defeituosas, inconstitucionais) ainda são *pertinentes* (NEVES, 1988, p. 76).

No primeiro Habeas Corpus analisado, caso do HC 124.306/Rio de Janeiro julgado pela Primeira Turma do STF, verificamos que se tratava de prisão em flagrante de pessoas que supostamente cometeram crime de aborto com consentimento da gestante. Apesar do Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ ter concedido liberdade provisória, o Tribunal de Justiça acolheu o recurso do MP-RJ e decretou a prisão preventiva, que foi mantida pelo STJ. De acordo com o relatório vencido do Min. Marco Aurélio, a defesa alegou que eram réus primários e domiciliados no distrito da culpa, além da “*desproporcionalidade*” da medida: a eventual condenação teria um regime de execução da pena mais brando.

Porém o que realmente chama a atenção é a argumentação utilizada no voto-vista do Min. Barroso e no voto da Min. Rosa Weber. Reconhecendo a inadequação da via processual, ambos votaram pelo não conhecimento da ação, mas, “em razão da excepcional relevância e

delicadeza da matéria”, concederam a ordem de ofício. Notável, porém, é a preocupação com dados empíricos sobre a questão do aborto, algo que merece destaque nesta pesquisa.

Na argumentação utilizada pelo Min. Barroso, foi apresentada uma ampla análise da inconstitucionalidade da criminalização do aborto voluntário nos primeiros três meses de gestação. Ao utilizar o “princípio da proporcionalidade” e seus subcritérios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), o referido magistrado tentou verificar dados da realidade social para averiguar se a criminalização não seria uma prática excessiva e em desconformidade com as normas constitucionais. Inicialmente, foi citado estudo científico, promovido pelo *Guttmacher Institute* e pela OMS, que aponta que a criminalização do aborto “não produz impacto relevante sobre o número de abortos” (HC 124.306, p. 22). Corroborando com sua posição de que a criminalização do aborto aumenta a quantidade de mulheres mortas ou com complicações de saúde, citou relatório do governo brasileiro que afirma que 4% das mortes de gestantes estão relacionadas a abortos clandestinos.

Com preocupações sobre as consequências econômicas da criminalização do aborto, o Min. Barroso também acrescentou que “criminalizar a mulher que deseja abortar gera custos sociais e para o sistema de saúde, que decorrem da necessidade de a mulher se submeter a procedimentos inseguros, com aumento da morbidade e da letalidade” (HC 124.306, p. 26).

Na argumentação da Min. Rosa Weber, foi feito um esclarecimento inicial sobre um “debate interinstitucional” para a construção da interpretação constitucional ao relatar que

Cumprasse assinalar que uma decisão por parte deste Supremo Tribunal Federal não necessariamente dará a última palavra sobre a interpretação constitucional correta para a solução da descriminalização do aborto, mas antes iniciará o debate interinstitucional com os demais poderes, a fim de qualificá-lo publicamente, haja vista que o legislativo não avançou nesta agenda, de forma a bloquear a discussão pública. (HC 124.306, p. 34)

É pertinente assinalar que foram criados tópicos específicos para as experiências jurisdicionais comparadas e para um debate sobre “empiria do aborto”. Quanto a este segundo, que é essencial nesta dissertação, a referida magistrada afirma que

Entendo necessário trazer ao debate um pouco de empiria sobre a questão de como o aborto é retratado pelas estatísticas, conquanto seja argumento de segunda ordem, a fim de trazer dados reais para o pensar da política pública estatal nesse tema, que, bem vistas as coisas, trata-se também de política pública sanitária. (HC 124.306, p. 43)

Na sequência, a Ministra apresenta as conclusões de uma pesquisa realizada entre os anos 1995 e 2008 pelo Departamento de Desenvolvimento Internacional do Reino Unido, Ministério dos Negócios Estrangeiros da Holanda e pelo *John D and Catherine T Mac Arthur*

Foundation. De acordo com dados oficiais, apesar da estabilidade do número de abortos, houve um aumento de abortos clandestinos (era 44% em 1995 e passou a ser 49% em 2008). Ademais, o número de abortos teria aumentado em países em desenvolvimento que, coincidentemente ou não, seriam os países sem regulamentação do direito ao aborto. Nesta pesquisa, houve a coleta de dados oficiais em 60% dos países que descriminalizaram o aborto.

Também foram citadas estatísticas do *Guttmacher Institute* sobre o aborto em 26 países no ano de 2012⁶⁴ para reafirmar que “os casos de interrupção de gravidez clandestina aumentaram nos países em desenvolvimento, notadamente na América Latina, seguida das regiões africana e asiática” (HC 124.306, p. 44).

No segundo Habeas Corpus pesquisado, o HC 126.292/SP julgado no Plenário do STF, os juízes modificaram o entendimento daquela Corte para admitir a execução provisória da pena após condenação em segundo grau. Embora seja um acórdão rico em argumentos dos dois lados, cabe observar o aspecto que interessa a este trabalho: o termo realidade (social) foi utilizado na maioria dos votos (Min. Rel. Teori Zavascki, Min. Rosa Weber, Min. Luiz Fux, Min. Celso de Mello, Min. Ricardo Lewandowski e principalmente no voto do Min. Barroso).

Ocorre que, nas argumentações dos Ministros Celso de Mello e Lewandowski, o emprego das expressões relacionadas à “realidade” foi apenas retoricamente estratégico para elogiar votos de outros ministros ou relatórios de outras ações julgadas no STF, não representando uma tentativa de diálogo. Isso ocorre nas expressões “Vossa Excelência, no julgamento da ADP 144/DF, bem destacou, [...] à luz de dados estatísticos, uma realidade que torna necessário respeitar-se a presunção de inocência” (HC 126.292, p. 93) e “o Ministro Teori Zavascki nos brindou com um belíssimo voto, atento à realidade brasileira” (HC 126.292, p. 102).

Por outro lado, os Ministros Fux e Rosa Weber utilizaram o termo apenas para se referir a uma “realidade prática” das próprias instituições do Poder Judiciário, principalmente sobre os excessivos recursos nos Tribunais Superiores. Já o Min. Rel. Zavascki apenas se referiu, muito brevemente, a necessidade de observar a realidade do complexo sistema de justiça criminal no Brasil. Entretanto, a Min. Rosa Weber enfatizou que “a Constituição comporta leitura atualizada, [...] os fatos e a própria realidade evoluem” (HC 126.292, p. 55).

Porém, o voto mais pertinente para nossa discussão foi proferido pelo Min. Barroso. Em seu voto, há uma seção para os “fundamentos jurídicos” e outra para os “fundamentos

pragmáticos” em favor da execução provisória da pena. Antes, contudo, o referido juiz anuncia que realizará uma “brevíssima digressão doutrinária acerca do tema da mutação constitucional” (HC 126.292, p. 31-35). É neste tópico - sobre mutação constitucional - que mais será comentado sobre realidade social e sua relação com o direito. Para o Ministro, houve mutação constitucional quando o STF modificou sua posição em 2009 e agora deveria fazer uma nova atualização da norma jurídica diante do “impacto traumático da própria realidade que se criou” (HC 126.292, p. 32). Em outras palavras, deveria ser admitida uma segunda mutação da norma constitucional.

Em outros momentos, o Min. Barroso apresenta comentários sobre realidade apenas para afirmar que a norma jurídica é “a integração entre texto e realidade” (HC 126.292, p. 49) e para mencionar que o pragmatismo, dentre outras características, dá maior peso à realidade concreta na busca da solução adequada.

Se considerarmos que a realidade social é um fator que deve ser considerado no processo interpretativo do direito, então por qual razão costumamos não considerar a opinião de especialistas de outras áreas do conhecimento na interpretação constitucional? Ou, o que é pior, porque esse tipo de opinião técnica é apresentado, muitas vezes, como algo indiscutível? Será que é possível algum tipo de controle da atividade interpretativa realizada pelo Estado?

Como vemos, é extremamente urgente uma reflexão crítica sobre a interpretação constitucional e seu papel na construção e aperfeiçoamento do sistema jurídico. Nestas decisões, fica clara a necessidade de reflexão sobre, pelo menos, dois aspectos: a dificuldade de leitura das informações científicas e a questão da evolução de entendimentos interpretativos.

2.3.4 Observação dos Recursos Extraordinários (RE 593.849/MG e RE 778.889/PE)

Conforme exposto na introdução desta investigação, dois recursos extraordinários foram coletados de acordo com os critérios e objetivos propostos. Não pretendemos realizar uma leitura crítica dos acórdãos em sua completude, mas apenas refletir sobre os trechos em que são discutidas as relações direito-realidade na construção de interpretações jurídicas.

No direito brasileiro, o Recurso Extraordinário é o meio processual adequado para recorrer de decisões judiciais julgadas em única ou última instância que, dentre outras

⁶⁴ A pesquisa foi publicada no Journal of Obstetrics & Gynaecology em 2016.

hipóteses⁶⁵, contrariam dispositivo constitucional. Como aponta Barroso (2012, p. 138), o STF, normalmente e em grande volume, desempenha a fiscalização concreta de constitucionalidade por meio desse tipo de recurso.

No RE 593.849/MG, sobre substituição tributária e cálculo do ICMS, foi encontrado, no voto do Min. Barroso, trecho pertinente aos objetivos desta pesquisa. De acordo com ele,

[...] acho que há igualmente um problema da violação da razoabilidade na sua dimensão de congruência. Quer dizer, as normas são concebidas em função de determinadas realidades materiais e destinadas a realizar determinados fins. Se a realidade material prevista na norma não ocorre ou não é efetiva, você viola a razoabilidade porque você está aplicando a uma realidade diferente uma lógica que foi concebida para a situação diversa. Portanto, a ideia de congruência significa que você não aplica uma norma em dissonância com a realidade fática sobre a qual ela deve incidir. Ou, para dizer de uma forma um pouco mais sofisticada, a congruência impõe uma relação harmônica entre a norma e as condições externas da sua aplicação. (RE 593.849, p. 40-41)

Em síntese, o Min. Barroso sustenta dois aspectos muito relevantes para uma teoria da norma jurídica (constitucional): os propósitos/objetivos da norma e as “realidades materiais” que condicionam sua realização. A partir disso, seria possível vislumbrar a ocorrência de uma possível violação da razoabilidade diante da desconformidade com a realidade fática. Portanto, as “condições externas” da realidade material são aspectos que estão “fora da norma”, mas que devem estar em plena harmonia.

Adiante, o Min. Gilmar Mendes, em posição antagônica, ressaltou que “é o Direito que cria a realidade [...] Esse é o perfil institucional [do Direito]” (RE 593.849, p. 70-71) e o Min. Barroso voltou a ressaltar que o intérprete jurídico está impedido de basear-se em uma realidade fática inexistente (RE 593.849, p. 123).

Múltiplas são as possibilidades de imaginar a configuração da norma jurídica. Devemos observar a “realidade social” como uma realidade material externa à norma jurídica, sustentando haver uma relação harmônica entre esses dois elementos? Ou essa “realidade” seria construída pelo direito? Seria a realidade social um elemento constitutivo da normatividade jurídica?

Não nos preocupamos em apresentar uma fórmula definitiva para responder essa questão, mas, com base em nossas hipóteses lançadas nesta pesquisa, sustentamos que a observação da realidade social - seja como elemento interno ou como elemento externo em

⁶⁵ As hipóteses estão atualmente previstas nas alíneas do art. 102, III, da Constituição Federal.

relação à norma jurídica - é essencial para a interpretação jurídica porque esta não é uma mera interpretação de questões lógicas e abstratas.

No próximo capítulo, onde nos debruçamos sobre os elementos da interpretação constitucional, pretendemos voltar a verificar essa questão da congruência do direito com a realidade em que está inserido.

Na última decisão analisada, no RE 778.889/PE, cujo relator foi o Min. Barroso, foi apresentado argumento da “mutação constitucional” para equiparar os prazos da licença maternidade de gestantes e adotantes. Curioso notar que, neste acórdão, a palavra “realidade” foi utilizada oito vezes pelo Min. Rel. Barroso e uma única vez no voto do Min. Luiz Fux, além de ter sido utilizada na própria ementa⁶⁶.

Em seu voto, o referido relator citou seu próprio manual de Direito Constitucional para explicar o fenômeno da mutação constitucional, porém sem grandes detalhes sobre tal fenômeno, e utilizou o princípio da proporcionalidade em sua vertente de proibição de proteção deficiente para apontar que a legislação brasileira era inadequada, apontando para a inconstitucionalidade de dispositivos jurídicos que estipulavam menor prazo de licença maternidade para mulheres adotantes.

A respeito da alegada mutação, o Min. Barroso mostrou estar convicto de que se tratava de um “caso típico de mutação constitucional, em que a mudança na compreensão da realidade social altera o próprio significado do direito”, pois seria preciso mudar o posicionamento do STF existente a partir do RE 197.807/RS, julgado no ano 2000.

Apesar da ideia de ruptura presente na tese mutacionista, o referido magistrado dedica nota de rodapé para o pensamento de Ronald Dworkin e defende que seu voto está em conformidade com a tese do “direito como integridade” ao declarar que

O que um determinado princípio requer, em dada situação concreta, deve ser avaliado como um “romance em cadeia”. Cada capítulo de um romance parte e é compatível com o capítulo que o antecede, mas inova e faz a história evoluir. Da mesma maneira, a decisão de cada caso que coloque em discussão um determinado princípio deve ser coerente com as decisões anteriores, com as indicações do legislador e, ao mesmo tempo, deve fazer o direito avançar. [...] No caso em exame, todos os capítulos desta história avançam paulatinamente no sentido de majorar a proteção dada à criança adotada e de igualar seus direitos aos direitos fruídos pelos filhos biológicos. (RE 778.889, p. 32)

⁶⁶ O fragmento da ementa dispõe: “5. Mutação constitucional. Alteração da realidade social e nova compreensão do alcance dos direitos do menor adotado. Avanço do significado atribuído à licença parental e à igualdade entre filhos, previstas na Constituição. Superação de antigo entendimento do STF”.

Em que pese a possível justeza do resultado (igualdade entre filhos biológicos e adotivos), é sintomática a variedade de termos e correntes de pensamento no processo argumentativo dos juízes. Reunir a teoria de origem germânica sobre mutação constitucional, princípio da proporcionalidade, autonomia da mulher, direito de igualdade, direito como “romance em cadeia” e tantas outras teses jurídicas em um único voto é uma estratégia que merece ser averiguada e discutida.

Na sequência, ao fazer referência ao pensamento de Konrad Hesse, o Min. Fux (RE 778.889, p. 58) declarou entusiasmadamente que “Constituição tem que ser uma Constituição do seu tempo” e que, ao se dissociar da realidade social, “ela perde a sua força normativa”. Sendo assim, a pretensão de normatividade da Constituição exige interpretação adequada ao seu contexto temporal e que não ignore a realidade social. Na sequência, apresentou uma abordagem “neoconstitucional” que reconhece a mutação constitucional, pois

Sob um outro ângulo, hoje a leitura da legislação infraconstitucional deve se fazer à luz da Constituição Federal. No neoconstitucionalismo, a interpretação e a aplicação do Direito Infraconstitucional fazem-se sob a lente da Constituição, para utilizar uma expressão tão querida do Professor e Ministro Luís Roberto Barroso. Então, hoje nós assistimos a uma verdadeira mutação constitucional, porque o conceito de família mudou desde o momento em que o constituinte resolveu legitimar as uniões estáveis. (RE 778.889, p. 58)

Em esclarecimento ao único voto divergente, do Min. Marco Aurélio, o relator sintetizou seu voto e sua ideia de mutação constitucional, destacando que

Eu considero que, dogmaticamente, mutação constitucional ocorre quando o Tribunal Constitucional muda um entendimento que já havia professado, por estas razões: mudou a realidade social ou mudou a compreensão de um determinado fenômeno. De modo que eu acho que o Tribunal de origem - e o Ministro Marco Aurélio tem razão - seguiu a jurisprudência do Supremo. Mas eu acho que o Supremo pode, e em certos casos deve, mudar a sua compreensão. De modo que a minha a proposta - e está no meu voto - é a de que, onde o artigo 7º da Constituição, VIII, fala em licença gestante com duração de 120 dias, produziu uma expressão subinclusiva; ela quer dizer licença maternidade - que, aí, valerá tanto para a gestante como para a adotante. (RE 778.889, p. 65)

Mais uma vez, termos como “realidade social” nos votos dos ministros do STF aparecem na tentativa de compreender como a interpretação constitucional, a norma jurídica e a realidade existente no contexto social estão relacionadas. Em síntese, estes dois recursos analisados revelam uma questão enigmática: há uma realidade fática que vincula a interpretação jurídica? Esta “realidade” seria mera aparência ou uma construção discursiva?

2.3.5 A constante busca pela explicação científica: construção de hipóteses e necessidade de aprofundamento

Realizadas as leituras sobre as cinco decisões comentadas nos tópicos anteriores, podemos, enfim, explorar as primeiras conclusões obtidas.

Verificamos que os Ministros do STF, nas decisões coletadas, tiveram dificuldades em torno da análise de dados empíricos para a devida compreensão da norma constitucional, especialmente no âmbito dos remédios constitucionais. Tal conclusão, ainda que provisória, nos remete a uma das conclusões de uma pesquisa realizada por Juliano Zaiden Benvindo (2014, p. 88-89), no sentido de que uma suposta “racionalidade técnica” do STF para a produção de decisões diferenciadas em relação a outros órgãos estatais não conseguiria se sustentar empiricamente.

Na ADI 4983, é visível a ausência de diálogo efetivo sobre os aspectos empíricos. Não houve dialética: defensores da vaquejada justificaram suas posições com base na compreensão dos “vivos da norma”, na realidade rural e cultural; defensores da inconstitucionalidade da lei cearense enfatizaram o laudo técnico sobre a gravidade da prática da vaquejada, mas sem apresentar contrapontos ao raciocínio divergente.

Apesar disso, dois aspectos ressaltaram a possibilidade de compreensão do processo interpretativo como algo dinâmico: a reação institucional e popular em face do julgamento da ADI sobre a vaquejada e a utilização de remédios constitucionais como espaço para apresentação de novos entendimentos jurídicos.

Discussões constitucionais, portanto, não são encerradas em um único julgamento. É característica essencial da interpretação jurídica a sua inconclusividade no sentido de que tais discussões seguem em aberto, sempre passíveis de revisão.

Mas, então, como explicar a “coisa julgada” e a necessidade de oferecer certa estabilidade para a tomada de decisão? De fato, não podemos ignorar a importância dos resultados de um julgamento realizado por um tribunal como o STF.

Nossa hipótese, porém, é no sentido de que a inconclusividade (ou provisoriedade) das explicações e soluções dos problemas constitucionais é uma realidade da qual o jurista não pode se desvencilhar. Não significa, entretanto, excluir a responsabilidade dos juízes, tribunais e quaisquer outros sujeitos de buscarem calcar suas argumentações com elementos que considerem a memória do sistema jurídico (os argumentos, as explicações e as respostas

que anteriormente foram produzidas). Do mesmo modo, não são excluídos os efeitos práticos decorrentes da necessidade de coerência e estabilidade da jurisprudência, especialmente diante do dever de observância dos tribunais inferiores.

No âmbito dos Recursos Extraordinários, bastante pertinente é a discussão sobre a suposta criação da realidade fática pelo direito ou limitação do direito por uma realidade fática já imposta. É notável que o discurso sobre as “realidades” - ou “aparências” - parte de compreensões distintas sobre direito e interpretação, mas sem qualquer preocupação com uma metódica coerente do início ao fim de cada um dos votos.

Por fim, visualizamos que as consequências das decisões de inconstitucionalidade - especialmente as consequências econômicas - estão entre as principais preocupações do intérprete constitucional. Esse aspecto indica a existência de um possível problema na ausência de diálogo com outros posicionamentos econômicos, apresentando estatísticas e possíveis consequências como algo *incontestável* - aspecto incompatível com as ciências.

Inicialmente, sustentamos alguns pontos de partida da nossa investigação: a interpretação como processo contínuo de construção e atribuição de significados; as discussões das ciências naturais que poderiam modificar interpretações jurídicas; a ciência jurídica fornecendo respostas de modo histórico-contextual e a inadequada verificação da realidade empírica descaracterizando a interpretação jurídica.

Em resumo, caracterizamos a interpretação jurídica como a constante busca pelo melhor significado (que sempre será provisório) do direito, observando os limites do direito objetivo e da realidade social informada pelas demais ciências. Coincidentemente ou não, é uma proposição muito próxima aos esforços de Popper sobre a teoria científica e, posteriormente, sobre a atitude do homem em geral. Podemos, inclusive, acrescentar que essa busca pelo melhor significado deve sempre estar suscetível à discussão crítica e a testes.

Na literatura jurídica, é marcante o posicionamento de José Afonso da Silva (2014, p. 303-304): a interpretação jurídica é modo de compreensão, é um conhecimento cultural; a interpretação não poderia modificar o objeto do conhecimento. Portanto, a interpretação é “um problema da teoria do conhecimento”. Ademais, a interpretação incorreta (que busca alterar indevidamente a norma constitucional) *deve ser declarada inconstitucional*.

Notamos que a teoria da interpretação jurídica no âmbito constitucional caminha em descompasso com o cenário observado através da prática do STF. Afinal, a prática da vaquejada é “cruel” ou não? Por qual motivo se deve entender que uma lei que tenta

regulamentar essa atividade cultural e/ou esportiva é inconstitucional, mas continua sendo praticada, entendida como lícita e novamente regulada?

Para além da possibilidade de “erro” da prática forense, é preciso revisitar as questões fundamentais da teoria da interpretação para buscar uma explicação mais adequada ou, nos termos de Popper, mais próxima da verdade existente na realidade jurídica objetivada.

Se o Direito possui finalidade prática, discutir decisões, interpretação e aplicação do direito é assunto essencial para uma melhor compreensão do fenômeno jurídico. Existem, porém, diversos sentidos para “decisão jurídica”, podendo esta expressão ser entendida como:

- a) Sinônimo de decisão judicial;
- b) Gênero que abarca todas as espécies de decisão tomadas no sistema jurídico (decisões judiciais, de tribunais administrativos, de agências reguladoras ou de fiscalização, dentre outras);
- c) Conjunto de decisões que tratam da própria formação, manutenção e desenvolvimento do direito (seleção das informações presentes em seu entorno);
- d) Resultado do processo público de discussões jurídicas envolvendo diversas decisões judiciais, manifestações sociais, posicionamentos doutrinários, práticas e entendimentos do Poder Público, etc.

No caso dos dois últimos sentidos esboçados acima, há profundas implicações para a teoria da interpretação jurídica. Por isso, o exame crítico que passamos a fazer funciona como primeiro passo para uma consciência reflexiva acerca do fenômeno interpretativo.

Agora, é tempo de investigarmos, com maior profundidade, nossas proposições teóricas diante dos problemas identificados, tomando os pressupostos de um racionalismo crítico como orientação teórica principal, para que seja possível alguma contribuição científica às discussões sobre a teoria da interpretação constitucional.

3 INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No capítulo anterior, apresentamos a possibilidade e a relevância de uma proposta de análise para avaliação dos limites da interpretação jurídica no controle de constitucionalidade. A partir de uma breve coleta de decisões do ano de 2016, foi possível delinear um percurso metodológico para uma possível observação do direito e das construções argumentativas sobre a relação direito-realidade.

Neste momento, passamos a desenvolver, com maior grau de detalhamento, as hipóteses da nossa investigação. Pretendemos discutir as possibilidades de compreensão sobre interpretação e aplicação do direito, apontando os riscos de uma visão exclusivamente instrumental e estatal. Considerando os pressupostos teóricos debatidos nos tópicos anteriores em defesa da possível combinação do racionalismo crítico com a dogmática constitucional, buscamos desenvolver as proposições teóricas diante da análise detalhada das características e funções da interpretação constitucional.

De início, examinaremos o sentido da interpretação constitucional adotado nesta pesquisa, com maior ênfase para o problema dos limites interpretativos, sem ignorar as argumentações desenvolvidas nas decisões coletadas e buscando não reduzir o direito a uma mera justificação política promovida pelos “intérpretes” autorizados pelo Estado.

Em seguida, examinaremos a compreensão da realidade social no âmbito da interpretação jurídica para explorarmos as premissas que giram em torno da hipótese de seus limites a partir de três aspectos centrais expostos nas decisões examinadas: o uso do princípio da proporcionalidade, a caracterização de mutações constitucionais e a questão da atualização do âmbito normativo para a reavaliação da realidade pelo direito.

Ressalvamos que, embora se trate de um capítulo denominado “interpretação e aplicação do direito constitucional contemporâneo”, não há qualquer pretensão de esgotamento do tema. Do mesmo modo, inexiste qualquer pretensão de exposição histórica sobre as diversas escolas de interpretação. Isso porque a discussão sobre teorias da interpretação guarda elementos muito diversos e posicionamentos filosóficos muito variados.

Por fim, antes de retomar o desenvolvimento de nossas hipóteses, é oportuna a especificação do papel da linguagem no “racionalismo crítico” que permeia nossa

investigação. Na prática, não negamos que a vida social humana possa girar em torno da linguagem diante de um interesse inato nos seres humanos pela codificação e pelo ato de decifrá-la, sendo a linguagem “o maior interesse e a consecução mais característica do homem” (WIENER, 1968, p. 84). É natural, portanto, a existência de incontáveis tentativas de explicação da linguagem, comunicação e compreensão humana. Assim, compreender a linguagem é algo essencial para compreendermos a realidade cotidiana (BERGER; LUCKMANN, 2009, p. 55).

É problemático, contudo, o imenso esforço realizado para tentar deslegitimar a existência de algo além da linguagem. É que a linguagem se torna tão relevante que alguns chegam a dizer, como é o caso de João Maurício Adeodato, que tudo se reduz à linguagem e nada existe fora dela. Assim, não importaria se o *Big Bang* ou a batalha de Zeus contra Cronos⁶⁷ realmente ocorreram, pois “o que interessa é o relato dominante” (ADEODATO, 2010, p. 145). Nossa linguagem é “objetiva” porque precisa ser externalizada e necessita apresentar coerência com a realidade referida.

É que os fatos não são produtos *apenas* de “formações linguísticas”. Tem sido um grave erro igualar a norma jurídica às formas linguísticas de modo independente da realidade (MÜLLER, 2008, p. 19). Nem tudo é produto da linguagem ou da vontade humana. Logo, como reforça Castanheira Neves (2003, p. 16), a tese de que a jurisprudência é apenas uma “análise de linguagem” é completamente “inaceitável a nível normativo”.

Karl Popper (1982, p. 221), que inspirou as vertentes de um racionalismo crítico, se considerava um “indeterminista” porque não acreditava que o futuro estaria contido - de modo integral - nas coisas presentes; mas também se assumia como um “realista” (crença em um mundo real independente da linguagem) e um “racionalista”. A vida e todas as coisas não são produtos da vontade humana. Sua metáfora dos três mundos autônomos (natureza física, consciência humana e produtos feitos pelo homem) nos leva a considerar um mundo físico independente da vontade humana e de um mundo culturalmente objetivado⁶⁸. Tal metáfora

⁶⁷ Esses dois exemplos são citados por Adeodato, mas poderíamos citar exemplos mais pertinentes à realidade jurídica: se apenas existe linguagem, não importaria se um homem realmente obrigou uma mulher a ter relações sexuais com ele, se de fato há uma vida sendo gerada no interior de uma mulher, se a morte de um idoso doente foi causada em razão da negligência dos “responsáveis” que o privaram dos remédios e alimentação, dentre outros exemplos. A questão é: não há o fato em si; o direito apenas lida com discursos e linguagem. Além disso, a realidade não é formada por qualquer discurso, mas pelos relatos dominantes em um determinado momento histórico e pontual.

⁶⁸ Karl Popper (2002, p. 39-41) adverte que se trata de uma mera metáfora e que, do ponto de vista didático, outros “mundos” podem ser descritos. Sua preocupação decorre de dois problemas fundamentais: a) a relação

chegou a ser discutida nas teorias da argumentação jurídica de Aulis Aarnio (1987, p. 29-33) e Aleksander Peczenik (2009, 218-219).

Nesse mesmo sentido, argumentam Peter Berger e Thomas Luckmann (2009, p. 85) que a sociedade é produto humano e o homem é produto social, mas isso não significa que a sociedade seja uma realidade apenas subjetiva: é também realidade objetiva. Observar a sociedade apenas como linguagem e vontade é uma redução *artificial* da humanidade.

Ademais, tal como alerta John Lennox⁶⁹, dizer que uma teoria científica (ou a linguagem humana em geral) pode trazer algo à existência é não entender o que significa teoria/linguagem⁷⁰. As pessoas também utilizam a linguagem com o intuito de descrever coisas, fenômenos e objetos. Por si só, as teorias não causam nem criam nada⁷¹ ou, pelo menos, não criam tudo porque “um mundo criado apenas pela língua é ficção”.

Outro problema que merece breve destaque, antes da análise de nossas premissas sobre a interpretação, é a questão da compreensão da hermenêutica jurídica. Diversas são as definições modernas para hermenêutica⁷², mas não parece ser adequado comparar seus diversos sentidos históricos nesta investigação; parece-nos que a hermenêutica se relaciona com todas as formas de compreender a compreensão humana, sejam elas escritas ou não. Afinal, não interpretamos apenas textos, mas também fatos, objetos, sentimentos e sensações.

Por outro lado, a hermenêutica tem sido utilizada, nas últimas décadas, quase sempre relacionada com uma concepção filosófica por meio da “hermenêutica filosófica” ou “jurisprudência hermenêutica”⁷³, havendo até mesmo algumas influências no pensamento

entre conhecimento subjetivo e conhecimento objetivo; b) a relação entre as coisas físicas e a mente humana (problema corpo-mente). Este segundo problema, entre os “mundos” 1 e 2, leva o filósofo a pensar sobre um mundo dos produtos do espírito humano (mundo 3) que envolve a compreensão de problemas e as tentativas humanas de explicação, teorização e crítica externada.

⁶⁹ Para conferir a crítica completa do significado das leis da natureza (que também serve para a linguagem humana), cf. LENNOX, John. *God and Stephen Hawking: whose design is it anyway?* Capítulo 2: God or the laws of nature. Oxford: Lion Books, 2011.

⁷⁰ De todo modo, uma “teoria retórica” nem mesmo seria teoria científica no sentido popperiano.

⁷¹ No caso do Direito, entendemos que a linguagem poderá modificar determinadas realidades. É o caso, por exemplo, do julgamento baseado em depoimentos falsos, cuja falsidade jamais foi descoberta e mesmo assim modificou alguma relação jurídica, obrigação ou estado de coisas. Porém, quando dizemos que a linguagem não cria nada estamos nos referindo à necessária verificação da congruência das alegações com os fatos conhecidos.

⁷² Segundo Palmer (apud LIMA, 2001, p. 248-249), é possível relacionar a hermenêutica a diversos conceitos: a teoria da exegese bíblica, a metodologia filológica geral, a ciência da compreensão linguística, a compreensão da arte escrita e do comportamento humano, a fenomenologia da existência e compreensão existencial e ainda os sistemas de interpretação recuperadora de sentido a partir de símbolos e mitos.

⁷³ Há, inclusive, quem defenda que o “paradigma hermenêutico” estaria baseado na inseparabilidade entre conhecimento, interpretação e aplicação do direito e que a interpretação modificaria a própria realidade interpretada. Este é o caso do posicionamento de Gustavo Just (2014, p. 28), com o qual não concordamos em

brasileiro por meio de “escolas de interpretação” como a “crítica hermenêutica do direito”⁷⁴. Assim, “hermenêutica” tem sido utilizada frequentemente como crítica e até mesmo como destruição da “autocompreensão objetivista das ciências do espírito” (LIMA, 2001, p. 257).

Nelson Saldanha (1998, p. 195-196), por exemplo, situa o pensamento hermenêutico no conjunto de informações, conceitos e valores que servem para a avaliação e conhecimento da ordem jurídica. Porque o Direito não é apenas ordem, conjunto de normas e sistema de princípios. Por outro lado, a prática interpretativa estaria na relação dinâmica entre esse corpo de informações valorativas e a ordem ou entre a ordem e sua aplicação aos problemas concretos. Assim, nenhuma ordem jurídica pode ser inteligível sem hermenêutica e nenhuma hermenêutica pode ser elaborada sem ordem jurídica.

Entretanto, inexistente qualquer consenso sobre a abordagem hermenêutica⁷⁵. Parece-nos de pouca utilidade tentar defender uma distinção entre “hermenêutica” e “interpretação”.

Diante da complexa polissemia da palavra hermenêutica⁷⁶, preferimos utilizar o vocábulo “interpretação” para evitar problemas de entendimento aos que lerão esta pesquisa. Quando necessário, simplesmente falaremos em “ciência da interpretação”, “teoria da

razão da possibilidade de sentidos muito diferentes sobre a hermenêutica jurídica, consistindo em uma redução aparentemente equivocada – se não for feito o devido reconhecimento desta restrição teórica.

⁷⁴ Lenio Streck apresentou a expressão “Crítica Hermenêutica do Direito” (CHD) como uma metodologia própria para a interpretação e aplicação do direito. Segundo o autor, trata-se de uma teoria normativista e que decorre de uma matriz pós-positivista interpretativa, buscando enfrentar “o problema da discricionariedade judicial” (STRECK, 2017, p. 211-221). A CHD também não aceita a verdade como algo produzido pela intersubjetividade porque já possuímos um modo de compreender antes de chegarmos ao procedimento. Assim, essa “escola hermenêutica” acredita que não pode haver verdade sem constrangimento e esses constrangimentos são apresentados como controle intersubjetivo, indisponibilidade histórica e sujeição a constrangimentos epistemológicos (STRECK, 2017, p. 287-292). Infelizmente, não nos ocuparemos de examinar doutrinas específicas da interpretação jurídica neste trabalho.

⁷⁵ Em sentido completamente distinto, Francisco Meton Lima (2001, p. 276) chega a relacionar a hermenêutica jurídica com “a crítica e o compromisso com o progresso moral da sociedade” e diz que o que se busca é “encontrar uma decisão juridicamente segura, socialmente aceitável e moralmente justa”. Nitidamente, portanto, há uma inserção de valores ideológicos na própria conceituação da palavra hermenêutica.

⁷⁶ Nelson Saldanha (1998, p. 195-196), por sua vez, visualiza a hermenêutica como algo mais próximo do âmbito teórico que relativiza a verdade e se relaciona com a historicidade; a interpretação estaria mais próxima de um sentido de atividade, processo ou prática. De outro lado, é nítida sua divergência entre Machado Paupério (2003, p. 299) que defende que a hermenêutica jurídica visa determinar o “verdadeiro sentido” e as correntes que colocam a hermenêutica jurídica como a neutralização dos conflitos sociais, sem eliminar as contradições, pois “a hermenêutica jurídica cria as condições para a decisão, mas não diz como deve ocorrer a decisão” (FERRAZ JR, 1994, p. 308). Quando se trata de hermenêutica constitucional, Horst Emke aponta que a teoria material da constituição é a própria hermenêutica do Direito Constitucional (BONAVIDES, 2013, p. 617).

interpretação” ou “compreensão da realidade a partir da subjetividade humana”, não sendo necessário adotar uma nova palavra (que só tende a afastar o público iniciante ou leigo)⁷⁷.

Feitos os devidos esclarecimentos, passamos a analisar nossas hipóteses de pesquisa para uma melhor compreensão da possibilidade de verificação de interpretações absurdas no direito constitucional.

3.2 O RISCO DAS INTERPRETAÇÕES ABSURDAS E DA JUSTIFICAÇÃO DA ATUAÇÃO ESTATAL: CAMINHOS PARA UMA POSTURA REFLEXIVA

Admitimos, de início, que a interpretação jurídica é um processo compreensivo aplicado ao direito e não uma matéria especificamente jurídica (SILVA, 2014, p. 747). Não é um mero “conjunto de métodos” elencados pela literatura jurídica como afirma Inocêncio Coelho (2002, p. 163). Por outro lado, reconhecemos que a concepção de interpretação jurídica é influenciada pela compreensão sobre o direito. Logo, adotar uma interpretação não significa necessariamente que as demais estejam equivocadas. Afinal, “quem se julga possuidor da verdade torna-se insensível aos erros em seu sistema de ideias e tomará por mentira ou erro tudo aquilo que contradiga a sua verdade” (MORIN, 2003, p. 145-146).

No entanto, se a interpretação fosse apenas uma escolha política, da vontade ou da força, o direito perderia sua pretensão corretiva e apenas haveria uma pretensão de poder (ALEXY, 2015a, p. 23-24). Ou, por um viés estritamente sociológico, haveria apenas uma compreensão das decisões políticas fundamentais, das relações factuais de poder (PEREIRA, 2006, p. 42). No entanto, as duas posturas falham ao ignorar a pretensão corretiva que, tal como propomos, pode ser estritamente jurídica porque baseada em enunciados normativos⁷⁸ fundamentados em crenças sobre justiça, licitude e validade jurídica.

⁷⁷ O mesmo vale para várias outras expressões. Na verdade, do mesmo modo em que termos como “Direito” e “Direito Constitucional”, frequentemente, são mencionados no sentido do estudo teórico que os examina, também podemos falar apenas em “estudo da interpretação”, desde que permaneça claro ao leitor.

⁷⁸ Hans Albert esclarece que enunciados normativos não podem ser verdadeiros ou falsos; apenas enunciados cognitivos podem ser avaliados nesse sentido. No entanto, pensamos que os enunciados normativos se baseiam em uma estrutura fundada, dentre outros fatores, por atos de conhecimento (de teorias, fatos e convicções sociais). Logo, é possível avaliar as medidas normativas em relação a diferentes aspectos cognitivos teóricos e fáticos, especialmente quanto ao nível de congruência e harmonia com o mundo dos fatos existentes ou possíveis. Não queremos, com isso, dizer que proposições normativas derivam exclusivamente de proposições descritivas, porém aceitamos a ideia de uma implicação necessária porque proposições descritivas contribuem para o conhecimento daquele que pretende apresentar uma proposição normativa.

Reinhold Zippelius (2012, p. 29), influenciado pelo pensamento de Popper, assinala que todos os nossos conceitos, teorias e interpretações são “resultados provisórios do nosso esforço de conhecimento, permanentemente expostos a uma crítica e correção”. Considerando o direito como um sistema de ordenações da atuação humana, é preciso ser dito que a interpretação do direito é determinada, de algum modo, pelas realidades sociais⁷⁹ e interesses regulados pelas normas jurídicas, mas também pelos “princípios de justiça que guiam a ponderação de interesses previamente fixados” (ZIPPELIUS, 2012, p. 83).

Para Luiz Delgado (1974, p. 29), por exemplo, o direito pode ser visto como “conjunto de normas que, numa sociedade política e sob a garantia de uma autoridade que ela organizou, governam as relações sociais em vista do bem comum no seu aspecto de justiça”, logo a norma jurídica não é apenas lei coercitiva estatal, mas “lei que coage em virtude de uma qualificação que a explica e valida: a qualidade de ser justa e de procurar a justiça”. Esta “justiça”, porém, não é uma abstração, filosofia especulativa, valor absoluto ou essencial: tem caráter prático (hipotético ou real) e “integra uma realidade concreta que é o bem comum de uma determinada sociedade”, sendo a “justiça viável em uma situação”.

Com posição semelhante, Reinhold Zippelius (2012, p. 122) assinala que a interpretação jurídica é a interpretação justa baseada em “critérios e questões da *praxis*, ou seja, questões de actuação correta”, e não com base em discussões puramente abstratas.

Pensamos, portanto, que a interpretação não deve apenas se referir a um documento legal ou a um problema jurídico. A interpretação precisa, para ser jurídica, possuir a qualidade de justa e seguir procurando justiça em uma realidade concreta. Interpretações injustas⁸⁰ ou meramente abstratas, nesse sentido, não são interpretações jurídicas e devem ser rechaçadas. Dois elementos constitutivos da atividade interpretativa, portanto, são evidenciados: a *inspiração do justo* (ou a tentativa de evitar injustiças) e a *consideração do concreto*.

Por mais sedutoras que sejam as teorias sobre a justiça, é preciso não desviar o foco deste tópico e seguir bosquejando os possíveis sentidos da interpretação jurídica, pois “a percepção humana é múltipla demais, a estratificação social tão diversificada, que é

⁷⁹ O direito - e também sua interpretação - é um processo dinâmico, baseado em um acervo de normas que determinam a conduta em uma comunidade, com a possibilidade de sanção, sem qualquer tipo de separação da “vida activa da comunidade”, visto que o direito é *law in action* (ZIPPELIUS, 2012, p. 51).

⁸⁰ No momento, preferimos adotar uma concepção negativa sobre o que é o justo. Agir de forma justa é evitar injustiças ou, pelo menos, seguir a orientação menos injusta que se tem conhecimento num determinado caso. Para conhecer as injustiças, sofrimentos e absurdos, é preciso estar disposto a duas coisas: discussão crítica a

impossível resumir a justiça numa fórmula” (EHRlich, 1986, p. 163). Ademais, pertinente é o alerta de Marcelo Neves (1988, p. 8): o direito é fenômeno complexo e realidade cultural; é natural, portanto, a existência de controvérsias sobre valores⁸¹, visões de mundo, posicionamentos políticos e até mesmo sobre a compreensão do Direito, do papel do Estado e das normas constitucionais⁸². Diante da pluralidade de visões sobre o justo, há autores que defendem expressamente que a verdade não poderia mais ser vista como a mera correspondência com “estado de coisas”, mas sim como algum tipo de “aceitabilidade racional idealizada” (JUST, 2014, p. 23).

De fato, as peculiaridades de determinadas épocas, lugares e sociedades contribuem para a determinação de diversas questões jurídicas, mas inexistente fundamento lógico para assegurar sua necessária relativização. Para exemplificar, Reinhold Zippelius (2012, p. 43) esclarece que a criminalização de determinadas condutas como homicídio e fraude, na “sua expressão fundamental”, *não* são singularidades históricas ou regionais.

Ocorre que o direito não se confunde com o poder social organizado e institucionalizado, visto que “o direito precisa ser regulação justa”. A ideia da positivação das normas jurídicas está justamente atrelada a essa redução de contingência e estabelecimento de diretivas comportamentais exequíveis (ZIPPELIUS, 2012, p. 115-116). Da mesma forma, o direito não é apenas regularidade de fatos e costumes, pois também possui um sentido prescritivo⁸³ com possibilidade de exequibilidade por “uma organização que esteja disposta e em condições de garantir a observância” das normas (ZIPPELIUS, 2012, p. 37-38).

Considerando que o direito possui uma função de “manutenção da comunidade⁸⁴”, a resolução jurisdicional dos conflitos necessita ser suportável (ZIPPELIUS, 2012, p. 117). A ideia de “suportabilidade”, aquilo que podemos suportar, está relacionada à ideia de

respeito das soluções mais adequadas para determinado problema e conhecer mais os problemas da humanidade, reconhecendo as diferenças e dificuldades desta. Ninguém disse que seria algo fácil.

⁸¹ Por mais que existam múltiplas interpretações sobre algo, sempre haverá a possibilidade de uma interpretação absurda. Afinal, nem toda utilização de determinado texto significa interpretá-lo. É que o “texto interpretado impõe restrições a seus intérpretes”, logo “os limites da interpretação coincidem com os direitos do texto” (ECO, 1995, p. XXII).

⁸² Por ser “realidade cultural”, é necessária certa “consciência histórica”, ou seja, compreender que diferentes modos de entender interpretação podem ter sido influenciados por circunstâncias históricas (JUST, 2014, p. 20). Para Gustavo Just (2014, p. 23), no contexto atual, a verdade não poderia mais ser vista como a mera correspondência com “estado de coisas”, mas sim como algum tipo de “aceitabilidade racional idealizada”.

⁸³ Também não se reduz a uma soma de regras abstratas. O direito, segundo Zippelius (2012, p. 48-49), é a ordem vivida e praticada por diversos atores. Assim, não se trata de um mero “produto” das circunstâncias sociais, mas a ordenação dessas relações (ZIPPELIUS, 2012, p. 86).

aceitabilidade social da criação ou da aplicação de uma determinada norma passível de ser imposta pela autoridade social constituída. Suportável deve ser não apenas a criação de uma norma jurídica, mas também sua compreensão e aplicação prática.

Discutir a linha divisória entre o que é suportável e insuportável é também discutir o que é razoável, prudente ou aceitável. No fim, é a discussão sobre os limites do direito justo⁸⁵: limites da criação do direito, da sua interpretação, da sua aplicação e da sua reforma.

Considerando que existem interpretações absurdas que não merecem ser reconhecidas enquanto interpretações jurídicas, fica evidente uma das principais dificuldades teóricas sobre o direito: como identificar as interpretações absurdas ou injustas? Uma das primeiras formas de pensar em uma resposta para esse questionamento é cogitar o que significam ideias como “abusividade⁸⁶”, “injustiça⁸⁷”, “absurdeza” e “imprudência”, mas não é uma questão simples⁸⁸.

⁸⁴ A partir de pressupostos teóricos muito diferentes, Gunther Teubner afirma que a racionalidade sistêmica é aquela que pretende a “conservação da sociedade” (NEVES, 2018, p. 52-53).

⁸⁵ Reinhold Zippelius (2012, p. 31-32) ressalta que a discussão sobre a validade da “lei injusta” é inútil e estéril porque depende do conceito utilizado sobre o direito. No primeiro conceito, todas as normas suscetíveis de ser impostas por um procedimento impositivo estatal seriam normas jurídicas, logo seria também possível falar em “direito injusto” e sua juridicidade seria no mesmo nível do “direito justo”; no segundo conceito, os comandos normativos “inequivocadamente injustos” seriam excluídos do conceito de direito e, portanto, as normas jurídicas não poderiam ser confundidas com as “regras de imposição coactiva”. O comentário de Zippelius nos parece bastante razoável e, particularmente, nos filiamos à ideia de que o comando normativo precisa ser justo, sob pena de ser apenas uma regra estatal impositiva sem juridicidade.

⁸⁶ Ao tratar da má utilização da ciência pelos filósofos pós-modernos, Alan Sokal e Jean Bricmont (2001, p. 18-19) apresentam quatro características do que é “abuso” nos discursos que se utilizam da ciência: a) o uso abundante, imprudente e confuso de teorias científicas (usa-se a terminologia científica sem qualquer incômodo com seu significado original); b) a importação de conceitos próprios das ciências naturais para as ciências sociais sem qualquer justificação conceitual ou empírica; c) a ostentação de uma erudição superficial para impressionar e intimidar os leitores que não são cientistas; d) a manipulação de frases e sentenças que são carentes de sentido. Parece, acrescentam os professores de física, que os que agem com tal imprudência confiam que ninguém irá desmascarar tais atitudes abusivas: “ninguém dirá que o rei está nu”.

⁸⁷ O “sentimento de injustiça” é mais fácil de ser visualizado do que a intuição direta sobre o que é justiça, tal como afirmava Schopenhauer ao comentar sobre a dor produzida pelas injustiças. Aliás, sofrer injustiças provoca dores e angústias que se mostram em todos os homens durante todas as épocas da história (SICHES, 1977, p. 209). Este sentimento jurídico, como acrescenta Recasens Siches (1977, p. 211-212) ao refletir sobre o pensamento de Joseph Esser, é o meio para descobrir (*hallazgo*) o Direito justo, sendo fonte do Direito e não o “Direito em si” tal como poderiam defender alguns jusnaturalistas.

⁸⁸ Prevenir injustiças torna-se ainda mais difícil quando o Direito Constitucional é reduzido a um programa normativo exclusivamente estatal. Tenta-se blindar os mecanismos estatais a partir de uma crença de que o Estado é fundado por uma constituição que lhe dá legitimidade, justificando os atos deste. Consequentemente, quando são impostas ou acordadas constituições injustas, não haveria como criticá-las de um ponto de vista jurídico; somente a crítica política seria possível. O direito constitucional, entretanto, envolve toda discussão pública que afeta os problemas de formação, manutenção, controle e extinção do poder político em um determinado Estado, mas tais discussões vão além dos setores estatais porque existem diversas outras formas de lidar com problemas constitucionais e suas possíveis soluções a partir de uma perspectiva histórica das experiências passadas.

Em princípio, no caso de argumentos empíricos, estes poderiam servir para a demonstração de argumentos conceituais e metáforas com a finalidade de tornar um conceito pouco familiar mais compreensível. Frequentemente, porém, metáforas sobre a ciência têm sido utilizadas por não cientistas com a intenção de demonstrar falsa erudição e até para “ocultar a fragilidade da teoria vaga” (SOKAL; BRICMONT, 2001, p. 24).

No discurso jurídico, o uso abusivo de argumentos empíricos compromete a construção do raciocínio jurídico porque não parece haver uma prática dialética sobre tais argumentos. O lugar que seria ocupado pela interpretação jurídica, acompanhada por demonstrações e argumentações, passa a ser tomado por uma postura de justificação de decisões previamente tomadas. Ora, afirmar que a porcentagem de abortos clandestinos aumentou de 44% para 49% entre os anos 1995 e 2008, tal como a Min. Rosa Weber pratica, não significa necessariamente que o número de casos de aborto clandestino aumentou. Afinal, esse dado também poderia comunicar que o número de abortos “oficiais” caiu de 56% para 51%, por exemplo. Mas nenhum dos outros ministros questiona esse tipo de informação: cada juiz está preocupado apenas em justificar seu voto, com raríssimas exceções.

Nesse contexto, quando cogitamos a interpretação jurídica apenas como processo argumentativo para justificar decisões estatais, estamos correndo o risco de enxergar o sistema jurídico por um perigoso reducionismo marcado pela instrumentalidade nas relações sociais, podendo levar a sociedade a um processo de desintegração⁸⁹ ou a uma forma de imunização da “dominação do homem sobre o homem” (FILGUEIRAS, 2011, p. 290). Assim, em uma compreensão mais ampla, é preciso reconhecer a interpretação também enquanto processo racional, o que não significa sacrificar os aspectos ideológicos e emocionais dos intérpretes.

No caso da interpretação - compreendida de acordo com uma *concepção tripartite* (enquanto *ato* interpretativo, *produto* ou resultado provisório de teorias e enquanto *processo* contínuo⁹⁰) -, entendemos que admitir a legitimidade de qualquer hipótese interpretativa seria concluir pela ausência de limites: qualquer coisa valerá⁹¹. Neste caso, será sempre uma

⁸⁹ Tal preocupação nos aproxima do pensamento de Habermas e, talvez, de uma das fases da Escola de Frankfurt. Entretanto, não é objetivo deste capítulo aprofundar-se em tais questões. No último capítulo, essa aproximação voltará a ser discutida.

⁹⁰ Jane Reis Pereira (2006, p. 34) enxerga duas dimensões da interpretação: processo e produto individual, mas discorre apenas sobre o processo interpretativo. Porém, sua distinção está baseada no ato de interpretar e no resultado desse agir interpretativo.

⁹¹ Quando se trata da compreensão humana, é preciso ser dito que a interpretação não é, em si, algo estritamente racional; não negamos a existência de paixões, interesses e influências culturais. Em geral, é comum a tentativa de relacionar o ato de interpretar com o “caráter racional do homem, que interpela tudo que o cerca”, embora

questão política e o mais próximo de correção se daria por meio de consensos intersubjetivos. Ora, mas não existem garantias de que um consenso seja correto apenas pelo fato de ser pactuado (MACCORMICK, 2008, p. 27). Esta é, segundo Alan Sokal e Jean Bricmont (2001, p. 61), uma postura relativista porque a falsidade ou veracidade de uma asserção dependeria simplesmente de um indivíduo ou de um grupo social⁹².

A regularidade ou consensualidade de uma proposição não significa que esta possa ganhar o atributo de verdadeira ou correta; significa tão somente que é suportada e tolerada pela sociedade: regimes autoritários eventualmente podem ser suportados (e até apoiados) por grupos majoritários, mas isso não significa que sejam corretos em seu agir.

No sistema jurídico, as normas funcionam como “controle ético aplicado à comunicação” (WIENER, 1968, p. 104). Logo, a ideia de uma interpretação sem critérios, e sem preocupações metodológicas, é extremamente perigosa porque poderia justificar qualquer situação. Esse “controle ético” da norma jurídica acarreta dois problemas: a questão do propósito geral (qual concepção de justiça será utilizada) e o problema da técnica (como efetivar o propósito geral). Porém, na maioria dos casos, os textos escritos não são suficientes para determinar a concepção de justiça utilizada⁹³. É preciso investigar os “elementos transtextuais” que determinam as possibilidades significativas do texto (NEVES, 2003, p. 25).

Considerando o contexto social complexo, plural e inclusivo no qual o direito estatal se insere (ou tenta se inserir), como é possível falarmos em “verdade”? Sem pensar muito, uma primeira resposta possível seria afastar os discursos que enfatizam a existência de uma verdade e de uma única interpretação correta no direito. Aparentemente, seria uma atitude

com inegável caráter ideológico (LIMA, 2001, p. 258). Apesar disso, considerando que o ser humano não é um ser isolado, entendemos que é possível falar em limites na medida em que o conhecimento humano vai sendo ampliado e os discursos passam a ser constringidos pela própria realidade que, de alguma forma, se impõe.

⁹² Existem, segundo os autores, três atitudes relativistas possíveis: i) relativismo epistêmico ou cognitivo: sobre a asserção factual, o que existe ou o que se afirma existir; ii) relativismo moral ou ético: sobre o julgamento de valores, o que é bom/mau ou desejável/deplorável; e iii) o relativismo estético: sobre o julgamento artístico, o que é belo/feio ou agradável/desagradável. Assim como Sokal e Bricmont, nossa preocupação, neste momento, é com a problemática do relativismo cognitivo na interpretação jurídica, mas com forte relação sobre questões morais e justas.

⁹³ Não basta que a norma jurídica seja informada pelos princípios de justiça, pois é também necessário que seja clara e reproduzível, de modo que o indivíduo possa fixar antecipadamente seus direitos e deveres. Assim, se não houvesse nenhuma significação estabelecida nos termos empregados ou se a significação variasse de acordo com o intérprete, não haveria sentido que os indivíduos A e B celebrassem um contrato entre si que especificasse as obrigações e direitos de cada um (WIENER, 1968, p. 105-106). De um ponto de vista ideal, Wiener (1968, 106) sugere que direitos e obrigações devem estar de forma inequívoca no texto jurídico, pois a “reproduzibilidade antecede a equidade”.

inclusiva, democrática e plural; mas são apenas aparências. Retomando as hipóteses iniciais desta pesquisa, no entanto, é possível apresentar uma saída alternativa.

Em primeiro lugar, consideramos que a interpretação dos tribunais - em razão de sua função jurisdicional⁹⁴ - pode ter caráter definitivo para a aplicação do direito no caso concreto, mas a interpretação jurídica é também um processo contínuo de construção e atribuição de significados. No caso do direito, é necessário partir de alguma das “fontes do direito” e da realidade social. Assim, a interpretação jurídica não possui apenas um caráter instrumental, mas também se reveste de uma busca realizada pelos mais diversos e variados atores que buscam compreender as normas envolvidas em seu cotidiano.

Posteriormente, ao entender que a interpretação jurídica necessita estabelecer diálogo harmônico com a realidade em seu entorno, é natural que o intérprete passe a tentar utilizar argumentos de outras áreas de conhecimento. Mas toda e qualquer ciência, potencialmente, rediscute suas análises⁹⁵ e modifica seus entendimentos, logo toda interpretação é alterável. É preciso sempre desconfiar de “certezas”, “dogmas”, argumentos de autoridade ou revelações apriorísticas indiscutíveis. Assim, o uso de um argumento empírico para encerrar definitivamente uma discussão na interpretação jurídica é algo que não faz sentido nem no discurso científico nem na tentativa de solução dos problemas jurídicos pelos tribunais e demais órgãos da sociedade⁹⁶.

Em geral, as pessoas creem em teorias científicas porque estas explicam a coerência das observações humanas, mas “as teorias científicas são mortais e são mortais por serem científicas” (SOKAL; BRICMONT, 2001, p. 66-67)⁹⁷. Uma teoria só resiste enquanto for coerente e adaptada ao *estado contemporâneo dos conhecimentos* (MORIN, 2003, p. 22).

⁹⁴ Em outro trabalho, ainda não publicado, sustentamos que a jurisdição é um fenômeno de atribuição de conteúdo ao direito com a pretensão de solucionar conflitos concretos. Além de ser uma atividade estatal (ou institucional) e de ter a pretensão de solucionar conflitos concretos, a jurisdição possui a característica de pretender solucionar os conflitos de forma definitiva. Logo, a “coisa julgada” também é um de seus elementos. Este conceito parece ser suficiente para a compreensão dos diversos atos jurisdicionais no campo das decisões administrativas, das soluções por meio da autocomposição, da arbitragem, do Poder Judiciário, dos julgamentos no âmbito do Poder Legislativo, dentre várias outras formas de pronunciamento definitivo do direito em um determinado ordenamento jurídico.

⁹⁵ A constante rediscussão das análises obtidas e das teorias criadas pela ciência é um dos meios para a “aptidão autorreflexiva”, necessária para uma “ciência com consciência” que pense constantemente sobre sua estrutura, suas ambivalências, suas funções e seu propósito. Cf. MORIN, 2003, p. 10-11.

⁹⁶ Pode ser estratégia retórica para tentar apresentar uma certeza que não se tem, mas tais estratégias somente são levadas em consideração na teoria da interpretação quando devem ser identificadas e desconstruídas pelo processo interpretativo que permanece após sua aplicação em um determinado julgamento.

⁹⁷ Cf. também HAACK (2010, p. 14).

Curiosamente, o mesmo ocorre com as interpretações jurídicas: os entendimentos devem ser mantidos enquanto não surgem compreensões melhores e mais adequadas em relação às concepções jurídicas e à realidade social. Portanto, ao tentar racionalizar fatos humanos⁹⁸ em uma sociedade complexa e plural, os intérpretes apenas conseguem responder questões de modo provisório e histórico-contextual.

Neste ponto, entretanto, cabe um alerta: é preciso acompanhar como os tribunais, em especial o STF, tentam dialogar com estes dados empíricos. Como notou Alan Sokal e Jean Bricmont (2001, p. 10), é comum encontrar filósofos e pensadores conhecidos (como Lacan, Baudrillard, Deleuze, Kristeva e Derrida) cometendo “abusos reiterados” da terminologia e de conceitos científicos: ideias das ciências naturais têm sido utilizadas totalmente fora de contexto sem a menor justificativa no campo das ciências humanas e culturais⁹⁹. No caso da argumentação jurídica, por questões práticas, é ainda mais urgente a avaliação dos argumentos pretensamente científicos na construção da solução do caso concreto, pois não há garantias de que juristas saibam ler os fenômenos sociais e naturais. Trata-se, portanto, de uma prevenção (ou mesmo de uma contestação) contra eventuais “imposturas intelectuais”.

Ao admitirmos que diversos atores (reconhecidos ou não pelo Estado) buscam atribuir significado às normas constitucionais, ou seja, buscam o que consideram ser a melhor interpretação diante de um problema específico¹⁰⁰, percebemos que cada um possui a pretensão de estar correto. Portanto, não devemos confundir a busca da verdade - que é ação

⁹⁸ A ideia de uma racionalização dos fatos humanos ainda precisa ser refletida. Não é viável tratar dessa querela nesta dissertação e espera-se desenvolver a discussão em pesquisas futuras. Diz-se que racionalizar envolve necessariamente generalizações, mas o fato humano é algo individual, único. Nesse sentido, é sugerida a leitura da ideia de irracionalidade do mundo dos eventos em João Maurício Adeodato (2010, p. 133). Em contraposição, desperta curiosidade a posição de Jacques Maritain (1972, p. 104-107): o individual enquanto tal não é explicativo e não dá a razão de outra coisa. Conhecemos o individual através da representação sensível, ou seja, através das sensações humanas e é a primeira imagem que aparece quando imaginamos a coisa. Porém, o universal pode ser conhecido no plano da razão enquanto ideia. Logo, quando se afirma em “racionalizar os fatos humanos” não se trata aqui de tomar casos isolados percebidos sensivelmente, mas de investigar e pensar ideias sobre a essência do fato humano a partir de nossas vivências e de nossos pensamentos sobre a realidade.

⁹⁹ Curiosamente, em 1996, o professor de Física da Universidade de Nova Iorque, Alan Sokal, publicou um artigo que, ao reunir diversos fragmentos de pensadores importantes que faziam comentários “científicos”, defendia o relativismo geral e criticava os discursos sobre a objetividade. O artigo intitulado “Transgressing the Boundaries: Towards a transformative Hermeneutics of Quantum Gravity” foi publicado na respeitada revista de estudos culturais pós-modernos “Social Text”, mas, logo em seguida, Alan Sokal revelou publicamente que se tratava de uma sátira dirigida aos filósofos pós-modernos que se utilizavam de argumentos aparentemente científicos e descontextualizados com o objetivo de relativizar o conhecimento. Este caso demonstra bem que teorias científicas podem ser utilizadas fora de contexto nas ciências sociais, inclusive no Direito, para dar a aparência de maior grau de credibilidade. Requer-se, portanto, atenção redobrada.

¹⁰⁰ Evidentemente, esses atores serão, geralmente, movidos por interesses privados e ideológicos ou outros vícios (no sentido de inclinações) neste processo de significação.

humana natural, cotidiana e salutar¹⁰¹ - com imposições autoritárias. Em relação à objetividade dessa busca, Popper (1999b, p. 122) enfatiza que a objetividade da ciência consiste apenas na abordagem crítica e não na suposta objetividade do cientista, uma vez que este sempre terá paixões e nunca será totalmente imparcial e frio (POPPER, 1999b, p. 43).

Trata-se, de certo modo, também de uma teorização sobre emancipação social. Isso porque, como afirmava Michel Quoist (1960, p. 127), “agir como homem” é determinar sua própria ação ou adotar, de forma consciente (livre e pensada), o comando que lhe é proposto ou mesmo imposto. Logo, não pode haver espaço para atitudes irrefletidas e dogmatizadas¹⁰².

Com isso, não negamos que os intérpretes acabem projetando seus interesses, emoções, opiniões e valores no processo interpretativo do direito¹⁰³, afinal o jurista não deve desmembrar a norma constitucional de seu “manancial político e ideológico” (BONAVIDES, 2013, p. 476). A hipótese aqui trabalhada valoriza a interpretação extrajudicial a ponto de considerar uma verdadeira “arena de interpretações” entre os diversos atores com os objetivos de buscar a melhor¹⁰⁴ interpretação para explicar e solucionar determinado problema. Ao final, sendo a interpretação um processo contínuo de atribuição de significados, o direito deixa de ser visto como mero instrumento impositivo e passa a funcionar como espaço de discussões que envolvem a solução de casos concretos (aplicação do direito ou concretização¹⁰⁵), repercutindo em nossa reflexão sobre a aplicabilidade do direito no futuro.

Por ora, é possível concluirmos que ainda há espaço para as discussões em torno de limites à atividade interpretativa e a respeito do espaço da “verdade” nas teorias jurídicas contemporâneas. Antes, porém, precisamos esclarecer os motivos que nos levam a propor

¹⁰¹ Essa distinção entre “busca da verdade” e “imposição da verdade” foi proposta inicialmente em um Congresso em homenagem a João Maurício Adeodato, em 2017, na Faculdade de Direito do Recife. Inclusive, porque uma das melhores formas de homenagear um filósofo do direito é discutir e criticar suas ideias. A publicação, de acordo com os organizadores do evento, “deve ser publicada em breve”.

¹⁰² É insuficiente o “paradigma procedimentalista”, que ignora a “insuportabilidade” de certos conteúdos. É que obedecer a determinados comandos apenas porque se trata de uma autoridade competente é uma atitude que também está suscetível a produzir erros, injustiças e crueldades. Do mesmo modo, o direito não possui normatividade apenas em razão da força, mas porque é necessária uma ordem de valores que seja racionalmente fundamentada (DELGADO, 1978, p. 21).

¹⁰³ Barroso (2003, p. 112) aponta que a interpretação constitucional é uma tarefa jurídica e não política, devendo o intérprete se sujeitar aos “cânones da racionalidade, objetividade e motivação exigíveis”, porém alerta para o fato de que o intérprete não deve ser cego às consequências políticas da decisão para impedir “resultados injustos ou danosos ao bem comum”. A interpretação jurídica no controle de constitucionalidade, portanto, “deve agir dentro dos limites e das possibilidades abertas pelo ordenamento jurídico”. Mas que limites são esses?

¹⁰⁴ Haverá quem defenda determinado “entendimento” com base em interesses particulares, mas estes, na discussão pública, também são obrigados a construir argumentações críticas que afastem racionalmente as teorias adversárias e demonstre os motivos que tornem preferível seu entendimento.

¹⁰⁵ Para Friedrich Müller (2008, p. 15), a concretização é o “processo real de decisão”.

uma diferenciação entre interpretar e aplicar o direito como possível meio de valorização da interpretação extrajudicial para uma reconstrução da ideia de jurisdição.

Em alguns momentos, é possível perceber alguns constrangimentos dos tribunais - como no caso do julgamento que declarou a inconstitucionalidade de lei reguladora da vaquejada, levando os juízes constitucionais a uma posição de autocontenção após as diversas manifestações no meio político e social. Interpretação jurídica, portanto, não pode ser algo visto como estático; mas também não é algo totalmente maleável, alterado “ao sabor do freguês” de acordo com as qualidades dos sujeitos interessados no resultado.

Por que algumas decisões e interpretações causam desconforto, sentimento de injustiça¹⁰⁶ e até mesmo revolta? Duas respostas são possíveis: i) o resultado é contrário aos nossos *desejos políticos*; ii) porque diferentes atores possuem uma compreensão prévia (interpretação) sobre o direito aplicável. Enquanto a primeira evidencia o lado político, ideológico e emocional de todo ser humano envolvido na interpretação e aplicação do direito, a segunda assertiva consegue uma explicação lógica baseada no sentido aqui escolhido de interpretação jurídica. Ocorre que essas duas explicações não se excluem, mas tal como ocorre com a dualidade empirismo e racionalismo, elas são (aparentemente) antagônicas e complementares, vivenciando um constante diálogo entre si (MORIN, 2013, p. 8).

Não devemos ignorar o elemento cognitivo do ato de interpretar: que busca descobrir, revelar, investigar, averiguar, indagar, refletir, pesquisar ou apenas buscar algum sentido. Tomás Antônio Gonzaga (2004, p. 207) costumava falar que “a interpretação das leis não é outra coisa mais do que uma explicação do sentido delas¹⁰⁷”. Como toda ação humana, porém, está marcada pelos sentimentos e vivências. Ser racional não é ser neutro, descartando as subjetividades intrínsecas da humanidade. O racionalismo, que aqui é proposto a partir das sugestões e princípios popperianos, consiste na proposta de exame crítico do composto argumentativo das explicações humanas a respeito de problemas e desafios concretos.

¹⁰⁶ Acerca desses incômodos gerados naturalmente contra determinadas decisões estatais, cabe um breve comentário sobre sentimento jurídico. Segundo Recasens Siches (1977, p. 199-200), o sentimento jurídico pode ser entendido de diversas formas: a) sentimento de respeito para com a ordem estabelecida; b) sentimento de reconhecimento e respeito para com as pessoas, patrimônio e esferas de ação dos próximos; c) indicação emocional do que deveria ser em algum problema de regulação da convivência e cooperação humana; d) reação emocional contra ações, normas e decisões injustas.

¹⁰⁷ Diante dos múltiplos sentidos sobre interpretação jurídica, parece que o melhor caminho seria adotar um “pragmatismo conceitual”: cada teórico apresenta os termos em que utiliza determinado sentido, mas o leitor é livre para crer em outro sentido (KANTOROWICZ, 1964, p. 33-37). No nosso caso, adotaremos a perspectiva crítico-racional de Popper e Hans Albert quando possível.

Assim, ao considerar que a interpretação do direito não é uma discussão sobre coisas abstratas ou um jogo de palavras, cabe ao intérprete apresentar uma explicação sobre o conteúdo da normatividade jurídica e sobre os melhores caminhos para solucionar os problemas jurídicos *a partir* dos programas normativos escolhidos ou reconhecidos por uma determinada sociedade¹⁰⁸. Pensamos que existem duas possibilidades de interpretação do direito: a) sobre como o direito deve ser no futuro; b) sobre quais condutas são juridicamente obrigatórias ou facultativas *na atualidade*. Nossa investigação concentra-se na segunda possibilidade, principalmente por entender que a primeira é muito mais uma engenharia social política a respeito da qualidade do direito em uma sociedade.

Segundo Wróblewski (2001, p. 213), existem duas modalidades de interpretação jurídica: aquela que emana do órgão estatal¹⁰⁹ para aplicar o direito e determinar o sentido da norma aplicável ao caso concreto (interpretação operativa) e a interpretação realizada no âmbito da ciência do direito (interpretação doutrinária)¹¹⁰. Esta última, por sua vez, também já foi vista como uma “interpretação virtual” e um produto da “inteligência dos sábios”, que só deveria ir além da interpretação literal diante de consequências e resultados absurdos, injustos ou inúteis (GONZAGA, 2004, p. 207).

Entretanto, pensamos que o intérprete que aplica o direito em uma situação concreta não encerra a busca pelo melhor sentido do comando normativo. Por outro lado, reconhecemos a relevância do ato interpretativo concreto diante da necessidade de tomar uma decisão no caso concreto (proibição do *non liquet*), desde que tenha uma autoridade reconhecida ou tolerada pela sociedade de acordo com as regras desta.

¹⁰⁸ Jane Reis Pereira (2006, p. 37) define o processo interpretativo como “toda atividade intelectual consistente em solucionar problemas jurídicos” conforme o percurso tradicional: a) determinação dos textos normativos relevantes; b) atribuição de significado destes textos; c) a resolução da questão jurídica com base nos parâmetros normativos escolhidos.

¹⁰⁹ É fato que existem diversas classificações possíveis para a prática interpretativa das normas constitucionais. Para Paulo Bonavides (2013, p. 452), é possível observar três fontes (intérpretes) constitucionais: a) o Poder Legislativo (interpretação autêntica); b) o Poder Judiciário; e c) a doutrina jurídica especializada. Acrescentando um quarto intérprete possível, Barroso (2003, p. 116) examina que a Administração Pública também realiza a interpretação constitucional quando, por exemplo, deixa de aplicar atos legislativos que considere inconstitucionais e acrescenta que o Poder Legislativo pratica atos interpretativos quando na estruturação e funcionamento de seus órgãos, no processo legislativo e na apreciação de vetos. Já Anna Cândida da Cunha Ferraz (2015, p. 169-171) também lembra que o povo pode ser intérprete constitucional.

¹¹⁰ Essa distinção aparece em diversos âmbitos, principalmente na clássica distinção entre direito (prática jurídica) e ciência do direito. Também lembra a distinção realizada por Ivo Dantas quando aponta a existência do Direito enquanto conhecimento (ciência) e enquanto processo (prática). Cf. DANTAS, Ivo. *Instituições do Direito Constitucional Brasileiro*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 71-74. Neste último caso, porém, nos parece que a distinção é mais prejudicial do que esclarecedora. O Direito Constitucional não se confunde com os estudos acadêmicos que o tomam como objeto para a realização de investigações científicas.

A tomada de decisão, portanto, não estaria exclusivamente ligada a um ato cognitivo humano, mas a uma necessidade prática de atribuir sentidos e solucionar um determinado conflito. O problema é que sempre haveria o risco de que o aplicador do direito simplesmente arbitre um sentido ou até mesmo de que se deixe ser guiado por suas intuições ou opiniões políticas¹¹¹, religiosas ou ideológicas.

Para pensarmos uma teoria da interpretação jurídica, Wróblewski (2001, p. 214-215) analisa que seria possível proceder de dois modos: por uma descrição generalizada ou por meio da construção de modelos teóricos voltados para a atividade interpretativa. Assim, seria preciso diferenciar as teorias descritivas¹¹² e as teorias normativas da interpretação jurídica, sendo que estas formulariam os objetivos e postulados a serem seguidos. Acontece, porém, que nem sempre é nítida a separação entre posturas descritivas e normativas.

Assim, diversos sentidos da interpretação jurídica podem ser visualizados, tais como: a) busca pela compreensão do sentido normativo (ato de conhecimento); b) escolha política e discricionária do intérprete (ato de vontade); c) processo de justificação ou argumentação de uma tomada de decisão; d) processo de discussão pública sobre as diversas teorias interpretativas existentes acerca de um problema jurídico concreto; e) produto provisório da atividade interpretativa; f) aplicação do direito pelos juízes; g) atribuição de significado após a ocorrência de manifestações e debates jurídicos.

Adotar uma determinada perspectiva conceitual não significa necessariamente rechaçar outros pontos de vista. De todo modo, nos parece ser possível aglutinar praticamente todas as perspectivas sobre a interpretação jurídica a partir de três modos de ser. Assim, estruturamos uma concepção tripartite da interpretação jurídica nos seguintes termos:

Em primeiro lugar, entendemos a interpretação enquanto *ato* de compreensão e atribuição de significado sobre determinada questão jurídica. Este ato pode ser produzido por um indivíduo, grupo ou instituição pública ou privada. Neste primeiro aspecto, merece destaque o fato de que diversos atores, na prática, possuem compreensões próprias que passam a ser objetivadas de alguma forma. Certamente, a atividade de aplicação do direito em

¹¹¹ Seria então a interpretação um ato puramente político? Também não parece ser válida a tentativa de reduzir as tomadas de decisão no direito apenas ao caráter político e generalizar sem respaldo científico, pois ainda seria possível que algum intérprete buscasse (ainda que parcialmente e eventualmente) pelo sentido de determinada regra jurídica.

¹¹² O autor enumera cinco possibilidades de teorias descritivas da interpretação jurídica: descrição psicológica dos processos interpretativos, descrição sócio-psicológica da prática interpretativa, descrição lógico-semântica

um processo judicial concreto é um exemplo dessa primeira faceta da atividade interpretativa, mas existem inúmeras outras situações empíricas. É, portanto, o ato individual e singular.

Outra forma de visualizar o fenômeno interpretativo é enquanto resultado provisório de deliberações ou de repetições interpretativas conscientes¹¹³. Nesta segunda faceta, a interpretação é vista como *produto* teórico dos conflitos interpretativos, que é necessariamente temporário e passível de ser modificado. Geralmente, são os atos interpretativos que prevalecem sobre outros, em razão do seu caráter persuasivo, de sua melhor adequação com a realidade empírica ou simplesmente por uma postura de respeito ao procedimento. Para este caso, os métodos retóricos podem contribuir para o estudo dos mecanismos de persuasão que foram utilizados pelos intérpretes.

Por fim, em seu terceiro aspecto, a interpretação jurídica é também um *processo* contínuo, evolutivo e que tende ao infinito (porque inconclusivo). Os problemas jurídicos, independente de eventuais reformas legais, sempre podem ser revistos e aperfeiçoados (ou piorados em virtude da falibilidade humana) pela sociedade. Pensamos que enxergar a interpretação também como fenômeno inconclusivo não é ameaçar a coisa julgada, pois não devemos confundir as duas acepções aqui destacadas: o ato interpretativo que solucionou o caso individual e o processo interpretativo que permanece em movimento para que futuros casos sejam solucionados de forma mais justa e com maior grau de adequação e eficiência.

Ao inserirmos a interpretação constitucional no campo cognitivo de uma “sociedade aberta” (não no sentido empregado por Peter Häberle¹¹⁴, apesar da pertinência de parte de

da argumentação utilizada, construção de um modelo empírico da interpretação e a construção de um modelo lógico da interpretação. Cf. WRÓBLEWSKI, 2001, p. 215.

¹¹³ Um dos possíveis meios de observar a diferença entre ato interpretativo e produto interpretativo, nos moldes de uma teoria dos sistemas, pode ser, por exemplo, por meio da distinção entre decisão judicial e decisão jurídica proposta por Artur Stamford (2016, p. 29), “tomando a primeira por uma informação ao sistema do direito e a decisão jurídica, por operação do sistema do direito”.

¹¹⁴ Peter Häberle que tem sido amplamente lembrado por sua defesa de uma “sociedade aberta dos intérpretes da constituição”. Segundo Häberle (1997, p. 13-15), os viventes da norma acabam por interpretá-la, inexistindo monopólio da interpretação constitucional. Dessa forma, é impensável, tanto na teoria como na prática, a interpretação da constituição sem o exercício ativo da cidadania e sem as “potências públicas” em sociedades plurais. Portanto, opinião pública, cidadãos, órgãos públicos, especialistas, dentre outros atores interessados, passam a participar das discussões constitucionais como intérprete/co-intérprete.

De fato, inexistente interpretação jurídica apartada da realidade. Apesar das significativas conclusões de Häberle, é preciso ser esclarecido que se trata de uma construção teórica diferente da lógica adotada no Racionalismo Crítico, apesar da reconhecida influência que Karl Popper exerceu na tese possibilista de Peter Häberle. É que o pensamento de Popper serviu de inspiração para outra filosofia, verdadeiro estado de espírito aplicável às mais diversas áreas do conhecimento.

No Racionalismo Crítico, a “sociedade aberta” não significa apenas ampliar o rol de intérpretes ou a mera consideração/inclusão dos atores que vivenciam as situações que serão discutidas no espaço público. É mais do que isso: é a adoção do espírito crítico, investigando os erros e as falhas das teorias e conceitos, propondo novas

suas conclusões¹¹⁵), pretendemos considerar um sentido amplo do fenômeno constitucional sem confundi-lo com a prática estatal, embora esta seja de grande relevância. A *abertura da sociedade* no âmbito do Direito Constitucional não significa apenas uma ampliação institucional do número de sujeitos envolvidos no processo constitucional (como as manifestações de *amicus curiae*) nem se restringe à ideia de “constituição como processo público”. Também não reduzimos a interpretação constitucional em uma sociedade aberta à defesa de uma “constituição aberta” que poderia ser entendida como uma abertura para: i) uma linguagem clara e próxima do povo; ii) o direito internacional, estrangeiro e comparado¹¹⁶; iii) e outras áreas de conhecimento científico ou não.

Todos esses ingredientes possuem algum grau de relevância, mas o aspecto central da abertura social capaz de evitar o totalitarismo político ou o fortalecimento de outras ideologias esterilizantes é a *postura epistemológica* no modo de interpretar e argumentar dos indivíduos e das organizações estatais ou não estatais. Segundo Popper (1998, p. 15), a civilização contemporânea não conhece uma abertura *total* da sociedade, mas precisa caminhar para uma “sociedade aberta” que fortaleça as faculdades críticas de cada indivíduo.

Seguidores de Habermas costumam afirmar que a jurisdição constitucional tem como objetivo assegurar a deliberação pública dos sujeitos autônomos, mas não agir como tutor destes atores (FILGUEIRAS, 2011, p. 309)¹¹⁷. A perspectiva, na leitura de Marcelo Cattoni (2016, p. 23), é tentar romper com abordagens excessivamente normativas ou céticas, permanecendo com uma abertura para diferentes pontos de vista, sem perder contato com a realidade e sem excluir aspectos normativos. Robert Alexy caminha em sentido semelhante a Habermas e é duramente criticado por Arthur Kaufmann. Segundo este, com forte influência de Radbruch, o procedimento judicial não pode ser confundido com discurso racional que

aproximações para uma interpretação correta, mantendo seus resultados submetidos a uma eterna revisão crítica. A sociedade aberta, para Popper (1998, p. 15) é aquela que “põe em liberdade as faculdades críticas do homem”.

¹¹⁵ Baseado em Peter Häberle, Bonavides (2013, p. 525) vê três aspectos centrais na teoria da “constituição aberta aos intérpretes”: a) alargamento do círculo de intérpretes; b) interpretação como processo aberto; c) publicização do conceito de constituição (constituição como sociedade constituída).

¹¹⁶ Pensamos que há significativa diferença entre os três termos: a) Direito Internacional como a prática de resolução de conflitos a partir de normas comuns entre as nações e outros sujeitos reconhecidos pela ordem internacional; b) Direito Estrangeiro como o reconhecimento e referência às experiências jurídicas fora das fronteiras do Estado nacional; c) Direito Comparado como o juízo comparativo entre as práticas jurídicas existentes ou pretéritas de, pelo menos, dois sistemas jurídicos distintos, reconhecendo semelhanças e diferenças, com a finalidade de compreender melhor institutos, conceitos e práticas normativas.

¹¹⁷ Segundo essa leitura, a democracia não seria um contrato social, mas uma arena de discussões públicas garantida por um agente externo: a jurisdição constitucional. O desenho institucional das Cortes Constitucionais poderia ser de um agente externo, mas principalmente como agente de coalizão de forças políticas.

serve apenas à justiça e à verdade, pois também deve atender à paz jurídica. Em outras palavras, deve-se reconhecer que “sentenças judiciais erradas” ganham força de caso julgado (KAUFMANN, 2002a, p. 194-195), desde que não seja algo *tão* grave.

Para compreender todas as dimensões da interpretação constitucional em uma sociedade aberta, precisamos compreender a prática interpretativa das normas constitucionais para seguir adiante em nossa investigação. Será que a interpretação especificamente constitucional seria, de fato, distinta da interpretação jurídica em sentido amplo? Em que consistiria tal diferença? Quem são os intérpretes? É o que pretendemos verificar agora.

3.3 CARACTERIZAÇÃO E FUNCIONALIDADE DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Não podemos olvidar que a interpretação jurídica é também um processo de atribuição de significado sobre os comandos normativos de conduta que se relacionam à constituição (formação, manutenção e desenvolvimento com certos limites) de determinado Estado ou da própria sociedade¹¹⁸. Como anteriormente discutido, entendemos que cada ator envolvido possui sua própria compreensão (hipótese interpretativa). No entanto, é a discussão objetiva sobre qual hipótese encontra-se em maior grau de conformidade com os fatos (aproxima-se mais da verdade¹¹⁹) que consiste no processo de construção crítica. Este processo resulta, muitas vezes, em uma resolução de um conflito concreto, sendo uma discussão que permanece em movimento eterno, contínuo e inacabado. Assim, qualquer argumentação jurídica que insista no encerramento das discussões não deve ser levada a sério.

Na prática, toda norma constitucional deve ser interpretada¹²⁰ não porque tenha conteúdo completamente indeterminado ou possua redação textual obscura, mas porque as

¹¹⁸ Ressaltamos que a constituição estatal não deve ser confundida com a constituição da sociedade.

¹¹⁹ Popper (1975, p. 28), de forma expressa, assinala que a discussão racional é a tentativa de aproximação da verdade. Adiante, Popper (1975, p. 39) esclarece que a verdade desempenha papel fundamental porque regula o avanço do conhecimento humano: testamos nossas teorias pela verdade, eliminando o erro e a falsidade. Susan Haack (2002, p. 164-165), porém, contesta a teoria de Popper: como afirmar que uma teoria está mais próxima da verdade? Quando uma teoria substitui outra? Parece-nos que este é um aspecto relevante da argumentação crítica ao explicar em que termos a nova teoria proposta consegue explicar problemas e soluções com maior grau de qualidade e detalhes.

¹²⁰ É que, conforme dissera Konrad Hesse (1998, p. 54), a constituição sempre é atualizada no procedimento da interpretação constitucional e esta sempre seria necessária quando houvesse dúvidas sobre o sentido do texto. Logo, inexistindo dúvidas, não seria necessário interpretar. Porém, “toda norma constitucional precisa ser interpretada” (BARROSO, 2003, p. 105), afinal até mesmo a identificação de sua clareza e literalidade pressupõe a compreensão de seu significado (GARCIA, 2008, p. 60).

regras constitutivas do Estado estão, ao atuar como controle da produção e da aplicação dos comandos normativos, sempre relacionadas a um contexto fático que lhe dá suporte e sentido.

Discutir sobre os problemas da interpretação constitucional não é apenas verificar se existe uma vontade subjetiva ou objetiva¹²¹ a ser considerada (LARENZ, 1997, p. 445-450). Geralmente, são tratadas discussões sobre princípios e métodos interpretativos, mas pouco (ou nada) se discute sobre sua real natureza ou seus diversos sentidos. Como alertou Edgar Morin (2003, p. 127-128) sobre as ciências em geral, “estamos na era da irresponsabilidade generalizada [...] obedecemos à ‘máquina’ e não sabemos pra onde ela vai”. É criada uma burocracia (desnecessária) para a sociedade e uma sociedade para essa burocracia. Algo semelhante tem ocorrido nos discursos jurídicos em geral.

Compreender o direito com análise minuciosa de casos concretos não significa tornar o sistema jurídico mais “casuístico”. Pelo contrário, a preocupação com as discussões metodológicas (ou metódica jurídica) é necessária para lidar com os aspectos normativos do direito sem cair no “decisionismo” do caso concreto. No direito, a interpretação jurídica não poderia, portanto, ser compreendida apenas de forma ocasional como artifício em casos difíceis (MULLER, 2008, p. 56). Assim, existe um nexo entre teoria do direito e a práxis do caso, que justifica a complementariedade necessária entre “procedimento referido a problemas” e “procedimento por dedução de conceitos” no caso do direito (MULLER, 2008, p. 68). Dessa forma, a interpretação jurídica não se exaure na interpretação textual (BONAVIDES, 2013, p. 517) nem deve variar de forma aleatória.

Ao enfrentar as questões sobre a especificidade da interpretação realizada no âmbito constitucional, Konrad Hesse (1998, p. 58) é categórico em afirmar que, com grande frequência, a interpretação jurídico-constitucional se afasta muito das regras de interpretação do direito em geral. Mas essa premissa é completamente discutível. Quais são, afinal, as características específicas do ato interpretativo no âmbito constitucional?

A natureza política da constituição¹²² e o caráter principiológico das normas constitucionais costumam ser apontados como elementos que justificariam uma interpretação *especial* no âmbito constitucional (LIMA, 2001, p. 305). Porém, é uma questão controvertida

¹²¹ José Afonso da Silva (p. 15) se posiciona neste sentido ao afirmar que “a interpretação é diálogo, sim; mas é diálogo não com os autores da constituição, mas diálogo com o texto criado e vigente, na busca da sua intencionalidade normativa”.

porque as demais regras e princípios jurídicos também possuem natureza política e jurídica. Ademais, o suposto “caráter principiológico” também pode estar presente em outros ramos do sistema jurídico. A depender da orientação teórica, nem todas as normas constitucionais são principiológicas, pois também existem regras explícitas no texto constitucional¹²³. O fato é que as principais tentativas de caracterização da interpretação constitucional costumam se confundir com as características de qualquer interpretação jurídica¹²⁴: *prima facie*, inexistente um método especial para a interpretação constitucional.

Segundo Luís Roberto Barroso (2003, p. 104-106), a interpretação constitucional exige “construção”, ou seja, precisa compreender matérias que estão além das expressões textuais e dos fatos nelas considerados: “colhe-se no espírito da norma e não na letra da norma” e existem princípios próprios à interpretação constitucional para determinar o significado das normas constitucionais. Ora, mas o mesmo também ocorre na interpretação do direito infraconstitucional – que não se confunde com a interpretação de textos escritos.

São fatores que contribuem para caracterizar a norma constitucional, mas são incapazes de distingui-la das demais normas jurídicas, salvo se for formulada alguma hipótese sobre os graus de politização das normas, o que não é o caso.

Continuemos nossa busca por essa diferenciação. A superioridade hierárquica ou “supremacia constitucional” revela um aspecto metodológico importante: as normas constitucionais não devem ser interpretadas com base em normas hierarquicamente inferiores, pois são estas as que precisam ser interpretadas à luz daquelas (PEREIRA, 2006, p. 49-52). Toda e qualquer norma infraconstitucional precisa estar em conformidade com a Constituição jurídica e não o contrário.

Um conceito que se relaciona - mas não se confunde - com supremacia constitucional é a questão da rigidez normativa, ou seja, o modo previsto para a realização de alterações no

¹²² Como alerta Bonavides (2013, p. 476-477), o jurista não pode desmembrar a norma constitucional de seu contexto político, mas também não pode sacrificar a norma por conta do elemento político. A interpretação atua como “balança constitucional”, atuando no equilíbrio entre política e direito.

¹²³ Muitas são as propostas de diferenciação entre regras e princípios. Para além de Robert Alexy e Ronald Dworkin, os juristas brasileiros Marcelo Neves, Humberto Ávila e Lenio Streck têm apresentado propostas interessantes. No entanto, neste estudo, não nos ocuparemos de tais questões.

¹²⁴ A partir das lições de Francis Hamon, Michel Troper e George Burdeau, Emerson Garcia (2008, p. 63) afirma existirem três fatores que ampliam a relevância do estudo da interpretação constitucional: a indeterminação de sentido dos textos; a irrelevância da intenção dos constituintes; a evolução das concepções políticas e sociais. Tais fatores, entretanto, também podem estar presentes na interpretação jurídica em geral.

texto constitucional¹²⁵. Aliás, Paulo Bonavides (2013, p. 473) afirma que a interpretação será ainda mais importante quando a constituição for mais rígida. De fato, é algo que faz sentido: se o constituinte cria muitas barreiras para a alteração formal dos textos constitucionais ou nega a possibilidade de reforma constitucional, a única saída será através da interpretação.

O “conteúdo específico” da norma constitucional, por sua vez, é o fator que nos parece mais pertinente porque se relaciona com uma teoria material da constituição. Por serem normas com singular importância para a organização e funcionamento do Estado, além de servir como preceitos protetivos dos indivíduos frente ao aparelho estatal, a interpretação constitucional ganha também um maior destaque em razão de seu possível impacto. O conteúdo normativo, que é objeto da interpretação, funciona como elemento que influenciará na especialização da interpretação constitucional.

Ao tentar caracterizar a interpretação constitucional, em verdade, são as normas constitucionais brasileiras que estão sendo caracterizadas: normas com superioridade hierárquica, com natureza política (BONAVIDES, 2013, p. 474-475), com conteúdo principiológico e rígidas no caso brasileiro. Assim, a interpretação possui peculiaridades de acordo com seu objeto e, conseqüentemente, é legítimo o uso da expressão específica.

Ainda é comum o pensamento de que o objetivo da interpretação constitucional seria “conduzir o operador do direito à obtenção de um resultado racionalmente justificável e constitucionalmente correto” (GARCIA, 2008, p. 61-63), considerando que a interpretação constitucional é “diretamente influenciada pelo caráter fundante da Constituição, que ocupa uma posição de preeminência na hierarquia do sistema”¹²⁶.

Essa concepção, contudo, está relacionada ao que Hans Albert (1976, p. 23) chamou de “princípio da fundamentação suficiente”, que é um dos empecilhos para a efetivação de uma sociedade aberta, crítico-racional. Trata-se da ideia de que algo se torna verdadeiro ou

¹²⁵ A rigidez constitucional é uma característica dos textos constitucionais que apresentam uma exigência de quórum mais elevado para sua reforma (em relação às demais espécies normativas do mesmo ordenamento). Por outro lado, reconhecer a supremacia das normas constitucionais significa observar uma superioridade hierárquica em relação aos demais tipos de norma jurídica positivada. Conseqüentemente, a supremacia constitucional apresenta uma dificuldade para o intérprete que busca compreender uma lacuna no próprio texto constitucional. Já a rigidez constitucional pode, a depender da configuração institucional do ordenamento, tornar mais difíceis as mudanças constitucionais em face da dificuldade para a reforma dos textos.

¹²⁶ Emerson Garcia (2008, p. 61-63) acrescenta, ainda, que três elementos diferenciais podem ser notados: a) evolutividade (em razão dos contornos abertos das disposições constitucionais); b) politicidade (por se tratar da organização de órgãos soberanos e do processo de elaboração normativa) e c) extrema sensibilidade axiológica (devendo a constituição proteger o pluralismo).

razoável quando há fundamento suficiente, inclusive na interpretação jurídica¹²⁷. Esse tem sido o “postulado geral da metodologia clássica do pensamento racional” de um “racionalismo clássico” que, de forma equivocada, tem confundido verdade com a certeza de seu conhecimento (ALBERT, 1976, p. 49). Essa postura leva o intérprete a duas situações problemáticas: rechaça aquilo que é visto como “irracional” porque não consegue explicar e também supervaloriza os argumentos que consegue justificar.

Com base no Racionalismo Crítico, a interpretação constitucional se baseia em uma verificação crítica que não permite a “dogmatização¹²⁸” das soluções dos problemas. Por consequência, a evolução do conhecimento jurídico e das atribuições de significado em uma sociedade somente é pertinente quando dissociada da ideia de meras justificações de concepções dominantes: nesses termos, o processo interpretativo deve consistir em um julgamento crítico, baseado em tentativas de solução de problemas e nas melhores hipóteses existentes em um determinado momento. Assim, a interpretação constitucional consiste na preocupação de solução de problemas constitucionais práticos, com o devido exame crítico dos atos interpretativos do passado. A prática jurídica não lida com meras abstrações.

Para além das características apontadas, existem duas peculiaridades da norma constitucional que merecem destaque: as consequências¹²⁹ do processo de significação da norma constitucional e a dificuldade de sua correção em face da inexistência de uma norma supraconstitucional positivada no caso brasileiro¹³⁰.

Aliás, também do ponto de vista da estabilidade e fortalecimento das instituições democráticas, além dos deveres de assegurar a discussão pública plural e de coibir posturas

¹²⁷ Segundo Wróblewski (2001, p. 214), a decisão interpretativa precisa ser razoável, ou seja, deve possuir argumentos que justifiquem aquela tomada de decisão a partir de elementos conhecidos no sistema.

¹²⁸ Com base em Hans Albert (1976, p. 53-54), o dogma significa uma pretensa verdade que não permite discussões. Esses dogmas não são mais recursos necessários, pois os juízos são falíveis. Toda tentativa de “imunidade” é um dogmatismo em potencial. Assim, o papel da razão não é ser uma autoridade epistemológica infalível e imune à crítica.

¹²⁹ Quando afirmamos que as possíveis consequências do processo interpretativo no âmbito constitucional fornecem uma diferenciação à interpretação jurídica em geral não se está falando unicamente de consequências econômicas. Evidentemente, também existem consequências pragmáticas e que poderiam ser estudadas, por exemplo, à luz da análise econômica do direito. A questão aqui enfatizada é que, considerando que a discussão materialmente constitucional gira em torno de questões essenciais para a consolidação e manutenção do Estado, envolvendo questões delicadas sobre a autonomia e harmonia entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário ou ainda sobre a manutenção do pacto federativo, a eventual ocorrência de interpretações defeituosas e cegas podem acarretar consequências desastrosas nos campos político, econômico e social.

¹³⁰ Não iremos investigar se há normas jurídicas, exigências mínimas sobre como as constituições devem ser, no plano não positivo do direito, isto é, para além dos convencionalismos de um direito posto. O fato é que, no direito brasileiro, não é reconhecido nenhum direito positivo supraconstitucional.

autoritárias frente aos indivíduos, a interpretação constitucional também ganha uma ênfase especial em relação à interpretação das normas infraconstitucionais.

Acerca de sua característica corretiva, a interpretação constitucional parece ser o caminho único para a busca da melhor leitura sobre as normas supremas de uma comunidade política no campo do Direito Positivo¹³¹. No caso brasileiro, não há consensos sobre alguma norma jurídico-positiva que esteja acima da constituição estatal¹³², logo a alternativa de correção por meio da interpretação é a única medida possível, diferentemente do que ocorre na interpretação infraconstitucional¹³³.

Enfrentamos agora a questão de saber quando e como é praticada a interpretação constitucional. De início, vejamos as principais situações em que existe algum esforço para a compreensão e resolução de problemas constitucionais:

Primeira função - Controle de Constitucionalidade: determinadas autoridades são constituídas e reconhecidas pela sociedade para exercer o controle de conformidade entre o comportamento estatal (comandos normativos, atos de governo, sentenças judiciais, etc) e a normatividade constitucional, com o objetivo de assegurar a superioridade dos valores, princípios e regras constitucionais. Entendemos que o controle de constitucionalidade pode resultar em dois efeitos distintos: a caracterização do fenômeno da inconstitucionalidade ou o juízo declarativo sobre a (não) recepção de determinada norma “pré-constitucional”. Para controlar a constitucionalidade das leis e atos normativos, o intérprete não busca compreender apenas questões abstratas¹³⁴ porque o direito é julgamento dos fatos, avaliação de condutas, juízo de valor sobre os fatos sociais sobre as regras que devem ser impostas e cobradas pela

¹³¹ Ainda é preciso refletir sobre critérios de validade para avaliar as normas originariamente constitucionais. É bem verdade que existem posicionamentos peculiares como é o caso de Ivo Dantas, Marcelo Rebelo de Sousa e Otto Bachof, mas o tema das “normas constitucionais inconstitucionais” não foi contemplado no objeto desta pesquisa, devendo ser tema de estudos futuros. Para uma defesa contemporânea do tema, cf. MENDONÇA, Nicholas Café de M. M. de. *A admissibilidade da hierarquia normativa intraconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro*. Natal: Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito da UFRN, 2017.

¹³² Conforme ressaltado por Dominique Carreau e Jahyr-Philippe Bichara (2015, p. 75), a questão da “superioridade absoluta” de uma ordem jurídica supraconstitucional não é a regra. Ainda são raras as leis constitucionais que permitem esse desenho hierárquico - caso da Itália (art. 10 da Constituição de 1947).

¹³³ A interpretação de normas infraconstitucionais deve partir necessariamente das regras, princípios e finalidades de cada ramo jurídico. Após este trabalho, o segundo passo é analisar se a interpretação provisoriamente obtida é permitida pelas normas constitucionais. Assim, toda interpretação de normas infraconstitucionais deve necessariamente estar em conformidade com o parâmetro constitucional.

¹³⁴ Sobre a questão do controle “abstrato” de constitucionalidade, concordamos com o argumento sustentado por Silvério Souto Maior (2016, p. 44-48) no sentido de que o controle é abstrato apenas porque o caso concreto é prescindível para a arguição de inconstitucionalidade frente ao órgão jurisdicional competente, sendo utilizado o meio de uma ação específica para este fim que é apreciar a conformidade da lei ou ato normativo com as normas constitucionais.

autoridade social (DELGADO, 2018, p. 46). Conforme lição de Reinhold Zippelius (2012, p. 38), as normas jurídicas não servem para o conhecimento do mundo, mas sim para a regulação da conduta e resolução de conflitos práticos.

Segunda função - Aplicação direta da norma constitucional: segundo Barroso (2003, p. 116-117), se trata da possibilidade de que a própria Administração Pública, de ofício, reconheça e aplique determinado entendimento com base nas normas constitucionais como ocorre no caso do reconhecimento de imunidade tributária ou da aposentadoria de servidor público. Também é o caso, em alguns países, da prática interpretativa de órgãos como os do Poder Legislativo quando não há uma afronta direta ao texto constitucional (LOEWENSTEIN, 1979, p. 313). Não existe um juízo sobre a conformidade de uma regra infraconstitucional em relação à constituição jurídica, tal como ocorre na 1ª função;

Terceira função - Atualização da norma constitucional: conforme apontado por Konrad Hesse (1998, p. 54), “no procedimento da interpretação constitucional, a Constituição sempre é atualizada”. Geralmente, a norma será atualizada em conjunto com outras funções (como no controle de constitucionalidade), mas seu objetivo é autônomo: o intérprete se propõe a avaliar o sentido atual da norma constitucional, levando em consideração fatores como as experiências e os possíveis aprendizados ao longo do tempo, a mentalidade cultural da sociedade, as questões econômicas, dentre outros fatores que contribuem para a determinação do conteúdo das regras constitucionais.

Quarta função - Orientação de comportamentos na sociedade: independente da aplicação de uma norma constitucional, diversos atores sociais buscam compreender o que é lícito para poder determinar sua conduta na sociedade. Ainda que haja presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos, é possível que alguns sujeitos busquem consultar especialistas para saber sobre a probabilidade de segurança jurídica a respeito de determinada regra estatal. Exemplificamos tal função com base, por exemplo, em pareceres solicitados por investidores internacionais.

Quinta função - Juízo científico e/ou de crítica: Antes de haver a aplicação forense da norma, é possível que diversos atores busquem compreender previamente o significado normativo¹³⁵, como forma de pressionar os julgadores para seguirem determinada posição,

¹³⁵ Popper (1999a, p. 46) explica que as ciências sociais, em especial as teóricas, possuem também a tarefa de antecipar as “consequências não intencionais” de nossas ações. Afinal, toda sugestão de solução de problemas é bem-vinda. Pensamos que esse raciocínio também se aplica ao Direito.

além da possibilidade de especulação teórica e científica pela doutrina (ciência do direito). Após a aplicação da norma por uma autoridade competente, também é possível que diversos atores continuem buscando interpretar a norma e apresentando novas significações para a norma constitucional (natureza crítica e corretiva) tal como ocorreu no caso da ADI 4983. Por meio da ciência jurídica, Aleksander Peczenik enxerga uma função criativa capaz de transformar o direito com base em uma nova definição jurídica sem correspondência com as fontes do direito, pois a dogmática jurídica também elabora regras jurídicas ainda não existentes (NEUMANN, 2002, p. 466). Também Robert Alexy (2001, p. 245) sugere que a dogmática jurídica possui conteúdo normativo, servindo para a justificação de uma decisão quando não é possível decidir com base apenas em argumentos empíricos.

Nesta dissertação, o termo “aplicação” (do direito) não é entendido aqui como qualquer compreensão concreta sobre algo a partir de uma pré-compreensão e de experiências particulares e culturais do aplicador. Aplicar o direito possui um sentido instrumental e experimental: a prática jurídica institucionalizada por meio de um conjunto de atividades autorizadas e reconhecidas na sociedade.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso (2003, p. 103), a “aplicação de uma norma jurídica é o momento final do processo interpretativo, sua concretização pela efetiva incidência do preceito sobre a realidade de fato”. Nosso entendimento, porém, é diferente.

Entendemos que a aplicação não consiste necessariamente no momento final do processo interpretativo¹³⁶, mas essa discordância somente surge porque Barroso trabalha com um conceito de interpretação que a coloca como atividade que tem uma finalidade de fazer incidir o significado de uma norma em um caso concreto. No entanto, pensamos que a existência fática de um determinado caso concreto é prescindível¹³⁷.

Nossa ênfase no caráter prático no *cenário forense* é fundamental para demonstrar a diferenciação entre interpretação e aplicação do direito. Essa aplicação, segundo Castanheira

¹³⁶ Em diversos trechos desta dissertação, é explicado o motivo de compreender que interpretar nem sempre é aplicar o direito: por exemplo, quando a doutrina ou cidadãos comuns interpretam/compreendem a norma constitucional. Mas é preciso esclarecer por qual motivo nem toda aplicação do direito é interpretação: tribunais inferiores podem simplesmente, na apreciação de um caso concreto, adotar posicionamento já tomado pelo STF sobre a constitucionalidade de determinado dispositivo. Neste caso, há a aplicação de um entendimento, mas não um juízo próprio: recusa-se interpretar a constitucionalidade porque a questão já foi discutida em tribunal superior.

¹³⁷ Com visão mais ampla sobre a experiência jurídica, Recasens Siches (1977, p. 203) assinala que “a filosofia deve partir da experiência”, mas a experiência não é filosofia. Ora, da mesma forma, a interpretação constitucional também busca partir da experiência jurídica (que pode ser a aplicação do caso concreto, mas também o estudo prévio e teórico sobre o âmbito normativo).

Neves (2003, p. 11-12), não é apenas aplicação de normas legais, mas sim a realização do direito por meio de um ato decisório orientado pelas intenções axiológicas e normativas do direito. Por outro lado, não enfrentamos as discussões da hermenêutica filosófica¹³⁸ que defendem justamente a coincidência entre interpretar e aplicar, especialmente em face da “temporalidade da interpretação enquanto atividade e da situação daquele que a exerce” e pela consideração de que a interpretação seria a “aplicação a uma situação concreta a um caso particular” (JUST, 2014, p. 28). Portanto, nos termos aqui utilizados (aplicação em sentido instrumental e prático), interpretar nem sempre é aplicar: são atitudes diferentes, com finalidades e repercussões que não se confundem.

Resta claro que, dentre outros propósitos, a diferenciação essencial entre interpretar e aplicar o direito consegue explicar uma natureza corretiva (jurídica e não apenas política) da função prática de tomar decisões¹³⁹. Robert Alexy escreveu algo semelhante ao defender que o juiz está no centro da perspectiva, mas a atividade argumentativa de outros participantes¹⁴⁰ como cidadãos e teóricos do direito está “finalisticamente voltada à correção da atividade judicante” (GARCIA, 2008, p. 65).

Ademais, não devemos confundir aplicação com aplicabilidade do direito. Enquanto a primeira traz uma ideia de concretude, isto é, exige caso concreto; a segunda expressão denota um caráter de potencialidade, “qualidade do que é aplicável”, possibilidade de aplicação na medida em que é capaz de produzir efeitos jurídicos (SILVA, 2012, p. 13-17).

No processo interpretativo do direito, é pertinente observar que o essencial tem sido o “fundamento racional” da norma (*ratio legis*) e não a conjuntura histórica de sua criação (*occasio legis*), afinal a interpretação jurídica busca a “vontade da norma” e não a do legislador (BARROSO, 2003, p. 145-146). Com base nisso, Barroso disserta sobre a figura da “interpretação evolutiva” que consistiria na atualização do fundamento racional da norma

¹³⁸ Para uma crítica da hermenêutica filosófica, ver os comentários de Hans Albert (1976, p. 166-172) que apontam tal corrente teórica como um pensamento apto a “sacrificar, sem escrúpulos, não somente o ideal de objetividade da ciência, mas também o impulso crítico que se manifesta no método científico”, levando às consequências de um artificial antinaturalismo e completa desqualificação do método das ciências naturais. No fim, para Albert (1976, p. 183-185), os hermenêuticos acabam por justificar ideologias políticas dominantes, utilizando as tradições como “trampolins” como fontes legitimadoras com intenções práticas não tão nobres.

¹³⁹ Existem, é preciso ressaltar, outros caminhos: considerar os juízes como intérpretes finais ou definitivos enquanto todos os demais atores seriam “pré-intérpretes” (GARCIA, 2008, p. 65), mas essa é uma estratégia que não satisfaz terminologicamente as necessidades teóricas. O que seria “pré-interpretar”? Ora, seria interpretar antes da aplicação do caso concreto, logo também existem interpretações e intérpretes.

¹⁴⁰ Não se trata, porém, de defender que a opinião pública seja o norte das decisões judiciais, mas os tribunais não devem ignorá-la, principalmente no âmbito constitucional (GARCIA, 2008, p. 66).

constitucional ao longo de sua vigência. Assim, a norma poderia adquirir “novos sentidos ou significados, mesmo quando mantidas inalteradas as suas estruturas formais”. Trata-se, portanto, de um processo informal de reforma da constituição promovido pelo intérprete em razão de mudanças históricas e políticas que não existiam na mente dos constituintes.

Ocorre que, no contexto latino-americano, a ideia de “interpretação evolutiva”, de acordo com Barroso (2003, p. 147-148), é substituída por uma “deformação” que faz com que a interpretação constitucional judicial sirva apenas para convalidar abusos autoritários.

Entretanto, há muita confusão sobre tal “interpretação evolutiva”. Entendemos que toda interpretação jurídica pode apresentar críticas, conjecturas e refutações sobre os entendimentos jurídicos pretéritos ou atuais. Logo, toda interpretação é evolutiva no sentido de que há novas compreensões reafirmando ou contestando entendimentos prévios. Parece um equívoco pensar que uma interpretação conservadora é estática. Ora, manter entendimentos também é uma atividade cognoscitiva e política: é a própria recursividade do direito.

Por fim, é interessante notar que Barroso (2003, p.149) pontua que o primeiro limite objetivo da interpretação constitucional¹⁴¹ (principalmente no controle de constitucionalidade) é o próprio texto, pois “a abertura da linguagem constitucional e a polissemia de seus termos não são absolutos”, acrescentando que os “princípios fundamentais” do sistema constitucional e os “programas constitucionais” são intangíveis.

Anos depois, o referido doutrinador Barroso passou a ser Ministro do STF. Curiosamente, no RE 778.889/PE, disse que o constituinte utilizou uma “expressão subinclusiva” quando instituiu licença gestante com duração de 120 dias (art. 7º, VIII, da CF) ao invés de falar em “licença maternidade” que poderia contemplar gestante e adotante. Logo,

¹⁴¹ Konrad Hesse (1998, p. 70) também pontuou que a interpretação constitucional deve partir do texto constitucional, sendo este o “limite insuperável” da atividade interpretativa. Para Hesse (1998, p. 69-70), tais limites estariam “onde terminam as possibilidades de uma compreensão conveniente do texto da norma ou quando iria entrar em contradição unívoca com o texto da norma”. Portanto, dois problemas surgem para entender Hesse: o que seria uma “compreensão conveniente do texto” e se realmente seria possível uma “contradição unívoca com o texto”. Adiante, assinala que “onde o intérprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão ele modifica ou rompe a Constituição” e, portanto, o juiz estaria vinculado à constituição, sem livre escolha dos topoi.

o texto constitucional - o “primeiro limite” - não é capaz¹⁴² de barrar interpretações extensivas ou restritivas¹⁴³.

Conforme destacado por Konrad Hesse (1998, p. 49), para que o Direito Constitucional seja realizado, a constituição e a “realidade” não podem ser separadas uma da outra, pois não haveria interpretação constitucional independente de problemas concretos. Utilizando-se, de forma explícita, desta premissa de Hesse, o Min. Luiz Fux afirmou, em seu voto proferido no RE 778.889/PE, que o direito perde sua força normativa quando se dissocia da realidade social¹⁴⁴ e que a constituição precisa ser a “Constituição de seu tempo”.

De fato, a interpretação constitucional não deve se apartar do contexto social no qual as normas jurídicas estão inseridas, mas também não pode se curvar à sua eventual ineficácia e ignorar suas prescrições impositivas. O direito ordena as relações sociais e é um “fator constitutivo e modelador da realidade social”. Além da conjuntura sociológica e antropológica, também os princípios de justiça, a realidade natural e a própria natureza do ser humano¹⁴⁵ condicionam o direito (ZIPPELIUS, 2012, p. 83-93).

Fica nítida, portanto, a existência de discursos a respeito de uma peculiar tensão entre a norma constitucional e a realidade em que ela se insere. Cabe agora um olhar mais atento a algumas formas de diálogo estabelecidas no âmbito constitucional com a realidade social. A partir dos dados coletados nas decisões examinadas neste trabalho, três estratégias foram observadas: o princípio da proporcionalidade, o argumento da mutação constitucional e os desafios para a atualização do âmbito normativo de proteção.

¹⁴² Embora seja comum a defesa de um vínculo do intérprete às normas constitucionais, na prática, as regras jurídicas nem sempre conseguem limitar o aplicador do direito. É que, da mesma forma que é errada a afirmação de que a maioria dos juízes ignora regras porque existem juízes que ignoram regras, é um equívoco afirmar que as regras sempre limitam o poder decisório do juiz apenas porque são conhecidos vários casos em que as regras limitaram a decisão (SCHAUER, 2011, p. 94).

¹⁴³ Cabe ressaltar que Barroso (2003, p. 116) já previa a possibilidade de interpretações extensivas quando classificou a interpretação constitucional quanto aos resultados: a) interpretação declaratória, b) interpretação extensiva e c) interpretação restritiva. Esta classificação já era utilizada por Bonavides (2013, p. 452-458) que, por sua vez, acrescenta que as interpretações extensiva e restritiva possuem “natureza corretiva”.

¹⁴⁴ Em sentido próximo, Ivo Dantas (1995, p. 53) afirma que deve haver uma correlação entre o conteúdo ideológico do ordenamento jurídico e a necessidade de produzir resultados ou realizar valores, pois, caso não exista mais tal correlação, poderá surgir um hiato constitucional: a quebra do processo histórico no qual deveria ter vigência e eficácia a constituição enquanto norma jurídica.

¹⁴⁵ No mesmo sentido, vale conferir o pensamento de José Luiz Delgado (2018, p. 66-75) sobre a questão das normas jurídicas que derivam do “ser do homem”.

3.4 TENSÕES DA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL COM A REALIDADE EMPÍRICA: ESTRATÉGIAS ARGUMENTATIVAS E DESAFIOS PARA A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Para a investigação do mundo empírico, essencial para a normatividade do direito, são necessárias “estruturas que possibilitem a compreensão das demandas sociais” (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 338). Conforme Alfred Büllesbach (2002a, p. 432), a evolução do direito é possível por sua “autoprogramação” ou “autoprodução” dos seus elementos constitutivos, mas disso não decorre uma completa independência das interações sociais em geral.

Mas que critérios o direito utiliza para poder compreender tais demandas¹⁴⁶? Nas decisões coletadas, verificamos que os ministros do STF se valeram de algumas estratégias, especialmente o princípio da proporcionalidade, a ocorrência de mutação constitucional e a discussão implícita sobre âmbito normativo. Cada um destes pontos passa a ser brevemente analisado, embora não tenhamos a pretensão de esgotamento dos temas. Assim, apresentamos uma breve discussão que permita uma análise mais acurada das decisões do STF porque entendemos que esta será fundamental para o diálogo com nossas hipóteses.

Em nome do princípio da proporcionalidade, tribunais constitucionais declaram a inconstitucionalidade de várias normas ou interpretações. Mas, afinal, o que esse “princípio” significa e qual seu fundamento jurídico?

Diante da alegada necessidade de coerência, congruência ou proporção entre a prática estatal (objetivo e efetivação da conduta do Poder Público) e a realidade social observável, surgem diferentes leituras que buscam promover maior “racionalidade” para evitar o arbítrio. Uma dessas respostas é a ideia de conduta proporcional¹⁴⁷: uma conduta com *propósito lícito* realizado por um *meio que também deve ser lícito* e que atenda aos princípios da *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*.

¹⁴⁶ Ainda sobre a relação entre direito e demanda social, é válido o comentário sobre a doutrina de Rudolf Smend quando Paulo Bonavides (2013, p. 494-496) pondera que, embora o teórico alemão afirme que “o intérprete constitucional deve prender-se sempre à realidade da vida” e que os fatores extraconstitucionais possuem importante lugar na “operação integrativa da Constituição”, é preciso ter cautela porque “de Smend a Schmitt vai apenas um passo”.

¹⁴⁷ Essa é uma das possíveis formulações sobre proporcionalidade. Deve-se dizer que o termo “conduta proporcional” não foi encontrado explicitamente em outras pesquisas. Leonardo Martins (2012, p. 131-135) utiliza o termo “intervenção” e a tradução de Portugal para a obra de Bodo Pieroth e Bernhard Schlink (2012, p. 119) traz o termo “ingerência”. Do ponto de vista especulativo, o termo “conduta” parece mais abrangente e coerente.

Canotilho (2003, p. 266-267) aponta que a teorização sobre a proporcionalidade no direito é bastante antiga e remonta, pelo menos, a uma máxima discutida por teóricos do século XVIII, sendo que, posteriormente, ganharia maior desenvolvimento no direito administrativo como medida para avaliar as restrições administrativas da liberdade individual. Mais recentemente, a proporcionalidade foi alçada à qualidade de “princípio constitucional” e de “princípio da proibição de excesso”.

Em sua tese de doutorado, Lucas Catib de Laurentiis (2015, p. 47-49) destaca a promulgação do código geral prussiano em 1792 como primeiro marco histórico em razão da existência de dispositivos que expressamente limitavam leis e atos estatais “na medida exigida pelo interesse comum” e condicionavam o poder da autoridade policial às medidas estritamente *necessárias* para a segurança e ordem pública. Assim, o Superior Tribunal Administrativo prussiano teria sido o primeiro a desenvolver uma dogmática dos dois primeiros critérios da proporcionalidade (adequação e necessidade). Com o tempo, essa argumentação desenvolvida no Direito Administrativo seria levada para as Cortes Constitucionais diante da necessidade de controlar o poder político.

Na Alemanha, o princípio da proporcionalidade - entendido como proibição do excesso - tem sido o “limite dos limites mais significativo da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal”, exigindo que o propósito (objetivo, fim) perseguido pelo Estado seja lícito, que o meio usado pelo Estado possa ser utilizado em conformidade com o ordenamento jurídico e que o emprego do meio para atingir o fim seja adequado e necessário/indispensável (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 137).

Embora haja uma etapa posterior, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, Bodo Pieroth e Bernhard Schlink (2012, p. 140) não concordam com sua utilização pelo Judiciário por conta dos “juízos subjetivos e os pré-juízos daquele que controla”. Mas Canotilho (2003, p. 270) ressalta que se trata do princípio da “justa medida” que impõe ao intérprete o papel de avaliar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.

Infelizmente, não se fará aqui uma profunda análise ontológica ou de crítica à utilização do princípio da proporcionalidade pelos tribunais em geral, pois isso excederia injustificadamente o propósito e as possibilidades desta dissertação. Mas, para proceder às análises do próximo capítulo, são necessários dois breves comentários sobre a adequação e a necessidade da conduta estatal.

No que se refere à adequação dos meios, que também poderia ser chamada de “conformidade”, “realizabilidade” ou “aptidão”, há um dever de verificar se a conduta estatal é apropriada para a realização de seu propósito¹⁴⁸. Trata-se, pois, de uma capacidade de gerar ou fomentar os efeitos desejados. Logo, é um controle da “relação de adequação medida-fim”, sendo necessária a investigação e a prova de que ação estatal possui aptidão empírica (CANOTILHO, 2003, p. 269-270). Ao exigir uma adequação empírica, a discussão sobre dados técnicos e científicos ganha relevo constitucional. Consequentemente, pensamos que a inadequação de uma lei ou ato normativo - por não fomentar o propósito a que se destina - tem como consequência a possibilidade de declaração da sua *invalidade*¹⁴⁹, *inconstitucionalidade*, *ilegalidade* ou *inconveniência*¹⁵⁰.

Quanto à necessidade da conduta estatal, que poderia ser chamada de “estrita exigibilidade”, “escolha da menor ingerência possível”, “exame da conduta mais tolerável” ou “indispensabilidade”, a discussão é a respeito da adoção de uma medida estatal que permita um menor grau de interferência e desvantagem aos indivíduos na medida do possível: o intérprete deve se perguntar se não existe outra medida igualmente adequada que fomente o propósito estatal com consequências menos gravosas para o indivíduo, sem deixar de proteger devidamente outros bens jurídicos¹⁵¹. No caso da consequência jurídica da ausência de necessidade da medida estatal, não nos parece claro se haveria um problema de *invalidade* ou

¹⁴⁸ Entendemos que os meios e o propósito estatal devem ser considerados lícitos antes de passar ao exame da proporcionalidade da conduta estatal. Há autores, como Jane Reis Pereira (2006, p. 324), que incluem esse exame de licitude no subprincípio da adequação, o qual ela chama de “idoneidade”. Pensamos, porém, que a verificação de licitude é uma exigência do próprio Estado de Direito e do “princípio da legalidade”, logo uma análise prévia e autônoma em relação ao que é proporcional.

¹⁴⁹ É discutível a relevância do cumprimento fático para a validade normativa. Entendemos que a eficácia real (efetividade) de uma norma é uma questão distinta da validade (NEVES, 2018, p. 25). No entanto, o grau de incongruência com os dados da realidade (como no caso da evidente inadequação empírica) pode comprometer também o plano da validade porque a normatividade está comprometida desde o início, pois o direito não tolera a exigência de condutas absurdas.

¹⁵⁰ A avaliação da adequação é necessariamente dinâmica. Isso porque uma prática que fomenta os fins constitucionais pode não ser adequada hoje, mas pode se tornar apta a produzir efeitos no futuro; do mesmo modo, uma prática considerada adequada atualmente pode deixar de sê-la no caso de haver reiteradas comprovações de que deixou de produzir os resultados esperados.

¹⁵¹ Acerca dos juízos da adequação e necessidade do comportamento estatal, um exemplo bobo, porém didático: Determinada autoridade estatal (formalmente competente e seguindo todo o procedimento exigido) decide que motoristas de veículos terrestres só poderão utilizar velocidade máxima de 70 km/h, independente do tipo de via urbana ou rural. Imagine-se que o propósito é a proteção da vida, todos os meios legislativos e administrativos foram utilizados corretamente e existem várias estatísticas e pareceres técnicos demonstrando que a medida diminuirá o número de acidentes fatais. Ora, os dados demonstram que a medida é apta a produzir os efeitos desejados, atingindo o propósito lícito perquirido pelo Estado. Porém, por existirem medidas menos gravosas ao indivíduo que também podem diminuir o número de acidentes no trânsito, a medida será vista como desnecessária e, portanto, desproporcional e inconstitucional à luz dos direitos fundamentais.

apenas de afastamento da *aplicação* da medida (*incidência* da lei ou do ato estatal) em uma situação concreta. Parece-nos, em um primeiro momento, que se a medida possui propósito e meios lícitos, sendo empiricamente apta a fomentar resultados desejados, ela não se torna inválida apenas porque existiriam outras medidas menos gravosas ao indivíduo. Assim, o juízo sobre a relação de conformidade com as normas constitucionais consegue ser satisfatório, passando a análise a questionar a *justiça* da medida em face de outras possibilidades de atuação estatal¹⁵². Assim, a avaliação crítica das alternativas regulatórias – essencial em um racionalismo crítico – é uma etapa essencial da interpretação constitucional.

Em que pese existirem posicionamentos que defendem que a força normativa da proporcionalidade deriva do princípio do Estado de Direito (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 136), a proporcionalidade parece decorrer da própria ideia de justiça, sendo um princípio material que deve conduzir a aplicação moderada do direito (LARENZ, 1997, p. 586).

Feitos os esclarecimentos mais básicos sobre a proporcionalidade, outra estratégia que chama bastante a atenção nos votos dos Ministros do STF, em especial do Min. Barroso, é a questão da mutação constitucional sustentada como mudança do entendimento da norma constitucional em razão de uma nova realidade social que se apresenta.

É possível que a interpretação constitucional inaugure nova norma constitucional? De acordo com Emerson Garcia (2008, 60), sim, pois o intérprete (no sentido de aplicador) da constituição “possui um Poder Constituinte, em nível idêntico ao da autoridade que editou a disposição normativa objeto de interpretação”.

Partindo de uma concepção sobre o Poder Constituinte, enquanto “potência” para criação e “competência” para modificação das normas constitucionais, Uadi Lammêgo Bulos (2017, p. 394) entende que se trata da “expressão mais elevada do fenômeno do poder”, da “energia vital das constituições”. Assim, sem Poder Constituinte, não haveria constituição nem ordem jurídica ou a criação de um novo Estado. Dentre as formas de manifestação, atuação ou expressão desse poder, Bulos (2017, p. 398) sistematiza quatro espécies: poder constituinte originário, derivado (reformador ou decorrente), difuso ou transnacional¹⁵³.

¹⁵² Um antigo ensinamento popular, hoje considerado “politicamente incorreto”, diz que não se deve atirar em pássaros com canhões quando é possível usar baladeira/estilingue. Frase semelhante foi utilizada pelo jurista Fritz Fleiner sobre a proporcionalidade do poder policial: “A polícia não deve abater pardais com canhões” (LAURENTIIS, 2015, p. 48).

¹⁵³ Segundo essa construção teórica, o único poder jurídico seria o poder constituinte derivado. Assim, as outras três formas de expressão do poder constituinte seriam como poder de fato (BULOS, 2017, p. 398). No caso do poder constituinte transnacional, haveria um poder de fato que cria e reformula “constituições supranacionais,

Interessa-nos, nesta investigação, o conceito de “poder constituinte difuso” de Uadi Bulos (2017, p. 434-435): segundo o jurista brasileiro, este é o poder que atua na etapa da mutação constitucional. Trata-se de um dos “poderes difusos” porque não estaria formalizado em nenhuma constituição, é um “poder invisível que a altera”. Sua natureza é, portanto, *fática* e dependente de fatores sociais, políticos e econômicos¹⁵⁴.

Muitas vezes, conforme discutimos anteriormente, a interpretação constitucional pode ser a única saída para a ocorrência de mudanças, principalmente quando se trata de constituições mais rígidas. Interpretar a constituição é atualizá-la, mas é preciso ter cautela diante da possibilidade de “desintegração” constitucional (BONAVIDES, 2013, p. 499-500) porque o fator político pode facilitar o comportamento autoritário dos governantes.

A questão da mutação constitucional - suscitada pelos Ministros Barroso e Fux - não é algo tratado de forma uniforme na doutrina. Aliás, na investigação sobre sua teorização, é perceptível a necessidade e urgência de uma dogmática jurídica que reflita sobre esses discursos de mudança informal da constituição¹⁵⁵.

Em sua origem, a mutação constitucional foi teorizada no contexto germânico no século XIX, mais especificamente em razão da discussão sobre a efetividade da Constituição do Império Alemão de 1871. Paul Laband¹⁵⁶ é o primeiro a constatar que a constituição pode se transformar fora dos mecanismos formais e estabelece o termo “mutação constitucional” (*Verfassungswandlung*). Contemporâneo a Laband, Georg Jellinek faz referências às

transnacionais ou globais” com base em uma “cidadania universal, na multiplicidade de ordenamentos jurídicos, no desejo dos povos de se integrarem e interagirem, propondo um redimensionamento no conceito clássico de soberania” (BULOS, 2017, p. 444).

¹⁵⁴ Lenio Streck chegou a criticar essa posição de Bulos em artigo publicado no *Conjur* em 2012 (“O juiz mineiro azdakou ou Eis aí o sintoma da crise”). Porém, o incômodo de Streck é em razão de imaginar o Judiciário como “poder constituinte de fato”. Nesse sentido, passa a questionar como poderia existir um “poder constituinte de fato” ao lado de um “poder constituinte de direito”. Porém, essa é uma crítica que não faz tanto sentido à luz da teoria do poder constituinte como fato social e nos termos em que Bulos utiliza o termo “poder constituinte difuso”. Até seria possível uma crítica razoável, mas não parece ser o caso do artigo de Streck.

¹⁵⁵ Explorar os detalhes mais ocultos da mutação constitucional exigiria uma investigação muito mais ampla e impossível de ser tratada nesta dissertação. Faz-se apenas um breve esclarecimento sobre as principais abordagens e uma sucinta provocação com base nas hipóteses dessa pesquisa.

¹⁵⁶ Cristiano Vecchi (2005, p. 56) sintetiza as hipóteses de alteração informal da Constituição para Laband da seguinte forma: 1) por leis que regulam elementos centrais do Estado previstos ou não de maneira colateral pela constituição; 2) leis que modificam elementos centrais do Estado em contradição com o conteúdo da constituição; 3) usos e costumes dos poderes públicos que modificam elementos centrais do Estado. Posteriormente, Vecchi dá o seguinte exemplo: a competência constitucional para chancelar atos do Kaiser era do Chanceler (responsável pela ação política), porém, nos primeiros anos, o Chanceler do Reich era também Chanceler da Prússia e, na época, era humanamente impossível que ele estivesse exercendo essa dupla função e, por tal motivo, surge uma prática de permitir o referendo por chefes administrativos do Reich, afinal a lei sobre a substituição do Chanceler somente surgiria em 1879.

mutações constitucionais ao constatar que a rigidez constitucional não é suficiente para assegurar a força normativa da constituição, especialmente no contexto germânico em que os Estados Federados continuaram mantendo suas antigas leis e constituições que, em tese, haviam sido revogadas pela Constituição Imperial de Bismarck (VECCHI, 2005, p. 53)¹⁵⁷. Posteriormente, surgiram também outras teorias como as de Heller e de Smend que relacionavam a mutação constitucional com concepções teóricas próprias de uma constituição dinâmica (URRUTIA, 2000, p. 105-106).

É preciso que seja enfatizado o alerta de Ana Victória Urrutia (2000, p. 113): houve uma grande elaboração doutrinária sobre mutação constitucional (*cambio constitucional*) naquela época, mas não existiam mecanismos de controle de constitucionalidade das leis e a Constituição de 1871 foi breve para um país em processo de consolidação.

Porém, é o jurista chinês Hsü Dau-Lin (徐道隣) que busca organizar, de forma sistemática e mais completa, todas as hipóteses e espécies de mutação constitucional. Em trabalho publicado em 1932, é Dau-Lin que afirmará, com maior clareza, que as mutações constitucionais surgem diante da “incongruência existente entre as normas constitucionais por um lado e a realidade constitucional de outro” (VECCHI, 2005, p. 80). Para Dau-Lin, existem quatro tipos de mutação constitucional: a) mediante prática estatal que não viola formalmente a constituição¹⁵⁸; b) mediante a impossibilidade de exercício de atribuições previstas constitucionalmente¹⁵⁹; c) mediante prática estatal que se contraponha à constituição¹⁶⁰ e d) mediante interpretação¹⁶¹. (URRUTIA, 2000, p. 126-130).

Com a mutação constitucional, o texto constitucional ganha nova interpretação a partir de uma nova realidade social. A teoria da mutação constitucional vem a consagrar o uso

¹⁵⁷ Para Jellinek, enquanto a reforma constitucional exigia uma intencionalidade (vontade de reformar), a mutação constitucional era um fenômeno que se estabelecia objetivamente. Cf. Vecchi, 2005, p. 57.

¹⁵⁸ A partir de exemplos dados por Laband e Jellinek, Dau-Lin cita a questão do cargo de vice-Chanceler que não era previsto na Constituição alemã de 1871 e mesmo assim existiu.

¹⁵⁹ Dau-Lin utiliza exemplos franceses, dentre eles o desuso da dissolução da câmara pelo Presidente da República. Cf. URRUTIA, 2000, p. 127.

¹⁶⁰ Cita-se o exemplo dado por Laband: “Cláusula de Frankenstein”, que sendo lei ordinária, mudou radicalmente o sistema financeiro previsto na Constituição de 1871. Porém, mais uma vez, se ressalva a inexistência de controle de constitucionalidade das leis na época.

¹⁶¹ As prescrições constitucionais são interpretadas de acordo as novas concepções e necessidades da época. O exemplo oferecido é da Lei Fundamental da Áustria de 1867 que estabelecia que os juízes fizessem controle de legalidade dos regulamentos, mas não das leis. Posteriormente, em razão de conjunturas políticas, foi feita uma interpretação restritiva da palavra “regulamento” para não incluir os regulamentos imperiais. Cf. URRUTIA, 2000, p. 130.

constitucional, que acaba por vencer as normas escritas da constituição (HORTA, 2010, p. 77). Problemático, porém, é quando o próprio texto é ignorado.

Uma das acusações fornecidas por Ernst-Wolfgang Böckenforde (2000, p. 196), em crítica às teorias de Smend e Häberle, aponta que as “mutações” estariam transformando o Direito Constitucional em processo apenas político que se move por si próprio com a desculpa de promover a “integração” e o aperfeiçoamento da constituição da sociedade.

Concordamos com José Afonso da Silva (2012, p. 35) no sentido de que “a constituição deve ser considerada como norma na sua conexão com a realidade social, que lhe dá o conteúdo fático e o sentido axiológico”. Porém, considerando o alerta de Böckenforde, é preciso não desconsiderar o caráter autônomo da normatividade jurídica, não podendo esta ser comprometida em razão das forças políticas e dos fatos sociais que a ignoram. Se isso ocorrer, esses comandos normativos poderão perder sua juridicidade.

Pensar a validade formal de regras, considerada de modo apenas abstrato, não é suficiente para definir a normatividade jurídica. Afinal, sem possibilidade de concretização fática, haveria apenas uma mera pretensão de direito: uma tentativa falha e frustrada de ser direito ou um “direito imaginado”, uma “fantasia de direito” (SICHES, 1977, p. 195). Mas a possibilidade de concretização razoável não pode ser confundida com a falta de compromisso empírico¹⁶² das instituições, indivíduos e grupos sociais em relação ao direito da sociedade.

Observar a realidade social para interpretar a norma constitucional é, portanto, algo intrínseco à própria noção de interpretação constitucional, não sendo necessário falar em mutação constitucional. A atualização interpretativa dos comandos normativos é algo natural.

Parece que, embora sejam muito diversas, as teorias da mutação constitucional surgiram em contextos históricos muito diversos da realidade brasileira, além de ter sido uma alternativa teórica para lidar com a inexistência do controle de constitucionalidade alemão.

Entretanto, no contexto brasileiro, alguns estudos sobre mutação constitucional têm sido realizados nos últimos anos¹⁶³. Apesar dessas pesquisas e esforços, não existe uma

¹⁶² Mas, afinal, o que abala a permanência das normas constitucionais? Para Machado Horta (2010, p. 76), é a própria “desvalorização da Constituição escrita, a erosão da consciência constitucional e a caducidade da Constituição”. Corremos esse risco também diante da ausência de constrangimentos públicos aos intérpretes mutacionistas.

¹⁶³ Dentre esses trabalhos, alguns que merecem destaque são as obras de Anna Cândida da Cunha Ferraz (“Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais”), Uadi Lâmega Bulos (“*Mutação constitucional*”), Adriano Sant’Ana Pedra (“*Teoria da mutação constitucional: limites e possibilidades das mudanças informais da Constituição a partir da teoria da concretização*”) e Daniel Nagao Menezes (*Economia e mutação constitucional*).

dogmática jurídica robusta sobre essa questão, levando os juízes a adotarem diferentes discursos sobre mutação constitucional sem qualquer constrangimento.

Ao discorrer sobre os limites da interpretação constitucional, Gomes Canotilho (2003, p. 1228-1230) apresenta a mutação constitucional (ou transição constitucional) como primeiro problema a ser abordado criticamente. Para o jurista português, deve ser rejeitada a admissibilidade de mutações constitucionais pela via interpretativa, pois isso não significa engessar o entendimento da constituição: não se deve recorrer a alterações incompatíveis com o programa normativo, mas sim permitir a análise do “âmbito ou esfera da norma” por uma dialética entre programa normativo e esfera normativa. É como se fossem, portanto, “mutações constitucionais silenciosas” como ato legítimo da interpretação constitucional.

É exatamente sobre esses âmbitos ou esferas da norma, cujo estudo pode oferecer um caminho alternativo sugerido por Canotilho para o desenvolvimento da interpretação constitucional, que passamos a examinar a partir de agora.

É reconhecido que a constituição estatal é um fenômeno jurídico e também social, pois as normas jurídicas estão “entrelaçadas com o sistema social”. Assim, a realidade social informa o direito e este normatiza aquela (TEUBNER, 2016, p. 196-197). Se a realidade social se altera, então também haverá implicações para o significado da norma jurídica.

A existência de uma “visão constitucional” espalhada por toda a sociedade, ao se entender que não apenas o agente estatal é intérprete da constituição, contribui para delimitar o âmbito da norma (que é também determinada pela realidade social) e influencia seu processo de concretização (GARCIA, 2008, p. 66).

Falar em âmbito da norma, âmbito normativo, área de proteção ou âmbito normativo de proteção, dentre outras expressões aproximadas, é discutir sobre o recorte de condutas fáticas possíveis que estão protegidas na constituição. Quando Friedrich Müller, por exemplo, esboçou sua teoria estruturante do direito, pretendia dar uma definição mais adequada da relação entre direito e realidade (MÜLLER, 2008, p. 22-24), preocupando-se com a controlabilidade da discussão e decisão jurídicas.

À luz de uma teoria da concretização constitucional, com forte influência germânica, Canotilho (2003, p. 1203) explica que âmbito de proteção é a “delimitação intencional e extensional dos bens, valores e interesses protegidos por uma norma”. Não se confunde com o texto normativo, pois se trata de uma delimitação dogmática efetivada pelos sujeitos concretizantes.

No caso dos direitos fundamentais, a temática do âmbito de proteção ganha especial relevância, pois são discutidos os *pressupostos fáticos* dos direitos fundamentais na interpretação constitucional. Assim, tal âmbito normativo se volta a uma compreensão das “realidades da vida” que se relacionam com o objeto de proteção das normas constitucionais (CANOTILHO, 2003, p. 1262).

Nesse sentido, o que os intérpretes continuamente fazem é refletir sobre quais são as práticas existentes ou potenciais que estão abarcadas pela norma constitucional.

Um exemplo oferecido por Bodo Pieroth e Bernhard Schlink (2012, p. 117) é o direito à vida: os esforços doutrinários e jurídico-científicos para uma compreensão não retórica do direito à vida questionam quais as atitudes humanas observáveis empiricamente podem ser abarcadas na área normativa desse direito fundamental. Ora, viver não é apenas sobreviver, existir; são exigidas outras condutas humanas básicas como a alimentação, a ingestão de água potável, o movimentar-se, dentre outros exemplos. Embora possa parecer algo simples ou trivial, essa é uma ideia que amplia a densidade normativa das normas configuradoras de direitos fundamentais, mantendo uma congruência com o mundo social e repercutindo em questões práticas como os direitos fundamentais dos presidiários.

Se a realidade social, econômica e cultural se altera, o âmbito normativo de proteção também é alterado. Mas a quem compete atualizar o âmbito das normas constitucionais? Os intérpretes. E, diferentemente da mutação constitucional, não se trata de uma sobreposição dos fatos aos textos constitucionais, mas sim uma forma de manter a compreensão atualizada dos textos sem precisar ultrapassá-los. Nesse sentido, atualizar o espaço da norma é um dever essencial, dinâmico e inconclusivo do processo interpretativo.

Podemos concluir, com as discussões dos dois primeiros capítulos desta investigação, que a atividade interpretativa no âmbito do controle de constitucionalidade exercido pelo STF requer um exame pormenorizado diante de diversos indícios que sugerem a ausência de uma adequada compreensão sobre o papel do conhecimento científico na determinação de soluções para os problemas jurídicos.

Como afirma Paulo Bonavides (2013, p. 631), o déficit de dogmática no Direito Constitucional é um dos problemas mais sérios para a interpretação constitucional. Acrescentamos, porém, que a “dogmática” jurídica constitucional consiste em uma discussão teórica especializada em problemas constitucionais, considerando as possibilidades razoáveis

na Teoria do Direito¹⁶⁴, os fundamentos da normatividade do direito (que incluem a realidade fática) e suas consequências práticas para o alcance de determinados objetivos.

Ao “desdogmatizarmos” a dogmática jurídica do ponto de vista teórico, propomos uma revitalização da teoria da interpretação constitucional a partir de uma visão mais ampla do fenômeno interpretativo (como ato, produto ou processo), apresentando uma distinção em relação à aplicação instrumental do direito. Com a revalorização da interpretação extrajudicial, questionamos supostos monopólios interpretativos e a possibilidade de interpretações insuportáveis promovidas por órgãos estatais.

Com a devida compreensão das características e funções da interpretação jurídica na resolução de problemas constitucionais, é possível reavaliarmos a problemática identificada em nossa leitura sobre as decisões coletadas nesta pesquisa.

Nas cinco decisões examinadas, percebemos significativa tendência dos ministros do STF em buscar uma razoável leitura da realidade social para a construção argumentativa de suas posições. Entretanto, ao mesmo tempo, também identificamos uma visão parcializada e geralmente despreocupada em desconstituir os possíveis argumentos contrários ao seu posicionamento. Resta-nos aprofundar a discussão em torno de uma análise jurídica crítica, inspirada na tradição de um racionalismo crítico, para melhor exame do problema dos limites da interpretação jurídica no controle de constitucionalidade, buscando contrapor nossas hipóteses de pesquisa com os resultados coletados e nossa proposta de discussão teórica.

¹⁶⁴ Inexiste distinção rígida ou critério seguro para a diferenciação entre Teoria do Direito e Filosofia do Direito. Mas, conforme Arthur Kaufmann (2002b, p. 36), “na teoria do direito, o interesse recai mais sobre os momentos formais e estruturais, centrando-se, na filosofia do direito mais estritamente no conteúdo”.

4 A ARGUMENTAÇÃO EMPÍRICA NO STF E O PROBLEMA DA DOGMATIZAÇÃO DO CONHECIMENTO

4.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE UM POSSÍVEL MÉTODO RACIONAL CRÍTICO NO DIREITO

Agora, com a devida apresentação da problemática e de nossas hipóteses de investigação, podemos ponderar a respeito das possíveis contribuições do Racionalismo Crítico à teoria do direito, com ênfase na decisão jurídica. A partir disso, discutiremos aspectos gerais e provisórios para uma metódica da interpretação constitucional sem pretensão de apontá-la como a única resposta possível. Feito isso, poderemos, enfim, avaliar os resultados da nossa pesquisa a partir do suporte teórico escolhido.

Ao longo de nossa investigação, reconhecemos significativa semelhança entre a compreensão de Karl Popper sobre conhecimento e nossas hipóteses sobre a interpretação constitucional, sendo possível apresentar alguma contribuição à teoria da decisão jurídica. Assim, reconhecemos, sem excluir outras possibilidades de leitura, três aspectos para uma melhor compreensão da interpretação jurídica: a) como hipótese de compreensão e solução de um problema jurídico (*ato interpretativo*); b) como *produto*, sempre provisório, de alguma regularidade das tomadas de decisão ou das discussões sobre as diferentes teorias possíveis; c) como *processo* contínuo de deliberação sobre o conteúdo do direito e sua aplicação.

Na perspectiva crítico-racional, os métodos de interpretação constitucional devem ser necessariamente “críticos¹⁶⁵”. Para uma melhor compreensão dos métodos críticos de interpretação, apresentamos, sem pretensão de taxatividade, 12 pressupostos essenciais que nos ajudam a identificá-los e caracterizá-los:

- I. Uso da *razão crítica* e não apenas da “razão suficiente” (ALBERT, 1976, 47-54). Diferenciamos “verdade” e “certeza do conhecimento”¹⁶⁶, não permitindo a dogmatização (indiscutibilidade) de soluções de problemas. Não existem autoridades epistemológicas que não possam ser alvo de críticas e desconfianças. Assim, o método não é caminho para o êxito ou para a

¹⁶⁵ A existência de métodos interpretativos críticos não significa que de fato eles serão seguidos pelas pessoas. Entretanto, adverte Popper (1999b, p. 67) que se trata de um ideal importante.

¹⁶⁶ Em trabalhos mais antigos, também percebemos essa diferença, embora recorrendo à distinção entre “verdade”, “busca da verdade” e “imposição da verdade”. Popper (1999a, p. 27) critica a pretensão de verdade nos discursos científicos porque tal tese é infundada, cientificamente falsa.

justificação de seus resultados (POPPER, 1975, p. 242). Inexiste, tanto no contexto científico como no contexto jurídico, um “modelo de revelação do conhecimento¹⁶⁷”. Conforme dissera Leszek Kołakowski (apud ALBERT, 1976, p. 121), “a revelação é um livro didático para o inquisidor”;

- II. Todo método interpretativo crítico inicia com a percepção de um problema específico¹⁶⁸ e com tentativa de solucioná-lo a partir das hipóteses que pareçam mais plausíveis. Toda teoria, portanto, é *tentativa de resolução de problema*¹⁶⁹;
- III. Consciência da falibilidade e do caráter hipotético de todo conhecimento humano. A abordagem crítica se relaciona, necessariamente, com testes, experimentações, refutações e conjecturas (POPPER, 1999b, p. 121-123). Aplicada tal premissa ao Direito, o desenvolvimento cognitivo apenas é possível por meio de um “pensamento experimental”, com a devida busca de soluções práticas que sejam justas, funcionais e eficientes, promovendo e aperfeiçoando a convivência humana; tais soluções estão expostas de forma permanente à prova e à correção (ZIPPELIUS, 2012, p. 132-134). Para obter uma solução adequada, produzimos soluções inadequadas e buscamos constantemente aperfeiçoá-las por novas alterações (POPPER, 1975, p. 237);
- IV. O objetivo é sempre uma tentativa de *aproximação da verdade*¹⁷⁰. Toda teoria interpretativa consiste em um trabalho de eliminação de erros e aperfeiçoamento do conhecimento específico para uma melhor correspondência de enunciados com os fatos (POPPER, 1999b, p. 214). Assim, não negamos que teorias e interpretações possam ser utilizadas como instrumentos de poder, mas não ignoramos suas outras dimensões;

¹⁶⁷ Evidentemente, existem regras de hierarquia na solução de antinomias, dever de obediência dos juízes e tribunais aos precedentes, dentre outros. A questão aqui levantada, porém, é outra: é saber o significado do erro. A ideia de que “a verdade fala por si só” e que erro é aquilo que carece de explicação é uma visão deturpada que apenas nos leva uma ideologia sobre monopólios infalíveis (ALBERT, 1976, p. 30).

¹⁶⁸ Nas “ciências sociais”, é comum a existência de problemas práticos (fome, analfabetismo, incerteza sobre direitos legais, pobreza, dentre outros) como pontos de partida. Popper (1999a, p. 14-16) entende que os problemas práticos nos conduzem a problemas teóricos, à especulação. De acordo com a qualidade do problema teórico e da capacidade da solução sugerida, a empreitada científica terá maior ou menor valor. No fim, problema significa conflito entre o que observamos e nossas crenças e expectativas. Por isso, o conhecimento se desenvolve por meio de discussão crítica sobre problemas e possíveis sugestões.

¹⁶⁹ Se a solução proposta resiste à crítica, então deveremos aceitá-la provisoriamente como válida (POPPER, 1999a, 16).

- V. Toda compreensão da história é uma “*história de situações problemáticas*” (POPPER, 1999b, p. 208). Isso porque o método histórico aplicado às ciências em geral não se volta para meras narrativas, uma vez que o conhecimento gira em torno de problemas. Assim, compreender historicamente o direito é compreender a evolução dos problemas jurídicos e as tentativas de solução ou outras reações identificáveis ao longo de determinado tempo;
- VI. Para ser crítico, o método precisa buscar dialogar com situações contrárias e alternativas (ALBERT, 1976, p. 69). Se, aparentemente, não forem encontradas vozes dissonantes sobre a questão, é necessário certo esforço (inclusive institucional) para fomentar o pensamento divergente. Na área jurídica, existe certa aproximação com a ideia de “efetivo contraditório¹⁷¹” nos processos administrativos e jurisdicionais, mas esse elemento dialético vai muito além do âmbito forense, repercutindo em todo espaço de discussão pública. O método crítico de interpretação não serve para demonstrar a verdade (ainda que a conclusão seja verdadeira), mas sim para verificar erros e propor a eliminação destes (POPPER, 1975, p. 25-27). O desenvolvimento do conhecimento depende do *desacordo*;
- VII. A existência de contextos culturais e ideológicos diferentes não inviabiliza a discussão racional, mas isso não significa que haverá acordo. Sempre haverá interesse crítico e argumentativo por um conhecimento objetivo quando os

¹⁷⁰ Com base em Alfred Tarski, Popper (1975, p. 51) defende a verdade como correspondência do enunciado com os fatos, com a realidade. Ademais, Popper (1999a, p. 34) adverte que não podemos provar que nossas teorias são verdadeiras, mas podemos criticá-las racionalmente e podemos identificar as boas e más teorias.

¹⁷¹ Essa necessidade de “efetiva busca de situações contrárias e alternativas” no método crítico, apontada por Hans Albert, pode ser efetivada em diversas questões específicas, de modo que tal premissa não deve ser vista como enunciado vago, abstrato e excessivamente amplo (ou até demagogo). Acerca do efetivo contraditório nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, por exemplo, é interessante a proposta lançada por Silvério Souto Maior, discutida no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPE e ainda não publicada, sobre um “princípio da contradição necessária”. Segundo a formulação do jurista pernambucano, o contraditório nas ações de controle abstrato de constitucionalidade deve ser garantido de forma especial quando existir consenso entre os sujeitos processuais envolvidos acerca de fundamento determinante para o juízo de constitucionalidade. Em termos práticos, para assegurar a efetiva disputa argumentativa decorrente dos dissensos conteudísticos da sociedade política, deve o juiz convocar pessoas, grupos ou entidades que tenham interesse na contestação dos argumentos apresentados. Não se confunde com a construção teórica de Häberle. Exemplificando, tal medida deverá ser adotada quando, no direito brasileiro, o AGU está desobrigado a defender o ato normativo (casos de existência de entendimento prévio do STF e/ou de violação de interesse da União), além das hipóteses de dispensa da oitiva deste órgão.

sujeitos deixam sua zona de conforto¹⁷² (POPPER, 1999b, p. 80-81). Assim, a comparação e compreensão das leis e costumes diferentes podem permitir o aperfeiçoamento de nossas instituições. Não se trata de estabelecermos um “critério universal para a verdade”, mas de reconhecermos que a verdade não depende da língua (POPPER, 1999b, p. 70-72). Nas ciências sociais, a verdade também não depende da posição social ou do tempo (POPPER, 1999a, p. 22);

- VIII. A argumentação baseada em autoridades é a “morte do conhecimento” (POPPER, 1999b, p. 10). Se não existissem desacordos e desconfianças, o conhecimento seria imutável. Quanto mais forte a resistência às críticas, mais forte e enérgica poderá ser a mudança alcançada (ALBERT, 1976, p. 58-59). Manter abertura à pluralidade de teorias não significa aceitar qualquer teoria: os erros devem ser eliminados, mas não as pessoas que formularam suas teorias equivocadas. A opinião de especialistas é relevante, mas não determinante;
- IX. Preconceitos necessariamente fazem parte da interpretação. Qualquer tentativa teórica de eliminação de preconceitos é uma completa ilusão¹⁷³, condenada à frustração de expectativas diante da realidade que se impõe. Ao procurar evitar os preconceitos, o intérprete apenas os disfarça de “verdade” com base em fundamentos quaisquer para justificar suas crenças de modo a considerá-las evidentes (ALBERT, 1976, p. 59). Na realidade, os preconceitos são *úteis* para a evolução do conhecimento. A questão relevante é o tratamento que se dá aos preconceitos: como dogmas (pretensas verdades indiscutíveis) ou como hipóteses que devem ser objeto de nossa constante revisão;
- X. A *qualidade* do elemento crítico é essencial nos métodos interpretativos. A origem de uma teoria ou hipótese interpretativa não é, em si, algo relevante. O que realmente importa é “sua capacidade de desempenho e possibilidade de verificação crítica” (ALBERT, 1976, p. 63);
- XI. *Sociedade aberta*. Segundo Popper (1998, p. 15), devemos caminhar para uma sociedade que ponha em liberdade as faculdades críticas do homem, mantendo

¹⁷² Popper (1999b, p. 57-58) admite a dificuldade na discussão entre participantes que não compartilham um mesmo contexto cultural e ideológico, mas acredita que é “extremamente proveitosa” quando os sujeitos possuem a capacidade de aprender com o outro.

o respeito ao pensamento divergente (“sociedade aberta”). Não se trata simplesmente de ampliar o número de intérpretes, mas de adotar novas posturas diante dos problemas das sociedades democráticas. Para isso, o método crítico deve ser institucionalmente apoiado (ALBERT, 1976, p. 206). Nesse caso, a experimentação racional social deve ser por meio de *i*) análise de alternativas para a realização dos propósitos sociais, considerando a importância de incertezas e riscos; *ii*) “discussão racional entre defensores de diferentes concepções”, acentuando as vantagens e desvantagens de cada alternativa (ALBERT, 1976, p. 211-212). Tais concepções contrárias¹⁷⁴ devem, portanto, ser representadas por pessoas ou grupos que estão em oposição, construindo uma “dialética do real” (e não apenas ideal);

- XII. A ausência de certeza sobre determinado conhecimento não é condição impeditiva para a ação humana. Devemos acreditar nas melhores hipóteses e teorias que temos, embora adotando revisão crítica e considerando a possibilidade real de erro. O homem é um ser de ação e, do ponto de vista prático, precisamos agir para solucionarmos problemas. Assim, mesmo sem “confiança absoluta”, é racional optarmos pela teoria mais bem testada em uma “discussão crítica bem conduzida” (POPPER, 1975, p. 31-32). No Direito, se não há uma tradição na dogmática jurídica sobre a solução de um problema, é preciso apresentar e fundamentar (positivamente e não negativamente) aquela que parece ser a melhor opção, devendo haver seu aperfeiçoamento no futuro a partir da observação de suas insuficiências.

Reconhecemos que esses doze pressupostos para uma atitude crítico-racional na interpretação jurídica podem receber críticas. Karl Popper e Hans Albert, entretanto, não desenvolveram essa filosofia apenas para as ciências naturais, mas para todo conhecimento científico e mesmo não científico.

Em alguma medida, nossa observação sobre as contribuições do Racionalismo Crítico se distancia do pensamento de Hans Albert. Este sustentou, como enfatizado por

¹⁷³ Popper (1999a, p. 25) escreve que somos incapazes de roubar o partidarismo, as emoções e os juízos de valor do cientista (intérprete) “sem destruí-lo como ser humano”. A mera cogitação de que o intérprete pode ser isento de valores não é algo ideal porque “sem paixão não se consegue nada”. É preciso ter “paixão pela verdade”.

¹⁷⁴ Considerar concepções contrárias e inconciliáveis não significa que ambas sejam verdadeiras. De fato, apenas podem ser “aceitas” ou “acreditadas” (ALBERT, 1976, p. 212).

Ulfrid Neumann (2002, p. 476), uma delimitação ainda mais rígida sobre o conhecimento jurídico: direito seria uma “tecnologia social”. Assim, a função científica seria esclarecer a validade factual e a produtividade social da regulação jurídica. A ciência jurídica apenas poderia colaborar com propostas de *lege ferenda*, sem caráter normativo. O objetivo não seria, portanto, indicar qual norma deve ser positivada e como deve ser interpretada, mas sim apresentar diferentes alternativas empíricas diante de uma determinada realidade social.

Não compreendemos desse modo. Tal como exposto na crítica de Neumann (2002, p. 477), não haveria qualquer conciliação entre lei e decisão, limitando o domínio da argumentação racional e favorecendo decisões dos “detentores autorizados de funções”. Diferentemente do que poderia supor Hans Albert, é possível pensar o direito por um racionalismo crítico mais amplo, tal como sugerido em nossos doze itens acima.

Dentre outras críticas existentes, uma das mais enérgicas é apresentada por Paul Feyerabend¹⁷⁵ quando este afirma que Popper teria espalhado “mitos, distorções, calúnias e contos de fada históricos” e que as ideias de Popper “devem ser esquecidas o mais rapidamente possível” (FEYERABEND, 2010, p. 221-222). Apesar dessas críticas (pouco específicas), vislumbramos uma repercussão positiva dessas doze premissas nas discussões dos métodos interpretativos do direito.

De forma mais moderada e sensata, Ulfrid Neumann (2002, p. 469-47) demonstra certa simpatia com as ideias de Popper, mas questiona até que ponto o saber jurídico deveria seguir o “princípio da falsificação”. Ao final, Neumann defende a fundamentação positiva (e não apenas negativa) e realça o papel da indução no raciocínio jurídico como elemento essencial na justificação jurídica. Concordamos com a ideia de que o jurista necessita de uma “fundamentação positiva” na sua prática. No entanto, essa verificação positiva não poderia ser “prova”, mas um processo intelectual de tentativa e experimentação.

De forma expressa, Arthur Kaufmann (2002a, p. 202-203) também recusou o Racionalismo Crítico de Popper por argumentos semelhantes aos sustentados por Neumann: a

¹⁷⁵ As principais críticas de conteúdo formuladas por Feyerabend por nós identificadas se reduzem a três questões: outros pensadores apresentaram ideias semelhantes às de Popper em momento anterior e com mais qualidade; Popper supervaloriza as refutações, mas estas teriam tido papel secundário nas reformulações teóricas; Popper trabalha com “caricaturas” de Bohr e Heisenberg. Feyerabend também demonstra preocupação com o fato de que os objetivistas, em geral, tentam projetar suas preferências no mundo e defende que o relativismo não é sobre conceitos, mas sobre relações humanas. Entretanto, pensamos que tais críticas não são capazes de invalidar a proposta teórica desenvolvida. Em verdade, o próprio Feyerabend deixa claro que foi orientado por Popper quando preferia ter sido orientado por Wittgenstein, apontando certas dificuldades nas relações pessoais com seu mestre. Para a crítica completa, cf. FEYERABEND, 2010, p. 195-229.

ciência prática também deve fundamentar e não apenas falsificar (verificar negativamente). Ademais, o raciocínio indutivo seria necessário como instrumento científico do direito.

Entretanto, não concordamos com essa crítica porque pensamos que Popper não recusou o dever de fundamentação (positiva), desde que essa considere a abordagem crítica e promova uma busca real pela melhor resposta possível naquele momento. A verificação positiva sobre a verdade de um determinado enunciado é possível, porém seu resultado será necessariamente inconclusivo e provisório. Não podemos ter a *convicção* de certeza sobre um conhecimento apenas porque conseguimos justificar por meio de alguma prova ou indício¹⁷⁶. Algo semelhante ocorre com a indução, que tem sua importância no conhecimento não científico, porém não comprovam *cientificamente* as conclusões obtidas por indução.

Nossa posição sobre a possibilidade de considerar os atos interpretativos jurídicos como hipóteses que devem ser refutadas por meio de uma abordagem crítica também encontrou resistência no pensamento do jurista Aleksander Peczenik:

Let me answer this objection in the following way: One must make a choice between two philosophical theories, both contestable, Popper's falsificationism and, on the other hand, the theory of reasonable support in the legal paradigm. One may prefer the former but only within a limit: it is an excellent theory of science but neither a theory of ultimate basis of all knowledge nor a plausible theory of moral and legal justification. Outside of the proper limit of Popper's falsificationism, it is better to choose the theory of reasonable support. (PECZENIK, 2008, p. 128)

Ao preferir uma “teoria do razoável apoio no paradigma jurídico”, Peczenik rechaça a possibilidade de adotar as premissas de Karl Popper por duas razões: não serviria para teorizar sobre um fundamento definitivo do conhecimento humano nem para propor uma teoria da justificação jurídica e moral. De fato, essas não eram as preocupações de Popper.

As regras metodológicas de uma abordagem crítica também não devem ser interpretadas como regras fixas. São sugestões de Popper, mas que nos servem como pontos de partida iniciais – que podem ser contestados e aperfeiçoados a partir da crítica. Foi o melhor caminho metodológico encontrado pelo referido filósofo, mas sem a convicção de que

¹⁷⁶ Obviamente, não defendemos que os juízes devam começar a fundamentar suas decisões com trechos como “não temos certeza de qual é a melhor solução para o caso, mas acho melhor adotar a solução X proposta pela parte autora”. A fundamentação de qualquer sujeito racional continuará, inclusive por estratégia, a ser apresentada como a melhor possível, a mais coerente, a mais eficiente, dentre outras qualidades necessárias. Não se trata também de um raciocínio irônico ou hipócrita (pensa sobre a incerteza do direito e argumenta o oposto). A questão é outra: deve o intérprete agir de modo que possa considerar leituras opostas ou apenas diferentes, sem a pretensão de apresentar argumentos incontestáveis. A verificação da inocorrência dessa postura permite algum tipo de avaliação das argumentações desenvolvidas (atos interpretativos objetivados).

se trataria de um fundamento último para a teoria do conhecimento. Se fossem regras absolutas, aparentemente, haveria uma grave contradição no pensamento de Popper.

Parece-nos, porém, que a crítica formulada por Peczenik acerca da suposta inutilidade da teoria popperiana ao raciocínio jurídico é incapaz de convencer seu ideal “auditório racional”. Não faz sentido, nos termos discutidos ao longo de nosso trabalho, porque o processo de justificação do raciocínio jurídico é incapaz de oferecer argumentos definitivos no *processo interpretativo do direito*. Estrategicamente, claro que é possível que os intérpretes e aplicadores do direito apresentem seus argumentos como melhores e definitivos, mas isso só ocorre em *atos interpretativos* que devem ser criticados. Esse tipo de crítica, portanto, não afeta a aplicação da teoria de Popper no âmbito jurídico.

O problema da justificação das convicções morais e jurídicas, portanto, é transportado para a questão de saber como podemos compreender os problemas jurídicos – reconhecidos socialmente como problemas relevantes, influenciando determinadas condutas – e como podemos pensar em soluções a partir de determinadas técnicas e teorias. Nossas convicções jurídicas são, portanto, apenas provisórias e se justificam na medida em que são capazes de permitir uma abertura à crítica e à possibilidade de análises comparadas com outras propostas interpretativas.

Tal como ocorre com qualquer outro processo de cognição humana, não negamos que a interpretação possa ser influenciada - mas não necessariamente determinada - por quaisquer emoções, virtudes, ideias, defeitos e características humanas. Isso não significa necessariamente aderir a uma postura relativista¹⁷⁷. Não negamos o papel das subjetividades, a importância das paixões na compreensão humana e que toda interpretação, de certa forma, é uma compreensão do intérprete sobre si mesmo e seus próprios limites de observação¹⁷⁸. Tal consideração, entretanto, não invalida o método crítico.

Analizamos, em certo sentido, apenas o conhecimento objetivo (externado) porque é o único capaz de sofrer críticas. No sentido empregado por Popper, o conhecimento cultural objetivo não se confunde com a realidade física ou com o mundo psíquico de cada homem¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Popper defende que basta mencionarmos graves sofrimentos humanos e insuportáveis equívocos da humanidade (como os ataques às cidades de Hiroshima e Nagasaki) para silenciarmos os defensores do relativismo (FEYERABEND, 2010, p. 209).

¹⁷⁸ Cf., por exemplo, MATURANA, Humberto. *Cognição, ciência e vida cotidiana*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2001.

¹⁷⁹ Cf. nota nº 67.

Ao retomarmos a distinção de Hans Reichenbach (apud ALBERT, 1976, p. 55), ressaltamos que o contexto de fundamentação não se confunde com o contexto de descoberta. No direito, a tomada de decisões (que é determinada contingencialmente pelo conhecimento e pela vontade) e mesmo a compreensão/interpretação sobre um problema jurídico e suas possíveis soluções não se confundem com sua fundamentação¹⁸⁰, embora exista forte conexão entre esses dois processos. No Racionalismo Crítico, esse contexto de fundamentação não deve ser uma mera justificação ou explicação, mas sim a análise crítica propriamente dita.

Como, então, é possível avaliar as interpretações? Como é possível a cogitação de seus limites, tendo em vista que, talvez, inexistam limites para a criatividade humana? Este é nosso ponto: apenas é possível criticar aquilo que está objetivado, externado e que pode ser observado. No caso da interpretação (enquanto ato, produto e processo), uma das formas de controle é por meio da argumentação racional, mas existem outras que podem ser identificadas por diversas condutas humanas ou institucionais (abarcando ações e omissões).

Assim, a existência de métodos críticos de interpretação constitucional serve não apenas como “inspiração normativa” (a respeito de como deve ser a interpretação), mas, talvez principalmente, para servir como uma possível técnica de controle e crítica da interpretação que foi ou está sendo comunicada, objetivada. Logo, a análise argumentativa é a principal - mas não única - ferramenta de estudo sobre as interpretações jurídicas.

Por consequência, a defesa de um método racional crítico para o Direito pode ser apresentada de duas formas distintas: i) como parte ou conjunto das estratégias específicas para a compreensão do problema jurídico e de suas possíveis soluções; ii) como abordagem crítica que poderá ser utilizada como espaço e parâmetro para a deliberação e controle das interpretações jurídicas.

No primeiro caso, há uma resignificação dos métodos interpretativos, já desenvolvidos no direito¹⁸¹ ou que podem ser construídos a partir de agora¹⁸². Em outras

¹⁸⁰ Hans Albert (1976, p. 58) ressalta haver um equívoco muito comum no tratamento teórico da fundamentação. Costuma ser apontada a fundamentação como “prêmio” a um comportamento considerado adequado que tende a proteger velhos erros contra críticas relevantes. Trata-se de uma tentativa de blindagem e imunização. Pensa-se que é erro apenas aquilo que carece de explicação ou que é contraditório, impedindo o progresso do conhecimento.

¹⁸¹ Pertinentes são os resultados obtidos pela pesquisa realizada por Andreas Krell (2014): ainda que os métodos tradicionais da interpretação jurídica sejam amplamente questionados na doutrina, eles continuam exercendo significativo papel no exercício do raciocínio jurídico.

¹⁸² Diante do inconformismo de alguns juristas com o positivismo jurídico e o formalismo, além de buscar “edificar uma hermenêutica material da constituição”, Paulo Bonavides (2013, p. 491-540) avalia as

palavras, cada um dos métodos, sejam eles “tradicionais” ou “novos”, deve passar por uma redefinição de seu papel no processo interpretativo. Por exemplo, o “método histórico” precisa ser desenvolvido no caso concreto ao ponto de apresentar uma hipótese - que pode vir a ser refutada posteriormente - sobre a construção histórica dos problemas jurídicos relacionados ao caso concreto e os principais discursos e tentativas de resposta (por meio de regulamentações passadas ou não) empreendidas pela sociedade no decorrer do tempo.

Não se trata, portanto, de buscar apenas uma “razão suficiente” para tentar imunizar ou dogmatizar as conclusões ou tomadas de decisão do intérprete, impedindo a própria evolução do conhecimento jurídico. Até porque, como notou Friedrich Müller (2008, p. 50-51), os “cânones” interpretativos não devem ser tratados como “canônicos”, nem hierarquizados, mas utilizados como elementos auxiliares de alcance limitado. Reconhecer a limitação dos métodos tradicionais ou novos é uma tentativa de racionalização, distanciando-se da velha pretensão de certeza “infalível” a respeito de um resultado jurídico correto.

Em muitos casos, as limitações interpretativas decorrem da linguagem literal da formulação de uma regra jurídica. De fato, considerar uma regra independente de sua própria formulação é negar a própria ideia de uma regra (SCHAUER, 2011, p. 103). Entretanto, investigar o Direito não pode ser simplesmente investigar relações de sentido nos textos (ALBERT, 1976, p. 161). Evidentemente, o papel do método literal ou gramatical poderá variar de acordo com o tipo de questão que será analisada, mas inexiste uma receita pronta para a utilização dos métodos. Pensar assim nos ajuda a evitar a adoção de premissas equivocadas como a ideia de que a “hermenêutica” serviria de transição do método literal para a “significação histórica do texto” (ABBOUD, 2011, p. 64).

No Direito, os casos problemáticos - e, portanto, as tentativas de solução - envolvem questões muito distintas e peculiares. Assim, é preciso que o intérprete não apenas explique sua conclusão interpretativa, mas também demonstre os motivos que o levaram a não seguir um ou outro entendimento. Sem esse processo dialético, crítico e dialogal, a construção interpretativa do direito (por meio de decisões judiciais ou não) será contaminada por uma falsa ideia da função jurisdicional, dos titulares da interpretação constitucional e dos seus papéis em uma sociedade democrática.

No segundo caso, porém, o método racional crítico do Direito é considerado em sua plenitude. Ou seja, tratamos da abordagem crítica em si. Na prática jurídica, repercussões em torno da provisoriedade de entendimentos jurídicos, em especial na formação de precedentes, podem ser influenciadas pelas premissas do Racionalismo Crítico. Em termos epistemológicos, conduzimos relevantes contribuições para uma possível revitalização da ciência jurídica, redesenhando aquilo que temos chamado de dogmática.

Esse tipo de abordagem, ao considerar os problemas práticos e teóricos em uma primeira perspectiva, permite maior ênfase às tentativas de respostas de solução dos nossos problemas. Não se trata, portanto, de tentar extrair uma essência e apresentá-la como uma verdade que se impõe e que não permitiria refutações. A interpretação é dinâmica.

Por outro lado, a ciência jurídica passa a ser encarada como espaço de deliberações racionais com critérios metodológicos mais rigorosos que contestam as respostas existentes, sem perder a ousadia e criatividade na formulação de novas hipóteses. Ademais, a aparente resolução de um problema jurídico necessariamente nos conduz a novos problemas (descobertos ou não), o que também inclui o dever de acompanhar os resultados e as consequências da aplicação prática do direito.

Vislumbramos, no momento, outra importante utilização do método racional crítico no exame das interpretações jurídicas, em especial daquelas que podem ser avaliadas em seu processo argumentativo. É exatamente isso que tentamos fazer nesta pesquisa: considerando as hipóteses desenvolvidas até o momento, observamos criticamente a postura adotada pelos ministros do STF na verificação de dados empíricos na construção de suas interpretações (objetivadas). Passamos, então, a discutir os resultados obtidos em nossa investigação ao considerarmos os argumentos que tentaram “ler” a realidade social no âmbito do STF.

4.2 DIÁLOGOS ENTRE HIPÓTESES DE PESQUISA E RESULTADOS OBTIDOS

Recordando as decisões examinadas nesta pesquisa, notamos muitas preocupações sobre o propósito do legislador e sua adequação, necessidade, proporcionalidade e congruência com a realidade fática. Neste caso, se destacam as análises sobre o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade nos votos do Min. Luís Roberto Barroso. Ademais, é perceptível a presença de argumentos assumidamente “incontestáveis” para silenciar divergências ou assumir a necessidade de autocontenção do STF, especialmente na ADI 4.983

e no RE 593.849. Inclusive, os dados estatísticos, pesquisas, e laudos técnicos são apresentados, em geral, para apresentar um “cenário indiscutível” e terceirizar a responsabilidade (são os dados ou os cientistas que estão falando).

De forma inesperada, encontramos a combinação de diferentes teorias, destacando-se as discussões sobre mutação constitucional, proporcionalidade, interpretação neoconstitucional e os pensamentos de Ronald Dworkin e Peter Häberle. Porém, esses diferentes usos de teorias ocorreram, algumas vezes, sem a devida reflexão e coesão. Talvez, seja essa a razão para que existam abordagens tão diferentes e sem diálogo sobre a mutação constitucional. Esse tipo de ausência de consciência do uso de teorias acaba por influenciar a adoção de postulados teóricos profundamente diferentes, o que contribui para uma maior volatilidade na fundamentação jurídica de acordo com o que está sendo julgado¹⁸³.

Diante da valorização das consequências no processo argumentativo judicial, é possível falar em uma postura “consequencialista”. Entretanto, como adverte Basile Christopoulos (2014, p. 42), existem diversas orientações teóricas do consequencialismo, inexistindo consenso a respeito de quais consequências devem ser consideradas e como devem ser analisadas. Aqui, uma vez mais, nos deparamos com o problema do método jurídico. Em verdade, a análise de consequências é uma análise de *resultados* (ocorridos ou apenas previstos), uma investigação de cunho teleológico porque avalia a adequação dos resultados com os fins normativos. Como todo método, é preciso que haja uma estrutura baseada na abordagem crítica discutida no tópico anterior desta dissertação.

Leituras radicais do consequencialismo podem ser danosas à normatividade jurídica. Por um lado, poderia ser argumentado que o que deve ser considerado moral, verdadeiro ou válido dependerá dos seus resultados e consequências, inexistindo uma classificação *a priori*. No entanto, o ‘consequencialismo em si’ não possui critérios específicos, além do mandamento de “considerar as consequências”. Portanto, o que podem existir são escolas, métodos e abordagens consequencialistas¹⁸⁴.

¹⁸³ Esse parece ser o caso do Min. Gilmar Mendes: Na ADI 4.983, seguiu a linha teórica de Peter Häberle para alertar os demais julgadores sobre a necessidade de uma interpretação “não dissociada da realidade da comunidade” e chegou até mesmo a reconhecer a limitação de sua pré-compreensão; mas, no RE 593.849, afirmou categoricamente que o Direito é quem cria a realidade porque é próprio do Direito esse perfil institucional.

¹⁸⁴ Basile Christopoulos (2014, p. 46-55), por exemplo, analisa os critérios consequencialistas específicos desenvolvidos pelo utilitarismo, pragmatismo e pela análise econômica do direito.

Na teoria estruturante de Friedrich Müller, por exemplo, as consequências das decisões são examinadas e ponderadas a partir dos elementos jurídico-políticos do processo de concretização da norma (SCHROTH, 2002, p. 396).

Analisar cada critério desenvolvido por cada uma das principais correntes consequencialistas, porém, seria desviar dos objetivos traçados nessa pesquisa, apesar da importância de sistematização e revisão crítica e comparada de cada método desenvolvido. Nesse sentido, a “Escola de Munique” (especialmente por meio dos trabalhos de Arthur Kaufmann, Ulfrid Neumann e Jochen Schneider) já tem demonstrado que a ponderação de consequências é um dos tipos de argumentação mais utilizados nos tribunais superiores no contexto europeu (SCHROTH, 2002, p. 397).

Por ora, o que nos interessa é perceber que a análise das consequências tem sido apresentada com base no paradigma da “razão suficiente”, ignorando a necessária abordagem crítica, comprometendo a construção pública da interpretação e determinação do direito constitucional. Ao não favorecer a crítica, o direito é modificado apenas por razões circunstanciais de ordem política, impedindo sua autonomia cognitiva.

Com isso, as sociedades políticas deixam de aperfeiçoar suas instituições porque é construída uma blindagem na apresentação de soluções para os problemas constitucionais que afetam diretamente os indivíduos e suas interações comunicativas em uma determinada sociedade. Esse tipo de situação pode conduzir as relações sociais a um tipo de instrumentalização que obscurece a teoria da interpretação constitucional e enfraquece a crítica pública. O direito seria apenas uma “imagem” para assegurar o domínio político e psicossocial sobre os demais indivíduos de acordo com os interesses de forças políticas e econômicas. Mas, na verdade, não existiria um pleno funcionamento de um sistema jurídico capaz de oferecer discussões e hipóteses de solução a respeito dos problemas constitucionais.

Nossas observações sobre a prática do STF, como defendido desde o início, não servem para *criar* uma teoria científica para todas as decisões do STF. Porém, ao visualizarmos o problema com maior grau de nitidez, foi possível o desenvolvimento de hipóteses explicativas mais adequadas para o enfrentamento do problema.

A pretensão corretiva do direito não necessariamente visa modificar a validade de um julgamento realizado por uma autoridade competente, mas pode influenciar o processo interpretativo. Sendo assim, também é possível detectar “interpretações” abusivas ou incorretas, especialmente quando o juiz invoca um critério de racionalidade (como a

proporcionalidade ou um determinado critério consequencialista) e não o utiliza como deveria ser (de acordo com os próprios pressupostos reconhecidos). Ademais, a interpretação jurídica no âmbito constitucional realmente pode ser vista como um processo contínuo e dinâmico, o que é enaltecido pela Min. Rosa Weber, em seu voto sobre o aborto.

Robert Alexy (2001, p. 225), em sua teoria da argumentação jurídica, apresenta seis grupos de argumentos e regras para sua *justificação externa*: a) interpretação [de leis], b) argumentação dogmática, c) uso de precedentes, d) argumentação geral prática, e) argumentação empírica, f) formas especiais de argumentos jurídicos.

Interessa-nos, principalmente, os constrangimentos da argumentação empírica para a devida verificação dos dados empíricos no processo interpretativo do STF. Robert Alexy (2001, p. 226) reconhece que há diversos tipos possíveis de argumento empírico: fatos particulares, ações de indivíduos, eventos e há também algumas formas de argumento que necessitam de “afirmações relativas às *leis das ciências naturais ou sociais*”. Logo, um estudo amplo e exaustivo da argumentação jurídica precisaria lidar com quaisquer problemas do conhecimento empírico¹⁸⁵.

Em face dessa necessidade de argumentar com base em informações empíricas, uma possibilidade de aprimorar a interpretação constitucional poderia ser discutida a partir da metódica sugerida por Friedrich Müller (2005, p. 42-58). Em síntese, a proposta consistiria em apresentar a norma como “processo estruturante” (daí falar-se em uma teoria estruturante da norma) que é composto pelo “programa normativo” (teor literal), “âmbito normativo¹⁸⁶” e seu momento de concretização prática - norma-decisão. Trata-se, assim, de uma das possíveis teorias pós-positivistas¹⁸⁷ que tentam superar o positivismo jurídico e reduzir (ou mesmo eliminar) qualquer arbitrariedade do intérprete ao considerar a norma jurídica como um “projeto vinculante” determinado pelos elementos que produzem, em conjunto, a normatividade: o texto normativo e a realidade social (ALEXY, 2015b, p. 77-78).

Embora assumam pressupostos teóricos muito diferentes em relação ao esforço argumentativo da teoria estruturante da norma jurídica, Hans Albert (2013, p. 76-77) pontua

¹⁸⁵ Essa necessária observação do conhecimento científico não serve para responder de forma definitiva nossas perguntas, mas permite uma observação mais ampla do problema jurídico enfrentado (HAACK, 2010, p. 16).

¹⁸⁶ O âmbito normativo, em princípio, significa o recorte da realidade social “escolhido” pelo programa normativo. No entanto, como alerta Friedrich Müller (2005, p. 42-44), “não é idêntico aos pormenores materiais do conjunto dos fatos” porque é elemento da própria prescrição jurídica, é elemento da norma.

¹⁸⁷ É preciso ter certo cuidado com o termo “pós-positivismo”. Na verdade, existem diversas teorias - muito diferentes entre si - que tentam ir além do positivismo jurídico ou de uma versão deste.

que é necessária uma relação entre direito positivo e fatos sociais porque o direito válido em uma determinada região não se confunde com um “sistema meramente imaginário de regras”. Por essa razão, “na ciência jurídica, não se pode fazer abstração, sem mais nem menos, da ancoragem do direito positivo na realidade social”.

A “criatividade” presente, de forma inevitável, no processo interpretativo do direito não se dá, portanto, apenas em face da vagueza, obscuridade ou ambiguidade de determinados textos escritos. Em geral, a pluralidade de visões interpretativas diferentes decorre da margem de apreciação da realidade social que se pretende regular – ou mesmo da “adaptação racional do direito positivo” (ZAMBRANO, 2009, p. 65).

Em determinados casos, retomando a proposta da teoria estruturante, o âmbito da norma poderá ser produzido apenas pelo direito e linguagem, sem necessidade de uma investigação da realidade social: caso das normas sobre procedimentos, prazos, datas, prescrições de forma, etc. No entanto, segundo Friedrich Müller (2005, p. 42-43), a regra é a de que o âmbito normativo tenha componentes gerados pelo direito e outros apenas reconhecidos pelo direito. Isso, de certa forma, responde à discussão, levantada no RE 593.849/MG, sobre a criação da realidade pelo direito: o direito modifica a realidade e a realidade modifica o direito.

No entanto, acolhemos a crítica sobre os problemas da delimitação do âmbito de proteção da norma nas teorias da interpretação dos direitos fundamentais que adotam essa técnica, o que inclui a teoria estruturante de Friedrich Müller. Segundo Robert Alexy (2015b, p. 302-326), esse percurso metodológico pode levar o intérprete a excluir previamente alguma conduta de proteção constitucional por entender que não está contida no âmbito normativo, ainda que este seja visto como um elemento dinâmico e não estático.

Neste trabalho, não nos preocupamos em sistematizar as principais teorias de interpretação constitucional e suas deficiências, embora seja uma proposta relevante e que muito nos interessa. Ao não realizarmos, por razões metodológicas, esse tipo de estudo nem apresentarmos nossa própria sugestão para a interpretação das normas constitucionais, não indicaremos que tipo de percurso deve o intérprete seguir. Nossa preocupação encontra-se, de fato, em momento anterior: os pressupostos da interpretação constitucional a partir de uma razão crítica e sua possibilidade de avaliação empírica.

Em nossa análise das decisões do STF nesta dissertação, verificamos diversos problemas na incorporação de conhecimento empírico na decisão na argumentação jurídica.

Também Robert Alexy (2001, p. 226) reconheceu esse problema e afirmou, sem maiores detalhes, que “só será resolvido por meio de cooperação interdisciplinar”.

No entanto, muitos são os riscos de uma *falsa* ou *inadequada* cooperação interdisciplinar quando inexistente um treinamento adequado para os aplicadores do direito. Isso porque o uso de um parecer técnico, laudo ou estatística isolada não pode servir para justificar uma posição e encerrar o processo interpretativo. É preciso certo cuidado para não cairmos no paradigma da “razão suficiente”, que ainda predomina no ambiente forense e pode criar uma espécie de imunização das fundamentações judiciais.

Com o devido aprofundamento de nossas hipóteses, sustentamos uma diferente possibilidade de observar o fenômeno interpretativo do direito.

Os diversos intérpretes do direito precisam, sempre, observar o funcionamento do direito e comunicar suas opiniões, expectativas e críticas interpretativas. Essa é uma das possíveis vertentes do que podemos chamar de reflexividade do direito (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 337-345). Mas, para além da mera apresentação e exposição de posicionamentos jurídicos, a interpretação jurídica precisa – para ter a qualidade que se deseja em “sociedades moralmente desenvolvidas” – não ignorar o conjunto de respostas e discussões de outras épocas e de outros grupos humanos. A perspectiva histórica, de memória jurídica, é essencial para que as melhores soluções possam ser viabilizadas a partir da compreensão dos nossos erros e também das frustrações das antigas gerações.

Entendemos que também poderá haver um mau uso de argumentos históricos e da memória social e jurídica. Na verdade, todo e qualquer argumento de caráter jurídico, prático ou teórico, pode ter um caráter apenas instrumental – em nome de interesses privados e da ânsia pelo poder político ou econômico. É justamente por essa razão que acreditamos que a razão crítica deve ser compreendida como um elemento essencial da interpretação jurídica.

Desse modo, se juízes e tribunais pretendem modificar seus entendimentos, não basta a mera exposição dos argumentos que justificam sua posição. Trata-se, afinal, de um ato que pode modificar o produto interpretativo, o que exige certa sofisticação argumentativa, com maior carga de elementos críticos. Portanto, é necessária uma motivação crítica, que demonstre as razões que explicam os motivos para o abandono de um antigo entendimento, demonstrando os erros produzidos pela antiga interpretação. Esse panorama pode favorecer o surgimento de novos mecanismos de acompanhamento crítico social. Para que isso seja feito, não é necessária uma declaração de caracterização de mutação constitucional.

Outro aspecto que merece ser ressaltado é a possibilidade de constrangimento dos órgãos jurisdicionais, de aplicação do direito, quando há diversas manifestações sociais e legislativas, tal como ocorreu no caso da vaquejada. Evidentemente, muitas foram as manifestações políticas que envolvem a discussão a respeito de quem deve tomar as decisões políticas e sobre que tipos de conteúdo normativo a sociedade deseja para o futuro. No entanto, também havia manifestações especificamente jurídicas porque os intérpretes sociais também se manifestavam a respeito de como o Supremo Tribunal Federal deveria interpretar os dispositivos do texto constitucional, tendo em vista que não havia nenhuma menção expressa a respeito da vaquejada. Assim, alguns dos intérpretes também entendiam que estava sendo praticada uma atividade lícita, justa e regulada por lei formalmente válida.

Argumentos empíricos, infelizmente, nem sempre são apresentados como forma de estabelecer pontes entre diferentes posicionamentos interpretativos, com o objetivo de expor as falhas de outra observação. Como vimos nas decisões examinadas, há também certo “uso” (e não a devida interpretação crítica) desses dados com a finalidade de apresentar alguma autoridade epistemológica ou para acrescentar mais um argumento que possa endossar sua escolha. Sempre há a possibilidade de mera manipulação de textos, dados e informações empíricas ou teóricas. Diante dessa realidade, é que se propõe a necessidade de se discutir a prática do direito a partir de uma perspectiva científica (crítica).

Nem todo ato “jurisdicional”, de “dizer o direito”, é uma interpretação jurídica. Logo, o exame da razão crítica por um método de observação, tal como ora proposto, pode permitir a discussão sobre a distinção entre interpretação e mero uso de textos ou símbolos.

O aspecto principal do problema não reside na necessidade de diálogo entre a prática jurídica e os diversos conhecimentos humanos, científicos ou não. Isso porque a necessidade de produção de interpretações adequadas é uma expectativa social que precisa ser considerada, especialmente porque sua descaracterização na aplicação do direito pode criar uma situação de crise do direito. Uma das situações mais problemáticas e difíceis de serem investigadas ocorre quando o intérprete utiliza um código comunicativo que tenta camuflar outros interesses para justificar uma posição sobre um problema jurídico específico, simulando ou até ignorando a abordagem crítica do raciocínio jurídico.

Por todas essas razões, é mais que necessária uma releitura da teoria do direito a partir dessa perspectiva sugerida pelo racionalismo crítico.

4.3 A DÚVIDA PERMANENTE COMO ELEMENTO ESSENCIAL NA RECONSTRUÇÃO DA TEORIA DO DIREITO

Diante de tudo que foi discutido até o momento, diversos problemas foram verificados nos julgamentos analisados em face do pouco teor crítico das abordagens. Não é possível, do ponto de vista lógico, afirmar que o STF continuará a se comportar dessa forma, mas a identificação dessa problemática nos permite uma reflexão mais adequada em face de nossas hipóteses de pesquisa. Com base nas discussões e conclusões obtidas até o momento, pensamos que o método crítico possibilita, nos moldes de um racionalismo crítico, uma reconstrução de questões essenciais da teoria geral do direito¹⁸⁸.

Uma teoria da interpretação constitucional necessita, para enfrentar problemas práticos, considerar sua funcionalidade prática, que é tentar solucionar problemas constitucionais, de acordo com os deveres jurídicos reconhecidos pela humanidade em determinado momento histórico de uma sociedade política.

Problemas constitucionais podem ser vistos de diversas formas. A partir de Lassalle, Marcelo Neves (2018, p. 59) lembra que, em uma visão sociológica, questões constitucionais não são, em sua origem, questões propriamente jurídicas, mas sim *relações factuais de poder*. Logo, problemas constitucionais podem ser vistos também como problemas relacionados às relações factuais de poder, o que envolve o problema da limitação do poder político. Marcelo Neves (2018, p. 65-75), entretanto, propõe um conceito sistêmico-teórico de constituição: não apresentando uma definição restrita ao seu aspecto estrutural (como conjunto de expectativas), mas incluindo as *comunicações* baseadas em expectativas constitucionais vigentes ou que servem à vigência destas. Assim, os deveres jurídicos estariam relacionados à garantia de expectativas e ao controle do comportamento em uma sociedade.

Diante do tema dos deveres jurídicos, muitas também são as compreensões sobre a juridicidade destes. Uma célebre distinção foi sugerida por Samuel Pufendorf (1991, p. 39-60): deveres religiosos são necessariamente entre o homem e Deus; deveres morais são os deveres para consigo mesmo (e sua consciência); deveres jurídicos são as obrigações do homem para com a sociedade da qual é membro (KAUFMANN, 2002a, p. 89). Indo um

¹⁸⁸ Há quem sustente uma diferenciação entre filosofia do direito e teoria geral do direito: Gustav Radbruch chegou a chamar a Teoria Geral do Direito de verdadeira “eutanásia da filosofia do direito”, uma vez que teria abdicado da discussão sobre o direito material em detrimentos das formas e estruturas. Cf. KAUFMANN, 2002a, p. 135-136.

pouco além, José Luiz Delgado (2018, p. 52), aponta que as normas são *jurídicas* quando a sociedade as reconhece como normas que devem ser exigíveis e impostas aos homens, por meio da autoridade constituída, com o objetivo de garantir a “boa convivência” em sociedade.

Em nossa perspectiva, entretanto, esses elementos passam a merecer novas reflexões. Primeiramente, estamos convencidos da própria limitação humana. Ademais, os problemas constitucionais – em torno dos problemas jurídicos do poder político – devem ser vistos como desafios que nunca são perfeitamente solucionados. Logo, não se justifica qualquer pretensão de apresentar uma resposta dogmatizada como se a humanidade tivesse descoberto a verdade sobre todos os problemas sociais. Tal “ingenuidade” poderia condenar a humanidade a regimes totalitários e cognitivamente fechados.

Ademais, defende-se, normativamente, que os intérpretes possam discutir, em uma “esfera pública plural”, sobre os erros e insuficiências de nossas respostas para os problemas jurídicos. Assim, busca-se uma “evolução” do conhecimento humano, diminuindo o sofrimento dos indivíduos. Mas que tipo de obrigação possui o indivíduo perante a sociedade? Ou seja, qual deve ser o *conteúdo* dos deveres jurídicos? Também não há qualquer resposta *a priori* para essa questão, nem mesmo a possibilidade de uma resposta final, inquestionável.

Assim, a permanente dúvida é elemento central do direito, de modo que a interpretação jurídica, enquanto processo interminável, *deve ser* baseada na eterna demanda pelo conhecimento sobre os problemas da sociedade, nossa capacidade de oferecer respostas provisórias e também a normatividade necessária para o cumprimento das finalidades discutidas e defendidas em uma determinada sociedade.

As premissas de um racionalismo crítico não nos levam necessariamente a uma postura contrária a uma “hermenêutica filosófica” - entendida aqui enquanto discussão sobre a possibilidade da compreensão do sentido pelo indivíduo -, mas é inegável que nossos pressupostos estão atrelados a uma concepção objetivista do conhecimento e ao paradigma da “filosofia da consciência”, nos termos discutidos anteriormente. Embora não tenhamos a pretensão de conciliar essas duas posturas filosóficas, percebemos certa aproximação na consideração dos juízos de pré-compreensão ou preconceitos do intérprete.

Mais do que isso: a existência de uma discussão crítica racional objetivada (porque externada e publicizada) permite que a abordagem crítica se dê em um “contexto problemático”, no qual inexistem catálogos fechados sobre os métodos interpretativos ou sobre os possíveis argumentos que podem ser utilizados na argumentação jurídica.

Preconceitos, sentimentos e emoções do intérprete sempre farão parte da atividade interpretativa. Qualquer tentativa de extirpar a subjetividade do ser humano seria uma farsa, um autoengano. A ciência caminha em conjunto com as evidências¹⁸⁹, a razão e a fé¹⁹⁰ (LENNOX, 2007, p. 16). Toda explicação humana, porém, é mortal e provisória¹⁹¹.

Assim, deve uma “teoria da constituição” ser uma *teoria crítico-reflexiva* para considerar todas essas questões, explicitando e problematizando as “pré-compreensões e paradigmas”, sem precisar abandonar a pretensão de racionalidade, verdade e correção, tal como também foi argumentado por Marcelo Cattoni de Oliveira (2016, p. 99-100).

Métodos tradicionais de interpretação passam por uma reformulação, sem vínculo ao paradigma da mera justificação do intérprete (“razão suficiente”), e outras formas argumentativas podem ser utilizadas como a consideração das consequências, a análise da adequação empírica ou necessidade do ato estatal, a garantia da segurança jurídica ou da justiça no caso concreto, sensibilidade jurídica e repercussão social, dentre inúmeras outras possibilidades.

O relevante, nesse contexto, é a discussão crítica como “espaço” de deliberação e interações comunicativas com tentativas de encontrar as soluções mais capazes de solucionar os problemas jurídicos da sociedade. Assim, embora não exista necessária relação entre a teoria crítico-racional da interpretação e as teorias da argumentação jurídica, estas são exigidas pela primeira como forma de avaliação de parte do conhecimento objetivo disponível. Mas até que ponto há um “conteúdo dado” a ser compreendido pelos sujeitos?

Alexandre da Maia (2000, p. 22-27) percebeu que a ausência de apego a uma ontologia poderia trazer problemas diante da não fixação de um conteúdo do direito, mas, em razão da diversidade doutrinária e da extrema complexidade do mundo social, seria melhor não fixar dados ontológicos diante da constante mudança social. Ou poderíamos falar apenas em uma “ontologia baseada na *tolerância argumentativa no direito*”. Ao fim, o jurista

¹⁸⁹ Não entendemos evidência como “dogma indiscutível”, mas como elemento esclarecedor que contribui para a aproximação da verdade sobre algo.

¹⁹⁰ Entendemos que todo ser humano possui fé em algo. Parece-nos que a fé é um tipo especial de crença. A fé não é algo irracional, inexplicável, incondicional ou “cego”. Ter fé é possuir crença suficientemente consistente ao ponto de se estabelecer confiança e proximidade com o que acreditamos. A principal marca da fé é que ela influencia a atitude prática do indivíduo, impactando seu modo de pensar e modificando suas ações. Quando desacompanhada das ações práticas, inexistente fé verdadeira.

¹⁹¹ O caráter provisório não é uma necessidade empírica. Certamente, muitas pessoas vivem com a mesma opinião sobre determinado assunto por toda sua vida. A questão é outra: sempre podem surgir novos elementos que transformam a compreensão humana.

pernambucano tenta sugerir uma “ética da tolerância para garantir espaços argumentativos”, como se o direito possuísse uma “essência mutável” (MAIA, 2000, p. 111).

Nossa posição é diferente. Concordamos que “dados ontológicos” a respeito do conteúdo do direito não podem ser fixados de modo apriorístico e absoluto, como se tivéssemos certeza completa sobre nossos enunciados e nossa percepção sobre o mundo social e jurídico. Porém, ainda podemos considerar uma “ontologia” – análise sobre o ser que é e permanece sendo – em torno dos problemas jurídicos compreendidos de modo público, com uma condição: a mutabilidade não está presente na “essência do direito”, em seu ser, mas sim no conhecimento que temos sobre o direito. É a postura epistemológica crítica, que desconfia de certezas e admite não possuir um conhecimento estático e perfeito.

A dúvida é um elemento essencial do processo interpretativo do direito, seja na esfera da aplicação prática ou nas várias outras modalidades da interpretação jurídica defendidas neste trabalho. Considerar que pode existir um “ser jurídico”, observável ao longo da história por meio dos problemas e soluções jurídicas de diferentes sociedades, não elimina a possibilidade de tolerância e pode ser compatível com uma teoria da interpretação.

Sendo assim, o problema da “verdade” é uma questão de conhecimento, de interpretação. Não nos referimos ao objeto que deve ser conhecido. A proposta do Racionalismo Crítico é, diante da ausência de certezas absolutas no âmbito epistemológico, buscar uma aproximação da melhor relação de congruência entre nossos enunciados (descritivos, explicativos e propositivos) e a realidade fática. Esta última não consiste em meros acordos intersubjetivos. No caso do direito, ainda que falemos em “enunciados normativos”, é preciso considerar que a normatividade jurídica também é informada por enunciados descritivos, o que também repercute no modo de conhecer o direito.

Quando critica a teoria da verdade de Karl Popper, Susan Haack (2002, p. 164-165) parece não compreender o caráter dinâmico da aproximação da verdade quando diz:

Se a verdade deve ser não apenas um ideal, mas um ideal ‘regulador’ ou *que guia*, deve ser possível dizer, quando uma teoria substitui outra, se a ciência está se aproximando da verdade. Portanto, o problema de Popper é o de explicar em que sentido, de duas teorias que podem ser ambas falsas, uma pode estar mais perto da verdade que a outra. [...] *a definição de verossimilhança de Popper não se aplica a comparações entre teorias que sejam ambas falsas*. Mas isto, é claro, era o principal objetivo da teoria que, portanto, falha em relação ao seu propósito epistemológico. (grifos no original)

De fato, a crítica é bem-vinda diante da dificuldade de comparar (e julgar) qual das teorias consideradas falsas pode ser considerada mais próxima da verdade. É preciso ter uma

ideia sobre o que é a verdade para julgar sua aproximação. Não parece ser suficiente argumentar que uma teoria t_1 poderá prevalecer sobre uma teoria t_2 quando seu conteúdo de verdade for mais amplo ou quando seu conteúdo de falsidade for menor.

Além disso, diferentemente do que acreditou Popper (1999a, p. 27-30), nem sempre é possível comparar diferentes enunciados para a solução de um determinado problema no campo das ciências sociais. Afinal, existem muitos ângulos e pontos de partida diversos que podem criar uma situação em que duas teorias são falsas por razões diferentes e acertam em pontos diferentes. Como comparar e escolher a melhor teoria? Nem sempre é algo claro.

Pensemos no caso do direito. À luz do Racionalismo Crítico, as hipóteses interpretativas podem possuir *qualquer* origem¹⁹², pois o que importará será tão somente sua qualidade explicativa e capacidade para solucionar problemas sociais práticos. Nenhuma hipótese, teoria ou aplicação do direito deve ser vista como conclusiva para a discussão interpretativa, mas deve haver um esforço e preocupação em aprimorar a capacidade de oferecer novas respostas aos antigos e novos problemas jurídicos.

Buscar uma proposição *mais verdadeira*, na interpretação do direito, significa buscar uma compreensão *mais congruente* com os fatos, as crenças, os princípios de justiça, enfim de todos os elementos que condicionam a prática jurídica e também constituem a normatividade de determinadas condutas. Ocorre, entretanto, que cada tentativa de oferecer esse tipo de resposta deve ser encarada, do ponto de vista epistemológico, como *insuficiente*. Tentamos nos aproximar, cada vez mais, dessa relação harmônica, principalmente quando há um esforço para dialogar com a memória e a história do direito (história dos problemas jurídicos e das tentativas de solução ao longo do tempo). Entretanto, nossa avaliação sobre qual teoria encontra-se “mais próxima da verdade” também é apenas conjectural e criticável.

Neste ponto, devemos observar o relevante papel da argumentação jurídica crítica, responsável não apenas por apresentar uma fundamentação suficiente que justifique a aplicação do direito em um caso concreto, mas também que possa preocupar-se em demonstrar os problemas das interpretações e argumentações opostas, destacando os elementos que tornam a interpretação adotada como a mais congruente e coerente com todos os elementos exigidos. Considerando que a prática jurídica consiste fundamentalmente em

¹⁹² Evidentemente, nos casos de ilicitude - como a “compra de sentenças judiciais”, devem existir mecanismos jurídicos capazes de manter a autonomia e integridade das discussões jurídicas, com a devida declaração de nulidade do ato ilícito.

argumentar (ATIENZA, 2014, p. 1), deve a argumentação jurídica *crítica* assegurar a dinâmica da prática jurídica com o devido diálogo com as experiências interpretativas do passado diante das novas realidades que surgem.

Consequentemente, o caráter dinâmico do processo interpretativo, que deve ser uma constante busca por melhores respostas para os problemas jurídicos, permite que a substituição de uma teoria interpretativa por outra *pode ser* realizada quando a nova teoria t_2 consegue efetivamente demonstrar maior congruência e harmonia com os fatos ou os princípios de justiça do que uma antiga teoria t_1 . Ou, em outro cenário, quando t_2 apresenta menos problemas (incongruências) do que t_1 , embora as duas teorias tenham uma força explicativa semelhante. Esse deve ser um esforço da “dogmática” e da prática forense, ainda que possam existir inúmeros fatores que impeçam esse tipo de alteração interpretativa. E, no caso de haver uma desconsideração das melhores teorias na prática dos tribunais, cabe aos intérpretes apontarem os equívocos e pressionarem pela adoção das melhores interpretações (ou das menos prejudiciais). Isso não é uma questão simples nem automática. Não há garantias, mas faz parte da pretensão de correção, elemento constitutivo também do direito.

E se não há conhecimento suficiente para produzir uma solução adequada para determinado problema jurídico? Neste caso, devemos aplicar uma “solução inadequada” (POPPER, 1975, p. 237), desde que seja a alternativa menos prejudicial aos elementos envolvidos (oferecendo a máxima eficácia social possível de acordo com as circunstâncias do caso), e este ato interpretativo deve ser criticado e discutido - inclusive institucionalmente - para que possa ser aperfeiçoado ao longo do processo interpretativo sobre a questão.

Portanto, o direito não é um sistema fechado - no sentido *estático* do termo, com um rol exaustivo de elementos argumentativos. Poderíamos, portanto, trabalhar com a ideia de um “sistema fechado dinâmico”¹⁹³? Seria o direito um sistema aberto¹⁹⁴, um sistema autopoietico¹⁹⁵ ou nem mesmo seria um sistema¹⁹⁶? Na verdade, existem muitos sentidos para

¹⁹³ Norberto Bobbio (1997, p. 80-81) defende uma concepção de “sistema” que consiste na exclusão da incompatibilidade entre normas. Se há uma aparente contradição entre duas normas, uma deverá ser excluída (ou até as duas). Trata-se de um sentido negativo, guiado pela ideia de compatibilidade entre as normas de um mesmo sistema.

¹⁹⁴ De acordo com Arthur Kaufmann (2002a, p. 148), “a superação do direito natural e do positivismo, ambos prisioneiros da ideia racionalista do sistema fechado, seria alcançada, essencialmente, através da abertura do sistema, e que o mote: argumentar no sistema aberto! Estaria inscrito tanto na hermenêutica jurídica como na teoria da argumentação”

¹⁹⁵ Alfred Büllesbach (2002a, p. 410) destaca a multiplicidade de concepções sobre o termo “sistema”, mas afasta a ideia de sistema enquanto tradição (Canaris) na discussão da sociologia do direito. A partir de Georg Klaus, Büllesbach apresenta “sistema” como a ideia de uma série de elementos e de relações entre eles existentes

a expressão “sistema jurídico” (BOBBIO, 1997, p. 76) e que dependerá da orientação teórica escolhida. Relevante é perceber que nossos esforços de conhecimento (interpretação) e fundamentação (argumentação crítica) a respeito do conteúdo jurídico e do reconhecimento e solução de problemas jurídicos não são restritos a determinadas espécies de argumento¹⁹⁷ ou a um dever de obediência às (supostas) autoridades epistemológicas¹⁹⁸.

Apesar de negarmos tais restrições, entendemos que o ônus argumentativo pode ser muito mais difícil em determinados casos. Isso se deve justamente ao caráter “objetivo” e público dos esforços de diálogo e convencimento sobre a melhor teoria aplicável ao caso concreto. Assim, tal como aponta Manuel Atienza (2014, p. 21), a qualidade argumentativa é cada vez mais exigida pelos órgãos públicos em regimes democráticos, especialmente diante de fatores como a perda da importância da autoridade estatal na determinação de decisões.

Naturalmente, diversas correntes teóricas buscaram discutir “constrangimentos”, “restrições” e “limites” aos aplicadores do direito. Destacamos a razoável leitura de João Maurício Adeodato (2010, p. 116) a partir das teses de Ottmar Ballweg e Tércio Sampaio Ferraz Júnior: o alemão apresentou quatro constrangimentos dogmáticos ao intérprete (positivação/ estabelecimento da norma jurídica + a obrigação de interpretar as regras + o dever de decidir/ proibição do *non liquet* + obrigação de fundamentar) enquanto o segundo sustentou dois postulados da argumentação jurídica: a adoção de pelo menos um dogma como “ponto de partida” + validade condicionada à autorreferência das regras do próprio sistema.

Tais construções teóricas, no entanto, são insuficientes tanto porque não são constrangimentos relacionados diretamente ao conteúdo do direito como em razão da ausência

(estrutura do sistema). A partir dos esforços teóricos empreendidos por alguns modelos contemporâneos da Teoria dos Sistemas, Büllesbach (2002a, p. 430-432) aponta que a ideia de “sistema autopoietico” que se renova e produz-se a si mesmo em uma dinâmica que nunca se encerra, mas goza de certa estabilidade; trata-se de sistema autorreferencial, autônomo, que se mantém como entidade fundamental, não se confundindo com seu ambiente. Em síntese, o sistema se mantém “fechado” em seu aspecto operacional (de funcionamento), mas possui determinada abertura cognitiva.

¹⁹⁶ Maria Helena Diniz (2003, p. 5) expressamente defende que “o direito não é um sistema jurídico, mas uma realidade (em perpétuo movimento) que pode ser concebida de forma sistemática pela ciência do direito”. Em sentido diferente, Schreckenberger (apud KAUFMANN, 2002a, p. 153) defende que “sistema aberto” nem mesmo pode ser um sistema e o pensamento sistemático deve dar lugar a um pensamento problemático para a resolução dos problemas jurídicos.

¹⁹⁷ Pensamos que é possível a existência de estudos sobre os melhores ou piores argumentos, aqueles que são mais utilizados, mais eficazes ou persuasivos. Mas não acreditamos em restrições argumentativas apriorísticas e genéricas. Evidentemente, a admissibilidade de argumentos obtidos por meios ilícitos (não aceitos pela sociedade por serem entendidos como injustos, desleais e/ou desconformes ao direito) é, no mínimo, discutível.

¹⁹⁸ Consequentemente, a ciência jurídica passa a ter papel fundamental no paradigma da razão crítica. Onde havia transmissão da doutrina jurídica, deve haver discussão crítica da doutrina e dos outros elementos argumentativos

de garantias da efetividade de tais restrições (apesar de sua relevância para a discussão em torno dos limites interpretativos). Em verdade, são crenças e expectativas dogmáticas que nos auxiliam a reduzir a discricionariedade e complexidade na tomada de decisões jurídicas.

Nesse contexto, é pertinente a observação de Fikentscher: frequentemente, os casos individuais que já foram decididos servem como *pontos de partida* para a aplicação do direito, possibilitando a previsão de consequências jurídicas e das situações de aplicação. Seria, assim, a teoria da “norma-caso” que “chama os tribunais a confrontarem-se com as normas casuísticas” (SCHROTH, 2002, p. 390-391). Tal dever de observação dos casos julgados, de certa forma, já possui previsão normativa no Código de Processo Civil brasileiro¹⁹⁹.

Sendo assim, é ainda mais problemática a teoria em torno das “interpretações inovadoras”, ou seja, aquelas que estabelecem um novo sentido ou inauguram as discussões sobre a compreensão de um problema jurídico e sua possível resolução. Isso porque, tal como ressalta Ulrich Schroth (2002, p. 392-393), há uma teorização sobre os limites da interpretação inovadora, defendida por Arthur Kaufmann e Winfried Hassemer, que condiciona sua legitimidade a um processo analógico, não podendo prescindir de um juízo comparativo: fatos postos em correspondência com as normas, em um “ir e vir entre caso real e caso potencial e norma”.

O conhecimento sobre a realidade jurídica tende a ser alterado futuramente, em razão do possível processo de aprendizagem²⁰⁰ e de suas contingências intrínsecas. Do ponto de vista lógico, porém, não é possível prever o comportamento futuro dos órgãos decisórios e nem mesmo as mais criteriosas pesquisas empíricas seriam capazes de possuir certeza absoluta sobre o comportamento futuro dos aplicadores do direito.

Apesar da incerteza relativa do direito, a ideia de limites pode fazer sentido quando considerada a possibilidade de crítica (social, científica ou forense) e de aprendizado mediante erros e acertos. Com a devida participação de posicionamentos diferentes (que não se

a respeito de um mesmo problema jurídico. A ideia, portanto, é que a “ciência jurídica” seja espaço fértil (não o único) de apreciação crítica das “soluções” sugeridas ou adotadas - especialmente no âmbito jurisdicional.

¹⁹⁹ De acordo com o art. 926 do CPC, “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Além disso, este diploma legal também apresenta deveres de observância do juiz quanto à fundamentação das decisões judiciais (art. 10 e art. 489, §1º) e à questão de observar decisões, entendimentos e orientações de tribunais superiores (art. 927 e seus incisos).

²⁰⁰ No campo das teorias sistêmicas, o processo de aprendizagem do direito é visto como sua capacidade de adaptação em relação ao ambiente complexo e dinâmico (NEVES, 2018, p. 48). Pensamos de forma semelhante quando também consideramos a necessidade de congruência com as necessidades e realidades compreendidas em outras áreas do conhecimento humano, mas um processo de aprendizagem que deve se dar de forma crítica em relação às respostas dadas no passado.

confunde com a mera ampliação de atores), inclusive com apoio institucional, a deliberação sobre a melhor resolução dos problemas jurídicos atua como um esforço conjunto de evitar equívocos, atualizando a interpretação constitucional e buscando a alternativa que *pareça* melhor naquele momento específico. Portanto, os limites sobre determinada interpretação concreta *podem ser discutidos* mediante uma abordagem crítica que busca evitar cenários abusivos e injustos pelos mais diversos motivos.

Para que não fiquem dúvidas, esclarecemos que os limites da interpretação jurídica não são construídos artificialmente pela discussão crítica. Eles existem porque o direito é um fenômeno humano e histórico que encontra limites na própria realidade social, nos fatos, nas crenças sobre justiça em determinado grupo humano e até mesmo em outras esferas de comunicação que a sociedade utiliza para lidar com outros tipos de problemas. Assim, a discussão crítica apenas contribui para uma normatividade que possa produzir um estado de coisas mais próximo do respeito às liberdades e aos direitos dos indivíduos, em harmonia com todos esses elementos que produzem, em conjunto, a normatividade do direito.

Tal tese sobre os limites da interpretação jurídica no controle de constitucionalidade não se restringe apenas a questões formais e procedimentais. Conforme ressalta Arthur Kaufmann (2002a, p. 123-125), o abandono da discussão sobre os limites do conteúdo jurídico, que resulta na tese do “injusto legal”, tem sido um equívoco de muitas correntes da filosofia do direito: “o conceito de lei puramente formal falhou” e as “leis abjectas”, “ímorais” e “criminosas” não são meros exemplos acadêmicos. Tal problema, entretanto, não reside apenas no processo legislativo, mas é essencial também na teoria da interpretação do direito.

Diversos são os caminhos para pensarmos em “limites materiais” na interpretação constitucional, mas qual caminho seguir? Lembremos, uma vez mais, da problemática encontrada nas decisões examinadas nessa pesquisa e toda discussão teórica realizada até o presente momento. Como podemos considerar uma interpretação (como ato ou produto provisório) como “absurda”, “incorreta” ou “falsamente jurídica”?

Bernd Schünemann, por exemplo, trabalha com a ideia de dois planos de linguagem: a linguagem técnico-jurídica que atua como objeto do aplicador do direito e a linguagem corrente que funciona como metalinguagem, permitindo que esta estabeleça limites àquela. Outra tentativa de estabelecer os limites da interpretação jurídica foi empreendida por Hans-Joachim Koch ao tentar precisar tais limites a partir de uma reflexão analítica sobre a

linguagem. Entretanto, tais tentativas teóricas não obtiveram êxito ou se mostraram *sem utilidade prática* (SCHROTH, 2002, p. 399-401).

A partir da lição de Arthur Kaufmann sobre a influência do criticismo de Kant na filosofia do direito contemporâneo (2002a, p. 95-103), percebemos que é preciso esclarecer certo aspecto sobre o entendimento prévio de limites conteudísticos do direito. Quando Kant distingue “razão” e “entendimento” e questiona a possibilidade de “juízos sintéticos *a priori*”, ele visualiza a possibilidade do entendimento das *formas* e nega o entendimento sobre a coisa “em si” (apenas entendemos o que ela nos parece, os fenômenos). Como consequência, ao negar o conhecimento *a priori* da coisa em si, somente é possível conhecer as formas de uma experiência da coisa. De certo modo, Kant conseguiu refutar *uma versão do Direito Natural*²⁰¹, rechaçando o entendimento objetivo de princípios apriorísticos desprendidos da realidade empírica e um conteúdo metafísico universal, atemporal, inequívoco e exato²⁰².

Porém, na sequência da mesma referência, Kaufmann percebe que Kant, ao se referir à razão, entende haver direitos naturais que seriam reconhecidos aprioristicamente pela razão de cada homem. É como se Kant recusasse um direito não-positivo objetivo *a priori*, porém com a admissão da existência de direitos subjetivos naturais da humanidade que são reconhecidos por meio do imperativo categórico.

Embora diversos neokantianos, como Hans Kelsen²⁰³, não tenham se debruçado sobre esses limites conteudísticos percebidos subjetivamente pela “razão de cada homem” em razão da autonomia moral de cada indivíduo, é relevante mencionar que houve divergência. Outros juristas, como Ludwig Feuerbach, defenderam que a positividade é a característica essencial do direito objetivo, mas existiriam direitos subjetivos indisponíveis decorrentes da autonomia moral de cada homem. Essa seria uma possível fundamentação filosófica kantiana para a justificação dos direitos humanos, inclusive como limites ao direito objetivo.

²⁰¹ Discordamos completamente do reducionismo descrito por Marcelo Neves (2018, p. 30) que relaciona a distinção jusnaturalismo/positivismo jurídico com o dualismo direito inalterável/ direito alterável ou variável, embora reconheçamos que a positividade do direito é caracterizada fortemente pelo elemento vontade (decidibilidade) e por sua possibilidade de alteração do seu conteúdo (alterabilidade) (NEVES, 2018, p. 40-41).

²⁰² Fica em aberto a questão da possibilidade de um “direito natural histórico” ou de conteúdo variável como defendido por Stammler - que foi influenciado por Kant (na linha da Escola de Marburg).

²⁰³ Friedrich Müller (2008, p. 24) criticou a forma como o positivismo dissipou a o direito de sua força materialmente motivadora, a norma jurídica de sua normatividade e a ciência jurídica de sua especificidade de ciência das normas jurídicas. Em sua crítica, Friedrich Müller afirma que Hans Kelsen esteve muito mais interessado no conceito de ciência do direito do que na real compreensão do direito. Apelidar o pensamento kelseniano de “normativismo” teria sido um exagerado otimismo, uma vez que ordens isoladas sem qualquer referência material careceriam de acesso à normatividade (MÜLLER, 2008, p. 25). No fim, a teoria kelseniana se mostraria incapaz de contribuir para uma “teoria aproveitável da interpretação” (MÜLLER, 2008, p. 28).

Feuerbach, inclusive, defendeu que a desobediência do juiz seria um “dever sagrado” diante de leis injustas (KAUFMANN, 2002a, p. 115-116).

Retornando à problemática de saber se são possíveis limites materiais da interpretação jurídica *a priori*, percebemos que não se trata de questão simples. Na verdade, notamos que há uma diferenciação fundamental para a exata compreensão do problema: a coisa não se confunde com o conhecimento que se tem dela. No Racionalismo Crítico, o conhecimento (*a priori* ou *a posteriori*) sobre todas as coisas é sempre precário, inconclusivo, devendo sempre se buscar os problemas, insuficiências e erros para que estes sejam eliminados, com o objetivo de termos, cada vez mais, melhores soluções e melhor aproximação da verdade, do que é certo.

Essas questões demonstram a necessidade de novas reflexões sobre a ontologia e epistemologia do direito. Infelizmente, tais questões demandam discussões que, no momento, não devem ser trazidas a esse trabalho. De qualquer modo, embora não tenhamos a pretensão de contestar as críticas feitas por outras correntes teóricas, pensamos que há uma “ontologia da substância”²⁰⁴ presente no pensamento de Karl Popper que parece ser conciliável com a teoria do direito em sociedades democráticas. Por ora, no entanto, analisaremos apenas o papel da dúvida constante e permanente como elemento central na dogmática jurídica.

Todo esse desenvolvimento teórico somente é possível em razão de uma constatação (ou crença): todos nós - talvez pela própria condição ou “natureza humana” - estamos suscetíveis ao erro. Por mais que tentemos evitar o erro²⁰⁵, sempre há a possibilidade de estarmos cometendo algum deslize (por ação ou omissão). Dessa premissa não deriva uma recomendação para adoção de posturas aleatórias (“tanto faz”), mas sim um esforço de

²⁰⁴ Não se trata de saber se a coisa em si é cognoscível ou não. Todo o conhecimento humano traz consigo a possibilidade de erro, portanto sempre estamos buscando (ou deveríamos estar) erros em nossas atuais explicações para termos soluções melhores aos nossos problemas teóricos e práticos. Todas as coisas podem ser conhecidas em algum grau, mas nunca podemos ter a convicção da certeza sobre um determinado conhecimento. Assim, todas as pessoas, grupos e opiniões interessadas devem participar da abordagem crítica e dialética para procurar a melhor teoria/interpretação. O objetivo é a aproximação da verdade, portanto a aproximação “da coisa” que, de certa forma, atua como reguladora das deliberações públicas. A discussão sobre a “ontologia” das substâncias ou dos entes, entretanto, demanda uma discussão muito mais complexa, que exigiria uma análise pormenorizada desde a ontologia de Parmênides até reflexões sobre o Ser imutável e único que é e sempre será.

²⁰⁵ Em uma breve reflexão sobre a natureza do erro, nos deparamos com a questão de saber se a vontade de errar é elemento essencial ao erro. Daí decorre a distinção entre “erro por ignorância” e “erro com intenção de errar”, o que poderia nos levar a discutir diversas questões no âmbito da moral (nos dois casos deve haver pedido de desculpas daquele que erra?) e também do direito (por exemplo, os dois tipos de erro devem ser punidos de igual modo? Deve haver igual indenização patrimonial nas duas situações?). Relevante para esta dissertação, entretanto, é notar que todos nós estamos suscetíveis a esses dois tipos de erro, mas é a possibilidade de erro por ignorância que justifica adoção dos pressupostos do Racionalismo Crítico.

aproximação dos possíveis acertos, somado a um dever de humildade epistemológica e disponibilidade para “aprender com o próximo”. Segundo Karl Popper (1998, p. 217), “devemos marchar para o desconhecido, o incerto e o inseguro, utilizando a *razão* de que pudermos dispor para planejar tanto a segurança *como* a liberdade”.

Além de considerarmos a falibilidade humana, há outra característica humana que também é considerada essencial nessa perspectiva: a impossibilidade de autossuficiência do ser humano²⁰⁶. Disso não decorre uma incapacidade de mudar seu próprio destino por meio de sua própria ação no mundo, conformando-se a um determinado estado de coisas ou estabelecendo uma dependência de decisões coletivas. Significa tão somente que não conseguimos completude isoladamente: na epistemologia, estando conscientes de nossa falibilidade, presumimos que podemos ajudar o outro a perceber seus erros e que os outros também podem nos ajudar a respeito dos nossos “pontos cegos”. Inexiste autossuficiência.

Portanto, é a possibilidade de erro que fundamenta a adoção de uma *dúvida permanente*, mas que não inviabiliza a ação humana e não trava nossa busca por solução dos problemas práticos. Esse elemento - a dúvida permanente - é elemento central na teoria do direito, tanto atuando enquanto elemento de análise descritiva sobre como a sociedade (em especial as autoridades) lidam com essa questão como na condição de elemento prescritivo sobre o caminho que, talvez, devamos seguir enquanto sociedade que valoriza a consciência crítica e evita a mera instrumentalização das relações sociais.

Ulfrid Neumann (2002, p. 470) discorda parcialmente de nossas conclusões, assumindo que o principal elemento que justifica esse modo de pensar não é o “caráter inconclusivo da realidade” (do conhecimento sobre esta), mas sim a “possibilidade de obsolescência dos valores”. Pensamos, porém, que as mudanças sobre valores somente são possíveis porque também existe mudança sobre o entendimento humano da realidade, logo as duas questões permanecem interligadas. Os dois fatores estão relacionados entre si.

Nesses termos, seria possível até falar em “ciência da interpretação constitucional”, se for lançada uma proposta de crítica e reflexão das atuais interpretações existentes

²⁰⁶ A questão da impossibilidade de autossuficiência humana é muito mais complexa do que nosso texto sugere. Não nos aprofundamos nessa questão, mas adotamos tal premissa no contexto teórico defendido por Popper e Hans Albert. Para quem deseja refletir sobre a questão, é relevante a reflexão do capítulo 6 do Evangelho de São João, mesmo para os que não se consideram cristãos. Dentre os diversos ensinamentos desse trecho bíblico, extraímos interessante lição: nos detalhes do discurso eucarístico (de ação de graças) ali realizado e na narrativa da multiplicação dos cinco pães e dois peixes para satisfazer uma multidão faminta, percebemos que o pão

(objetivadas pelo processo comunicativo) dentro do sistema jurídico, mas essa é uma ideia em construção. Chamamos de “ciência da interpretação constitucional” apenas para não confundir com outras formas de se discutir cientificamente o direito, mas consideramos que se trata de uma das vertentes da ciência jurídica. O relevante é que tal ideia de dogmática jurídica seja vista como uma discussão crítica localizada²⁰⁷, a respeito de determinado problema jurídico setorial. Há, portanto, a possibilidade de duas funções primordiais: a observação/descrição e o papel normativo/crítico.

São muitos os desafios para uma construção detalhada de uma teoria jurídica que corresponda às expectativas de uma sociedade aberta e tolerante (ZIPPELIUS, 2012, p. 186). Muito mais difícil, porém, é a efetivação dessas premissas teóricas na prática forense, algo que passa também por novas posturas no ensino jurídico.

As premissas apresentadas até aqui não devem ser encaradas como mandamentos para uma teoria jurídica. É apenas uma forma de repensar a atividade interpretativa dos problemas constitucionais, com base em uma *razão crítica*, que permita uma leitura adequada dos dados empíricos no sistema jurídico. Não temos, porém, “nenhuma certeza”, mas acreditamos que tal entendimento pode contribuir para o oferecimento e amadurecimento de respostas mais adequadas aos problemas jurídicos, em busca de melhores resultados práticos.

Apesar da essencialidade da dúvida na teoria crítico-racional do direito, pensamos que os limites da interpretação podem ser fixados, ainda que de forma provisória e inconclusiva, de modo a evitar situações injustas, inadequadas, absurdas e equivocadas. Porém, se há realmente limites, como controlar a prática interpretativa para que não sejam cometidas abusividades? É sobre este aspecto que precisamos refletir.

4.4 NOÇÕES DE FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DA INTERPRETAÇÃO DO STF: ENFRENTAMENTO DA REALIDADE, EMANCIPAÇÃO SOCIAL E PERSPECTIVAS FUTURAS

Parece haver certa contradição na ideia de “limites que não limitam”: por qual motivo buscaríamos limites específicos para a prática interpretativa se não existisse a garantia

representa pelo menos duas ideias: o homem necessita de algo e ele é incapaz de saciar sua fome (biológica, espiritual ou intelectual) de forma isolada.

²⁰⁷ A Filosofia do Direito, pelo contrário, apresenta indagações gerais e não localizadas, que dizem respeito ao direito em si, como um todo.

de limitar a atividade humana? Ao encontrarmos limites, torna-se possível a especulação sobre o controle da atividade interpretativa. Havendo a possibilidade de alguma teoria sobre o controle da interpretação jurídica, também poderemos cogitar uma possível fiscalização da atividade interpretativa. Ou seria essa uma pretensão inatingível?

As atividades cognitivas humanas variam de acordo com cada indivíduo e, dependendo da criatividade do indivíduo, talvez não encontremos quaisquer limites. Porém, no caso da interpretação jurídica, algo mais precisa ser dito. Em primeiro plano, o objeto da interpretação jurídica não é o texto legal escrito, tal como poderíamos supor. Uma interpretação é jurídica quando seu objeto consiste em problemas jurídicos²⁰⁸ e seus respectivos esforços de solução, o que também inclui textos legais. Por isso, a interpretação jurídica é naturalmente limitada por temas que tratam de outros objetos: a interpretação jurídica não se debruça sobre problemas discutidos em outras esferas como nos casos de uma doutrina religiosa específica ou a respeito do significado da pesquisa científica²⁰⁹.

Para além do problema do objeto que diferencia a interpretação jurídica de outras formas de compreensão humana, há também a querela dos fins da atividade interpretativa no meio jurídico. Tal como abordado no segundo capítulo deste trabalho, a interpretação jurídica não se volta apenas à aplicação do direito em um caso judicial concreto, uma vez que nossa concepção tripartite amplia o panorama compreensivo sobre a interpretação. Não se trata apenas de investigar a vontade subjetiva original daqueles que criaram os enunciados do Direito Positivo ou apenas do sentido atual que pode ser extraído dos textos normativos.

É algo que está além de todas essas questões: é a compreensão sobre as regras normativas de uma sociedade e sobre os problemas jurídicos práticos observados na dinâmica

²⁰⁸ O que seria, afinal, um problema jurídico? Constatamos que os problemas jurídicos não são apenas problemas sobre justiça ou sobre o que é lícito ou ilícito. A ideia de conformidade ou desconformidade com o direito não nos parece conclusiva, assemelhando-se a uma tautologia que não responde o que vem a ser a juridicidade do problema. A partir do conceito de norma jurídica desenvolvido por José Luiz Delgado (2018, p. 51-52), pensamos que o problema jurídico é todo tipo de problema relacionado às regras vistas por uma determinada sociedade como necessárias para boa convivência social, sem perder a perspectiva do justo e a busca pelo aperfeiçoamento do homem enquanto ser social, sendo exigíveis e impostas pela autoridade constituída. Os problemas jurídicos, entretanto, não dizem respeito apenas ao momento da determinação/escolha dos valores que serão positivados e reconhecidos, mas também problemas de efetividade, aplicação e mesmo de outros tipos de problemas sociais que possuem regulamentações insuficientes. Por fim, registramos que as divergências de interpretação jurídica também são, de certa forma, problemas jurídicos.

²⁰⁹ Evidentemente, o direito poderá lidar com questões morais, religiosas, do âmbito da investigação científica, dos princípios econômicos e de outros setores distintos quando a sociedade reconhece, de forma direta ou não, a necessidade de criar limitações a setores não jurídicos, institucionalizando um dever de observação com a possibilidade de resolução jurisdicional. Tais questões, portanto, tornam-se também problemas jurídicos que devem ser interpretados.

das relações sociais que decorrem dessa normatividade. Nas palavras de José Luiz Delgado (2018, p. 117-118), direito não é sistema de leis, mas sim a resolução dos conflitos sociais por meio da razão, buscando a solução justa, a investigação do “justo concreto”. Acrescentamos que essa “razão” deve ser compreendida a partir da discussão crítica defendida nesta pesquisa.

Evidentemente, as leis e outros instrumentos positivados possuem relevância crucial na interpretação jurídica, servindo como pontos de partida obrigatórios. Entretanto, deve o intérprete possuir a capacidade de também observar as interpretações já desenvolvidas no passado sobre aquele mesmo problema jurídico, problemas semelhantes e os resultados obtidos pelas tentativas de resposta nas sociedades humanas. Assim, deve o intérprete também observar os argumentos existentes sobre os mais diversos entendimentos jurisprudenciais ou científicos e analisar a capacidade empírica das respostas oferecidas.

Ressaltamos, ao longo desta pesquisa, que o direito não é *qualquer* obra humana, mas fato social com força normativa que pretende realizar valores e expectativas. Nesse sentido, Recasens Siches (1977, p. 194-196) ensina que o Direito é um conjunto de normas elaboradas pelos homens em determinada situação histórica que, com apoio e imposição pela coerção do Poder Público, pretende realizar determinados valores específicos. Diante dessa constatação, pensamos que nossos esforços desenvolvidos até agora, sobre a questão dos limites da interpretação constitucional, permitem a percepção da relevância da tematização da possibilidade de controle interpretativo.

Segundo Alfred Büllesbach (2002a, p. 417), no exame de um possível “modelo cibernético da ciência jurídica”, a realidade do direito representa “a soma dos problemas jurídicos que são propostos ao domínio de decisão [*Entscheidungsbereich*]”. Com isso, consideramos também que a obrigação de decisão (*Entscheidungszwang*) poderá resultar em uma decisão que pode exercer um impacto social (*output*). Nesse sentido, percebemos que o meio social influencia a determinação do direito e este também impacta e influencia o meio social. Com isso, a ideia de um controle somente é possível pelo próprio direito que se autorregula e que somente pode ser controlado por ele mesmo. Tais ideias sobre controle, entretanto, reforçam a ideia de um controle *contingente*.

De toda forma, ainda que não nos utilizemos dos pressupostos sugeridos por Büllesbach, nossa análise de decisões reforça a ideia de que o papel dos atos interpretativos objetivados no processo interpretativo do direito fornece subsídios para uma reflexão em torno do controle interpretativo, especialmente quando se trata da argumentação empírica.

Não sugerimos uma espécie de “controle social” sobre o sistema jurídico nem a ideia de um controle jurídico exercido por outros espaços argumentativos (extrajurídicos). Nossa perspectiva é outra: tematizamos a análise jurídica dos próprios limites da interpretação, uma atividade interpretativa de segunda ordem. Em outros termos, refletimos sobre a pretensão de correção desejada pela própria sociedade que funda uma determinada tradição jurídica.

Em que sentido seria possível utilizar um método para aferição da injustiça legal²¹⁰, que delimitaria o âmbito da interpretação verdadeiramente jurídica? Como já apontado no tópico 2.2, as hipóteses de uma visão exclusivamente processual sobre o direito ou baseada unicamente em acordos intersubjetivos não são suficientes para suprir essa demanda no âmbito jurídico²¹¹.

Existem diversas formas de observar esse problema. Para exemplificar, citamos o tratamento da questão no âmbito da teoria dos sistemas - especialmente por meio da tese do “direito reflexivo” de Teubner -, em que novas tentativas de democratização dos sistemas parciais da sociedade têm sido empreendidas para a promoção de mecanismos que promovam a normatividade de cada subsistema para também impor, ao mesmo tempo, restrições sociais (BÜLLESBACH, 2002a, p. 433). Não podemos nos debruçar, contudo, a respeito dessa construção teórica, mas, tal como verificado na crítica de Habermas, precisamos pensar em algum caminho, mantendo um “diálogo social livre de domínio” que permita a emancipação social de todos os seus membros (BÜLLESBACH, 2002a, p. 438-441).

Promover maior ênfase ao papel da interpretação extrajudicial, nos termos aqui desenvolvidos, não significa que as autoridades constituídas por uma sociedade devam se curvar aos sentimentos desta²¹² e à repercussão social de suas ações, mas é preciso que tais elementos também sejam considerados na tomada de decisão.

A existência de uma atividade controladora, no âmbito jurídico, é também uma atividade interpretativa, ainda que de segundo grau. São interpretações sobre atos

²¹⁰ As injustiças e os erros devem ser sempre repudiados e expurgados. No entanto, não devemos repudiar os sujeitos que interpretaram equivocadamente. O processo interpretativo deve sempre acolher os sujeitos, reconhecendo sua participação na discussão pública, mas rejeitar erros e graves injustiças.

²¹¹ Além dos argumentos já desenvolvidos nesta pesquisa, vale conferir a crítica formulada por Charles Taylor (apud KAUFMANN, 2002a, p. 201) que demonstrou ser insustentável uma ética meramente processual, devendo haver um regresso para uma ética da prudência que nos conduza ao conceito de bem.

²¹² A partir das lições de Pablo Verdú, Raul Machado Horta (2010, p. 72) discute sobre “sentimento constitucional” e afirma que a indiferença popular em relação à constituição leva à perda da normatividade constitucional. Não se trata apenas de possuir uma constituição como na doutrina clássica sobre Poder Constituinte (“*tener constitución*”), mas de “estar na Constituição”, pois as pessoas comuns precisam ver as normas constitucionais como algo seu.

interpretativos que tentam solucionar problemas jurídicos. A partir disso, concluímos que a atividade controladora é necessariamente uma atividade crítica, que não pode ser mecanizada. O fato de existir potencialmente algum tipo de controle não gera consequências específicas determinantes: expectativas podem não se concretizar. Na verdade, como toda crítica, seu resultado é contingente, ou seja, apresenta apenas uma possibilidade de correção futura, dependendo de diversos fatores.

A atividade de controle crítico, na condição de atividade interpretativa, também atende ao nosso entendimento tripartite do fenômeno interpretativo: a crítica é exercida por meio de atos interpretativos, resultando em um produto necessariamente provisório e temporário (o entendimento crítico de uma comunidade). Também permanece sendo um *processo público* inconclusivo e permanente. Esse último aspecto da crítica, puramente processual, é essencial para a compreensão do controle interpretativo.

Influenciado pelo Racionalismo Crítico, Reinhold Zippelius (2012, p. 135-136) considera que as soluções propostas no âmbito da interpretação jurídica “têm de resistir à prova”. Se uma proposta de solução para um determinado problema jurídico não resiste a esse tipo de controle, deve ser abandonada desde sua “forma inicial”. Em outras palavras, as hipóteses devem ser verificadas criticamente, o que também inclui a possibilidade de conservação, restrição ou alteração da hipótese inicial.

Uma das principais formas de concepção do controle manifesta-se, certamente, por meio de atos institucionalizados, geralmente praticados pelo Estado. Não temos dúvida de que, nesse sentido, os órgãos jurisdicionais e a existência da garantia do duplo grau de jurisdição²¹³ são elementos que *podem reduzir* a possibilidade de equívocos na resolução de conflitos jurídicos, mas eles não excluem outros modos de controle interpretativo.

O controle das interpretações jurídicas, enquanto atividade crítica, não se restringe apenas aos órgãos estatais, embora o papel destes possa ter um forte impacto em razão do seu reconhecimento social em uma determinada sociedade, inclusive por meio da atribuição de competências pelas regras fundamentais.

Alguns mecanismos e critérios de controle são sugeridos em diversos trabalhos sobre o direito. Reinhold Zippelius (2012, p. 136-138) aponta para algumas necessidades de verificação crítica: a) eficácia e simplicidade da regulação (entendida como a soma de diferentes fatores: “uma suficiente probabilidade” de que possa ser observada e imposta +

adequação da conduta diante dos objetivos políticos e jurídicos + investigação das complexas condições de produção de efeitos nos acontecimentos sociais + ausência de efeitos acessórios indesejados quando é possível evitá-los); b) controle das propostas de solução com base em critérios de justiça, de plausibilidade social, com isenção de contradições e em conformidade com os contextos jurídico e sociocultural; c) preservação da liberdade de opinião de cada ser humano para que seja possível a “procura do direito certo”.

Esse procedimento de crítica e experimentação das hipóteses interpretativas está também no campo moral, ou seja, no âmbito de uma “experimentação mental” que deve ser realizada pelo intérprete (ZIPPELIUS, 2012, p. 140), porém nossa preocupação encontra-se na experimentação publicizada, no controle da criação do direito e da resolução de problemas.

Pensamos que muitos podem ser os elementos capazes de condicionar a interpretação jurídica no controle de constitucionalidade - que não é um mero juízo abstrato, apartado de uma realidade social existente. Dentre esses elementos, fatores naturais podem impor-se, em muitas situações, à vontade humana. Contudo, no campo da determinação do direito constitucional, os limites parecem ser possíveis principalmente no campo da comunicação, nas disputas argumentativas. Assim, naturalmente, tende a existir um esforço da sociedade em delinear determinadas condições constitutivas, pretensões normativas fundamentais e limites ao poder político de sua própria comunidade. Todo problema deve ser tratado racionalmente, ou seja, com uma fundamentação que possa ser alvo efetivo de críticas para a promoção de discussões sobre melhores soluções jurídicas para um determinado problema social prático.

Diferentemente do que tem sido proposto, o que está em jogo é a transição da “razão suficiente” para a “razão crítica” e não apenas uma ideia de ampliação formal de sujeitos no processo constitucional (*amicus curiae*, por exemplo). São os diferentes atos interpretativos que, ao se digladiarem argumentativamente, promovem a dinâmica do processo evolutivo do direito, buscando a aproximação daquilo que parece ser a melhor solução no momento.

Diversas teorias buscaram alicerçar a “juridicidade estatal”, mas quase sempre ignorando o papel da razão crítica, ou seja, sem considerar a sociedade aberta como elemento legitimador do direito. Este é o caso, por exemplo, da ideia de Estado de Direito. A fórmula britânica *Rule of Law* apresentava quatro questões básicas: o dever de observar um processo justo legalmente regulado; a proeminência das leis e costumes em face da discricionariedade do poder real; sujeição dos atos do Executivo ao Parlamento e direito de acesso aos tribunais

²¹³ Sobre a questão dos critérios jurídicos para o julgamento, cf. opinião de José Delgado (2018, p. 22).

em defesa de seus direitos²¹⁴. Tal imagem construída possui um relevante objetivo prático: o Estado de Direito repele o arbítrio, diferenciando discricionariedade da arbitrariedade, a fim de evitar problemas de legitimidade do Poder Judiciário e amenizar riscos às instituições democráticas (CANOTILHO, 2003, p. 93-97).

Assim, o contrário seria um “Estado de não Direito”, no qual inexistem leis ou estas seriam injustas, cruéis, desumanas e careceriam de razoabilidade. Este “Estado em desconformidade com o Direito”, se for possível chamá-lo assim, não estaria limitado/vinculado pelas normas jurídicas e, frequentemente, cometeria injustiças e tratamentos desiguais. Porém, mais provável é que existam diversos graus entre Estado de Direito ou Estado de não Direito, pois são apenas modelos idealizados. Consequentemente, a decisão jurídica é um “exercício controlado do poder” (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 346).

Quando se discute Estado de Direito, entretanto, não bastam as belas divagações teóricas e os termos linguísticos utilizados na constituição estatal. É preciso, conforme exposto ao longo deste trabalho, encarar a realidade prática. Não pretendemos, porém, endossar um movimento de “desencantamento do sistema jurídico”, pois isto apenas deixaria o direito “imune e isento do mundo vivido no espaço público, neutro à moral e a ideais utópicos” (FILGUEIRAS, 2011, p. 306).

Em face de tudo que foi discutido na análise das decisões do STF, pensamos que nossas hipóteses sobre a atividade interpretativa das normas constitucionais permitem a identificação de alguns dos possíveis limites da interpretação jurídica:

- a) *Limites subjetivos ou internos*: cada intérprete possui limitações próprias, de acordo com suas próprias vivências e formação jurídica e humanística, que o impede de observar outros pontos de vista para o mesmo fenômeno. É como se o problema enfrentado somente existisse a partir da própria compreensão limitada do intérprete. No entanto, não investigamos esse tipo de limite nesta pesquisa. É

²¹⁴ Além do exemplo britânico, merecem referência outras construções históricas. Nos Estados Unidos, germinaria a ideia de um “império do direito” (*The Reign of Law*) com a ideia de que todos estariam submetidos ao direito (*always under law*) e que teria como características a criação de uma lei superior pelo povo para estabelecer competências, governo limitado (subordinado às leis) e tribunais exercendo a justiça em nome do povo (*people’s court*) com poder de revisar as leis. Na França, a construção teórica do *État Légal* traria uma ideia de “ordem jurídica hierárquica”, com o primado da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1789), sendo seguida pela Constituição em segundo plano, a lei em terceiro lugar e os do Executivo em quarto nível. A Alemanha, por seu turno, engendraria, por volta do século XIX, um modelo de *Rechtsstaat* como algo próximo de um “Estado da Razão” ou um “Estado limitado em nome da autodeterminação da pessoa”, assegurando uma “esfera de liberdade individual” e tendo como características o princípio da legalidade, a proibição de excesso (*Übermassverbot*) e controle judicial da atividade da administração pública.

um limite natural, que pode ser amenizado a partir de uma abertura cognitiva e discussão crítica, desde que o intérprete esteja disposto a aceitar suas limitações. São limites do *ato interpretativo*.

- b) *Limites argumentativos* (na exposição lógica de seus argumentos e no respeito à integridade do direito): para permitir a devida discussão crítica e possibilidade de controle interpretativo, deve o intérprete utilizar linguagem simples e acessível, além de adotar uma linha de raciocínio coerente com todos os argumentos e contra-argumentos necessários. Assim, o intérprete precisa dialogar com os argumentos trazidos pelos demais sujeitos e com as diferentes respostas e entendimentos praticados no passado sobre uma determinada questão.
- c) *Limites de ordem empírica*: a interpretação jurídica é limitada pela realidade das coisas, do mundo prático. Esses limites sempre existem porque a interpretação do direito não é um juízo de questões abstratas, porém existem graus diferentes: mesmo a interpretação de normas procedimentais exige uma harmonia com o mundo empírico, pois medidas excessivamente inadequadas - em face dos fins da norma - podem ser consideradas inválidas. No entanto, esses limites apresentam maior grau de força quando se trata de teor normativo que expressamente condiciona a normatividade a algum conceito empírico, especialmente no âmbito dos direitos fundamentais e do controle do poder político.
- d) *Limites morais, éticos ou de postura epistemológica*: a partir da compreensão da eterna dúvida e da razão crítica como elementos centrais da teoria do direito, deve o intérprete adotar um comportamento compatível com o diálogo de teses e teorias diferentes, reforçando o contraditório no exercício do controle de constitucionalidade e permitindo novas discussões sobre entendimentos firmados e argumentos de quaisquer autoridades. Com isso, o que se busca é a tentativa de promover a melhor interpretação da normatividade constitucional, com a maximização da eficácia das normas constitucionais, diante da discussão sobre as melhores formas de solucionar um problema determinado.

Entendemos que o fortalecimento dos controles interpretativos é possível quando existe certo amadurecimento institucional, influenciado também pelo desenvolvimento da dogmática jurídica e, principalmente, pelo aperfeiçoamento da dinâmica dialética na sociedade e nas instituições públicas e privadas.

Problemas constitucionais, por sua própria natureza, exigem um tratamento especial. Assim, democratizar/publicizar suas deliberações não significa curvar-se à vontade de maiorias²¹⁵, mas tão somente fortalecer os espaços públicos de deliberação sobre problemas constitucionais dentro e fora dos tribunais, incluindo perspectivas contrárias ou apenas diferentes para que possa existir uma discussão crítica efetiva.

Existem diversas formas de responder ao controle de cada um dos tipos de limites interpretativos acima elencados. Não há, entretanto, qualquer garantia de que efetivamente esse controle seja realizado; nem sabemos se, de fato, esse controle produzirá um desejável estado de coisas. Ainda assim, sugerimos algumas propostas para a discussão sobre o aprimoramento do exame crítico na interpretação do direito constitucional²¹⁶:

- a) *Promoção de discussões interdisciplinares a respeito de problemas concretos considerados relevantes e urgentes*: a partir de uma pauta que pode ser pensada em torno dos principais temas que serão julgados pelos tribunais que decidem sobre questões constitucionais, podem ser criados fóruns nacionais de discussão e Comitês de Pesquisa, com o objetivo de ampliar as possibilidades de interação entre universidades, institutos de pesquisa de diversas áreas do conhecimento e agentes estatais (representantes dos poderes estatais e das carreiras jurídicas) na discussão pública em torno da interpretação constitucional diante de alguns dos principais problemas jurídicos. Outra possibilidade é o estabelecimento de uma pauta setorizada de acordo com os tipos de problemas constitucionais. Seja como for, em tempos de tanta facilidade comunicativa promovida pelo avanço tecnológico, é algo que já deveria estar sendo testado em maior escala.
- b) *Fortalecimento institucional do contraditório*: no âmbito dos litígios concretos e também das discussões constitucionais aqui defendidas, é necessária a inclusão de defensores de outros pontos de vista, principalmente as instituições e organizações que publicamente assumem posições contrárias, ainda que minoritárias, sobre a questão objeto de discussão²¹⁷.

²¹⁵ Para outro ponto de vista sobre o assunto, cf. opinião de Aulis Aarnio (1995, p. 67) na defesa de uma exigência de aceitabilidade da maioria de um “auditório (ou audiência) racional” ao ponto de colocá-la, ao lado de uma justificação racional, como o “princípio regulador do raciocínio jurídico”.

²¹⁶ Trata-se apenas de um elenco exemplificativo de sugestões que foi pensado a partir dos problemas detectados e das hipóteses aprofundadas neste trabalho. A discussão, no entanto, ainda merece maior aprofundamento em novas pesquisas.

²¹⁷ Cf. nota nº 170.

- c) *Inclusão de novas atividades que possam estimular o espírito crítico na formação humanista dos indivíduos*: a discussão crítica deve ser estimulada em todos os níveis de ensino, principalmente na formação dos futuros juristas que poderão ser, no futuro, as autoridades legitimadas para aplicar o direito em casos concretos. Dentre as possíveis novas práticas, a realização de debates sobre problemas jurídicos com o devido sorteio da posição que será defendida pelos estudantes para que estes se permitam sair de sua zona de conforto e, talvez, possam enxergar a existência de diferentes alternativas e modos de pensar²¹⁸.
- d) *Acompanhamento e fiscalização dos casos decididos*: a prevenção de efeitos e a análise de consequências e resultados das decisões jurisdicionais ou de outras formas de solução de litígios são extremamente necessárias para a evolução do processo interpretativo crítico. Logo, é recomendada a adoção de estratégias como a implantação de centros de inteligência para a coleta e discussão de novas informações, no âmbito dos tribunais e de outras formas de acompanhamento e controle pela sociedade.
- e) *Coleta e categorização de opiniões institucionais*: um dos desafios para a manutenção e ampliação da pluralidade no processo interpretativo decorre da necessidade de conhecer posicionamentos *prévios* a respeito de como diferentes órgãos estatais e entidades não estatais interpretam determinado dispositivo constitucional em determinado tipo de caso concreto existente ou possível. A categorização dos posicionamentos e, principalmente, dos tipos de argumentos apresentados pode favorecer o desafio cognitivo e, de certa forma, pode constranger o intérprete que terá a missão de aplicar o direito em casos de controle de constitucionalidade (concentrado ou difuso)²¹⁹.

²¹⁸ Entre 2013 e 2016, iniciamos a implantação de algo semelhante por meio do Projeto de Extensão “Sociedade de Debates”, no curso de direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

²¹⁹ Diversas são as possibilidades teóricas de enxergar como os diálogos constitucionais, institucionais ou interinstitucionais, devem ser realizados. Neste estudo, não nos ocupamos de procurar compreender e comparar cada uma dessas teorias. Uma proposta pertinente com nossa proposta crítica, porém com maior foco na defesa de novas funções para o STF (em defesa de uma decisão institucional e não mera do mero somatório de opiniões diversas) e no combate à ideia de uma supremacia judicial diante de um “constitucionalismo vivo”, pode ser encontrada em CONCEIÇÃO, Lucas Henrique Muniz da. *Constitucionalismo vivo e diálogos institucionais*: uma perspectiva da política democrática a partir do constitucionalismo britânico. Curitiba: Trabalho de Conclusão de curso em direito da UFPR, 2016. Nossa proposta, porém, não é apenas aperfeiçoar os diálogos entre órgãos de cúpula do Legislativo e Judiciário.

- f) *Rotatividade automática na liderança das Redes de Pesquisa sobre desenvolvimento das normas constitucionais e solução de problemas jurídicos*: a partir da compreensão popperiana de democracia, pensamos que um dos principais desafios democráticos está nas regras de perda ou mitigação do poder político. Redes de Pesquisa, com a missão de observar e discutir criticamente problemas constitucionais e suas possíveis soluções nas teorias da interpretação e da legislação, são possíveis e bem-vindas. No entanto, para evitar um possível desvio de finalidade (riscos de apadrinhamentos, bajulações, defesas puramente ideológicas, vaidades pessoais, candidaturas para o STF, etc), o ideal é que diferentes líderes de Grupos de Pesquisa possam liderar a Rede, durante mandatos de duração fixa, de acordo com uma ordem automática e pré-estabelecida²²⁰.
- g) *Discussão sobre papel da mídia e apoio a novos meios de crítica social*: o conteúdo da programação de emissoras públicas de rádio/TV deve ser independente e planejado com participação da sociedade civil, membros de partidos políticos da *oposição* e de órgãos de fiscalização, focando principalmente em programas, reportagens, debates e entrevistas que estimulem o acompanhamento crítico da aplicação do direito e o controle do poder político, especialmente em matéria de políticas públicas e direitos fundamentais. A crítica deve ser plena e os agentes políticos não devem realizar intervenções diretas. Ademais, também devem ser pensadas outras formas de democratização da mídia, além de um melhor aproveitamento das novas tecnologias.

Essas “sugestões”, entretanto, são novas *hipóteses* sobre uma possível revitalização da interpretação jurídica no controle de constitucionalidade em torno de um conjunto de políticas que deve ser testado, criticado e aperfeiçoado. Trata-se, portanto, de estimular o espírito crítico daqueles que vivenciam e legitimam a normatividade. Oferecem, portanto, possíveis caminhos para novas reflexões e experiências que ainda precisam ser testadas para que seus resultados possam ser discutidos. Afinal, é por meio da discussão crítica dos problemas que podemos, talvez, aperfeiçoar nossos mecanismos de convivência social e ajustar nossa capacidade de oferecer respostas a problemas e desafios.

²²⁰ Essa é uma decorrência da aplicação da “Fórmula de Popper” sobre a democracia, já devidamente apresentada neste trabalho. Para uma releitura, cf. nota nº 27.

Ainda que nenhuma dessas sugestões venha a ser concretizada, é mantida a possibilidade de discutir cientificamente a prática jurídica a partir de uma abordagem crítica. Pelo menos duas possibilidades de discussão crítica do direito ainda são admissíveis: a) seguir um método crítico de pesquisa para observar o modo de interpretação e aplicação do direito; b) visualizar as inconsistências e incongruências a partir de uma teoria da interpretação constitucional que possa ser aplicada na prática jurídica.

Mas será que uma sociedade cognitivamente aberta é possível? Não temos como assegurar a possibilidade de alcançar plenamente esse nível. Mas, tal como a aproximação da verdade e das melhores respostas para os problemas, é possível - e também necessário - continuar buscando seu aprimoramento. É que, conforme já lembrado por Paulo Bonavides (2013, p. 636), a “normatividade só se adquire com legitimidade”; e para legitimá-la não basta a observância de requisitos puramente formais como a observância de uma competência (atribuída pelo próprio aparelhamento estatal) e um rito formal.

Parece ser insuficiente considerar que a constituição seja vista, enquanto esfera pública, como “*espaço de validação de conteúdos éticos*” que ordenam o “eu social” a partir de um conjunto de experiências que consideram a posição do outro para a potencial criação de consensos intersubjetivos, tendo em vista as necessidades práticas do mundo concreto (FILGUEIRAS, 2011, p. 295). Isso porque acordos intersubjetivos a partir do diálogo sobre experiências não são suficientes para a validação de qualquer conteúdo ético. Ou, pelo menos, isso não permite assegurar, com plena convicção, que se trata de norma exigível e que deve ser interpretada de um modo determinado²²¹.

A ideia de racionalidade aqui proposta não pretende dogmatizar análises factuais ou expurgar emoções, paixões e sentimentos humanos em nome de uma “lógica formal”. Discutir racionalmente o direito é buscar compreender, explicando e criticando outras opiniões de modo externado - e não apenas na esfera íntima - com base nos argumentos que se tornam públicos e criticáveis, favorecendo o desenvolvimento reflexivo do direito²²².

²²¹ É persuasivo o argumento de que não se trata de um consenso real, mas sim de “concepções suscetíveis de consenso para a maioria” (ZIPPELIUS, 2016, p. 40-41), mas é preciso ter certa cautela com essa forma de pensar (afinal, o que é “suscetível de consenso”?). Pode ser um dos critérios para a ideia de legitimidade democrática, mas não é suficiente para uma justiça construída publicamente.

²²² A reflexividade do direito não é apenas a decisão do sistema jurídico sobre como deve ser a tomada de decisão jurídica. Marcelo Neves (2018, p. 281-297), por exemplo, discute se o controle de constitucionalidade seria um dos mais relevantes e abrangentes mecanismos de reflexividade *no* sistema jurídico, mas conclui que isso só seria possível diante da “*eficácia e vigência social*” do texto constitucional em seu processo de concretização – algo que não aconteceria no Brasil, segundo o autor. Nosso entendimento sobre o que chamamos

Reconhecemos a necessidade de uma observação “rigorosa” dos fatos sociais, da experiência e das probabilidades de sucesso de determinadas regulações em conformidade com o atual estágio do conhecimento humano. Para alguns, essa premissa poderia “tentar justificar” a ideia de que uma “Razão Prática”, entendida como a racionalização das deliberações e escolhas que guiam a ação humana com base no mundo prático, seria o caminho para a distinção entre o que é verdadeiro e o que é falso ou entre as “boas razões” e a “ausência de razão” (FINNIS, 2017, p. 1-10). Mas não é essa nossa intenção.

Pensamos que o método é “racional” porque busca pela razão em uma abordagem crítica, mas nosso resultado provisoriamente aceito não é necessariamente “racional” (pode ser mais ou menos razoável em razão de outros critérios, principalmente do exame comparativo das alternativas). Não existe *comprovação* de qualquer “metaética” indiscutível e completamente conhecida pelos indivíduos que possa servir de “ponto arquimédico” para a avaliação e julgamento das convicções morais dos seres humanos.

Inexistindo a convicção *certa e absoluta* sobre a correção das convicções humanas e dos entendimentos sobre a melhor solução para os problemas jurídicos (dentro da margem do que é aceitável em uma sociedade), então deveríamos defender o abandono do discurso sobre os limites da interpretação jurídica? Diante dos problemas e das questões que dissertamos neste trabalho, parece-nos que não.

A teoria da interpretação constitucional, com pretensões de observação e correção da argumentação jurídica, não é um mero “conto de fadas” ou uma ilusão construída. Com base na necessidade de aproximação da relação de congruência dos enunciados normativos com a realidade empírica, é possível fundamentar o processo interpretativo e sua controlabilidade por meio do *dever jurídico* de manutenção e aprimoramento da ordem jurídica²²³. Isso exige um contínuo esforço em conjunto.

Se problemas constitucionais são problemas em torno da formação, desenvolvimento e limitação do controle do poder político em relação a perspectivas de exigibilidade futura,

de desenvolvimento reflexivo do direito, entretanto, é diferente: os entendimentos sobre a licitude ou a justiça da obrigatoriedade de determinada conduta continuam sendo objeto de discussão no processo interpretativo do direito, buscando as melhores alternativas para problemas sociais concretos a partir dos propósitos políticos e jurídicos de uma sociedade política.

²²³ O tema dos deveres jurídicos é discutido no tópico 3.3 deste trabalho. Entendemos que é preciso apresentar maior profundidade sobre a estrutura desse tipo de dever e suas consequências. O fato de haver um “dever jurídico de manutenção e aprimoramento da ordem jurídica” não significa que cada indivíduo pode ajuizar uma ação judicial com um pedido genérico desse tipo. Mas esse tipo de dever fundamenta diversos outros deveres,

então a abertura cognitiva para a realidade vivenciada é uma exigência que não deve ser ignorada no processo de compreensão e fundamentação. Consequentemente, a interpretação constitucional pode servir, dentre outros fins, para controlar o poder político, assegurando a submissão deste à fórmula política presente nas constituições (USERA, 2011, p. 241).

Não é nosso papel garantir uma teoria interpretativa que seja imune a um conjunto de possíveis críticas. O que buscamos, de certa forma, é discutir as possibilidades e alguns pressupostos, para além de um olhar dos teóricos do direito, a respeito de uma teoria que tente emancipar o indivíduo frente aos riscos de uma visão instrumental do direito e do poder estatal. De todo modo, buscamos uma aproximação da melhor resposta possível aos problemas constitucionais do Direito e da sociedade. Para isso, acreditamos que um caminho seja a discussão dos limites dos atos interpretativos concretos a partir de uma valorização da *razão crítica*, uma razão que desconfia de certezas, dogmas e proposições indiscutíveis.

Por fim, pensamos que ainda existirão pessoas que irão alegar que a “razão crítica” seria apenas uma fantasia porque a aplicação prática do direito seria muito diferente do plano ideal. Esse tipo de pensamento, porém, deriva de uma falsa compreensão da pretensão de validade dos atos interpretativos que costuma estar associada a uma visão muito restrita e puramente instrumental do direito estatal.

Nossa resposta, em face de cada elemento verificado nesta pesquisa, reforça três aspectos que contribuem para a reflexão sobre o direito e seu conhecimento reflexivo: *i)* é possível explicar a atividade interpretativa do direito e seus limites a partir de uma perspectiva de um racionalismo crítico; *ii)* a inobservância dos pressupostos críticos por parte dos sujeitos intérpretes não invalida o arcabouço teórico desenvolvido, mas apenas reforça a necessidade de discussão em torno dos elementos essenciais da interpretação jurídica e dos problemas jurídicos; *iii)* não se trata meramente de um escopo normativo sobre como deve ser a interpretação do direito, mas também a possibilidade de um olhar reflexivo e analítico sobre as argumentações jurídicas, especialmente quando desenvolvidas no âmbito dos tribunais e órgãos jurisdicionais.

5 CONCLUSÃO

Ao fim desta dissertação, algumas conclusões podem ser debatidas. Antes, porém, é necessário um exame autocrítico do percurso realizado. Nesse sentido, duas críticas se destacam: os limites da coleta de decisões judiciais e os limites da transferibilidade de uma filosofia do conhecimento para a prática interpretativa do direito.

Quanto ao primeiro aspecto, é preciso reconhecer que é uma crítica justa e, talvez, insuperável em razão das ferramentas disponíveis. Isso porque, apesar da pesquisa ter sido realizada através do portal institucional do STF, não temos como assegurar (com certeza absoluta) que os dados poderão ser encontrados da mesma forma por outro pesquisador no futuro. Assim, por mais que a busca de decisões tenha sido repetida incontáveis vezes para assegurar certa fidelidade do sistema, não há garantia de que o site oficial não será modificado ou que ele não apresentará outro conjunto de decisões.

Ocorre que tal crítica, apesar de pertinente, não afeta nem diminui a relevância da pesquisa realizada. Não utilizamos as decisões coletadas como um fim em si mesmo, mas apenas como uma forma de instigar hipóteses e reflexões teóricas ao longo deste trabalho. Logo, não se trata de apresentar estatísticas fixas, pois o objetivo sempre foi o de demonstrar certa tendência comportamental do STF e, principalmente, refletir criticamente a seu respeito a partir de uma observação da prática jurídica.

Por outro lado, a segunda crítica, apesar de persuasiva, não merece ser acolhida. Considerando que toda discussão teórica em uma pesquisa apresenta subjetividade na escolha do seu marco teórico, nossa escolha foi baseada na busca por uma compreensão da interpretação baseada no exame crítico e na necessidade de congruência entre enunciados normativos e cognitivos. Não tentamos afirmar o que os filósofos de um “racionalismo crítico” poderiam afirmar sobre a interpretação jurídica, mas sim refletir sobre uma abordagem crítica dos problemas jurídicos a partir das nossas próprias constatações.

Diante das diversas possibilidades teóricas sobre a relação direito e realidade social, decidimos observar decisões coletadas no site do STF para identificar possíveis problemas na argumentação empírica presente na atividade interpretativa dos juízes brasileiros. A partir da constatação de diversos problemas, lançamos novas hipóteses teóricas que nos permitiram repensar a teoria da interpretação constitucional e da decisão jurídica, inclusive por meio de uma verificação da possibilidade de uma metódica jurídica crítica.

Construir um debate amplo com as mais diversas formas de pensar é um caminho legítimo e desafiador. Porém, manter o espaço teórico excessivamente aberto poderia tornar nosso trabalho demasiadamente superficial para uma dissertação. Em geral, ou o pesquisador se prende a um marco teórico determinado ou corre o risco de ser acusado, justa ou injustamente, de superficialidade e insuficiência. Buscamos, de certo modo, o meio termo.

Percebemos que nosso raciocínio de investigação, desde o início, se aproximava com algumas premissas do Racionalismo Crítico de Karl Popper e, por essa razão, decidimos delimitar nosso estudo em torno da razão crítica como elemento central para uma teoria dos limites da interpretação. Acreditamos que não caímos no “pecado” de idolatrar determinado marco teórico, pois continuamos mantendo uma posição reflexiva crítica: abertura a outras formas de raciocínio sem a pretensão de totalidade do conhecimento humano, rediscutindo sempre a pesquisa. Muitas vezes, apresentamos posições diferentes de autores que se filiam a essa vertente filosófica, como Hans Albert, porque também devemos levar em consideração a ausência de formação jurídica sólida dos filósofos da ciência em geral.

Com a devida compreensão dos limites deste estudo, é possível refletir sobre os resultados obtidos e nossas novas expectativas a respeito da interpretação jurídica.

Em nossa investigação, apresentamos uma breve discussão em torno de cinco decisões do STF (ADI 4983/CE, HC 124.306/RJ, HC 126.292/SP, RE 593.849/MG e RE 778.889/PE), com foco no exame da argumentação empírica a respeito dos modos de compreensão de dados empíricos e científicos na tomada de decisão. Ao lançarmos novas hipóteses sobre as características da interpretação constitucional, foi possível sugerir uma reformulação da teoria da interpretação constitucional a partir de pressupostos de um racionalismo crítico. Conseguimos, inclusive, traçar algumas diretrizes, redesenhando os métodos interpretativos, porém sem a pretensão de oferecer uma verificação mais detalhada da aplicação desse arcabouço teórico em casos concretos. Com isso, pudemos apresentar diversos questionamentos em torno da interpretação constitucional e da dogmática jurídica.

De todo modo, além de todas as proposições levantadas e discutidas, é perceptível a possibilidade de utilização dos resultados dessa pesquisa em defesa de um modo de observação das decisões jurídicas, especialmente por meio da análise argumentativa e da verificação de uma efetiva e adequada abordagem crítica. Não como o único modo de fazer ciência jurídica, mas como um dos possíveis caminhos para sua discussão.

O desenvolvimento de nossas hipóteses nos levou a questões e desafios não pretendidos inicialmente. Além de proporcionar uma visão ampla sobre a atividade interpretativa, a pesquisa também sistematizou alguns dos principais limites interpretativos no controle de constitucionalidade, sugerindo possíveis meios de fiscalização, redução ou até eliminação de possíveis erros e injustiças, especialmente no caso da congruência empírica.

De certa forma, podemos afirmar que a dissertação contribuiu para a sustentação de uma possível teoria da interpretação jurídica a partir de uma das leituras possíveis do racionalismo crítico. Apesar disso, reconhecemos que, em determinados momentos, a pesquisa dissociou-se do pensamento teórico de Hans Albert, filósofo que expressamente enxergou uma ciência jurídica a partir dessa corrente filosófica. Nossa pretensão nunca foi simplesmente aplicar um modo de pensar, mas sim promover a discussão, ampliando nossos pontos de vista e corrigindo falhas e insuficiências.

Questões essenciais da teoria do direito foram totalmente rediscutidas, mas não queremos sustentar conclusões finais e permanentes sobre esses elementos, pois nossas conclusões teóricas ainda estão em construção. Reconhecemos que ainda é possível – e até mesmo desejável – pensar uma teoria do direito que considere o mundo prático, as necessidades da realidade social e a necessidade de pretensão corretiva. Não apenas para a formulação de críticas políticas sobre a aplicação do direito, mas também de *críticas jurídicas* formuladas pelos demais intérpretes no contínuo processo da compreensão humana.

Afinal, quais os limites da interpretação jurídica constitucional e qual o grau de liberdade do magistrado? Seria papel de nossa conclusão apresentar as sínteses das principais teses desenvolvidas nessa pesquisa? Pensamos que não. A conclusão aqui redigida apenas reflete sobre os méritos e as insuficiências de nossa investigação, buscando dialogar com as questões levantadas na introdução.

Nossas teses encontram-se desenvolvidas ao longo do trabalho e resgatá-las neste momento seria um incentivo ao mau leitor: diante da pressa e impaciência humana, alguém tentaria comentar sobre nossos esforços com base apenas em resumo, introdução e conclusão do trabalho e abriria mão de tentar compreender toda nossa linha de raciocínio desenvolvida.

Diversas foram as diretrizes e características analisadas para o exame da diferenciação da interpretação jurídica diante de atos injustos, especialmente no âmbito da incongruência empírica, algo que compromete a normatividade do direito. Conseguimos categorizar tipos de limites da interpretação jurídica que nos permitem pensar em estratégias

para a controlabilidade de atos interpretativos no âmbito da jurisdição constitucional, a partir de reflexões sobre a aplicabilidade de doze pressupostos de um racionalismo crítico ao direito. Nosso estudo, no entanto, é mais um ato interpretativo que tem o potencial de influenciar as discussões em torno de uma teoria aproveitável sobre a interpretação constitucional.

Os limites da interpretação constitucional foram devidamente analisados a partir de nosso conceito tripartite da interpretação jurídica, sem criar confusões com os problemas práticos da aplicação do direito no caso concreto. Mas nosso “olhar normativo” - baseado em uma busca de pretensão corretiva do direito - não nos impede de reconhecer que todas as nossas categorias e conclusões são provisórias e só devem permanecer enquanto forem úteis para explicar os problemas constitucionais e as soluções jurídicas atualmente discutidas.

Pretendemos nos debruçar sobre alguns dos diversos tópicos deste trabalho nas próximas décadas, mas também esperamos que nossa pesquisa consiga inspirar a nova geração de pesquisadores que pretende refletir e discutir sobre os problemas da interpretação jurídica e sobre o dever de aperfeiçoamento da jurisdição constitucional. Afinal, este parece ser o papel da pesquisa jurídica: compreender melhor nossos problemas e tentativas de solução, fomentando novas pesquisas e incentivando novas discussões.

Assim, uma teoria da interpretação constitucional ainda não é defendida aqui de modo pronto e acabado, com todos os detalhes metodológicos e parâmetros interpretativos necessários, mas seus pressupostos podem ser extraídos a partir das diversas sugestões e conjecturas aqui apresentadas. Os problemas jurídicos estão muito além da linguagem e podem ser discutidos sem abrir mão da objetividade do conhecimento e da interminável busca pela verdade. É necessário, portanto, dar sequência a essas pesquisas para que teorias melhores possam surgir a partir da constatação das nossas falhas, próprias dos seres humanos, na tentativa de superação ou convivência com os diversos problemas jurídicos.

O caráter inconclusivo do conhecimento humano, que é um dos pressupostos para um racionalismo jurídico crítico, não impede a ação humana nem deve ser visto como incompatível com a natural busca de certezas em uma sociedade. A certeza, porém, parece consistir apenas na ideia de que devemos buscar soluções melhores mediante hipóteses e novas experimentações por meio de uma abordagem verdadeiramente crítica.

Esperamos, sinceramente, que nossas ideias sejam amplamente criticadas. Boas ideias devem ser *provisoriamente* corroboradas, mas ideias ruins precisam ser refutadas e combatidas por meio de *críticas justas* que permitam o avanço do conhecimento.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. *Derecho, racionalidad y comunicación social: ensayos sobre filosofía del derecho*. México: Fontamara, 1997.

_____. *The rational as reasonable*. Dordrecht, Holland: D. Reidel Publishing Company, 1987.

ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2010.

ALARCÓN, Pietro J. L. Funções do direito constitucional: reflexões sobre a história e a interpretação do projeto normativo para a sociedade plural. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 19, jan./jun., 2012.

ALBERT, Hans. *O Direito à luz do Racionalismo Crítico*. Trad. Günther Maluschke. Brasília: Universa; Editora da UnB, 2013.

_____. *Tratado da razão crítica*. Trad. Idalina Azevedo da Silva, Erika Gudde e Maria J. P. Monteiro. 2. ed. Rio de Janeiro: tempo brasileiro, 1976.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda H. S. Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. Trad. Virgílio A. da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Leonardo Souza Santana. *A experiência das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal como instrumento de ampliação do círculo de intérpretes da constituição*. Recife: dissertação de mestrado em direito da UFPE, 2011.

ARAUJO, Rodrigo Silva Rosal de. *Da epistemologia popperiana à hermenêutica jurídica: o sentido de justiça como caminho para a conciliação social*. Recife: dissertação de mestrado em filosofia da UFPE, 2003.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teoria da argumentação jurídica*. 2. ed. Trad. Maria C. G. Cupertino. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: a função representativa e majoritária das Cortes Constitucionais*. *Revista Estudos Institucionais*, v. 2, p. 517-546, 2017.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A ‘última palavra’, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 201, p. 71-95, 2014.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção da realidade social*. Trad. Floriano de Souza Fernandes. 31. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora UnB, 1997.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Trad. Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BÜLLESBACH, Alfred. Ciência do direito e ciências sociais. Trad. M. Seca de Oliveira. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 481-509.

_____. Princípios de teoria dos sistemas. Trad. M. Seca de Oliveira. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 409-442.

BULOS, Uadi Lammego. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-Philippe. A superioridade do Direito Internacional em relação ao Direito Interno. In: _____. *Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. cap. 1.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

COELHO, Inocêncio Mártires. Métodos e princípios da interpretação constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, n. 230, p. 163-186, 2002.

CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. *Controle de constitucionalidade de normas orçamentárias: o uso de argumentos consequencialistas nas decisões do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Tese de doutorado em direito, USP, 2014.

DANTAS, Ivo. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

DELGADO, José Luiz. *Curso de Direito Natural*. Curitiba: Juruá, 2018.

DELGADO, Luiz. *Quadro histórico do direito brasileiro*. Recife: Editora Universitária da UFPE, 1974. Introdução, p. 15-32.

DESCARTES, René. *Discurso do método*: regras para a direção do espírito. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. São Paulo: Editora Perspectiva, 1995.

EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Trad. René E. Gertz. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

_____. O estudo do direito vivo. IN: SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim. *Sociologia e direito: leituras básicas de sociologia jurídica*. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1980.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. 2. ed. Osasco: Edifício, 2015.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Curso de direito constitucional*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FEYERABEND, Paul. Banalizando o conhecimento: comentários sobre as excursões de Karl Popper pela filosofia. In: _____. *Adeus à razão*. Trad. Vera Joscelyne. São Paulo: Editora da UNESP, 2010. cap. 6, p. 195-229.

FILGUEIRAS, Fernando. Entre o sujeito e a cognição: a sociologia jurídica de Jürgen Habermas. In: FERREIRA, Lier P.; GUANABARA, Ricardo; JORGE, Vladimyr L. (org.). *Curso de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 285-312.

FINNIS, John. *Estudios de teoria del derecho natural*. Editores Javier Saldaña Serrano e Carlos I. Massini Correias. México: UNAM, 2017.

GALINDO, Bruno. *Teoria intercultural da constituição*: a transformação paradigmática da teoria da constituição diante da integração interestatal na União Europeia e no Mercosul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. Introdução e cap. 6, p. 15-22 e 112-148.

GARCIA, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais*: esboço de uma teoria geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GONZAGA, Tomás Antônio. *Tratado de direito natural*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HAACK, Susan. Teorias da verdade. In: _____. *Filosofia das lógicas*. Trad. Cezar A. Mortari e Luiz H. de A. Dutra. São Paulo: Editora Unesp, 2002. cap. 7, p. 127-184.

_____. Seis signos de cientismo. *Discusiones filosóficas*, v. 11, n. 16, p. 13-40, 2010.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

_____. La jurisdicción constitucional en la sociedad abierta. Trad. Joaquín Brage Camazano. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo. (org.). *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. t. I: teoría general del derecho procesal constitucional. México: Universidad Autonoma de Mexico/ Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional/ Marcial Pons, 2008, p. 763-784.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar F. Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

JASPERS, Karl. *Iniciação filosófica*. 9. ed. Trad. Manuela P. dos Santos. Lisboa: Guimarães, 1998.

_____. *Introdução ao pensamento filosófico*. 17. ed. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny S. da Mota. São Paulo: Cultrix, 2006.

JUST, Gustavo. *Interpretando as teorias da interpretação*. São Paulo: Saraiva, 2014.

KANTOROWICZ, Hermann. *La definición del derecho*. Trad. J. M. de La Vega. Madrid: Revista de Occidente, 1964.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. Trad. M. Keel. In: _____; HASSEMER, Winfried (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 57-208.

_____. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

_____. Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica. Trad. M. Keel. In: _____; HASSEMER, Winfried (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 25-53.

KRELL, Andreas. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. *Revista Direito GV*, v. 19, p. 295-320, 2014.

_____; ALVES, Pedro de Oliveira. Responsabilidade democrática como pressuposto de uma teoria da interpretação: discussão em torno da ADI 4983/CE, *REI - Revista Estudos Institucionais*, v. 4, n. 2, p. 672-699, 2018.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. *Que es una constitución?* Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2284/5.pdf>>.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. *A proporcionalidade no Direito Constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*. São Paulo: Tese de doutorado em direito da USP, 2015.

LENNOX, John C. *God's undertaker: has Science buried God?* Oxford, Inglaterra: Lion Books, 2007.

LIMA, Francisco Meton M. *O resgate dos valores na interpretação constitucional: por uma hermenêutica reabilitada do Homem como "ser-moralmente-melhor"*. Fortaleza: ABC Editora, 2001.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1979.

LOPES JÚNIOR, Dalmir. Niklas Luhmann. In: FERREIRA, Lier P.; GUANABARA, Ricardo; JORGE, Vladimyr L. (org.). *Curso de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. cap. 12, p. 335-350.

MACCORMICK, Neil. *Estado de Direito e Retórica*. São Paulo: Elsevier, 2009.

MACHADO PAUPÉRIO, A. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MAGEE, Bryan. *As ideias de Popper*. Trad. Leonias Hegenberg e Octanny S. da Mota. São Paulo: Cultrix, 1973.

MAIA, Alexandre da. *Da epistemologia como argumento ao argumento como racionalidade jurídica: por uma dogmática da multiplicidade*. Recife: Tese de doutorado em direito da UFPE, 2002.

MARITAIN, Jacques. *Introdução geral à filosofia*. Trad. Iza das Neves e Heloísa O. Penteado. 10. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1972.

MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012.

MAURER, Hartmut. A revisão jurídico-constitucional das leis pelo Tribunal Constitucional Federal. In: ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos do Estado de direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 169-198.

MELO, Marcus André. Escolhas constitucionais, mudança institucional e escolha racional. In: _____. *Reformas constitucionais no Brasil: instituições políticas e processo decisório*. Rio de Janeiro: Revan, 2008. cap. 2, p. 25-45.

MENDONÇA, Fabiano. *Elementos de teoria da constituição*. Natal: Fabiano André de Souza Mendonça, 2017.

MORIN, Edgar. *Cabeça bem feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. 20. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

_____. *Ciência com consciência*. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.

_____. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. 8.ed. São Paulo: Cortez, Unesco, 2003.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. 3. ed. Trad. Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *Teoria estruturante do direito*. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEUMANN, Ulfried. Teoria científica da ciência do direito. Trad. M. Seca de Oliveira. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 463-479.

NEVES, A. Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. Trad. Antônio Luz Costa. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

_____. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.

NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992.

PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*. 2. ed. New York: Springer, 2008.

PEREIRA, Jane Reis G. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Trad. António F. de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Editora Cultrix, 2 ed, 2013.

_____. A missão da ciência. In: _____. *O racionalismo crítico na política*. 2. ed. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora da UnB, 1994, p. 13-23.

_____. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tomo 1. 3. ed. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998, p. 15.

_____. *Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária*. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1975.

_____. *Conjecturas e refutações*. 2. ed. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora UnB, 1982.

_____. *Em busca de um mundo melhor*. 2. ed. Trad. Teresa Curvelo. Lisboa: Fragmentos, 1989.

_____. *Lógica das ciências sociais*. 2. ed. Trad. Estevão R. Martins, Apio C. M. Acquarone Filho e Vilma O. M. Silva. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1999.

_____. *O conhecimento e o problema corpo-mente*. Trad. Joaquim A. F. Gomes. Lisboa: Edições 70, 2002.

_____. *O mito do contexto: em defesa da ciência e da racionalidade*. Trad. Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 1999.

PUFENDORF, Samuel. *On the duty of man and citizen according to the natural law*. Trad. Michael Silverthorne. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

QUOIST, Michel. *Construir o homem e o mundo*. Trad. Rose Marie Muraro. 18. ed. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1960.

RUBINGER-BETTI, Gabriel; BENVINDO, Juliano Z. Do solipsismo supremo à deliberação racional. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 50, p. 161-162, 2017.

SALDANHA, Nelson. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SCHAUER, Frederik. Formalismo. Trad. D. Werneck, F. Shecaira e N. Struchiner. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *Justificação do formalism jurídico: textos em debate*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 65-117.

SCHROTH, Ulrich. Hermenêutica filosófica e jurídica. Trad. Marcos Keel. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 381-408.

SICHES, L. Recasens. Algunas notas sobre el sentimiento jurídico. In: CAVALCANTI, Teófilo (org.). *Estudos em homenagem a Miguel Reale*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Trad. José Maria Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SOKAL, Alan; BRICMONT, Jean. *Imposturas intelectuais: o abuso da ciência pelos filósofos pós-modernos*. Trad. Max Altman. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SOUTO, Cláudio. *Introdução ao direito como ciência social*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1971.

SOUTO MAIOR, Silvério. *Abstrativização do controle difuso e o mito da (in)constitucionalidade in concreto*. Recife: Trabalho de conclusão de curso em Direito da UFPE, 2016.

STAMFORD DA SILVA, Artur. Teoria reflexiva da decisão jurídica: direito, mudança social e movimentos sociais. *Revista de Direito da UnB*, v. 2, p. 27-52, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

SUMMERS, Robert. Formal legal truth and substantive truth in judicial fact-finding: their justified divergence in some particular cases. *Law and Philosophy*, v. 18, p. 497-511, 1999.

TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016.

TRIBE, Lawrence; DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional*. Trad. Amarílis Birchall. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madri, ano 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000.

USERA, Raúl Canosa. La interpretación constitucional como modalidad del control del poder. In: HÄBERLE, Peter; GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *El control del poder: homenaje a Diego Valadés*. Tomo I. México: Unam, 2011.

VALE, André Rufino do. *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. Brasília: Tese de doutorado em direito da UnB, 2015.

VECCHI, Cristiano Brandão. *A mutação constitucional: uma abordagem alemã*. Rio de Janeiro: Dissertação de mestrado em direito da PUC-Rio, 2005.

WIENER, Norbert. *Cibernética e sociedade: o uso humano de seres humanos*. Trad. J. P. Paes. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 1968.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*. Trad. F. J. Ezquiaga Ganuzas e Juan I. Salaverría. México, D.F.: Distribuciones Fontamara, 2001. cap. 03 e 04.

ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. 10. ed. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

ZAMBRANO, Pilar. *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica: una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*. México: UNAM, 2009.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Teoria do método jurídico*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.