

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

HERMENÊUTICA JURÍDICA E SÚMULAS VINCULANTES: UMA REALIDADE PARADOXAL

DOUGLAS RAFAEL SCHINERMANN SANTOS

Guarapuava/PR

2014

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

HERMENÊUTICA JURÍDICA E SÚMULAS VINCULANTES: UMA REALIDADE PARADOXAL

DOUGLAS RAFAEL SCHINERMANN SANTOS

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Josemar Sidnei Soares

Guarapuava/PR

2014

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família, pela compreensão de minhas faltas e pelo apoio
constante aos meus projetos;

Aos amigos, colegas de turma, e à coordenação deste programa de mestrado,
colaborando, cada um ao seu jeito, à consecução deste trabalho;

À minha mãezinha, Nossa Senhora de Aparecida, que sempre me ampara nos
momentos de agonia;

Ao Professor Josemar, meu orientador, exemplo de abdicação e presteza;

Agradeço, sobretudo, ao Grande Arquiteto do Universo que, em minha vida, tudo
planejou, tudo construiu...

DEDICATÓRIA

Dedico a presente dissertação aos meus Pais: Edson Fernando Amaral Santos e Cleonice Schinermann Santos, incansáveis mestres, que dedicaram suas vidas ao meu aprendizado e aperfeiçoamento.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Guarapuava/PR, 30 de outubro de 2014.

Douglas Rafael Schinermann Santos

Mestrando

Esta Dissertação foi julgada APTA para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.



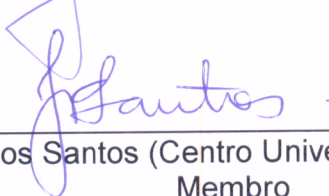
Professor Doutor Josemar Sidinei Soares
Orientador

Professor Doutor Paulo Márcio Cruz
Coordenador/PPCJ

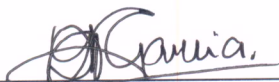
Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos Professores



Doutor Josemar Sidinei Soares (UNIVALI) – Presidente



Doutor José Francisco dos Santos (Centro Universitário de Brusque - UNIFEBE) –
Membro



Doutora Denise Schmitt Siqueira Garcia (UNIVALI) – Membro

Itajaí(SC), junho de 2015.

ROL DE CATEGORIAS

Súmula Vinculante: A súmula vinculante é o instituto que visa garantir a uniformidade da disciplina jurídica, pela fixação do mesmo sentido da norma em aplicações distintas, gerando a previsibilidade; gerar a estabilização das expectativas de comportamento pela impossibilidade de nova discussão de matérias já decididas; e, por fim, tornar a solução jurisdicional de conflitos mais célere e automática, garantindo a efetiva manutenção coercitiva dessas situações de segurança.¹

Hermenêutica Jurídica: A Hermenêutica Jurídica tem a função precípua de trazer o sentido e o alcance das expressões peculiares ao Direito, fazendo com que este se concretize no plano real. Ocorre que as normas e textos jurídicos são escritos em termos gerais, sem descrever as minúcias que se propõe a regular tendo, desta forma, que ter seu sentido e seu alcance colmatados por um processo intelectual, a fim de que seja efetivada a função do Direito.²

Neoconstitucionalismo: Trata-se de um movimento jurídico-filosófico que tem como premissas básicas: a efetivação de elementos de cunho axiológico na prática jurídica, com a adoção de princípios dotados de eficácia e aplicabilidade. Neste modelo (que não pode ser concebido como estanque), o Estado só pode ser admitido na forma Democrática e de Direito, pois neste o governo assume uma posição pró-ativa de defesa dos Direitos Fundamentais. Ainda, a Constituição passa não mais como um “ideário de promessas vagas”, alocando-se no centro do sistema, irradiando (e influenciando com) sua mensagem os outros ramos do saber jurídico.³

Estado Constitucional de Direito

No Estado constitucional de Direito, a Constituição não apenas disciplina as formas de produção legislativa como também impõe proibições de conteúdo, correlatas umas aos direitos de liberdade e outras aos direitos sociais, cuja violação gera

¹REIS, Palhares Moreira. **A súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Consulex, 2008. p. 168.

²MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. P. 01.

³CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009. P. 29-31.

antinomias ou lacunas, que a ciência jurídica tem o dever de constatar para que sejam eliminadas ou corrigidas⁴.

Discurso: O discurso nada mais é do que a identificação dos modos pelo qual o homem, pela utilização da palavra, consegue atingir a esfera de outrem, ou modificar a sua própria esfera, utilizando-se para tanto de instrumentos que permitam compreender o objeto através de seus aspectos linguísticos, aproximando-os de sua natureza ontológica e conduzindo seu destinatário à imaginação, à decisão, à concordância ou ao convencimento da premissa afirmada.⁵

⁴FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro Del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo (s)**. Tradução Pilar Allegue. 3 ed. Madrid: Trotta, 2006. p. 18.

⁵DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**. São Paulo: Landy, 2002. P. 24.

SUMÁRIO

RESUMO.....	11
RESUMEN	12
INTRODUÇÃO	13
1 TEORIAS DISCURSIVAS E HERMENÊUTICA JURÍDICA	16
1. 1 TEORIA ARISTOTÉLICA DOS QUATRO DISCURSOS	16
1.1.1 Conceito	18
1.1.2 Tipologia Discursiva	19
1.1.2.1 Os níveis de credibilidade	21
1.1.3 Discurso Poético.....	24
1.1.3.1 Os motivos de credibilidade do discurso poético.....	25
1.1.4 Discurso Retórico	26
1.1.4.1 Os motivos de credibilidade do discurso retórico	27
1.1.5 Discurso Dialético.....	28
1.1.5.1 Os motivos de credibilidade do discurso dialético	29
1.1.6 Discurso Analítico.....	30
1.1.6.1 Os motivos de credibilidade do discurso analítico	30
1.2. HERMENÊUTICA JURÍDICA	31
1.2.1 Métodos de Interpretação.....	33
1.2.1.1 Método gramatical/literal/dogmático	34
1.2.1.2 Método sistemático.....	35
1.2.1.3 Método lógico	36
1.2.1.4 Método histórico-evolutivo.....	36
1.2.1.5 Método sociológico.....	37
1.2.1.6 Método teleológico	37
1.2.1.7 Método tópico/tópico-sistemático	38
1.2.1.8 Método hermenêutico-concretizador de Konrad Hesse.....	41
1.2.1.9 Método concretista normativo-estruturante de Friedrich Müller.....	43
1.2.1.10 Método concretista da constituição aberta de Peter Häberle	43

2 NEOCONSTITUCIONALISMO E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	46
2.1 NEOCONSTITUCIONALISMO – ESCORÇO HISTÓRICO NA BUSCA DE UM CONCEITO	46
2.1.1 Ascensão e Decadência do Jusnaturalismo	47
2.1.2 Ascensão e Decadência do Positivismo Jurídico	49
2.1.3 Estado Constitucional de Direito – Aportes Característicos	54
2.1.4 Marco Histórico – Pós-guerra e Redemocratização	56
2.1.5 Marco Filosófico – A Construção do Pós-positivismo	57
2.1.5.1 O princípio da dignidade da pessoa humana	60
2.1.5.2 O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade	61
2.1.6 Marco Teórico – Alterações na Concepção do Direito Constitucional	63
2.2 A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL – PREMISSAS METODOLÓGICAS	66
2.2.1 A Norma, o Problema e o Intérprete	67
2.2.2 Os Conceitos Jurídicos Indeterminados	69
2.2.3 Os Princípios e sua Normatividade	70
2.2.4 A Colisão de Normas Constitucionais	72
2.2.5 A Ponderação – Uma Alternativa Eficaz	72
2.2.6 A Argumentação Jurídica	74
2.3 POSSÍVEIS CRÍTICAS AO NEOCONSTITUCIONALISMO	75
3 SÚMULAS VINCULANTES	80
3.1 O QUE É ISTO, A JURISPRUDÊNCIA? (COMEÇO DA HISTÓRIA)	80
3.1.1 A Jurisprudência e o Sistema Common Law – Os Precedentes	82
3.1.2 A Jurisprudência e o Sistema Civil Law – Família Romano-germânica	83
3.2 A EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004 – A REFORMA DO JUDICIÁRIO ..	84
3.3 A SÚMULA VINCULANTE – APORTES INICIAIS	86
3.3.1 Segurança Jurídica e Igualdade	87
3.3.2 Estrutura, Natureza Jurídica e Vinculação	88
3.3.3 Objeto, Procedimento e Reclamação Constitucional	91
3.4 ASPECTOS CONTRÁRIOS ÀS SÚMULAS VINCULANTES	94
CONSIDERAÇÕES FINAIS	95
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	99

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na Área de Concentração “Fundamentos do Direito Positivo” e na linha de pesquisa “Constitucionalismo e Produção do Direito”. A Súmula Vinculante foi instituída no Brasil por meio da Emenda Constitucional 45/2004, que proporcionou a “reforma do judiciário”. Por meio das súmulas vinculantes, o Supremo Tribunal Federal pode dotar as suas decisões reiteradas, sobre matéria constitucional, de efeito vinculante sobre os demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública. Baseada no paradigma norte-americano dos precedentes (*stare decisis*), a súmula vinculante aproximou o sistema do *Common Law* ao sistema jurídico brasileiro (*Civil Law*). Tem a finalidade de tornar o Poder Judiciário mais célere, garantindo-se ainda aos jurisdicionados maior segurança jurídica e igualdade, impedindo que existam decisões (entendimentos) díspares, para casos idênticos postos à apreciação do Poder Judiciário. Em que pese a tentativa de assegurar os direitos fundamentais supramencionados, a súmula vinculante não passou ilesa às críticas dos variados setores jurídicos, sendo que estes argumentavam que ela poderia violar os princípios da separação dos poderes e da livre convicção motivada, sufocando a capacidade interpretativa dos magistrados. Eis a questão que se cinge o presente estudo. Demonstrar, sob o viés da Teoria Aristotélica dos Quatro Discursos, bem como, através dos métodos interpretativos fornecidos pela Hermenêutica Jurídica, se a adoção/aplicação das súmulas vinculantes está em consonância com o Estado Democrático de Direito (constituído a partir dos alicerces do Neoconstitucionalismo), ou, se elas afastam a capacidade interpretativa do magistrado, ferindo algum axioma jurídico. A dissertação em tela está inserida na linha de pesquisa Constitucionalismo e Produção do Direito.

Palavras-chave: Hermenêutica Jurídica. Súmulas Vinculantes. Neoconstitucionalismo. Segurança Jurídica.

RESUMEN

La presente Disertación está inserta en el Área de Concentración "Fundamentos del Derecho Positivo" y en la línea de investigación "Constitucionalismo y Producción del Derecho". El precedente vinculante se estableció en Brasil a través de la Enmienda Constitucional 45/2004, que preveía una "reforma judicial". A través de los precedentes vinculantes, el Tribunal Supremo puede proporcionar sus decisiones reiteradas en materia constitucional, con efecto vinculante para los demás órganos del poder judicial y la administración pública. Basado en el paradigma norteamericano de precedentes (*stare decisis*), el precedente vinculante se acercó al sistema de *Common Law* del sistema jurídico brasileño (*Civil Law*). Tiene como objetivo hacer que el poder judicial más rápidamente, incluso si la jurisdicción garantizar una mayor seguridad jurídica y la igualdad, la prevención existe decisiones (comprensión) dispar para los casos similares planteados a la consideración del Poder Judicial. A pesar del intento de asegurar los derechos fundamentales mencionados anteriormente, el precedente vinculante no ha pasado indemne a las críticas de diversos sectores jurídicos, y éstos argumentado que violaría los principios de separación de poderes y la libertad motivado, asfixia la capacidad interpretativa de magistrados. Esa es la pregunta que ciñe este estudio. Demostrar, en virtud de la teoría Aristotélica del Cuatro discursos, así como a través de los métodos interpretativos proporcionados por la hermenéutica jurídica, la adopción / aplicación de los precedentes vinculantes está en línea con el Estado democrático de derecho (construido a partir de las bases de Neoconstitucionalismo) o, si se retiran la capacidad interpretativa del juez, hiriendo a algunos axioma jurídico. Este trabajo está incluido en la línea de búsqueda "Producción de Derecho y Constitucionalismo".

Palabras clave: Hermenéutica Jurídica. Precedentes Vinculantes. Neoconstitucionalismo. Seguridad Jurídica.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali. A presente Dissertação está inserida na Área de Concentração “Fundamentos do Direito Positivo” e na linha de pesquisa “Constitucionalismo e Produção do Direito”. O seu objetivo científico é demonstrar o modo pelo qual a linguagem determina (é determinada) - pela atividade interpretativa do jurista - os sentidos dos discursos jurídicos standardizados (como é o caso das Súmulas Vinculantes) e ter por justificada a adoção do mencionado instituto no sistema jurídico brasileiro, sem ferir, contudo, o poder/dever interpretativo do operador do Direito.

A temática deste trabalho tem como pano de fundo dois grandes ramos do estudo do Direito – A Filosofia do Direito e o Direito Constitucional. De fato, o tema “Súmulas Vinculantes e Hermenêutica Jurídica – Uma Realidade Paradoxal” abrange uma parcela extremamente relevante (e ampla) do estudo do Direito, e que tangencia a questão nevrálgica daquilo que atualmente se convencionou chamar de “Crise do Direito”. É uma crise que desborda os limites do ensino jurídico no país, indo para a prática judiciária e, por conseguinte, para as construções teóricas (doutrina) do Direito. Como interpretar o Direito em tempos de pragmatismo judicial e de conceitos prontos?

Para a pesquisa foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) O processo de conhecimento humano se dá por meio da linguagem - objetivamente definida e construída - estruturada no discurso. O discurso jurídico pode variar seus objetivos a depender das premissas empregadas na sua construção, sendo que de igual modo, podem variar os seus significados, a depender do método de interpretação empregado.

b) A compreensão do cenário jurídico atual, em tempos de pós-modernidade e a conformação de uma nova teoria do Direito, que fez surgir uma nova teoria das normas e uma nova teoria da interpretação, revelando a prática da argumentação como meio de controle e justificação racional de decisões judiciais. Tal ambiente ainda é incipiente, dada a pluralidade de correntes epistêmicas que adotam, indiscriminadamente, o rótulo de Neoconstitucionalistas.

c) Com o surgimento de conceitos abertos e princípios (com alta carga semântica), há a necessidade da busca por uma mínima segurança jurídica, evitando que existam decisões dissonantes em diversos tribunais do país, para casos idênticos. Diante de tal problemática, houve uma aproximação (comunicação – autopoiese) de sistemas jurídicos (*Common Law X Civil Law*), fazendo surgir a figura da Súmula Vinculante, como meio de uniformização de sentido. As respostas para as hipóteses (problemas) levantadas foram devidamente divididas nos três capítulos que compõem o trabalho em tela.

Buscando entender como se interpreta o Direito, far-se-á uma análise sobre a Teoria Aristotélica dos Quatro Discursos, demonstrando a forma que o discurso jurídico se estrutura e qual(is) a(s) sua(s) finalidade(s), conquanto ele (o discurso) é o objeto em que incidirá a atividade interpretativa. Ainda, será feita uma abordagem panorâmica sobre a Hermenêutica Jurídica, demonstrando-se os métodos que ela fixa para conduzir o intérprete na construção do sentido da norma (discurso).

Num segundo momento do trabalho, será demonstrada a evolução na forma de pensar, construir e interpretar o Direito, proporcionadas pela mudança paradigmática que o pós-positivismo incutiu no Direito. Como esse movimento jurídico-filosófico alternou o modelo de Estado então vigente, realçou a posição dos direitos fundamentais do ser humano, mas, principalmente, a relevância dispensada às constituições, transformando-as em um sistema aberto de regras e princípios, desvelando o nascimento do Neoconstitucionalismo.

Em última análise, procura-se compreender a instituição das súmulas vinculantes no Brasil e a busca pela celeridade, segurança jurídica e igualdade jurisdicional. Verificar-se-á a confluência do sistema *Common Law* com o sistema *Civil Law*, imprimindo força vinculante aos precedentes do Supremo Tribunal Federal. Ainda, serão demonstrados quais os objetos das súmulas vinculantes, qual o procedimento para sua criação, a reclamação pela não observância à súmula e a vinculação (ou não) do magistrado à súmula vinculante ao julgar um caso concreto.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação, o Método⁶ utilizado foi o Indutivo, na fase de Tratamento dos Dados o Cartesiano e, no presente Relatório da Pesquisa, é empregada a base indutiva⁷. Foram acionadas as técnicas do referente⁸, da categoria⁹, dos conceitos operacionais¹⁰, da pesquisa bibliográfica¹¹ e do fichamento¹². Nesta Dissertação, as categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula e os seus conceitos operacionais são apresentados em glossário inicial. Enfim, o presente relatório encerra-se com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a Hermenêutica Jurídica e suas inferências na construção das teorias do Direito.

⁶“Método é forma lógico-comportamental na qual se baseia o Pesquisador para investigar, tratar os dados colhidos e relatar os resultados”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 11.ed. Florianópolis: Millennium, 2008, p.206.

⁷Sobre os métodos e técnicas nas diversas fases da Pesquisa Científica, vide PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. p. 81 - 105.

⁸“explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitado o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. p. 54.

⁹“palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. p. 25.

¹⁰ “definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das **ideias** expostas”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. p. 37.

¹¹“Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”.PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. p. 207.

¹²“Técnica que tem como principal utilidade otimizar a leitura na Pesquisa Científica, mediante a reunião de elementos selecionados pelo Pesquisador que registra e/ou resume e/ou reflete e/ou analisa de maneira sucinta, uma Obra, um Ensaio, uma Tese ou Dissertação, um Artigo ou uma aula, segundo Referente previamente estabelecido”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. p. 201 e 202.

CAPÍTULO 1

TEORIAS DISCURSIVAS E HERMENÊUTICA JURÍDICA

Na ciência jurídica, há a constante necessidade de o operador do Direito depurar o sentido dos textos e expressões que lhe são submetidos à apreciação, quer seja para aplicação adequada do Direito (função jurisdicional), quer seja para o mero estudo dos ramos jurídicos.

Toda lei ou texto jurídico é um discurso (escrito), e todo discurso constitui uma ação, sendo que toda ação tem uma finalidade, a qual é voltada a um destinatário (tal como o discurso), utilizando-se dos meios que possibilitem chegar a este fim. O discurso visa efetivamente alterar a esfera do destinatário pela ação que ele (o discurso) produziu.

Neste primeiro capítulo, buscar-se-á demonstrar como o Direito (normas e textos), enquanto possibilidade, (acreditado) altera a esfera dos cidadãos, dando a efetividade ao discurso contido na sua norma/texto jurídico (acreditável). Assim, será estudada a teoria aristotélica dos quatro discursos, analisando a tipologia discursiva, ou seja, estabelecendo os critérios racionais para o estudo, análise e apreensão do objeto chamado “discurso”.

É necessário, pois, entender/conhecer o discurso da norma, para que só então possa lhe ser extraído algum sentido válido.

Desta forma, a Hermenêutica Jurídica é uma ciência que se ocupa basicamente em extrair de um determinado texto jurídico o sentido mais correto (nunca único) que ele possa agregar, utilizando-se de seus métodos próprios de interpretação.

Assim, será abordada a Hermenêutica Jurídica enquanto ciência, demonstrado seus aspectos históricos, conceito, função e métodos/sistemas de interpretação por ela fixados.

1.1 TEORIA ARISTOTÉLICA DOS QUATRO DISCURSOS

Segundo Olavo de Carvalho, há nas obras de Aristóteles uma ideia que escapou do olhar de quase todos os seus leitores e comentaristas, mas que, entretanto, perfaz a compreensão da unidade do pensamento do citado filósofo,

desde as suas intenções e valores, respeitando o inexpresso e o subentendido em suas obras, não idolatrando ou coisificando o texto.

A tal ideia Olavo de Carvalho denomina de Teoria dos Quatro Discursos, aduzindo que “o discurso é uma potência única, que se atualiza de quatro maneiras diversas: a poética, a retórica, a dialética e a analítica (lógica)” ¹³.

Gera perplexidade essa ideia de quatro discursos com nomes de quatro ciências, igualmente subordinadas ou variantes em uma ciência única, qual seja, o discurso. Isso ocorre, pois há o costume de se cindir a linguagem/ramos poética e a linguagem lógica ou científica em universos totalmente distintos e intangíveis. Ainda, assevera Dalla-Rosa:

Não é de se admirar que a poética, a retórica, a dialética e a analítica estejam presentes na concepção organizadora do pensamento humano, pois enquanto potência única, o discurso deve ser estudado, segundo seus princípios estruturantes, submetendo suas espécies a um mesmo denominador comum¹⁴.

Outro fator que reforça o espanto frente à teoria em comento, é que os manuscritos aristotélicos foram organizados pelo editor póstumo Andrônico de Rodes e divididos em teoréticos (o estudo da matemática, da física e da metafísica), práticos (ética, a política e a economia) e poiéticos (ou produtivos ou técnicos), sendo que as obras que tratavam sobre Retórica e Poética foram alocadas no campo das obras técnicas, afastando-as das demais obras que tratavam sobre a teoria do discurso.

Todavia, Aristóteles escreveu em seu *Organon* (conjunto de obras introdutórias) uma obra sobre Poética e uma sobre Retórica, inseridas em *Da Dialética* (Tópicos) os dois tratados da *Analítica* (I e II), além de duas obras sobre referências à linguagem e ao pensamento em geral, contido nas *Categorias* e na *Da Interpretação*¹⁵.

O resultado nefasto que a inserção da Poética e da Retórica dentro da obra sobre dialética causou no aristotelismo ocidental desde o início da Era Cristã

¹³CARVALHO, Olavo de; OLIVEIRA FILHO, Edson Manoel de (Ed.). **Aristóteles em nova perspectiva**: introdução à teoria dos quatro discursos. São Paulo: É Realizações, 2006. p. 25-26.

¹⁴DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**. São Paulo: Landy, 2002. p. 24.

¹⁵MESQUITA, Antonio Pedro. **Aristóteles – Introdução Geral**: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005.

até o Renascimento, é nada menos que a ignorância total sobre retórica e dialética neste período histórico.

Embora a classificação das obras Aristotélicas, realizada por Andrônico, quando seguida ao pé da letra, cause muitas incertezas e confusões quanto à real natureza das ciências do discurso, Olavo de Carvalho conclui que “como ciências do discurso, a Poética e a Retórica fazem parte do *Organon*, conjunto das obras lógicas ou introdutórias, e não são, portanto, nem teoréticas nem práticas nem técnicas”¹⁶.

1.1.1 Conceito

Ante à necessidade de se facilitar a compreensão do discurso, Olavo de Carvalho aduz:

Todo discurso é movimento, é *transcurso* de uma proposição à outra. Tem um termo inicial e um termo final: premissas e conclusão, com um desenvolvimento no meio. A unidade formal do discurso depende da sua unidade de propósito, isto é, da disposição das várias partes em vista da conclusão desejada. [...] O propósito de todo discurso é suscitar uma *modificação* no ouvinte, por tênue e passageira que seja. Mudar de opinião é ser modificado; receber uma informação é ser modificado; sentir uma emoção é ser modificado. [Grifado nos originais]¹⁷.

Ainda, conforme Dalla-Rosa, o discurso é uma potência única que devidamente organizado em momentos discursivos e disciplinas discursivas, compõe um edifício único, possibilitando, através da linguagem, a “modificação ou transformação externa dos indivíduos”. E continua:

O discurso nada mais é do que a identificação dos modos pelo qual o homem, pela utilização da palavra, consegue atingir a esfera de outrem, ou modificar a sua própria esfera, utilizando-se para tanto de instrumentos que permitam compreender o objeto através de seus aspectos linguísticos, aproximando-os de sua natureza ontológica e conduzindo seu destinatário à imaginação, a decisão, a concordância ou ao convencimento da premissa afirmada¹⁸.

Conclui-se, portanto, que todo discurso constitui uma manifestação da vontade humana, e toda manifestação de vontade é ação que pode (potência) alterar a esfera do destinatário, sendo que tal modificação é causada pela passagem de um estado inicial (premissa ou acreditado) a um estado final (resultado do discurso, ou finalidade da ação, ou ainda, acreditável).

¹⁶CARVALHO, Olavo de; OLIVEIRA FILHO, Edson Manoel de (Ed.). **Aristóteles em nova perspectiva**, p. 31-35.

¹⁷CARVALHO, Olavo de; OLIVEIRA FILHO, Edson Manoel de (Ed.). **Aristóteles em nova perspectiva**, p. 74-75.

¹⁸DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**, p. 24.

Assim, entendendo o discurso como ação e potência humana, cabe estudar a sua estrutura interna, bem como a sua finalidade e o destinatário deste discurso, para uma melhor compreensão da atividade discursiva. Busca-se, portanto, um critério racional que sirva de interpretação da prática discursiva, para que se possa entendê-la e aplicá-la¹⁹.

Todo discurso apresenta-se imbuído de intencionalidade e acaba promovendo um efeito em seu destinatário. Tal efeito pode ser denominado de pragmática. Compreender que um discurso jamais possuirá uma semântica singular é estar apto a compreender as nuances da ação discursiva.

1.1.2 Tipologia Discursiva

Consoante Olavo de Carvalho, estabelecer uma tipologia é estabelecer uma diferenciação em extremos, ou polos. Evidenciar as diferenças máximas, que podem ser puramente ideais e inencontráveis a fim de se estabelecer um critério de estudo do discurso. Aduz ainda que, embora haja dificuldade em se estabelecer uma tipologia ou estabelecer diferenciações mínimas e máximas dentro da teoria dos discursos, pela pluralidade de tipos discursivos, o próprio conceito de discurso traz em si a ideia de um máximo e a de um mínimo, a possibilidade (acreditado) e a certeza (acreditável)²⁰.

Da mesma maneira dispõe Dalla-Rosa ao estabelecer que:

Esta diferenciação exigida deve ser buscada na própria essência do objeto, como forma de garantir sua viabilidade e de manter possível sua aplicação. Este esquema de interpretação que a tipologia fornece deve ser entendida como a fixação dos limites do fenômeno estudado, ainda que estes limites (extremos) sejam ideais e inencontráveis na realidade. [...] por discurso entende-se o trânsito do acreditado ao acreditável, segundo uma ligação de nexos necessária. A partir dessa definição, deve-se buscar os elementos constitutivos do discurso, aproximando-os e comparando-os, para localizar a possibilidade de disposição tipológica²¹.

Desta forma, insta buscar no próprio discurso a sua tipologia, nos seus elementos constitutivos, na sua concretude, ou seja, a realização de sua finalidade que é alterar a esfera do destinatário.²²

¹⁹DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**, p. 26-28.

²⁰CARVALHO, Olavo de; OLIVEIRA FILHO, Edson Manoel de (Ed.). **Aristóteles em nova perspectiva**, p. 76.

²¹DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**, p. 29.

²² “No que se refere à investigação, o conceito de tipo ideal propõe-se formar o juízo de atribuição. Não é uma ‘hipótese’, mas pretende apontar o caminho para a formação de hipóteses. Embora

Considerando que toda atividade discursiva visa, ao final, a concordância/aceitação das premissas pelo destinatário, é correto afirmar que a atividade discursiva busca a credibilidade necessária para o convencimento ou aceitação do discurso pelo destinatário.

Indo adiante, a aceitação inicial de uma premissa do discurso, requer um nível de credibilidade mínimo, pois de início, todo discurso trabalha no campo da possibilidade (minimamente crível), na indução de uma ideia inicial que possa adentrar no campo imaginativo do destinatário.

Todavia, não devemos confundir o minimamente crível, com o falso, eis que para o discurso, o que importa é a credibilidade e não a verdade da premissa, conforme destaca Carvalho “[...] o minimamente crível – pólo inferior da nossa escala, não corresponde ao falso, porque o falso não é minimamente crível; é *incrível*, portanto está fora e abaixo da escala da credibilidade²³”.

Por outro lado, para que tenhamos um discurso que atinja a sua finalidade, ou seja, aceitação/concordância pelo receptor/destinatário do resultado obtido pela prática discursiva, faz-se necessária uma credibilidade máxima em que o receptor além de ter imaginado o discurso, ter agrupado as ideias semelhantes em seu pensamento, feito as deduções e preferências, chega à conclusão conjunta do titular do discurso.

Ainda, deve ser observado que o escopo do discurso é atingir um nível de credibilidade máximo de suas premissas, pela sua própria ontologia e não a veracidade do conteúdo de tais premissas²⁴.

Comungando de tal pensamento, Carvalho ressalta que “pouco importa que a premissa maximamente acreditada seja *realmente* verdadeira ou certa em seu conteúdo, isto é, materialmente verdadeira; o que interessa é que, no discurso, seja *tomada como verdadeira*”. Destaca ainda:

A escala da credibilidade – quer das premissas, quer das conclusões – é *uma condição da possibilidade da existência do discurso*. Este caráter escalar da credibilidade mostra que uma tipologia teórica e a *priori* dos discursos é não somente possível, mas necessária. Se não existisse uma

não constitua uma exposição da realidade, pretende conferir a ela meios expressivos unívocos”. In: WEBER, Max; COHN, Gabriel (Org.). **A “objetividade” do conhecimento nas ciências sociais**. São Paulo. Editora Ática, 2003. p. 106.

²³CARVALHO, Olavo de; OLIVEIRA FILHO, Edson Manoel de (Ed.). **Aristóteles em nova perspectiva**, p. 78.

²⁴DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**, p. 30.

escala dos discursos segundo a credibilidade, não poderia haver discursos. [grifado nos originais]²⁵.

Assim, ao se passar do acreditado ao acreditável, afiguram-se os limites de atuação da esfera discursiva (minimamente crível e maximamente crível), o que, conforme dito anteriormente, estabelece os critérios elementares dentro do próprio discurso, possibilitando uma tipologia discursiva.

Com efeito, toda conclusão é, em si mesma, uma premissa, logo poderá dar ensejo a outro discurso, assim, o correto é basear uma tipologia discursiva na credibilidade das premissas, eis que delas retira-se a credibilidade das conclusões, possibilitando-se estabelecer uma tipologia do discurso humano²⁶.

1.1.2.1 Os níveis de credibilidade

Uma vez fixada a credibilidade como ponto base para se estabelecer uma compreensão tipológica do discurso, busca-se compreender seus níveis de variação (pólos máximo e mínimo), para que o discurso possa ser visualizado por tipos específicos.

Como visto, para que um discurso exista, é necessária uma credibilidade suficiente da premissa que mostre a validade da constituição do discurso, sendo evidente uma escala que varia do grau máximo ao grau mínimo de credibilidade.

Ainda, como dito antes, pouco importa a veracidade das premissas empregadas, eis que a tipologia do discurso constitui-se numa escala de credibilidade, há uma transição do minimamente crível ao maximamente crível. O grau de credibilidade máximo de uma premissa é denominado certeza, pelo que o grau mínimo é denominado de possibilidade²⁷.

Toda atividade discursiva é um movimento, a transição de um lugar para se chegar a outro, podendo se dizer que o discurso é segmento, podendo ir para frente ou para trás na escala discursiva, dentro do possível e da certeza, através da manifestação da vontade humana. Assim, existe uma extensão ilimitada do começo da atividade discursiva, até uma extensão indefinida de consequências no outro extremo da atividade, sendo que o que determina o começo e o fim de todo discurso

²⁵CARVALHO, Olavo de; OLIVEIRA FILHO, Edson Manoel de (Ed.). **Aristóteles em nova perspectiva**, p. 77.

²⁶DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**, p. 31.

²⁷DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**, p. 31.

é a vontade humana, pois ela é quem define os objetivos e/ou finalidades do discurso²⁸.

Ratificando tal entendimento, Dalla-Rosa escreve que:

Este ato de vontade humana serve de pressuposto necessário para o exercício do discurso, e interfere em sua tipologização na medida em que corta o eixo da necessidade pelo recurso a contingência, ou seja, a combinação essencial e inevitável entre a necessidade ontológica contida na própria definição do discurso deverá ser completada pela atuação volitiva do titular deste discurso, por uma intervenção volitiva própria²⁹.

Destarte, apesar de ter sido estabelecida uma tipologia baseada no maximamente crível ao minimamente crível, considerando-se as premissas utilizadas na estrutura discursiva, não se pode olvidar que o discurso como potência única é também uma ação humana, desta forma, impregnada de subjetividade/vontade, ao que se denomina de contingência humana.

Assim, nem sempre a certeza apodítica³⁰ será atingida, seja por falta de conhecimento do titular/destinatário do discurso, seja por falta de hipóteses.

Nas lições de Chaïm Perelman:

Os filósofos pretendem dirigir-se a um auditório assim [auditório universal], não por esperarem obter o consentimento efetivo de todos os homens – sabem muito bem que somente uma pequena minoria terá um dia oportunidade de conhecer seus escritos – mas por crerem que todos os que compreenderem suas razões terão de aderir às suas conclusões. O acordo de um auditório universal não é, portanto, uma questão de fato, mas de direito. É por se afirmar o que é conforme a um fato objetivo, o que constitui uma asserção verdadeira e mesmo necessária, que se conta com a adesão daqueles que se submetem aos dados da experiência ou às luzes da razão. Uma argumentação dirigida a um auditório universal deve convencer o leitor do caráter coercivo das razões fornecidas, de sua evidência, de sua vaidade intertemporal e absoluta, independente das contingências locais ou históricas³¹.

Ocorre, todavia, que tais incapacidades podem ser superadas quando há o emprego dos mecanismos hábeis a se atingir a finalidade do discurso, tal emprego sempre se dá por uma ação humana (enquanto vontade).

²⁸CARVALHO, Olavo de; OLIVEIRA FILHO, Edson Manoel de (Ed.). **Aristóteles em nova perspectiva**, p. 80.

²⁹DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**, p. 36.

³⁰A certeza apodítica é a certeza demonstrável, absoluta, irrefutável.

³¹PERELMAN, Chaïm; TYTECA, Lucie Olbrechts. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. P. 233.

Isto ocorre quando o titular do discurso necessita atingir determinados fins com a prática discursiva, mas que, entretanto, não pode fazê-lo pela mera possibilidade (credibilidade mínima).

Carvalho explica tal situação argumentando que:

Em cada discurso individualmente considerado, uma decisão humana corta o eixo da escala de credibilidade, estabelecendo, em cruz, outra polaridade: em cada caso concreto, a certeza máxima nem sempre é possível, e a certeza mínima nem sempre basta para os fins desejados³².

Desta forma, diante da necessidade de se adequar o discurso ao destinatário ou à finalidade discursiva, vislumbra-se entre os polos (máximo e mínimo) da tipologia discursiva, outro eixo estabelecido pela contingência/vontade humana, onde num extremo a mera possibilidade da premissa não é suficiente, necessitando de maior credibilidade, mas que não é necessária uma certeza absoluta (verossimilhança), e no outro extremo, busca-se a probabilidade de que o discurso seja fundando em premissas verdadeiras, porém sem a necessidade de se demonstrar a certeza (provável)³³.

Diante de tal enquadramento tipológico, constata-se os quatro níveis de veracidade segundo Aristóteles: o certo, o provável, o verossímil e o possível. Ainda, tais níveis de veracidade são aplicados às premissas utilizadas no discurso (a depender da finalidade deste), sendo que conforme o grau de veracidade da premissa empregada, o nível de credibilidade discursiva por tais premissas será determinado³⁴.

O discurso poético, segundo Dalla-Rosa, é o responsável pela inserção do destinatário no mundo das ideias, trabalha na esfera imaginativa do indivíduo, exigindo apenas a aceitação da possibilidade das premissas propostas, sem nenhum juízo mais específico³⁵.

³² CARVALHO, Olavo de; OLIVEIRA FILHO, Edson Manoel de (Ed.). **Aristóteles em nova perspectiva**, p. 80.

³³ DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**, p. 34.

³⁴ CARVALHO, Olavo de; OLIVEIRA FILHO, Edson Manoel de (Ed.). **Aristóteles em nova perspectiva**, p.82.

³⁵ DALLA-ROSA, DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**, p. 50.

Ao passo que o discurso retórico, “parte das convicções atuais do público, sejam elas verdadeiras ou falsas, e procura levar a plateia a uma conclusão verossímil”³⁶.

Ainda, ponderando sobre os níveis de credibilidade, aduz Carvalho que:

O discurso *dialético* é aquele que parte de premissas que podem ser incertas, mas que são aceitas sob determinadas circunstâncias e por um público mais ou menos homogêneo e conhecedor do assunto, isto é, parte de premissas *prováveis*. Admitindo várias linhas de desenvolvimento possíveis para tais premissas, o discurso dialético compara e confronta esses desenvolvimentos, excluindo-os ou combinando-os também segundo as regras de coerência lógica. [grifado nos originais]³⁷.

E por fim, o discurso analítico, que se utilizando de premissas incontestáveis ou absolutamente aceitas, demonstra a certeza das conclusões através de operações lógicas, demonstrando a validade formal do discurso³⁸.

Demonstrado como o discurso se estrutura, consoante a divisão aristotélica, insta demonstrar pormenorizadamente os elementos caracterizadores de cada tipo discursivo.

1.1.3 Discurso Poético

Como afirmado anteriormente, o discurso poético caracteriza-se pela possibilidade mínima de ação humana, ou seja, não é necessário um julgamento acerca da validade da premissa inicial, bastando apenas que ela seja possível no pensamento, na imaginação. Ademais, é pela poética que o ser humano imagina, mimeticamente e engendra as suas ações no mundo real³⁹.

Em verdade, o discurso poético contempla uma função universal, ao passo que determina a ação real, a concretude das vontades, a materialização do pensamento. Aristóteles assim explica:

Por isso é a poesia algo de mais filosófico e mais sério do que a história, pois refere aquela principalmente ao universal, e esta, o particular. Por referir-se ao universal, entendo eu atribuir a um indivíduo de determinada natureza pensamentos e acções que, por liame de necessidade convém a tal natureza (...) ⁴⁰

³⁶ CARVALHO, Olavo de; OLIVEIRA FILHO, Edson Manoel de (Ed.). **Aristóteles em nova perspectiva**, p.82.

³⁷ CARVALHO, Olavo de; OLIVEIRA FILHO, Edson Manoel de (Ed.). **Aristóteles em nova perspectiva**, p. 82.

³⁸ DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**, p. 51.

³⁹ DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**, p. 51.

⁴⁰ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 3. ed. Brasília: UnB, 1999. p. 113.

Concluindo o raciocínio, Dalla-Rosa expõe:

Esta racionalidade específica do discurso poético é verificada por sua capacidade exclusiva de “inventar”, ou melhor, pela atividade de descrever o modo pelo qual alguma coisa vem a ser. Um saber que tenha como objetivo a descrição e a projeção de ações humanas deve ser exercido como forma de identificar não apenas a regularidade de tais ações como a forma imitativa pela qual se procede à retificação e reparação das ações reais e fáticas. A partir desta especificidade do discurso poético é que se pode conceber o movimento discursivo geral, toda a atividade humana, teórica, prática ou produtiva está submetida a este juízo de validade inicial, de perspectiva de realidade, ou, em termos de credibilidade, de possibilidade⁴¹.

Ademais, como visto, tem-se que o discurso humano não se preocupa apenas em demonstrar resultados tidos como incontestáveis, eis que por vezes através da prática discursiva, não se é possível chegar a uma certeza absoluta, considerando as contingências humanas ou as limitações de conteúdo específico, propiciando uma compreensão segundo a necessidade real da ação humana.

Assim, para que esta ação humana possa existir e vir à tona através da prática discursiva é necessária a existência de um extremo que indique a possibilidade estrutural da ação. Neste contexto, o discurso poético traz a possibilidade das ações humanas, pois atuando no campo imaginativo do indivíduo condensa e reabilita as sensações humanas, dando base para um agir discursivo⁴².

1.1.3.1 Os motivos de credibilidade do discurso poético

Considerando que o discurso poético é o responsável pela estrutura racional do discurso humano, torna-se essencial conhecer e entender os fatores psicológicos que indicam a credibilidade de suas premissas ou conclusões.

O discurso poético caracteriza-se por ser o discurso da magia, pois insere o ouvinte em seu enredo, fazendo com que este se projete na realidade fictícia do discurso⁴³.

Nesta esteira, aduz Carvalho *apud* Coleridge que para haver compreensão/apreciação do discurso poético, é necessária uma *suspension of disbelief*, ou seja, uma suspensão da dúvida, ainda que temporária, que se afaste o juízo crítico, sendo que o ouvinte se coloca de maneira contemplativa do discurso/realidade proposto. A credibilidade, segundo Carvalho, assume “forma de

⁴¹ DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**, p. 54.

⁴² DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**, p. 55.

⁴³ DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**, p. 56.

participação consentida numa vivência contemplativa”⁴⁴. Por fim, sobre os motivos psicológicos de credibilidade do discurso poético, destaca Carvalho:

Por enquanto, devemos apenas assinalar que a experiência poética não é de maneira alguma dependente da pura arbitrariedade subjetiva; que, atendidas as condições iniciais, isto é, o consentimento à participação e a comunidade de recursos linguístico, o efeito poético se segue por linhas perfeitamente identificáveis; e que tudo isto deve ser objeto de ciência e não de arbítrio⁴⁵.

Tal credibilidade está presente, como dito, em todas as práticas discursivas, pois sempre se parte de uma possibilidade inicial a níveis de exigência maiores, a depender do discurso e da finalidade deste, sendo que no discurso poético a credibilidade necessária é a mera possibilidade, e nada mais⁴⁶.

1.1.4 Discurso Retórico

A seu turno, o discurso retórico visa à verossimilhança, buscando construir no ouvinte uma crença firme, pois se utiliza de “lugares comuns”, ou seja, de crenças comuns, já aceitas pelo ouvinte. Depende, desta forma, de influenciar a vontade de outrem, utilizando-se eminentemente da persuasão. Diferentemente do discurso poético, aqui não se busca a mera impressão, mas sim, a decisão do destinatário, pois através da persuasão chega-se a uma conclusão tida por mais adequada, dentro de um determinado quadro de crenças⁴⁷.

Desta forma, no discurso retórico não basta a mera possibilidade da premissa afirmada, mas uma aproximação maior da certeza, fazendo com que os destinatários realizem um juízo que lhes possibilite adotar alguma ação⁴⁸.

Esse movimento de persuasão exige, por conseguinte, maior acuidade na emissão da mensagem e conhecimento prévio da natureza discursiva do destinatário.

Explicando sobre a persuasão como elemento psicológico capaz de incutir tomada de decisão, Dalla-Rosa ressalta:

A persuasão como forma de decisão baseada na verossimilhança do afirmado com o objeto real é questão compreendida e dominada por todos,

⁴⁴ CARVALHO, Olavo de; OLIVEIRA FILHO, Edson Manoel de (Ed.). **Aristóteles em nova perspectiva**, p. 86.

⁴⁵ CARVALHO, Olavo de; OLIVEIRA FILHO, Edson Manoel de (Ed.). **Aristóteles em nova perspectiva**, p. 87.

⁴⁶ DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**, p. 57.

⁴⁷ CARVALHO, Olavo de; OLIVEIRA FILHO, Edson Manoel de (Ed.). **Aristóteles em nova perspectiva**, p. 36.

⁴⁸ DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**, p. 57.

na medida em que qualquer manifestação que se faça, sob elementos que são apresentados segundo a vontade de um orador, indicam a proximidade da conclusão imputada, e por aparentar correção no uso desses elementos discursivos, atinge o resultado pretendido, a manifestação efetiva do destinatário ou ouvinte⁴⁹.

Persuadir denota a estrutura própria da retórica, pois tende a inserir no destinatário uma influência tal que possa lhe induzir a tomar determinada decisão ou ação.

Como já elucidado por Carvalho, a retórica exige uma participação mais efetiva do ouvinte, pois é através de sua vontade, que manifesta sua posição em relação à premissa e à conclusão narrada, sendo que tal vontade não necessita partir de um raciocínio lógico/racional.

Por fim, não se pode olvidar que o discurso retórico exige uma fundamentação pautada numa ordem, ou uma estrutura interna coerente, sendo que tal fundamentação deverá ser suficiente o bastante para conseguir uma concordância ainda que momentânea do destinatário⁵⁰.

1.1.4.1 Os motivos de credibilidade do discurso retórico⁵¹

Como já afirmado, para a retórica diferentemente da poética, não basta a *suspention of disbelief*⁵², mas sim, uma tomada de posição pelo ouvinte, através da persuasão pela qual passou e concordou⁵³. Desta forma, a retórica sempre traz em seu discurso uma ordem ou apelo, implícita ou não, exigindo uma decisão imediata ao momento discursivo, no sentido ou não do discurso, apontando o convencimento ou não do ouvinte. Para alcançar tal desiderato, o orador deve comungar da vontade

⁴⁹ DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**, p. 58.

⁵⁰ DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**, p. 59.

⁵¹ Insta salientar que Aristóteles estrutura o discurso retórico em três subespécies: o deliberativo, o judiciário e o epidíctico, estabelecendo regras específicas para cada um. Todavia, tal divisão não compreende maiores detalhamentos neste trabalho, pois há mais uma diferença apenas formal do que de conteúdo, entre as subespécies discursivas retóricas In: ARISTÓTELES. **Retórica**. 2 ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005.

⁵² Expressão que, como visto em momento anterior, quer significar “suspensão da dúvida”.

⁵³ “O retórico sabe que a vontade, em última análise, não pode ser persuadida senão a fazer precisamente o que quer, e que no máximo é possível trocar uma vontade superficial e momentânea por outra mais profunda, já latente no coração do auditório. Nesse sentido, a retórica apela para o que exista de melhor na alma do ouvinte, e tem por isso uma função moral e política, como exercício da decisão responsável”. In: CARVALHO, Olavo de; OLIVEIRA FILHO, Edson Manoel de (Ed.). **Aristóteles em nova perspectiva**, p.89.

do ouvinte (e vice-versa), facilitando a persuasão do destinatário, mostrando-lhe que a sua vontade é igual a da proposta pelo discurso⁵⁴.

Sobre a relevância da conduta do orador, leciona que o orador nivela seu discurso ao ânimo do auditório, lançando mão de suas vontades/paixões, como único modo de atingir a finalidade retórica, a persuasão.

Assim, tem-se que todo discurso retórico contém uma ordem mais ou menos explícita, e tenciona que tal apelo seja atendido pelo ouvinte. Tal discurso objetiva um querer ou um não querer do ouvinte, apelando para suas vontades internas, que podem ser (pelo menos momentaneamente) as mesmas do orador.

Ainda, tal modalidade discursiva atenta para a liberdade do ouvinte, pois se ela busca sua credibilidade a partir da vontade do destinatário, o discurso está vinculado ao impulso decisório da plateia, tendo, desta forma, o orador que buscar continuamente um nivelamento entre sua vontade e a vontade do destinatário⁵⁵.

1.1.5 Discurso Dialético

Como cediço, a dialética é o método base das ciências para descobertas e investigações, sem, contudo, a finalidade de dar respostas incontestáveis ou absolutas, mas que, porém, fornece elementos estáveis e racionais para o desenvolvimento de determinada ciência.

Aristóteles, de maneira enfática, evidencia o conceito/função da dialética no tratado dos Tópicos, aduzindo que:

Nosso tratado se propõe encontrar um método de investigação graças ao qual possamos raciocinar, partindo de opiniões geralmente aceitas, sobre qualquer problema que nos seja proposto, e sejamos também capazes, quando replicamos a algum argumento, de evitar dizer alguma coisa que nos causa embaraços⁵⁶.

Consiste, basicamente, em confronto de ideias pré-existentes, de opiniões seguras (tese e antítese), contrapondo-as umas às outras, podendo tais ideias ou entendimentos gozarem de antagonismo, chegando a uma conclusão, ainda que provisória (síntese)⁵⁷.

Dalla-Rosa destaca ainda:

⁵⁴ DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**, p. 60.

⁵⁵ PERELMAN, Chaïm; TYTECA, Lucie Olbrechts. **Tratado da argumentação**: a nova retórica, p. 185.

⁵⁶ ARISTÓTELES. **Tópicos**. I Volume. São Paulo: Nova Cultural, 1987. p. 32.

⁵⁷ DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**, p. 62.

Partindo de premissas que não são absolutamente verdadeiras, mas que, buscadas na gama das ideias correntes, das opiniões reconhecidas, servem de base sólida para o início de uma investigação, a dialética se propõe a realizar o embate das várias posições possíveis de desmembramento de uma premissa. Utilizando-se do raciocínio silogístico, o discurso dialético não se preocupa com a demonstração da assertiva dada, posta, mas busca ante a apresentação de um problema, opor suas possíveis conclusões, expondo ao contrário e ao contraditório, de modo a, seguindo as interferências lógicas feitas, obter, ao final, um resultado cuja validade seja recomendada pela razão, e não mais pela vontade subjetiva ou pela *suspension of disbelief*. [grifado nos originais]⁵⁸.

Destarte, o discurso dialético não se limita apenas a impor uma crença (tal como no retórico), mas coloca tais crenças à prova, confrontando-as, num movimento de vai e vem, buscando a verdade entre os erros e acertos. Através de uma operação dedutiva de ensaios e erros, a dialética fornece uma probabilidade acerca de determinada crença ou tese proposta⁵⁹.

Da mesma forma entende Dalla-Rosa ao sustentar que o discurso dialético explicita o modo pelo qual se constrói a realização da pesquisa de resultados prováveis, de conclusões que satisfaçam, ao menos temporariamente, mas com força de definitividade, aos problemas propostos pela premissa inicial⁶⁰.

1.1.5.1 Os motivos de credibilidade do discurso dialético

No discurso dialético é dada maior autonomia ao ouvinte, uma vez que este é guiado por sua própria razão, aceitando ou refutando os argumentos trazidos ao seu juízo deliberativo, para que ao final ele encontre uma conclusão por convencimento e não por persuasão⁶¹.

Assim, o discurso dialético busca convencer por meios racionais, independente da vontade do ouvinte, bastando que este aceite a arbitragem da racionalidade, além de premissas tidas como aceitas por determinada comunidade ou meio social, podendo ser senso comum ou consenso científico⁶².

Nas palavras de Aristóteles:

Não se deve discutir com todos, nem praticar a Dialética com o primeiro que aparecer, pois, com respeito a certas pessoas, os raciocínios sempre se envenenam. Com efeito, contra um adversário que tenta por todos os meios

⁵⁸ DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**, p. 63.

⁵⁹ CARVALHO, Olavo de; OLIVEIRA FILHO, Edson Manoel de (Ed.). **Aristóteles em nova perspectiva**, p.36.

⁶⁰ DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**, p. 66.

⁶¹ DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**, p. 67.

⁶² CARVALHO, Olavo de; OLIVEIRA FILHO, Edson Manoel de (Ed.). **Aristóteles em nova perspectiva**, p.95.

parecer esquivar-se, é legítimo tentar por todos os meios chegar à conclusão; mas falta elegância a tal procedimento⁶³.

O discurso dialético dirige-se a um ouvinte racional e razoável, que pretende admitir e submeter sua vontade à razão, bem como que possua alguns conhecimentos em comum com o orador, logo o sucesso do discurso dialético dependerá de um ouvinte nessas condições⁶⁴.

1.1.6 Discurso Analítico

O discurso analítico demonstra o grau máximo de credibilidade, a certeza irrefutável, que vincula o destinatário à sua mensagem. Trata-se de um estudo que se foca na relação existente entre as premissas e as conclusões, de tal modo que leve à certeza apodítica da afirmação. Resume-se em coerência do silogismo (que é o nexa que se estabelece entre duas proposições) da conclusão com a premissa inicial⁶⁵.

Conforme Olavo de Carvalho, o discurso analítico “parte de premissas tidas como absolutamente certas, ou universalmente aceitas, e procede num desenvolvimento rigoroso segundo as leis formais do pensamento, a lógica silogística, para alcançar conclusões absolutamente certas ou universalmente obrigantes”⁶⁶.

Dalla-Rosa arremata aduzindo:

Como toda demonstração supõe uma definição, a tarefa inicial do discurso analítico é indicar como se obtém definições e, a partir destas, proceder a verificação das conclusões. Como se sabe, toda definição é obtida, segundo o regramento aristotélico, pela indicação do gênero próximo e das diferenças específicas. Desta posição metodológica seguem todas as demais regras da teoria do silogismo, apontando explicitamente todas as possibilidades de conjugação validade de premissas e conclusões, segundo as mais variadas hipóteses⁶⁷.

⁶³ ARISTÓTELES. **Tópicos**, p. 36.

⁶⁴ “A credibilidade do discurso dialético depende, portanto, exclusivamente de dois fatores: 1º O ouvinte tem de se comprometer a seguir a lógica do argumento e aceitar como verdadeiras as conclusões que não possa refutar logicamente. 2º É preciso encontrar um terreno comum de onde tirar as premissas”. In CARVALHO, Olavo de; OLIVEIRA FILHO, Edson Manoel de (Ed.). **Aristóteles em nova perspectiva**, p.95.

⁶⁵ DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**, p. 69.

⁶⁶ CARVALHO, Olavo de; OLIVEIRA FILHO, Edson Manoel de (Ed.). **Aristóteles em nova perspectiva**, p. 82.

⁶⁷ “Com isso não se afirma que os discursos poético e retórico não estejam aptos a revelar conhecimentos válidos, apenas que estes discursos não apresentam a mesma probabilidade de certeza e, por isso mesmo, são submetidos ao embate dialético para depois serem verificados pelo discurso analítico”. In: DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**, p. 70.

A função precípua do discurso analítico, como já dito, é demonstrar a certeza ou a validade de uma premissa, segundo regras lógicas, assim, não cabe a ele (analítico) descobrir ou investigar determinado objeto, mas apenas a demonstração do resultado obtido pela investigação⁶⁸.

1.1.6.1 Os motivos de credibilidade do discurso analítico

Este modelo discursivo, como visto anteriormente, manifesta-se no eixo da necessidade: o trânsito do acreditado ao acreditável – pois sempre exigirá o máximo de credibilidade, estando, portanto, num dos extremos do eixo. Assim, partindo de premissas absolutamente certas, este tipo discursivo chega a conclusões apodícticas, e seus motivos são puramente racionais e despersonalizados, não mantendo nexos entre o resultado obtido pela prática discursiva com a atuação volitiva do destinatário⁶⁹.

Ressaltando o caráter demonstrativo do discurso analítico, Carvalho aduz que existem duas condições essenciais ao discurso analítico:

A primeira condição depende do treino lógico especializado. A segunda só se realiza em dois casos: (a) quando se trata de premissas muito gerais, que ninguém possa negar em sã consciência, como por exemplo, o princípio da contradição; (b) quando o discurso se dirige a um público científico, informado, apto a tomar como absolutas certas premissas específicas (tiradas de um determinado setor da ciência), seja por ter as condições de verificá-las diretamente, seja por ter a habilidade de lidar com premissas admitidamente relativas, fazendo abstração desta relatividade e admitindo, por uma convenção científica, tratá-las provisoriamente como absolutas, deixando fora da discussão o que as desminta. Dito de outro modo, o discurso analítico só pode funcionar quando trata de verdades muito gerais para um público geral ou verdades específicas para um público muito especializado⁷⁰.

Ainda, outro requisito essencial ao discurso analítico, é que a plateia (destinatário do discurso), disponha de conhecimento técnico (capacidade científica), para que possa entender como se dá o engendramento silogístico efetuado pelo discurso analítico. Carvalho *apud* Santo Alberto Magno dispõe:

Afeitos à vulgaridade e à ignorância, lhes parece triste e árida a certeza filosófica, seja porque, não tendo estudado, não são capazes de entender tal linguagem, ignorando a eficácia do aparato silogístico, seja pela limitação ou falta de razão ou de engenho. Com efeito, uma verdade que se obtenha com certeza por via silogística é de tal condição que não pode facilmente

⁶⁸ DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**, p. 70.

⁶⁹ DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**, p. 71.

⁷⁰ CARVALHO, Olavo de; OLIVEIRA FILHO, Edson Manoel de (Ed.). **Aristóteles em nova perspectiva**, p.96.

alcança-la aquele que não estude, e está totalmente incapacitado para ela aquele que seja de visão curta⁷¹.

Em síntese, o raciocínio silogístico é o aparato fundamental do discurso analítico, pois procede a uma “visão panorâmica”, meramente demonstrativa, acerca das verdades obtidas pela via dialética.

1.2. HERMENÊUTICA JURÍDICA

A origem da palavra Hermenêutica reside no verbo grego *hermeneuein*, comumente traduzido por interpretar. Ainda, tal verbo grego e o substantivo *hermeneia* remetem à mitologia antiga, evidenciando os caracteres conferidos ao Deus-alado Hermes. Tal figura mítica era responsável por trazer a mensagem dos deuses aos seres humanos, fazia a mediação entre o humano e o divino. *Hermeneuein* é esse descobrir alguma coisa, pois mostra algo que pode ser uma mensagem, logo, toda a noção de hermenêutica está intimamente ligada à noção de tornar algo compreensível, sobretudo pelo recurso da linguagem⁷².

A Hermenêutica Jurídica tem a função precípua de trazer o sentido e o alcance das expressões peculiares ao Direito, fazendo com que este se concretize no plano real. Ocorre que as normas e textos jurídicos são escritos em termos gerais, sem descrever as minúcias que se propõe a regular, tendo desta forma, que ter seu sentido e seu alcance colmatados por um processo intelectual, a fim de que seja efetivada a função do Direito no seio social, “o executor extrai da norma tudo o que na mesma contém: é o que se chama de interpretar, isto é, *determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito*”⁷³.

Com semelhante conceituação, Falcão assenta o entendimento acerca da Hermenêutica Jurídica dizendo:

Hermenêutica é, assim, *guia de escolha do bom sentido*. Essa escolha do bom sentido torna-se *imperiosa no que tange à Hermenêutica Jurídica*, uma vez que a opção pelo sentido pode, em muitos casos, implicar a opção pela justiça, indispensável à convivência e à afirmação de grandeza do ser humano, bem como a própria justificação do Direito. [grifado nos originais]⁷⁴.

⁷¹ CARVALHO, Olavo de; OLIVEIRA FILHO, Edson Manoel de (Ed.). **Aristóteles em nova perspectiva**, p. 98.

⁷² SOARES, Ricardo Maurício freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 03.

⁷³ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 01.

⁷⁴ FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 98.

A atividade interpretativa do Direito resume-se em trazer o sentido adequado para a vida real, buscando estabelecer, através da determinação do sentido, o progresso no sistema, conduzindo a uma decisão reta⁷⁵.

Ainda, com muita propriedade enfatiza Diniz dizendo:

É a hermenêutica que contém regras bem ordenadas que fixam os critérios e princípios que deverão nortear a interpretação. A hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar, mas não se esgota no campo da interpretação jurídica, por ser apenas um instrumento para sua realização⁷⁶.

Toda obra jurídica (norma ou texto) trata-se em verdade de objeto cultural, criado pelo homem – e que está sempre à disposição do espírito para ser-lhe extraído algum sentido, eis que o conhecimento só pode ser alcançado pelo conhecimento do significado do objeto.

O ser humano vincula-se ao contexto fático, social e histórico em que está inserido e, desta forma, clama a constante percepção do mundo onde vive, e isso ocorre devido à interpretação que faz de sua realidade. “Viver é estar condenado – grata condenação! – a interpretar constantemente”⁷⁷.

Conclui Falcão dizendo que “se a atividade ou o simples ato de captação do sentido é a interpretação, as regras pelas quais ela se opera e o entendimento de suas estruturas e do seu funcionamento, enfim, o entendimento de seus labirintos é a Hermenêutica”. E continua: “Tudo é interpretável, porque tudo clama pelo ato ou atividade de apreensão de sentido. Até os dados e objetos do mundo físico, assim como as leis e princípios das ciências, que buscam o conhecimento desse mundo⁷⁸”.

Buscando definir a interpretação enquanto aplicação de recursos estabelecidos pela Hermenêutica, aduz Carlos Maximiliano:

A interpretação, como as artes em geral, possui a sua técnica, os meios para chegar aos fins colimados. Foi orientada por princípios e regras que se desenvolveu e aperfeiçoou à medida que envolveu a sociedade e desabrocharam as doutrinas jurídicas [...] o Direito obediente, por sua vez, aos postulados da Sociologia; e a outra, especial, a Hermenêutica. Esta se aproveita das conclusões da Filosofia Jurídica; com o auxílio delas fixa novos processos de interpretação⁷⁹.

⁷⁵ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 08.

⁷⁶ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 448.

⁷⁷ FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 83.

⁷⁸ FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 84.

⁷⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**, p. 01.

O ordenamento jurídico é, segundo alguns autores, um fenômeno vivo, que está em constante transformação, capaz de se autointegrar de acordo com os mutáveis momentos circunstanciais da sociedade, devendo a interpretação das normas que o compõe ser realizada não de maneira contemplativa ou nostálgica, mas integrando a realidade social com a ordem e composição preventiva de conflitos⁸⁰.

1.2.1 Métodos de Interpretação

As normas jurídicas como um todo, ao estabelecerem preceitos de conduta humana, trazem em si a necessidade de serem compreendidas em sua simbologia de linguagem e seus signos. Desta forma, apesar da doutrina moderna apontar para uma Hermenêutica Jurídica com essência filosófica, faz-se necessário um estudo minucioso sobre os métodos tradicionais, que tanto auxiliam a prática interpretativa do Direito⁸¹.

Sobre os métodos interpretativos tradicionais aduz Maximiliano:

Denominavam alguns – *escolástica* (1), outros *dogmática* (2), ao sistema tradicional, primitivo de Hermenêutica, ao que se obstina em jungir o Direito aos textos rígidos e aplicá-lo hoje de acordo com a vontade, verificada ou presumida, de um legislador há muito sepultado. Em toda escola teórica há um fundo de verdade. Procurar o pensamento do autor de um dispositivo constitui um meio de esclarecer o sentido deste; o erro consiste em generalizar o processo, fazer do que é simplesmente um dentre muitos recursos da Hermenêutica [...] [grifado nos originais]⁸².

Outrossim, destaca Maria Helena Diniz dizendo que: “tais processos nada mais são do que meios técnicos, lógicos ou não, utilizados para desvendar as várias possibilidades de aplicação da norma”⁸³.

1.2.1.1 Método gramatical/literal/dogmático⁸⁴

Trata-se de um método oriundo do Direito Romano, no qual há extremo apego ao texto de lei, em que o juiz era um aplicador dos códigos autômato, obcecado pela formalista ou engendramento silogístico, tal como um esquema

⁸⁰ SOARES, Ricardo Maurício freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**, p. 05.

⁸¹ SOARES, Ricardo Maurício freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**, p. 26.

⁸² MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**, p. 36.

⁸³ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**, p. 455.

⁸⁴ “Através da técnica gramatical ou filológica, o hermeneuta se debruça sobre as expressões normativas, investigando a origem etimológica dos vocábulos e aplicando as regras estruturais de concordância ou regência, verbal e nominal. Trata-se de um processo hermenêutico quase que superado, ante o anacronismo do brocardo jurídico – *in claris cessat interpretatio*. [grifado nos originais].” In: SOARES, Ricardo Maurício freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**, p. 27.

matemático, estagnando o texto, mantendo-se indiferente às mudanças, conforme os ditames da escola tradicional. Entretanto, tal método, desde que não usado como único meio de interpretação, é de grande valia ao operador do Direito⁸⁵.

Tal método se prende única e exclusivamente ao teor expresso da lei, sendo que aquilo que não consta nas palavras é como se não existisse, gerando uma servidão absoluta à letra da lei⁸⁶.

Noutras palavras, a interpretação pelo método gramatical se faz através de uma minuciosa análise sobre as palavras utilizadas no discurso jurídico, eis que as palavras naturais possuem alto grau de generalidade, podendo ser facilmente utilizadas de maneira errada numa determinada sentença⁸⁷.

1.2.1.2 Método sistemático

Buscando elucidar o método sistemático, Soares aduz que “[...] a técnica lógico-sistemática, que consiste em referir o texto ao contexto normativo de que faz parte, correlacionando, assim, a norma ao sistema do inteiro ordenamento jurídico e até de outros sistemas paralelos, conformando o chamado direito comparado”⁸⁸.

Comungando de tal definição explica Ferraz Junior:

A pressuposição hermenêutica é a da unidade do sistema jurídico do ordenamento. [...] Correspondentemente à organização hierárquica das fontes, emergem recomendações sobre a subordinação e a conexão das normas do ordenamento num todo que culmina (e principia) pela primeira norma-origem do sistema, a Constituição. [...] A primeira e mais importante recomendação, nesse caso, é de que, em tese, qualquer preceito isolado deve ser interpretado em harmonia com os princípios gerais do sistema, para que se preserve a coerência do todo. Portanto, nunca devemos isolar o preceito nem em seu contexto (a lei em tela, o código: penal, civil etc.) e muito menos em sua concatenação imediata (nunca leia só um artigo, leia também os parágrafos e os demais artigos)⁸⁹.

Assim, o jurisconsulto utiliza-se do conjunto de normas espalhadas dentro de um determinado sistema jurídico, para construir um sentido universal, compondo-o através deste “todo orgânico”⁹⁰.

A interpretação começa naturalmente onde se concebe a norma como parte de um sistema – a ordem jurídica, que um todo ou unidade objetiva, única a

⁸⁵ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**, p. 36.

⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 440.

⁸⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 287.

⁸⁸ SOARES, Ricardo Maurício freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**, p. 27.

⁸⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**, p. 289.

⁹⁰ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**, p. 38.

emprestar-lhe o verdadeiro sentido, impossível de obter se a considerarmos insulada, individualizada, fora, portanto, do contexto das leis e das conexões lógicas do sistema⁹¹.

E ainda, nas palavras de Coelho, pelo método sistemático de interpretação, “a descoberta/atribuição do sentido de uma norma depende da sua leitura no conjunto de que participa, cujo sentido, por sua vez, depende da integração do significado das partes que o constituem⁹².

1.2.1.3 Método lógico

Diz-se interpretação lógica, aquela em que o intérprete aplica uma operação analítica por sobre a norma, estudando-a por meio de raciocínios lógicos⁹³.

Pode-se dizer que se trata de um instrumento técnico, inicialmente a serviço da identificação de inconsistências. Parte-se do pressuposto de que a conexão de uma expressão normativa com as demais do contexto é importante para a obtenção do significado correto⁹⁴.

A interpretação lógica agrega regras quase lógicas para resolver uma contradição dentro de um mesmo sistema ou de sistemas diferentes de normas. Para se evitar tais incompatibilidades lógicas, poder-se-ia aplicar três procedimentos retóricos (atitude formal, atitude prática e atitude diplomática).

Pela atitude formal, buscam-se elementos gerais de correção e prevenção de conflitos entre normas (princípios inerentes à regulação dos conflitos da lei no tempo e no espaço).

Tratando-se de atitude prática, é uma atividade que evita incompatibilidades à medida que estas surgem, ou seja, o caso concreto estabelecerá a melhor forma de se interpretar.

Por fim, a prática diplomática é uma ficção interpretativa, em que o intérprete deverá acreditar que determinada situação tenha ocorrido, para que, a partir disso, possa aplicar uma interpretação, é, com efeito, prática inventiva⁹⁵.

⁹¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, p. 445.

⁹² COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica**: fragmentos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 213.

⁹³ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**, p. 456.

⁹⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**, p. 287.

⁹⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**, p. 288.

1.2.1.4 Método histórico-evolutivo⁹⁶

Tal método pode ser assim conceituado:

Refere-se ao histórico do processo legislativo, desde o projeto de lei, sua justificativa ou exposição de motivos, emendas, aprovação e promulgação, ou às circunstâncias fáticas que a precederam e que lhe deram origem, às causas ou necessidades que induziram o órgão a elaborá-la, ou seja, às condições culturais ou psicológicas sob as quais o preceito normativo surgiu (*occasio legis*)⁹⁷.

É uma pesquisa histórica, na qual o intérprete perquire o passado de determinada norma, para entender os motivos e os objetivos da sua gênese, confrontado normas atuais com normas vetustas, entendendo as situações em que se admite a aplicação da norma, cujos objetos essenciais são os conceitos jurídicos indetermináveis (questões semânticas)⁹⁸.

Os juristas “amoldam-se às necessidades da prática; ante a impossibilidade de alterar com intervalos breves os textos positivos, seguem vereda segura: plasmado o Direito em uma forma ampla, dútil, adaptam-no, pela interpretação às exigências sociais imprevistas, às variações sucessivas do *meio*”⁹⁹

1.2.1.5 Método sociológico

É um meio pelo qual o intérprete elastece o sentido da norma nos tempos atuais, conferindo-lhe efetividade, fazendo com que a norma alcance até mesmo acontecimentos inéditos ao tempo de sua criação, olhando para o presente e fazendo uma ponte entre necessidade pragmática e texto normativo¹⁰⁰.

Ferraz Junior, diferenciando os momentos históricos utilizados pelos métodos: histórico e sociológico, aduz em relação ao último que “[...] o levantamento das condições atuais, deve levar o intérprete a verificar as funções do comportamento e das instituições sociais no contexto existencial em que ocorrem”¹⁰¹.

⁹⁶ “É aquela que, sobre examinar a lei em conexão com as demais leis, investiga-lhe também as condições e os fundamentos de sua origem e elaboração, de modo a determinar a *ratio* ou *mens* do legislador. Busca portanto reconstruir o pensamento ou intenção de quem legislou, de modo a alcançar depois a precisa vontade da lei”. In: BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, p. 441.

⁹⁷ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**, p. 458.

⁹⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**, p. 290.

⁹⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**, p. 39.

¹⁰⁰ SOARES, Ricardo Maurício freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**, p. 27.

¹⁰¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**, p. 291

O processo sociológico, numa última análise, quer adaptar a finalidade das normas às novas exigências sociais, atender aos anseios da sociedade contemporânea, eis que a norma, tal como a vida que se põe a regular, deve ser evolutiva, continuamente adaptativa¹⁰².

1.2.1.6 Método teleológico

Observando as lições de Carlos Maximiliano, pode se conceber tal método como “[...] processo que dirige a interpretação conforme o *fin* colimado pelo dispositivo, ou pelo Direito em geral”¹⁰³.

Ou, como quer Ferraz Junior:

Em suma, a interpretação teleológica e axiológica ativa à participação do intérprete na configuração do sentido. [...] É como se o interprete tentasse fazer com que o legislador *fosse capaz de mover suas próprias previsões*, pois as decisões dos conflitos parecem basear-se nas previsões de suas próprias consequências. Assim, entende-se que, não importa a norma, ela há de ter, para o hermeneuta, *sempre* um objetivo que serve para controlar até as consequências da previsão legal (a lei sempre visa aos fins sociais do direito e às exigências do bem comum, ainda que, de fato, possa parecer que eles não estejam sendo atendidos)¹⁰⁴.

Ressalte-se, por oportuno, que tal método busca a *ratio* do preceito normativo, ou seja, busca-se o sentido através de uma busca dos fins que a norma quer atingir. Desta forma, é necessário compreender o sistema jurídico, utilizando-se conjuntamente das técnicas fornecidas pelo método lógico, enxergando assim o complexo normativo e principiológico que compõe o Direito¹⁰⁵.

1.2.1.7 Método tópico/tópico-sistemático

Buscando refutar a lógica formal tradicionalmente aplicada ao Direito Moderno, surge o método tópico, baseado em princípios diferenciados da antiga escola exegética (ou hermenêutica tradicional) no qual Theodor Viehweg descortina os horizontes desta técnica retórica, trazendo novas formas de pensar, argumentar e interpretar o Direito¹⁰⁶.

Bonavides Assinala que:

Ocorre, porém, que a exaustão posterior do positivismo racionalista, a par da descrença generalizada em suas soluções, fez inevitável a ressurreição da tópica como método. Tal se verificou na esfera do Direito há mais de

¹⁰² DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**, p. 459.

¹⁰³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**, p. 41.

¹⁰⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**, p. 294.

¹⁰⁵ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**, p. 459.

¹⁰⁶ DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**, p. 111.

vinte anos, graças a Theodor Viehweg, em razão justamente da insuficiência do método “científico” dos naturalistas e também do malogro das correntes idealistas que procuravam por outras vias resolver com exclusividade o problema do método, afastando-se dos esquemas clássicos de inspiração objetiva¹⁰⁷.

Tal método, se aplicado na Constituição, justifica-se pelos seguintes elementos: (i) de que a interpretação constitucional tem caráter eminentemente prático, pois a tópica visa resolver os problemas concretos; (ii) a Constituição agrega normas abertas, fragmentárias ou indeterminadas; (iii) há uma preferência pela discussão do problema concreto, eis que pela abertura das normas constitucionais não seria possível se discuti-las¹⁰⁸.

Trata-se de uma visão nova do Direito (em relação à velha exegese), não numa perspectiva científica, mas sim, na técnica pautada na busca de decisões justas, partindo do caso concreto, tendo aproximação com a dialética aristotélica e suas categorias operacionais.

Pode-se dizer que a tópica é uma técnica do pensamento problemático, pois no Direito se relaciona com o caso concreto, resultando numa série de possibilidades jurídicas válidas, utilizando-se dos *topoi* (lugares comum), que são igualmente uma série de respostas aos problemas apresentados, para obter a conclusão (o sentido) através de uma prática dialética¹⁰⁹.

Com efeito, Viehweg afirma que a tópica é uma “técnica de pensar o problema, ou seja, aquela técnica mental que se orienta para o problema”¹¹⁰.

Na teoria original de Theodor Viehweg, o Direito não admitiria uma estrutura sistemática, mas apenas uma técnica de solução de problemas, pois o direito estaria eminentemente vinculado a preceitos principiológicos, elementares da Ciência do Direito. Assim, a interpretação deveria ser sempre pautada a partir do problema, procurando sua solução a partir dos tópicos (*topói*), que são os pensamentos (premissas) admitidos/aceitas pela parte adversa¹¹¹.

Ou ainda, segundo Dalla-Rosa:

¹⁰⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, p. 489.

¹⁰⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1197.

¹⁰⁹ MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e Sistema Constitucional**. 1ª ed. Santa Catarina: Habitus, 2008, p.98.

¹¹⁰ VIEWHEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. 5. ed. Brasília: UNB, 1979, p. 38.

¹¹¹ FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 178.

Desta forma, entende-se por tópica o ramo da retórica que busca, em suas estruturas discursivas, especialmente argumentativas, examinar e descobrir premissas possíveis de serem creditas e prontas a serem aplicadas em decisões concretas, buscando, no desenvolvimento e seleção de seus argumentos, a identificação de *lugares* que indiquem a adequação e a direção do raciocínio – os tópicos -, tendo em vista a solução efetiva de situações problemáticas que se apresentem. [grifado nos originais]¹¹².

Tal como os outros métodos interpretativos, este método deve ser aplicado de maneira sensata e apenas a determinados episódios, pois caso contrário poderá levar o jurista interpretador a casuísmos exacerbados, “cabe assinalar que uma exagerada aplicação desta técnica pode conduzir a um fechamento próximo da noção de ‘clausura organizacional’, muito ao gosto de algumas posturas epistemológicas recentes”¹¹³.

Importa ressaltar a conjectura negativista acerca de tal método – na visão de Claus-Wilhelm Canaris – afirmando que os adeptos da tópica não possuem distinção adequada entre as tarefas de legislar e julgar, além do risco de se menosprezar a coerência e a unidade intrínseca do sistema jurídico, pois a tópica volta-se demasiadamente à compreensão do problema¹¹⁴.

Justamente por conta das críticas que sofreu este método, principalmente pelos adeptos ao método sistemático, é que há o advento do método tópico-sistemático, em que se unem as técnicas dialético-problemáticas do pensamento tópico, com o estruturalismo formalista do método sistemático.

Neste método, a ideia de sistema é remodelada, fazendo com que este agregue além de meras normas ou regras positivas, elementos valorativos, principiológicos (axiológicos), trazendo a abertura ao sistema, ao mesmo tempo que lhe confere a concreção racional necessária¹¹⁵.

Ainda, nas palavras de Pasqualini:

Em se tratando de sistema jurídico, não se pode, pura e singelamente, pressupor uma coerência normativa anterior ou apartada do mundo da vida. É diante do caso concreto, pleno de contradições axiológicas, que se realiza a autêntica e atualizada compatibilização dos múltiplos segmentos do ordenamento jurídico¹¹⁶.

¹¹² DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**, p. 112.

¹¹³ FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 180.

¹¹⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 287.

¹¹⁵ PASQUALINI, A. **Sobre a Interpretação Sistemática do Direito**. BDJur, Brasília, DF, dez. 1995, p. 96. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 18 fev. 2014.

¹¹⁶ PASQUALINI, A. **Sobre a Interpretação Sistemática do Direito**, p. 96.

Mas como medida de não se relativizar o sistema, não se afastando a logicidade formalista das normas, admite-se que estas (só) existem em função de uma escolha axiológica, fazendo-se, portanto, necessário um critério que possa estabelecer hierarquização e organização dentro desse sistema de normas-princípio-axiológicas, ou ainda, “[...] quem fala sistema, fala, necessariamente, hierarquização valorativa. Afinal, toda lei pressupõe uma escolha, implícita ou explicitamente, uma hierarquização axiológica”¹¹⁷.

No contexto jurídico nada é absoluto, com exceção do princípio da hierarquização axiológica, motivo pelo qual toda norma só se demonstra verdadeiramente quando conversa, dialeticamente, com as demais normas, princípios e valores jurídicos.

Ainda, considerando a revelação deste metacritério de escolha, que é o da hierarquização axiológica, que permite ao intérprete aplicar o direito de acordo com a norma mais adequada axiologicamente falando, as antinomias jurídicas (contradições normativas, principiológicas ou axiológicas) são facilmente superadas eis que exsurge ao intérprete, dar sentido, através das premissas elencadas como superiores pelo princípio da hierarquização axiológica¹¹⁸.

Assim, conclui Pasqualini que:

O princípio da hierarquização axiológica, conectado às noções de abertura e de interpretação sistemática, possibilitam, hermeneuticamente, o ir além do sistema dentro e com o sistema. Numa frase, *o intérprete é absolutamente livre na e para a sistematização*. Como queria Aristóteles, já não é o reprovável voluntarismo de um homem isolado, mas a ação sistemático-sistematizante de um ‘princípio racional’ (*lógon*) que, desde o âmago do ordenamento jurídico, renova-o sem jamais confrontá-lo. [grifado nos originais]¹¹⁹.

Desta forma, cabe ao operador do direito (intérprete), quando encontrar contradições ou lacunas jurídicas, valer-se do princípio da hierarquização axiológica concomitantemente ao método de interpretação sistemática, auscultando os limites racionais e finalísticos do sistema, para aplicando os elementos aporéticos (problemas) trazidos pela tópica e os elementos hierarquizados, trazidos pela sistemática, buscar o sentido e aplicação do direito¹²⁰.

¹¹⁷ PASQUALINI, A. **Sobre a Interpretação Sistemática do Direito**, p. 97.

¹¹⁸ PASQUALINI, A. **Sobre a Interpretação Sistemática do Direito**, p. 99.

¹¹⁹ PASQUALINI, A. **Sobre a Interpretação Sistemática do Direito**, p. 99.

¹²⁰ PASQUALINI, A. **Sobre a Interpretação Sistemática do Direito**, p. 105.

1.2.1.8 Método hermenêutico-concretizador de Konrad Hesse

No intento de conceituar tal método, Branco argumenta que:

A tarefa hermenêutica se faz a partir de um problema e com vistas a equacioná-lo, estando, porém, o aplicador vinculado ao texto constitucional. Para obter o sentido da norma, o intérprete parte da sua pré-compreensão do significado do enunciado, atuando sob a influência das suas circunstâncias históricas concretas, mas sem perder de vista o problema prático que demanda a sua atenção¹²¹.

A Proposta de tal método, alicerçado nos paradigmas da tópica, é além de realizar uma interpretação constitucional, afastar-se do voluntarismo judicial, que baseado nos métodos clássicos de interpretação, possibilita uma discricionariedade na escolha do sentido pelo intérprete-juiz.

Destituindo o hiato latente entre “natureza material” e “natureza formal” das constituições, verificado no tribunal alemão da época, quando a metodologia interpretativa tradicional falhava ou não era suficiente, aplicavam-se de modo indiscriminado os métodos materiais de interpretação constitucional, num pragmatismo caótico, à mingua dos elementos racionais, extraídos da realidade mesma que se interpreta¹²².

Konrad Hesse acentua que:

A radical separação, no plano constitucional, entre realidade e norma, entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*) não leva a qualquer avanço na nossa indagação. Como anteriormente observado, essa separação pode levar a uma confirmação, confessa ou não, da tese que atribui exclusiva força determinante às relações fáticas. Eventual ênfase numa ou noutra direção leva quase inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo. Faz-se mister encontrar, portanto, um caminho entre o abandono da normatividade em favor do domínio das relações fáticas, de um lado, e a normatividade despida de qualquer elemento da realidade, de outro¹²³.

Deste modo, tal método permite ao intérprete um âmbito de criatividade, de modo que ao concretizar a norma constitucional, com vistas ao problema, este cria um novo sentido à norma. É dizer, toda interpretação já vem carregada das impressões subjetivas do intérprete, das experiências de mundo deste, sendo que o elemento objetivo (caso em que incidirá a atividade interpretativa) será visto a partir

¹²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 105.

¹²² HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 15-16.

¹²³ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**, p. 14.

também desta pré-compreensão de mundo¹²⁴. “A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação¹²⁵.”

Desta relação inexorável entre objeto cognoscível e sujeito, há a teia linguística, transformando a interpretação em ‘movimento de ir e vir’ (círculo hermenêutico)¹²⁶.

1.2.1.9 Método concretista normativo-estruturante de Friedrich Müller

Na visão de Müller, o sistema de interpretação constitucional não deve levar em conta apenas o texto, mas sim, a realidade social, política e fática existentes por trás da norma. Com efeito, o referido jurista andou bem ao afirmar que “o texto é apenas a ponta do *iceberg*”¹²⁷.

Daí que o referido jurista afirma existirem, para tal método, os elementos de concretização clássicos (propostos por Savigny), além de outros elementos metodológicos que se adequem à metódica estruturante. Os clássicos (gramatical, histórica, sistemática e teleológica, além de princípios e brocardos tradicionais da velha exegese) e os elementos do âmbito normativo - que não se prendem exclusivamente ao texto – que são os dogmáticos, teoréticos, técnicos e elementos jurídico-políticos¹²⁸.

Preceitua que os elementos clássicos e os dogmáticos, por estarem numa vinculação direta com a norma, devem prevalecer sobre os demais (que exercem função auxiliar no processo de concretização), no caso de eventual conflito ou de resultados parciais contraditórios¹²⁹.

1.2.1.10 Método concretista da constituição aberta de Peter Häberle

A Tópica influenciou decisivamente a abordagem concretista da constituição aberta, do professor Peter Häberle. Em suma, tal abordagem aproxima o fenômeno da democratização das instituições jurídicas para o âmbito da interpretação, demonstrando que, interpretação autêntica, é aquela em que todos os

¹²⁴ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**, p. 19-20.

¹²⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**, p. 23.

¹²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 1198.

¹²⁷ MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2009, p. 117.

¹²⁸ MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2009, p. 121.

¹²⁹ MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2009, p. 132.

personagens sociais contribuem e fazem parte do processo hermenêutico (sobretudo em se falando de interpretação constitucional)¹³⁰.

Evidentemente que tal abordagem democrática – inclusiva – sofreu e sofre ataques de correntes do pensamento que entendem que esse alargamento interpretativo pode resultar num relativismo normativo, quebrando a previsibilidade, tão cara à segurança jurídica.

Em sua visão, Häberle compreende a interpretação em sentido estrito (a realizada por juristas tecnicamente habilitados nos métodos clássicos) e a em sentido lato, sendo esta última a mais adequada, pois “constituição é sociedade constituída”, sendo a ordenação fundamental do Estado. É das derivações axiológicas, presentes no seio social, é que emerge a mensagem de fundo puramente constitucional¹³¹. A problemática exposta pelo professor é que o Juiz, ao exercitar a interpretação constitucional, o faz no seu dúplice aspecto (lato e estrito), pois aquele sujeito julgador agrega a “compreensão prévia”, que é a sua carga existencial (suas concepções já formadas sobre determinados temas). Daí que Häberle defende a comunhão dos dois âmbitos interpretativos, possibilitando uma prática constitucional pluralista (nos moldes democráticos)¹³².

A interpretação da constituição, deste modo, passa de uma sociedade fechada dos intérpretes da constituição (os juristas oficialmente habilitados para a prática hermenêutica-jurídica), para uma sociedade aberta dos intérpretes da constituição, em que todos aqueles que participam do cenário social podem interferir e dialogar com o texto constitucional, de modo que “a interpretação constitucional é ‘negócio’ de cada um e de todos potencialmente”¹³³.

Insta salientar o papel do racionalismo crítico na teoria de Häberle, ao passo que o pluralismo (eixo central de toda democracia) só é possível graças aos influxos do jogo alternativo entre consenso e dissenso. Abre, portanto, um amplo horizonte de várias constituições, numa mesma constituição, eis que várias as

¹³⁰ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional** – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2002, p. 22.

¹³¹ As duas formas de interpretação se correlacionam e interpenetram mutuamente, num entrelaçamento completo, mantendo entre si desimpedidos os canais de comunicação. In: HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**, p. 29.

¹³² HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**, p. 34.

¹³³ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**, p. 39.

realidades histórico-culturais, nos diversos eixos temporais em que se realiza a conformação da mensagem constitucional.

O papel do cidadão, para Häberle, é de suma importância, portanto! Com efeito, a democracia – que fundamenta toda a teoria – só é sustentada por cidadãos soberanos de si mesmos, que compreendem a complexidade e a relevância de suas intervenções¹³⁴.

A compreensão acerca dos métodos de interpretação, fornecidos pela hermenêutica, sejam eles de inspiração objetivista (clássicos) ou subjetivista (voluntarismo jurídico), fornece um aporte teórico necessário para a construção de sentido da norma (discurso). Com efeito, não se concebe a atividade judicial sem uma atividade interpretativa, pois toda compreensão da realidade (fática ou teórica) pressupõe um processo de captação de mensagens e processamento de significados, o que se busca na estrutura interna de cada espécie discursiva. Daí que o emprego de determinada tática argumentativa (discursiva) pode variar a compreensão – e, por conseguinte, a interpretação – daquele que se propõe a analisar determinado ato/fato jurídico.

Quando estamos diante de um sistema normativo relativamente coeso/integro/completo e com normas com baixo teor de indeterminabilidade, utilizar os métodos de investigação e construção de sentido (ora analisados) pode ser factível e suficiente. Todavia, quando o sistema normativo é composto por elementos normativos com alta carga semântica – polissêmicos – e que levam a inúmeras possibilidades significativas, é necessário se readequar o arsenal metodológico-interpretativo, a fim de evitar um esvaziamento funcional do direito (baixa efetividade).

Assim, diante de novas possibilidades normativas (sobretudo pela nascimento de uma nova teoria das normas), por meio da adoção de princípios com um alto grau de abstração e porosidade conceitual, faz-se necessária a adoção de uma nova maneira de se interpretar o discurso jurídico. Este emergente processo de interpretação ao qual se denomina “ponderação”, repercute diretamente na teoria da argumentação jurídica, como forma de justificação racional de escolhas principiológicas.

¹³⁴ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**, p. 52.

Como o núcleo deste trabalho está jungido a uma temática constitucional, insta demonstrar o viés hermenêutico para a efetivação das garantias e direitos fundamentais, ainda mais num modelo de Estado Democrático de Direito, pautando-se, sobretudo, sob o manto da moderna doutrina neoconstitucionalista, que será objeto de estudo do próximo capítulo.

CAPÍTULO 2

NEOCONSTITUCIONALISMO E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Feita uma análise inicial sobre a teoria do discurso e sobre os critérios e métodos de interpretação estabelecidos pela Hermenêutica Jurídica, far-se-á, neste capítulo, um apontamento sobre a corrente jurídico-filosófica contemporânea denominada Neoconstitucionalismo. Dentro desse estudo, será verificado como a Constituição se sistematiza, numa relação dialética entre regras e princípios, expandindo seus efeitos por sobre os demais ramos do Direito.

Será demonstrada a maneira que os direitos fundamentais são tratados sob o pálio desta corrente neoconstitucionalista, e como são eleitos os critérios de interpretação, nos casos em que existe confronto de valores/princípios, levando-se em conta a abertura semântica existente nas normas constitucionais.

Desta forma, espera-se ter por justificada a existência de uma interpretação propriamente constitucional, que prioriza determinados cânones jurídicos, desvelando a (des)necessidade das súmulas vinculantes no sistema constitucional brasileiro.

2.1 NEOCONSTITUCIONALISMO – ESCORÇO HISTÓRICO NA BUSCA DE UM CONCEITO

A teoria/movimento neoconstitucionalista abrange autores adeptos de variadas correntes (substancialmente diferentes), todas dentro do mesmo panorama filosófico, perfazendo a essência do neoconstitucionalismo. Assim, o , enquanto fenômeno jurídico, não contém um conceito determinado, uma concepção clara e coesa, conquanto várias as visões sobre o mesmo fenômeno jurídico¹³⁵.

Ratificando a ideia de impossibilidade de se conceituar o neoconstitucionalismo de maneira estanque, Ávila¹³⁶ aduz:

É certo que não há apenas um conceito de “neoconstitucionalismo”. A diversidade de autores, concepções elementos e perspectivas é tanta que torna inviável esboçar uma teoria única do “neoconstitucionalismo”. Não por

¹³⁵ CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. 3. ed. Madri: Editorial Trotta, 2006, p. 10.

¹³⁶ ÁVILA, H. “**Neoconstitucionalismo**”: entre a “ciência do Direito” e o “direito da ciência”. BDJur, Brasília, DF, mar. 2009, p. 01. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 17 mar. 2014.

outro motivo, costuma-se utilizar, no seu lugar, a expressão plural “neoconstitucionalismo(s)”.

Para uma melhor compreensão do fenômeno neoconstitucionalista, imprescindível uma digressão histórica, nos meandros das teorias jurídicas, a fim de se estabelecer uma tipologia estrutural lógica, que permita o estudo e conhecimento adequado deste fenômeno jurídico¹³⁷.

2.1.1 Ascensão e Decadência do Jusnaturalismo

A expressão “jusnaturalismo” tem sido empregada há tempos na seara jurídica, enquanto corrente filosófica que defende a existência de um direito natural, universal, abstrato e imutável. Para esta corrente filosófica, existe uma ordem axiológica, derivada de pretensões humanas legítimas, que compõe um quadro de prerrogativas (direitos) ínsitas aos seres humanos, sem qualquer relação com normas jurídicas, advindas do Estado. Independem do direito positivo.

Tal corrente filosófica tem origens na Antiguidade Clássica, mas que, porém, atravessou os séculos e tem reflexos inclusive nos dias atuais. O direito natural passou por relevantes transformações ao longo da Idade Média e, a despeito de suas múltiplas formas, pode-se compreendê-lo por duas versões: a) a de uma lei estabelecida pela vontade de Deus; b) a de uma lei ditada pela razão¹³⁸.

Aristóteles, ao comentar acerca da Justiça Política em sua obra *Ética a Nicômaco* afirma que:

Da justiça política é em parte natural e em parte legal: natural é aquela que tem a mesma força em todos os lugares e não existe por pensarem os homens deste ou daquele modo; a legal é que de início pode ser determinado indiferentemente, mas deixa de sê-lo depois que foi estabelecido¹³⁹.

Na modernidade, Hugo Grócio (séc. XVII e XVIII) realiza uma profícua distinção entre Direito Natural e Direito Positivo. Em seu *De jure belli ac pacis*, Grócio define o Direito natural como um ditame da justa razão destinado a mostrar que um ato é moralmente torpe ou moralmente necessário, segundo seja ou não conforme a própria natureza racional do homem, e a mostrar que tal ato é, em

¹³⁷ SARMENTO, D. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. BDJur, Brasília, DF, jan. 2009, p. 02. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 20 mar. 2014.

¹³⁸ BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 235-236.

¹³⁹ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, p. 117.

consequência disto, vetado ou comandado por Deus, enquanto autor da natureza. O Direito voluntário, portanto, é o que provém do poder estatal, daí a origem do Direito positivo¹⁴⁰.

As mudanças trazidas pela modernidade repercutem na essência do pensamento jusnaturalista:

A modernidade que se iniciara no século XVI, com a reforma protestante, a formação dos Estados nacionais e a chegada dos europeus à América, desenvolve-se em um ambiente cultural não mais integralmente submisso à teologia cristã. [...] O jusnaturalismo passa a ser a filosofia natural do Direito e associa-se ao iluminismo na crítica à tradição anterior, dando substrato jurídico filosófico às duas grandes conquistas do mundo moderno: a tolerância religiosa e a limitação ao poder do Estado¹⁴¹.

Segundo Garcia Leite, Thomasius na sua obra *Fundamentos*¹⁴² (1705), irá separar a Teologia da filosofia e, conseqüentemente, seu conceito de Direito natural também se modificará. Portanto, nessa nova fase, o Direito natural não será considerado como Direito, mas como um simples conselho¹⁴³.

O resultado dessa mudança paradigmática desboca no surgimento do jusnaturalismo moderno, que admite a existência de um direito natural, concomitante a um direito positivado, sendo este último consequência inevitável daquele.

Esta crença, de que o homem possui direitos naturais, imanescentes – mormente o direito à integridade e à liberdade – e que o Estado deve se submeter a tais mandamentos universais serviram de estopim e combustível para as revoluções liberais¹⁴⁴, com fundamentos individualistas, que enfrentaram ferozmente a monarquia absolutista então vigente. Surge a figura do Estado liberal, sendo possível afirmar que o constitucionalismo moderno nasceu nesse intervalo histórico.

¹⁴⁰“Grocio se apresenta ao mundo moderno como o fundador da ciência do direito da natureza e das gentes. Foi ele que, pela primeira vez, procurou o direito em uma fonte constante e permanente, na sociabilidade inata no homem e nos juízos racionais inatos ao espírito humano.” PRADIER FODÉRÉ. Prefácio à obra de Hugo Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*. Trad. Pradier Fodéré, Guilherme, et Cie., 1867, vol 1, LXXIII.

¹⁴¹ BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 237.

¹⁴² THOMASIIUS, Christian. **Fundamentos de Derecho Natural y de Gentes**. Tradução espanhola de Salvador Rus Rufino e M. Asunción Sanches Manzano. Madrid: Tecnos, 1994. Título original: *Fundamenta iuris naturae et gentium*, p. 15.

¹⁴³ LEITE, Garcia Marcos. **A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais**. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 10, n. 2, 2005. p.425- 426. Disponível em: www.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/407. Acesso em: 29 set. 2011.

¹⁴⁴ Neste cenário destacam-se a Revolução Francesa e sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e, anteriormente, a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776), impregnadas de ideais jusnaturalistas, sob a influente marca de John Locke.

O jusnaturalismo, caminhando ao lado do iluminismo, teve grande influência para o movimento de codificação do Direito, no século XVIII, na busca de uma ordem/lógica estrutural e de clareza, incorporando-se à tradição româno-germânica, alcançando seu ápice com a elaboração do código napoleônico – seria a positivação moderna do direito natural. A técnica da codificação possibilitou uma identificação do direito à lei, fazendo com que a Escola da Exegese instituisse um apego demasiado aos textos, limitando a atuação criativa do juiz, exigindo-lhe uma interpretação meramente literal – vontade da lei, do legislador. O Estado, enfim, passa a concentrar o processo de monopolização da produção jurídica¹⁴⁵.

Entretanto, ao mesmo tempo em que o jusnaturalismo alcança seu apogeu, ele enfrenta sua queda e esquecimento, conquanto muitas das prescrições do próprio direito natural já haviam sido assimiladas pelo direito positivo (início do séc. XIX). “Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX”¹⁴⁶.

2.1.2 Ascensão e Decadência do Positivismo Jurídico

O Positivismo Filosófico foi fruto de uma corrente do conhecimento científico que acreditava que era possível estabelecer leis naturais, independentes da vontade humana, que pudessem responder às indagações da atividade intelectual. Atribuía-se demasiado valor à racionalidade, sendo que o homem tornou-se o centro de tudo, em que tudo passou a ser considerado ciência – com efeito, a ciência era o único conhecimento válido.

Auguste Comte, criador da Filosofia Positivista, afirmava que o pensamento humano dividia-se em três estados, àquilo que ele denominou de “lei dos três estados”, a saber: (i) O primeiro estado era o teológico, em que todas as explicações acerca da realidade eram atribuídas a um ser sobrenatural, não se especulando eventuais problemas fora do campo místico; (ii) o segundo estado era o metafísico que, como o teológico, buscava dar uma explicação absoluta aos fenômenos, contudo, ao invés da imaginação abstrata aplicava-se uma argumentação, capaz de discutir e afastar eventuais contradições, destruindo a subordinação do homem e da natureza ao sobrenatural; (iii) por fim, o estado

¹⁴⁵BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**, p 27.

¹⁴⁶BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, p. 237-238.

positivo caracteriza-se pela subordinação da imaginação e da argumentação à observação. Em verdade, todo o conhecimento finda numa observação dos fatos, como uma ideia de empirismo.

A filosofia positivista, portanto, é indutiva, sendo que não existem fundamentações únicas das causas dos fenômenos (teológica e metafísica), mas sim, uma interconexão de leis que explicam os fenômenos. Outra característica relevante do positivismo filosófico é a previsibilidade, pois a ideia de conhecimento possibilitaria aos seres humanos uma cogitação acerca dos acontecimentos prováveis em determinadas situações¹⁴⁷.

O Positivismo Filosófico estabelecia, basicamente, três teses fundamentais: (i) a ciência é o único conhecimento válido, refutando as indagações teológicas ou aquelas insuscetíveis de demonstração; (ii) o conhecimento científico é objetivo, calcado no esquema sujeito-objeto e no método descritivo; (iii) o método científico empregado nas ciências naturais (observação e experimentação) deve ser empregado inclusive nas ciências sociais¹⁴⁸.

Os reflexos que o Positivismo Filosófico trouxe ao campo do Direito são bem destacados por Marinoni:

O positivismo jurídico nada mais é do que uma tentativa de adaptação do positivismo filosófico ao domínio do direito. Imaginou-se, sob o rótulo de positivismo jurídico, que seria possível criar uma ciência jurídica a partir dos métodos das ciências naturais, basicamente a objetividade da observação e a experimentação. Se o investigador das ciências naturais pode, muito mais do que aquele que trabalha com o direito, despir-se dos seus sentimentos ao investigar, bem como, realizar experimentos com base em procedimentos lógicos até concluir a respeito da verdade ou da falsidade de uma proposição, supôs-se que a tarefa do jurista poderia ser submetida a essa mesma lógica¹⁴⁹.

Nesta toada, Kelsen cria a sua Teoria Pura do Direito, inspirado no Positivismo Filosófico de Auguste Comte, afirmando que a Ciência Jurídica, embora não seja uma ciência natural, tem um nascimento quase que natural no seio social. Ainda, afirma que embora o direito seja fenômeno social, não se confunde com sociedade, porquanto esta é definida por inúmeros outros fatores. A tentativa de

¹⁴⁷ COMTE, Auguste. **Curso de filosofia positiva**. traduções de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. — São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 35-37.

¹⁴⁸ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**, p. 132-133.

¹⁴⁹ MARINONI, L. G. **A Jurisdição no Estado Constitucional**. BDJur, Brasília, DF, mar. 2006., p. 11. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 5 mar. 2014.

Kelsen foi construir uma teoria pura, neutra de outros elementos/objetos de análise que não fosse o direito, enquanto norma (objetiva).¹⁵⁰

Neste sentido, Kelsen afirma que:

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do direito positivo. Tão-somente do direito positivo e não de determinada ordem jurídica. É teoria geral e não interpretação especial, nacional, ou internacional, de normas jurídicas. Como teoria, ela reconhecerá, única e exclusivamente, seu objeto. Tentará responder à pergunta “o que é” e “como é” o direito e não à pergunta de “como seria” ou “deveria ser” elaborado. É ciência do direito e não política do direito. Quando se intitula Teoria “Pura” do Direito é porque se orienta apenas para o conhecimento do direito e porque deseja excluir deste conhecimento tudo o que não pertence a esse exato objeto jurídico. Isso quer dizer: ela expurgará a ciência do direito de todos os elementos estranhos. Este é o princípio fundamental do método e parece ser claro.¹⁵¹

Outro aspecto que liga a filosofia de Comte ao pensamento positivista de Kelsen é a negação absoluta do direito como “dever ser”. Para Kelsen, o direito não se ocupa da categoria do dever ser, pois este elemento deontológico remete a motivações morais, o que não se compatibiliza com uma Teoria Pura do Direito. O dever ser é uma categoria transcendental, e não se pode admitir o regresso ao direito natural e à metafísica, sob pena de se esvaziar a cientificidade e tecnicidade do Direito¹⁵².

Houve uma cisão entre Direito e moral, sendo que a ciência do Direito se voltava a juízos de fato, que buscam o conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade, não cabendo ao Direito resolver a discussão acerca de legitimidade e justiça.

A ciência exclui do próprio âmbito os juízos de valor, porque ela deseja ser um conhecimento puramente objetivo da realidade, enquanto os juízos em questão são sempre subjetivos e consequentemente contrários à exigência da objetividade. [...] O cientista moderno renuncia a se pôr diante da realidade com uma atitude moralista ou metafísica, abandona a concepção teleológica (finalista) da natureza (segundo a qual a natureza deve ser compreendida como pré-ordenada por Deus a um certo fim) e aceita a realidade assim como é, procurando compreendê-la com base numa concepção puramente experimental (que nos seus primórdios é uma concepção mecanicista)¹⁵³.

Houve uma redução do Direito à lei, aproximando-os e os assimilando como coisas iguais – lei como fonte exclusiva do Direito. Neste passo, não havia o

¹⁵⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. Tradução de Agnes Cretella, José Cretella Júnior. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 60-61.

¹⁵¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito, p. 52.

¹⁵² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito, p. 66-75.

¹⁵³ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**, p. 135-136.

que se discutir acerca do conteúdo da lei, desde que esta fosse criada a partir do procedimento correto – teoria da validade formal da lei. Ainda, afirmava-se que não existiriam lacunas, já que o ordenamento jurídico era completo – teoria da completude e coerência do ordenamento jurídico. “A lei, compreendida como corpo de lei ou como Código, era dotada de plenitude e, portanto, sempre teria que dar resposta aos conflitos de interesses”¹⁵⁴.

Os preceitos morais não fazem parte do ordenamento jurídico porque maculam o caráter descritivo do Direito. Hart, um dos expoentes do positivismo jurídico, enfatiza a referida separação quando analisa que embora

[...] haja muitas conexões contingentes diferentes entre o direito e a moral, não há concepções conceptuais necessárias entre o conteúdo do direito e o da moral, e daí que possam ter validade, enquanto regras ou princípios jurídicos, disposições moralmente iníquas. Um aspecto dessa forma de separação do direito e da moral é o que pode haver direitos e deveres jurídicos que não têm qualquer justificação ou eficácia morais [...]¹⁵⁵

Ross defende que o Positivismo jurídico tem como princípio a negação da existência do Direito natural e o coloca como a “teoria mais geral que nega a existência de qualquer conhecimento em campo ético”¹⁵⁶.

Em suma, para os positivistas havia somente o direito que emanava do Estado, somente a lei poderia viabilizar uma justiça legal, é dizer, não existe o problema da validade das leis injustas, pois o valor não é objeto da pesquisa jurídica. Quanto à justiça, consideram apenas a legal, mesmo porque não existiria a chamada justiça absoluta.

Ainda, Bobbio estabelece três características fundamentais do positivismo, sejam elas:

- a) o positivismo como ideologia – É a faceta do positivismo moderado, sem extremismos ou reducionismos extremos, que serve justamente para impedir as arbitrariedades cometidas pelo Estado sob a égide da legalidade, reforçando o repúdio ao *Ancien Régime*;
- b) o positivismo como teoria – Determina uma série de

¹⁵⁴ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**, p. 181-207.

¹⁵⁵ HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 312.

¹⁵⁶ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini, 2.ed. São Paulo: Edipro, 2007, p. 58.

postulados ao intérprete do Direito, dispondo que a lei ordinária está em posição soberana (lei, leia-se Direito), intangível/intocável;

c) o positivismo enquanto método – Nesta linha de pensamento, para se conhecer/fazer uma teoria adequada do Direito, o positivismo utilizaria o método descritivo, simples e puramente científico¹⁵⁷.

Entretanto, o Direito, diferentemente dos outros campos de conhecimento, não tem uma postura meramente descritiva da realidade. Ao contrário, ao Direito cabe construir e transformar a realidade, na ideia do dever-ser que este prescreve. A relação entre o objeto de estudo do Direito e o sujeito que o estuda (norma, realidade e intérprete), é tensa e intensa, ou seja, o sujeito não se submete ao esquema sujeito-objeto, subsuntivo, meramente dedutivo¹⁵⁸.

Prosélito deste pensamento, Streck ressalta que:

[...] se no paradigma da metafísica clássica os sentidos “estavam” nas coisas e na metafísica moderna “na mente” (consciência de si do pensamento pensante), nessa verdadeira guinada pós-metafísica os *sentidos passam a se dar na e pela linguagem*. As consequências dessa viragem linguístico-ontológica são incomensuráveis para a interpretação do direito. *Da terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, a linguagem passa a condição de condição de possibilidade*. [grifado no original]¹⁵⁹.

O positivismo jurídico, criado originariamente para resguardar a ideologia de Estado liberal, tornou-se em si mesmo uma própria ideologia. Uma ideologia de não apenas como fazer ou pensar o Direito, mas como querer o Direito. Essa forma de ideologia, defendida por muitos que pretendiam manter o *status quo*, agindo sob a premissa da legalidade, transformou a igualdade tão festejada num modelo de discriminação e opressão, enquanto tratava os desiguais de maneira igual¹⁶⁰.

A decadência do positivismo em muito se deveu aos movimentos políticos e militares que ascenderam ao poder, (notadamente o nazismo na Alemanha e o

¹⁵⁷ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**, p. 233-238.

¹⁵⁸ BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, p. 241.

¹⁵⁹ Lênio Luiz Streck In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Org.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹⁶⁰ MARINONI, L. G. **A Jurisdição no Estado Constitucional**, p. 13.

fascismo na Itália), cometendo inúmeras barbáries em nome da lei¹⁶¹. Ao final da Segunda Guerra Mundial, a comunidade jurídica internacional percebeu que um sistema indiferente a fatores éticos/morais e baseado em leis que serviam apenas de molduras legitimamente constituídas para conteúdos diversos, necessitava de imediata transformação.

O abandono histórico sofrido pelo jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo deram origem a um movimento ainda em construção, alicerçado, sobretudo, na teoria dos direitos fundamentais e na existência de regras e princípios (e as consequências que daí decorreram), provisoriamente denominados pós-positivismo¹⁶².

2.1.3 Estado Constitucional de Direito – Aportes Característicos

Segundo Barroso, é possível identificar, ao longo da história, a existência de três modelos institucionais diversos:

- a) o modelo de Estado pré-moderno, que tinha como característica elementar a natureza jusnaturalista, em que a doutrina e a jurisprudência exerciam ampla atividade de criação.
- b) o modelo de Estado legislativo de direito (ou apenas de direito), em que apenas o Estado poderia dizer o direito (as leis), sendo que as fontes do Direito resumiam-se aos enunciados positivados. Neste modelo, a doutrina e a jurisprudência realizavam papel meramente contemplativo e descritivo.
- c) o Estado constitucional de direito, que desenvolveu-se no segundo pós guerra (final do séc. XX), caracterizado, basicamente, pela existência de uma constituição rígida, que emana sua força cogente para todos os ramos do Direito, fazendo as leis guardarem compatibilidade com a constituição. Conferiu-se aos juízes e aos doutrinadores maior capacidade criativa, conquanto a abertura semântica dos princípios

¹⁶¹ Cite-se o caso dos acusados em Nuremberg, que invocaram em suas defesas o estrito cumprimento da lei e de ordens superiores.

¹⁶² BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, p. 242.

reconhecidos nas normas constitucionais¹⁶³.

Com efeito, através das mudanças nos paradigmas/modelos de Estado, verificou-se a inexorável necessidade de se construir um modelo de Estado que, além de impor limites à sua atuação, resguardasse as garantias e liberdades fundamentais, sobretudo, legitimado pelo ideal de uma democracia representativa, o que daria ensejo à ideia de Estado Democrático¹⁶⁴.

Interessante fazer menção ao entendimento de Canotilho, no que tange ao modelo de Estado Constitucional:

Qualquer que seja o conceito e justificação de Estado – e existem vários conceitos e várias justificações – o Estado só se concebe hoje como **Estado Constitucional**. [...] O Estado Constitucional, para ser um estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um **Estado de direito democrático**. Eis aqui as duas grandes qualidades do Estado constitucional: Estado de direito e Estado democrático. [grifado no original]¹⁶⁵.

Em digressão, pode-se dizer que, a partir da criação do Estado constitucional, foi conferida força normativa e natureza jurídica à constituição, sendo que esta encerrava o ápice do ordenamento jurídico em si mesmo. As normas constitucionais passaram a ter caráter vinculativo, superando a imagem fraca da juridicidade constitucional (característica do período liberal-positivista)¹⁶⁶.

Susanna Pozzolo, valendo-se das ideias de Ricardo Guastini, afirma que, diferentemente do Estado de Direito, o Estado constitucional de Direito se apresenta com as seguintes características: a) a supremacia da Constituição sobre a lei ordinária e, portanto, b) a subordinação da vontade legislativa ao conteúdo de justiça constitucionalmente prevista: a Constituição não constitui um mero invólucro político e de inspiração para o sistema e nem ao menos um simples e posterior grau de formalidade, mas sim introduz um vínculo substancial à criação do Direito positivo, que é c) rígida e d) garantida. A capacidade permeável do texto fundamental, pleno de princípios e de conteúdo de valores, irradia-se por todo o ordenamento jurídico e determina a sua constitucionalização. e) A aplicação direta da Constituição às

¹⁶³ BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, p. 244.

¹⁶⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 04.

¹⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 92.

¹⁶⁶ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 28.

relações privadas o que implica f) a imposição de obediência diretamente aos cidadãos, e não mais somente aos órgãos do Estado¹⁶⁷.

Arrematando as ideias expostas, Marinoni aduz:

Essas Constituições, para poderem controlar a lei, deixaram de ter resquícios de flexibilidade – tornando-se “rígidas”, no sentido de escritas e não passíveis de modificação pela legislação ordinária - e passaram a ser vistas como dotadas de plena eficácia normativa. A lei, dessa forma, perde o seu posto de supremacia, passando a se subordinar à Constituição¹⁶⁸.

Por fim, o Estado constitucional de Direito (ou Estado democrático de direito), é o Estado participativo, que dá azo ao princípio democrático, fazendo com que este seja a garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana¹⁶⁹.

A fim de imprimir didática e clareza às mudanças trazidas pelo surgimento deste novo ideal de Estado constitucional de direito, far-se-á uma divisão metodológica do estudo, delineando três marcos: histórico, filosófico e teórico, nos quais serão demonstrados, de maneira pragmática e perfunctória, os elementos caracterizadores dessa nova corrente jurídico-filosófica, o neoconstitucionalismo.

2.1.4 Marco Histórico – Pós-guerra e Redemocratização

Até a Segunda Guerra Mundial, o velho continente vivia uma fase “legicêntrica”, em que se priorizavam as leis emanadas do parlamento, tratando-as como fontes primárias (e quase que exclusivas) do Direito, em detrimento da Constituição. Esta última assumia contornos de documento meramente programático, que norteava somente a atuação do legislador, não tendo caráter/força de norma jurídica. Com efeito, até mesmo os direitos fundamentais só teriam efetividade/proteção caso previstos em legislação, sendo que não albergavam, em geral, as garantias que hoje dispõem.

É a partir do segundo pós-guerra, especialmente na Alemanha (Lei Fundamental de 1949) e na Itália (Constituição de 1947), em que se percebeu as insanidades cometidas pelas maiorias políticas (como no caso do nazismo), provenientes de estados legalistas, que o modelo constitucional aufere significativas mudanças. Foram nestas mudanças que a constituição foi elevada a *status*

¹⁶⁷Guastini, Ricardo. IL diritto come linguaggio. Torino: Giappichelli, 2001, p.51-80, apud ÉCIO, Oto Ramos Duarte, POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**, p. 87.

¹⁶⁸ MARINONI, L. G. **A Jurisdição no Estado Constitucional**, p. 29.

¹⁶⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 117.

normativo e com força vinculativa, bem como, a proteção dos direitos humanos fundamentais teve maior atenção¹⁷⁰.

As alterações do segundo pós-guerra (segunda metade do séc. XX), podem ser mais sentidas na passagem do Estado de direito ao Estado de direito constitucional, “[...] ou seja, a passagem – no dizer de Ferrajoli – do Estado de Direito ‘débil’ para o Estado de Direito ‘forte’”¹⁷¹.

Em síntese, é nessa quadra histórica que os conceitos de constitucionalismo e democracia se convergem para estruturar aquilo que se convencionou chamar de Estado democrático de direito ou Estado constitucional de direito ou ainda estado constitucional democrático (e aqui pouco importam as diferenças semânticas dos termos)¹⁷².

Este processo de redemocratização ou constitucionalização, no caso do Brasil, é bem esclarecido nas seguintes lições:

No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. [...] a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem-sucedida, a travessia de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito¹⁷³.

Sem embargos, através da Constituição de 1988 o Direito constitucional brasileiro alçou grande relevância, migrando do desuso ao apogeu em menos de uma geração. Em verdade, uma Constituição não é apenas um documento formal, pois carrega mensagem social, um apelo geral, que atinge (ou que deveria atingir) a todos, fazendo surgir o sentimento constitucional¹⁷⁴.

2.1.5 Marco Filosófico – A Construção do Pós-positivismo

Sob o viés da corrente jurídico-filosófica neoconstitucionalista é possível verificar a existência (ou até mesmo a identidade) do pós-positivismo. Em suma,

¹⁷⁰ SARMENTO, D. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**, p. 02.

¹⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del Estado de derecho**. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. 3. ed. Madri: Editorial Trotta, 2006, p. 17.

¹⁷² BARROSO, L. R. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. **BDJur**, Brasília, DF, jul. 2006, p. 03. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 17 jan. 2014.

¹⁷³ BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 246.

¹⁷⁴ BARROSO, L. R. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**, p. 04.

trata-se de uma corrente filosófica que abrange tanto características do positivismo quanto do jusnaturalismo¹⁷⁵.

Nesta senda, Barroso expõe que:

O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo¹⁷⁶.

Tal movimento teve como ponto de partida a crise institucional e política levada a efeito pelo positivismo jurídico, que cindia completamente o Direito da moral, afastando as pretensões de ordem axiológica da sociedade. Não é intento do pós-positivismo o rompimento com os postulados exegéticos (regras postas do direito positivo), mas sim, imprimir uma flexibilidade a estas, através da adoção de princípios (racionalizados e, algumas vezes, positivados), com efeitos tanto na criação quanto na interpretação/aplicação do Direito, por meio de um exercício argumentativo.

É o que, mais uma vez, assevera Barroso:

O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente¹⁷⁷.

E continua:

O pós-positivismo se apresenta, em certo sentido, como uma *terceira via* entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política¹⁷⁸.

¹⁷⁵ VALE, A. R. **Aspecto do neoconstitucionalismo**. BDJur, Brasília, DF, jun. 2007, p. 08. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 17 mar. 2014.

¹⁷⁶ BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, p. 247.

¹⁷⁷ BARROSO, L. R. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil, p. 28.

¹⁷⁸ BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, p. 248.

Comanduci, ao definir o que ele chama de neoconstitucionalismo metodológico, afirma que as normas constitucionais, por serem resultados de opções axiológicas da sociedade (mormente os princípios), têm a função de trazer/aproximar o Direito da moral, fazendo a imprescindível ligação entre valor e direito, debelada no ideal pós-positivista¹⁷⁹. Sarmiento aduz:

Ao reconhecer a força normativa de princípios revestidos de elevada carga axiológica, como dignidade da pessoa humana, igualdade, Estado Democrático de Direito e solidariedade social, o neoconstitucionalismo abre as portas do Direito para o debate moral¹⁸⁰.

Ora, se a partir do Estado constitucional de direito, o jurista/intérprete/aplicador vê na constituição normas de caráter vinculativo, portanto obrigatórias, e que neste modelo (pós-positivista) houve reconhecimento normativo dos princípios informadores dos valores sociais (notadamente os princípios de justiça) e reconhecimento aos direitos fundamentais, cabe àquele primeiro aplicar a lei na moldura rabiscada pelos princípios de justiça, em observância aos direitos fundamentais¹⁸¹.

É, no dizer de Paulo Ricardo Schier, a filtragem constitucional:

[...] a filtragem constitucional pressupõe a preeminência normativa da Constituição, projetando-a para uma específica concepção da Constituição enquanto **sistema aberto de regras e princípios**, que permite pensar o Direito Constitucional em sua perspectiva jurídico-normativa em diálogo com as realidades social, política e econômica. [grifado nos originais]¹⁸².

Ainda neste aspecto, o neoconstitucionalismo preza pela utilização da razão prática. Para esta ideia, o racionalismo empregado no discurso constitucional não é aquele estandardizado pelos positivistas liberais, trata-se de uma racionalidade baseada na argumentação, tradicionalmente voltada à resolução dos *hard cases* (casos difíceis), que não podem mais serem solucionados pelo silogismo ou subsunção dos positivistas formalistas. Para este modelo, a racionalização

¹⁷⁹ COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: Uma análise metateórica**. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. 3. ed. Madri: Editorial Trotta, 2006, p. 87.

¹⁸⁰ SARMENTO, D. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**, p. 03.

¹⁸¹ MARINONI, L. G. **A Jurisdição no Estado Constitucional**, p. 31.

¹⁸² SCHIER, P. R. **Novos desafios na filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo**. BDJur, Brasília, DF, abr. 2005, p. 02. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 17 mar. 2014.

aproxima-se de uma ideia de razoável, deixando de se identificar com a lógica das ciências exatas¹⁸³.

Em consequência desta aproximação do direito e da moral (filosofia do Direito e ciência jurídica), possibilitados através da normatização dos princípios, materializaram-se diversos imperativos principiológicos, além de alguns serem renovados pelas vestes do neoconstitucionalismo. Dentre os vários princípios, importa fazer-se uma análise mais apurada por sobre o da dignidade da pessoa humana e o da razoabilidade, que alcançaram relevo e efetividade com o advento do pós-positivismo¹⁸⁴.

2.1.5.1 O princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana está umbilicalmente ligada ao princípio antrópico, que quer se referir à capacidade do indivíduo ser conformador de si próprio, de sua vida, do seu projeto espiritual. Neste entendimento, a república encontra na dignidade da pessoa humana a sua função (motivo de ser), bem como a limitação da sua atuação, é dizer, o ser humano, sob o viés deste princípio, é a finalidade última do Estado, ou seja, o Estado só existe em decorrência da existência e para a existência do ser humano¹⁸⁵.

Nas palavras de Moraes pode ser entendida como:

[...] um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos¹⁸⁶.

Ainda, é o estado no qual a pessoa humana, diferentemente das coisas, não é um meio para a consecução de algo, sempre será um fim para a consecução de algo. Sintetizando o que seria dignidade da pessoa humana, Ingo Wolfgang Sarlet aduz:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e

¹⁸³ SARMENTO, D. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**, p. 03.

¹⁸⁴ BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 250.

¹⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 225.

¹⁸⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**, p. 24.

consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos¹⁸⁷.

Nas lições Kantianas, “as coisas têm preço; as pessoas têm dignidade. Do ponto de vista moral, *ser* é muito mais do que *ter*.”

Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (1) (e é um objecto do respeito)¹⁸⁸.

Schier afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana (previsto da Constituição de 1988), é o eixo central de todo o ordenamento constitucional e, por conseguinte, de todo o ordenamento jurídico. Afirma que não podem existir normas/direitos que passem inalterados pela força atrativa e modificativa do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁸⁹.

É a ideia de que a dignidade da pessoa humana é o centro dos direitos materialmente fundamentais, assim como simboliza a própria estrutura interna de cada uma deles, ou seja, os direitos fundamentais guardam relação de dependência ôntica com o princípio da dignidade da pessoa humana. “No seu âmbito se inclui a proteção do *mínimo existencial*, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos em geral¹⁹⁰.”

2.1.5.2 O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade

O princípio da razoabilidade tem origens ligadas ao desenvolvimento da garantia do devido processo legal, já inscrito na *Magna Charta*¹⁹¹ de 1215.

¹⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 62.

¹⁸⁸ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70. 2007, p. 68.

¹⁸⁹ SCHIER, P. R. **Novos desafios na filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo**, p. 13.

¹⁹⁰ BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 253.

¹⁹¹ Que, numa tradução livre, significa Carta Magna – a Constituição.

Entretanto, é somente a partir das emendas 5^a e 14^a à Constituição norte-americana que ele foi consagrado e difundido. No cenário jurídico norte-americano, tal princípio tem a função precípua de verificar a compatibilidade do meio empregado pelo legislador com os fins visados pela norma, bem como na verificação de legitimidade dos fins. Em verdade, tratava-se de um controle de constitucionalidade.

Na Alemanha, falava-se em princípio da proporcionalidade, e este tinha a missão de limitar a atuação/ discricionariedade administrativa. Não tinha conotação constitucional, pois como visto, a Alemanha anterior ao 2º pós-guerra regia-se sob uma estrutura parlamentar quase que de poderes absolutos, não sendo cabível que tal princípio viesse a limitar o próprio legislador. Foi somente após a adoção da Lei Fundamental de 1949 que esse quadro mudou. Falava-se, a partir de então, de princípio de reserva de lei proporcional e, ao exemplo dos Estados Unidos, tal princípio remetia à ideia de uma relação racional entre os meios e os fins¹⁹².

Nas palavras de Canotilho:

[...] o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso é, hoje, assumido como um *princípio de controlo* exercido pelos tribunais sobre a adequação dos meios administrativos (sobretudo coactivos) à prossecução do escopo e ao balanceamento concreto dos direitos ou interesses em conflito. [grifado nos originais]¹⁹³.

Trata-se de atividade complexa a definição do que seja o princípio da proporção/razoabilidade. Em verdade, embora parte da doutrina faça distinções entre um e outro, a verdade é que ambos guardam conexão ou similitude em suas essências. Ambos têm a finalidade de (a depender da área em que sejam aplicados), elencar os meios mais adequados aos fins almejados, verificando se os resultados produzidos estão em consonância com um juízo de razoabilidade¹⁹⁴.

É possível verificar a cisão deste princípio (da proporcionalidade) em três subprincípios, quais sejam: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito¹⁹⁵.

¹⁹² BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, p. 257.

¹⁹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 268.

¹⁹⁴ BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, p. 258-259.

¹⁹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 269.

Relativamente ao princípio da adequação (ou da aptidão), diz respeito à viabilidade prática do meio elencado para consecução da finalidade. É aferir se a medida escolhida é suscetível de atingir o objetivo escolhido¹⁹⁶.

Quando se fala em princípio da necessidade (ou da exigibilidade), pela clareza didática, é interessante colacionar a lição de Canotilho:

O **princípio da exigibilidade**, também conhecido como “princípio da necessidade” ou da “menor ingerência possível”, coloca a tônica da ideia de que o cidadão tem *direito à menor desvantagem possível*. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adotar outro meio menos oneroso para o cidadão. [grifado nos originais]¹⁹⁷.

Continuando, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito quer dizer que deve haver um juízo de ponderação, fazendo com que o meio utilizado não sobreleve o fim a que se propôs, noutras palavras, não se admite que “o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha”¹⁹⁸.

Há que se levar em conta o caráter dúplice do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Se de um lado se estipula uma obrigação de usar os meios adequados, do outro lado estipula uma restrição de usar meios desproporcionais.

Por fim, o uso do princípio da proporcionalidade é amplamente empregado na solução de conflitos entre direitos fundamentais, especialmente nos casos em que haja restrição desses, ou colisão¹⁹⁹.

2.1.6 Marco Teórico – Alterações na Concepção do Direito Constitucional

Dentre as várias mudanças de se pensar e se fazer Direito constitucional, entre as várias correntes do pensamento neoconstitucionalista, destacam-se: (i) o reconhecimento da força normativa/ imperativa da constituição; (ii) a compreensão da constituição como norma que irradia seus efeitos por todo o ordenamento jurídico e (iii) o desenvolvimento de novas técnicas de interpretação constitucional. Cumpre,

¹⁹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, p. 397.

¹⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 270.

¹⁹⁸ BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 261.

¹⁹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, p. 398.

portanto, fazer-se uma análise ainda que superficial sobre cada uma dessas mudanças paradigmáticas²⁰⁰.

São notórias as mudanças ocorridas ao longo do século XX, em especial após o segundo Pós-guerra, no que tange ao constitucionalismo internacional. Como já debatido, países como a Alemanha e a Itália incorreram em verdadeiras viradas copernicanas, afastando o ranço liberalista-positivista (e a baixa constitucionalidade que dele decorreu), elevando a constituição a *status* normativo, vinculante e de centralidade sistêmica²⁰¹.

Nos dizeres de Riccardo Guastini:

Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (*pervasiva, envadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales²⁰².

No cenário brasileiro, as discussões acerca da força normativa da constituição só se deram a partir da década de 80, resultado de uma experiência autoritarista (governos militares), que pretendiam manter o *status quo*. A constituição, até então, era um “repositório de promessas vagas”, sem vinculatividade/ efetividade²⁰³.

A Constituição, nos dizeres de Vigo, não se limita mais a enunciados de programas políticos. Trata-se de uma regra de caráter hierarquicamente superiorizado, rígida, que não admite alteração de maneira fácil, fazendo com que toda a produção normativa a observe e a obedeça. É a “norma fundamental”, que prevalece sobre qualquer outra²⁰⁴. Ao referir-se à supremacia da constituição, Canotilho enfatiza:

[...] por isso, a lei constitucional não é apenas – como sugeria a teoria tradicional do estado de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação

²⁰⁰ VALE, A. R. **Aspecto do neoconstitucionalismo**, p. 02.

²⁰¹ BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 262.

²⁰² GUASTINI, Riccardo. **La “Constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano**. In CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. 3. ed. Madri: Editorial Trotta, 2006, p. 49.

²⁰³ BARROSO, L. R. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**, p. 06.

²⁰⁴ VIGO, R. L. **Constitucionalização e neoconstitucionalismo: alguns riscos e algumas prevenções**. BDJur, Brasília, DF, mar. 2008, p. 07 Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 5 mar. 2014.

normativa fundamental dotada de supremacia – **supremacia da constituição** – e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o “primado do direito” do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão. [grifado nos originais]²⁰⁵.

Este modelo de supremacia da constituição embasou-se, preliminarmente, no modelo norte-americano, que priorizava uma ampla proteção aos direitos fundamentais, necessitando, portanto, de uma atuação mais efetiva do Poder Judiciário. Inicialmente, na Europa, a Alemanha e a Itália criaram os chamados tribunais constitucionais, justamente para imprimir eficácia e tutela aos direitos fundamentais estampados nas constituições²⁰⁶. Diante desta supremacia constitucional, não cabe aos juízes apenas dizerem o direito posto, conforme nos ensina Vigo:

Talvez seja este traço que mais aproxima o sistema europeu ao modelo norteamericano, uma vez que são os juízes os encarregados de velar pela prevalência substancial e formal da Constituição. O tribunal que assume essa transcendente função não é um mero legislador negativo segundo o modelo kelseniano, senão que desenvolve um crescente leque de soluções orientadas não apenas para fazer triunfar a Constituição, mas também para buscar manter a norma infraconstitucional [...]²⁰⁷.

No Brasil, no tocante ao controle de constitucionalidade, foram adotados os modelos americanos (difuso) e o modelo europeu (concentrado), ou seja, o controle pode ser realizado de maneira incidental, por qualquer juiz ou tribunal ao julgar uma lide, verificando a aplicação/ adequação de determinada norma à Constituição, bem como, pode se dar de maneira concentrada, através de ações objetivas (ação direta de inconstitucionalidade; declaratória de constitucionalidade; arguição de descumprimento de preceito fundamental; ação direta de inconstitucionalidade por omissão), sendo que estas últimas só serão aferidas pelo Supremo Tribunal Federal (tribunal constitucional)²⁰⁸.

A moderna interpretação constitucional resulta do inconformismo de alguns juristas com o positivismo decorrente do estado anteriormente liberal. A busca encerrava em si uma tentativa de trazer à tona a essência da mensagem

²⁰⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 246.

²⁰⁶ BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 264.

²⁰⁷ VIGO, R. L. **Constitucionalização e neoconstitucionalismo: alguns riscos e algumas prevenções**, p. 08.

²⁰⁸ MARINONI, L. G. **A Jurisdição no Estado Constitucional**, p. 39.

constitucional, estabelecendo fortes laços com a sociedade, principalmente em decorrência da ascensão da democracia, onde se estreitaram as relações do direito com o povo²⁰⁹.

Ainda, acerca da interpretação constitucional:

A teoria da interpretação alcançou outro status, quando recebeu influências da filosofia do direito como: a tópica (e a retomada em se pensar o estudo de casos a partir dos problemas neles suscitados), a hermenêutica (e todos os métodos de interpretação conhecidos e incrementados pela metodologia constitucional contemporânea) e a argumentação jurídica (no tocante à justificação do intérprete) ficam integradas no neoconstitucionalismo. A partir daí se descobrem técnicas – como a derrotabilidade – e teorias ficam mais bem explicadas – como a que diz que toda interpretação jurídica, é antes de tudo interpretação constitucional²¹⁰.

É nesse cenário totalmente recontextualizado que surgem e renovam-se categorias, como o reconhecimento da abertura de sentido das cláusulas gerais, a normatização de princípios e de direitos fundamentais, a aplicação da ponderação como técnica de interpretação (decisão), a ocorrência de colisões entre direitos fundamentais e entre normas constitucionais e a utilização da razão prática (argumentação racional), como fundamento de legitimação das decisões judiciais²¹¹.

2.2 A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL – PREMISSAS METODOLÓGICAS

A grande problemática da hermenêutica clássica (ou filosófica) é justamente que seus postulados interpretativos não se adequam à moderna concepção de Direito constitucional. A interpretação feita na base do esquema sujeito-objeto acreditava que a norma tinha um único sentido e que, portanto, era necessário depurar tal sentido. Ocorre que, as motivações axiológicas constantes nas normas principiológicas admitem variadas outras interpretações, justamente pela abertura semântica que encerram em si²¹².

Porém, como adverte Barroso:

Não importa em desprezo ou abandono do método clássico – o *subsuntivo*, fundado na aplicação de *regras* – nem dos elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Ao contrário,

²⁰⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, p. 476.

²¹⁰ MOREIRA, E. R. **Neoconstitucionalismo e Teoria da Interpretação**. **BDJur**, Brasília, DF, jul. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 5 mar. 2014, p. 04.

²¹¹ BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 266.

²¹² MOREIRA, E. R. **Argumentação jurídica e discurso constitucional**. **BDJur**, Brasília, DF, jul. 2009, p. 07. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 5 mar. 2014.

continuam eles a desempenhar um papel relevante na busca de sentido das normas e na solução de casos concretos. Relevante, mas nem sempre suficiente. [grifado nos originais]²¹³.

É porque, como já afirmado, aos intérpretes da constituição cabia única e exclusivamente desvelar a vontade da norma. Dividiam-se em subjetivistas e objetivistas, sendo que os primeiros queriam sondar a vontade do legislador quando elaborou a norma, e os últimos buscavam a “vontade objetiva e autônoma da lei”²¹⁴. A partir da mudança paradigmática do direito constitucional, também houve uma mudança estrutural na forma de interpretar a constituição, e as premissas que compunham o modelo clássico de interpretação se alteraram: as normas, o problema e o intérprete²¹⁵.

2.2.1 A Norma, o Problema e o Intérprete

A interpretação das normas constitucionais, dada a complexidade e particularidade política que estas se revestem, demanda uma nova forma de pensar o Direito, de exprimir o sentido da norma, diferente das outras normas jurídicas, que pela clareza ou limitação de abertura estão sujeitas a menos incertezas e dificuldades no momento interpretativo/aplicativo. O sistema jurídico constitucional é diferenciado, abrange princípios, que são a expressão dos valores inerentes à sociedade. Com isso, para uma correta interpretação, a norma deve estabelecer diálogo com a realidade, num movimento dialético, buscando harmonizar a mensagem da norma/princípio com as vibrações do caso concreto²¹⁶.

É como explica Marinoni:

Porém, se a regra deve ser compreendida e aplicada conforme o valor atribuído à realidade pelo princípio, é evidente que não se pode controlar a constitucionalidade da lei, ou mesmo interpretá-la, considerando-se apenas o seu texto. Nessa situação se diz que não basta identificar o significado da norma em abstrato, sendo necessário precisar o seu significado diante dos casos concretos²¹⁷.

Assim, se a interpretação demanda uma observação e valoração da situação fática a ser resolvida, o problema assume especial relevo nesta

²¹³ BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, p.308.

²¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, p. 464.

²¹⁵ BARROSO, L. R. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil, p. 09.

²¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, p. 130;132.

²¹⁷ MARINONI, L. G. **A Jurisdição no Estado Constitucional**, p. 35.

perspectiva. O problema passa da condição estática, da passividade da subsunção, para a condição de fornecedor de elementos para a produção do Direito. Este modo de pensar por problemas (*topói*) está associado à tópica, que é a busca de soluções juridicamente adequadas e constitucionalmente legítimas a partir da análise dos problemas²¹⁸.

Como aduz Cademartori:

Tal modelo encontra-se dentro de uma concepção pragmática de direito, orientado por uma hermenêutica principiológica de matriz constitucional. Esta, por sua vez, baseia-se em critérios de pré-compreensão reconstrutiva, os quais partem dos problemas ou situações, objeto de apreciação judicial, visando definir o sentido das normas ao invés da direta remissão à lei, fruto esta de um modelo de subsunção direta, dos fatos às normas, através de um processo lógico-dedutivo como apregoava Kelsen²¹⁹.

Para Streck, com a alteração proposta pelo neoconstitucionalismo adveio a alteração da teoria das normas. Há a prevalência dos princípios por sobre as regras. Aqui o intérprete não poderá utilizar-se (somente) dos métodos alicerçados pela epistemologia “individualista-liberal” do sujeito-objeto (que demandam uma operação puramente técnica, nos moldes subsuntivo-dedutivo), indo mais além, para a construção de uma interpretação calcada na intersubjetividade (relação do sujeito com o mundo em que vive)²²⁰.

Barroso ainda afirma que:

Por fim, a dogmática contemporânea já não aceita o modelo importado do positivismo científico de separação absoluta entre o sujeito da interpretação e objeto a ser interpretado. Em variadas situações, o intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do constituinte ou do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis²²¹.

Em suma, a interpretação no novo paradigma neoconstitucionalista demanda uma postura inclusiva do intérprete. Isto é, demanda que o sujeito se projete na realidade em que se insere, conheça os valores/normas/princípios que

²¹⁸ BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, p. 309.

²¹⁹ CADEMARTORI, L. H. U. **Hermenêutica Principiológica e Colisão de Direitos Fundamentais**: as teorias de Alexy e Dworkin e os aportes de Habermas. Univali, Itajaí, SC, 2006, p. 02. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index>>. Acesso em 5 mar. 2014.

²²⁰ Lênio Luiz Streck In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Org.). **Diálogos constitucionais**: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos, p. 02.

²²¹ BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, p. 310.

informam o sistema e que recaem sobre o objeto de conhecimento, perceba a relação dos valores com o objeto e consigo mesmo, compreendendo a noção de “círculo hermenêutico” (sujeito conformado(r) de si e da realidade em que vive, por meio da linguagem).

2.2.2 Os Conceitos Jurídicos Indeterminados

A Teoria dos Conceitos Jurídicos Indeterminados encontra guarida nas modernas concepções teóricas, pelo fato de que não raro existam disposições contraditórias, dentro de um mesmo sistema normativo, não sanável pelos métodos clássicos de solução de antinomias (analogia, os costumes e os princípios gerais de direito). Tais textos de textura semântica aberta, embora não direcionem de forma objetiva a incidência da norma, quando confrontados com a realidade em se irão incidir, podem tornar-se unívocos, no seu sentido²²².

Conforme elucida Pereira:

Os conceitos jurídicos indeterminados são aqueles cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos, ou seja, não são dotados de um sentido preciso e objetivo. Do ponto de vista estrutural, possuem uma zona de certeza quanto ao seu significado, habitualmente chamada de *núcleo conceitual*. Essa zona qualifica o campo dentro do conceito em que se tem uma noção clara e precisa do seu significado. [grifado nos originais]²²³.

Baracho, ao explicar como tais conceitos podem ser compreendidos aduz que:

Com a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, a lei estabelece uma esfera de realidade cujos limites não aparecem bem precisos em sua enunciação, apesar de pretender um pressuposto concreto. A lei não determina com exatidão os limites destes conceitos, desde que se trata de definições que não admitem urna quantificação ou determinação rigorosa²²⁴.

É natural que existam os chamados conceitos fluídos, dada a natureza das normas políticas, presentes no Estado Democrático de Direito, tais como: segurança jurídica, interesse público ou justiça social. São expressões carregadas de impressões axiológicas, o que demanda uma decisão (quando na esfera judicial)

²²² CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**, p. 45-46.

²²³ PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa: Um estudo à partir da Teoria da Adequabilidade Normativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, julho/agosto/setembro, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2014.

²²⁴ BARACHO, J. A. O. **Teoria geral dos conceitos legais indeterminados**. BDJur, Brasília, DF, 1999, p. 63. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 5 mar. 2014.

que utilize a ponderação, pois não raro se estará frente a uma colisão de normas/princípios constitucionais²²⁵.

Todavia, pela precisão e lucidez didática, faz-se necessário colacionar a advertência de Barroso:

Não se deve confundir o poder de valoração concreta dos conceitos jurídicos indeterminados com poder discricionário. [...] Atribuir sentido a um conceito jurídico indeterminado envolve uma atuação predominantemente técnica, baseada em regras de experiência, em precedentes ou, eventualmente, em elementos externos ao Direito. Já o exercício de competência discricionária compreende a formulação de juízos de conveniência e oportunidade, caracterizando uma liberdade de escolha dentro de um círculo pré-traçado pela norma de delegação²²⁶.

É importante destacar que os conceitos jurídicos, embora sejam uma realidade, e estejam à disposição dos intérpretes oficiais (leia-se, magistrados), a interpretação sempre deverá ser conduzida pelos limites que a Constituição defina. Como já se afirmou noutro momento, para uma correta interpretação o sujeito deverá compreender o seu papel ativo na sociedade - a sua condição de *ser-no-mundo*.

2.2.3 Os Princípios e sua Normatividade

A moderna doutrina trata de separar duas espécies de normas: as regras e os princípios. Portanto, confere-se força normativa aos princípios (em especial os constitucionais), pois assim como a regra, os princípios descrevem algo que deve ser, descrevem condutas a serem seguidas. O que difere e caracteriza os princípios das regras são basicamente: (i) serem normas com teor mais aberto do que as regras; (ii) o grau de determinabilidade dos princípios é inferior ao das regras²²⁷.

É possível, pois, creditar a categoria de norma jurídica aos princípios, distinguindo substancialmente as regras dos princípios, e isso é possível ser verificado através dos seguintes critérios:

a) quanto ao conteúdo: regras são determinações explícitas ao destinatário, condutas impositivas; princípios encerram em si valores, fins a serem alcançados;

²²⁵ CADEMARTORI, L. H. U. **Hermenêutica Principiológica e Colisão de Direitos Fundamentais**: as teorias de Alexy e Dworkin e os aportes de Habermas, p. 03.

²²⁶ BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, p. 314.

²²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, p. 83.

b) quanto à estrutura normativa: as regras têm uma lógica silogística, descrevem a conduta e a consequência jurídica; princípios apontam um vetor, um ideal, com abertura quanto ao modo de realização;

c) quanto ao modo de aplicação: as regras são aplicáveis no modo tudo ou nada, através da subsunção ou se encaixam no caso concreto ou não são válidas; princípios são aplicáveis por meio de ponderação, analisando a realidade fática e a existência de outros princípios convergentes²²⁸.

Robert Alexy afirma:

[...] os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, ao passo que as regras são normas que podem ser cumpridas ou não, uma vez que, se uma regra é válida, há de ser feito exatamente o que ela exige, nem mais nem menos²²⁹.

De forma contundente, Canotilho acentua:

Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *optimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem, ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *aplicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinómica; os princípios coexistem, as regras antinómicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de optimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à “lógica do tudo ou nada”), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. [grifado nos originais]²³⁰.

Conferir força normativa aos princípios é corroborar com os ideais de Estado Democrático de Direito. Ora, se os princípios são mandamentos de otimização sistêmica, advindos dos valores inerentes ao contexto social em que se inserem, nada mais democrático que conferir força normativa (obediência) a essas normas que nasceram do modo mais legítimo possível, a vontade do povo.

²²⁸ BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, p. 318.

²²⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 82-87.

²³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 1147.

2.2.4 A Colisão de Normas Constitucionais

Ao defender a razão prática na atividade argumentativa, Alexy sustenta que um dos problemas que demandam a utilização da ponderação como técnica argumentativa é a existência de conflito entre normas²³¹.

Nessa esteira, Mendes e Branco, ressaltam:

Por vezes, não há como resolver, segundo os critérios técnicos tradicionais da hierarquia, especialidade ou cronológico, certas antinomias internas, verificadas na redação do Texto Constitucional. O problema, nesses casos, radica na circunstância de duas regras diversas, a propósito de um mesmo pressuposto de fato, comandarem soluções díspares²³².

Em conclusão, pode se afirmar que existem três espécies de colisão de normas constitucionais, a saber: (i) a colisão entre princípios constitucionais (dada a pluralidade de interesses e valores que permeiam a carta magna, devendo tais colisões ser solucionadas à luz do caso concreto); (ii) a colisão entre direitos fundamentais (que da mesma forma com os princípios, demandará uma análise por sobre o caso, exigindo o recurso à ponderação, pois os direitos que vivem em harmonia em seu relato abstrato podem produzir antinomia frente o caso concreto); (iii) a colisão entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais (mormente quando se colidem interesses/direitos fundamentais individuais em face do direito coletivo/interesse público).

Portanto, uma característica comum às diferentes espécies de colisões entre normas constitucionais é a insuficiência do método subsuntivo e dos critérios tradicionais para definir a norma que recairá sobre o caso concreto, e o recurso à ponderação para encontrar o resultado constitucionalmente adequado²³³.

2.2.5 A Ponderação – Uma Alternativa Eficaz

Segundo Ana Paula Barcellos²³⁴, consiste numa técnica para solução dos chamados *hard cases* (casos difíceis). Isso ocorre, pois, diante de um mesmo fato concreto são inúmeras as possibilidades/ respostas que o sistema dispõe (várias

²³¹ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 87-89.

²³² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, p. 99.

²³³ BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, p. 330-332.

²³⁴ BARCELLOS, Ana P. In: BARROSO, L. R. (org). **A Nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Ana Paula Barcellos et al. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 56.

regras se aplicam ao mesmo caso), e a velha subsunção não abrange a possibilidade de se construir uma solução que agregue todas as premissas que o sistema disponibiliza, daí a necessidade e a relevância da ponderação.

Quando se tratam de colisões entre normas constitucionais, não é possível assumir uma única norma em detrimento de outras, em decorrência do princípio da unidade da constituição, que iguala, hierarquicamente, todas as normas constitucionais. Neste modelo, é inevitável serem feitas concessões recíprocas e ou escolhas entre as normas em choque²³⁵.

Simplificadamente é possível descrever a estrutura da ponderação em um processo de três etapas:

- a) na primeira etapa, devem ser selecionadas as normas que estejam em colisão/contradição. A rigor, é mais fácil visualizar que o que está em colisão não são normas, mas interesses, nesse caso, devem ser igualmente separadas as variadas normas que tenham o condão/ capacidade de solucionar os interesses. Ainda, devem ser separadas as normas que apontem para uma mesma decisão, ou seja, montar grupos de normas com um discurso unívoco, que formarão argumentos;
- b) em um segundo momento, buscar-se-ão nas circunstâncias fáticas, no caso concreto, as reflexões sobre os elementos normativos, “daí se dizer que a ponderação depende substancialmente do caso concreto e de suas particularidades”.
- c) no terceiro passo, verifica-se, concomitantemente, os elementos normativos diante da repercussão gerada pela circunstância fática, aferindo o peso que aqueles tenham sobre a realidade do caso concreto (definindo qual o grupo de normas deve prevalecer). Ainda se verificará, através de proporcionalidade, com qual intensidade esses elementos normativos deverão incidir²³⁶.

²³⁵ BARROSO, L. R. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil, p. 11.

²³⁶ BARCELLOS, Ana P. In: BARROSO, L. R. (org). **A Nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas, p. 58.

Nos escritos de Robert Alexy, quando ocorrem colisões entre princípios, há que se lançar mão de um critério hermenêutico que ele denomina “máxima de proporcionalidade”. Tal critério é dividido em três máximas parciais: (i) adequação - que é a verificação dos efeitos obtidos por pela utilização de determinados meios/hipóteses; (ii) necessidade – estabelecendo que a medida/saída hermenêutica a ser empregada seja inevitável e menos danosa ao destinatário; (iii) proporcionalidade em sentido estrito – que é a aferição das consequências adotadas no mundo real. É a demonstração do peso que deverá incidir determinado princípio sobre determinado caso concreto²³⁷.

Todavia, para uma ponderação legítima e racional alguns parâmetros devem ser seguidos, são eles: (i) o recurso ao sistema jurídico, que é a utilização de uma norma constitucional que sirva de fundamento; (ii) utilização de um parâmetro generalizado, pois as decisões judiciais não podem ser casuísticas; (iii) na medida do possível, buscar a concordância entre os enunciados em disputa, preservando o “núcleo essencial dos direitos”²³⁸.

2.2.6 A Argumentação Jurídica

Acerca da importância da argumentação jurídica, Perelman ressalta:

[...] a finalidade da argumentação, no campo de preenchimento dos princípios constitucionais, tem grande receptividade, especialmente após o consenso pela abertura de tais normas constitucionais; uma não sobrevive sem a outra, estudos de ponderação, coerência, hermenêutica estão conectados à argumentação, no preenchimento daqueles. Não basta alegar a existência de um princípio, “é preciso escolhê-los, de um modo tal que sejam aceitos pelo auditório, formulá-los e apresentá-los, interpretá-los, enfim, para poder adaptá-los ao caso de aplicação pertinente”²³⁹.

A argumentação é, assim, a atividade em que se justifica, através de determinadas premissas, a forma pela qual se chega a uma determinada conclusão. Encerra em si a utilização de um procedimento que visa a correção e a justiça (adequação) da solução proposta. Composta estruturalmente de linguagem, premissas (que estruturam o discurso) e regras que conduzem à conclusão. A função precípua da argumentação é demonstrar, pela fundamentação a

²³⁷ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 82-87.

²³⁸ BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, p. 328.

²³⁹ PERELMAN, Chaïm; TYTECA, Lucie Olbrechts. **Tratado da argumentação**: a nova retórica, p. 17.

racionalidade das decisões judiciais e possibilitar o controle destas. (BARROSO, 2010, p. 340). Ainda, conforme Alexy:

[...] afirmamos a tese de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. Isso aconteceu com base em: (1) as discussões jurídicas se preocupam com questões práticas, isto é, com o que deve ou não ser feito ou deixado de fazer e (2) essas questões são discutidas com a exigência da correção. É questão de “caso especial” porque as discussões jurídicas (3) acontecem sob limites do tipo descrito²⁴⁰.

Diante da complexidade e da amplitude da matéria, a doutrina nacional estabeleceu, a título de ilustração, três critérios básicos (comuns a todas as teorias discursivas), que orientam o jurista na atividade argumentativa, a saber: (i) o jurista deve apresentar elementos normativos, ou seja, buscar dentro do ordenamento jurídico as premissas com que construirá o argumento, “a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador”; (ii) prezar pela unidade/coerência/continuidade do sistema. As decisões não devem ser idiossincráticas, portanto, devem ter o caráter “universalizável” a todos os casos de mesma espécie. O recurso à jurisprudência e aos precedentes toma relevo, ao passo que deve prezar pela segurança jurídica; (iii) o intérprete/jurista deverá sempre estar conectado ao mundo dos fatos, não se enclausurando na abstração da norma. É dizer, deve vislumbrar as consequências práticas de sua decisão no mundo do ser, necessitando de parcimônia entre aquilo que a norma preceitua, os valores em jogo e os efeitos sobre a realidade²⁴¹.

2.3 POSSÍVEIS CRÍTICAS AO NEOCONSTITUCIONALISMO

Conforme visto, o Neoconstitucionalismo é uma corrente jurídico-filosófica ainda em conformação, sendo que no Brasil, há pouco tempo (redemocratização) ela tem se destacado. Não se pode, contudo, olvidar que esta teoria sofreu/sofre críticas de diversos setores da sociedade (sobretudo da jurídica), pois promoveu profundas mudanças nas bases em que se fundavam vários ramos do conhecimento (direito, economia, sociologia, etc.). Desta forma, cumpre demonstrar, resumidamente, três principais objeções ao neoconstitucionalismo, que agregam, invariavelmente, todas as outras críticas levadas a efeito. Quais sejam: a) centralidade da jurisdição (“judiciocracia”), ou protagonismo/ativismo judicial; b)

²⁴⁰ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001, p. 212-213.

²⁴¹ BARROSO, L. R. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**, p. 11.

relativismo jurídico, pela adoção de princípios (e ponderação) em detrimento de normas positivas (e subsunção); c) a expansão constitucional, afetando os campos das vidas privada e pública das pessoas.²⁴²

O neoconstitucionalismo assenta suas premissas na força normativa da constituição e na aplicabilidade imediata de suas prescrições (cogência normativo-constitucional). Contudo, pelo fato de as normas constitucionais serem escritas em termos muito genéricos, faz-se necessária uma intervenção interpretativa, a fim de dar eficácia (sentido) ao texto e concretizar os direitos estampados na norma. Tal papel, via de regra, é realizado pelos juízes, o que provoca certa celeuma, pelo fato de que estes atuam como verdadeiros “legisladores”, sem terem sido legitimamente eleitos para tal função.

O argumento fulcral dos críticos da jurisdição constitucional é de que as decisões proferidas por juízes, construtivas/ inventivas, ferem diretamente o pacto democrático, porquanto estes não foram eleitos pela via do escrutínio universal²⁴³.

Sob outro viés, criticam o ativismo judicial, alegando que a interpretação de princípios constitucionais, quando realizada apenas por juízes, padece, por vezes, frente ao caso concreto, de conhecimentos técnicos, que os habilitem a proferir a decisão, ou ainda de que não se pode enclausurar a função hermenêutica de interpretação da constituição apenas aos juízes, sendo necessária a participação de outros seguimentos da sociedade.²⁴⁴

Contudo, o ativismo judicial pode, em determinadas circunstâncias, fazer valer os direitos fundamentais, de modo que o legislador ordinário (democraticamente constituído) não pode fazê-lo, pelas questões puramente formais. Em verdade, a crise de representatividade no poder legislativo, bem como a configuração de direitos fundamentais nas cartas modernas, direcionam quase que automaticamente a função precípua da efetivação e correção aos magistrados²⁴⁵.

²⁴² SARMENTO, D. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**, p. 11-12.

²⁴³ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la Democracia Deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 70-100.

²⁴⁴ SARMENTO, Daniel. **Interpretação Constitucional, Pré-Compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete**. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINEMBOJN, Gustavo (Orgs.) **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 311-320.

²⁴⁵ SARMENTO, D. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**, p. 14.

Ademais, com relação à possível falta de legitimidade democrática dos juízes, insta reforçar a tese de que a defesa de direitos fundamentais é, também, um ideal de um Estado Democrático de Direito. Não é pelo fato de que a decisão não foi tomada majoritariamente, que ela padece de legitimidade democrática.

Nas palavras de Eugenio Raúl Zaffaroni:

[...] uma instituição não é democrática unicamente porque não provenha de eleição popular, porque nem tudo o que provém desta origem é necessariamente aristocrático. Uma instituição é democrática quando seja funcional para o sistema democrático, quer dizer, quando seja necessária para a sua continuidade, como ocorre com o judiciário.²⁴⁶

Por outro lado, a adoção de princípios pela Constituição, e a decisão com a utilização destes (por meio da ponderação), é vista como um risco de relativização do direito. Com efeito, o neoconstitucionalismo, sobretudo no Brasil, fez mudar a concepção nas práticas judiciais, realizando um quase abandono ao método subsuntivo. Há quase obrigatoriedade de justificação de decisão judicial com base em princípios, ainda que existam regras sobre o caso a ser decidido.

O ponto que merece atenção é o fato de que as cortes brasileiras adotaram os signos pós-positivistas, contudo, não acompanharam as evoluções teórico-argumentativas que advieram junto com o pós-positivismo, de modo que as cortes nem sempre estão aptas a julgar com base em princípios²⁴⁷. Sarmiento ainda infirma que:

A tendência atual de invocação frouxa e não fundamentada de princípios colide com a lógica do Estado Democrático de Direito, pois amplia as chances de arbítrio judicial, gera insegurança jurídica e atropela a divisão funcional de poderes, que tem no ideário democrático um dos seus fundamentos - a noção básica de que as decisões sobre o que os cidadãos e o Estado podem e não podem fazer devem ser tomadas preferencialmente por quem represente o povo e seja por ele escolhido²⁴⁸.

A resposta à crítica do possível relativismo é confeccionada por Streck nas seguintes lições:

Ao contrário do que – inadequadamente – se apregoa, tenho que a hermenêutica filosófica, assim como a teoria integrativa dworkiniana, tratam adequadamente de uma teoria da decisão. A diferença é que ambas não admitem aquilo que está no cerne da expressiva maioria das teorias jurídicas contemporâneas: a discricionariedade dos juízes. Se a hermenêutica e a teoria integrativa não se preocupassem com a decisão,

²⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário: crise, acertos e desacertos**. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 43.

²⁴⁷ SARMENTO, D. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades, p. 15.

²⁴⁸ SARMENTO, D. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades, p. 17.

estas seriam relativistas, admitindo várias respostas para cada problema jurídico. Não há dúvida de que uma teoria jurídica democrática deve se preocupar com a validade normativo-jurídica do concreto juízo decisório. O que não se pode concordar é que, para alcançar esse juízo decisório, são possíveis juízos discricionários, o que reforça(ria) novamente o solipsismo interpretativo.

Ainda, pela aplicação dos elementos de cunho axiológico, não está o magistrado dispensado dos discursos de fundamentação. Antes, trata-se de um dever ainda maior explicitar as suas razões que o levaram a decidir de tal modo. A absoluta vinculação do juiz aos princípios de direito permite uma confirmação do Estado Democrático de Direito, ao passo que afasta eventual decisionismo/discricionariedade no ato do julgamento²⁴⁹.

Por fim, parte da doutrina infirma que o fenômeno da constitucionalização do direito é deveras perigoso, pois submete o legislador ordinário a um papel coadjuvante do no que tange às leis infraconstitucionais. Em verdade, toda norma, sob a luz neoconstitucionalista passa a ser confrontada com a mensagem constitucional, como parâmetro de validade e eficácia. Caso uma norma não esteja de acordo com os postulados da constituição, ou não deva ser aplicada, ou sua aplicação deva ser readequada.

Ainda, de que as normas constitucionais, por terem um elevado conteúdo semântico - sendo interpretadas e influenciando na interpretação dos demais ramos jurídicos – promove um *déficit* democrático, pois o intérprete oficial, nestes casos, acaba sendo tão somente o judiciário. Há, portanto, uma imbricação com a politização do direito e o decisionismo, referidos acima²⁵⁰.

Contudo, não é objeto do neoconstitucionalismo a invasão das competências de legislar, violando a tripartição dos poderes. Em verdade, é possível adequar a constitucionalização da vida pública e privada das pessoas, sem ferir a autonomia das opções existenciais das pessoas, por meio de uma constitucionalização que, além emancipar a racionalidade emancipatória da constituição (pragmaticamente, dia-a-dia), dê efetividade aos direitos e garantias fundamentais. Ainda, a possível quebra de pacto democrático pela inversão de

²⁴⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 130-156.

²⁵⁰ SILVA, Virgílio Afonso. **Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 107-131

competências legislativas é, em si, um argumento que não guarda compatibilidade com a realidade neoconstitucionalista.

A ruptura com o antigo regime, provocada pelo advento do pós-positivismo, denota exatamente a busca pela confirmação de um Estado Democrático de Direito, em que a vontade popular seja representada no sistema legal então vigente, sobretudo pela realização de direitos e garantias fundamentais frente ao Estado²⁵¹.

Diante deste novo cenário jurídico, reconfigurado pela teoria das normas, pela alta eficácia e aplicabilidade constitucional e pelo novo modelo de Estado, tornou-se necessário construir mecanismos de segurança jurídica, no que tange às normas constitucionais de conteúdo semântico aberto. Ainda, conforme vimos, a teoria dos direitos fundamentais sofreu fortes mudanças na alternância de modelos jurídicos, especialmente no que tange à aplicabilidade dos direitos fundamentais (de estrutura principiológica).

Repisem-se, as normas constitucionais principiológicas têm um grau de indeterminabilidade muito grande, de modo que a teoria dos princípios tornou-se uma panaceia para todos os defeitos constitucionais e infraconstitucionais – resultando num perigoso espaço de solipsismo e idiosincrasia judicial.

No intento de assegurar isonomia na aplicação da norma (discurso) constitucional, criou-se a Súmula Vinculante, que é um “substrato hermenêutico-diretivo”, capaz de minorar as consequências relativistas da interpretação por meio da ponderação. Ora, interpretação é, inexoravelmente, ato de compreensão e vontade humana! Não há neutralidade interpretativa, pois a carga existencial (compreensão de mundo) que o sujeito-intérprete traz consigo determina diretamente a produção de significado em seu intelecto.

Como a partir do Neoconstitucionalismo surgiu a necessidade (obrigação) de adequação de toda produção jurídica com os postulados estampados (implícita e explicitamente) na Constituição Federal, no próximo capítulo será demonstrado o que é e em qual(is) supedâneo(s) constitucional(is) se fundamenta(m) a existência das súmulas vinculantes no Estado brasileiro.

²⁵¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 575-588.

CAPÍTULO 3

SÚMULAS VINCULANTES

Neste capítulo será demonstrado, de maneira analítica, como a súmula vinculante (ou súmula com efeito vinculante) foi implementada no sistema jurídico brasileiro, bem como, qual a eficácia e a função desempenhada pelas súmulas vinculantes na atividade jurisdicional.

Para alcançar tal desiderato, far-se-ão breves apontamentos históricos, especialmente acerca dos sistemas legais denominados *Common Law* e *Civil Law*, que a partir de então darão razão e sustentabilidade para o avanço no estudo do objeto das súmulas vinculantes.

Os reflexos que a adaptação do sistema *Common Law* ao românico-germânico, especialmente pela relevância dada aos chamados precedentes (*stare decisis*), incutiram no Brasil a criação e aperfeiçoamento do que se denomina “jurisprudência”. Serão tratados com maior enfoque num segundo momento, possibilitando a compreensão da mecânica das decisões reiteradas.

Em última análise, a súmula vinculante, propriamente dita, será abordada. Serão demonstradas as características elementares, seus objetos e o procedimento necessário para edição/revisão/cancelamento, além das justificativas constitucionais para existência das súmulas vinculantes. Também será objeto de estudo a chamada “reclamação constitucional” e “a vinculação” (ou não) do magistrado ao aplicar a súmula vinculante no caso concreto.

3.1 O QUE É ISTO, A JURISPRUDÊNCIA? (COMEÇO DA HISTÓRIA)

Existem relatos da Antiguidade que permitem especular sobre o exercício de uma atividade ao que hoje se denomina jurisprudência. Seria a técnica de aplicação de um texto ao caso concreto (subsunção), creditada aos hindus, no Código de Manu, passando pelos Hebreus (no Deuteronômio²⁵²) e mesmo na Grécia.

²⁵² Os dois termos, “leis” e “costumes”, que estão sempre juntos no livro, formam uma expressão sem dúvida característica do Deuteronômio: “as leis e os costumes”. Essa expressão designa mais o conteúdo das leis, tal como exposto sobretudo no Código, como mostra o fato de que a expressão o enquadra claramente. O termo “lei” remete a uma prescrição legal ditada por uma autoridade habilitada a fazê-lo, ao passo que o termo mal traduzido como “costumes” remete a prescrições legais provenientes de coisas julgadas (a palavra hebraica é construída a partir da raiz “julgar”);

Com efeito, é mais fácil (e racional) creditar a origem da jurisprudência nas fontes romanas, pois cabia aos jurisconsultos (ditos prudentes), interpretar o Direito e aplicá-lo conforme entendiam. Nesta quadra histórica é importante destacar que o Direito estava intimamente ligado com regras de natureza moral ou religiosa com isso “ora a jurisprudência aparecia como o conhecimento das coisas divinas e humanas, ora como a ciência do justo e do injusto.” Portanto, cabia aos jurisperitos aplicarem a lei (dizerem o direito), utilizando-se de rigorosa linguagem jurídica, sendo a atividade do prudente uma vocação²⁵³.

Explicando acerca da jurisprudência, Reis escreve:

Como é por demais sabido, a decisão judicial reveste uma proposição jurídica que, mesmo quando sendo apenas aplicável ao caso concreto, não deixa de servir de precedente para outras decisões sobre o mesmo tema. Se esta tese jurídica perfilhada vê-se reiterada de modo uniforme e constante (permanência lógica e temporal) em casos semelhantes, identificamos o que intitulamos de *jurisprudência*. [grifo nos originais]²⁵⁴.

A jurisprudência consiste, portanto, no resultado de julgamentos que tenham aplicado soluções idênticas para casos semelhantes, de modo contínuo. Decorre daí a sua natureza de “norma”, conquanto são decisões proferidas por juízes. Incorporam o mundo jurídico de tal forma que são consideradas fontes do Direito, são normas gerais, como a lei, porém com uma maior plasticidade²⁵⁵.

Todavia, Mancuso atribui cinco acepções para conceituar a jurisprudência:

(i) num sentido largo, corresponde ao que se denomina ciência do Direito, o ramo do conhecimento do Direito, voltado ao estudo das normas sociais cogentes; (ii) etimologicamente, tal com na Roma antiga haviam os prudentes que eram investidos no *ius respondendi*, hoje se entende a atividade geral dos operadores do Direito (juízes, advogados, promotores, etc.); (iii) sob o ângulo exegético, corresponde à interpretação do Direito feita pelos especialistas, pelos escritores em pareceres,

“costumes” poderia ser traduzido, de maneira anacrônica, como “jurisprudência”. O fato de que os dois termos não estejam nunca, ou quase nunca, dissociados indica que a lei deuteronomica, na época de Josias, resulta de uma fusão de dois tipos de direito: aquele enunciado por uma autoridade (o rei e os funcionários de Jerusalém, sobretudo) e aquele em curso nas cidades de Israel. In: CARRIÈRE, Jean-Marie. **O Livro do Deuterônimo**. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 28.

²⁵³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 09-11.

²⁵⁴ REIS, Palhares Moreira. **A súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Consulex, 2008, p. 39.

²⁵⁵ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 144.

livros, palestras, etc., ao que se denomina de doutrina; (iv) somatória total dos julgados, a massa de distribuição de justiça (julgados harmônicos ou não); (v) num sentido mais estrito, a palavra jurisprudência quer dizer “a coleção ordenada e sistematizada de acórdãos consonantes e reiterados, de um certo Tribunal, ou de uma dada *Justiça*, sobre um mesmo tema jurídico”²⁵⁶.

3.1.1 A Jurisprudência e o Sistema *Common Law* – Os Precedentes

A dita família do *Common Law* está presente emblematicamente nos sistemas judiciários: norte-americano e inglês, e tem por base a priorização do *stare decisis*, que é o sistema dos precedentes judiciais. *Stare Decisis* é a abreviação de *Decisis et non Quieta Movere*, que, livremente, pode ser traduzida por “aderir aos precedentes e não alterar as coisas que já estão estabelecidas”.

Historicamente, o *Common Law* era o Direito que tinha por base as decisões dos tribunais ingleses (*King’s Courts*), em detrimento do direito posto. Hodiernamente, entretanto, *Common Law* quer se referir ao conjunto de normas produzidas através dos precedentes judiciais. Está ligada à forma de estado liberalista, de cunho individualista. Pode, ainda, afirmar que o *Common Law* é o direito produzido pelos juízes, o *judge-made law* ou *bench-made law*²⁵⁷.

Nas lúcidas palavras de Tedesco:

O sistema da *common law* tem origem inglesa e adota o precedente como principal fonte do direito. Se caracteriza pela inexistência ou escassez de normas codificadas, sendo as decisões judiciais tomadas com base em anteriores pronunciamentos do próprio Poder Judiciário²⁵⁸.

Conforme Wambier, o sistema *Common Law* utiliza-se da metódica dos precedentes (*stare decisis*), tendo por apreço elementar quatro valores incutidos no cenário jurídico norte-americano, referidos pelas expressões equality, uniformity, stability, predictability²⁵⁹.

Sobre tais valores/axiomas jurídicos, Mendonça explica que:

[...] a justificativa doutrinária do sistema de precedentes pode ser sintetizada em quatro palavras: igualdade, previsibilidade, economia e respeito. A

²⁵⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**, p. 29.

²⁵⁷ MACIEL, A. F. **Apontamentos sobre o Judiciário americano**. BDJur, Brasília, DF, 1994, p. 01-02. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 5 mar. 2014.

²⁵⁸ TEDESCO, A. L. **Súmula vinculante: controle de constitucionalidade, aproximação entre civil law e common law e surgimento de nova fonte imediata do direito**. BDJur, Brasília, DF, out. 2010, p. 08. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 15 jan. 2014.

²⁵⁹ WAMBIER, T. A. A. **Súmula vinculante : figura do common law ?**. BDJur, Brasília, DF, out, 2011, p. 01. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 15 jan. 2014.

igualdade decorre do fato de que o uso de soluções análogas para casos semelhantes resulta em um tratamento equânime entre todos aqueles que se dirigem aos tribunais. Já a *previsibilidade* se relaciona com o que doutrinariamente se chama de segurança jurídica, que é a ciência por parte dos cidadãos da maneira como os tribunais decidem determinada questão jurídica, o que permite estimar a possibilidade de êxito de eventuais demandas judiciais. Sob o prisma da *economia*, o *stare decisis* proporciona uma economia de tempo e energia nos processos decisórios, uma vez que os critérios de resolução de casos foram previamente estabelecidos pelos precedentes. Por fim, este é um sistema jurídico que tem seu fundamento básico na tradição, sendo o *respeito* à sabedoria de gerações pretéritas de juízes o móvel da obediência aos precedentes pelas diferentes instâncias judiciais. [grifo nos originais]²⁶⁰.

Importa ressaltar também que os precedentes (*stare decisis*) são construídos a partir dos chamados *leading cases*, que são os casos concretos analisados por outro julgamento (o julgado paradigma para formação do precedente), sendo que os precedentes vinculam os juízes inferiores às decisões dos tribunais superiores. Como já afirmado outrora, para o *Common Law*, diferentemente do *Civil Law*, a fonte primária do direito é o precedente²⁶¹.

3.1.2 A Jurisprudência e o Sistema *Civil Law* – Família Romano-germânica

O sistema jurídico *Civil Law* (ou romano-germânico) tem origens ligadas ao movimento codificador, que ocorreu no Ocidente nos limiares do século XIX. Tal movimento foi essencial para definir o que se chama de direito continental (ou direito codificado), tendo como ponto de partida o grupo francês, com a edição do Código de Napoleão (ainda em 1804), bem como, o grupo alemão, que também adotara codificação de suas leis.

Interessante, porém, ressaltar que a codificação existia já desde a Antiguidade, como, por exemplo, o Código de Hamurabi, bem como, o Direito Romano que se baseava na Lei das XII Tábuas e no *Corpus Juris* de Justiniano. Ainda, é interessante frisar que o movimento codificador não se resume em enfileirar textos de lei em códigos, vai além, e quer se referir à adoção da legislação escrita, do direito positivado.

²⁶⁰ MENDONÇA, P. R. S. **A súmula vinculante como fonte hermenêutica de direito**. BDJur, Brasília, DF, mai. 2011, p. 02. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 15 jan. 2014.

²⁶¹ BOCHENEK, A. C. **Os precedentes e o processo civil no Brasil e nos EUA**. BDJur, Brasília, DF, dez. 2010, p. 02. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 15 jan. 2014.

O papel da jurisprudência no sistema romano-germânico é diverso do exercido no sistema *Common Law*. No *Civil Law* a jurisprudência não tem o caráter obrigatório, vinculante, indispensável. Neste sistema vige o princípio da legalidade e da separação de poderes, onde não é amplamente permitido ao juiz criar o direito, portanto, as jurisprudências não são tidas como fontes formais (primárias) do Direito, mas sim, a lei²⁶².

De maneira irretocável, Tedesco argumenta que:

Os ordenamentos jurídicos, classicamente, são apontados como pertencentes a dois grandes sistemas: *civil law* ou *common law*. O sistema da *common law* tem origem inglesa e adota o precedente como principal fonte do direito. Se caracteriza pela inexistência ou escassez de normas codificadas, sendo as decisões judiciais tomadas com base em anteriores pronunciamentos do próprio Poder Judiciário. Já no sistema da *civil law*, de origem napoleônica e difundido na Europa continental, o direito é codificado e todas as normas são escritas. A lei é a fonte primeira do direito, sendo que o princípio da legalidade não pode ser afastado, admitindo-se, apenas, a integração da norma por meio de fontes secundárias. [Grifo nos originais]²⁶³.

Conclui-se, portanto, que os países de tradição romano-germânica adotam a lei como “centro do sistema”; quando considerados puros (na sua essência) a lei é a fonte originária - primeira e única - desses sistemas.

3.2 A EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004 – A REFORMA DO JUDICIÁRIO

A Emenda Constitucional 45/2004 – que recebeu a alcunha de reforma do judiciário – simboliza um processo de otimização na prestação jurisdicional, eis que quer viabilizar o acesso à justiça, não apenas facilitando o acesso do cidadão ao judiciário, mas possibilitando que este acesso tenha uma resposta célere e justa sobre a demanda levada a juízo. Nesta esteira, destaca-se a inclusão do inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal, que consagrou o princípio da tempestividade da tutela jurisdicional (ou da celeridade processual).

Com efeito, o inciso LXXVIII do artigo 5º da CRFB quer enfatizar a necessidade de o processo ter uma duração razoável, ou seja, o processo não deve demorar mais que o tempo necessário para produzir um resultado útil e justo.

²⁶² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**, p. 30.

²⁶³ TEDESCO, A. L. **Súmula vinculante: controle de constitucionalidade, aproximação entre civil law e common law e surgimento de nova fonte imediata do direito**, p. 08.

Portanto, o direito a uma prestação jurisdicional célere está diretamente ligado ao próprio direito de acesso à justiça, conquanto a justiça só será justa se for célere. “De fato, o acesso à justiça só por si já inclui uma prestação jurisdicional em tempo hábil para garantir o gozo do direito pleiteado – mas crônica morosidade do aparelho judiciário o frustrava; daí criar-se mais essa garantia constitucional [...]”²⁶⁴.

Segundo Cappelletti, esta busca pelo acesso à justiça é bem definida em três fases ou três ondas, a saber:

- a) primeira onda – óbices econômicos: nesta fase, a dogmática jurídica preocupou-se em garantir o acesso à justiça às pessoas carentes que não dispusessem de recursos para arcar com as custas processuais, por exemplo. (v.g. Lei nº 1060/50);
- b) segunda onda – óbices em relação à tutela dos direitos transindividuais: superada a limitação/barreira econômica, verificou-se que a legislação não dispunha de mecanismos hábeis para tutelar os direitos coletivos (*stricto e lato sensu*), que extrapolavam a esfera individual, neste passo, foram editadas as leis 4717/65 (lei de ação popular), a lei 7347/85 (lei de ação civil pública), assim como a lei 8078/90 (código de defesa do consumidor), que asseguram a tutela dos direitos ou interesses transindividuais;
- c) terceira onda – a satisfação do usuário da atividade jurisdicional: esta é atualmente a onda a ser enfrentada, em que os jurisdicionados alocam-se em lentas filas de espera pela prestação jurisdicional, o que gera insatisfação e implica “verdadeira denegação da justiça”²⁶⁵.

A “reforma do judiciário” levada a efeito (ou intentada) pela Emenda Constitucional 45/2004 trouxe inúmeras mudanças ao Poder Judiciário, dentre as quais destacam-se: (i) criação do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público; (ii) criação da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados; (iii) criação do Conselho da Justiça Federal; (iv)

²⁶⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 433.

²⁶⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 168.

instituiu a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho; (v) criação do Conselho Superior da Justiça do Trabalho; (vi) extinguiu os Tribunais de Alçada; (vii) ampliou a competência da Justiça do Trabalho; (viii) deu autonomia administrativa e econômica às defensorias públicas; (ix) previu a justiça itinerante; (x) criação de varas especializadas, com competência exclusiva para questões agrárias; (xi) incluiu o inciso LXXVIII ao rol de direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição; (xii) privilegiou os direitos humanos, elevando estes à *status* de emenda constitucional a depender do quórum de aprovação; (xiii) alterou várias disposições acerca da magistratura e dos membros do Ministério Público; (xiv) instituiu a chamada súmula vinculante (a qual será objeto de estudo mais aprofundado no próximo tópico)²⁶⁶.

3.3 A SÚMULA VINCULANTE – APORTES INICIAIS

A instituição das súmulas vinculantes é o resultado de uma tentativa de se adequar o sistema *Common Law* (*stare decisis*) para o sistema românico-germânico (*Civil Law*). A busca pelo *stare decisis* significava a busca pelo respeito aos precedentes, no caso do Brasil, da jurisprudência pacificada no Supremo Tribunal Federal – STF²⁶⁷.

Com efeito, pode-se notar uma constante aproximação do sistema judicial brasileiro (*Civil Law*), com o sistema *Common Law*, que privilegia os precedentes judiciais, como parâmetro para julgamento de outros casos²⁶⁸.

Conforme destacam Brito e Oliveira:

Entretanto, o aspecto mais relevante em torno da adoção das regras da *Common Law* no sistema jurídico brasileiro adveio da Emenda Constitucional nº 45/2004, que inseriu o art. 103-A na Carta Maior, possibilitando, pois, a edição, por parte do Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, a aprovação de súmula que, a partir de sua publicação, passa a ter efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder sua revisão ou cancelamento.[grifo nos originais]²⁶⁹.

²⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, p. 683.

²⁶⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**, p. 816.

²⁶⁸ FIORENZA, Fábio Henrique Rodrigues de Moraes. **Aspectos básicos da súmula vinculante**. Revista do Tribunal Regional Federal da 1. Região, Brasília, v. 23, n. 4, p. 29-34, abr. 2011.

²⁶⁹ BRITO, J. D.; OLIVEIRA, F. L. **A Convergência do sistema da Civil Law ao da Common Law e a concretização dos direitos**. UNITOLEDO, Presidente Prudente. SP, 2008, p. 02. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/>>. Acesso em 15 jan. 2014.

O termo “súmula” pode assim ser concebido como sendo uma síntese de um entendimento jurídico estabelecido, sobre decisões acerca da mesma matéria, em casos similares. Importa ressaltar que as súmulas existem no âmbito dos variados tribunais do país, em que são elaborados enunciados sintéticos sobre as decisões. Já no âmbito do Supremo Tribunal Federal, existe a chamada súmula vinculante, com repercussão e alcance geral²⁷⁰. Ainda, Wambier ressalta:

O fenômeno súmula, como se sabe, identifica-se com um resumo das ideias contidas em reiteradas decisões de um tribunal, proferidas num mesmo e determinado sentido. Na verdade, trata-se da apreensão do conteúdo jurídico essencial de decisões num mesmo sentido. Resume-se, no enunciado da súmula, a posição jurídica que se adotou, repetidamente, num mesmo sentido, em certo tribunal. Espera-se da súmula que seja clara, sintética, objetiva e que a compreensão de seu núcleo independa, o quanto possível, dos acórdãos que lhe deram origem (embora seja sempre útil e proveitoso analisarem-se os acórdãos que foram base da súmula)²⁷¹.

Com efeito, um conjunto de decisões reiteradas pode ser concebido como espécie de costume, ao que se chama de jurisprudência, o costume do tribunal. Portanto, tais costumes podem ser cristalizados em enunciados genéricos e pragmáticos, que se chamam súmulas, assim, as súmulas são propriamente a jurisprudência²⁷².

3.3.1 Segurança Jurídica e Igualdade

A adoção do sistema de súmulas vinculantes no ordenamento brasileiro não está ligada apenas à obrigatoriedade de respeito aos precedentes constitucionais, mas acima de tudo, o respeito à igualdade dos jurisdicionados, à segurança jurídica e à previsibilidade²⁷³.

É importante destacar o papel dos princípios da isonomia e da legalidade como balizas úteis que legitimam a uniformização jurisprudencial. Com efeito, os dois princípios estão ligados à ideia de Estado Democrático de Direito, conquanto deve ser assegurada a aplicação da lei de modo igual a todos, fazendo com que decisões sobre casos idênticos tenham desfechos também idênticos, em

²⁷⁰ MENDONÇA, P. R. S. **A súmula vinculante como fonte hermenêutica de direito**, p. 05.

²⁷¹ WAMBIER, T. A. A. **Súmula vinculante : figura do common law ?**, p. 04.

²⁷² REIS, Palhares Moreira. **A súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal**, p. 170.

²⁷³ MARINONI, L. G. **Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. BDJur, Brasília, DF, out. 2009, p. 35. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 15 jan. 2014.

homenagem à previsibilidade e à segurança jurídica. Nesta esteira, a súmula vinculante assume caráter indispensável à garantia dos dois princípios²⁷⁴.

Caymmi *apud* Reis relata que:

A súmula vinculante é o instituto que visa garantir a uniformidade da disciplina jurídica, pela fixação do mesmo sentido da norma em aplicações distintas, gerando a previsibilidade; gerar a estabilização das expectativas de comportamento pela impossibilidade de nova discussão de matérias já decididas; e, por fim, tornar a solução jurisdicional de conflitos mais célere e automática, garantindo a efetiva manutenção coercitiva dessas situações de segurança²⁷⁵.

As súmulas vinculantes foram instituídas pelo constituinte, visando assegurar o princípio da segurança jurídica e, por conseguinte, o princípio da isonomia, na medida em que se veda a prolação de decisões com variados entendimentos, evitando-se também a prolação de decisões diferentes sobre casos idênticos²⁷⁶.

No magistério de Moraes:

As *súmulas vinculantes* surgem a partir da necessidade de reforço à ideia de uma única interpretação jurídica para o mesmo texto constitucional ou legal, de maneira a assegurar-se a segurança jurídica e o princípio da igualdade, pois os órgãos do Poder Judiciário não devem aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias, devendo, pois, utilizar-se de todos os mecanismos constitucionais no sentido de conceder às normas jurídicas uma interpretação única e igualitária. [grifo no original]²⁷⁷.

Em conclusão, Mendonça relata que a criação das súmulas vinculantes se deu por dois motivos: um de caráter pragmático e o outro de cunho sistemático. O de caráter pragmático refere-se ao abarrotamento de processos que versavam sobre questões idênticas perante o Supremo Tribunal Federal – STF, e que ficavam anos na pauta de julgamento. O aspecto sistemático se refere à função de corte constitucional que o STF exerce, desempenhando a função de guardião da Constituição Federal, assegurando a supremacia da Carta²⁷⁸.

3.3.2 Estrutura, Natureza Jurídica e Vinculação

As súmulas vinculantes devem encerrar em si um texto objetivo, claro, preciso, que defina exatamente a qual caso ela se aplica (e sempre serão casos

²⁷⁴ WAMBIER, T. A. A. **Súmula vinculante : figura do common law ?**, p. 06.

²⁷⁵ REIS, Palhares Moreira. **A súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal**, p. 08

²⁷⁶ FIORENZA, Fábio H. R. M.. **Aspectos básicos da súmula vinculante**, p. 29.

²⁷⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**, p. 816.

²⁷⁸ MENDONÇA, P. R. S. **A súmula vinculante como fonte hermenêutica de direito**, p. 07.

idênticos), para se evitar uma confusão quando da interpretação da súmula, “deve ser redigida de modo a gerar menos dúvidas interpretativas do que a própria lei”²⁷⁹.

Nesta mesma linha de pensamento, Melo escreve que:

Os enunciados da Súmula não devem ser interpretados ou esclarecidos quanto a seu correto significado, pois o que se interpreta é a lei ou o regulamento, e a súmula é o resultado dessa interpretação pelo STF. Por isso mesmo, sempre que seja necessário esclarecer algum dos enunciados da súmula, deve ele ser cancelado, como se fosse objeto de alteração, inscrevendo-se o seu novo texto na Súmula com outro número²⁸⁰.

Portanto, a súmula vinculante tem a natureza de norma jurídica, eis que possui o condão de determinar condutas e prever sanções pelo seu descumprimento. “A generalidade, abstração e bilateralidade, que são aspectos que a doutrina menciona como componentes do conceito de norma jurídica, também estão presentes na súmula vinculante, o que reforça nossa tese de que a súmula vinculante é uma norma jurídica”²⁸¹.

Com semelhante disposição, Melo reforça que:

O art. 103-A da Constituição dispõe que o STF pode aprovar Súmula, quando devia ter-se referido a enunciado da súmula normativa. Estaria aí a expressar o conteúdo e a finalidade da súmula (norma) e o elemento individual que a compõe, que é o enunciado. Esse elemento, devidamente numerado, é que se cria, reforma e cancela. Sobre ele atua o Tribunal já que a súmula, como um todo, é perene e tende a permanecer²⁸².

Se a súmula vinculante tem natureza de norma jurídica (ou força de norma jurídica), é correta a afirmação que ela constitui fonte do Direito. Não se trata de fonte primária, tampouco secundária, é uma fonte hermenêutica, sendo que a vinculação que a súmula traz não é do enunciado, mas sim, da interpretação dada pelo STF²⁸³.

A proposta da súmula vinculante é transportar a orientação fixada na coletânea de julgados do STF, para um enunciado que tenha abstração suficiente para alcançar todas as pessoas, “a abstratividade, portanto, é compreendida aqui como a eliminação dos fatores concretos que caracterizavam as decisões anteriores

²⁷⁹ WAMBIER, T. A. A. **Súmula vinculante : figura do common law ?**, p. 09.

²⁸⁰ MELO, J. T. A. **Súmula vinculante: aspectos polêmicos, riscos e viabilidade. Tribunal de Justiça de Minas Gerais**, Belo Horizonte, MG, 2007. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em 15 jan. 2014.

²⁸¹ FIORENZA, Fábio H. R. M.. **Aspectos básicos da súmula vinculante**, p. 30.

²⁸² MELO, J. T. A. **Súmula vinculante: aspectos polêmicos, riscos e viabilidade**, p. 15.

²⁸³ MENDONÇA, P. R. S. **A súmula vinculante como fonte hermenêutica de direito**, p. 08.

que serviram de base para deflagrar (justificar) a formulação da súmula vinculante”²⁸⁴.

A interpretação sobre as súmulas vinculantes não pode ser a mesma, elástica e mutável, que recai sobre as leis. Enquanto as leis são frutos de amplos debates, concebidas de maneira dialética pelo Poder Legislativo, as súmulas são o resultado de vários julgados, aos quais se deram solução idêntica. Nota-se aí, que a súmula vinculante, além de ser uma fonte do direito, em patamar de igualdade com a norma legal, é elemento limitador para a própria atuação legislativa, que deverá observar as súmulas vinculantes²⁸⁵.

Obviamente que a vinculação das súmulas restringe-se aos órgãos do Poder Judiciário e à administração pública, não vinculando a atividade legislativa. Isso ocorre, pois o Poder legislativo (Congresso Nacional) poderá reformar a constituição, alterando as normas que a súmula pretendia regular/ajustar. Cumpre mencionar também que o Supremo Tribunal Federal, em alusão aos princípios da segurança jurídica, da igualdade e da celeridade, dotou as súmulas vinculantes do caráter impeditivo de recurso, permitindo que os Tribunais ou turmas recursais deneguem segmento a recurso que ataque decisão calcada em súmula vinculante.

Outro ponto importante é que a Emenda Constitucional 45/2004 possibilitou ao STF a não vinculação *ad eternum* aos seus próprios julgados (súmulas vinculantes), tendo em vista as constantes transformações no seio social (por conseguinte, no Direito), estabelecendo a possibilidade de revisão e até mesmo de cancelamento da súmula. Ainda, caberá aos juízes, ao confrontar o caso concreto, verificar se existe silogismo com a súmula ementada, e caso não haja, deverá fundamentadamente distinguir e afastar a aplicação da súmula naquele caso sob exame²⁸⁶.

Sobre a inaplicabilidade das súmulas vinculantes, Mendonça refere que:

O grande desafio contemporâneo para os profissionais de direito no Brasil é o de um amplo exercício argumentativo relativamente às eventuais diferenças e semelhanças entre os casos que originaram a súmula vinculante e caso concreto que se tem em mãos, pois está é a única maneira de afastar a incidência compulsória do direito sumulado. Todavia, para a concretização de tal intento, faz-se imprescindível conhecer os

²⁸⁴ REIS, Palhares Moreira. **A súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal**, p. 169.

²⁸⁵ TEDESCO, A. L. **Súmula vinculante : controle de constitucionalidade, aproximação entre civil law e common law e surgimento de nova fonte imediata do direito**, p. 10.

²⁸⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**, p. 820-823.

detalhes dos julgamentos que serviram de suporte para a súmula, a fim de observar os traços de identidade e as particularidades de cada situação²⁸⁷.

Por fim, cumpre registrar que a súmula vinculante encontra previsão no artigo 103-A e §§ da Constituição Federal de 1988, artigo este introduzido pela Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004, tendo sido regulamentada por meio da Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006, a qual estabelece o procedimento para edição, revisão e cancelamento das súmulas vinculantes, além de outras previsões²⁸⁸.

3.3.3 Objeto, Procedimento e Reclamação Constitucional

A súmula vinculante encontra previsão no artigo 103-A do texto constitucional:

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.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 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.

Para a edição das súmulas vinculantes, o Supremo Tribunal Federal deverá observar alguns requisitos, que podem ser materiais e formais, definidos no artigo 103-A da Carta. Dentro dos requisitos materiais enquadram-se: (i) a súmula vinculante deverá tratar de matéria eminentemente constitucional, ou que tenha reflexos constitucionais; (ii) é preciso que hajam reiteradas decisões sobre a matéria, e que a matéria tenha sido amplamente discutida, evitando-se a alteração precoce da súmula, em apreço à segurança jurídica; (iii) existência de controvérsia atual

²⁸⁷ MENDONÇA, P. R. S. **A súmula vinculante como fonte hermenêutica de direito**, p. 10.

²⁸⁸ FIORENZA, Fábio H. R. M. **Aspectos básicos da súmula vinculante**, p. 31.

entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública; (iv) que a controvérsia acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questões idênticas.

Quanto aos requisitos formais, estão dispostos na Lei 11.417/2006, que estabelece que: (i) os legitimados para propor a edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante são os mesmos legitimados para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade, incluindo-se ainda o Defensor Público-Geral da União, os Tribunais superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares, e, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, os Municípios; (ii) a manifestação do Procurador-Geral da República, quando da proposta de edição, revisão e cancelamento de súmula vinculante (art. 2º, §2º da Lei 11.417/2006); (iii) a possibilidade de manifestação de terceiros no procedimento, ao que a doutrina chama de *amicus curiae*; (iv) a decisão acerca da edição, revisão ou cancelamento deverá ocorrer em sessão plenária, devendo estar presentes 2/3 dos ministros (oito ministros); (v) publicação da decisão em Diário Oficial da União, no prazo de 10 dias após a sessão plenária²⁸⁹.

Interessante frisar que o art. 103-A da Constituição Federal e a Lei nº 11.417/06 trazem dois procedimentos para a edição das súmulas, que são o direto (no caso de edição de súmula através do procedimento próprio) e o incidental (quando a edição de súmula motiva-se por meio de um processo autônomo), sendo que este último trazido especificamente pela aludida Lei²⁹⁰.

Melo, argumenta que como pressuposto da súmula vinculante:

Deve ocorrer controvérsia atual, presente, não superada, entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública que acarrete grave insegurança jurídica e a relevante multiplicação de processos sobre questões idênticas. A insegurança jurídica existe porque os juízes não se entendem. Decidem de forma contraditória e conflituosa, causando desgaste à autoridade da Justiça. As pessoas ficam sem o direito de planejar o futuro porque as decisões judiciais se tornam imprevisíveis. A súmula vinculante destina-se a dar segurança ao povo com jurisdição previsível²⁹¹.

²⁸⁹ FIORENZA, Fábio H. R. M.. **Aspectos básicos da súmula vinculante**, p. 33.

²⁹⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**, p. 818-819.

²⁹¹ MELO, J. T. A. **Súmula vinculante: aspectos polêmicos, riscos e viabilidade**, p. 18.

A súmula vinculante terá por objeto a validade, interpretação e eficácia de norma constitucional. Quanto à validade, a súmula dirá se a norma está material e formalmente adequada à Constituição; quanto à interpretação, a súmula trará em seu enunciado qual é a interpretação mais adequada à Constituição, e em relação à eficácia, a súmula determinará o alcance da norma no tempo e no espaço²⁹².

Ainda sobre os objetos da súmula vinculante, Melo afirma:

O objeto da súmula é a validade, a interpretação e a eficácia da norma. A validade diz respeito à adequação da norma à Constituição. A interpretação é a obtenção do sentido correto para as palavras da lei. A eficácia é a consecução, pela lei, dos objetivos que foram anunciados na apresentação do projeto e na elaboração legislativa²⁹³.

Ressalte-se que, segundo a dicção do artigo 2º e 5º da Lei nº 11417/2006, bem como, do artigo 103-A, §1º da Constituição, as súmulas terão por objeto não apenas normas constitucionais, mas também as normas infraconstitucionais, que tenham repercussão na seara constitucional, ou que acarretem insegurança jurídica ou que provoquem relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica²⁹⁴.

A súmula vinculante poderá ter seus efeitos modulados, ou seja, terá eficácia a partir apenas de determinado momento (a ser definido), mediante decisão tomada por quórum qualificado de 2/3 dos ministros do Supremo²⁹⁵.

Acerca da chamada “reclamação constitucional”, Reis leciona que “A reclamação constitucional é uma medida de cunho especial, destinada a possibilitar o Supremo Tribunal Federal a tomar as providências necessárias para que sejam cumpridas as suas decisões, seja garantida a sua autoridade”²⁹⁶.

Em síntese, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal do ato administrativo ou da decisão judicial que não considerar a súmula vinculante, ou a considere de maneira equivocada. Caso o STF julgue a ação procedente, determinará a anulação do ato administrativo ou a cassação da sentença impugnada, determinando ainda que outra sentença seja proferida.

²⁹² FIORENZA, Fábio H. R. M.. **Aspectos básicos da súmula vinculante**, p. 33

²⁹³ MELO, J. T. A. **Súmula vinculante: aspectos polêmicos, riscos e viabilidade**, p. 19.

²⁹⁴ WAMBIER, T. A. A. **Súmula vinculante : figura do common law ?**, p. 08.

²⁹⁵ FIORENZA, Fábio H. R. M.. **Aspectos básicos da súmula vinculante**, p. 33.

²⁹⁶ REIS, Palhares Moreira. **A súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal**, p. 224.

Destaque-se, no entanto, que em se tratando de autoridade administrativa, a Lei 11.417/2006 estabelece que só caberá reclamação ao STF quando esgotadas as vias administrativas²⁹⁷.

3.4 ASPECTOS CONTRÁRIOS ÀS SÚMULAS VINCULANTES

Quando da edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, houve uma reverberação nos teóricos acerca da elaboração da Súmula Vinculante. Dentre todas as críticas elaboradas, destacam-se que a edição de Súmulas Vinculantes poderia (i) violar o princípio da separação dos poderes; (ii) ceifar a capacidade interpretativa dos juízes; (iii) promover uma sujeição absoluta (hierárquica) entre os tribunais superiores e demais órgãos.

Com relação à violação do princípio da tripartição dos poderes, afirmam que o STF, ao editar súmulas vinculantes, está realizando atividade típica do poder legislativo, estabelecendo condutas/direitos/deveres, através de um enunciado com univocidade interpretativa²⁹⁸.

Sob outro viés, as Súmulas Vinculantes poderiam interromper a atividade interpretativa dos juízes, ao passo que tentam estabelecer uma única forma de se interpretar a norma constitucional, frente ao caso concreto idêntico. Os juízes de todos os outros tribunais estariam, desta forma, adstritos ao entendimento hermenêutico prolatado pelos ministros do STF, violando o princípio da livre convicção motivada²⁹⁹.

Contudo, tais argumentos são espancados por Streck, ao afirmar que:

Desse modo, também no caso de interpretação de um precedente ou de uma súmula (no limite, de qualquer mecanismo normativo de vinculação) passará por esse elemento de confrontação interpretativa. É da divergência sobre a interpretação de um caso concreto que emerge a resposta, que, nos termos da Crítica Hermenêutica do Direito (Streck) é chamada de adequada à Constituição. Assim, os argumentos de princípios que arregimentam e legitimam as decisões judiciais devem oferecer constrangimento à interpretação, tanto dos precedentes quanto das súmulas (e seja o nome que se de a qualquer mecanismo vinculatorio, aqui e alhures)³⁰⁰.

²⁹⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**, p. 823.

²⁹⁸ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Recursos Extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado**. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 204.

²⁹⁹ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 507.

³⁰⁰ STRECK, Lênio Luiz, ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 103.

Ademais, não existe a chamada violação ao princípio da separação de poderes alegada por parcela da doutrina. A função legislativa é produzir normas de conteúdo genérico e abstrato, a do Judiciário é aplicar a lei, no exercício da função jurisdicional e a do Executivo administrar, obedecendo aos ditames daquilo que o enunciado normativo (seja constitucional ou não) preconiza. Note-se que no exercício das suas competências, existem funções típicas e atípicas, conforme o esquema de “*check and balances*”. Cada poder/função, exercer, num dado momento, atividades típicas de outro poder/função, sem, contudo incorrer em violação do pacto da separação dos poderes.

Posto isso, o STF, ao elaborar enunciados normativos de caráter vinculativo, não está violando as competências do poder legislativo. Exerce apenas a adequação – inexorável – da interpretação acerca de casos semelhantes, que demandam uma solução mais célere/homogênea³⁰¹.

³⁰¹ REIS, Palhares Moreira. **A súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal**, p. 232.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito como um todo, caracteriza-se eminentemente por sua carga linguística (simbólica, significante), no qual tanto no momento legislativo quanto no momento prático, demanda o uso discursivo para atingir suas finalidades.

O modo pelo qual o homem entende, constrói e conhece o mundo sempre se dá pela via da linguagem. Ela é a morada do conhecimento, do sentido e da própria realidade. Portanto, construir a realidade (no caso, a jurídica), dependerá da finalidade (possibilitar, convencer, persuadir, demonstrar) do agente ao articular a linguagem, aplicando-a através da prática discursiva. Ainda, conhecer a realidade jurídica (o sentido das normas que compõem o sistema) demanda, como se viu, um arsenal metodológico, propiciado pela Hermenêutica Jurídica, que define os métodos de interpretação.

Considerando as variadas finalidades discursivas (possibilitar, persuadir, convencer, demonstrar) trazidas pela teoria dos quatro discursos, bem como, as variadas formas de se articular o uso da linguagem, o operador/aplicador/intérprete do Direito necessita compreender o discurso (seu sentido) e sua finalidade, para que possa ser aplicado de maneira efetiva/adequada.

A hermenêutica jurídica assume papel essencial nesse quadro, enquanto ciência que estabelece os critérios para uma interpretação sadia, conduzindo o intérprete/aplicador do direito pelas estreitas veredas da justiça. Como visto, tanto as práticas interpretativas exegéticas (tradicionais) como os modernos métodos interpretativos, corroboram, cada um ao seu jeito, efetivamente no deslinde interpretativo/aplicativo do Direito.

O Direito pode ser considerado como fenômeno social, portanto, fenômeno vivo, em constante transformação (tal como a sociedade) e, por vezes, inexoravelmente efêmero. No segundo capítulo, vimos que é neste meandro de incertezas e relatividades que exsurge à sociedade (jurídica) a ideia de alicerçar o Direito em bases (moralmente) mais sólidas. O Neoconstitucionalismo adveio neste sentido, como movimento que introduziu a filosofia (e a moral) para dentro do Direito, elevando a Constituição (diversamente do que pretendia Kelsen) ao centro do sistema, como cardeal condutor do Estado, sobretudo, buscando a proteção do ser humano e de seus interesses.

As mudanças alcançadas pela alteração (parcial, diga-se) do modelo de pensar o Direito (positivismo liberal) para o pós-positivismo social-principiológico, mormente após a 2ª Guerra Mundial, deram ensejo ao fenômeno que convencionou chamar-se de neoconstitucionalismo.

O reconhecimento das prerrogativas do cidadão frente ao Estado, a relevância dispensada aos princípios (valores normatizados), a tutela mais efetiva dos direitos fundamentais e a indiscutível reaproximação do Direito com a moral, fizeram deste novo modelo jurídico-filosófico uma panaceia de construções teóricas e alternativas hermenêuticas, que levaram à necessária evolução (leia-se, socorro) ao Direito.

Verifica-se a estreita ligação do primeiro capítulo com o segundo capítulo, no que tange à Hermenêutica Jurídica, eis que da nova estrutura normativa preconizada pelo pós-positivismo (princípios), decorre uma nova forma de interpretação e compreensão do discurso constitucional, que se dá pela ponderação de valores. Este processo intelectual de balanceamento e enfrentamento de *topóis* principiológicos, ressalta o caráter eminentemente dialético (argumentativo) na conformação do significado (sentido) constitucional.

Com efeito, é partir do neoconstitucionalismo que há um salto qualitativo quanto à Teoria da Argumentação Jurídica. Se antes (período positivista-legalista) a argumentação era trabalho de exposição dos motivos dos legisladores, agora é dever inafastável do magistrado ao formar sua convicção. A decisão por princípios é “pobre” em termos de legitimidade, pois o magistrado cria uma nova resposta para o problema enfrentado. Cumpre à argumentação preencher tal lacuna de legitimidade, demonstrando as razões de fato e de direito, possibilitando ainda o controle democrático das decisões judiciais.

Estabelecer uma conclusão acerca do “neoconstitucionalismo” é, sem dúvida, uma missão deveras difícil, porquanto se trata de fenômeno em constante construção, sendo que até o momento sequer foram delineadas as fronteiras do fenômeno (tampouco se sabe se isso será possível, e se seria correto fazê-lo).

Desta possível fragilidade/relatividade teórico-hermenêutica, fez-se nascer a necessidade (em *terrae brasiliis*) da elaboração de um processo “uniformizador de interpretação”. Como afirmado, este cenário Neoconstitucionalista ainda é incipiente,

sobretudo no Brasil, porquanto, trata-se de um país de modernidade tardia, em que as promessas do estado social ainda não vingaram. Não houve, portanto, um tempo para a maturação dos pressupostos teóricos que embasam a ideia pós-positivista.

Confirmando o direito da sociedade, bem como, o compromisso do Estado brasileiro em constituir um sistema jurídico seguro e eficaz, a Constituição Federal previu a instituição das súmulas vinculantes no ordenamento jurídico nacional. Não bastava assegurar aos cidadãos o direito fundamental da ação, bem como, a garantia da inafastabilidade de jurisdição, era preciso mais, era preciso que fosse garantida uma prestação jurisdicional célere, que as decisões fossem previsíveis e isonômicas.

Estes são os fundamentos balizares das súmulas vinculantes. Reforçar o direito de ação dos cidadãos, como prerrogativa destes frente ao Estado, que agora se reveste de segurança jurídica, igualdade e celeridade. Note-se, todos esses direitos estão, em verdade, enclausurados em um direito maior – objetivo principal das súmulas vinculantes – o direito à justiça.

É notável a forte influência/aproximação do sistema *Common Law* em relação ao sistema vigente no Brasil (*Civil Law*) com a adoção da súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro. De fato, a supremacia dos precedentes judiciais, verificada no sistema americano, apenas inspirou o constituinte a instituir a súmula com efeito vinculante, não tendo sido adotado por completo o *stare decisis*.

Verificou-se, outrossim, que na consecução dos objetos da súmula vinculante (validade, eficácia e interpretação de norma), o constituinte quis assegurar de maneira proeminente os direitos fundamentais da segurança jurídica (conferindo previsibilidade à atividade jurisdicional) e da igualdade/isonomia (ao passo que as decisões judiciais pelos rincões afora deverão observar a súmula e o entendimento daquela matéria).

A par disso, o texto constitucional, ao instituir as súmulas vinculantes, atribui vinculatividade *iuris tantum*, ou seja, o magistrado não está absolutamente vinculado ao enunciado da súmula vinculante do STF. Foi levada em conta a constante transformação da sociedade e do Direito que a regula, cabendo ao magistrado, em última análise, afastar a incidência da súmula vinculante ao caso

concreto, utilizando-se de fundamentação (argumentação) consistente (prática semelhante ao *distinguishing*, realizado pelos juízes do *Common Law*).

Diante desse cenário pode-se afirmar, indene de dúvidas, que as súmulas vinculantes foram concebidas de maneira legítima, sobretudo, quando buscam efetivar os direitos fundamentais de segurança jurídica e igualdade, e conferindo ao juiz a possibilidade de argumentar a não aplicação da súmula – marcas indelévels do neoconstitucionalismo.

À guisa de conclusão, pode-se dizer que as súmulas vinculantes, constituídas sob as premissas ideológicas de um Estado Democrático de Direito, constituem mecanismos hábeis a assegurar direitos fundamentais do cidadão. Paradoxalmente, embora tenham o caráter imperativo, vinculante, não se pode atribuir a elas a pecha de inconstitucionais, sob o pretexto de que violam o princípio da separação dos poderes ou afastam a liberdade hermenêutica do juiz (princípio da livre motivação). Longe disso. O que se pode constatar com a adoção das súmulas vinculantes, é que elas compreendem em si extensa atividade hermenêutica, são frutos de amplas discussões sobre julgados idênticos, em que se deu a abertura democrática de manifestação.

Ademais, note-se que embora sejam vinculantes, não são eternas, imutáveis, assim como não são as disposições e interpretações do Direito (fenômeno social). É possível ao magistrado, afastar a aplicação da súmula vinculante sobre determinado caso concreto, através de atividade argumentativa, justificando/fundamentando a sua decisão. A prática discursiva (argumentativa) do magistrado construirá outra realidade, com base nos elementos fáticos, utilizando-se dos *topoi* normativos disponibilizados pelo sistema.

Do que se conclui que não há supressão da atividade hermenêutica pela utilização das súmulas vinculantes. Com efeito, o magistrado deverá analisar o caso concreto e verificar se a súmula corresponde àquele caso, isto é atividade hermenêutica. Aplicar o direito é, ao mesmo tempo, aplicar e interpretar!

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 3. ed. Brasília: UnB, 1999.

_____. **Retórica**. 2 ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005.

_____. **Tópicos**. I Volume. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

ÁVILA, H. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do Direito” e o “direito da ciência”. **BDJur**, Brasília, DF, mar. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 17 mar. 2014 às 15 horas.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Recursos Extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

BARACHO, J. A. O. Teoria geral dos conceitos legais indeterminados. **BDJur**, Brasília, DF, 1999. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 5 mar. 2014 às 21 horas e 30 minutos.

BARROSO, L. R.. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 455 p.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito : o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **BDJur**, Brasília, DF, jul. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 17 jan. 2014 às 16 horas.

_____. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Ana Paula Barcellos et al. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 419 p.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. 239p.

BOCHENEK, A. C. Os precedentes e o processo civil no Brasil e nos EUA. **BDJur**, Brasília, DF, dez. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 15 jan. 2014 às 17 horas.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRITO, J. D.; OLIVEIRA, F. L. A Convergência do sistema da Civil Law ao da Common Law e a concretização dos direitos. **UNITOLEDO**, Presidente Prudente. SP, 2008. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/>>. Acesso em 15 jan. 2014 às 18 horas.

CADEMARTORI, L. H. U. Hermenêutica Principiológica e Colisão de Direitos Fundamentais: as teorias de Alexy e Dworkin e os aportes de Habermas. **Univali**, Itajaí, SC, 2006. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index>>. Acesso em 5 mar. 2014 às 9 horas.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência** do direito. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. 3. ed. Madri: Editorial Trotta, 2006.

CARRIÈRE, Jean-Marie. **O Livro do Deuteronômio**. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

CARVALHO, Olavo de; OLIVEIRA FILHO, Edson Manoel de (Ed.). **Aristóteles em nova perspectiva**: introdução à teoria dos quatro discursos. São Paulo: É Realizações, 2006.

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

COMTE, Auguste. **Curso de filosofia positiva**. traduções de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. — São Paulo: Abril Cultural, 1978.

CORRÊA, M. D. C. Do juspositivismo ao neoconstitucionalismo: o plano de organização do Direito como norma. **BDJur**, Brasília, DF, abr. 2011. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 5 mar. 2012 às 21 horas.

- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Org.). **Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**. São Paulo: Landy, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 130-156.
- FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FIORENZA, Fábio Henrique Rodrigues de Moraes. **Aspectos básicos da súmula vinculante**. Revista do Tribunal Regional Federal da 1. Região, Brasília, v. 23, n. 4, p. 29-34, abr. 2011.
- GUASTINI, Ricardo. IL diritto come linguaggio. Torino: Giappichelli, 2001, p.51-80, apud ÉCIO, Oto Ramos Duarte, POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**. 197p.
- GUERRA, S.; EMERIQUE, L. M. B. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. **BDJur**, Brasília, DF, dez. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 5 mar. 2012 às 13 horas.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2002.
- HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 4.ed. Lisboa: Calouste Guibenkian, 2005. Título original: *The Concept of Law*.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70. 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. Tradução de Agnes Cretella, José Cretella Júnior. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LEITE, Garcia Marcos. **A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais**. Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, v. 10, n. 2, 2005. p. 425-426. Disponível em: <www.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/407> . Acesso em: 29 mar. 2014 às 16 horas.

MACIEL, A. F. Apontamentos sobre o Judiciário americano. **BDJur**, Brasília, DF, 1994. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 5 mar. 2014 às 10 horas.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARINONI, L. G. A Jurisdição no Estado Constitucional. **BDJur**, Brasília, DF, mar. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 5 mar. 2014 às 21 horas.

_____. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **BDJur**, Brasília, DF, out. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 15 jan. 2014 às 13 horas.

MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e Sistema Constitucional**. 1ª ed. Santa Catarina: Habitus, 2008,

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MELO, J. T. A. Súmula vinculante: aspectos polêmicos, riscos e viabilidade. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**, Belo Horizonte, MG, 2007. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em 15 jan. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDONÇA, P. R. S. A súmula vinculante como fonte hermenêutica de direito. **BDJur**, Brasília, DF, mai. 2011. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 15 jan. 2014 às 18 horas.

MESQUITA, Antonio Pedro. **Aristóteles – Introdução Geral**: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MOREIRA, E. R. Argumentação jurídica e discurso constitucional. **BDJur**, Brasília, DF, jul. 2009, p. 07. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 5 mar. 2014 às 10 horas.

_____. Neoconstitucionalismo e Teoria da Interpretação. **BDJur**, Brasília, DF, jul. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 5 mar. 2014 às 13 horas.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2009.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la Democracia Deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 70-100.

PASQUALINI, A. Sobre a Interpretação Sistemática do Direito. **BDJur**, Brasília, DF, dez. 1995. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 18 fev. 2014 às 13 horas.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa: Um estudo à partir da Teoria da Adequabilidade Normativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, julho/agosto/setembro, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2014 às 15 horas.

PERELMAN, Chaïm; TYTECA, Lucie Olbrechts. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. Tradução de Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GRÓTIUS, Hugo. **Le Droit de la Guerre et dela Paix**. Trad. Pradier Fodéré, Guilherme, et Cie., 1867, vol 1, LXXIII.

REIS, Palhares Moreira. **A súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Consulex, 2008.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini, 2.ed. São Paulo: Edipro, 2007. 432p. Título original: *On Law and justice*.

SARMENTO, Daniel. **Interpretação Constitucional, Pré-Compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete**. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINEMBOJN, Gustavo (Orgs.) Vinte Anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **BDJur**, Brasília, DF, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 20 mar. 2014 às 22 horas.

SCHIER, P. R. Novos desafios na filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **BDJur**, Brasília, DF, abr. 2005. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 17 mar. 2014 às 11 horas.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOARES, Ricardo Maurício freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris , 2009.

TEDESCO, A. L. Súmula vinculante : controle de constitucionalidade, aproximação entre civil law e common law e surgimento de nova fonte imediata do direito. **BDJur**, Brasília, DF, out. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 15 jan. 2014 às 17 horas.

THOMASIIUS, Christian. **Fundamentos de Derecho Natural y de Gentes**. Tradução espanhola de Salvador Rus Rufino e M. Asunción Sanches Manzano. Madrid: Tecnos, 1994. Título original: Fundamenta iuris naturae et gentium.

VALE, A. R. Aspecto do neoconstitucionalismo. **BDJur**, Brasília, DF, jun. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 17 mar. 2014 às 12 horas.

VIEWHEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. 5. ed. Brasília: UNB, 1979.

VIGO, R. L. Constitucionalização e neoconstitucionalismo : alguns riscos e algumas prevenções. **BDJur**, Brasília, DF, mar. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 5 mar. 2014 às 22 horas.

WAMBIER, T. A. A. Súmula vinculante : figura do common law ?. **BDJur**, Brasília, DF, out, 2011. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 15 jan. 2014 às 14 horas.

WEBER, Max; COHN, Gabriel (Org.) **A “objetividade” do conhecimento nas ciências sociais**. São Paulo. Editora Ática, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário: crise, acertos e desacertos**. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.