



INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO

A súmula vinculante à luz da hermenêutica filosófica
gadameriana

Jeferson Soares Marinho de Sousa Junior
Orientador: Dr. Marcus Firmino Santiago

Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional
Área de concentração: Constituição e Sociedade

BRASÍLIA

2015



INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO

Jeferson Soares Marinho de Sousa Junior

A súmula vinculante à luz da hermenêutica filosófica
gadameriana

Dissertação apresentada ao Programa de
Mestrado em Direito Constitucional e
Sociedade do Instituto Brasiliense de
Direito Público, como requisito parcial
para obtenção do título de Mestre em
Direito Constitucional.

Orientador: Professor Doutor Marcus
Firmino Santiago

BRASÍLIA

2015



INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO

Jeferson Soares Marinho de Sousa Junior

A súmula vinculante à luz da hermenêutica filosófica
gadameriana

Brasília, ____ de _____ de 201_

BANCA EXAMINADORA

Professor Dr. Marcus Firmino Santiago
Instituto Brasiliense de Direito Público

Professor Dr. Álvaro Luís de Araújo Sales Ciarline
Instituto Brasiliense de Direito Público

Professor Dr. Menelick de Carvalho Neto
Universidade de Brasília

Resumo

Ontologicamente, a construção do conhecimento a partir de um processo interpretativo, de acordo com a hermenêutica filosófica gadameriana, dá-se em uma espécie de movimento circular. Nesse sentido, a todo o momento, as pré-compreensões dos agentes cognoscentes sobre determinada matéria se fundem com as circunstâncias do meio social nos quais estão inseridos, bem como com os valores dos agentes emissores da mensagem interpretada. A partir dessa mencionada fusão de horizontes interpretativos surge o resultado hermenêutico buscado, a verdade, ainda que relativa, inerente ao caso observado. Com essa breve demonstração da dinâmica circular hermenêutica, é possível verificar que é imperioso o contato direto, o diálogo livre a ser estabelecido entre o intérprete e o emissor do texto para a formação da compreensão. Tal postulado parece destoar das ideias de criação de gatilhos interpretativos (qualquer que seja o resultado pretendido com a criação desses mecanismos) principalmente quando estes impõem uma certa e compulsória interpretação pré-fixada em relação a determinado tema, isso a despeito dos próprios projetos e expectativas do agente vinculado. Transportando estas constatações para a realização do Direito a partir da interpretação jurídica, precisamente considerando a instituição da súmula vinculante enquanto instrumento hermenêutico a serviço da segurança e da celeridade dos pronunciamentos jurisdicionais, surgem diversos questionamentos acerca da posição filosófico-ontológica de tais mecanismo e do próprio Supremo Tribunal Federal, o qual passa da condição de guardião da interpretação constitucional para verdadeiramente assumir a posição de intérprete superior e máximo da Constituição. Nessa perspectiva, quando se busca conciliar a categoria súmula vinculante, tal qual como inserida na realidade brasileira, e os postulados ontológicos do próprio processo de compreensão e há, nessa busca, uma preocupação recorrente em compatibilizar o fenômeno com a expectativa correta, uma saída possível é examinar a real natureza desses precedentes compulsórios e da própria localização do STF na repartição das funções do poder constituídos. Mais do que meros instrumentos, as súmulas são categorias a serem interpretadas e realizadas; mais do que um simples intérprete máximo, o Supremo é, efetivamente, um legislador ativo e produtivo.

Abstract

Ontologically, knowledge building from an interpretive process, according to philosophical hermeneutics developed by Gadamer, takes place in a kind of circular motion. In this sense, at all times, comprehension of agents of particular material merge with the circumstances of the social environment in which they live, as well as the values of the issuers agents of the interpreted message. From that mentioned fusion interpretive horizons arises the hermeneutic result sought, the truth, albeit relative, inherent in the observed case. With this brief demonstration of circular hermeneutics dynamic, you can check that direct contact is imperative, the free dialogue to be established between the interpreter and the text from the sender to the formation of understanding. Such an assumption seems to clash with the creation of interpretive triggers ideas (whatever the desired result with the creation of these mechanisms) especially when they impose a certain and compulsory pre-established interpretation in relation to a certain topic, that in spite of their own plans and expectations the tied agent. Conveying these findings to the realization of rights from the legal interpretation, precisely considering the institution of the binding precedent as hermeneutical instrument at the service of safety and speed of judicial pronouncements, there are several questions about the philosophical and ontological position of such mechanism and itself Supreme Court, which passes the guardian condition of constitutional interpretation to truly assume the position of superior and maximum interpreter of the Constitution. In this perspective, when it seeks to reconcile the scoresheet category binding, like as inserted in the Brazilian reality, and the ontological postulates of understanding of the process itself, and there, in that search, a recurring concern to reconcile the phenomenon with the proper expectation, an outlet possible is to examine the real nature of these compulsory previous and the actual location of the STF in the allocation of constituted power functions. More than mere tools, the summaries are categories to be interpreted and carried out; more than a maximum interpreter, the Supreme is indeed an active and productive legislator.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 A SÚMULA VINCULANTE: CONCEITO, REQUISITOS E CONTORNOS DOGMÁTICOS].....	16
1.1 Tentativas pré EC n.º 045/2004. O interessante projeto de emenda constitucional n.º 130/92 17	
1.2 Pressupostos fáticos e dogmáticos para edição da súmula vinculante	27
1.3 A súmula vinculante a serviço da celeridade e da segurança jurídica.....	28
1.4 A instrumentalidade das súmulas vinculantes.....	33
1.5 A não instrumentalidade da súmula vinculante.....	36
1.6 Das questões jurídicas e filosóficas a serem enfrentadas	37
2 DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA GADAMERIANA	40
2.1 A hermenêutica filosófica como reação à razão instrumental.....	40
2.2 A influência das pré-compreensões e pré-conceito do intérprete sobre a busca da verdade.....	43
2.3 Do movimento ontológico positivo: o círculo hermenêutico	45
2.4 Da virada ontológica gadameriana: interpretar implica necessariamente em aplicar! 51	
3 INTERPRETAÇÃO E DIREITO: ENTRE DWORKIN E GADAMER, ENTRE O ROMANCE EM CADEIA O CÍRCULO HERMENÊUTICO ATÉ A RESPOSTA CORRETA. 54	
3.1 A flexibilização da moldura interpretativa no positivismo: de Kelsen a Hart (e as valiosas lições de Streck).	55
3.2 A interpretação segundo Dworkin: coerência, romance em cadeia e a resposta correta 59	
3.3 Gadamer e Dworkin: o círculo hermenêutico, o romance em cadeia e a resposta correta.....	64
4 A SÚMULA VINCULANTE SEGUNDO A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA.....	70
4.1 Os elementos de pré-compreensão e a vinculação da interpretação sumulada.	70

4.1.1	Fim do círculo hermenêutico – uma visão retilínea do processo de compreensão. 78
4.1.2	A súmula vinculante como resultado da separação operada entre interpretação e aplicação da norma jurídica. 80
4.1.3	Um problema prático: a Súmula (não vinculante) 584 82
4.2	O problema da (in) definição do sujeito constitucional hermenêutico..... 88
CONCLUSÕES..... 95	
REFERÊNCIAS 100	

INTRODUÇÃO

Como assevera Popper (1996, p. 124), nunca se deve começar por “observações, mas sempre por problemas”. Kerlinger (1980, p. 35), por sua vez, afirma que tal problema, para ser corretamente considerado como uma questão científica, além de ser apresentado como uma sentença em forma interrogativa, deve também demonstrar uma relação entre fenômenos ou variáveis que possa ser testada empiricamente¹. Diante disso, desde logo impende destacar a questão doravante tratada: a súmula vinculante, enquanto instrumento de centralização da interpretação, condiz com os postulados gadamerianos da hermenêutica filosófica? Seriam, portanto, tais súmulas instrumentos interpretativos ou categorias a serem interpretadas?

Destaque-se que é fácil perceber, considerando as variáveis expostas no problema, que o objetivo do presente trabalho é justamente examinar a natureza da súmula vinculante² à luz das regras traçadas pela hermenêutica filosófica, cujo um dos principais expoentes é professor alemão Hans-George Gadamer. Objetiva-se ainda, caso realmente se confirme o descompasso da súmula vinculante concebida nos moldes do Direito brasileiro e a teoria gadameriana da interpretação, investigar qual a real natureza daquele instituto e as consequências de sua implementação a despeito dos postulados da hermenêutica filosófica.

Expostos o objetivo e o problema, com suas categorias, passemos agora ao exame das hipóteses a serem levantadas.

1 Quanto à relação entre a pesquisa empírica e o Direito, recomenda-se a leitura de LIMA, R. Kant de; BAPTISTA, B.G.L. **O desafio de realizar pesquisa empírica no Direito**: uma contribuição antropológica. Trabalho apresentado no 7º Encontro da Associação Brasileira da Ciência Política, Recife, 2010. Neste artigo, em seu cerne, destacam os referidos professores que, “deve-se, de início, esclarecer que a pesquisa empírica é um desafio significativo para o campo do Direito, seja porque os seus operadores não estão socializados com essa metodologia, seja porque estão acostumados a pensar o Direito a partir de ideais normativos (dever-ser) que costumam obscurecer a visão do campo para práticas e rituais que os contrariam, e que se tornam objeto de estigma e, no limite, de denúncia, acusação e criminalização, não de pesquisa.”

2 Obviamente que se trata do instituto súmula vinculante introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela emenda constitucional número 45, de 30 de dezembro de 2004

Inicialmente destaque-se que hipótese, ainda segundo Kerlinger (1980, p.38) “é um enunciado conjectural das relações entre duas ou mais variáveis. São enunciados de relações, e, como os problemas, devem implicar a testagem das relações enunciadas”. A diferença entre ambos, entretanto, reside no fato de que as hipóteses revelam-se como afirmações, e não como perguntas, o que as tornam mais fáceis de testar empiricamente.

Feitas tais considerações, decorrem da questão proposta as seguintes afirmações a serem verificadas no decorrer do trabalho:

A primeira, e que impulsiona esta dissertação, é a que aparentemente responde o problema da pesquisa: a imposição de uma verdade decorrente de um processo interpretativo, conforme o contido em uma súmula vinculante deturpa os postulados da hermenêutica filosófica fixados na obra de Gadamer, aproximando-se dos modelos pregados pela interpretação clássica no que se refere ao estabelecimento de regras universais e transcendentais de fixação do conhecimento.

Um modelo hermenêutico que impõe determinada interpretação aos realizadores, desconsiderando as suas pré-compreensões sobre o tema, bem como desprezando o efeito devolutivo e integrativo das interpretações anteriores, talvez até consiga bons resultados em alguns casos, mas só em alguns. Fatalmente haverá determinadas situações enfrentadas concretamente que a simples aplicação automática da súmula vinculante será insuficiente ou incompatível com a realização do Direito.

Nesses termos, considerando o descompasso entre a variável vinculante atribuída à súmula em questão, nos moldes apontados no texto constitucional brasileiro, e uma visão gadameriana da hermenêutica (inclusive a do Direito), resta-nos ainda investigar a real natureza do instituto.

Acontece que tal investigação nos apresenta outras questões bem instigantes, relacionadas principalmente com uma aparente tentativa de se criar, ou melhor, de se instituir

na realidade processual brasileira, uma espécie de sistema baseado na vinculação das decisões judiciais a precedentes.

Antes de tudo, e correndo certo risco de já apresentar o que está por vir nas próximas linhas, é preciso mencionar que intenções de se dinamizar o movimento jurisdicional no Brasil a partir da institucionalização artificial de um *stare decisis*, por mais nobres e comprometidas com ideais de integridade que possam ser, já enfrentam alguns problemas doutrinários, vejamos:

Primeiro é preciso esclarecer que quando se fala em comprometimento com a integridade, entenda-se que se fala da busca de uma integridade sistêmica entre as diversas decisões judiciais prolatadas, bem com o próprio ordenamento jurídico como um todo. Integridade a ser assimilada como comprometida com a racionalidade das decisões, esta racionalidade, por sua vez, ligada a resolução célere de conflitos, e, sobretudo, relacionada com a previsibilidade das manifestações dos juízes, dos quais se esperam respostas idênticas para casos idênticos. Em suma, mais do que questões simplesmente relacionadas com conceitos abertos de justiça e moralidade, integridade do sistema significa segurança, ou pelo menos, uma expectativa de segurança das manifestações oriundas dos julgadores.

Feita esta breve ressalva e agora retornando para as mencionadas críticas doutrinárias, é preciso destacar que o mais previsível argumento contrário levantado pelos resistentes a esta ideia de criação de um sistema legal de precedentes vinculantes, é que somos um país de tradição civilista, estamos sujeitos primordialmente ao que define a lei (em sua acepção normativa mais ampla), ou seja, em nosso contexto jurídico se espera que as leis conduzam as decisões dos juízes, e não que as decisões dos juízes conduzam outras decisões, e pior, que

conduzam ou suplantem a própria lei³, em movimento invertido na resolução dos casos concretos.

É preciso explicar, como veremos adiante, que por mais contundente e irrefutável que a alegação da adesão brasileira ao *Civil Law* possa parecer para, por si só, afastar uma pretensa adoção de um sistema de precedentes compulsórios, é preciso esclarecer que há uma determinada leitura dessa situação que nos permite (quase) perfeitamente amoldar o instituto da súmula vinculante à realidade brasileira. Esta solução estaria ligada a necessidade de se reconhecer a verdadeira posição do Supremo Tribunal Federal quando este edita uma súmula dessa espécie.

Uma advertência: esta dissertação se propõe a uma análise ontológica do problema de legitimação sistêmica das súmulas vinculantes visto segundo a ótica da hermenêutica filosófica gadameriana, portanto, escapam do objetivo do trabalho preocupações relacionadas com os aspectos e posições políticas que efetivamente podem surgir a partir das conclusões lançadas no final, principalmente no real papel atribuído ao Supremo na edição dos precedentes compulsórios.

Pois bem, mais do que uma análise puramente jurídico-processual-legislativa da instituição da súmula vinculante no Direito brasileiro, o objetivo de presente dissertação também está bem relacionado com o aspecto ontológico do problema interpretativo. Veremos, a partir das linhas seguintes, um exame quase puramente fenomenológico da dinâmica hermenêutica, ou seja, trataremos de um exame do movimento interpretativo, de suas razões das suas consequências consideradas em si mesmo, de acordo com a ótica de entendimento gadameriano. Espera-se, com tais incursões, contribuir com a definição do lugar das súmulas

³ Na realidade, impende destacar, exatamente neste ponto, que nem mesmo na *Common Law* se espera que as manifestações jurisdicionais suplantem a lei posta, Hart (1991, p.115), inclusive prega que “no nosso sistema, o costume e o precedente estão subordinados à legislação, dado que as regras consuetudinárias e de *Comom Law* podem ser privadas do seu estatuto jurídico por uma lei parlamentar.”.

vinculantes, enquanto sedimentação de compreensão, no diálogo estabelecido entre o aplicador da norma e o legislador originário.

Análises com tal teor, em que pese mais de 10 anos da adoção das súmulas vinculantes, ainda são bem recorrentes e atuais. Destaque-se, por exemplo, a recente celeuma estabelecida entre teóricos do Direito brasileiro e o professor espanhol Manuel Atienza (vide item 4.1.3), após interessantes declarações prestadas por este último em entrevista concedida para a Revista Consultor Jurídico em 05 de setembro de 2015:

Parece muito estranho que se possa pensar que Heidegger nos dará a chave para a compreensão ou a crítica das súmulas vinculantes. Enfim, correndo o risco de parecer provocador, eu diria que a filosofia do Direito brasileira necessita de menos hermenêutica e mais filosofia analítica. E que conste que, em muitos aspectos, eu sou muito crítico em relação ao que, em países como Argentina e Espanha, fazem os filósofos analíticos.

Revele-se, entretanto, que por mais que soe estranho aos ouvidos do autor espanhol, uma abordagem ontológica de problemas argumentativos, ou mesmo práticos, no que se referem à efetivação do Direito, não se pode desprezar exames de tal natureza. Haja vista que é a partir de uma observação interna dos fenômenos (entenda-se interna quando considerados – os fenômenos, quase puramente em si mesmos) que se pode chegar, sem distorções, aos verdadeiros problemas de funcionamento de determinadas questões, e mais ainda às tão almejadas soluções.

Óbvio, como se verá nas linhas que vêm a seguir, que a interpretação jurídica guarda muitas diferenças e peculiaridades em relação aos processos de compreensão inerentes aos outros ramos do conhecimento humano, mas é certo também que há similitudes, as quais podem ser utilmente exploradas para que se chegue efetivamente a um resultado aceitável sobre a construção das verdades hermenêuticas. Justamente por isso, é que, mesmo cientes que a realização prática do Direito, em um sistema organizado jurisdicionalmente (ou seja, como repartições claras de competência e vinculação hierárquica entre os órgãos, no que se refere a existência de controle recursal sobre os provimentos surgidos durante um processo) possui uma

série de detalhes que podem comprometer a liberdade do agente, não se pode ignorar, que, de uma forma ou outra, as decisões estão fenomenologicamente submetidas a um caminho humano de produção de conhecimento. Nesse sentido, mesmo que haja preocupações recorrentes de órgãos inferiores com a uniformização de determinado entendimento (aí por motivos vários, como segurança, celeridade, justiça, ou qualquer outro), tais intérpretes não podem furtar-se da consciência de que compreensão se forma em um eterno movimento hermenêutico, o qual, em linhas gerais, resulta da fusão dos horizontes interpretativos do agente cognoscente, do próprio texto, das leituras anteriores e do próprio legislador nesse caso específico.

Com tais objetivos, impende ressaltar que o presente trabalho desenvolver-se-á da seguinte forma: inicialmente, uma breve apresentação dos pressupostos de políticas legislativa que levaram a adoção das súmulas vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro após a publicação da Emenda Constitucional n.º 45/04, destacando nesse ponto, as tentativas anteriores e os principais argumentos levantados pelos defensores da adoção dos precedentes compulsórios. Com tal mister, além da análise de alguns projetos legislativos, a pesquisa se concentrará em determinados julgados e manifestações do Supremo Tribunal Federal que possam, de uma forma ou outra, repercutir sobre tema ou permear suas características.

Ainda nesse primeiro momento, considerando somente esses argumentos de política legislativa, surgem as iniciais considerações sobre a natureza jurídica do instituto, ou seja, nessa oportunidade, constroem-se as concepções de que há súmulas vinculantes de natureza puramente instrumental, no que se refere à viabilização de segurança e celeridade das interpretações jurídico-constitucionais, e que há outras mais semelhantes a diplomas normativos, dado suas abstrações e generalidades. A perplexidade dessa dicotomia fomenta o trabalho. E a partir dela que surge a questão: qual seria, portanto, a natureza ontológica das súmulas vinculantes? Instrumentos interpretativos? Normas (objetos) a serem interpretados?

Por tudo já exposto nesta breve introdução, é possível perceber que a proposta de investigação da natureza das súmulas vinculantes passa necessariamente pela consideração ontológica da dinâmica do processo de compreender. Nessa esteira, assumindo como vértice os postulados defendidos pela hermenêutica filosófica, principalmente na parte aperfeiçoada pelo professor alemão Hans-George Gadamer, os capítulos 2 e 3 dedicam-se a expor as principais categorias e fundamentos dessa teoria. Isso a partir de uma pesquisa orientada por um modelo crítico-dialético, na qual se investigam os principais textos e documentos produzidos pelo mencionado autor, sem descuidar, entretanto, de outras relevantes obras de estudiosos sobre o tema tanto em território nacional quanto no exterior.

Nessa busca de diálogos entre obras ou teorias de fundo hermenêutico, merece especial atenção a tentativa de aproximar as obras de Gadamer e as do jurista americano Ronald Dworkin. Em que pese as possíveis críticas a serem levantadas face essa construção comparativa do trabalho de um teórico da filosofia e de um argumentativista do Direito, reputa-se salutar e didático o estudo conjunto dos institutos e categorias defendidos por ambos. É especialmente no capítulo 3 desta dissertação que se compara os elementos pré-sistêmicos condicionantes da interpretação defendidos por Gadamer e a coerência pregada por Dworkin ao considerar o Direito como integridade; as possíveis semelhanças entre a dinâmica circular da construção do entendimento tal qual aperfeiçoado por Gadamer e a alegoria do romance em cadeia dworkiniana, tudo isso, entretanto, sem olvidar das diferenças conceituais entre as possibilidades de finalmente se chegar a uma resposta correta.

A dialeticidade crítica do trabalho se completa no quarto capítulo. Nessa oportunidade finalmente se compara a dinâmica interpretativa observada com a implementação das súmulas vinculantes e as categorias ontológicas de construção da compreensão defendidas pela hermenêutica filosófica. É a partir dessa comparação, ou testagem fenomenológica, que se pretende finalmente definir o lugar do instituto tanto na hermenêutica filosófica como no

ordenamento jurídico brasileiro. Em contrapartida, reafirmando o anteriormente defendido, que é a busca por esta natureza das súmulas vinculantes que impulsiona esta dissertação, tal definição imediatamente nos oferece respostas sobre posição ocupada pelo Supremo Tribunal Federal no processo dos valores e normas de fundo constitucional.

1 A SÚMULA VINCULANTE: CONCEITO, REQUISITOS E CONTORNOS DOGMÁTICOS

Com o advento da Emenda Constitucional n.º 045, de 30 de dezembro de 2004, a qual tratou da esperada reforma do Poder Judiciário brasileiro, institui-se em nossa realidade a súmula vinculante enquanto instrumento interpretativo referente a assuntos constitucionais.

Conceitualmente, revendo o que prescreve o art. 103-A da Constituição, a súmula vinculante inaugurou a possibilidade do Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição (art. 102, caput⁴), quando provocado, ou até mesmo de ofício, e desde que amparado por decisão de 2/3 dos seus membros, depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar enunciados que, a partir de sua publicação, devem padronizar compulsoriamente as manifestações dos demais órgãos do Poder Judiciário e também disciplinar a edição de atos emanados da Administração Pública direta e indireta, em todas as esferas. Nesse sentido, revendo as inovações textuais trazidas pela nova redação do mencionado artigo, tem-se que, com bem assevera Leite (2007, p. 5):

Do texto da Emenda, pode-se arrolar os seguintes requisitos cumulativos para a criação de uma súmula vinculante: a) deve haver controvérsia atual entre órgão judiciários ou entre esses e a Administração Pública; b) essa controvérsia precisa acarretar grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica; c) o Supremo Tribunal Federal deve proferir reiteradas decisões sobre matéria constitucional (o que revela a própria natureza constitucional da controvérsia em tela, pois é a seu respeito que o Supremo Tribunal Federal deverá manifestar); d) a anuência de pelo menos dois terços dos membros desse Tribunal. O âmbito material para a criação de súmulas vinculantes, que a Emenda denominou de “objetivo”, será a validade, a eficácia e a interpretação de normas. Assim, a controvérsia, a que se refere o texto constitucional acima, recairá sobre uma dessas temáticas.

Não que as súmulas constituíssem um instrumento novo e até então desconhecido da hermenêutica constitucional brasileira. Pelo contrário. De fato, os registros apontam que as súmulas, ainda que não vinculantes, surgiram pela primeira vez no STF na década de 60, ante o gigantesco acúmulo de processos da época. Souza (2013, p. 253) assim menciona a questão:

4 Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

A origem de súmula no Brasil remonta a década de 1960. Sufocado pelo acúmulo de processos pendentes de julgamento, a imensa maioria versando sobre questões idênticas, o Supremo Tribunal Federal, após alteração e seu regimento (sessão de 30.08.1963) e enorme trabalho de Comissão de Jurisprudência composta pelos Ministros Gonçalves de Oliveira, Pedro Chaves e Victor Nunes Leal, este último seu relator e grande mentor, em sessão de 13.12.1963, decidiu publicar oficialmente, pela primeira vez, a Súmula da sua Jurisprudência, para vigorar 01.03.1964.

A novidade trazida pela Emenda Constitucional n.º 045/2004 está, ou pelo menos estava, na imposição de um padrão interpretativo tendo como elemento vinculante o entendimento da Corte Superior e a irradiação dos efeitos para além de um caso concreto de forma compulsória. Trata-se, como define Streck (2008, p. 165), “de um caso singular – e sem precedentes no Direito – de verdadeira “interpretação autêntica”, uma vez que o próprio órgão que criou a SV irá dizer qual é sua (correta) interpretação.” E tanto assim o é, que o próprio texto constitucional, no §3º, do art. 103-A, prevê que o próprio Supremo poderá anular qualquer ato administrativo ou decisão judicial que, por sua vez, contrariar súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, podendo determinar, inclusive, a prolação de outra decisão judicial com ou sem a sua aplicação.

1.1 Tentativas pré EC n.º 045/2004. O interessante projeto de emenda constitucional n.º 130/92

O debate sobre a necessidade de se conferir efeitos vinculantes às decisões proferidas pelo STF em determinadas situações não é recente. Já em 1993, por conta das discussões impostas pela possibilidade de revisão da Constituição Federal, impossível não recordar as argumentações levantadas pelo então deputado Nelson Jobim. Para o parlamentar, não só o Supremo Tribunal Federal, mas os tribunais superiores de uma maneira geral, poderiam aprovar súmulas com efeitos vinculantes em relação aos demais órgãos do Poder do Judiciário e à Administração Pública Direita, Indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Registre-

se que Streck (2005, p. 149), em relação ao trabalho legislativo então realizado, mencionou que:

De acordo com Deputado Jobim, maior defensor da alteração no âmbito da Revisão Constitucional, da qual foi relator, “nesse art. reside (...) aquela que é a mais profunda mudança sugerida quanto ao Poder Judiciário – a atribuição de caráter vinculante às súmulas editadas pelos Tribunais Superiores”. Dizia ainda, em seu parecer a favor da aprovação da matéria, que o sistema em vigor (“...) necessitava ser aperfeiçoado”.

Nesse mesmo sentido, também com interessante argumentação, insta destacar as razões apresentadas pelo então deputado Roberto Campos no bojo da Proposta de Emenda à Constituição n.º 130, de 1992. Fixe-se, inicialmente, que o objetivo do projeto da citada espécie normativa se concentrava em conferir uma nova redação aos artigos 102 e 103 da Carta Federal, tal alteração deveria surgir como a principal consequência da supressão do inciso X do artigo 52 da Constituição.

Para o parlamentar (1992), em linhas gerais, a exigência exposta no mencionado inciso, consubstanciada na imprescindibilidade de manifestação do Senado, para que só então se procedesse à suspensão geral, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal em controle incidental, mostrava-se ultrapassada e desnecessária.

Com viés inicialmente histórico, argumentou Roberto Campos (1992, p.2) que, embora louvável a iniciativa do constituinte de 1988 (que provavelmente preocupado com o equilíbrio democrático das instituições, manteve no Legislativo a palavra final para a suspensão de ato normativo declarado inconstitucional *inter partes*), desde muito tempo atrás, não era a mais moderna possível. Citou como exemplo, inclusive, as Constituições austríacas, de 1920 (art. 140) e a Constituição de Weimar, de 1919 (art. 13, §2º), que mesmo bem antes de

1934⁵ já conferiam efeitos *ergas omnes* às decisões em exame de compatibilidade constitucional proferidas pelas respectivas Cortes Superiores.

Mas não é só! Além de ressaltar o atraso em uma comparação dessa determinada opção do nosso constituinte com as de algumas Constituições estrangeiras, também destacou outros elementos que evidenciaram aparentes incongruências entre o previsto no inciso X do art. 52 da CF/1988 e determinadas situações de fato permitidas e já consolidadas pela legislação brasileira. Nesse sentido, por exemplo, para o então Deputado Roberto Campos, não havia mais sentido algum que se admitisse a eficácia geral das decisões adotadas pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade, ao passo que se negasse tal atributo em outras manifestações, muitas vezes com o idêntico teor, apenas pelo fato dessas últimas terem sido editadas em processos nos quais a questão constitucional aparece como matéria incidental.

Outro ponto interessante também usando como argumento pela PEC n.º 130/92 para a reforma constitucional então defendida, girava em torno do alcance geral das cautelares proferidas em ADI, as quais teriam força suficiente para retirar do mundo jurídico, mesmo antes da exaustiva apreciação final do mérito, a norma jurídica questionada. Na verdade, as razões apresentadas pelo deputado podiam ser resumidas com o seguinte questionamento: como se admitir, por exemplo, que as manifestações cautelares proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade, antes mesmo do julgamento final da demanda, possuem, por si, mesmo diante da sua precariedade, efeito *erga omnes*, enquanto as sentenças transitadas em julgado no exame de caráter difuso, não? ⁶

5 De fato, a competência conferida ao Senado Federal para suspender a execução de lei declarada incidentalmente inconstitucional pelo STF foi estabelecida pela primeira vez na Carta de 1934 (art. 91, IV), sendo apenas repetida na Carta de 1988.

6 O Ministro Gilmar Mendes, nos autos do voto proferido por ocasião do julgamento da Reclamação n.º 4.335/AC, também se questionava no mesmo sentido: “Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão- somente para as partes?”

Em que pese à agudeza do tema, já que os questionamentos sobre a legitimidade da Corte responsável pela jurisdição constitucional brasileira ganham contornos críticos quando decisões nesses sentidos são adotadas de maneira liminar e perfunctória, as cautelares em ADI não são novidade na realidade no nosso controle de constitucionalidade. De acordo com Bulos (2011, p. 294), no que se refere ao disciplinamento das ações de controle concentrado, ainda “no ordenamento passado, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o pedido de medida cautelar era possível, independentemente da prescrição constitucional expressa (STF, Repr. 933, Rel. Mini. Thompson Flores, RTJ, 76:343, 1976).”

No mesmo sentido, impende destacar as lições extraídas de parte do voto do Ministro Gilmar Mendes, conforme relatado nos autos da Recl. 2.256/RN (julgado em 11/09/2013), que ao examinar os efeitos normativos e fáticos da concessão de medidas liminares no Direito processual alemão e brasileiro, expôs alguns dados históricos sobre a origem das medidas cautelares em nossa história:

Tal como se poderá constar, entre nós, o tema não oferece as mesmas dificuldades verificadas no Direito processual tedesco, especialmente porque, desde 1977 o texto constitucional brasileiro (CF 1967/69, com a Emenda Constitucional n. 7/77, art. 119, I, p e CF 1988, art. 102, I, p) atribui competência originária ao Supremo Tribunal Federal para julgar o pedido de medida cautelar nas representações e nas ações diretas de constitucionalidade, respectivamente.

Para explicar tal efeito conferido pela cautelar, faz-se necessário, antes de qualquer consideração nesse aspecto, lembrar a real natureza do controle concentrado de constitucionalidade: trata-se de processo eminentemente objetivo, ou seja, não se estrutura sobre a definição comum de partes presente no processo civil subjetivo, muito menos no conceito de lide (pretensão a algo juridicamente resistida).

O que marca tais ações é justamente a institucionalidade da demanda traduzida no juízo que se circunscreve em uma espécie de análise da compatibilidade de determinado ato normativo face à Constituição Federal. Nesse sentido, leciona Zavascki (2000, p. 27⁷) que as ações diretas de controle de constitucionalidade traduzem-se em uma espécie de:

[...] jurisdição com o objetivo de tutelar, não Direitos subjetivos, mas sim a própria ordem constitucional, o que se dá mediante solução de controvérsias a respeito da legitimidade da norma jurídica abstratamente considerada, independentemente da sua incidência em específicos suportes fático, portanto, o processo é objetivo. Nele não figuram partes, no sentido estritamente processual, mas entes legitimados a atuar institucionalmente, sem outro interesse que não o da preservação do sistema de Direito.

Há consenso (como não poderia deixar de ser) na Suprema Corte em reconhecer a natureza objetiva do controle concentrado de constitucionalidade. Veja-se, por exemplo, o seguinte trecho lançado nos autos da ADI n.º1430-0/SP (rel. Min. Celso de Mello, julgado em 29/08/1996):

O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado exclusivamente à defesa, em tese da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata ao ato estatal em face da Constituição da República. O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle concentrado de constitucionalidade.

Das observações acima quanto à natureza dos processos de controle concentrado de constitucionalidade, pode-se extrair, de plano, três conclusões óbvias: a primeira é de que, nem de longe, a cautelar nesses processos tem por objetivo garantir uma futura execução ou satisfação de um Direito, tal qual formatada no processo civil subjetivo, haja vista a inexistência da prestação jurisdicional a ser garantida.

A segunda é que o pronunciamento de mérito em uma ação direta tem exatamente o mesmo conteúdo cognitivo-jurisdicional das medidas liminares analisadas no mesmo procedimento. Trata-se, como bem define Nascimento Filho (2007, p.5), de uma espécie de duplo julgamento⁷, visto a "a necessidade de o tribunal manifestar-se duas vezes, da mesma forma, com iguais níveis de cognição, sobre as mesmas questões substantivas, apresentadas por uma dada ação direta de constitucionalidade. ”

⁷ E tanto é assim, que a Lei 9.868/99, em seu art. 12, prevê a possibilidade de ser converter o julgamento da medida cautelar no próprio mérito da ação, satisfeito alguns requisitos. Ora, como prevê tal possibilidade se ambos os pronunciamentos, em essência, não fossem a mesma coisa?

A terceira, e a mais importante para este estudo no momento, surgida quase como um modal deôntico ou um corolário das outras duas, é, considerando a ausência de partes na ação direta (essas tais como definidas em um processo subjetivo comum), considerando ainda a similitude dos pronunciamentos no mérito e na cautelar em sede de controle concentrado, nada mais natural que ambas (a principal e incidente) tivessem imediatamente a mesma abrangência quanto aos destinatários: *erga omnes*. Nesse sentido, a Lei 9.868/99, ainda no seu art. 11, § 1º, informa que a liminar deferida atinge a todos, bem como vincula diretamente os Tribunais e juízes inferiores e órgãos da Administração Pública, já que, em termos, suspende a eficácia do ato normativo questionado de forma absoluta até a manifestação final.

Pois bem, embora as considerações acima pareçam afastar os argumentos levantados na PEC n.º 130/1992 no que se refere a uma aproximação dos efeitos das decisões proferidas em sede concentrada e difusa do controle de constitucionalidade, não se pode olvidar (ainda que tal conclusão exija um determinado esforço interpretativo) que mesmo em processos subjetivos, onde a questão da compatibilidade constitucional, como sabido, surge apenas de forma incidental, as manifestações jurisdicionais da Suprema Corte devem ser consideradas de forma geral. Ora, ainda que examinada somente de forma decorrente pelo STF, em vias de recurso extraordinário, por exemplo, ou mesmo em ações de competência originária (entretanto, em casos que a questão da compatibilidade constitucional seja apreciada apenas incidentalmente), há que se reconhecer que mesmo assim, tais provimentos, embora se diga topicamente localizado nas entranhas de uma demanda puramente subjetiva, resguardam o caráter objetivo do controle de constitucionalidade. Dessa forma não haveria mais razão plausível que justificasse a diferença no alcance dos efeitos das decisões em controle concentrado, seja no mérito ou cautelarmente, e as proferidas de forma difusa.

Curiosidade a parte, impende destacar que a discussão sobre uma possível mutação constitucional, a qual, diga-se, haveria revogado, ainda que tacitamente o inciso X, artigo 52 da

Carta Federal, ganhou um interessante capítulo por conta do julgamento da Recl. 4.335/AC (rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 20/03/2013), cujos termos analisaram uma manifestação jurisdicional de um magistrado da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, Acre, que indeferiu o pedido de progressão de regime a um condenado por prática de crime hediondo. Com outros termos, a Defensoria Pública da União no Estado defendia a tese de que tal indeferimento aparentemente contrariava decisão prolatada nos autos do Habeas Corpus n.º 82.959 (rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 23/02/2006), o qual, como matéria incidental, declarou a inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei n.º 8.072/90 e admitiu, no caso concreto, a possibilidade de progressão do regime de cumprimento de pena mesmo no caso de condenados por crimes de tal natureza.

Ainda que a reclamação tenha sido conhecida e provida por vários motivos diferentes, notadamente a superveniência da Súmula Vinculante n.º 26, cabe registrar parte do voto do Relator do processo, o Ministro Gilmar Mendes, para quem a manifestação do Senado Federal conforme prevista no artigo 52, inciso X da CF/1988, ao invés de condição substantiva para a concessão de efeitos gerais, seria mero expediente voltado para dar publicidade a decisões do STF. Imaginar o contrário poderia conduzir a incongruências graves nas construções jurisprudenciais e doutrinárias relacionadas com o controle de constitucionalidade brasileiro. Seria constrangedora, por exemplo, a situação de certa lei considerada inconstitucional em determinada demanda não alcançar casos semelhantes, o que excluiria a imprescindível tutela jurisdicional para parte dos cidadãos. Em uma rápida ilustração: Lei “x” considerada incidentalmente inconstitucional e afastada em um caso de “A” face “B”, manter-se-ia perfeitamente válida para “C”, “D”, “E” e para todos os outros tuteláveis até o pronunciamento do Senado ou decisão proferida em demanda própria (o que o poderia, inclusive, nesse último caso, ser diferente em relação ao caso de “A” face “B”, em uma situação hipotética ainda mais curiosa, considerando a teoria da nulidade da lei dita inconstitucional). Ressalta-se que, no

Brasil, quanto a esse último aspecto, a lei considerada inconstitucional é tecnicamente inexistente, no mais, quanto muito, considerada ineficaz, daí o absurdo da declaração de incompatibilidade prolatada pelo STF em um controle concreto face determinado diploma necessitar de uma ulterior manifestação do Senado para valer para as outras demandas. Veja-se: o absurdo está justamente na possibilidade de uma lei dita inconstitucional para um caso manter-se intacta para outros casos enquanto o Senado não considerar a manifestação da Suprema Corte. Nesse sentido, leciona o professor Lúcio Bittencourt (1997 p.145):

Se o Senado não agir, nem por isso ficará afetada a eficácia da decisão, a qual continuará a produzir todos os seus efeitos regulares que, de fato, independem de qualquer dos poderes. O objetivo do art. 45, IV da Constituição - a referência é ao texto de 1967 - é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos. Dizer que o Senado 'suspende a execução' da lei inconstitucional é, positivamente, impropriedade técnica, uma vez que o ato, sendo 'inexistente' ou 'ineficaz', não pode ter suspensão a sua execução

Em outros termos, a busca da tão almejada segurança jurídica exige que, pelo menos em processos semelhantes, as linhas interpretativas forneçam soluções idênticas, o que se torna mais fácil caso se admita regras ou mecanismos sistêmicos que confirmam efeitos gerais para provimentos da Suprema Corte, ainda que estes contornos decisórios apareçam a partir da análise de uma demanda concreta.

Obviamente que a previsão de concessão de efeitos gerais a demandas decididas pela Suprema Corte, face uma eventual supressão do disposto no inciso X, art. 52 da CF/88, só seria plenamente viável com a instituição de mecanismos fortes, ágeis e aptos a controlar as manifestações jurisdicionais inferiores de uma maneira geral. Dessa necessidade decorrente surgem os embriões de instrumentos disciplinadores, ou melhor, condutores de uma “interpretação conforme a interpretação” dos Tribunais Superiores, como as reclamações ou os precedentes vinculantes, por exemplo.

Ciente dessas necessidades, o deputado Roberto Campos, ainda nos termos da PEC n.º 130/1992, já vislumbrava que o acréscimo de atribuições aos juízes de primeiro grau,

principalmente aos federais, embora constituísse um louvável avanço da democracia pós-1988, criou uma espécie de subversão da ordem hierárquica típica do Judiciário, na medida em que os Tribunais, em muitas ocasiões, só poderiam examinar importantes questões a partir de manifestações decorrentes inerentes ao trâmite procedimental dos recursos. Assim, a ausência de um instrumento eficaz de controle direto, como reclamações para reconhecimento das posições firmadas em precedentes vinculantes, por exemplo, poderia afastar as Cortes Superiores de grandes temas. Nesse sentido, tem-se que (1992, p.4):

[...] não é desavisado dizer que hoje um juiz de 1ª instância, mormente na Justiça Federal, em determinadas circunstâncias, é mais forte que um Ministro do STJ ou STF, que só pode julgar os grandes temas, em ações diretas de inconstitucionalidade, ou nos processos em grau de recurso.

Por fim, fixe-se ainda um último argumento pregado pela PEC n.º 130/1992 no que se refere à instituição de um mecanismo vinculante para implementação compulsória dos pronunciamentos da Suprema Corte:

É certo que à época, a declaração incidental de inconstitucionalidade e a correspondente extensão da nulidade da lei entre as partes do processo não teria força suficiente para obstar que outras casas Legislativas editassem norma com conteúdo semelhante ou mesmo com teor igual ao diploma atacado. De fato, como bem assevera Roberto Campos (1992, p.6) no texto da proposta mencionada, seria somente com a instituição do efeito vinculante que a decisão de um Tribunal que “[...] declarar a inconstitucionalidade de uma Lei do Estado A, [...] terá o condão de impedir a aplicação de norma de conteúdo semelhante do Estado B ou C.” Leite (2007, p.170) muito bem reforça o entendimento acima com um esclarecedor exemplo:

Além disso, a súmula vinculante poderá continuar sendo aplicada para fulminar outras leis de idêntico teor ao daquela considerada invalidada. Pense-se em uma súmula criada a partir de divergência judicial sobre a constitucionalidade de lei municipal responsável pela instituição da ‘taxa de iluminação pública’ no Município de Recife. Nessa hipótese, ela continuará tendo eficácia em relação a outros municípios onde existem leis idênticas àquela que ensejou a sua elaboração. [...]. O importante é que a *ratio decidendi* da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal permanece aplicável aos demais municípios onde houver a lei instituidora de ‘taxa de iluminação pública’.

A instituição da súmula vinculante nos moldes determinados pela Emenda Constitucional n.º 045/2004 ainda trouxe ao cenário nacional outra importante constatação quanto às atividades de atualização legislativa da norma balizada hermenêuticamente, que pode ser resumida com o seguinte argumento: em termos, como a súmula vinculante trata eminentemente de matérias constitucionais, ainda quando, em determinados casos, fixa interpretações sobre leis de conteúdo hierarquicamente inferior à Constituição (conclusão vista e extraída da própria previsão constitucional constante no art. 103-A da CF/88,) somente há duas hipóteses para sua revisão. A primeira, por iniciativa do próprio Supremo, que revendo seu posicionamento sobre o enunciado, pode alterá-lo ou mesmo cancelar o verbete; a segunda é uma mudança no próprio paradigma constitucional utilizado a partir da edição de uma emenda. Imagine-se, portanto, que qualquer alteração efetiva em um entendimento com interpretação sumulada (daí mencione-se mesmo qualquer tipo de alteração, desde uma revogação completa ou parcial, ou até mesmo uma reedição) só poderia ser feita por intermédio de uma emenda constitucional. Ora, se determinada súmula vinculante reconhece a inconstitucionalidade de uma lei face uma incompatibilidade material com o texto magno, é óbvio que os efeitos gerais e compulsórios dessa cristalização de uma interpretação a cargo do Supremo impedem que o Legislativo reedite espécie com conteúdo semelhante. Somente com uma alteração substancial da Carta Federal poder-se-ia considerar uma nova discussão sobre o alcance, a validade, a interpretação ou a eficácia do novo diploma atacado, e isso só se faz, pelo menos em âmbito legislativo, alterando o texto da Constituição. Veja-se, nesse rumo, as seguintes lições extraídas de Leite (2007, p.172):

Seguindo esse raciocínio, percebe-se que se a súmula vinculante decorrer de interpretação direta de enunciados constitucionais, ela só ficaria prejudicada mediante elaboração de emenda constitucional, já que lei infraconstitucional não pode modificar a Constituição. [...]. Quanto ao instrumento legislativo, acredita-se que eventual súmula vinculante resultante de interpretação direta de enunciados constitucionais apenas ficará prejudicada através de alteração desses enunciados por emenda constitucional. De fato, juridicamente, não se vislumbra solução

diversa, pois não poderia haver alteração do texto constitucional por instrumento que lhe é hierarquicamente inferior.

Observe-se, portanto, que a PEC n.º 130/1992, embora não tratasse primordialmente da instituição da súmula vinculante, pelo menos nos moldes do ordenamento atual, encampou uma interessante tentativa de alargar subjetivamente os efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade. Para isso, e como instrumento indispensável, elegeu como um dos seus principais instrumentos a concessão, por intermédio de lei complementar a ser editada, de efeito vinculante das decisões da Suprema Corte para os órgãos e agentes públicos.

1.2 Pressupostos fáticos e dogmáticos para edição da súmula vinculante

A redemocratização cobrou o seu preço e o título de Constituição cidadã, atribuído a Carta de 1988, não vem saindo nada barato. A reabertura e a nova fixação de Direitos, aliadas a um aumento considerável do sistema de garantias jurisdicionais de implementação destes mesmos Direitos (nesse ponto, não se pense apenas nos ditos remédios constitucionais individuais, mas a isso se acrescente também a valorização das instituições e funções relacionadas com a tutela de interesses difusos e coletivos) acabou por aumentar, quase que desordenadamente, a quantidade de processos distribuídos à Suprema Corte. Veja que, a título exemplificativo, no início da década de 80, mais precisamente em 1980, o STF recebeu 9.555 processos, distribuiu 9.308 e conseguiu julgar 9.007, publicando 3.366 acórdãos. Já em 1988, o número de processos protocolados subiu consideravelmente, passando para cerca de 21.330, sendo, nesse mesmo ano, 16.313 julgados com 4.760 acórdãos publicados. Mas esse era só o início do problema: em 2002 chegamos à incrível marca de 160.453 processos distribuídos,

83.097 julgados e 11.685 decisões publicadas⁸. Destaque-se que Rossen (2008, p.92), em pesquisa mais aprofundada, ainda em 1998 também alertava para o problema de acúmulo de processos nos Tribunais Superiores brasileiros, notadamente no STF. Segundo ele, “o número de casos para cada juiz no Brasil é extremamente alto, especialmente nos Tribunais Superiores. O Supremo Tribunal Federal julgou 31.283 casos e publicou 9.807 acórdãos em 1996, números absurdos para a mais alta Corte do país”. Com outra postura, continua o autor, “[...] ano passado a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou somente 171 casos e publicou 90 acórdãos. A Suprema Corte recusou-se a decidir 6.517 casos”.

É claro que não se pode simplesmente atribuir esse gigantesco acréscimo no número de processos que chegaram ao STF nos últimos 25 anos somente à redemocratização promovida pela Carta de 1988. Não se pode olvidar que, ao contrário do esperado, o Judiciário também não se modernizou e a atividade legislativa foi marcada pela “quantidade exagerada de leis, medidas provisórias e atos normativos editados sem preocupação com o impacto que poderiam causar no cotidiano das relações sociais” (SÁ, 1996, p. 86), fatores esses que, somados ao aumento das demandas repetitivas postas às portas da Justiça, terminaram por afetar diretamente a celeridade nos trâmites processuais.

Nesse sentido, é preciso reconhecer desde logo que a instituição da súmula vinculante foi justificada para combater dois dos principais problemas enfrentados hoje pelo Judiciário: a morosidade no trâmite dos processos e a insegurança inerente a determinadas decisões.

1.3 A súmula vinculante a serviço da celeridade e da segurança jurídica

Quanto à falta de celeridade no julgamento de processos, é óbvio que tal entrave foi utilizado como argumento fático para fixação da atual redação do texto constitucional, basta

⁸ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>. Acesso em: 08 jun. 2015

uma breve leitura do art. 103-A, §1º, para que se perceba que uma das funções primordiais da súmula vinculante é tratar de maneira segura e célere a multiplicação de processos sobre demandas idênticas. Para os defensores da eleição de uma “interpretação-modelo” a partir da manifestação vinculante do guardião da Constituição (ainda mais quando tal padronização atinge não somente os órgãos do Judiciário de instâncias inferiores, mas até mesmo autoridades vinculadas à Administração Pública), garantem que essa difusão hermenêutica e compulsória de entendimentos firmados pelo STF irá conferir maior rapidez ao trâmite processual, impondo a adoção da razão de decidir de um caso, sem maiores discussões, a outros semelhantes. Bem resumem a questão Pessoa e Gozetto (2007, p. 13):

A adoção da súmula vinculante contribuiria para reduzir drasticamente os inúmeros processos que sobrecarregam o Judiciário, e, como consequência, o Poder Judiciário ganharia celeridade. Devido à uniformidade nas decisões, haveria maior previsibilidade e, portanto, o ideal de segurança jurídica estaria mais bem garantido. Da mesma forma, a adoção da súmula contribuiria para a realização de um princípio de justiça, pois todos os casos iguais seriam julgados da mesma forma.

Alerta o professor Streck (2008, p. 165) para que não nos esqueçamos “que a justificação para a outorga deste poder ao judiciário está (e sempre esteve) baseada na necessidade de diminuição das demandas repetidas, algo que já foi chamado de “racionalização do judiciário”.

No que diz respeito à segurança do Direito, de acordo com Souza (2013), a solução trazida pelas súmulas vinculantes implica no trinômio certeza-previsibilidade-igualdade.

A certeza está consubstanciada na identificação clara e precisa das razões do STF frente à realização do Direito legislado nos contornos de um caso concreto. Em termo de previsibilidade, a aplicação da mesma decisão (pelo menos no que se refere aos seus fundamentos e razões) a demandas idênticas proporciona tranquilidade tanto aos jurisdicionados quanto aos próprios órgãos judicantes. Aos primeiros, pelo fato de antemão vislumbrarem potencialmente o resultado de suas pretensões ou das suas resistências a

pretensões alheias, e aos segundos de verificarem a manutenção de seus pronunciamentos e o resultado prático de suas funções. Referenciado por Dias de Souza (2013, p. 255), Sampaio (1985b, p. 14) afirma que a súmula vinculante goza de “uma espécie de stare decisis de facto, decorrente do prestígio do Supremo Pretório, da quase inutilidade de as instâncias inferiores decidirem contra a súmula, e porque nenhum julgador gosta de ver reformada sua sentença”

A súmula vinculante também tende a facilitar a implementação da igualdade nas decisões de casos com variáveis diferentes, porém com fundamentos idênticos em essência. Não se exige muito esforço interpretativo para se perceber que a fixação das razões de se decidir em determinados casos, com elementos semelhantes, consubstancia de maneira eficaz a implementação de uma prestação jurisdicional a mais possível próxima da igualdade. Argumentava Sá (1996, p. 82), que os defensores da súmula vinculante já alertavam, em sua época, que a então organização do Judiciário “acaba prejudicando o próprio cidadão, que vê situações idênticas serem tratadas de forma diversa, em detrimento do princípio constitucional da isonomia e acaba por ser destinatário de prestação jurídica de pior qualidade.”

Tudo isso, entretanto, exige um modelo hermenêutico baseado em três premissas: duas das quais, adaptando as definições de Oliveira (2008, p. 5650) seriam, em um primeiro momento, que a multiplicidade de casos existentes pudesse ser resumida, ou simplesmente identificada a partir de um elemento semelhante inerente a diferentes demandas, o qual, por sua vez, deve permitir o estabelecimento de um padrão de situações aptas a receber determinada interpretação; e, em segundo lugar, que as manifestações STF, quando enfim reduzidas a um enunciado, devem ser aplicadas de maneira idêntica a casos definidos como semelhantes ou reunidos em uma mesma categoria. Na realidade, impende destacar que o professor Paulo Henrique Blair de Oliveira discorre sobre os requisitos acima mencionados ao analisar o instituto da repercussão geral dos recursos extraordinários, também trazido ao cenário da hermenêutica constitucional pela emenda n.º 045 de 30 de dezembro de 2004, porém

perfeitamente utilizáveis para a construção dos contornos dogmáticos do instituto da súmula vinculante, tanto que servem de base para esta definição. A terceira premissa ou requisito é justamente a possibilidade de controle das interpretações inferiores pelo, digamos, hermeneuta máximo⁹, o que se tem bem definido hoje no §3º do artigo 103-A¹⁰ da Constituição Federal.

O cerne da questão, em essência, gira em torno do controle da discricionariedade das decisões judiciais individuais, principalmente em demandas semelhantes, e sempre considerando a existência de um sujeito superior com poderes para definir uma interpretação única. Streck (2014, p. 52), inclusive, localiza tal problema a partir de uma breve análise da relação indissociável entre discricionariedade/arbitrariedade proporcionada por uma interpretação valorativa dos textos legais. Fixa que por discricionariedade devemos entender o movimento realizado pelo aplicador do Direito na busca de “criar a solução adequada para o caso que lhe foi apresentado a julgamento”. Nesse sentido, é óbvia a diferença, por exemplo, entre a discricionariedade judiciária, tal qual como conceituada, e a discricionariedade administrativa, esta última definida como o espaço, sempre balizado pela lei, no qual o administrador público pode agir de acordo com a oportunidade e conveniência de qualquer ação em relação ao interesse público. Para o autor, destaque-se ainda que, considerando que a atividade interpretativa sempre cria novos espectros de concepção da verdade, seria ilógico ou imaturo distinguir de maneira estanque os conceitos de discricionariedade e arbitrariedade.

O grande impasse da concepção da discricionariedade como elemento indissociável do movimento hermenêutico-jurídico está, entretanto, está no excesso dessa estreita relação. Veja que Streck (2014, p. 53) afirma que “em qualquer ‘espaço’ de sentido – vagezas,

⁹ Ou “alto tribunal”, na expressão utilizada por Mendes, Coelho e Branco (2007, p. 914)

¹⁰ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso

ambigüidades, cláusulas ‘abertas’ etc. -, o imaginário dos juristas vê um infindável terreno para o exercício da subjetividade do intérprete. ” O problema, continua o professor gaúcho, ganha maior agudez quando o juiz, por exemplo, supõe tal espaço maior ainda do que ele realmente é:

Em resumo: não creio que a discricionariedade possa ser justificada na tese da “diferenciação com o conceito de arbitrariedade” ou em algo do tipo “discricionariedade, sim; arbitrariedade, jamais”. Esse argumento – simplista, diga-se de passagem – tão somente coloca a discussão no plano de um positivismo que supera outro positivismo, como se a discricionariedade tivesse uma legitimidade a priori, ou seja, para superar a maldição do exegetismo [...]. (STRECK, 2014, p. 56-57)

Mais além, na realidade, por tudo já exposto, o que realmente se procura com a instituição da súmula vinculante no nosso ordenamento jurídico, no que se refere à manutenção da segurança e confiabilidade das decisões dos juízes, é especificamente a sua racionalidade. Racionalidade aqui entendida como coerência das manifestações jurisdicionais face o ordenamento posto, traduzível perfeitamente trinômio certeza-previsibilidade-igualdade. Perceba-se, portanto, que o sentido do movimento dessa busca parece apontar para um sistema onde a discricionariedade deve ser diminuída, isso por sua estreita relação com a arbitrariedade, com bem lembrou Streck, e a relação dessa mesma arbitrariedade com o aumento da insegurança dos pronunciamentos jurisdicionais.

Weber (1987, p. 510), inclusive mencionava que tal aspiração à racionalidade substancial nada mais representava que a negação a fundamentações ou apreciações valorativas individuais e casuísticas, sejam estas éticas, sentimentais, políticas ou de qualquer outra espécie, nas decisões dos juízes e Tribunais. Para Weber, portanto, a atividade do julgador em um sistema de Direito racional, resumia-se a simples subsunção do fato à norma positiva, sem nenhum, ou com pouquíssimo espaço, para a apreciação individual do aplicador. Nesse sentido, a imposição da súmula como modelo interpretativo vinculante, muito mais compulsória que um mero ponto de partida argumentativo, como um topoi, por exemplo, encaixa-se perfeitamente nessa definição. Ora, considerando que a realização do Direito deve guardar o

mínimo possível de interferência dos valores pessoais do aplicador, presume-se que em um sistema organizado, as decisões dos mais diversos juízes deverão ser semelhantes, logo não há óbice, pelo contrário, incentiva-se a adoção das súmulas enquanto instrumento hermenêutico.

1.4 A instrumentalidade das súmulas vinculantes

Despido de qualquer preconceito relacionado com a possibilidade do Judiciário inaugurar a ordem jurídica e efetivamente legislar (aliás, pelo contrário, como se verá adiante nesta mesma dissertação), é forçoso reconhecer que a súmula vinculante, nos moldes propostos pela Emenda Constitucional n.º 045/2004, pelo menos em sua gênese, surge com um instrumento hermenêutico, com o objetivo, como defende Pessoa e Gozette (2007, fl. 14), de “unificar interpretações conflitantes dando um entendimento coeso a respeito da aplicação e interpretação de norma, garantindo assim, segurança e certeza jurídicas e maior celeridade ao sistema de justiça brasileiro.”

Não é tão difícil comprovar a instrumentalidade das súmulas na prática, basta uma breve análise nos seus processos de aprovação. Assim, por exemplo, em relação à Súmula Vinculante n.º 02, que em seu enunciado fixa que “é inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias”, todos os precedentes utilizados para justificar as “reiteradas decisões sobre matéria constitucional” são ações diretas de inconstitucionalidade, precisamente as ADI 2.847/DF, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 26.11.2004; ADI 3.147/PI, rel. Min. Carlos Britto, DJ 22.09.2006; ADI 2.996/SC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 29.09.2006; ADI 2.690/RN, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 20.10.2006; ADI 3.183/MS, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 20.10.2006; ADI

3.277/PB, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 25.05.2007.¹¹. No mesmo compasso, cite-se ainda como exemplo o disposto no processo de edição da Súmula Vinculante n.º 04, a qual cristalizou o entendimento da Corte Suprema que, “salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial”. Nesse caso, entretanto, com a diferença que o lastro argumentativo que demonstrou a pacificação de entendimento interpretativo no Tribunal, em relação à determinada matéria constitucional, é composto exclusivamente por decisões proferidas em Recursos Extraordinários.

Pois bem, visto isso, como imaginar a necessidade de instituição de uma Súmula Vinculante para difundir os fundamentos decisório de várias ADI's firmadas no mesmo sentido, quando estas mesmas ADI's, por si só, já tem efeito *erga omnes* e compulsório? Ou qual a necessidade deste mesmo expediente para fixar o entendimento já prolatado em vários RE's, quando o próprio Supremo já admite a reclamação direta para garantir a implementação de suas decisões?

Veja que, por tudo já exposto, as perguntas anteriores poderiam ser facilmente respondidas a partir da exposição da necessidade de se conferir mais rapidez e segurança a um posicionamento já consolidado na Corte por intermédio de um mecanismo hermenêutico, no caso, a súmula vinculante.

Imagine o seguinte: nos países com formação jurídica consuetudinária e adeptos do *stare decisis*, por tradição, os órgãos inferiores vinculam-se “naturalmente”, pelo menos quanto à parte dispositiva e aos motivos determinantes, à manifestação das Cortes Superiores, o que, via de regra, desonera o aplicador de uma fundamentação mais complexa em suas decisões, resumindo-se, tal fundamentação, quase sempre a contextualização, ou melhor, a uma espécie

¹¹Em:http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=2_NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes. Acesso em 08.jun.2015

de subsunção fática da demanda julgada aos fatores que justificaram a decisão do caso paradigma. Esse caminho, por sua vez, além de conferir maior celeridade ao sistema judiciário, demonstra a sua consistência e coerência quanto ao oferecimento de respostas semelhantes a casos semelhantes.

Buscar soluções para os problemas de racionalidade e celeridade em sistema judiciário de tradição civilista a partir dos institutos do *stare decisis*, obviamente exigiria, ainda que que momentaneamente, mecanismo de adaptações para a alteração paulatina da realidade e dos costumes. Definitivamente um ordenamento com tradição romanística não admitiria com tranquilidade um argumento de controle das manifestações jurisdicionais a partir de uma vinculação a precedentes prolatados por Tribunais Superiores sem que esta hipótese estivesse prevista nesse próprio ordenamento, isso considerando o apego da tradição *civil law* às leis, às codificações e a outros atos normativos de uma maneira geral. Dessa necessidade então surge a súmula vinculante, como instrumento de índole positivo-constitucional criado para permitir a cristalização e a transmissão hermenêutica compulsória do entendimento da Corte Superior, e não só para os órgãos judiciários inferiores, mas também para toda a Administração Pública. Nisto revela-se a instrumentalidade ou mesmo a artificialidade do instituto: criar ou forçar a adoção de algo que oferecesse soluções aos problemas acima aos moldes do que o *stare decisis* proporciona nos sistemas de Direito organizados na tradição *common law*.¹²

12 Segue como pressuposto indispensável para a compreensão da agudeza do problema de realização hermenêutica nacional, o entendimento da tradição jurídica brasileira, que por sua vez surge como um modelo sincrético da tradição inglesa, alemã e francesa na identificação dos atores responsáveis por esta implementação e na definição de seus papéis no Direito. Mistura-se, segundo Streck (2014), sem muito cuidado, a prevalência dos juízes anglo-saxões na formulação dos precedentes judiciais típicos do Direito consuetudinário, o apego francês à codificação e às leis como fonte de exteriorização do fenômeno jurídico-normativo e a produção acadêmica de conhecimento, conforme preconizados pelos alemães. Vez por outra, “independentemente das respostas que possam ser oferecidas a esses questionamentos, parece claro que esse ‘ecumenismo jurídico’ tem graves conseqüências no plano da operacionalidade” (2014, p. 29). Um exemplo prático à justamente a súmula com conteúdo vinculante e sua aplicação vacilante na realidade brasileira. Trata-se de eminente instituto de *comom law*, adaptado a um sistema civilista que, em determinados momentos, produz distorções na própria busca da verdade.

Acontece que existem outros mecanismos com a mesma função, ainda que não tão emblemáticos, porém aparentemente menos traumáticos. Cite-se, por exemplo, a possibilidade já mencionada e reconhecida pelo STF de Reclamação para garantir a implementação de suas decisões, inclusive as proferidas em sede de Recurso Extraordinário. Na realidade, destaque-se que a própria existência de mecanismos alternativos à súmula relacionados com o controle de jurisprudência já seria uma primeira objeção, dentre outras que veremos a seguir, levantada por aqueles que atacam a adoção do instituto pelo Direito brasileiro. Argumenta-se pela desnecessidade de criação de um expediente hermenêutico para fixar uma interpretação constitucional da Corte Suprema, a despeito da existência de outros já plenamente difundidos pelo sistema recursal contemporâneo. E isso aliado a uma evidente falta de controle majoritário de uma possível produção legislativa que poderia ser (ou de fato, é) exercida pelo STF em nome de um movimento efetivamente criador ou inovador da ordem jurídica, ou seja, aparentemente não haveria uma solução simples para se controlar a atividade legislativa possivelmente assumida pela Suprema Corte. Em relação a esta dificuldade, ROCHA (1996, p.10) exemplifica mencionando que, “ dois terços de Supremo Tribunal têm poder superior a três quintos do Congresso Nacional. ”. Perceba que, caso o STF jamais venha alterar ou cancelar determinado o enunciado regularmente instituído para fixar interpretação de certo dispositivo formalmente constitucional, somente uma mudança do paradigma constante no texto da norma balizada, através de uma emenda, que exige quórum qualificado, poderia se justificar uma alteração dessa súmula vinculante.

1.5 A não instrumentalidade da súmula vinculante

Assim como não é raro encontrar processos de criação dos precedentes compulsórios que evidenciam seu caráter instrumental ou decorrente face à atividade legislativa regular

interpretada pela Corte Superior, também não é difícil citar exemplos de súmulas vinculantes que carregam comandos gerais e abstratos que muito se assemelham às espécies normativas. Tem-se, nesse sentido, a Súmula Vinculante n.º 11¹³, que ante a falta de clareza ou taxatividade do ordenamento processual penal pátrio, define regras para a utilização das algemas em presos durante as prisões ou atos processuais.

Fixe-se que o objetivo desse tópico, no momento, é apenas demonstrar a existência de súmulas vinculantes que verdadeiramente se aproximam de atos normativos de caráter formal e geral ao complementar ou mesmo suplementar o ordenamento jurídico, sem adentrar, portanto, como maior profundidade na aparente existência de um poder normativo de cunho abstrato conferido pelo instituto ao Supremo Tribunal Federal. Tal hipótese, ressalte-se, será abordada nas linhas futuras desse trabalho como uma espécie de corolário resultante da aplicação do entendimento dos postulados da hermenêutica filosófica gadameriana à concepção teórica e prática da súmula vinculante desenvolvida na realidade brasileira.

1.6 Das questões jurídicas e filosóficas a serem enfrentadas

Tem-se certo, por hora, que existem duas categorias distintas de súmulas, as de natureza instrumental, que traduzem a cristalização de um entendimento firmado pelo STF em vários julgados distintos sobre o mesmo tema (julgados, por vezes, externados em ações ou mecanismo que já possuem efeitos vinculantes) e fixam um modelo de observância obrigatória para os órgãos inferiores; e súmulas de natureza não-instrumental, de caráter mais abstrato, quem complementam ou suplementam, por vezes inovando, a ordem jurídica.

¹³ Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado

Esse é o cerne da questão a ser tratada, ou seja: até que ponto a existência de súmulas vinculantes instrumentais retiram do aplicador a suas convicções pessoais e técnicas sobre uma demanda posta ao seu crivo? Há, de fato, uma patente ofensa ao Direito de ação conferido ao cidadão quando esse tem sua demanda considerada por um juiz sem o livre convencimento, ou seja, um juiz que deve se pautar em uma solução já fixada por outros juízes (ainda que componente de Tribunais Superiores) mesmo diante da possibilidade de que a leitura do aplicador originário da norma, por influência de suas pré-compreensões e pré-conceitos da carga axiológica do próprio ordenamento sejam diferentes?

E quanto às súmulas vinculantes não instrumentais? Como fica a manutenção do equilíbrio democráticos das instituições quando se confere ao STF, além da função de legislador negativo inerente às suas atividades contramajoritárias, a possibilidade de efetivamente criar e inovar a ordenamento jurídico? Leite (2007, p. 6), em conciso raciocínio levanta os seguintes questionamentos:

Podem ser extraídos do âmbito doutrinário os seguintes questionamentos a respeito de tais súmulas: por serem dotadas de força vinculante, as súmulas deixariam de exercer uma função meramente persuasiva, passando a ter “força de lei”? Ao serem equiparadas às normas legais, elas não representariam uma ofensa à formação democrática da lei a partir da vontade geral representada pelo Congresso Nacional (princípio da legalidade, art. 5º, II, da CF)? Por essa razão, não haveria um ataque ao princípio da separação dos poderes (art. 60, §4º, III, da CF)? Ao criar uma súmula com efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal deixaria de ser um “legislador negativo” para se transformar em um “legislador positivo”?

Em arremate, espera-se que tais problemas sejam pelo menos, se não esclarecidos, bem analisadas a partir da hermenêutica filosófica gadameriana, haja vista que em um campo de estudo influenciado não apenas pelo aspecto jurídico das questões acima postas (mas também eminentemente hermenêutico-filosófico) devem-se destacar pontos de outra ordem,

como por exemplo, qual realmente a verdade obtida em um processo interpretativo que simplesmente desconsidera as pré-compreensões e pré-conceitos do aplicador? Qual o real impacto do estabelecimento de um modelo fixo de interpretação, com a conseqüente criação de um novo texto normativo (súmula vinculante), em relação ao giro ontológico proposto por Gadamer, onde se fundem os horizontes interpretativos do emissor e do intérprete dos textos e quando interpretação/compreensão/aplicação se reúnem em um único movimento? Vejamos em seguida.

2 DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA GADAMERIANA

2.1 A hermenêutica filosófica como reação à razão instrumental.

Hans-George Gadamer, caso não o precursor inicial de uma corrente finalmente denominada hermenêutica filosófica, provavelmente foi um dos seus mais fiéis e constantes defensores.

Gadamer desenvolveu boa parte de sua obra¹⁴ como uma reação filosófica à hermenêutica tradicional, que é justamente aquela ambientada e desenvolvida durante a modernidade, marcada, portanto, pela forte influência dos ideais e postulados positivista, os quais trazem como princípios básicos comuns a qualquer área de produção de conhecimento humano, os valores inerentes a busca por resultados dentro dos conceitos admitidos pelo racionalismo científico.

A hermenêutica, sob esta ótica, resume-se a mais um método, obrigatoriamente dotado de requisitos racionais, que tem por função precípua, senão única, demonstrar uma verdade que pode ser testada e comprovada empiricamente. Popper (1996, p. 110), ao analisar as propostas do movimento baconiano de renovação científica, ilustra bem o início do período de extremo rigor racionalista questionado por Gadamer:

O determinismo teológico foi substituído pelo determinismo científico, e o livro do destino pela previsibilidade da Natureza. Em resumo, a onipotência onisciência divinas foram substituídas pela onipotência da Natureza e pela onisciência virtual da ciência natural. [...]. Tudo o que era necessário era aproximar-nos da deusa natureza com uma mente pura, livre de preconceitos, e ela prontamente nos entregaria os seus segredos.

¹⁴ LAWN (2007, p.65) afirma que o estabelecimento das bases teóricas da hermenêutica filosófica deu-se no livro *Verdade e Método*, segundo ele: “em verdade e método, com o subtítulo de “esboço de uma hermenêutica filosófica”, Gadamer estabelece uma hermenêutica filosófica através do pensamento de que todos os aspectos do pensamento humano pressupõem uma dimensão hermenêutica [...]”

Impossível também não citar, exatamente nesse ponto, as advertências feitas por Oliveira (2014, p.4) quanto às inclinações dos estudos jurídicos dessa época:

Acontece que, desde o século XIX, as discussões metodológicas e interpretativas sobre o Direito articulam a hermenêutica no sentido de uma disciplina jurídica auxiliar, que tem por finalidade esclarecer as obscuridades das leis para aprimorar, através de uma interpretação teórica, o processo de aplicação do Direito. A interpretação é vista aqui, portanto, como uma tarefa abstrata que antecede o momento prático aplicativo. De se ressaltar que, no interior deste entendimento, solvidas as questões teórico-interpretativas por meio dos vetustos métodos de interpretação – desenvolvidos ainda no seio do paradoxal historicismo alemão pelo gênio de Savigny – a aplicação do Direito se daria de forma neutra e imparcial, ainda que, nos casos de lacuna, fosse utilizada a aplicação analógica de outro dispositivo intrassistêmico.

Nesse contexto, a grande inovação ou traço distintivo da teoria gadameriana reside na ruptura de uma possível relação de subordinação, ou mera instrumentalidade, existente entre a interpretação construída em um ambiente moderno-racionalista e as ciências que dela se utilizam. Gadamer ressalta (1997, p. 35), inclusive, uma “espécie de independência” entre o fenômeno da compreensão e os rigores metodológicos pregados pelo positivismo na busca pela verdade absoluta:

Na sua origem, o fenômeno hermenêutico não é, de forma alguma, um problema de método. O que importa a ele em primeiro lugar, não é a estruturação de um conhecimento seguro, que satisfaça aos ideais metodológicas da ciência – embora, sem dúvida se trate também aqui do conhecimento e da verdade. Ao se compreender a tradição não se compreende apenas textos, as também adquirem juízos se reconhecem verdades.

Em termos paradigmáticos, portanto, a hermenêutica filosófica, enquanto teoria do entendimento, surgiu como uma espécie de reação aos rigores da modernidade expostos principalmente no apego ao procedimento racional traduzido normalmente na fria relação estabelecida entre sujeito observador, objeto examinado e instrumentalidade do método.

Além das breves passagens acima destacadas, é esclarecedor reproduzir as palavras de Streck (2014, p. 117), que bem complementam a caracterização dos ânimos e do momento histórico que permitiram a reação e a escalada das lições de hermenêutica filosófica:

Daí o necessário esclarecimento: o pensamento de Heidegger deve ser analisado a partir da situação hermenêutica (hermeneutische Situation) em que se encontra então o jovem filósofo e a filosofia. Com efeito, depois da crise das teorias globais

– sobretudo das teorias ligadas ao pensamento filosófico. Essa desagregação se deve em parte ao surgimento das ciências humanas que começavam a se afirmar com autonomia. No meio dessa desagregação, começam a surgir, nos anos 10 e 20, as neofilosofias (neokantismo, neoaristotelismo, neo-hegelianismo, neomarxismo ect.). É o campo propício para o renascimento e o retorno às teorias do conhecimento, chamadas de epistemologias. O problema fundamental da filosofia nos anos 20 era, pois, o problema da justificação do conhecimento.

Frise-se, entretanto, que esta proposta de superação da razão enquanto elemento esvaziador do conhecimento deve ser entendida com cautela. Não significa, em hipótese alguma, que a hermenêutica filosófica seja um modelo que se estabeleça em bases metafísicas, irracionais ou simplesmente pregue, por qualquer outra forma, a superação da cultura e da produção eminentemente humana do conhecimento. Pelo contrário.

De uma leitura atenta da obra de Gadamer, é possível perceber aquilo que se procura afastar da concepção de processo de entendimento, o que, de uma maneira geral, são as concepções de mundo centradas exclusivamente naquilo chamado, em momento distinto, por Adorno e Horkheimer (1991), de razão de instrumental.

Assim, resgatando os ensinamentos dos professores alemães (ADORNO E HORKHEIMER, 1991, p.21) vê-se que “no trajeto para a ciência moderna, os homens renunciaram ao sentido e substituíram o conceito pela fórmula, a causa pela regra e pela probabilidade.” Ressalte-se que, para esses autores, o movimento racional que impulsionou a modernidade desde os idos do iluminismo (relacionados, em linhas gerais, com a superação do homem individual em relação ao método, responsável pela ligação entre sujeito e objeto), exacerbou-se e atingiu níveis de total desconsideração do ser humano e da sua interferência na busca pela verdade, ao ponto de focar todo entendimento idôneo somente no procedimento.

2.2 A influência das pré-compreensões e pré-conceito do intérprete sobre a busca da verdade.

Em outros termos, a hermenêutica filosófica altera o sentido da busca interpretativa: o método deixa de ser foco único, e a influência de fatores externos, sejam pessoais ou culturais, passa a ser considerada na busca pela verdade e pelo entendimento inerente à produção do conhecimento humano. Cabanillas (2005, p. 141), ao discorrer sobre a mudança de foco promovida pela busca superação da razão instrumental, já destacava a importância do trabalho de Heidegger e Gadamer para a virada hermenêutica então almejada:

[...] la Hermenéutica Filosófica (esto es, de los estudios desarrollados a parti de M. Heidegger y de su discípulo, H. G. Gadamer), los cuales hacen pie sobre el giro decisivo en favor de la admisión de la centralidad del 'sujeto' (uno sujeto dota de 'precomprensiones', esto es, de una determinada "formación" desde la cual valora la realidad del fenómeno jurídico), en la elucidación del derecho concreto.

Gadamer, sem sombra de dúvida, foi o mais brilhante discípulo de Heidegger, dele herdando a consciência do protagonismo do ser humano na produção do conhecimento e a idéia de facticidade, ou história factual, vista como elemento indissociável dos movimentos de compreensão. Não é exagero, portanto, creditar ao prévio trabalho de Heidegger, a noção gadameriana referente à consideração dos elementos de pré-juízos individuais como variáveis aptas a efetivamente suggestionar o processo hermenêutico. Destaca Sparenberger (2003, p.184):

HANS-GEORGE GADAMER pretende liberar a hermenêutica da alienação estética e histórica para estudá-la em seu elemento puro de existência humana. E HEIDEGGER será a principal referência dessa postura que se caracteriza por explicar a compreensão como forma de definir o Daisen (ser-aí). O que nos é dado a entender acerca da existência humana, com sua finitude, sua mobilidade, sua projeção para o futuro, em suma, sua precariedade, tudo isso pertencerá à forma primordial do compreender. Por isso GADAMER vai dizer no início de sua obra Verdade e Método, que a compreensão pertence ao ser que se compreende.

Perceba-se, portanto, que a influência das concepções prévias dos intérpretes detectada por Gadamer no movimento de compreensão, por si só, não representava uma quinada

epistemológica em relação aos estudos já desenvolvidos pela hermenêutica filosófica, na exata medida que já havia sido denunciada em trabalhos anteriores assinados por outros autores. Assim, muito bem destaca o professor Bello Filho (2003, p.84) as colocações de Heidegger sobre o assunto:

Com muita pontualidade, HEIDEGGER afirma que “toda interpretação que se coloca no movimento de compreender já deve ter compreendido o que se quer interpretar. O “pré-conceito”, ou a concepção prévia, é a certeza de que toda pergunta hermenêutica acompanha uma resposta prévia que se constrói a partir da realidade do sujeito.

Quanto à facticidade heideggeriana, traduzida na simples definição de “fato em seu ser-fato, ou seja, justamente aquilo do qual não se pode voltar atrás” (GADAMER, 2002, p. 282), perceber-se-á, nas linhas futuras deste trabalho, que um dos fundamentos do movimento que descreve o processo de compreensão gadameriano está justamente centrado na constatação de que as interpretações anteriores alteram de maneira permanente as concepções subjetivas do leitor, o qual, após análise de um texto, jamais será o mesmo (o leitor) em uma interpretação seguinte.

Pois bem, nesse momento, o que se deve ter em mente é que, em Gadamer, é impossível construir um modelo interpretativo absolutamente neutro, livre das idéias, dos pré-conceitos, da tradição e dos valores individuais inerentes a cada hermeneuta. Como exposto anteriormente, a neutralidade é um mito imposto pelo racionalismo científico¹⁵ e que deve ser superado. Fernandez-Largo (1992, p. 67), identifica este compromisso ao afirmar que “la teoría gadameriana se erigió con el propósito de desvelar aquellas deficiencias de la ilustración y, en concreto, aquélla por la que pretendía un acceso inmediato a la verdad, prescindiendo de forma de tradición y de presupuestos en la misma razón.”

¹⁵Gadamer refere-se a este movimento com o termo *Aufklärung*. De acordo com seus ensinamentos (1997, p. 407), “uma análise da história do conceito mostra que é somente no *Aufklärung* que o de preconceito recebeu o matiz negativo que agora possui.”

Conclui-se assim, que um dos principais problemas identificados pelo professor alemão relativos à compreensão está relacionado diretamente à resistência firmada sobre o reconhecimento da influência dos pré-conceitos como variantes e elementos estruturantes de todo entendimento. Nessa esteira, de acordo com Gadamer (1997, p.406) “somente um tal reconhecimento do caráter essencialmente preconceituoso de toda compreensão leva o problema hermenêutico à sua real agudeza”. Coelho (2010, p. 87) inclusive, ao mencionar a influência dos valores prévios individuais na formação dos juízos interpretativos já informava que:

O maior preconceito é negar-se a existência dos preconceitos, até porque isso nos condena a continuar subjugados a ele; só “vencemos” um preconceito quando, para o bem ou para o mal, nos damos conta da sua existência como preconceito. Um preconceito, em si mesmo, não é bom nem é mau, é apenas um preconceito, que pode ser “racionalizado” e, assim, transformar-se em conceito. Ter um preconceito é ser objeto e não sujeito desse preconceito. Mas, não será tudo isso também um preconceito?

Pois bem, assumindo tal postura, Gadamer afasta-se dos rigores metodológicos excessivos da modernidade e ruma ao reconhecimento da influência dos elementos eminentemente humanos no processo de conhecimento, ou seja, passa a admitir que os pré-conceitos, pré-compreensões, pré-juízos e valores coletivos da tradição enraizados no intérprete passem a constituir variáveis indissociáveis da formação do conhecimento¹⁶.

2.3 Do movimento ontológico positivo: o círculo hermenêutico

Destaque-se que, em perspectiva, para a hermenêutica filosófica, embora impescindíveis os fatores acima expostos, eles não são os únicos. É preciso perceber que o

¹⁶ Novamente recorrendo aos esclarecedores posicionamentos de COELHO (2010, p. 73), impende mencionar que: A compreensão implica sempre uma pré-compreensão que, por sua vez, é prefigurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela seus preconceitos. A pré-compreensão constitui-se aleatoriamente pela integração de múltiplos fatores biológicos, psicológicos, sociais e culturais que, em conjunto, compõem a personalidade concreta de cada indivíduo, como unidade complexa e dinâmica, em permanente configuração. Nesse sentido, o homem não é, ele vai sendo isto e aquilo, porque está sujeito a constantes transformações, uma realidade que é precisamente, nosso privilégio ontológico. Ninguém se banha duas vezes no mesmo rio.

entendimento se constrói em uma espécie de movimento espiralado onde são constantemente observados, além dos valores inerentes ao intérprete, uma antecipação do sentido do texto e das próprias compreensões e objetivos do emissor, em uma espécie de fusão de horizontes interpretativos em aspectos subjetivos e objetivos.

Antes é importante deixar bem esclarecido que aquilo que Gadamer chama de fusão de horizontes é justamente o cenário surgido pela mescla das tradições e das pré-compreensões tanto dos autores como dos intérpretes anteriores do texto (fusão subjetiva), bem como o encontro entre a compreensão e a linguagem (fusão objetiva).

Porém, não é exagero estender o conceito rumo à unificação de panoramas não só humanos ou objetivos, mas também temporais. Bem destaca Santiago (2012, p. 246) que “ao olhar para o arcabouço que emana da tradição, o intérprete encontra um horizonte referencial que, por seu turno, funde-se com outro, dado pela realidade vigente”. Nesse sentido, continua o autor, “presente e passado se unem para fornecer os pilares necessários para que novos destinos possam ser perseguidos, em uma constante evolução que se dá, contudo, sem rupturas”. Gadamer (1997, p. 549), esclarecendo tais variáveis, menciona que:

Na finitude histórica de nossa existência está o fato de que sejamos conscientes de que, depois de nós, outros compreenderão cada vez de maneira diferente. Do mesmo modo, para a nossa experiência hermenêutica é inquestionável que é a mesma obra – cuja plenitude de sentido se manifesta na transformação da compreensão – que permanece como é a mesma história, cujo significado continua-se determinando incessantemente. A redução hermenêutica à opinião do autor é tão inadequada como nos acontecimentos históricos, a redução à intenção dos que atuam neles.

Impende destacar especificamente nesse ponto, que, para Gadamer (1997, p. 576), a suposta existência de uma fusão subjetiva nas raias interpretativas, ou seja, a possibilidade de se buscar o sentido do objeto interpretado a partir de uma fusão de valores inerentes tanto ao emissor como ao leitor do texto, deve ser encarada com cuidado, haja vista que os “conceitos normativos como a opinião do autor ou a compreensão do leitor originário não representam, na realidade, mais que um lugar vazio que se preenche de compreensão, de ocasião em ocasião”.

Tais lições, entretanto, devem ser compreendidas com reserva. Obviamente que não é preciso conhecer ou identificar o autor do texto posto em análise, nem se preocupar exaustivamente com as suas influências culturais que condicionaram a confecção do objeto examinado, muito embora tais variáveis devam ser observadas como elementos componentes da própria tradição que envolveu a elaboração do objeto interpretado. Nesse sentido, fixe-se que uma eventual busca dos fatores que cercaram os emissores e determinaram a produção do conhecimento não podem ser completamente olvidados na formação dos sentidos e significados. Segundo COELHO (2010, p. 55):

[...] conhecer o autor não é necessariamente sabermos o seu nome, até porque poderemos trocá-lo por uma sigla. Mais relevante será, no entanto, conhecermos o seu ambiente histórico e cultural, o mundo em que ele deu à luz ao texto. Mas se possuímos informações seguras ou bem prováveis a respeito do autor, nada impede que as utilizemos para interpretar o seu texto, desde que efetivamente, elas se mostrem para tanto.

A par de tais esclarecimentos, impende destacar, na ótica gadameriana, uma terceira dimensão horizontal, que seriam os resultados das interpretações anteriores levadas a efeito pelo atual leitor em uma visita inicial a novos textos, ou mesmo em uma revisitação aos documentos já investigado. Esta dimensão estaria diretamente relacionada com a alteração das perspectivas axiológicas do leitor promovida por cada interpretação nova. Veja:

O que se procura revelar é que as interpretações anteriores, seja do mesmo texto ou ainda de outro diferente, são variáveis perfeitamente capazes de alterar o sentido dinâmico ontológico positivo¹⁷ da antecipação de entendimentos inerentes ao ato de (re) interpretar.

Destaque-se que esse aspecto ontológico positivo destacado por Gadamer (1997), está relacionado com a idéia de que nenhuma interpretação parte e circula no vazio ou na neutralidade, ou seja, nenhum entendimento surge sem considerar os conceitos e pré-conceitos

¹⁷ Sentido ontológico positivo nada mais é do que a definição de projetos interpretativos assumidos por um hermeneuta que se propõe a compreender determinado texto, o que, não raramente, é influenciado pelos objetivos da leitura das convicções pessoais dos intérpretes.

inerentes ao hermenêutica¹⁸, inclusive aqueles adquiridos por conta de interpretações anteriores. Revela Fernández-Lago (1992, p. 62) que, para o professor alemão, “en la comprensión hay un círculo que va de la precomprensión a la cosa, efectuando así un contraste con las cosas mismas, sin permitir que la interpretación se aferre a una opinión hecha.”

Esse movimento estabelecido entre o texto e o sujeito, definido como círculo hermenêutico¹⁹, tem como pressuposto devolver todo o objeto examinado ao intérprete, entretanto, em um outro nível de partida para a compreensão, já que tal fenômeno, como tenho dito, segundo Gadamer, nada mais é que o resultado das fusões de percepções subjetivas e temporais inerentes ao leitor derivado.

Provavelmente, umas das melhores e mais didáticas ilustrações do movimento circular da interpretação é a fornecida por Lawn (2007, p.68). Segundo ele:

Quando estamos lendo, estamos sempre antecipando um significado total do texto: a resolução de conflitos narrados, o final da estória, etc. O leitor tem sempre em mente um desejo de fazer com que todas as partes individuais do texto se encaixem, antecipando o significado total do livro. O significado do livro é visto como um desenrolar dos acontecimentos e o final do livro como sua resolução. Ao mesmo tempo, enquanto antecipamos o significado total, estamos sempre no processo de ler uma pequena parte do trabalho; primeiro uma palavra, depois uma sentença, depois um parágrafo. Estas partes contribuem com o significado total do trabalho, portanto podemos falar aqui sobre um movimento constante entre partes e o todo. Os significados das palavras em um texto não devem ser considerados isoladamente, mas sim como unidades de significados que estão em constante processo de modificação em relação ao significado total implícito no texto.

Repetindo as ideias acima, reforça-se aquilo que se precisa compreender nesse ponto: a construção do entendimento interpretativo a partir de uma dinâmica circular preconizada na teoria gadameriana, relaciona-se intimamente com a existência de estruturas prévias, ou de pré-

¹⁸ Gadamer (1997, p. 401) define, antes de analisar os impactos e possibilidades oferecidas pelo modelo de compreensão de Heidegger, notadamente aquele inscrito e denominado círculo hermenêutico, os principais aspectos epistemológicos desta teoria interpretativa: “O que Heidegger diz aqui não é em primeiro lugar uma exigência à *praxis* da compreensão, mas, antes, descreve a forma de realização da própria interpretação compreensiva. A reflexão hermenêutica de Heidegger tem o seu ponto alto não no fato de demonstrar que aqui prejaz um círculo, mas, antes, que este círculo tem um sentido ontológico positivo”.

¹⁹Essa ideia de construção do entendimento a partir de um círculo hermenêutico não é, de fato, originalmente gadameriana. Segundo o professor Bello Filho (2003, p.86), “o projeto que surge com o sujeito observador é o primeiro degrau do procedimento hermenêutico proposto por HEIDEGGER e descrito e defendido por GADAMER.”.

compreensão, inerentes ao intérprete e à tradição que o cerca e cerca o texto. Na tentativa de aumentar a clareza, tem-se que:

Primeiro já se sabe que tais estruturas fundamentam e influenciam as expectativas ontológicas do leitor face o objeto posto à sua análise. O que se deve deixar bem claro é que tais expectativas são apenas projetos iniciais, antecipações de sentidos que podem perfeitamente ser revistas durante o processo de compreensão, a par de valores outros surgidos durante a leitura, como os emanados da própria tradição, por exemplo. Conforme bem assevera Grau (2003, p. 103), “a compreensão do texto consiste na elaboração desse projeto prévio, que deve ir sendo constantemente revisado, com base no que vai resultando conforme se avança na penetração do sentido”.

Daí sim se revela o movimento circular da hermenêutica: a partir de uma interação constante entre o leitor e o texto, ou entre o todo e a parte (que não raras vezes se fundem e produzem um outro nível de entendimento) é que surge a compreensão. Perceba-se, portanto, que considerando a hermenêutica sob esse aspecto, a função da interpretação é, primordialmente, tornar certas as pré-compreensões do sujeito em relação aos valores extraídos do objeto em um eterno movimento de harmonização de horizontes até um resultado racionalmente adequado.

Impende destacar que esta dinâmica circular que relaciona a compreensão, o sujeito e objeto da análise, jamais se esgota em um único movimento. Os projetos ontológicos inerentes aos hermeneutas se renovam sempre que o leitor se propõe a reinvestigar o texto. Acontece que não é raro que esse mesmo leitor (ao visitar o texto), ainda influenciado por suas interpretações anteriores, encontre tanto o seu projeto, como os valores emergentes do objeto, em outro nível de compreensão. Em outras palavras:

A visita inicial de um intérprete em um determinado texto é influenciada pelos elementos de sua pré-compreensão sobre o tema, bem como pelos objetivos traçados pela

antecipação dos sentidos buscados. Como já mencionado anteriormente, esse projeto inicial de compreensão pode ser extremamente volátil, ou seja, pode facilmente ser alterado durante o processo hermenêutico, sofrendo influência principalmente do contexto das tradições sociais capturados do objeto e do meio.

Pois bem, o que é importante deixar claro é que a compreensão fomentada em uma primeira interpretação transforma-se em pré-compreensão ontológica em uma segunda interpretação, ou seja, um sentido já consolidado por uma interpretação anterior se converte em mera expectativa de sentido para a próxima interpretação, pelo menos até que seja confirmada, ou não, no resultado final do novo trabalho. E isso se opera, frise-se, ainda quando as partes do processo são rigorosamente as mesmas. Hassemer (1985) defende a idéia de que a compreensão é um movimento de eterna aproximação entre o sujeito que compreende e o objeto a compreender até um “encontro mútuo” que transforma invariavelmente estas duas partes.

Na realidade, a par das ideias acima, o que se propõe é que, ao invés de uma dinâmica circular, o entendimento hermenêutico segue uma trajetória espiralada, na medida em que o intérprete, ao observar um texto, absorve o entendimento e o transforma em pré-compreensão que irá influenciar os processos seguintes. Nesse sentido, como a todo o momento o leitor muda de dimensão de pré-entendimento, bem como o texto adquire novos significados que alteram a sua carga valorativa, então, em relação à dinâmica hermenêutica, embora esta siga uma trajetória circular, a escalada constante em níveis diferentes de compreensão operada em cada procedimento, promove a sua retirada de um plano único e lhe confere o caráter de movimento espiralado e eterno. Nessa esteira leciona Saldanha (1992, p.228) que “a pré-compreensão de ontem, dialeticamente transformada em compreensão de hoje, devirá a pré-compreensão do amanhã, e assim indefinidamente”.

Além de Hassemer (1985) e Saldanha (1992), há vários outros estudiosos de renome que se inclinam em reconhecer a dinâmica espiralada (então circular) do movimento do processo de entendimento tal qual preconizado na teoria gadameriana. Cite-se, por exemplo, também as lições Coreth (1972, p. 49), que ao constatar que “la interpretación se superpone siempre a una interpretación previa”, criando níveis diferentes de entendimentos, conclui que “el círculo de la comprensión continuará, em um eterno retorno de aproximación circular, sin agotar la verdad de la coisa ni abarcarla em su totalidad”, mas apenas compreendendo o objeto em formas e dimensões diversas do que se entendia anteriormente.

2.4 Da virada ontológica gadameriana: interpretar implica necessariamente em aplicar!

É importante repisar, como já afirmado anteriormente, que a hermenêutica clássica, tal qual definida e utilizada pelos adeptos da razão instrumental, resume-se simplesmente a um método para se chegar a determinado resultado. Em consonância com esse entendimento, a hermenêutica dever ser neutra e assumir o caráter meramente adjetivo, haja vista que os polos da relação solipsista de busca da compreensão são ocupados exclusivamente pelo sujeito cognoscente de um lado, e o objeto cognoscível do outro, com flagrante protagonismo do primeiro, diga-se de passagem.

Sob essa ótica, destaque-se que o método deve ser mantido permanentemente afastado de todas as influências oriundas tanto dos compromissos assumidos pelo intérprete consigo mesmo, como dos fatores de condicionamento externos que eventualmente possam surgir como resultado de uma possível “adesão à tradição”.

Somente com esta limitação metodológica proposta é que se poderiam evitar contaminações nocivas ao estabelecimento de uma verdade cientificamente razoável e reconhecida. Coelho (2010, p.142), ao discorrer sobre o necessário compromisso do leitor com

texto, destaca idéias com certas influências do entendimento firmado sobre a hermenêutica a partir desse olhar tradicional, principalmente quando afirma que:

No trato com um texto, em verdade com toda realidade significativa, impõe-se distinguir “interpretação” e “atribuição de sentido”, para não se colocar em risco a objetividade dos resultados da interpretação. Ainda que toda interpretação envolva, necessariamente, certo “protagonismo” do agente hermenêutico – afinal, em toda relação cognitiva, é o sujeito que constrói o objeto do conhecimento -, isso não autoriza o intérprete a projetar a sua própria subjetividade no objeto da interpretação. É fundamental, portanto – e esta é a primeira regra de toda interpretação-, atentar para a autonomia essencial do objeto.

Com base em tais constatações, é possível perfeitamente identificar o movimento de compreensão solipsista clássico a partir de fases distintas e estaques entre si: interpretar determinado texto, desvendando objetivamente os significados das palavras, não corresponde necessariamente à obrigação de aplicar o entendimento adquirido. Interpretar está diretamente relacionado com o estabelecimento de uma regra geral que contenha uma fórmula de compreensão que pode ser aplicada por todos a qualquer momento. Lamego (1990, p.185) inclusive, nesse sentido, defende que em todo texto, em todo “objeto há um significado objetivamente constatável” e é tarefa do agente de interpretação buscá-lo e difundi-lo.

O que se percebe como resultado dessa visão é que o sentido literal das palavras tende a se desprender da sua aplicação imediata à situação concreta, e isso em nome de uma universalidade ou de uma transcendentalidade da resposta almejada. A idéia é de que a hermenêutica, enquanto método objetivo, proporcione a definição de uma fórmula correta para o entendimento do texto estudado, entretanto sem que esta interpretação necessariamente fique vinculada a uma única atribuição de sentidos, mas a várias aplicações e aplicadores distintos.

Em perspectiva, a grande virada ontológica da compreensão do fenômeno da interpretação oferecida pelo modelo de compreensão aperfeiçoado por Gadamer, é justamente a idéia de que a construção de sentidos se dá partir da fusão de horizontes de entendimentos. Disso extrai-se, como conclusão lógica, que os textos estudados, que as palavras observadas em um movimento interpretativo, não carregam, por si só, significados próprios e universais a

serem desvendados pelo agente durante o processo de conhecimento. Os valores dos signos lingüísticos fundem-se com outros valores inerentes ao intérprete e à tradição que o cerca, para que só então se forme a verdadeira compreensão. Nesse rumo, a expectativa de criação de um modelo de interpretação transcendental e válido para diversas situações concretas e distintas perde o sentido. Bem ilustrando esse posicionamento, ao observar o fenômeno hermenêutico-jurídico de realização do Direito a partir das decisões judiciais, Gadamer (1997, p.381) afirma que:

Ainda que essa decisão deva ser conforme uma lei preexistente, a sua interpretação é ré-instaurative, ré-inventive. E assim é porque cada caso é um outro caso, cada decisão é diferente e requer uma interpretação absolutamente única, que nenhuma regra existente e codificada pode e deve garantir de modo absoluto.

Observando tais argumentos, seria impossível construir regras gerais de validade universal a partir de uma interpretação (ou mesmo sobre várias interpretações de um mesmo texto), já que o simples ato de interpretar sempre implicará em concretizar o entendimento advindo dessa mencionada fusão de horizontes, cujos alguns dos elementos são essencialmente os valores advindos internamente de cada agente hermenêutico e do ambiente que o cerca. Revela Grau (2003, p.31), também ao discorrer sobre a relação estabelecida entre interpretação e aplicação de textos jurídicos a partir de entendimentos exarados pela hermenêutica filosófica gadameriana, que “a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos colhidos no texto normativo (mundo do dever-ser), mas também a partir do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de dados da realidade (mundo do ser).”

Em suma, compreender, através do movimento hermenêutico, sempre implica em concretizar um texto segundo valores individuais do agente, considerando que esses valores são sempre fomentados em um determinado local e em certo tempo. Nessa esteira é impossível separar interpretação e aplicação; por outro turno, também é impossível construir, ainda que por um processo neutro e isolado de entendimento, normas de alcance transcendental em

âmbito subjetivo, objetivo ou temporal. A compreensão e conhecimento são adquiridos e modificados constantemente, a cada nova leitura, a cada leitura diferente, não podendo, por isso, ser apreendido em uma fórmula universal.

3 INTERPRETAÇÃO E DIREITO: ENTRE DWORKIN E GADAMER, ENTRE O ROMANCE EM CADEIA O CÍRCULO HERMENÊUTICO ATÉ A RESPOSTA CORRETA²⁰.

Frise-se, desde logo, que é perfeitamente compreensível uma possível resistência prévia a qualquer tentativa de aproximar um jurista eminentemente argumentativista como Dworkin a um filósofo comprometido primordialmente com a epistemologia do entendimento como Gadamer. Entretanto, chama-se atenção para dois pontos de ambas as teorias, os quais, a partir de um exame mais acurado, podem fornecer indícios de proximidade entre os mencionados autores.

Este breve capítulo se fixará basicamente nos seguintes temas: a questão da resposta correta, ou seja, da possibilidade, para as duas teorias interpretativas, de sempre se chegar a uma, e só uma resposta correta a partir de um movimento hermenêutico racional; e as possíveis semelhanças verificadas entre os esquemas de construção ou busca dessa resposta, o que Dworkin chamou de redação comunitária ou elaboração de um romance em cadeia, e Gadamer, sobre outra ótica, trabalhou como círculo hermenêutico.

Antes de tais conclusões, entretanto, e seguindo as linhas orientativas traçadas pelo professor Lênio Streck nas páginas iniciais de sua obra *Verdade e Consenso* (2014), cabe localizar paradigmaticamente o presente estudo, o qual, na realidade nada mais é do que uma

²⁰ Este capítulo trata de uma adaptação do seguinte artigo: SOUSA JUNIOR, Jeferson. Soares Marinho. *Interpretação e Direito: entre Dworkin e Gadamer, entre o romance em cadeia o círculo hermenêutico até a resposta correta*. In: Alvaro Luis de A. S. Ciarlini. (Org.). **Fundamentos da Teoria Geral do Direito**. 1ª ed. Brasília: Editora IDP, 2015, v. 1, p. 50-68

análise da legitimação do fenômeno interpretativo dentro do positivismo e do neopositivismo enquanto modelos de entendimento do mundo jurídico e efetivação dos Direitos legislados. Por esse caminho, nada mais natural do que iniciar tal exame a partir de uma breve síntese sobre a evolução da interpretação para esses movimentos.

3.1 A flexibilização da moldura interpretativa no positivismo: de Kelsen a Hart (e as valiosas lições de Streck).

O que Streck (2014) originalmente menciona ou põe em discussão é uma espécie de evolução da postura interpretativa adotada pelos juristas e aplicadores das leis em três dos mais importantes modelos de entendimento do Direito preconizados no século XX, quais sejam: a Teoria Pura do Direito de Kelsen, o “realismo-positivista” do jurista inglês H. L. A Hart, e por fim os princípios e a realização do Direito como integridade para Ronald Dworkin.

Pois bem, iniciando por Kelsen, o qual é mencionado por Streck como o primeiro autor a superar o paradigma do positivismo exegético e a considerar a inevitável participação da discricionariedade na construção ou efetiva implementação do Direito posto, tem-se que esse jurista austríaco, influenciado pelo avanço científico discutido Círculo de Viena, foi o primeiro a buscar a exata definição do Direito como ciência, concebendo o fenômeno interpretativo a quase uma fusão da investigação empírica do “ser” e a atividade volitiva do intérprete na busca do “dever ser”. Segundo Streck (2014, p. 35):

Kelsen não era um positivista exegético. Sua obra vem para superar essa concepção de positivismo. O seu positivismo é normativista. Ele não separa o Direito da Moral. Para Kelsen, o cientista faz um ato de conhecimento, descritivo, não prescritivo, já o aplicador da lei faz um ato de vontade (acrescento de poder). Juiz não faz ciência e, sim política jurídica.

Em que pese entendimentos equivocados que afastam Kelsen da consideração da discricionariedade no movimento interpretativo jurisdicional, é preciso esclarecer justamente o contrário: para ele, o Direito legislado formaria uma espécie de moldura rígida, intransponível,

dentro da qual o legislador poderia escolher uma, das várias interpretações possíveis, porém, frise-se, sem nunca ultrapassar tais fronteiras. Para Kelsen (1999, p. 247):

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa - não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.

Considerando essa limitação, no que se refere à interpretação em si, e em nome de uma segurança jurídica, o professor austríaco recorre a uma orientação de vinculação ontológica da leitura e realização do texto ao sentido semântico das palavras que compõe a norma, devendo o juiz-aplicador manter sua própria compreensão dentro dos limites e fronteiras determinadas pelo plausível significado das palavras. Ainda que se permita determinada investigação da extensão da norma pelos aplicadores, tal entendimento não deve se ultrapassar os limites de uma espécie de moldura legislada.

Streck (2014, p. 37) critica esse posicionamento com base na impossibilidade de se determinar de antemão o significado lingüístico de todas as palavras. Menciona que “se as palavras são polissêmicas, se não há a possibilidade de completar o sentido das afirmações contidas em um texto, quando é que se pode dizer que estamos diante de uma interpretação literal?” Afirma ainda com toda a clareza que “a literalidade e a ambigüidade são conceitos intercambiáveis que não são esclarecidos numa dimensão simplesmente abstrata de análise dos signos que compõem o enunciado.”

Grande dificuldade surge quando a lei, enquanto única fonte de exteriorização normativa do Direito para Kelsen, não consegue acompanhar a evolução concreta dos fenômenos sociais, e para determinados casos, denominados por Dworkin como difíceis, a

simples interpretação literal não é mais suficiente para alcançar um resultado “encaixável” na moldura normativa. Nesses termos, para o juiz, de fato encontrar a verdade, ele teria que pincelar sua decisão além das bordas do quadro legal.

A partir desse contexto, desse impasse que pôs em cheque a própria sobrevivência do positivismo enquanto visão de mundo, Streck menciona as críticas e soluções apontadas pelo jurista inglês Herbert Hart para a superação da crise hermenêutica enfrentada por Kelsen. Menciona Streck (2014, p. 37) que Hart, adepto de um positivismo conceitual, poderia perfeitamente admitir que aos juízes cabem também “decidir casos que não estão previamente previstos de forma unívoca pela ordem jurídica vigente, sem se contradizer”. Hart seria o primeiro responsável por tornar flexível, por esforço jurisdicional, a moldura legal, de modo que esta passasse a englobar uma nova interpretação fixada por autoridades reconhecidamente competente, o que antes, no modelo kelseniano, era impossível (quando considerada a mera literalidade da lei). A única exigência que Hart faz, até mesmo em uma tentativa de manter-se ainda positivista, é que tais novas decisões sejam de fato reconhecidas pelo sistema jurídico vigente como adaptação face avanços interpretativos.

O autor inglês (HART, 1991, p. 100) prever que, singularmente, um sistema jurídico é formado por dois tipos de regras distintas, as primárias, que estabelecem materialmente comportamentos traduzidos em obrigações, abstenções e permissões, e as secundárias, relacionadas com a adaptação do ordenamento jurídico, regulando as próprias regras primárias, organizando-as num sistema racional.

As normas secundárias, baseadas em tal função, e de acordo com os possíveis defeitos que poderiam surgir em um ordenamento formado somente por regras primárias, ainda se subdividem em outros três subtipos. Têm-se assim as regras de alteração ou de mudança, definidas como aquelas que “conferem poder ao indivíduo ou a um corpo de indivíduos para

introduzir novas regras primárias para a conduta da vida do grupo [...] e para eliminar regras antigas” (HART, 1991, p.106).

O segundo grupo de regras secundárias, são as regras de reconhecimento, com atribuições de estabelecer e revelar os parâmetros exigidos pelo sistema para que uma norma com conteúdo primário possa ser identificada como pertencente a esse mesmo ordenamento. Somente regras primárias devidamente reconhecidas podem fazer parte do sistema.

Por fim, destaque-se ainda as regras de julgamento ou adjudicação, que “dão poder aos indivíduos para proferir determinações dotadas de autoridade respeitantes à questão sobre se, numa ocasião concreta, foi violada uma regra primária” (HART, 1991, p.107).

Pois bem, esta concepção do Direito como sistema jurídico formado por regras primárias e secundárias (mais precisamente por normas de reconhecimento e julgamento) aparentemente traduz uma solução eficaz ao problema da limitação do modelo kelseniano de interpretação semântica. Ocorre que, por exemplo, nos casos difíceis, ou seja, naqueles cujas soluções não estejam inscritas dentro da moldura fornecida inicialmente pela norma legislada, os juízes ou Tribunais, frente a uma lacuna, podem flexibilizar tais fronteiras, permitido que a referida moldura alargue-se para abranger uma nova hipótese, desde que, é claro, tal movimento de construção de entendimento interpretativo seja posteriormente reconhecido pelo sistema:

Na verdade, um sistema que tem regras de julgamento, está necessariamente ligado a uma regra de reconhecimento de uma espécie elementar e imperfeita. Isto é assim porque, se os tribunais tiverem poderes para proferir determinações dotadas de autoridade quanto ao facto de uma regra ter sido violada, estas não podem deixar de ser tomadas como determinações dotadas de autoridade daquilo que as regras são. Por isso, a regra que atribui jurisdição será também uma regra de reconhecimento que identifica as regras primárias através das sentenças dos tribunais e estas sentenças tornar-se-ão uma fonte de Direito.

Impende destacar que as idéias acima, embora engenhosas para a resolução de casos difíceis, por vezes servem de combustível para os críticos da posteridade aparentemente distanciarem Hart do positivismo. Segundo eles, o autor inglês flerta com o realismo ao

admitir, como última razão de validade e realização do Direito, as manifestações dos juízes e Tribunais.

Tais considerações, embora plausíveis, devem ser observadas com cautela, já que, no mínimo, se Hart em algum ponto assumiu uma posição realista de leitura do Direito em detrimento do positivismo, pelo menos não aderiu ao realismo puro (se é que podemos falar de pureza desse tipo de categoria de entendimento), haja vista que, embora aos juízes e Tribunais coubesse a resolução de casos difíceis, seu campo de atuação não era amplo e irrestrito, estava sempre vinculado a comandos internos de reconhecimento estabelecidos no sistema positivado.

3.2 A interpretação segundo Dworkin: coerência, romance em cadeia e a resposta correta

Dworkin, entretanto, observado as críticas de Hart ao modelo kelseniano e de realização hermenêutica a partir de um positivismo conceitual, aponta inconsistências também quase que insuperáveis na solução inglesas: para o americano, até que o juiz pode (e deve) buscar resultados diretamente fora do sistema frente ao silêncio da lei, porém o fundamento de tal busca não precisa está necessariamente dentro do próprio ordenamento, há a concreta possibilidade, segundo Streck (2014, p. 40), de que “tais padrões seriam princípio que estariam embebidos em uma forte controvérsia de fundo não apenas jurídico, mas também, e principalmente, moral.”

Em linhas gerais, o que Dworkin oferece para os operadores do Direito é a possibilidade de se recorrer a uma gama de princípios com fundamentações externas ao ordenamento posto, lastreados, em sua maioria, em valores morais, políticos e culturais para a resolução de casos difíceis²¹. Entretanto frise-se, desde logo, que mesmo nessa perspectiva, o

²¹ Para Dworkin (2014, p. 291), “o Direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o Direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre justiça, equidade e devido

juiz não é irrestritamente livre, haja vista que a realização do Direito deve sempre partir do pressuposto de que a sua criação é de responsabilidade de um mesmo autor – a comunidade personificada. Nesse sentido, ainda que se busquem determinadas orientações para implementação das regras jurídicas a partir de argumentos externos ao sistema, o jurista/intérprete não deve se desviar da prática comum em relação à norma aplicada:

Segundo o Direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou derivam, dos princípios da justiça e da equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. (DWORKIN, 2014, p. 272).

As idéias acima constituem o que conhecemos, através da obra do jurista americano, por Direito como integridade, que se revela principalmente na interpretação de casos difíceis.

Tal teoria nos permite dizer que, em situações complexas, os juízes e tribunais podem recorrer a elementos localizados fora do ordenamento, normalmente instrumentos de complementação ou integração legal vinculados a princípios e valores de justiça e equidade (moral), entretanto, tal saída não é ampla e ilimitada, haja vista que os aplicadores do Direito devem guardar ou buscar uma relação de coerência da decisão tratada no caso concreto e as outras proferidas em situações idênticas. Imperioso mais uma vez descrever, nas palavras do autor (2014, p. 274), o cerne da questão:

Quando o juiz declara que em determinado princípio esta imbuído no Direito, sua opinião não reflete a afirmação insegura sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer. O otimismo do Direito é, nesse sentido, conceitual; as declarações do Direito são permanentemente construtivista, em virtude de sua própria natureza.

O compromisso jurisdicional pregado por Dworkin para a correta realização do Direito como integridade exterioriza-se principalmente pela observância da prática adotada pelos outros juízes e tribunais que antecederam o intérprete no exato momento da decisão, o

processo adjetivo e pede-lhes que os apliquem em novos casos que se lhe apresentem , de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equânime sobre as mesmas normas.”

qual, mesmo guiado por valores intrínsecos de justiça e equidade, deve-se manter fiel, no máximo possível, aos precedentes e ao sistema como um todo. Santiago (2012, p.249), em interessante anotação sobre o tema, destaca que:

Uma preocupação clara de Dworkin ao tratar do Direito como integridade reside em demonstrar que a atividade construtiva do intérprete não se encontra desprovida de parâmetros, até porque a norma do caso concreto, aquela construída à luz de uma específica situação, não é única e exclusiva para cada litígio. As normas jurídicas são concebidas diante da atividade interpretativa que se realiza toda vez que os textos legislativos devam incidir sobre determinadas situações concretas. Este dado, contudo, não autoriza a conclusão de que as normas não se encontram, de alguma forma, vinculadas a outras anteriormente formuladas a partir dos mesmos textos. Como exemplificado oportunamente, os precedentes judiciais e ensinamentos doutrinários são parâmetros interpretativos que influenciam na formação das pré-compreensões e contribuem para assegurar linearidade e coerência à atividade hermenêutica.

Esclarecedora é a comparação que o jurista americano faz entre a produção de um gênero literário, o romance em cadeia, e a exteriorização da interpretação judicial frente a determinados casos, notadamente os difíceis. Nesse sentido, para Dworkin (2014, p.275), “podemos encontrar uma comparação [...] fértil entre literatura e Direito ao criarmos um gênero literário artificial que podemos chamar de “romance em cadeia”.

De uma forma geral, e nas palavras do próprio autor, o dito romance em cadeia nada mais é do que uma produção coletiva e concatenada de um romance, onde vários autores, um após o outro, e isoladamente, são responsáveis pela elaboração de um romance, de uma história em série, como se cada um, em seu momento, representa-se um único designo de um só escritor. Assim “cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte [...]” (DWORKIN, 2014, p. 275), entretanto, sempre guardando respeito ao trabalho já produzido para que se garanta sentido e coerência ao resultado final.

Com esta orientação, no que diz respeito à efetiva redação do romance, vê-se que o processo sugerido se completa em duas etapas:

A primeira, ou adequação, é onde o escritor que recepciona a obra e toma conhecimento da produção até então já implementada, decide o rumo a ser adotado por ele naquele momento. Não é raro que bom autor/intérprete vislumbre inicialmente algumas posições diferentes para continuar o trabalho, notadamente guiado por suas próprias convicções e compreensões sobre o estado do romance. Nesse sentido, afirma Dworkin (2014, p. 278) que “a esta altura, entram em jogo seus juízos estéticos mais profundos sobre a importância, o discernimento, o realismo ou a beleza das diferentes ideias que se poderia esperar que o romance expressasse”.

Em um segundo momento, definível como uma espécie de busca da coerência, o redator, de posse das várias interpretações aparentemente possíveis, deverá julgar “qual dessas leituras possíveis se ajusta melhor a obra em desenvolvimento, depois de considerado todos os aspectos da questão.”

Pois bem, feitas tais considerações, fixe-se que, para Dworkin, o ato de sentenciar, principalmente na apreciação de casos difíceis, aproxima-se da produção de um romance em cadeia. O juiz, durante o processo hermenêutico de construção da resposta correta, não raramente recorre a valores de justiça e equidade lastreados nas suas pré-compreensões sobre o assunto, entretanto, para resguardar a coerência e a integridade do sistema, deve buscar, na medida do possível, consonância com a prática jurídica (normalmente representada por precedentes) já consolidada.

Na realidade, já tocando no outro assunto que também constitui o foco do exame proposto nesse trabalho, qual seja os pontos de convergência teoricamente verificados entre o Direito como integridade dworkiniano e a hermenêutica filosófica gadameriana, passemos a análise da possibilidade da existência de respostas corretas, ou melhor, de uma resposta correta e quais seus limites.

Inicialmente recorrendo às lições lançadas à luz por Dworkin em *Uma questão de princípios* (2000), supera-se, desde logo, a dúvida quanto à existência de resultados interpretativos certos para o autor. Prega o professor americano que qualquer norma jurídica como um mínimo de coatividade (ou dispositividade, como mesmo define) sempre impulsionará os juízes para uma resposta, ou seja, os conceitos legais contidos nas normas e reputados válidos pela atividade hermenêutica fazem surgir para o aplicador “o dever, pelo menos *prima facie*, de decidir certos pleitos num certo sentido, mas se não é válido, os juízes devem, *prima facie*, decidir os mesmo pleitos no sentido oposto” (DWORKIN, 2000, p. 176). Vê-se que esta visão bivalente da realização jurídica prevista por Dworkin (2000, p. 176) sempre irá fornecer uma solução aos questionamentos propostos, isto é, “em todos os casos, ou a asserção positiva, de que o caso enquadra-se num conceito positivo, ou a asserção oposta, de que não se enquadra, deve ser verdadeira mesmo quando é controvertido qual delas é verdadeira.”

Nesse sentido, revele-se que o grande sentido das teorias hermenêuticas, (ou argumentativistas com fundo interpretativo, como a do Direito como integridade, por exemplo), é saber se a resposta encontrada é realmente a correta. Justamente com esta perspectiva, para Dworkin, torna-se plausível a possibilidade de se encontrar tal figura, mesmo que tais respostas tenham sofrido influência dos juízos individuais de equidade e justiça do aplicador. E isso principalmente pelo comprometimento da atividade jurisdicional exigido pela coerência das decisões prolatadas com a prática jurídica consolidada e os precedentes já lançados. Tal argumento torna absolutamente possível, ou melhor, torna quase inevitável, a possibilidade que se chegue a uma mesma decisão em relação a casos difíceis semelhantes, ainda que tais questões sejam submetidas a julgadores diferentes. A única ressalva que se faz no momento é que o conceito de correção da resposta deve está intimamente ligado a uma idéia de coerência sistêmica e consolidação histórica da prática interpretativa. Mais sobre isso,

adiante, logo após breve apanhado sobre a hermenêutica filosófica de Gadamer para facilitar a assimilação dessas considerações.

3.3 Gadamer e Dworkin: o círculo hermenêutico, o romance em cadeia e a resposta correta.

Gadamer e Dworkin, embora separados pelos paradigmas de construção adotados em suas teorias, unem-se pela proposta racionalista de entendimento do mundo, notadamente na tentativa de superação da pobre relação sujeito/objeto estabelecida pela modernidade instrumental e pelo positivismo clássico, respectivamente. Nesse sentido, importa ressaltar, desde já, as semelhanças e distinções verificadas entre os procedimentos de antecipação dos sentidos interpretativos propostos por eles.

Inicialmente, quanto às semelhanças, fixe-se que tais traços são percebidos principalmente nos mecanismos de construção do conhecimento estabelecidos por ambos. Em tal aspecto veja-se, por exemplo, os pontos em comum verificados entre a idéia do ato de sentenciar construída por Dworkin, vinculado ao modelo da realização do Direito como integridade (comparado com a construção de um romance em cadeia), e o círculo hermenêutico aperfeiçoado por Gadamer. Ressalte-se que Lamego (1999, p. 182), ao discorrer sobre a fusão de horizontes interpretativos conforme pregado na teoria gadameriana, também já havia percebido essa aproximação ao defender que:

O intérprete não acede a um texto que lhe é exterior, mas participa na constituição do sentido. Existe sujeito e objeto – como entre indivíduo e totalidade, entre pré-compreensão e compreensão – uma estrutura de mediação, própria da compreensão como acontecimento vivo. A coisa é marcada historicamente e interpretada linguisticamente, logo já muitas vezes mediada. A estrutura de historicidade da interpretação coenvolve o caráter decisivo da aplicação, ou seja, a função da interpretação na relação de um texto com o presente. Esta ideia é claramente expressa através da metáfora de DWORKIN da chain novel e a ideia do Direito como texto, onde cada novo desenvolvimento faz fluir o sentido do episódio anterior, apontado para uma single unified novel, para um texto coerente e consistente.

É óbvio que as movimentações de construções do entendimento pregadas pelo modelo gadameriano devem ser observadas em um plano bem mais amplo de compreensão do que a proposta dworkiniana. Entretanto, em uma visão, digamos puramente estática, ou seja, que considere apenas os elementos fixos que devem compor o movimento hermenêutico, Gadamer e Dworkin convergem rumo à importância, ou melhor, a imprescindibilidade dos valores incultos no próprio intérprete que se propõe a conhecer para o processo de construção do entendimento. Os mencionados elementos são denominados ou reconhecidos pela hermenêutica filosófica como pré-conceitos, pré-compreensões e pré-juízos e estão incrustados na essência do próprio hermeneuta.

Dworkin também revela a importância e a influência dos juízos estáticos ou convicções individuais dos aplicadores na construção do entendimento:

Mas o julgamento político que ele deve fazer é em si muito complexo e, às vezes, vai opor uma parte de sua moral política a outra, sua decisão vai refletir não apenas suas opiniões sobre justiça e equidade, mas suas convicções de ordem superior de acordo com esses ideais quando competem entre si. [...] Qualquer juiz desenvolverá, ao longo de sua formação e experiência, uma concepção bastante individualizada do Direito, na qual ele se baseará, talvez inconscientemente, para se chegar a essas diferentes decisões e avaliações [...]. (DWORKIN, 2014, p. 306)

Ainda sob um enfoque eminentemente estático, outro ponto comum entre os dois autores reside na consideração da influência na construção do entendimento operada por valores prévios e externos fornecidos pelo contexto sócio-cultural no qual o intérprete está inserido, o que, em um amplo sentido filosófico, Gadamer denomina como adesão à tradição, e Dworkin, em âmbito jurídico-normativo mais restrito, identifica como respeito à prática jurídica consolidada.

Tais constatações nada mais representam que a instrumentalização do compromisso assumido pelos intérpretes com as determinações e influências que os cercam (ou seja, com a tradição, no amplo sentido gadameriano do elemento, ou o que, observado em um plano mais restrito ou aplicado como o Direito, representa simplesmente a coerência com o ordenamento

jurídico e os precedentes, assim como prescreve para Dworkin). Em arremate, o que se precisa compreender é que, para os dois autores, ainda que de forma de exteriorização diferentes, “a atividade construtiva do intérprete não parte do vazio, mas de elementos concretos (horizonte constitucional, textos legais, precedentes, dogmática jurídica), pré-existent, que orientam esse trabalho e permitem antever resultados coerentes”. (SANTIAGO, 2012, p. 250)

A par de tais comprometimentos interpretativos, é possível concluir que tanto Gadamer como Dworkin têm uma resposta bastante parecida com o que vem a ser a solução correta para um problema: a coerência do resultado dos trabalhos hermenêuticos com os valores individuais inerentes ao intérprete e, principalmente, com a tradição. Streck (2014, p. 354) partilha do mesmo entendimento, inclusive proclama que:

Tanto em Gadamer como em Dworkin é possível distinguir boas e más decisões (pré-juízos autênticos/legítimos e inautêntico/ilegítimos), o que significa que, quaisquer que sejam seus pontos de vista sobre a justiça e o Direito a um tratamento igualitário, os juízes também devem aceitar uma restrição independente e superior, que decorre da integridade, nas decisões que proferem. Na especificidade, Dworkin, ao combinar princípios jurídicos com objetivos políticos, coloca à disposição dos juristas/intérpretes um manancial de possibilidade para a construção/elaboração de respostas coerentes com o Direito positivo – o que confere uma blindagem contra a discricionariedade (se assim se quiser, pode-se chamar isso de segurança jurídica) – e com a grande preocupação contemporânea do Direito: a pretensão de legitimidade.

Pois bem, em que pese às constatações acima que aproximam os modelos tratados, quando transportamos os elementos estáticos mencionados para a dinâmica do procedimento de antecipação dos sentidos em Gadamer e Dworkin, percebemos uma grande diferença entre as teorias: a coerência exigida pelo entendimento do Direito como integridade, reduz consideravelmente a atividade do juiz na exata medida que vincula o seu pronunciamento à prática consolidada e aos precedentes da comunidade personificada.

Em Gadamer, as restrições são bem menos rígidas, haja vista que não existe esta “hierarquia” entre os elementos internos e externos em relação ao intérprete. Tais constatações têm influência consideráveis na possibilidade de se encontrar, nos dois modelos, uma, e apenas uma resposta correta. Antes é interessante, justamente nesse ponto, resgatar o conceito, ou pelo

menos os traços distintivos e atributos do que vem a ser resposta correta. Obviamente que tal categoria tem em seu núcleo de definição a verdade hermenêutica, ou a verdade obtida por um processo de concepção quase puramente interpretativo (aqui se entenda interpretação no sentido gadameriano que funde fundamentação/aplicação). Também é obvio que esses exames dependem do paradigma e objetivo adotados pelo autor ou pelo pesquisador²², no caso, por exemplo, resgate-se para tal conceituação tanto os postulados pregados pela hermenêutica filosófica como pela realização do Direito enquanto integridade.

Feitas estas considerações e retomando a análise da dinâmica do procedimento de antecipação do entendimento pregada por Gadamer e Dworkin, notadamente no que se refere à diferença entre a possibilidade do intérprete chegar a uma, e só uma resposta correta, fixe-se inicialmente que, o racionalismo defendido por ambos os autores impulsiona sempre o hermeneuta a uma solução certa, ou pelo menos a um resultado específico que em sua natureza deve ser (ou estar) correto.

Para Gadamer, por exemplo, o denominado de círculo hermenêutico é desenvolvido sobre a idéia de uma razão prática percebida a partir da consciência do ser-aí-no-mundo, essa relativa tanto ao intérprete quanto à tradição que o cerca. Com esta constatação, revela-se impossível encontrar-se qualquer resultado interpretativo longe, ou mesmo não vinculado ao conteúdo ou sentido teleológico do texto a ser interpretado.

Já em Dworkin, a racionalidade manifesta-se, segundo Streck (2014, p. 464), na integridade e na coerência que expressam a missão de vincular o “intérprete, evitando discricionariedades, arbitrariedades e decisionismo [...]. Então pergunto: há algo mais digno do signo da racionalidade do que isso”? Vejamos:

Porém, a mencionada vinculação do intérprete dworkiniano à integridade do Direito enquanto sistema, é diretamente responsável pela mais importante

²² Perceba que até mesmo a definição de uma categoria inerente a pesquisa, metonimicamente explanando, depende dos paradigmas adotados e buscados pelo pesquisador, o que, por via reflexa, demonstra mais uma vez as validades de (pré) compreensão e objetivos

diferença entre os modelos analisados nestas linhas. Veja que a coerência exigida dos juízes por Dworkin cria uma espécie de transcendentalidade das respostas a serem fornecidas para casos idênticos. Entenda-se por transcendentalidade da resposta correta justamente o fato dela ser construída segundo a prática jurídica do ordenamento, o que conduz os intérpretes, ainda que diversos, a chegar a um mesmo (ou quase o mesmo) entendimento.

Perceba que os valores da tradição, para a teoria gadameriana, nem de longe gozam das mesmas “prerrogativas” (em relação às pré-compreensões individuais dos intérpretes) que a coerência para Dworkin. Na realidade, é como se os elementos comunitários e as concepções internas do hermeneuta surgissem ao mesmo tempo, em uma relação de simbiose, a qual, por sua vez, prova a idéia que, de fato, o homem, por si não domina o contexto ou por ele e dominado, mas, sobretudo, nele está inserido.

Disso resulta uma conseqüência muito importante: a resposta correta gadameriana é pontual e específica para cada caso concreto, ou seja, pode variar de intérprete para intérprete, haja vista que em sua composição existem parcelas que podem facilmente variar entre os seres humanos aptos a entender. Nesse sentido é perfeitamente possível que dois homens distintos, porém com a tarefa de entender um mesmo texto, cheguem a respostas também distintas, porém ambas corretas, partindo do pressuposto de que surgiram de um movimento racional. Em suma: o que se defende nesse ponto é a idéia de que possível para Gadamer se chegar racionalmente a uma resposta correta, entretanto, esse resultado é individual, construído Coelho (2010, p.194) partilha desde entendimento, inclusive menciona que:

O Direito não contém uma única solução correta e justa para todos os casos particulares; antes, indica uma solução privilegiada, desde o ponto de vista ético e político, em determinada conjuntura da vida da sociedade, uma solução que, de resto, em dado momento, é apoiada por amplos grupos sociais e favorecida por um grande público. Precisamente por isso é que se pensa que é a única solução possível, embora existam outras, igualmente sustentáveis, a partir de pontos de vista de outros segmentos sociais, mas que não constituem a medida jurídica predominante em determinada época.

Por fim, ressalte-se a mais uma vez a importância do que vem sendo tido desde o início desse capítulo sobre a obra de Gadamer: a hermenêutica filosófica pode até ser vista como uma reação a modernidade instrumental nos termos que denunciaram Adorno e

Horkheimer (1991), porém nem de longe é um movimento irracional. Centra-se na razão prática e na (auto) concepção do ser-aí-mundo na construção do entendimento. Justamente por isso, “presumindo honestidade” e respeito do intérprete ao modelo desvendado por Gadamer, em que se observa sempre uma antecipação dos sentidos do texto a partir de uma fusão de horizontes hermenêuticos subjetivos (valores do intérprete, considerando também a relevância dos valores do emissor do texto) e objetivos/temporais (em que o próprio conceito do texto em si, e as interpretações já realizadas são observadas) é que se chega ao resultado buscado. Veja-se que esse movimento, embora diferente da coerência dworkiniana, e ainda que por caminhos diversos, não permite ao intérprete resolver seus problemas por simples considerações discricionárias e arbitrárias.

4 A SÚMULA VINCULANTE SEGUNDO A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

Pensar na súmula vinculante como um eficaz instrumento a serviço da otimização da interpretação, pelas razões já expostas nas linhas iniciais desse trabalho, é uma ideia tentadora para a resolução dos problemas de celeridade e segurança dos provimentos judiciais no Brasil. Rossen (1998), por exemplo, já em 1998 informava que a falta das súmulas vinculantes no nosso ordenamento impunha ao Judiciário a obrigação de resolver o mesmo caso milhares de vezes, gerando um enorme e desnecessário esforço jurisdicional, além da possibilidade constante de prolação de decisões contraditórias em situações idênticas.

4.1 Os elementos de pré-compreensão e a vinculação da interpretação sumulada.

Com esta abordagem de partida, lembrando também o que já foi mencionado nesta dissertação, precisamente nos itens 1.5 e 1.6 do primeiro capítulo, há que se reconhecer, pelo menos nesse ponto e ainda que com caráter meramente didático, que as súmulas vinculantes editadas pelo STF, no exercício da sua competência tal qual como conferida pelo artigo 103-A da Constituição Federal, surgem, ou deveriam surgir como elementos puramente hermenêuticos voltados exclusivamente para dirimir controvérsias interpretativas que porventura dificultassem a realização prática de normas.

Em um olhar mais avançado, e sob uma perspectiva mais pragmática, as súmulas funcionariam como espécie de gatilhos interpretativos controlados por um agente hermenêutico superior, criadas com o objetivo de uniformizar entendimentos, o que, por sua vez, além de conferir mais rapidez aos julgamentos, haja vista a resposta “quase pronta” ofertada ao leitor/aplicador (juiz), oferece também segurança, sobretudo quando se reconhece a compulsoriedade do entendimento sumulado.

Entretanto, em que pese o suposto caos relacionado com o gigantesco número de processos represados no Judiciário brasileiro, bem como a concreta ameaça à segurança dos provimentos jurisdicionais, também conforme já brevemente tratado no capítulo 1 deste trabalho, quando se analisa esse instituto à luz dos postulados da hermenêutica filosófica gadameriana, percebe-se que não se deve encarar a súmula vinculante como um mero instrumento interpretativo, ou pelo menos, em alguns casos, se assim utilizada não é plenamente confiável ou mesmo suficiente para a correta realização do Direito. Cite-se, por exemplo, os termos de interpretação fixado pela súmula vinculante n.º 11²³, tão vagos e genéricos que Didier (2008) chega a prever que as dificuldades de sua aplicação serão tantas, que certamente deverão surgir outras “súmulas” para concretizar seus enunciados.

Feitas tais considerações iniciais, antes da análise do problema, é importante, dede logo, não olvidar que, para Gadamer (1997, p. 279):

As condições da possibilidade do compreender não são reconduzíveis ao âmbito de um procedimento ou de um método, mas incluem um dado existencial consubstanciado na compreensão originária que acompanha indissociavelmente o intérprete, enquanto modo de ser da sua existência humana.

Nesse sentido, o que se procura demonstrar, a despeito das vantagens mencionadas, é que é imperioso reconhecer que a implementação de um entendimento compulsório e isomórfico construído por terceiro sobre determinado tema impede que os intérpretes observem suas pré-compreensões, experiências circunstanciadas, inclinações pessoais e culturais (tradição) afetas ao objeto estudado. Impede, do mesmo modo, por via reflexa, a realização da fusão dos horizontes do instituidor da norma (legislador) e do candidato a hermeneuta (juiz/administrador público), já que exclui (ou melhor, substitui por um modelo fixo elaborado por um outro estranho) a linha de entendimento e (pré) concepções do observador. Em outras

²³ Súmula vinculante n.º 11 - Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do estado

palavras: a interposição artificial²⁴ oferecida, ou melhor, imposta por um agente hermenêutico superior, com poder de balizar o entendimento relacionado com determinado movimento interpretativo de construção de um conhecimento, retira de todos os intérpretes decorrentes envolvidos em construções futuras, os elementos que lhes são próprios, os quais de uma forma ou outra contribuem para o resultado do trabalho. A fusão de horizontes interpretativos subjetivos, ou seja, aquela que envolvem uma soma de espectros dos indivíduos envolvidos no processo é interrompida em nome de um conhecimento puramente conceitual.

A título de esclarecimento, ressalte-se que quando menciono o termo conceitual nesse contexto, o estou relacionado com uma dinâmica hermenêutica teórico-racional, despida quase completamente de experiência subjetiva prática, que é onde encontra-se, por sua vez, os elementos de pré-compreensão do agente.

Há dois grandes problemas que emergem dessa constatação de alijamento dos componentes intrínsecos dos sujeitos hermenêuticos envolvidos no processo:

O primeiro é que uma regra que engessa determinada interpretação, desconsiderando, além dos elementos subjetivos mencionados, outros que envolvam a tradição e os valores culturais (aí se incluindo os inúmeros outros entendimentos firmados em sentido contrário e já consolidados nas mais diversas manifestações judiciais prolatadas pelo país) fatalmente irá conduzir a verdades meramente formais, as quais, como bem Didier (2008) já exemplificou, logo necessitarão de outras e outras interpretações para se adaptarem aos casos particulares.

Claro que Didier (2008), ao se referir sobre a necessidade de complementação interpretativa das súmulas vinculantes, atentava principalmente para o alto grau de abstração dos termos de alguns enunciados, por vezes tão vagos e incompletos que somente com uma nova análise poderiam ser fielmente desvendados. A questão que se trata como problema nesse

²⁴ Diz-se interposição artificial considerando a “natureza” civilista assumida pelo Direito brasileiro, onde a cultura de normatização por súmulas torna-se compulsória somente com a instituição legal de sua obrigatoriedade.

ponto é: o que explica tamanha abstração em um instrumento a serviço justamente da completude?

A resposta gira em torno da constituição da figura de um agente interpretativo superior e na inversão do fluxo do processo de formação da verdade, ambos decorrente do modelo surgido com a observação compulsória das súmulas vinculantes. Em termos bem simples, veja que quando o STF fixa determinada interpretação em um enunciado de atendimento obrigatório, o faz justificando que aquele já é o entendimento cristalizado na Corte; parte da análise de diversas decisões relacionadas a casos de mesma natureza e chega a uma regra geral.

Entretanto, o problema não é a criação das súmulas, mas sim sua aplicação pelos agentes decorrentes. A esses, não há análise de casos semelhantes, a resposta já vem pronta e acabada, restando apenas aplicar o entendimento de terceiros sob pena de ver seu trabalho desconsiderado em instâncias superiores. Revele-se portanto, que quanto à aplicação, as súmulas vinculantes exigem que os juízes partam das considerações de outros intérpretes (estas construídas sobre casos particulares até formarem uma regra geral) e então utilizem essa regra geral para que se chegue enfim à resposta de uma situação concreta posta ao seu crivo.

Destaque-se que tal objetivo só é possível de ser alcançado se os enunciados contiverem termos tão abertos e moldáveis quanto possível. Só assim seria possível adaptar as súmulas aos mais variados casos que possam surgir. A “ má-técnica do STF na formulação do precedente”, centrada no problema da vagueza dos termos usados em algumas súmulas, conforme denunciado por Didier (2008), na realidade representa uma das únicas formas possíveis de se conferir certo alcance prático ao expediente, considerando os fins a que tal instrumento se propõe.

O que se percebe, portanto, é que esta abertura semântica de alguns enunciados dos STF, mais que um desvio, é uma necessidade decorrente de suas próprias finalidades. A questão portanto, é que não é a vagueza de alguns termos usados nas súmulas a causa dos

problemas decorrentes da sua aplicação, mas sim a consequência de um sistema que, em nome da celeridade e da segurança dos provimentos judiciais, permite que as argumentações jurídicas de casos concretos conduzam a racionalidade das decisões a serem adotadas. Mesmo que para isso se admita cada vez mais uma maior desconsideração dos valores e elementos subjetivos dos intérpretes subordinados, e daqueles também fornecidos pelo meio no qual a demanda está inserida, bem como também as decisões anteriores sobre temas parecidos, o que resulta em uma clara inversão da ordem interpretativa.

A título de esclarecimento, quando bem menciono inversão do curso do processo interpretativo, atribuo a esta expressão dois significados distintos, os quais, ambos, podem ser extraídos da leitura dos dois parágrafos anteriores.

Veja que, em um primeiro momento, destaco a inversão quanto ao processo interpretativo propriamente dito, ou seja, ao invés do resultado surgir da análise inicial construída a partir do caso concreto, a imposição de uma regra geral faz que o intérprete decorrente busque subsídios para então enquadrar a situação real ao já genericamente fixado no enunciado vinculante. A resposta vem antes da pergunta. Parte-se dedutivamente do genérico para o particular. Ao agente hermenêutico resta apenas verificar a compatibilidade da demanda com a resposta já encontrada.

Em uma segunda acepção, a inversão trata do referencial adotado no processo. Assim, mais do que própria racionalidade das decisões, busca-se simplesmente uma adequação da argumentação e fundamentação jurídica das decisões, mesmo que estas mesmas decisões possam ser apenas formalmente verdade, ou seja, serem inócuas do ponto de vista prático

Quanto ao primeiro sentido emprestado à inversão, interessante lição de Lamego (1990, p.182), adverte que “a exemplaridade da hermenêutica jurídica reside em que aí se põe em evidência que o sentido do texto está constitutivamente ligado à particularidade da situação, ao caso concreto a julgar”. Em outras palavras, o correto resultado da observação nasce da

análise do concreto, a partir da influência dos elementos individuais e próprios da questão posta, do juiz e dos outros atores processuais, além daqueles inerentes ao meio que envolve tudo isso. Obviamente, portanto, que nos processos interpretativos balizados por súmulas vinculantes, há uma clara inversão na ordem de busca de verdade: primeiro fixa-se o resultado correto, compulsório e geral frente a determináveis situações práticas. A interpretação já está pronta antes mesmo do exame particular de determinada ocorrência.

Já, considerando inversão como alteração de referenciais do sistema, fixe-se que para Esser (1961), o modelo ideal de argumentação jurídica seria aquele onde a razoabilidade do resultado alcançado sempre deve conduzir o sistema de argumentação jurídica a ser construído. Para o autor, mais do que adequabilidade orgânica, rapidez e segurança, as manifestações judiciais devem ser coerentes e efetivas.

Acontece que, como visto acima, o que se tem com a solução oferecida pela súmula vinculante (enquanto mero instrumento) é justamente o contrário: em nome de um pretense desacumulo de processos, antes vale uma correta construção formal do entendimento jurídico do que o próprio resultado prático da demanda.

De fato, uma decisão judicial qualquer que garanta a aplicação de uma súmula vinculante regularmente editada pelo STF pode estar perfeitamente fundamentada e muito provavelmente estará de acordo com o sistema jurídico, entretanto, o que não pode ser ignorado, como bem adverte Esser (1961) ao discorrer sobre a influência da pré-compreensão no entendimento do Direito judicial, é que a fundamentação é um mero requisito de adequabilidade de determinada manifestação estatal com o ordenamento em questão, a qual (a decisão), entretanto, só terá “legitimidade”, e mais ainda, utilidade, caso realmente represente as aspirações do intérprete face ao caso concreto posto ao seu exame. Tais aspirações individuais, por vezes citadas pelo autor como elementos “pré-sistêmicos”, em sua definição

muito se aproximam dos fatores de pré-compreensão definidos por Gadamer como indispensáveis para o correto entendimento do fenômeno hermenêutico.

O que se procura rapidamente demonstrar nesse ponto é que, embora muito importante (até mesmo imprescindível), a consideração e a busca de argumentos jurídico-pragmáticos para a resolução de demandas postas ao crivo do Judiciário brasileiro, principalmente quando as referidas buscas usem instrumentos interpretativos (ou mesmo normativos decorrentes) capazes, pelo menos potencialmente, de garantir rapidez e segurança, não se pode olvidar que tudo isso também depende da consideração de fatores humanos e sociais para que, além da mera compatibilidade formal com ordenamento, as decisões judiciais tenham conteúdo efetivo e se prestem à finalidade proposta. Fora desse contexto, percebe-se que fatalmente as súmulas vinculantes, ou serão aplicadas de maneira precária, ou não se permitirão adaptar aos casos concretos. Daí a dificuldade de se fixar de modo duradouro determinada interpretação sem considerar as vicissitudes e valores inerentes aos elementos fáticos das situações mais diversas.

O segundo problema está intimamente ligado à cristalização de um entendimento. É bem verdade que o texto constitucional previu a possibilidade de alteração ou cancelamento do enunciado vinculante, nos termos do próprio art. 103-A, porém, do mesmo modo que na edição, encarregou tais atribuições ao próprio Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, como já mencionado nesta dissertação, a Constituição também estabeleceu que qualquer decisão administrativa ou judicial que porventura “contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar” estará sujeita a reclamação dirigida também ao Supremo Tribunal Federal “que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”²⁵.

Tais dispositivos legais conduzem a uma artificial sedimentação do conhecimento obtido a parti de uma manifestação superior, o que, com o passar dos anos, considerando a

²⁵ Artigo 103-A, §3º CF/88.

limitação da autoridade incumbida do controle da verdade hermenêutica, termina por envelhecer a interpretação. Bem assevera Santiago (2013, p.10), ao discorrer sobre a adoção das súmulas vinculante, que:

A consequência inevitável disto é a quase impossibilidade de uma questão decidida pela Corte Suprema ser rediscutida, da compreensão firmada acerca de algum dispositivo constitucional ser revista, a não ser que o próprio Tribunal assim o decida. A situação assume ares preocupantes quando se verifica o modo por vezes empregado para edição de uma Súmula Vinculante. Marcante é o caso da Súmula Vinculante n. 11.

Sendo assim, do mesmo modo que no primeiro problema, existe uma considerável possibilidade (pelo menos em algumas situações, na medida que se observe as súmulas vinculantes somente em sua instrumentalidade) que o resultado do processo hermenêutico deságue em um vazio ontológico, como publicações de decisões sem conteúdo prático e meramente formais. Nesse sentido, ao invés de fornecer mecanismo práticos para a resolução dos problemas de celeridade na tramitação de processos e segurança na prolação de decisões, as súmulas vinculantes podem patrocinar justamente o contrário. É possível prever um cenário onde cada vez mais súmulas devem ser editadas para adequar ou individualizar os termos gerais e abstratos das anteriores, o que, em um momento ou outro, deixaria a situação que já é complexa mais confusa ainda. Cite-se ainda que envelhecimento do entendimento surgido a partir da fixação de uma verdade interpretada também contribui tanto para o acúmulo de demandas como para o surgimento de decisões vacilantes, principalmente quando observa-se o veloz avanço tecnológico ao qual a sociedade está hoje submetida e a crescente incapacidade do Estado em normatizar em tempo as novas circunstâncias humanas surgidas com a consideração de novos valores não absorvidos com o advento da contemporaneidade.

Mais uma vez correndo o risco de antecipar o resultado do arremate final dessa dissertação, vislumbro que uma saída eficaz para adaptar as súmulas vinculantes aos postulados da hermenêutica filosófica gadameriana (observando a importância dos elementos subjetivos inerentes aos agentes realizadores) e assim permitir a prolações de decisões

racionais adequadas aos caso concreto, tanto no sentido de individualização coerente das resposta encontradas, como no aspecto dinâmico (não envelhecido) da solução posta, seria simplesmente considerar o poder legislativo da Suprema Corte. De fato, enxergar as súmulas vinculantes não como meros instrumentos decorrentes e criados para viabilizar a interpretação de outros atos normativos, mas como verdadeiro comando legal, adaptável e sobretudo interpretável.

Somente admitindo que os enunciados compulsórios tenham tal caráter e sejam vistos como pura norma, permitindo-se sua realização adaptada ao caso concreto, considerando os elementos naturais e culturais do meio a partir de critérios subjetivos inerentes a pré-compreensão dos intérpretes decorrentes, é que seria possível implementar rápidas atualizações do sistema com decisões enxutas e individuais.

4.1.1 Fim do círculo hermenêutico – uma visão retilínea do processo de compreensão.

Obviamente que as súmulas vinculantes também interrompem o movimento circular da construção interpretativa ao estabelecer um modelo fixo a ser seguido. Conforme acima já exposto, tais provimentos engessam uma linha de desenvolvimento puramente metodológica de realização do Direito. Põe termo a discussão, algo semelhante a um ponto final no romance em cadeia de Dworkin. Vejamos:

Já se explanou em pontos anteriores, que o movimento hermenêutico pressupõe uma eterna aproximação entre leitor e autor por intermédio do texto, claro que também considerando os elementos tradicionais que podem influenciar o resultado da interpretação. Como destaca Lamego (1990, p. 181) que, “para Gadamer, a interpretação do texto equivale a um diálogo entre o autor e o intérprete sobre aquilo que no texto é mencionado. Nesse diálogo

o intérprete apropria-se do discurso expresso no texto e prossegue a elaboração intelectual do objeto feito pelo autor”. Esse é o sentido inicial do círculo hermenêutico. Sempre que finalizada uma leitura inicial, o próprio resultado da interpretação (o resultado desse primeiro diálogo) passa a compor os elementos de pré-compreensão do agente interpretativo para uma próxima leitura, ou seja, o conhecimento adquirido em um primeiro movimento interpretativo enraíza-se no hermeneuta e transforma-se em perspectiva ontológica pronta para ser usada em momento posterior em uma nova leitura da mesma obra ou também na construção do entendimento de outros textos. O leitor transforma-se: as expectativas e os projetos construídos face determinada leitura, concretizando-se ou não ao final do trabalho, mas sempre somados aos elementos tradicionais e circunstanciais da situação, bem como aos valores absolvidos do autor da mensagem, retiram o agente do nível então encontrado anteriormente e o devolvem para o início de outro trabalho em um novo nível de intelecção²⁶.

Pois bem, feitas tais constatações, quando se bem observa a interposição artificial de um terceiro ator em tal movimento, terceiro esse com poder de fixar compulsoriamente determinada entendimento, o que se percebe é que a trajetória do fluxo do processo de conhecimento passa de circular (ou espiralada) para algo retilíneo, com um sentido orientado de cima para baixo. E isso pois se estabelece entre o leitor e o autor, além do texto considerado como o primordial objeto da relação hermenêutica, uma espécie de mensagem vinculante editada por um terceiro, um agente interpretativo superior, que retira, ou melhor, impede que o leitor, a par de suas próprias pré-compreensões e percepções subjetivas, dialogue diretamente como o autor, o que já se sabe ser indispensável para a construção de uma decisão efetiva e coerente.

²⁶ Sobre o movimento hermenêutico e a tendência de sua visão espiralada, remeto a leitura do item 2.3 do Capítulo 2 desta dissertação

4.1.2 A súmula vinculante como resultado da separação operada entre interpretação e aplicação da norma jurídica.

A instituição da súmula vinculante como expediente interpretativo, tal qual se depreende da leitura do §1º do artigo 103-A da Constituição Federal, resgata um tradicional postulado da hermenêutica clássica, que, prevendo uma cisão do processo interpretativo em pelo menos três fases distintas, quais sejam compreensão-interpretação-aplicação, pregava a possibilidade da realização prática de determinado entendimento sem a necessária interpretação dos fatos dados, e vice-versa. Isso a partir redução do fenômeno do conhecimento crítico a uma regra pré-fixada, de caráter universal e transcendental, poderosa o bastante para disciplinar racionalmente todas as outras interpretações decorrentes que fossem efetivamente oriundas de situações semelhantes. Nesse sentido, o que seriam as súmulas vinculantes a não ser postulados interpretativos surgidos da visão fragmentadas do processo de compreensão fornecida pela hermenêutica clássica?

Vejamos: considerando que as súmulas não são mais que a cristalização de um entendimento já consolidado na Suprema Corte, o que pode ser facilmente verificado nos seus processos de edição e aprovação (vide item 1.5 do Capítulo 1 desta dissertação), todos centrados quase que exclusivamente na análise de decisões anteriores consubstanciadas nos mais diversos instrumentos processuais que tratam de questões constitucionais no âmbito da STF, cada enunciado representa uma verdadeira regra de entendimento universal e transcendental, representando verdadeiramente um resposta correta antes mesmo da pergunta ser lançada. Ontologicamente, as súmulas vinculantes aproximam-se de uma espécie de postulado hermenêutico construído a partir do exame das interpretações versadas sobre determinado tema. Pretende-se, observando-se a repetição de decisões prolatadas em casos semelhantes, extrair (em nome da celeridade e da segurança dos provimentos jurisdicionais)

mediante um processo dedutivo racional um entendimento geral e pacificado no Tribunal, o qual, uma vez aprovado e publicado passará a condicionar todos as demais decisões tanto da própria Corte como de outros intérpretes inferiores.

Pois bem, uma vez editada e publicada, conforme acima mencionado, o enunciado da súmula vinculante passa a ter valor próprio e transcendental para cada aplicação futura e decorrente, algo como uma regra de verdade incondicional inerente a correta solução de determinado caso concreto. Acontece que o processo hermenêutico, nesses moldes, centra-se basicamente na *applicatio* dos enunciados vinculantes, desconsiderando as etapas de interpretação e de compreensão do texto normativo propriamente dito, haja vista que o agente hermenêutico interposto já se ocupou dessa parte do processo analisando e sedimentando o resultado de casos com a mesma natureza decisória. Observe que, se cabe ao agente máximo, no caso ao Supremo Tribunal Federal, definir o aceitável resultado a ser obtido em determinadas demandas, aos hermeneutas decorrentes resta apenas aplicar o fixado anteriormente, ainda que possível que em um processo efetivamente completo, ou seja, naqueles em que não se fizesse distinção entre as fases de interpretação, compreensão, e, por fim, aplicação, se chegasse a uma resposta diferente e aos mesmo tempo coerente.

Essa ideia de fixação de uma verdade hermenêutica em uma única regra, em um único enunciado de validade transcendental ou universal a partir de uma exaustiva tarefa de revelação dos significados da linguagem vai de encontro ao cerne da teoria gadameriana. Mesmo nesse trabalho (vide item 2.4, capítulo 2), já se discorreu sobre a necessidade de consideração dos elementos pré-sistêmicos, inerentes a pré-compreensão do intérprete, que em uma dinâmica circular (ou espiralada) funde-se com as impressões deixadas pelo autor do texto no objeto, bem como também com os valores e expectativas ontológicas extraídas de outras interpretações anteriormente firmadas sobre o mesmo texto, ou sobre demandas de teor semelhante. Em suma, a cristalização de um entendimento interpretativo em uma regra pré-determinada e concebida

com status de dogma (algo como uma fórmula matemática, composta por uma série de incógnitas prontas simplesmente para serem substituídas pelas variáveis encontradas pelo agente hermenêutico decorrente), obviamente desconsidera os valores inerentes a esses intérpretes, aos seus projetos ontológicos de leitura, assim como também não leva em consideração as vicissitudes encontradas nos casos concretos, tal qual, como nessa última parte, defendido pela hermenêutica filosófica gadameriana.

4.1.3 Um problema prático: a Súmula (não vinculante) 584

Depois de todas estas linhas, e considerando a necessidade da exposição de um problema concreto da inobservância dos postulados da hermenêutica filosófica gadameriana dentro da realidade jurídica brasileira, cumpre-nos discorrer um pouco sobre a curiosa aplicação da Súmula não vinculante n.º 584 do STF, e o tratamento dispensado a ela pelos agentes hermenêuticos decorrentes (principalmente as manifestações do Superior Tribunal de Justiça). Mas antes, duas observações interessantes.

A primeira, e mais importante, já deveria ter sido tratada anteriormente nessa dissertação, entretanto, nunca é tarde para destacar a seguinte ressalva: a hermenêutica filosófica é uma teoria de fundo eminentemente ontológico e fenomenológico, não jurídico ou normativo propriamente dito, ou seja, está relacionada primordialmente com a explicação, ou melhor, com a constatação do fenômeno interpretativo considerado em si mesmo, em sua própria existência. Trata, antes de mais nada, do correto entendimento da compreensão hermenêutica em sua real agudeza, em uma perspectiva interna e filosófica do fenômeno do entendimento isoladamente observado. Bem destaca Sparenberger (2013, p. 186) que:

GADAMER procura desenvolver, a partir de HEIDEGGER, uma hermenêutica de orientação ontológica, na qual a compreensão aparece como modo peculiar de existência do ser. Nesse sentido, a proposta gadameriana preocupa-se com a investigação do que ocorre quando compreendemos, e não com o estabelecimento

de uma “perspectiva” que possa orientar a interpretação, como queria a hermenêutica anterior a ela.

Streck e Oliveira (2015, p.1) também, em recentíssimo editorial publicado (o qual, em seu bojo, traz uma série de comentários e críticas a uma entrevista concedida em 05/09/2015 pelo professor espanhol Manuel Atienza ao portal de internet Consultor Jurídico²⁷), afirmam que os estudos propostos pela hermenêutica filosófica sequer tem intenção de resolver os complexos problemas da interpretação jurisdicional, mas possuem a capacidade de localizar as questões de cunho interpretativo no seu verdadeiro horizonte ontológico. Tais objetivos, ainda segundo os autores, no mínimo tem o condão de evidenciar os impasses práticos aos quais são submetidos os operadores do Direito brasileiro ao se deparar com as mais diversas categorias criadas pelo sincrético sistema jurídico nacional. Impossível não transcrever a seguinte passagem que muito bem ilustra o que se defende nesta dissertação:

Não se recorre a Heidegger para encontrar uma “chave” de compreensão ou crítica das súmulas vinculantes, em particular, ou mesmo do Direito em geral. Recorre-se a Heidegger porque, a partir do desenvolvimento de sua filosofia, é possível encontrar um horizonte interpretativo mais adequado para a colocação dos problemas relativos aos objetos da nossa vida cotidiana. Entre esses objetos está o Direito e, nesse campo, também as súmulas. Note-se: em Heidegger não está “a chave para compreensão do Direito”. Em Heidegger está a raiz de um paradigma filosófico que permite encarar o Direito e seus problemas práticos a partir de uma perspectiva mais radical e originária. Para nossas pesquisas, o paradigma filosófico que melhor conseguiu descrever o modo como nos relacionamos com os objetos que estão aí, à nossa disposição, bem como a relação que desenvolvemos com nossa própria autocompreensão, é aquele construído a partir da fenomenologia hermenêutica de Heidegger.

Como visto, entretanto, isso não significa que os postulados gadamerianos não tenham repercussão ou mesmo aplicação no âmbito da realização jurídico-interpretativa das leis e atos normativos, pelo contrário. Por mais críticas que Gadamer tenha enfrentado (das quais, nesse ponto, se destacam principalmente as de Betti (1962), que, segundo Lamego (1990, p. 187-188), acusa o professor alemão de “postular uma unidade indiferenciada do problema hermenêutico, para o qual o teólogo e o jurista se deveriam pôr no mesmo plano do filósofo e

²⁷ Disponível em www.conjur.com.br/2015-set-05/entrevista-manuel-atiienza-professor-universidade-alicante. Acesso em: 19. Out. 2015

do historiador”), os argumentos a favor da compreensão do fenômeno interpretativo a partir de uma visão existencialista militam ao lado da hermenêutica filosófica. Vejamos:

Ora, admitindo que toda interpretação implica necessariamente em uma aplicação, a qual, por sua vez, parte de um diálogo entre o projeto ontológico do leitor (no presente) e as impressões transmitidas ao texto pelo autor (no passado), pode-se concluir que, em essência, tanto as buscas do teólogo nos livros sagrados, como as do historiador nos documentos históricos, assemelham-se as do juiz, estas últimas consagradas, por sua vez, na necessidade de adequar um texto normativo outrora editado a uma solução prática requerida por um caso concreto atual. É óbvio que os níveis de interpretação exigidos pelos objetivos do trabalho do teólogo, do historiador e do juiz são diferentes, principalmente considerando que, no caso do juiz, a realização do Direito se desenvolve em um sistema hierarquizado de conformações de entendimento, não sendo, portanto ele totalmente livre na composição de suas impressões. Entretanto, esse traço distintivo não invalida a essência do movimento hermenêutico traduzido por Gadamer, ou seja, ainda que os objetivos e os limites do trabalho dos juízes sejam diferentes dos do teólogo, do sociólogo ou do historiador, em última análise, todas as interpretações são aplicações práticas de entendimentos, obtidas a partir de um eterno diálogo entre o passado e o presente, entre o leitor e autor.

A segunda advertência, de caráter mais prático, procura justificar a utilização de uma súmula não vinculante como exemplo em um trabalho que trata justamente dos contornos filosóficos das súmulas vinculantes. Mas a explicação é simples. A não conformação dos entendimentos hermenêuticos de vários intérpretes diferentes sobre o mesmo tema é de mais fácil visualização em um exemplo que se pode explorar a discordância livre, haja vista que compulsoriedade dos enunciados vinculantes não permite entendimentos diversos dos seus significados.

Pois bem, feitas as considerações iniciais, passemos ao caso da Súmula n.º 584 do STF.

Prescreve o art. 150, III, “b” da Constituição Federal que “sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou”. Ressalte-se que a citada garantia conferida pelo texto constitucional ao contribuinte comporta algumas exceções fixadas na própria Constituição, entretanto, delas não faz parte a instituição ou majoração do Imposto de Renda e Proventos de qualquer natureza a cargo da União (art. 153, III). Isso quer dizer que qualquer alteração legislativa que implique em tornar o referido imposto mais gravoso para a sociedade, só poderá ser efetivamente cobrada no exercício financeiro seguinte ao da sua fixação.

Acontece que, seguindo contra dos ditames constitucionais, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula n.º 584, que, determina que “ao imposto de renda calculado sobre os rendimentos do ano-base, aplica-se a lei vigente no exercício financeiro em que deve ser apresentada a declaração”. Ainda que essa construção interpretativa possa ser justificada por vários mecanismo argumentativos diferentes (na realidade não é objetivo desse trabalho analisar as razões que levaram o STF a editar tal entendimento, mas somente observar como se comportam os agentes hermenêuticos decorrentes face determinado enunciado que vai, pelo menos potencialmente, de encontro ao determinado pela lei), na prática, permite que regras que majoraram a cobrança do Imposto de Renda incidam sobre fatos ocorridos no mesmo exercício financeiro. Vez por outra, o Supremo Tribunal Federal confirma a aplicação da Súmula em seus julgados. Destaque-se ainda que, na maioria dessas manifestações, o STF evita uma análise mais acurada do problema nos termos das garantias tributárias ofertadas pela Constituição aos contribuintes, assumindo e conservando o enunciado, assim como se pode

verificar na ementa de julgamento do RE. 194.612/SC (rel. Min. Sydney Sanches, julgado em 24.03.1998):

3. Com efeito, a pretensão da ora recorrida, mediante Mandado de Segurança é a de se abster de pagar o Imposto de Renda correspondente ao ano-base de 1989, pela alíquota de 18% estabelecida no inc. I do art. 1º da Lei 7.968, de 28.12.1989, com alegação de que a majoração, por ela representada, não poderia ser exigida com relação ao próprio exercício em que instituída, sob pena de violação ao art. 150, I, a da Constituição Federal de 1988.

4. O acórdão recorrido manteve o deferimento do Mandado de Segurança. Mas está em desacordo com o entendimento desta Corte, firmado em vários julgados e consolidado na Súmula 584, que diz: “ao imposto de renda calculado sobre os rendimentos do ano-base, aplica-se a lei vigente no exercício financeiro em que deve ser apresentada a declaração”. Reiterou-se essa orientação no julgamento do RE 104.259-RJ (RTJ 115/1336).

Entretanto, em que pese manifestações da Corte Constitucional de respeito à Súmula n.º 584, várias com teores semelhantes ao acórdão mencionado, em determinadas oportunidades de exame do assunto, o Superior Tribunal de Justiça, enquanto intérprete decorrente, parece assumir uma posição discordante ao enveredar por outro caminho. Cite-se, como exemplo, o julgamento do REsp 179.966/RS (rel. Min. Milton Luiz Pereira, julgado em 21/06/2001), o qual, no arremate do voto do relator, externou a “inaplicabilidade da Súmula 584 do Alto Pretório, pois a mesma foi construída à luz da legislação anterior referida, em conflito com a sistemática do CTN posterior”.

Mais uma vez ressalte-se que tantos os motivos que levaram o STF à edição da Súmula 548, como os que ainda a mantêm em pleno vigor jurídico e também os que levam o Superior Tribunal de Justiça a declarar, em diversas oportunidades, sem nenhum vacilo, a sua inaplicabilidade, não são o foco desta análise. O importante é destacar a discordância construída pelo agente vinculado face entendimento externado pelo intérprete superior, ou melhor, o importante não é nem tanto evidenciar a discordância em si, mas como ela se construiu e como ela se mantém fundamentada hermeneuticamente.

É somente a partir do diálogo livre estabelecido entre o Superior Tribunal de Justiça e o constituinte responsável pela positivação dogmática do princípio da anterioridade tributária

que se constrói o entendimento da inaplicabilidade da Súmula n.º 548. Menciona-se o termo livre justamente porque não há nenhum agente hermenêutico, ou qualquer outro fator de relevância, interposto entre o intérprete e o autor propriamente dito. Isso permite que o STJ, a par do seu próprio projeto ontológico (que como já se sabe sofre influência considerável dos elementos pré-sistêmicos subjetivos e objetivos) converse diretamente com o legislador constituinte e compreenda que as leis tributárias que impliquem em majoração de Imposto de Renda só se aplicam a fatos ocorridos no ano referente ao exercício seguinte ao qual esse diploma foi publicado. E mais, é também essa liberdade, esse livre agir interpretativo que permite que o STJ pregue inclusive uma superação de um entendimento hierarquicamente superior, considerando a organização jurisdicional brasileira, em nome de sua própria construção hermenêutica.

Frise-se que, caso a examinada súmula possuísse o caráter de observância compulsória, perceba que restaria prejudicado a interação estabelecida entre o agente decorrente e o autor do texto, haja vista a interposição de um entendimento prévio e vinculante, dotado de uma força normativa tal que praticamente excluiria o projeto ontológico e as expectativas do intérprete originário. Assumir como necessária tal restrição imposta aos aplicadores do Direito brasileiro, conduz-nos a um quadro complexo de engessamento das manifestações decorrentes. Porém, mais do que isso, a súmula vinculante simplesmente concebida como instrumento hermenêutico pode-nos levar efetivamente a um quadro de decisões artificiais, contrárias ao entendimento e ao convencimento íntimo do julgador decorrente, quase não dotadas de legitimidade interpretativa. Imagine-se, por exemplo, o caso do julgamento do REsp 179.966/RS, no qual a maioria do STJ, ao interpretar a legislação federal face a Constituição, entendeu que dispositivo legal que torne mais gravoso Imposto de Renda só deve ter eficácia a partir do exercício seguinte. Nessa situação específica, se porventura a Súmula n.º 584 fosse dotada de caráter vinculante, mesmo a par de suas

convicções e expectativas reveladas por seu projeto interpretativo, o STJ teria que abandonar seu próprio entendimento e adotar uma resposta prévia construída por terceiro bem antes mesmo da pergunta então posta em exame.

4.2 O problema da (in) definição do sujeito constitucional hermenêutico

Escapando rapidamente de uma pura avaliação ontológica do problema das súmulas vinculantes resultante de uma análise hermenêutico-filosófica do instituto, impossível olvidar das recentes discussões sobre a definição dos reais limites impostos na identificação dos sujeitos aptos a interpretar a Constituição.

A atribuição, ou melhor, a admissão da existência de um agente interpretativo superior no que se refere a realização do texto constitucional desperta um problema contemporâneo cuja solução não é, de fato, tão simples. Como já mencionado nesse trabalho, uma das principais características da Constituição promulgada em 1988 foi a difusão de um considerável catálogo de Direitos humanos que reclamam implementação urgente. Leciona Santiago (2013, p. 9) que:

[...] o universo constitucional começou a caminhar rumo a um novo patamar, no qual os Direitos fundamentais são identificados como alicerces da ordem jurídica e fundamento de validade primeiro para todos os atos estatais. Sua inscrição, em largas pautas, nos textos constitucionais os impregnou de uma força normativa até então pouco admitida, passando a vincular a elaboração, a interpretação e a aplicação de qualquer regra legal. Mais ainda: gradualmente se lhes reconheceu a capacidade de regular diretamente situações concretas, o que implicou na certeza de que normas constitucionais estão presentes nos problemas cotidianos e precisam ser consideradas na solução dos litígios.

Nesse contexto de constitucionalização crescente das mais diversas relações sociais, nada mais natural do que se pensar em uma extensa rede de intérpretes e realizadores do Direito não só dentro, mas precipuamente fora do Judiciário, ou seja, é perfeitamente crível se admitir que a realização constitucional dos Direitos e garantias de índole fundamental seja amplamente difundida e repartida não só aos mais diversos órgãos judicantes, mas também

entre todos aqueles responsáveis pela efetiva implementação da lei, aí se incluindo a Administração Pública e o próprio cidadão.

Ora, é na sociedade, entre os cidadãos, que o Direito efetivamente se realiza. Em última análise, também são os requerentes e requeridos que ocupam os polos das demandas judiciais quem primeiro interpretam a Constituição, e é só por obra deles que é possível ao Judiciário manifestar-se sobre o texto constitucional. É a partir dessas constatações, por exemplo, que Häberle (1997, p.9) constrói seu conceito de sociedade aberta de intérpretes da Constituição:

[...] no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer um elenco cerrado ou fixado com numerus clausus de intérpretes da Constituição.

O problema parece rumar para além da discussão jurídica em torno dos movimentos cada vez maiores de concentração do controle de constitucionalidade em um só agente. A “horizontalização”²⁸, ou seja, a aplicação comutativa de Direitos fundamentais nas relações privadas a partir da iniciativa das próprias partes, cria uma possibilidade infinita de designação de novos intérpretes e realizadores da Constituição no meio da sociedade. É, portanto, justamente a partir dessa questão inerente a esses novos agentes hermenêutico localizados fora do Judiciário que se deve discutir, com novos parâmetros, o problema do controle de constitucionalidade difuso, um que considere não mais legitimados somente órgãos que compõem o Estado, mas qualquer outro agente interessado e comprometido com a efetividade do texto constitucional. Nesse sentido, por exemplo, Santiago (2013, p.16), ainda que em uma

²⁸ Veja, por exemplo, este julgado do STF: EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a Direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de Direito privado. Assim, os Direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados (STF, RE 201819/RJ, Rel. Min. Ellen Grace, Rel. p/o acórdão Min. Gilmar Mendes, 11/10/2005)

análise num universo menos amplo, ou seja, em um exame que constata a necessidade de difusão da jurisdição constitucional apenas dentro do Poder Judiciário, afirma que:

[...] é preciso que a jurisdição constitucional esteja próxima e acessível aos cidadãos, pronta a receber suas reivindicações, independentemente da capacidade de articulação política dos indivíduos, sob pena das necessidades concretas da vida jamais chegarem aos ouvidos do Estado, frustrando a efetividade dos Direitos constitucionais. Esta característica exalta a insuficiência dos modelos de controle exclusivamente concentrado de constitucionalidade, nos quais o acesso aos órgãos dotados desta competência é sempre restrito a situações e pessoas específicas, a demandar grande capacidade de organização política dos grupos sociais para alcançarem tal instância.

Em relação aos agentes interpretativos não jurisdicionais, é importante destacar dois aspectos. O primeiro relaciona-se com os casos não submetidos ao Judiciários, onde os próprios possíveis litigantes compõe seus conflitos aplicando regras de índole constitucional de forma direta e imediata. Nesse caso, revelam-se como verdadeiros realizadores da Constituição. Noutro sentido, considerando o caráter mediato da participação daqueles, é obvio que a interpretação final, digo, aquela dotada de capacidade de pôr termo aos litígios, cabe invariavelmente ao Judiciário, em derradeiro movimento. O que Häberle prega é a possibilidade concreta de outros atores hermenêuticos localizados não só na estrutura do Estado influenciarem efetivamente as decisões adotadas, quando não participem ativamente das composições referentes às normas fixadas no texto constitucional.

Perceba, portanto, que de uma forma ou outra, é bem mais fácil definir quem não seria o legítimo intérprete da Constituição daqueles que realmente, pelo menos em termos fáticos, o são. Michael Rosenfeld (2013), em consistente ensaio sobre o tema, discorre sobre a dificuldade apresentada, analisando tanto o conceito com a própria natureza do sujeito e da identidade constitucional.

Segundo o mencionado autor, quanto ao sujeito, a dificuldade inicialmente está em se identificar o exato sentido da expressão. Seriam os sujeitos os elaboradores do texto ou seus

destinatários? Ou ambos? Seriam os intérpretes ou os afetados finais pela realização substantiva do texto, os verdadeiros agentes da Constituição?

Já em relação à identidade, o problema relaciona-se com uma suposta efemeridade temporal ou local dos valores que traduzem esse instituto. Para Rosenfeld (2013), a identidade temporal deve ser entendida a partir de uma necessidade da adaptação do texto constitucional aos novos valores surgidos na sociedade. Nessa esteira, tal questão torna-se mais problemática ainda quando discutida frente a rigidez esperada de uma Constituição escrita, haja vista a dificuldade de emendas do seu texto para que ela se adeque a novos valores. O que o autor procura demonstrar é a agudeza do problema da identidade, considerada como expressão dos valores sociais que fundamentam o texto constitucional, principalmente face uma Constituição rígida (escrita). Ora, se esta identidade é uma expressão axiológica daqueles responsáveis pela elaboração do texto, dirigida inicialmente aos seus contemporâneos, como conceber que esses valores permaneçam imutáveis ao longo dos anos e dos avanços e alterações sociais? Haveria, de fato, identidade entre um povo e um texto elaborado há mais de 100 anos atrás? Assim, segundo o autor (ROSENFELD, 2013, p. 18), “pelo menos no que toca às constituições escritas a identidade constitucional é necessariamente problemática em termos da relação da Constituição com ela mesma.”

Para exemplificar o problema, o autor cita o preâmbulo da Constituição Americana, notadamente a expressão “*We the people*”, possível elemento de identificação do sujeito constitucional. Uma leitura inicial e desavisada pode levar a crer que todo o povo americano estaria sujeito à Carta Magna, tantos os elaboradores quanto o resto dos americanos. Acontece que tal documento foi escrito à época que vigorava a escravidão nos Estados Unidos. Nesses termos, logo se percebe a inutilidade da expressão “*Nós, o povo*” para se determinar a natureza do sujeito constitucional.

Buscado inspiração na teoria psicanalista de Freud, que só reconhece a existência do eu (self) a partir de sua relação com os outros, Rosenfeld (2013) indica a existência de pelo menos três partes de um possível sujeito constitucional, justificando tal construção no pluralismo que rege as relações sociais. Assim, existiria um eu constitucional moderno ou atual, que se relaciona com os outros dois: um primeiro sujeito chamado de eu outro externo, relacionado com a tradição pré-moderna (as relações passadas, pré-constitucionais), e um segundo eu plural, que não representam nada mais que os vários grupos plurais que formam atualmente o eu (self). Simplificando: o eu constitucional propriamente dito, surge como resultado de uma fusão entre dois outros eu que se relacionam entre si, um eu tradicional, comprometido com as relações culturais e tradicionais, e um outro eu intersubjetivo, que representam as expectativas e aspirações oriundas do relacionamento entre os mais diversos grupos sociais.

Rosenfeld (2013) também cita as ideias desenvolvidas por Heigel e Lacan, notadamente no que mencionam que a plena realização do eu enquanto sujeito, só se perfaz quando tais sujeitos abandonam a busca pelos objetos e percebem que a completude só se aproxima com o estreitamento das relações entre os próprios agentes. Daí surge a ideia de buscar o conceito de sujeito constitucional a partir do relacionamento plural de vários grupos que formam uma sociedade (pluralismo). Nesses termos, para Rosenfeld (2013), só é possível apreender a ideia de identidade constitucional a partir de uma abordagem intersubjetivista, que reconheça que tanto os autores do texto, quanto os intérpretes e todos do povo como partes indissociáveis. De fato, considerando que a ideia de que a identidade do sujeito constitucional compreende desde os legisladores originários até os intérpretes contemporâneos, é preciso conceber a existência de um mecanismo de reconstrução da validade do texto constitucional frente a renovação dos fatos sociais. Assim, admitindo que os juízes constitucionais, em condições normais, não têm amplo acesso as condições históricas dos legisladores, muito

menos dispõem de mecanismos seguros de previsão do futuro, a reconstrução da identidade constitucional se dá basicamente na busca do ideal. Por outro aspecto, tal conflito de incompletude jamais será suplantado, o que significa que a identidade do sujeito constitucional jamais poderá ser totalmente representativa de todos os que se encontram sob o seu âmbito, simplesmente porque é impossível o “eu” se conciliar perfeitamente, em todos os aspectos, com o “outro”.

Mas qual a consequência dessa constatação da real incompletude da identificação do sujeito constitucional? Simples: considerando que é mais fácil dizer quem não é legitimado para realizar o texto constitucional, o que denota em um vazio que precisamente constantemente preenchido, em uma perspectiva democrática, é natural estender tal mister para todos os cidadãos e entidades sociais que demonstrem interesse na aplicação da Constituição. Assim, por exemplo, Prates (2004, p. 541) já afirmava:

Admitindo-se a necessária incompletude do sujeito constitucional em um Estado Democrático de Direito, aprofundaremos nesta parte o papel do cidadão como intérprete da Constituição, levando-se em conta que o outro será aqui considerado como pressuposto para a construção dialógica da identidade constitucional, isto é, deve a interpretação caracterizar-se como a mais aberta e difusa possível, como a possibilidade de alteração constante de todos os interlocutores e argumentos interpretativos, de modo que a diversidade de visões de mundo possa ser utilizada para fundar e refundar nossas tradições constitucionais, permitindo uma contínua incorporação de complexidade, ou seja, ‘transformação produz transformação’. A experiência constitucional é tudo isto: é contingência do processo decisório.

Revele-se, portanto, que a instituição da súmula vinculante, bem como de qualquer outro mecanismo ou instrumento que implique em uma concentração cada vez maior da jurisdição constitucional em um só, ou em poucos, agentes hermenêuticos, além de representar ações contra a natureza ontológica da interpretação, rumam contra outras definições filosóficas que pregam a incompletude dos conceitos de identificação do sujeito constitucional. E mais, militam contra também as propostas de difusão ampla dessa jurisdição, consubstanciada na ideia de sociedade aberta de intérpretes exigida cada vez mais pela constitucionalização das relações privadas.

CONCLUSÕES

Em linhas gerais, por tudo já disposto neste trabalho, percebe-se que o processo de compreensão, inclusive o decorrente da interpretação jurídica, ontologicamente obedece a uma dinâmica espiralada, onde constantemente dialogam o agente hermenêutico e o emissor da mensagem através do texto a ser interpretado. Impossível olvidar que esse movimento de construção é impulsionado pelas expectativas iniciais alimentadas pelo intérprete em relação a determinado resultado, o que Gadamer chama de projeto ontológico positivo.

Esse projeto invariavelmente sofre influência de elementos pré-sistêmicos, quais sejam as pré-compreensões que o agente tem sobre o tema, bem como dos valores extraídos, ainda que inconscientemente, da tradição e do meio que os cercam, além das leituras e convicções construídas anteriormente. É importante ainda destacar que nesse processo (mesmo frente a divergências encontradas em determinados autores), as impressões e variáveis axiológicas transmitidas à mensagem examinada por seus autores, também constitui relevante parcela de construção da interpretação. Portanto, ainda que não se possa falar necessariamente em pólos, haja vista a circularidade da dinâmica hermenêutica, é impossível pensar em outra estrutura onde o diálogo pregado para a edificação do entender no caso concreto não se desenvolva diretamente entre o agente e o emissor do texto através unicamente da mensagem interpretada.

Nessa esteira, não haveria lugares para componentes “metaintepretativos”, como por exemplo, gatilhos ou mecanismo impostos por terceiros entre o hermeneuta e o texto que serviriam, por qualquer pretexto, de ponte ao autor como um já pré-fixado, correto e inafastável resultado antes mesmo do início dos trabalhos de conhecimento. Em uma situação como essa, ou não haveria, de fato, processo de compreensão propriamente dito e o intérprete só reproduziria processo anterior já levado a cabo por terceiro, sem nenhuma inovação prática,

ou, mais precisamente, haveria sim a construção de um entendimento, mas não entre o leitor e o autor por intermédio do texto inicial, porém entre o leitor, o “instrumento metainterpretativo” e o terceiro que o impôs.

Para ficar mais claro pensemos no exemplo das súmulas vinculantes. Imagine que recorrentemente um juiz ou Tribunal constrói determinado entendimento prático relacionado com a implementação do Direito face uma lei federal “X”, produzindo, digamos, um resultado “Y”. Entretanto, tal resultado é por vezes questionado no Supremo Tribunal Federal, o qual, visto a repetitividade da demanda, resolve disciplinar previamente a interpretação constitucional da lei “X” pela edição da súmula vinculante “Z”, o que culmina com o resultado “W”, diferente, portanto, do resultado “Y”.

Com fim de garantir a perenidade de suas decisões, perceba que o juiz ou Tribunal deve deixar efetivamente de dialogar diretamente com o legislador federal através da implementação da Lei “X”, o que resultará em algo diferente de “Y”. Nesse ponto, deve o juiz ou o Tribunal dirigir ou concentrar o movimento interpretativo face diretamente ao Supremo Tribunal Federal e a súmula vinculante “Z”. O intérprete decorrente, ao aplicar a súmula vinculante “Z” em determinado caso concreto, a pretexto de realizar corretamente a lei “X”, de fato aplica a súmula, não a lei, ainda que sua ideia latente e mediata seja corretamente realizá-la. O agente decorrente passa a interagir diretamente com o Supremo, não mais com o legislador federal, haja vista que antes da subsunção do fato à norma, é necessário concluir se essa subsunção é compatível com a interpretação firmada pela súmula.

Veja que considerar a realização da interpretação jurídica nos moldes acima defendidos, ou seja, comprometida com os ditames rigorosos do reconhecimento fenomenológico da hermenêutica segundo Gadamer, ainda que não fosse o objetivo deste trabalho, até permite visualizar um cenário ontológico ideal para a construção jurisprudencial do Direito. Para isso, basta considerar que cada interpretação jurídica se realiza inicialmente na

sua instância natural, e que suas reapreciações em níveis jurisdicionais superiores se dá de forma devolutiva e independente: cada juiz é teoricamente livre na fixação de seu entendimento, claro, considerando as limitações encontradas nas suas próprias convicções sobre o tema. Indo um pouco mais além, não seria de todo ingênuo considerar que os desejos dos aplicadores efetivos do Direito em ver a manutenção de suas decisões no mundo seriam também parcela importante dessa pré-compreensão, o que, de uma forma natural, lenta, quase imperceptível terminaria por consolidar certo entendimento.

Retomando o exemplo acima, tem-se que o que se procura demonstrar é que é ontologicamente impossível fugir do processo de conhecimento. Sempre, e em qualquer sentido, a interação circular será feita. Na situação exposta, por exemplo, ou a dinâmica se estabelece entre o juiz ou Tribunal e o legislador federal diretamente através da realização da lei “X”, ou entre o juiz ou Tribunal e o Supremo, por intermédio da súmula “Z”. Qualquer resultado fora desse contexto é mera reprodução de uma interpretação já feita por outros em outra ocasião.

Visto isso, e considerando de fato a existência dos enunciados vinculantes no nosso ordenamento, e considerando ainda a existência ainda que não totalmente ontológica, mas pelo menos axiológica, de um esquema ou sistema interpretativo para a correta aplicação das normas, qual seria o verdadeiro lugar das súmulas com essa natureza nessa realidade?

Provavelmente uma das melhores alternativas a se pensar é no Supremo Tribunal Federal como mais do que um terceiro-intérprete, como um árbitro, porém, como verdadeiro legislador ativo, responsável por garantir, por meio de mecanismos constitucionalmente previstos, a fiel realização do Direito a partir de atos normativos reconhecidos pela ordem jurídica.

Mas é importante não pensar na súmula vinculante como algo semelhante a um ato administrativo regulamentar ou um simples decreto de execução de uma lei, haja vista a

relação quase indissociável de tais ferramentas hermenêuticas à existência de um texto legal a ser esmiuçado. Muito mais. Súmulas vinculantes podem adentrar em terrenos ainda não explorados ou esgotados completamente pelo legislador, e nesses casos, podem assumir elementos típicos da lei como a abstratividade e generalidade de seus termos e aplicações. Nessa linha, mais uma vez cite-se como exemplo a súmula vinculante n.º 11, que trata da utilização de algemas por parte dos presos, a despeito da inexistência de lei processual disciplinando exaustivamente o assunto.

As súmulas vinculantes seriam como uma espécie normativa primária com natureza e justificava semelhantes a uma medida provisória tal qual concebida no nosso ordenamento constitucional. Essa afirmação sustenta-se em dois pilares: o primeiro é a natureza primária das duas: ambas derivam diretamente da Constituição e não necessitam de lei ou outra espécie normativa a ser disciplinada para sua edição.

A segunda é justamente a autenticidade de sua realização. De fato, tanto as súmulas vinculantes como as medidas provisórias são editadas pelo mesmo órgão que deve garantir a sua correta interpretação, aplicação e realização. E é justamente esta única semelhança entre ambas, - já que, por óbvio, os objetivos, pressupostos e procedimentos de criação das medidas provisórias e das súmulas vinculantes são totalmente distintos -, que é responsável sozinha para enquadrar as duas na mesma categoria: espécies normativas.

Imperioso, portanto, concluir que as súmulas vinculantes tais quais previstas em nosso ordenamento, e se observadas a partir da ótica gadameriana dos movimentos e realizações hermenêuticas, não são instrumentos interpretativos destinado a otimizar os pronunciamentos do Judiciário, tampouco contém a verdade absoluta sobre determinado tema. São, no máximo, categorias a serem interpretadas, assim como a lei ou outra espécie normativa qualquer, em um processo que envolve considerações efetivas dos outros fatores delineados por Gadamer no seu processo de realização.

Não é possível, portanto, construir a verdade ou encontrar a única resposta correta somente no frio enunciado do STF, antes, é preciso considerar que a aplicação da súmula depende dos outros fatores preconizados caminhos muito bem delineados pela hermenêutica filosófica.

REFERÊNCIAS

ADORNO, T. W.; HORKHEIMER, M. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1991.

BELLO FILHO, Ney de Barros. **Sistema constitucional aberto**: teoria do conhecimento e da Interpretação do espaço constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis**. Série "Arquivos do Ministério da Justiça". Brasília: Ministério da Justiça, 1997,

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/htm> Acesso em: 12. Jun. 2014.

_____. Câmara dos Deputados. Emendas à Constituição de 1988, nº. 130: reforma do Poder Judiciário. Brasília: Câmara dos Deputados, 1992.

CABANILLAS, Renato Rabbi-Baldin. La teoría de la interpretación judicial en Cossio y Betti: coincidencias y actualidad de dos perspectiva contemporáneas. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, vol. 32, n.º 1, p. 139-168, 2005.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica**: fragmentos. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORETH, Emerich. **Cuestiones fundamentales de hermeneutica**. Barcelona: Ed. Herder, 1972.

DIDIER JUNIOR, Fred. N. 11 da súmula vinculante do STF: crítica à técnica de redação do precedente judicial. **Editorial**. Bahia, n. 49, set. 2008 <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-49/>>. Acesso em: 24.ago.2014.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo: revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Uma questão de princípios.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado.** Tradução de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

FERNANDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **La hermenêutica jurídica de Hans-Georg Gadamer.** Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1992.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paula Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

_____. **A razão na época da ciência.** Trad. Ângela Dias. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Los caminos de Heidegger.** Trad. Ângela Ackermann Pilári. Barcelona: Herder, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do Direito.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional:** a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito.** 2 ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KERLINGER, Fred. N. **Metodologia da pesquisa em ciências sociais:** um tratamento conceitual. São Paulo: EPU, 1980.

LAWN, Chris. **Compreender Gadamer.** Petrópolis: Vozes, 2007.

LAMEGO, José. **Hermenêutica e jurisprudência.** Lisboa: Fragmentos, 1990.

LEITE, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

NASCIMENTO FILHO, Pedro Luiz do. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade**. Monografia apresentada como conclusão da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, 2007. Disponível na Internet: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/102_Pedro%20Luiz%20do%20Nascimento%20Filho.pdf, acesso em 06.09.14.

OLIVEIRA, Paulo Henrique Blair de. Jurisdição, racionalidade e hermenêutica: comentários à repercussão geral como requisito de admissão dos recursos extraordinários à luz do debate Habermas/Gadamer. In: **Congresso Nacional do Conpedi**, 17, 2008. Brasília, DF. *Anais...* Brasília, DF, 2008. p. 5647-5669.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Expressão pós-positivismo necessita passar por uma limpeza semântica. [Editorial]. **Revista Consultor Jurídico**, jun. 2014 Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-ago-09/diario-classe-expressao-pos-positivismo_necessita-passar-limpeza-semantica>. Acesso em: 24.ago.2014 .

PEIXOTO, Ester Lopes. A problemática da interpretação no pensamento de Josef Esser. **Revista Direito GV**. v. 3, n. 1, p. 121-136, jan/jun. 2007.

PESSOA, Leonel Cesarino (org.) e GOZETTO, Andréa C. Oliveira. **Súmula vinculante e segurança jurídica**. São Paulo: Ltr, 2007.

POPPER, Karl. **O mito do contexto: em defesa da ciência e da racionalidade**. Lisboa: Edições 70, 1996.

PRATES, Francisco de Castilho. Identidade constitucional e interpretação no estado democrático de Direito: a assunção do risco. In: CATTONI, Marcelo (Org.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 519-593

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes da. **Sobre a súmula vinculante**. Belo Horizonte, Del Rey, 1996.

RODRIGUEZ, Manuel Atienza. Discussão sobre neoconstitucionalismo é um acúmulo de equívocos. [05 de setembro, 2015]. Brasília: **Revista Consultor Jurídico**. Entrevista concedida a André Rufino do Vale

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2013.

ROSENN, Keith S. **O jeito na cultura brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SALDANHA, Nelson. **Ordem e hermenêutica**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

SANTIGO, Marcus Firmino. Hermenêutica Jurídica Contemporânea: apontamentos à luz das lições de Hans-Georg Gadamer. In: MENDES, Gilmar Ferreira (Org.). **Jurisdição Constitucional**. Brasília: Editora IDP, 2012. p. 273-257.

_____. Jurisdição constitucional pela via difusa: uma análise do quadro constitucional brasileiro. In: **Congresso Nacional do Conpedi**, 21, 2012. Niterói, Rio de Janeiro. *Anais...* Niterói, Rio de Janeiro, 2012.

SOUSA JUNIOR, Jeferson. Soares Marinho. Interpretação e Direito: entre Dworkin e Gadamer, entre o romance em cadeia o círculo hermenêutico até a resposta correta. In: Alvaro Luis de A. S. Ciarlini. (Org.). **Fundamentos da Teoria Geral do Direito**. 1ª ed. Brasília: Editora IDP, 2015, v. 1, p. 50-68

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Betti x Gadamer: da hermenêutica objetivista a hermenêutica criativa. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. v. 13, p. 171-189, 2003.

STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. É ontologicamente impossível querer mais analítica e menos hermenêutica. [Editorial]. **Revista Consultor Jurídico**, set. 2015. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2015-set-19/diario-classe-ontologicamente-impossivelquerer-analitica-hermeneutica> >. Acesso em: 24.out.2015.

STRECK, Lênio Luiz. Súmulas, vagezas e ambiguidades: necessitamos de uma “teoria geral dos precedentes”? **Direito Fundamentais e Justiça**, Brasília, nº. 5, p. 162-185, out./dez. 2008.

_____. Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5ª ed. rev., mod.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

WEBER, Max. **Economia e sociedad**. México: Fondo de Cultura Econômico, 1987.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das liminares nas ações de controle concentrado de constitucionalidade**. Revista de Processo, v. 25, n. 98, p. 275-294, abr./jun. 2000.