

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, COERÊNCIA E INTEGRIDADE: CONTRIBUIÇÕES PARA O PENSAMENTO DE UM PODER JUDICIÁRIO DEMOCRÁTICO

JUDICIAL REVIEW, COHERENCE AND INTEGRITY: CONTRIBUTIONS FOR THINKING A DEMOCRATIC JUDICIARY POWER

Rafael Fonseca Ferreira*

Rômulo Gubert de Mello Brum**

RESUMO

O presente trabalho, ao colocar em evidência a importância desempenhada pela jurisdição no contexto constitucional brasileiro hodierno, enfoca problema da necessidade de controle da subjetividade do intérprete na aplicação do Direito. Discordando da proposta calcada em uma abordagem eminentemente metodológica para a parametrização da interpretação, o texto advoga que a Súmula Vinculante deve ser entendida sob um prisma hermenêutico, superando a noção de subsunção do caso concreto à norma como meio de estabilização dos significados. Também são abordadas a concessão de eficácia *erga omnes* para decisões de controle difuso de constitucionalidade, mormente a partir da decisão do Mandando de Injunção 670 pelo Supremo Tribunal Federal, e os desafios que este julgado acaba trazendo para o pensamento da jurisdição constitucional no Brasil. Ao final, é feita a apreciação crítica das abordagens metodológicas para controle da decisão judicial, colocando em evidência que a ideia de subsunção reprimista do positivismo de cariz objetivista do século XIX, ao passo que a concessão de eficácia abstrata a decisões de jurisdição constitucional

* Doutor e mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. Professor da Universidade Federal do Rio Grande – Furg nos cursos de graduação e mestrado em Direito e Justiça Social. Advogado. Pesquisa nas áreas de Constituição, Hermenêutica e Internacionalização do Direito. rafaelferreira@furg.br.

** Mestrando em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande. Áreas de interesse: Direitos Humanos, Direito Constitucional, Jurisdição Constitucional e Filosofia do Direito. romulo_gmb2007@hotmail.com.

difusa levanta uma série de problemas que parecem difíceis de resolver, de modo que as decisões como a do Mandado de Injunção 670 permanecem isoladas na história do Supremo Tribunal Federal. O lastro teórico do artigo é desenvolvido a partir do diálogo entre a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer e a virtude política de integridade de Ronald Dworkin. A abordagem empregada é a fenomenologia hermenêutica.

Palavras-chave: Constituição; Subsunção; Hermenêutica; Mandado de Injunção; Decisão Judicial.

ABSTRACT

This work, by highlighting the importance played by the contemporary Brazilian judicial review, focuses the problem of the need to control the interpreter's subjectivity in applying the Law. Disagreeing with the proposal based in an eminently methodological approach for setting the parameters of interpretation, the text argues that the Binding Precedent should be understood in a hermeneutic perspective, overcoming the notion of subsumption of the case to the rule as a mean of stabilizing the meanings. Is also addressed the granting of *erga omnes* efficacy to diffuse judicial review decisions, particularly from the decision of the Writ of Injunction 670 by the Supreme Court, and the challenges that this case has brought for thinking judicial review in Brazil. At the end, is made the critical assessment of methodological approaches to control the judicial decision, highlighting that the idea of subsumption is a re-instant of the objectivist positivism of the nineteenth century, while granting Abstract effect to diffuse judicial review raises a number of problems that seem difficult to solve, so decisions as the Writ of Injunction 670 remain isolated in the history of the Supreme Court. The theoretical basis of this article is developed from the dialogue between the philosophical hermeneutics of Hans-Georg Gadamer and the political virtue of integrity from Ronald Dworkin. The approach is phenomenological-hermeneutical.

Keywords: Constitution; Subsumption; Hermeneutics; Writ of Injunction; Judicial Decision.

INTRODUÇÃO

A promessa de refundação do Estado Democrático de Direito coloca a jurisdição constitucional brasileira como uma das medidas de transformação do *status quo* social impostas pela Constituição Federal de 1988. Logo, situar a atuação do Judiciário nesse marco significa ultrapassar a ideia de um simples “legislador negativo” para avançar no sentido de um projeto político e jurídico engajado com a afirmação e proteção dos direitos fundamentais tradicionalmente associados a uma prestação positiva do Estado.

A partir disso surge a necessidade de se pensar em um novo modelo de jurisdição pelo qual se torne possível efetivar o amplo espectro assumido pela

normatividade constitucional. Diversos foram os caminhos traçados pela comunidade jurídica para a construção desse paradigma, fazendo com que, diante das diferenças de jurisprudência, fossem desenvolvidos instrumentos normativos voltados para a estabilização das decisões judiciais. A Súmula Vinculante, já incorporada pelo ordenamento, é um dos principais exemplos. Também a dificuldade de convergência da comunidade jurídica, no sentido de uma estabilização, talvez tenha “forçado” o Supremo Tribunal Federal a modificar sua compreensão de eficácia interpartes no controle difuso, especialmente após os votos dos ministros Gilmar Mendes e Eros Roberto Grau no julgamento da Reclamação 4.335-5/AC, momento em que se discutiu na Corte o reconhecimento de eficácia *erga omnes* à decisão sua tomada no *Habeas Corpus* 82.959, quando declarou inconstitucional o § 1º, art. 2º da Lei n. 8.072/1990, a partir de uma suposta mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal. Entendimento semelhante também fora endossado quando do julgamento do Mandado de Injunção 670, oportunidade na qual, além de rever seu posicionamento anterior ao fazer uma leitura concretista do remédio constitucional e possibilitar a aplicação da lei de greve da iniciativa privada aos servidores públicos civis, concedeu o Supremo Tribunal Federal eficácia abstrata a sua decisão.

No entanto, tanto as Súmulas Vinculantes quanto a concessão de eficácia *erga omnes* à jurisdição difusa de constitucionalidade podem não surtir o resultado almejado, sobretudo quando compreendidas, de modo a se tornarem incapazes de se comprometer com o “acerto” da decisão, senão com a facilitação pragmática da prestação jurisdicional. Com efeito, a insatisfação da comunidade jurídica não se deve ao meio, mas com a profundidade filosófico-jurídica da decisão. Uma decisão equivocada não pode prosperar de maneira acrítica, pois sua ilegitimidade não produz o necessário diálogo entre a atividade jurisdicional e uma moralidade política substancial capaz de emprestar fundamento válido ao Direito.

Assim, a pergunta colocada caminha no sentido de se saber se os mecanismos de estabilização das decisões judiciais por meio da Súmula Vinculante e da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade podem ser hermeneuticamente válidos para garantir a coerência e integridade do Direito, ou se atuariam somente como mecanismos pragmáticos de engessamento e/ou utilitarização da prestação jurisdicional. A discussão ganha relevo atualmente em virtude da promulgação do novo código de processo civil, cujo art. 926 dispõe deverem os tribunais uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. É a partir desta tríade conceitual trazida no bojo do novo diploma processual que este trabalho se movimenta para trazer à baila os elementos conformadores de um paradigma teórico apto a apontar o caminho pelo qual se possa pensar em um exercício democrático da jurisdição, que reflita o compromisso da comunidade política brasileira de considerar todos seus membros como dignos de igual consideração e respeito e, ao mesmo tempo, livre de qualquer espécie de engessamento jurisprudencial.

A primeira parte do artigo se encaminha para uma compreensão das propostas apresentadas e representadas pelo mecanismo da Súmula Vinculante e pela concessão de eficácia *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade concreto como meios de manutenção da estabilidade, coerência e integridade de jurisprudência no Brasil. Em um segundo momento, desenvolve-se a explicitação dos marcos teóricos pelos quais se é possível pensar em coerência e integridade no Direito brasileiro a partir dos trabalhos desenvolvidos especialmente por Ronald Dworkin¹ mediados pela hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer² e as aproximações feitas entre essas duas perspectivas por Lenio Streck.³ O último item deste artigo visa fornecer uma percepção crítica acerca do exercício da jurisdição a partir da articulação entre os dois tópicos anteriores, mostrando como a subsunção repristina a ambição objetivista do positivismo do século XIX e também apontando as dificuldades suscitadas pelo julgamento do Mandado de Injunção 670.

Em breve síntese, o caminho tomado ao longo da reflexão proposta baseia-se na filosofia hermenêutica construída a partir da obra “Ser e Tempo” de Martin Heidegger,⁴ responsável por operar na filosofia aquilo que Streck⁵ entende como giro ontológico-linguístico, pois a partir deste marco se procura recuperar no pensamento filosófico ocidental aquilo que a aristotélica-tomística e a modernidade acabaram ocultando: a questão do ser. Consonante a este desenvolvimento, situa-se também Hans-Georg Gadamer a partir de sua hermenêutica filosófica desenvolvida mormente nos dois volumes de sua obra *Verdade e método*.⁶ A virada filosófica posta por ambos os autores alemães significará para a tradição reconhecer que o sujeito somente tem acesso ao mundo na medida em que possui uma compreensão prévia sobre este e a qual o método lógico-analítico não consegue chegar, de maneira que a enunciação assertórica-predicativa somente é possível na medida em que se interpreta algo que se antecipa à subjetividade.⁷ Essa é a virada proporcionada pela hermenêutica no campo do

¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

³ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013a.

⁴ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. v. 1.

⁵ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, p. 16.

⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, 1997; GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Edusf, 2011.

⁷ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: Edipuc. 2010, p. 19.

conhecimento a partir da segunda metade do século XX, com importantes implicações para o Direito como ciência interpretativa.⁸

Nesta esteira, a hermenêutica filosófica e a filosofia hermenêutica se estabelecem criticamente em oposição ao positivismo, corrente filosófica proponente de uma metodologia de apreensão da realidade e a qual vinha se consolidando desde o século XIX. A hermenêutica, portanto, visa constituir uma alternativa no campo do conhecimento diante das insuficiências imputadas às perspectivas metodológicas estruturantes como modo de acesso ao mundo, pois ela se desenvolverá preocupada com o existencial humano, ou como o sujeito articula sua experiência para compreender.⁹

PROTAGONISMO JUDICIAL E ESTABILIDADE DA JURISPRUDÊNCIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O fato de a Constituição Federal brasileira ter estabelecido um projeto voltado para a transformação do *status quo* inegavelmente consistiu em um dos principais fatores que contribuíram para que o Judiciário brasileiro passasse a assumir um papel protagonista na atual conjuntura em virtude da judicialização da política, já que tem sido cada vez mais frequente o deslocamento do centro de decisão dos Poderes representativos (Legislativo e Executivo) em direção aos tribunais na busca pela efetivação da normatividade Constitucional. A sociedade brasileira é, assim, herdeira das promessas de liberdade, igualdade e fraternidade da modernidade,¹⁰ as quais, embora tenham procurado nortear as discussões políticas nos últimos séculos, terminaram também acumulando um passivo evidenciado pela desigualdade e concentração de renda mesmo nos momentos de maior crescimento econômico de um país no qual jamais houve a efetivação de um Estado de bem-estar social.

Paralelamente a isso, o esgotamento de um modelo de conhecimento – o positivismo jurídico –, quer em sua vertente objetivista (representada pela exegese na França e a jurisprudência dos conceitos na Alemanha) quer em sua perspectiva normativista (representada por Kelsen), fez com que a comunidade brasileira passasse a buscar alternativas ao modelo até então dominante de fazer e compreender o Direito. Em tal cenário começou a ganhar corpo e importância o papel desempenhado pelos princípios no âmago dos debates acerca do desempenho da

⁸ STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 10.

⁹ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 40 et seq.

¹⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 6.

jurisdição de modo a, de um lado, controlar a subjetividade do intérprete, e, de outro, firmar um compromisso de transformação social a partir de uma legalidade constitucional.

O controle hermenêutico da atividade do juiz se apresenta como fundamental frente a tal contexto, pois a consolidação de um sistema jurídico democrático, que aproxima a validade de sua legitimidade na medida em que possui um estofamento moral, não pode ser relativizado por meio de uma compreensão subjetivista do juiz sobre as atribuições do Direito, sob pena de se consolidar aquilo que Ingeborg Maus¹¹ entendeu ser um Judiciário como superego da sociedade, criando uma relação de dependência popular com os tribunais que passariam a ocupar espaços os quais deveriam ser preenchidos pela participação cidadã no campo político.¹² Com efeito, o debate acerca do protagonismo judicial e da busca pela estabilidade, coerência e integridade das decisões passa pelo enfrentamento do problema da subjetividade do intérprete¹³ e, portanto, pela própria mudança do modelo de compreensão do Direito. Em última análise, trata-se de um problema de hermenêutica, especialmente a partir de como ela é compreendida filosoficamente por Gadamer, como será aprofundado nos tópicos subsequentes.

Não obstante a aproximação desenvolvida entre a hermenêutica filosófica e o Direito proposta por este trabalho, uma abordagem para a solução do problema da subjetividade frequentemente mencionada pela doutrina brasileira é o recurso a uma metodologia de controle da racionalidade judicial. Luís Roberto Barroso,¹⁴ por exemplo, aponta que, na resolução de hipóteses as quais a descrição fática do caso concreto levado a julgamento se adequa ao enunciado do texto normativo, a simples subsunção será o caminho apto a dirimir qualquer dúvida sobre a aplicação do Direito. Todavia, assume o autor que os enunciados

¹¹ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. In: *Novos Estudos*, n. 58. São Paulo: Cebrap, 2000, p. 190.

¹² Deve-se atentar que Maus também entende haver uma separação entre moral e Direito que inclusive a leva a uma má compreensão da obra dworkiniana, a qual é acusada pela autora de disfarçar, sobre pretexto de um argumento moral, um fundamento decisório exógeno ao sistema jurídico. Como se verá adiante, Dworkin aposta em uma fundamentação jurídica a partir de uma moral institucional, capaz de obrigar a comunidade política assumir compromissos com seus integrantes de modo a tratá-los como dignos de igual consideração e respeito, obrigando os juízes em cada decisão a operar uma reconstrução hermenêutica do Direito ao estabelecerem critérios não relativistas de decisão. Destarte, não deixa de ter validade a crítica de Maus quando direcionada às teorias que tentam aproximar moral e Direito a partir de uma filosofia com base na ruptura entre mundos teórico e prático. Cf., MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”, p. 186-187; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 136 et seq.

¹³ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013b, p. 47.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 381 et seq.

jurídicos são dotados de uma textura aberta, de modo que nem sempre é possível um consenso acerca de qual seja a correta aplicação da norma. Essas hipóteses, denominadas *hard cases*, são “situações para as quais não existe uma solução acabada no ordenamento jurídico. Ela precisa ser construída argumentativamente, por não resultar do mero enquadramento do fato à norma”.¹⁵

O controle da decisão judicial por meio de um método (subsunção) é, sem dúvidas, uma das maneiras mais difundidas pelo qual se consegue enxergar a operacionalidade das chamadas Súmulas Vinculantes. Pois, nos dizeres do próprio Barroso, “a Súmula Vinculante permite a enunciação objetiva da tese jurídica a ser aplicada a todas as hipóteses que envolvam questão idêntica”.¹⁶ Sob esta ótica, a Súmula Vinculante se torna um mecanismo de resolução de controvérsias na aplicação do Direito (*hard cases*), pois fornece ao julgador uma resposta, por um enunciado normativo elaborado pelo Supremo Tribunal Federal, antes mesmo de a pergunta ser apresentada pelo caso concreto. Todavia, embora pretenda-se facilitar o trabalho do intérprete, evitando a necessidade de uma construção argumentativa para cada decisão tomada em casos idênticos, além de uniformizar e estabilizar quantitativamente a jurisprudência, em tal abordagem fica de fora aquilo que Dworkin diz ser o caráter interpretativo do Direito.¹⁷ Quer dizer: as súmulas, tal como a legislação, também precisam ser interpretadas. Consequentemente, voltará o problema da controvérsia diante de sua interpretação frente a infinidade de situações fáticas que são levadas cotidianamente até o Judiciário. Logo, parece problemático, para dizer o mínimo, o recurso a uma uniformização da jurisprudência somente a partir da normatividade de um enunciado.

Como será possível constatar com maior profundidade no decorrer deste trabalho, tal ambição de objetividade não se sustenta porque a interpretação não é passível de ser fixada somente por meio de um enunciado. O intérprete não acopla simplesmente um significado dado de antemão pelo texto a um caso concreto, como pretendiam as vertentes objetivistas do positivismo jurídico. A atribuição de sentido não prescinde da faticidade para se realizar, por isso não surpreende a quantidade de Reclamações levadas ao Supremo Tribunal Federal questionando justamente a aplicação ou não de determinadas Súmulas Vinculantes a situações que, embora possam ser enquadradas no enunciado sumular, possuem peculiaridades que tornam controversa a mera subsunção do fato à norma.¹⁸ Não se trata de defender aqui qualquer espécie de casuismo, mas mostrar

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 382.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 102.

¹⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 109.

¹⁸ Levando-se em consideração somente a Súmula Vinculante n. 11, é possível constatar que diversas foram as reclamações levadas até o Supremo Tribunal Federal questionando a legitimidade do uso de algemas nas mais variadas hipóteses, de modo que a Corte vem construindo a

que o que torna possível a coerência e a integridade do Direito é o respeito pela tradição (hermenêutica), fazendo com que cada decisão implique a retomada de um diálogo do juiz com a história institucional de sua comunidade no intuito de resgatar o conteúdo da moralidade política subjacente a afirmação de seus respectivos princípios ao longo do tempo. Por tal motivo é que não assiste razão aos que criticam a Súmula Vinculante de n. 11, que dispõe sobre o uso de algemas, sob a alegação de que ela seria redigida por meio de expressões demasiadamente vagas.¹⁹

Veja-se que, no caso da “súmula das algemas”, o verbete sumular preconizou prudência no manejo de dito “instrumento”, contando com o contributo de responsabilidade futura do intérprete que tiver diante de si semelhante impasse. Como se trata de um enunciado, este somente alcançará sentido em face de uma situação concreta ou de uma sucessão de casos concretos, mediante os quais devemos construir uma tradição de casos concretos que darão sentido aos (vazios) enunciados. Dito de outro modo, se a SV 11 (Súmula Vinculante n. 11) aponta, de forma geral, para a exigência de prudência no uso das algemas e consequente respeito aos direitos fundamentais, é necessário verificar, em cada “algação”, o cabimento ou não do enunciado. O importante é que, em cada súmula, exsurtem princípios com o fito de concretizar a Constituição. Para sermos mais claros: de efetivo, a SV 11 veio para retirar a “discricionariedade” – para não falar em outra coisa – da subjetividade do “algemador”. Da SV 11 deve ser extraído o seguinte princípio: “algemas são excepcionais e mesmo seu uso deve preservar os direitos fundamentais do acusado”.²⁰

Portanto, as Súmulas Vinculantes podem ser um importante instrumento de harmonização da jurisprudência, desde que reconhecidas as limitações e possibilidades de seus enunciados. Não há um sentido que é extraído diretamente do texto para ser aplicado a um caso concreto, são as peculiaridades destes é que determinam a aplicabilidade ou não dos enunciados normativos.

partir da discussão dos casos concretos a efetiva abrangência do referido enunciado sumular. Ilustrativamente, e sem a pretensão de avaliar a correição de tais decisões, cabe referir que já se entendeu: ser justificado o uso de algemas no réu quando a sala de audiências conta com somente um policial, sob a alegação de proteção da integridade física dos presentes (Reclamação n. 8.712/RJ); a simples autorização, por parte do juiz, para o uso de algemas, deixando à discricionariedade policial a utilização ou não do mecanismo, não constitui ofensa à Súmula Vinculante n. 11 (Reclamação n. 7.814/RJ); ser lícito o uso de algemas para a transferência de presos tendo em consideração o pequeno efetivo da polícia local (Agravo Regimental na Reclamação 8.409/MG).

¹⁹ Súmula Vinculante n. 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”.

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, p. 678.

Ao lado das Súmulas Vinculantes, e também com a finalidade de estabilizar a jurisprudência, vêm sendo discutidas no Supremo Tribunal Federal possibilidade de se atribuir efeitos *erga omnes* a decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade. A hipótese, deve-se reconhecer, embora tenha começado a se fortalecer a partir dos votos dos ministros Gilmar Mendes e Eros Roberto Grau no julgamento da Reclamação 4.335/AC, também vem compondo a discussão dos membros da Corte em outras oportunidades. Caso emblemático nesse sentido foi o julgamento do Mandado de Injunção 670, quando o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento radicalmente distinto daquele que vinha usualmente consolidando acerca de sua competência sobre remédio constitucional. Na ocasião, assentou-se que o Mandado de Injunção é meio apto a concretizar direitos fundamentais ainda carentes da necessária regulamentação por parte do Estado por conta da inércia ou morosidade dos Poderes políticos. No caso em comento, foram estendidos os efeitos da Lei n. 7.783/1989 (a qual dispõe sobre o direito de greve dos empregados da iniciativa privada) para os servidores públicos civis, concedendo-se ainda eficácia abstrata à decisão.

Inicialmente deve ser chamada a atenção para a finalidade atribuída pela própria Constituição Federal ao Mandado de Injunção em seu art. 5º, inc. LXXI, pois a preocupação existente desde o processo constituinte era com a efetivação dos direitos fundamentais, historicamente negligenciados no Brasil, mormente naquilo que dizia respeito àqueles que necessitavam de uma regulamentação ou atividade prestacional do Estado.²¹ Logo, o objetivo era evitar que determinadas situações políticas viessem a pôr em cheque a força normativa da Constituição.²² Desse modo, o instituto dispensa uma maior regulamentação legal para seu exercício,²³ pois o entendimento contrário levaria ao paradoxo de um *writ* que visa contornar a omissão do legislador prejudicial a um direito fundamental, mas que não tem aplicação em virtude da inércia do próprio poder político.²⁴

²¹ CITTADINO, Gisele. Mandado de Injunção. In: AVRITZER, Leonardo et al (Org.). *Dimensões políticas da justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 515.

²² HESSE, Konrad. *Temas fundamentais de direito constitucional*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida; Gilmar Ferreira Mendes; Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 137 e et seq.

²³ Vale referir que somente em junho de 2016 o Mandado de Injunção passou a ter disciplina legal própria. Antes da Lei n. 13.300/2016, o art. 24, parágrafo único, da Lei n. 8.038/1990 era expresso no sentido de estender a disciplina jurídica do Mandado de Segurança ao Mandado de Injunção. O que se quis referir com a assertiva no corpo de texto é que mesmo que não houvesse nenhuma regulação legal deste remédio constitucional, já havia o entendimento, por parte do próprio Supremo Tribunal Federal, no sentido de reconhecer a auto aplicabilidade do *writ* (veja-se, para tanto, o Mandado de Injunção n. 107), além de o próprio § 1º do art. 5º da Constituição Federal determinar que os direitos e garantias fundamentais nela previstos tem aplicabilidade imediata.

²⁴ TURCHETTI, Débora Pereira. *A integração do direito brasileiro pelo mandado de injunção: perspectivas para o instituto no Brasil, em face da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*.

Todavia, por se tratar o Mandado de Injunção de um remédio constitucional particular ao Direito brasileiro, sendo sua disciplina legal subsidiária à do Mandado de Segurança até a junho de 2016, quando foi promulgada a Lei n. 13.300/2016 que tratou especificamente daquele remédio constitucional, a delimitação de sua abrangência e efetividade é causa de controvérsia na comunidade jurídica. Nesse ponto, inicialmente era bastante influente entre os ministros do Supremo Tribunal Federal a concepção de o Mandado de Injunção ser equiparado à ação direta de inconstitucionalidade por omissão no que dizia respeito aos seus efeitos: a declaração da mora do legislador, esvaziando o remédio constitucional conforme ele se tornava inócuo frente à inércia do Legislativo.²⁵

Em anos mais recentes, o constitucionalismo brasileiro tem discutido os efeitos das decisões em mandados de injunção utilizando os modelos das teorias concretistas e das não concretistas. As primeiras podem ser de três tipos: a concretista geral, em que, diante da ausência de norma regulamentadora, cabe ao Poder Judiciário suprir a lacuna; a concretista individual, quando a decisão judicial produz efeitos apenas para o impetrante; e, finalmente, a concretista intermediária, em que o Poder Judiciário informa a omissão ao órgão responsável, estabelece prazo para a elaboração da norma regulamentadora e só após a expiração esse prazo pode suprir a lacuna para o caso concreto. Sem efeitos *erga omnes*. A teoria não concretista não difere da tese da subsidiariedade, pois aqui cabe ao Judiciário apenas o reconhecimento da inércia do legislador e a consequente comunicação ao órgão competente sobre a necessidade de regulamentação.²⁶

Calha então registrar a radical mudança de posicionamento manifesta no Mandado de Injunção 670, que não apenas supriu omissão do legislador como também emprestou eficácia *erga omnes* à decisão, entendimento endossado pelo ministro Gilmar Mendes em seu voto, que entendeu haver uma gradual evolução no entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal sobre o remédio constitucional. Além disso, argumentou o ministro, a dificuldade em regulamentar o direito de greve dos servidores públicos civis pelo Legislativo se deve a um problema político: tanto a representação dos servidores quanto os governantes não veem com bons olhos a regulamentação da matéria por motivos que lhes são

2012. 100p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 33.

²⁵ TURCHETTI, Débora Pereira. *A integração do direito brasileiro pelo mandado de injunção: perspectivas para o instituto no Brasil, em face da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, p. 50 et seq. Também Luís Roberto Barroso entende que o Supremo Tribunal Federal esvaziou as potencialidades do Mandado de Injunção ao equipará-lo a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, apenas declarando a mora do legislador. Cf. BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 167.

²⁶ CITTADINO, Gisele. Mandado de Injunção. In: AVRITZER, Leonardo et al (Org.). *Dimensões políticas da justiça*, p. 520.

próprios. Tal fato faz com que os movimentos grevistas e as negociações pelo fim da greve sucedam-se de maneira heterodoxa, ambos sem nenhum amparo legal. Aduziu ainda que a inércia do próprio Poder Judiciário implica um fator de colaboração para a preservação desse quadro. Não obstante, a mudança de entendimento apresentada pelo acórdão do referido Mandado de Injunção foi a adoção da tese do concretismo geral ao suprir a lacuna legislativa por meio de uma decisão com efeitos abstratos.

Como é o exercício da greve um direito fundamental, pois essa é a perspectiva apontada pelo art. 37, inc. VII c/c art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, o problema que se colocara no referido Mandado de Injunção para os ministros do Supremo Tribunal Federal dizia respeito a uma questão de princípio, uma vez que já não se pode falar em discricionariedade do legislador nessa quadra da história.²⁷ Dessa maneira, o alargamento da eficácia Lei n. 7.783/1989 para os servidores públicos civis é acertada. Mas em que medida efetivamente contribuem para a estabilidade, coerência e integridade do Direito à vinculação normativa dos entendimentos exarados pelo Supremo Tribunal Federal a partir da concessão de eficácia *erga omnes* no julgamento de contendas inter-partes é algo que merece ser problematizado. Apesar do Ministro Gilmar Mendes entender que o julgamento do Mandado de Injunção 670 consubstancia uma linha de evolução jurisprudencial que vinha ampliando a conformação do remédio constitucional,²⁸ o fato é que a referida decisão, ao lado dos Mandados de Injunção 708 e 712 (os quais também versavam sobre direito de greve dos servidores públicos civis), ainda se configura ocorrência destoante de suas antecessoras e sucessoras na história da Corte, de modo que, embora esta tenha passado a endossar uma perspectiva concretista acerca do Mandado de Injunção, a eficácia dos julgados tem sido restringida às partes de cada processo.²⁹

²⁷ A compreensão concretista concreta do Mandado de Injunção é um fenômeno que vem sendo reconhecido pela doutrina brasileira. Luís Roberto Barroso aponta para uma paulatina mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca dos efeitos desse *writ*, o que vem se consubstanciando no reconhecimento de um caráter aditivo às respectivas decisões judiciais, não se restringindo mais ao mero reconhecimento da omissão inconstitucional por parte do Legislativo, mas também suprindo, conforme as possibilidades do caso concreto, essa omissão para a satisfação do direito fundamental frustrado pela mora legislativa. Favorável a concessão de eficácia *erga omnes* às decisões de Mandado de Injunção, o autor então explica ter revisto seu posicionamento anterior, que via o remédio constitucional como algo desnecessário no Direito brasileiro, em face dessa nova orientação jurisprudencial adotada pela suprema corte, pois “a concentração da competência para apreciá-lo nos tribunais, sobretudo no STF, propicia a possibilidade de decisões em caráter geral, em benefício da isonomia”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 173.

²⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1.380 et seq.

²⁹ Nesse sentido cumpre registrar o julgamento do Mandado de Injunção 721, de relatoria do ministro Marco Aurélio, quando se decidiu que a ausência de lei regulando o direito de aposentadoria

Assim, se por um lado se passou a superar a ideia de que no Mandado de Injunção cabia ao Judiciário apenas dar ciência da omissão inconstitucional ao órgão do Poder Público responsável pela edição da norma reguladora do direito fundamental obstaculizado em prol de uma perspectiva que legitima o judiciário a suprir a omissão inconstitucional por meio de uma sentença aditiva; por outro, ainda é controversa a hipótese de emprestar eficácia abstrata às decisões tomadas no referido remédio constitucional entre os ministros do próprio Supremo Tribunal Federal. Pretende-se, a partir do tópico subsequentes deste trabalho, fornecer um maior substrato teórico para a discussão de tal medida em sede de controle concreto de constitucionalidade.

A contribuição decisiva para as ideias aqui defendidas pode ser encontrada na obra de Ronald Dworkin,³⁰ para quem o Direito é um fenômeno de caráter interpretativo e suas problematizações não podem ser resolvidas a partir da transposição “mecânica” de enunciados a situações concretas. Há um horizonte temporal em que se descortina o sentido, ou seja, este não está contido no próprio texto, atemporal e ahistoricamente, mas é atribuído pelo intérprete por meio da explicação do que foi por ele compreendido a partir do texto. Como se poderá perceber, essa atribuição de sentido se dá articuladamente com o caso concreto, pois não há interpretação “em tese”, o que inelutavelmente leva a constatação de que interpretar é também aplicar o Direito. Todavia, para se fazer possível um maior aprofundamento sobre estas questões e seu desdobramento quando confrontadas com o problema apontado por este trabalho, faz-se necessário repassar algumas premissas construídas pelo autor estadunidense e suas articulações com a hermenêutica filosófica. Termos em que se desenvolve o segundo tópico deste texto.

UMA PROPOSTA PARA PENSAR COERÊNCIA E INTEGRIDADE NO BRASIL: AS CONTRIBUIÇÕES DE RONALD DWORIN E DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DE GADAMER

Em sua obra *Levando os direitos a sério*, Ronald Dworkin tenta esclarecer que o modelo de regras responsável por definir o que é Direito no positivismo não é suficiente para dar conta de explicar e ao mesmo tempo justificar as práticas dos tribunais, especialmente estadunidenses.³¹ Seriam, então, nos denominados “casos difíceis” onde se evidencia melhor o fato de os julgadores lançarem mão de argumentos que não se dão apenas a partir do “tudo ou nada” característico das

especial do servidor público implica a extensão da aplicação da Lei n. 8.213/1991 (que trata da aposentadoria dos trabalhadores em geral) para suprir a omissão inconstitucional e garantir o direito da parte impetrante.

³⁰ DWORIN, Ronald. *O império do direito*, p. 109.

³¹ DWORIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 27 et seq.

regras, pois frequentemente se valem de outros tipos de pressupostos pelos quais há um direcionamento da discussão em um determinado sentido. Estes pressupostos podem se constituir em um argumento de política, definido como “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado”,³² ou um argumento de princípio *strictu senso*, entendido como “um padrão que deve ser observado, não por conta de promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma *exigência de justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade*”.³³

Há, portanto, uma distinção que Dworkin entende ser de caráter lógico entre a operacionalidade das regras e dos princípios, já que aquelas são aplicáveis “à maneira tudo-ou-nada” enquanto estes possuem uma dimensão de peso ou importância, pois conduzem o desenvolvimento do raciocínio jurídico em uma determinada direção sem, contudo, serem considerados inválidos quando não prevalentes no confronto com outros princípios diante de uma situação concreta sob julgamento.³⁴

O reconhecimento de princípios não significa, entretanto, que Dworkin entenda necessário o voluntarismo do juiz para colmatar as “lacunas” do Direito a partir da própria moralidade do julgador. Sem dúvida a principiologia dworkiniana é o modo pelo qual Direito e moral passam a ser cooriginários, na medida em que este padrão de argumento é responsável por inserir da seara jurídica questões de moralidade atinentes às virtudes políticas de justiça e equidade. Porém, a necessidade imposta de fazer com que a comunidade política trate seus integrantes como merecedores de um tratamento com igual dignidade e respeito,³⁵ impõe o entendimento desta como um ente personificado capaz de assumir projetos, compromissos e ideais junto aos seus membros,³⁶ o que se reflete em outra virtude política chamada por Dworkin como integridade, a qual se manifesta quando é exigido que o “Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando os cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos”.³⁷

Dworkin ilustra o ideal da integridade refletido no Direito a partir da metáfora do romance em cadeia, pela qual os juízes são instruídos a identificar direitos e deveres partindo “do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade”.³⁸ A partir dela consideram-se como verdadeiras as

³² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 36.

³³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 36 (grifo nosso).

³⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 39-41.

³⁵ *Levando os direitos a sério*, p. 419.

³⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 204.

³⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 202.

³⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 271-272.

interpretações dos princípios conforme eles expressem a melhor interpretação construtiva das práticas jurídicas em um determinado Estado.

A metáfora do romance em cadeia funciona como tentativa de explicar a razão de todas as decisões precisarem encontrar respaldo em um todo coerente de princípios oriundos da moralidade política de uma comunidade. Por meio dessa metáfora, cada juiz é responsável por escrever um capítulo de uma obra coletiva, a qual evidentemente precisa evitar contradições e elementos os quais destoem dos demais sem nenhuma razão para tal, afinal, cada romancista recebe a obra já em grande medida desenvolvida, precisando escrever sua parte com base nesse material dado de antemão e, ao mesmo tempo, estabelecer elementos capazes de serem resgatados posteriormente por outros autores. Isso porque a recuperação histórica do Direito a partir da integridade não significa uma apropriação ingênua do passado, na medida em que é o presente o que determina as perguntas pelas quais devem buscar as respostas os intérpretes, de maneira que não se repristinam teses e teorias já em desuso ou consideradas como superadas.³⁹ Disso se conclui que pela teorização dworkiniana não se faz uma aposta na discricionariedade judicial ou em respostas absolutas aos problemas do Direito.

Decidir casos controversos no Direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário. (...). Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, de maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então.⁴⁰

Pode-se dizer com Guest⁴¹ que na construção da metáfora do romance em cadeia de Dworkin tem grande importância a dimensão do ajuste (*fit*), pelo qual se estabelecem limitações ao autor de um dos capítulos: os elementos do romance não podem ser livremente mudados ou transformados, sob pena de a obra deixar de ser um todo coerente. Ademais, é possível que duas ou mais perspectivas adequem-se igualmente bem aos elementos do romance em questão para a escrita de uma de suas partes. Nesse momento, os autores devem recorrer a um juízo acerca da própria substância do romance, de modo a tomar a escolha que o tornaria melhor a partir da perspectiva da moralidade política. Assim, para

³⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 273-276.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 238.

⁴¹ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 52 et seq.

Dworkin, uma devida compreensão sobre os diferentes valores componentes da comunidade política precisa ser tomada a partir de uma perspectiva unitária, ou seja, definições como a de liberdade, igualdade e democracia não podem ser consideradas isoladamente: deve o intérprete engajar-se na tarefa de formulá-las a partir de concepções que as unifiquem, preservando aquilo que há de bom em cada uma delas, de maneira que somente possam ser compreendidas quando apoiadas umas às outras.⁴²

O que está em jogo, ao fim, é uma doutrina da responsabilidade política dos juízes, a qual “afirma que as autoridades políticas devem tomar somente as decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique as outras decisões que eles se propõem a tomar”.⁴³ O autor estadunidense então lança uma nova perspectiva sobre os direitos de cada cidadão: não a partir de regras dadas de antemão, mas por meio do pressuposto de que as pessoas possuem direitos quando algum “objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor uma perda ou dano”.⁴⁴ Logo, a noção de Estado de Direito é enriquecida pela confirmação de “que a justiça, no fim, é uma questão de direito individual, não, isoladamente, uma questão do bem público”.⁴⁵

Em uma breve síntese, o que pode ser até aqui compreendido da abordagem de Dworkin é que o Direito diz respeito a uma questão de princípio, o que não significa deslocar o fenômeno jurídico da política, esta desempenha um papel importante no processo deliberativo, em que os argumentos finalísticos possuem grande relevo. Contudo, quando o intérprete está para julgar se alguém tem ou não direito a algo, ele deve realizar seu juízo por meio de argumentos de princípio e não por critérios teleológicos ou de “bem-comum”. O princípio implica, e isso é fundamental para o que se discute neste trabalho, que não é possível separar a aplicação da fundamentação. Os princípios, assim entendidos, são responsáveis pela concretização da regra.⁴⁶ Esta, como um enunciado abstrato, não pode ser aplicada sem o atravessamento de um elemento que recupere seu sentido dado pela temporalidade. Mesmo quando se estiver diante de um *easy case*, o enunciado da regra não possui em sentido “em si”, este somente faz sentido num horizonte temporal resgatado pela principiologia jurídica.

⁴² MOTTA, José Francisco Borges. *Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática*. 2014. 290p. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídica e Sociais, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, p. 24.

⁴³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 137.

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. XV.

⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 39.

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, p. 113.

Tal abordagem, aproxima-se, ademais, da hermenêutica filosófica de Gadamer,⁴⁷ pois para o filósofo alemão a compreensão de um texto pressupõe um projetar sentido, o qual vai sendo constantemente revisado pelo intérprete conforme ele avança pelo texto, de modo que projetos rivais vão sendo confrontados uns com os outros até o momento em que se estabelece uma univocidade de sentido, conquanto as concepções prévias do intérprete vão sendo substituídas por outras mais adequadas. Pode-se dizer com Stein,⁴⁸ pois, que há uma cumplicidade entre sujeito e objeto no conhecimento, uma vez que toda a interpretação se sucede por meio de uma estrutura prévia de sentido mediada pela linguagem, a qual dá acesso ao mundo ao sujeito.

Quem procura compreender está exposto ao erro de opiniões prévias, as quais não se confirmam nas próprias coisas. Elaborar projetos corretos e adequados às coisas, que como projetos são antecipações que apenas devem ser confirmadas “nas coisas”, tal é a tarefa constante da compreensão. Aqui não existe outra “objetividade” que a confirmação que uma opinião prévia obtém através de sua elaboração. (...) A compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade, quando as opiniões prévias, com as quais ela inicia, não são arbitrárias. Por isso faz sentido que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, a partir da opinião prévia que lhe subjaz, mas que examine tais opiniões quanto à sua legitimação, isto é, quanto à sua origem e validade.⁴⁹

Tal afirmação de Gadamer deixa bastante clara a relação entre sua semelhança com a ideia de romance em cadeia de Dworkin a partir da função exercida pelos princípios no Direito: eles são a maneira pela qual é possível o intérprete confrontar suas pré-compreensões com a tradição hermenêutica. A partir deles deve-se operar a reconstrução histórica-institucional do Direito na tentativa de formular uma teoria capaz de dialogar com as decisões tomadas no passado e ao mesmo tempo projetar a futura aplicação desses mesmos princípios como um todo íntegro e coerente, o que não implica apenas uma operação formal de ajuste entre várias decisões, mas um juízo substancial sobre a melhor maneira de ver a moralidade política.

Essa abordagem somente consegue ser devidamente apreendida quando se leva em consideração o “encurtamento hermenêutico” operado pela filosofia hermenêutica de Martin Heidegger, a qual consistiu em destruir a fundação entificadora da filosofia a partir da teologia e do “mundo natural”, uma vez que o

⁴⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método* – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, p. 402.

⁴⁸ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*, p. 45 e et seq.

⁴⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método* – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, p. 402-403.

conhecimento está desde sempre assentado em uma compreensão prévia do sujeito oriunda de suas vivências fáticas e a qual o caminho proposto pelo método lógico-analítico não consegue chegar.⁵⁰ Isto é, não há um ponto de neutralidade de alguém “que de repente faz uma proposição assertórica predicativa (...) não existe a racionalidade em estado puro, como ela é definida através do uso da linguagem, enquanto somos um ser capaz de enunciados assertóricos predicativos”.⁵¹

A grande contribuição dessa abordagem para o constitucionalismo brasileiro é colocar em evidência o projeto político instituído pela Constituição, a qual possui uma materialidade moral instituidora de compromissos entre o Estado e a sociedade. Sob esta ótica, exige-se de todos os graus de jurisdição o enfrentamento de uma moralidade política no momento de aplicação do Direito. Coerência e integridade, aqui, pressupõe-se mutuamente, de maneira que o caminho metodológico dá lugar a uma reconstrução hermenêutica das instituições e práticas de uma comunidade.

O que deve ser sumarizado a partir da abordagem realizada neste tópico é que, a partir de uma abordagem dworkiniana, torna-se imprescindível a recuperação de um horizonte histórico para a aplicação do Direito para além da centralidade do protagonismo do sujeito. A aposta do jusfilósofo americano, e também da hermenêutica filosófica da Gadamer, é a de que não há um enunciado com um sentido “em si”. Somente se tem acesso a algo por conta de uma estrutura pela qual não é possível acessar apenas pelo caminho da lógica, há sempre uma compreensão prévia que permite ter acesso ao mundo. E a partir da principiologia constitucional que se torna possível confrontar diferentes projetos acerca do Direito, até que se possa apanhar o fenômeno jurídico como algo íntegro e coerente, algo que não se consegue por meio de argumentos políticos por conta da contingência destes. Sem princípios perde-se a explicitação do elo entre a compreensão e a aplicação da norma, o que somente pode resultar em um *déficit* democrático responsável por inviabilizar o debate entre os sujeitos da comunidade. Essa é, sem dúvida, uma incontornável deficiência do caminho metodológico e a confirmação de que não é a partir de perspectivas objetificantes que se poderá chegar a uma devida compreensão sobre coerência e integridade jurídicas.

UM PROBLEMA ONTOLÓGICO: POR QUE O MÉTODO NÃO CONSEGUE DAR CONTA DO PROBLEMA DA SUBJETIVIDADE?

Do que até aqui ficou exposto, algumas considerações podem ser feitas. A primeira delas diz respeito à insuficiência da subsunção como mecanismo de aplicação das Súmulas Vinculantes. A proposta de controlar a racionalidade do

⁵⁰ STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 1990, p. 9.

⁵¹ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*, p. 19.

sujeito por meio de uma metodologia não é nova. O positivismo jurídico exegético já procurava dotar-se de um conhecimento objetivo e, na esperança de elidir a subjetividade da interpretação, fazia um recorte do Direito de forma a deixá-lo limitado aos códigos. A racionalidade seria, assim, conduzida por uma série de operações sintáticas responsáveis por esclarecer as possibilidades significativas dos enunciados para só então se recorrer a uma subsunção do fato concreto à norma,⁵² a qual se confundia com o texto. A realidade possível de ser regulada pelo Direito, portanto, era rigidamente delimitada pela textualidade legal.

Isso significava um esquecimento da diferença ontológica entre o ente (texto) e a norma (ser), pois havia a crença de que o texto contivesse um significado “em si”, de maneira que o raciocínio era estruturado apenas com o que era manifesto, sem se advertir, todavia, que a manifestação se sucedia através de um sentido dado por uma compreensão prévia. O resultado não poderia ser diferente: diante da insuficiência da subsunção em abarcar a realidade ôntica, tentava-se suplementá-la por meio dos princípios gerais do Direito, a analogia e a equidade, que por sua vez terminavam abrindo o campo jurídico ao subjetivismo, pois a analogia é apenas um tipo de dedução na qual a premissa menor, ao invés de constituir um juízo de identidade, é responsável por uma afirmação de semelhança relevante o suficiente para concluir pela aplicação da mesma regra ao fato,⁵³ sem que haja um “meta-método” responsável por controlar o mesmo juízo de semelhança.

Em que pese a subsunção ainda ser fortemente arraigada ao pensamento jurídico contemporâneo e se reconheça a insuficiência da sintática para buscar as respostas no Direito, a aposta na semântica significou uma ruptura estrutural entre regras e princípios, aqueles aplicáveis pelo “tudo-ou-nada” e estes entendidos como mandados de otimização.⁵⁴ E este é um ponto fundamental onde não se pode incorrer em confusões: embora Dworkin reconheça a diferença entre regras e princípios,⁵⁵ sua problematização não fica restrita a semântica, já que os princípios não possuem nenhuma significação nesse meio. Eles são, pois, a maneira pela qual o mundo prático é trazido para dentro do Direito, isto é, somente a partir deles é que se pode emprestar concretude à regra, pois direcionam a interpretação ao encontro das práticas, instituições e virtudes de uma comunidade política, resgatando a coerência e a integridade jurídicas. A temporalidade é trazida, ademais, para dentro do Direito, fazendo com que somente se possa compreender o ser (norma) do ente (texto) a partir da mediação principiológica

⁵² BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Tradução de Marcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 216 et. seq.

⁵³ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito, p. 216 et seq.

⁵⁴ FERREIRA, Rafael Fonseca. (A) crítica recepção das teses alexyanas: o *locus* da discricionariedade judicial em *terrae brasilis*. In: *Direitos Fundamentais e Justiça*. Porto Alegre: HS, ano 7, n. 27, p. 96-97, 2013.

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 39.

constitucional. O recurso a uma metodologia, portanto, não é apenas ontologicamente equivocado como também antidemocrático: ao tentar alicerçar o sentido a partir do método, não se fundamenta a decisão por meio do resgate da legitimidade das instituições, práticas e virtudes da comunidade política, mas do suposto controle metódico (e monológico) da racionalidade exercido pelo sujeito.

Tomando em conta tais considerações, nítido fica o problema das chamadas Súmulas Vinculantes: elas, tal como a legislação, precisam ser interpretadas. Não se pode aprisionar o sentido de um texto por meio de outro texto. Então assiste razão a Abboud e Streck quando inferem que os precedentes não devem ser normativos, eles são interpretativos, não fazem sentido quando tomados isoladamente, somente quando retomada a discussão que os ensejou para que possam ser aplicados em casos semelhantes.⁵⁶ A simples enunciação validada procedimentalmente não carrega consigo a bagagem conteudística necessária para que se possa resgatar a coerência e integridade do Direito⁵⁷ e, ao não se advertir da diferença ontológica, nada se acrescenta para a estabilização da jurisprudência com a “força normativa” concedida às súmulas.

Com os mesmos elementos da abordagem dworkiniana até aqui empreendida, também pode-se questionar a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Injunção 670. Se de um lado é correta a efetivação do direito fundamental à greve dos servidores públicos civis, de outro é bastante problemática a eficácia *erga omnes* dada à decisão. Ao conceder tal efeito, a Corte editou uma norma abstrata, a qual embora dê conta de diminuir consideravelmente a quantidade ações propostas com teor idêntico ou semelhante, levanta dificuldades em virtude das peculiaridades próprias do Mandado de Injunção. No caso em tela, se não houve a edição de uma lei que regule o exercício da greve por parte dos servidores públicos civis, diversas serão as questões que ainda precisarão ser resolvidas, pois podem envolver igualmente outros direitos de sujeitos alheios ao próprio movimento grevista. Ora, se a interpretação é a concretização do Direito, a atribuição de eficácia *erga omnes* à decisão pode ser um fator de engessamento, já que inúmeras peculiaridades precisam ser respondidas em cada caso concreto levado ao Supremo Tribunal Federal via Mandado de Injunção caso se queira exercer uma leitura concretista do instituto.

Aliás, fora das hipóteses em que o controle de constitucionalidade se dá de forma abstrata, somente por meio de uma Súmula Vinculante é possível conceder efeito *erga omnes* a um entendimento do Supremo Tribunal Federal, de modo que uma vez aceita a possibilidade de o mesmo efeito ser também conferido ao

⁵⁶ ABOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 112 e et seq.

⁵⁷ FERREIRA, Rafael Fonseca. (A) crítica recepção das teses alexyanas: o *locus* da discricionariedade judicial em *terrae brasiliis*, p. 113.

Mandado de Injunção chega-se a situação um tanto quanto excêntrica de se exigir um quórum qualificado para a primeira hipótese (além de repetidas decisões do tribunal em um mesmo sentido) e apenas maioria simples para a segunda. Ademais, não se pode inferir que seja o *writ* um mecanismo de controle abstrato de normas porque assim se estará criando uma duplicidade dentro da Constituição Federal, que já prevê a ação direta de inconstitucionalidade por omissão com essa atribuição.

Ora, o que impõe ao tribunal o reconhecimento de uma postura concretista quando confrontado com outros pedidos para suprir a omissão do legislador que impeça o exercício de um direito fundamental é a coerência e integridade do Direito. Somente a partir de tal perspectiva é possível garantir que todos os sujeitos de uma comunidade política sejam tratados com igual dignidade e respeito sem se recorrer a perspectivas que terminam por obnubilar a singularidade dos casos concretos levados até o judiciário. Aquilo que no Brasil ficou conhecido como abstrativização do controle de constitucionalidade difuso, portanto, incorre em problemas bastante semelhantes aos da Súmula Vinculante: não é a partir de uma tese firmada pelo tribunal que se consegue estabelecer a coerência e integridade jurídicas, estas se dão a partir da particularidade do caso concreto, mostrando-se na decisão que o modo pelo qual ele está sendo decidido encontra respaldo em uma interpretação que coloca o Direito em sua melhor luz, isto é, reflete uma comunidade política que assume o compromisso junto a seus membros de os reconhecer como dignos de igual consideração e respeito e a forma como isso se articula com as singularidades daquilo que está sendo julgado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do que ficou exposto, pode-se afirmar que é somente a partir de uma virada paradigmática no Direito que se pode pensar efetivamente em sua coerência e integridade. Uma abordagem metodológica termina por fragilizar a contribuição que os princípios constitucionais trouxeram para a teoria jurídica: é a partir deles que se pode construir intersubjetivamente um horizonte de sentido para um texto. Uma regra ou enunciado jurídico, por si só, não carrega consigo a substancialidade necessária para se autolegitimar a partir de uma subsunção. A exigência de coerência e integridade no Direito é, no fundo, uma questão de democracia, mormente em um país em que o judiciário, cada vez mais, é incitado a se manifestar sobre questões sensíveis à sociedade.

Por isso, a aposta em Súmulas Vinculantes deve ser vista com cautela, pois elas não podem significar o simples engessamento do exercício da jurisdição. Além do mais, abstrativização dos efeitos de decisões proferidas em casos concretos termina antes por fragilizar do que propriamente reforçar as virtudes de um Direito democrático. Tratar todos os membros da comunidade política como dignos

de igual consideração e respeito implica também em explicitar articulação da moralidade política com a singularidade do caso concreto, não apenas afirmar seu enquadramento ou não a um enunciado. O método não é uma garantia, e tampouco o caminho adequado para tal. Para se pensar em uma principiologia constitucional contemporaneamente, pois, é necessário que a comunidade jurídica reconheça a viragem paradigmática representada pelo giro ontológico linguístico, o que significa que, dentro da finitude humana, não é possível a construção de um conhecimento monológico, somente a partir do diálogo com a história, com o tempo é possível a construção de um saber, de um Direito, efetivamente democrático.

A abordagem metodológica, mormente a partir da subsunção, por somente alcançar a dimensão semântica da linguagem e pretender “colar” o enunciado a um fato concreto não consegue se aperceber do ciclo hermenêutico no qual está situado o sujeito. Em outras palavras, ela ignora o fato de que somente é possível compreender algo quando já se possui uma compreensão prévia do que é esse “algo”. Com a interpretação/aplicação do Direito não ocorre diferentemente: o jurista já antecipa um sentido conforme o fato concreto lhe seja apresentado. É com essa antecipação que a hermenêutica filosófica se preocupa com grande repercussão na seara jurídica, pois não será suficiente a mera menção a norma para que se tenha por fundamentada uma decisão, esta deverá, como se mostrou anteriormente, demonstrar a confrontação da pré-compreensão do intérprete com uma leitura que coloque as práticas históricas e institucionais de uma comunidade política em sua melhor luz. Tal é o que caracteriza a aplicação democrática do Direito.

Com tais referências é que se pode perceber a importância do Direito como integridade de Ronald Dworkin, pois sob tal leitura, os intérpretes são orientados a interpretar o Direito como se ele fosse um romance com vários autores, e como tal devem seus capítulos serem lidos como integrantes de um todo coerente e íntegro. Da mesma maneira que não pode a obra conter personagens, cenários e acontecimentos que não se encadeiem entre os capítulos, não pode o Direito possuir decisões que não se comuniquem ao longo de sua história, o que não significa a cristalização de determinado entendimento dentro do judiciário através da recuperação de decisões que já não encontram correspondência com o atual cenário político e cultural, mas sim uma leitura das formas as quais as práticas jurídicas do passado podem nos ajudar a compreender as do presente.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Marcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CITTADINO, Gisele. Mandado de Injunção. In: AVRITZER, Leonardo et al (Org.). *Dimensões políticas da justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FERREIRA, Rafael Fonseca. (A) crítica recepção das teses alexyanas: o *locus* da discricionariedade judicial em *terrae brasilis*. In: *Direitos Fundamentais e Justiça*. Porto Alegre: HS, ano 7, n. 27 p. 87-114, 2013. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/25_Doutrina_Nacional_03.pdf>. Acesso em: 09/03/2016.
- GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.
- GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método II – complementos e índice*. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Edusf, 2011.
- GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo I*. v. 1. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.
- HESSE, Konrad. *Temas fundamentais de direito constitucional*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida; Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.
- KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. In: *Novos Estudos*, n. 58. São Paulo: Cebrap, 2000. Disponível em: <<http://novosestudos.uol.com.br/v1/issues/view/92>>. Acesso em: 06/11/2014.
- MOTTA, José Francisco Borges. *Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermenêuticamente adequada da decisão jurídica democrática*. 2014. 290p. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídica e Sociais, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.
- STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: Edipuc. 2010.
- STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 1990.
- STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013b.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013a.

TURCHETTI, Débora Pereira. *A integração do direito brasileiro pelo Mandado de Injunção: perspectivas para o instituto no Brasil, em face da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. 2012. 100p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

Data de recebimento: 31/05/2016

Data de aprovação: 18/08/2016