

3

A problemática da mutação via interpretação judicial: a crítica à discricionariedade interpretativa do Judiciário feita pela hermenêutica filosófica

Neste capítulo, pretendemos fazer uma análise do fenômeno da mutação constitucional à luz da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer. A finalidade é revelar de que maneira a superação, a ruptura com o paradigma da filosofia da consciência alça a linguagem à condição de possibilidade, resultando tanto no abandono de dualismos metafísicos quanto na demonstração da insuficiência da metodologia em captar a existencialidade da compreensão.

Neste passo, a assunção da hermenêutica enquanto filosofia não mais se coaduna com a prática tradicional de cisão para fins de exame, de modo que a unidade do ato de interpretar e compreender se impõe. Assim, partindo da premissa de que a interpretação é um processo historicamente condicionado, pretende-se investigar a forma pela qual Gadamer enfrenta a temática da pré-compreensão, rechaçando a redução da interpretação a um mero exercício de subjetividade do intérprete e apostando na mutação constitucional enquanto antidiscricionariedade judicial.

Também será objeto de exame o papel conferido ao texto enquanto limite, enquanto baliza à mutação constitucional, segundo a perspectiva veiculada pela hermenêutica filosófica de que *todo texto é evento*. Nesta seara, o enfoque consistirá na análise e crítica de eventual associação entre mutação constitucional e o ativismo judicial, bem como na proposição da noção de mutação como integridade, de acordo com a concepção do *Direito como integridade* propugnada por Ronald Dworkin.

3.1

A ruptura com a filosofia da consciência e a superação do esquema sujeito-objeto: a relevância da intersubjetividade no paradigma do Estado Democrático de Direito.

A superação do paradigma da filosofia da consciência, das premissas centrais da filosofia transcendental¹ acerca da interpretação, tem como ponto fulcral o reconhecimento do papel constitutivo da linguagem na relação do homem com o mundo. Por intermédio do abandono de dicotomias metafísicas herdadas da tradição grega e com a abdicação da linguagem enquanto terceiro elemento interposto entre sujeito e objeto, observa-se a assunção de uma nova dimensão constitutiva, onde a linguagem assume a tarefa de ser “condição de possibilidade tanto da objetividade da experiência como da intersubjetividade da comunicação”.²

Nesta quadra, a viragem lingüística³ do pensamento filosófico do século XX situa a linguagem como totalidade, como momento necessário constitutivo de todo e qualquer saber humano, porquanto inexiste acesso direto às coisas sem mediação do significado.⁴ Isto importa em “romper com a concepção de um sujeito cognoscente que apreende um objeto, por intermédio do instrumental da linguagem,”⁵ e implica em apostar na instauração da relação *sujeito-sujeito*, porquanto o conhecimento se opera no interior de uma prática intersubjetiva.⁶

Coube ao filósofo alemão Hans-Georg Gadamer a instituição da hermenêutica filosófica,⁷ fulcrada na ontologia da linguagem, na promoção do

¹ Segundo a metafísica clássica: “os sentidos estavam nas coisas (as coisas têm sentido porque há nelas uma essência).” Somente com o advento da modernidade supera-se a ideia de uma relação real entre ser e essência. Já no iluminismo, desponta o nascimento da subjetividade e a perspectiva de um sujeito que “assujeita” as coisas e se fundamenta na razão. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Op. Cit., p. 13.

² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 2.ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 128.

³ O giro lingüístico consubstancia-se no ingresso do mundo prático na filosofia, na invasão promovida pela linguagem na filosofia.

⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Op. Cit., p. 161. Neste sentido, não há relação direta com objetos, mas somente por intermédio da linguagem que os objetos vêm à mão.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid. p. 162.

⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução por Enio Paulo Giachini. 7.ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2005. Enquanto a “hermenêutica clássica pode ser compreendida como pura técnica de interpretação”, a hermenêutica filosófica de matriz gadameriana opera com um “dar sentido”, levando em conta a

salto da epistemologia da fundamentação para a ontologia da compreensão.⁸ Partindo da insuficiência do caráter universal do método enquanto única forma de conhecimento possível, mormente diante das ciências do espírito, marcadas pela autocompreensão do homem⁹, Gadamer constrói uma hermenêutica voltada à problematização das implicações entre discurso e realidade, conferindo ênfase à linguagem, enquanto forma de acesso ao mundo.¹⁰ Neste passo, a incapacidade da metodologia em visualizar a existencialidade da compreensão, revela a impossibilidade de se alcançar, por intermédio da metódica científica, uma interpretação correta, uma verdade universal como pretendido pela racionalidade iluminista. Vale dizer, na esteira de Lenio Luiz Streck: “*Gadamer pretende liberar a hermenêutica da alienação estética e histórica*, para estudá-la em seu elemento puro de experiência da existência humana.”¹¹

Cumprе assinalar que a compreensão, porquanto elemento integrante do modo de ser-no-mundo, se antecipa a qualquer tipo de explicação lógico-semântica, emerge como categoria existencial humana. Nesta seara, tendo em conta que a linguagem promove o acesso ao mundo, constitui a existência, possível observar que as coisas só existem se compreendidas, interpretadas: “A linguagem sempre nos precede; ela nos é anterior. Estamos sempre e desde sempre, nela”.¹² Assim, no horizonte da ontologia da compreensão, o elemento temporal ganha relevo, traduz-se na importância da historicidade, da fenomenologia para a existência humana concreta. Dito de outro modo: “O existir já um ato de compreender e um interpretar.”¹³

Deste modo, na medida em que os enunciados normativos (significantes) não adquirem sentido (significado) fora da facticidade e de que a filosofia

noção de autocompreensão e a dimensão prática. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Op. Cit., p. 176.

⁸ GADAMER, Hans-Georg. Op. Cit., p. 497 e ss.

⁹ Acerca da hermenêutica filosófica de Gadamer, assevera Margarida Lacombe Camargo: “Em *Verdade e Método*, Gadamer faz uma crítica ao domínio do método como única forma de conhecimento possível. Reconhece a importância do método, mas procura mostrar que o conhecimento não se resume aos artifícios da ciência. Ao contrário, a história, utilizando-se aqui este termo em estreita consonância com as ciências humanas e sociais, então denominadas de “ciências do espírito”, é marcada pela compreensão que o homem tem de si mesmo. O homem é objeto e artífice da história, e por isso a exterioridade, neutralidade, pureza e imparcialidade exigidas do sujeito cognoscente pelo uso do método científico, não lhe são apropriadas.” CAMARGO, Margarida Lacombe. A nova hermenêutica. *In: Filosofia e teoria constitucional contemporânea* (Coord. Daniel Sarmento). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Op. Cit., p. 167.

¹¹ *Ibid.* p. 177.

¹² *Ibid.* p. 185.

¹³ *Ibid.* p. 189.

hermenêutica preconiza uma unidade compreensiva, incindível, imperioso observar o deslocamento da atribuição de sentido da autoconsciência do sujeito pensante, do intérprete para a linguagem. Isto resulta no abandono de uma concepção individualista, centrada em um sujeito que *assujeita* seu próprio objeto de conhecimento e implica em apostar em uma dimensão intersubjetiva (sujeito-sujeito) revelada pela comunidade, inserida em seu próprio contexto histórico. Desta feita, em virtude do atual paradigma do Estado Democrático de Direito repousar no contexto de uma prática intersubjetiva, porquanto “o significado é encontrado e produzido no contexto de um *a priori* compartilhado,”¹⁴ revela-se imperiosa a ruptura com o projeto decisionista próprio da modernidade.

Com efeito, a filosofia contemporânea tem como gênese a crise experimentada pelo pensamento moderno do século XIX. Neste cenário, a filosofia da linguagem, o esforço de apreender a complexa interação entre o homem e a realidade enquanto relação de significação emergem como alternativa à filosofia da consciência, à insuficiência da metodologia. Alçada à condição de possibilidade da compreensão, a linguagem assume a tarefa de expressar o momento constitutivo do saber humano.

Desta maneira, como veremos nos itens a seguir, as reflexões propugnadas pelo paradigma da intersubjetividade próprio da hermenêutica filosófica em muito contribuem para uma nova perspectiva tanto da interpretação quanto da mutação constitucional via interpretação judicial, notadamente porque fornecem importante instrumental no combate à discricionariedade, à arbitrariedade judicial própria de uma dogmática-jurídica ainda dominante inserida no paradigma epistemológico da subjetividade, responsável por “reduzir a realidade à representação subjetiva do intérprete.”¹⁵

3.2

Da necessária unidade do ato de interpretar e compreender.

No cenário atual, conforme já observado, a despeito do “rompimento com concepções metodológicas próprias da filosofia da consciência não ter ainda

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Op. Cit., p. 19.

¹⁵ Ibid.

alcançado a necessária recepção no campo jurídico,”¹⁶ possível observar que a dualidade interpretação/aplicação é algo que já não se impõe na dogmática jurídica: “interpretação e aplicação do direito são uma só operação, de modo que interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar (=compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (=interpretamos) os fatos.”¹⁷ Nesta quadra, porquanto a compreensão não se opera em etapas¹⁸, a atribuição de sentido se dá como evento incidível: interpretar o Direito é tarefa constitutiva, não meramente declaratória.

Com efeito, assumir a hermenêutica como filosofia, enquanto *ser-no-mundo* implica abolir a tradicional prática de cindir o texto em diversos métodos, ou elementos¹⁹ de interpretação (gramatical, histórico, sistemático, teleológico). Afinal, concebida como herança dos padrões científico-positivistas, a prática metodológica de cindir objetos para análises, a busca por conceitualizações, pautas gerais, no intuito de elucidar significados de textos vagos, conceitos indeterminados, não encontra respaldo no paradigma pós-metafísico da intersubjetividade.²⁰ Isto porque, a metodologia se mostra inapta em ultrapassar a dicotomia sujeito-objeto, em apreender a existencialidade da compreensão, a fenomenologia própria da experiência humana.

Nada obstante, o que se observa na prática jurídica contemporânea é uma profusão de métodos, de procedimentos interpretativos disponíveis ao intérprete, o que termina por promover uma *objetificação da interpretação*, porquanto “possibilita ao intérprete sentir-se desonerado de maiores responsabilidades na

¹⁶ Cumpre assinalar, na esteira de Lenio Luiz Streck que: “A hermenêutica jurídica predominante no pensamento dogmático (na doutrina e na jurisprudência) continua refém das práticas dedutivas-substantivas, que pressupõem a existência de categorias ou significantes primordiais-fundantes”. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3.ed. rev. e ampl. com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 160.

¹⁷ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do Direito*. 5.ed. rev. ampl. São Paulo: 2003, p. 26.

¹⁸ Contudo, há quem entenda que a técnica da ponderação, por exemplo, se divide em três etapas: identificação dos enunciados normativos em tensão, identificação dos fatos relevantes e decisão. BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 92-146.

¹⁹ Para Luís Roberto Barroso, porquanto não haveria exclusão, mas combinação, o termo “elementos” encerraria maior precisão do que a palavra “métodos”. Segundo o autor, a etimologia grega da palavra método, “caminho para chegar a um fim”, não se afinaria, portanto, com as categorias interpretativas. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Op. Cit., p. 290.

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Op. Cit., p. 230 e 231.

atribuição de sentido, colocando no fetichismo da lei e no legislador a responsabilidade pelas anomalias do direito.”²¹ Assim sendo, cisões, raciocínios dedutivos, subsuntivos, se movem no interior do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, pois que ignoram a compreensão como um modo de ser, e a assumem como resultado, como produto de um procedimento.

Desta feita, porquanto premissa necessária ao debate, vale salientar o tratamento conferido por Gadamer à temática da pré-compreensão do intérprete. Partindo da concepção de Heidegger acerca do círculo hermenêutico, notadamente no que concerne à incorporação do intérprete ao processo de compreensão,²² Gadamer aduz que a apreensão de um texto implica sempre em um projetar, porquanto “Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado.”²³ Desta maneira, há sempre uma diretiva, uma determinação operada pelas concepções prévias, pelas pré-compreensões do sujeito no processo de compreensão. Neste passo, inserido e condicionado pelo horizonte de sua própria historicidade, por seu próprio momento social e político, o intérprete se move no interior do círculo hermenêutico, onde se opera o intercâmbio entre a tradição e ele.²⁴

Com efeito, a inovação proposta por Gadamer pode ser observada não só na atribuição de um caráter constitutivo à hermenêutica, mas, sobretudo na possibilidade de vislumbrar uma dimensão positiva e legitimadora da pré-compreensão.²⁵ Assim, na leitura de um texto, não se impõe ao intérprete que abdique de opiniões prévias, de opiniões próprias.²⁶ O que se exige dele é simplesmente uma “abertura para a opinião do outro ou para a opinião do texto. Mas essa abertura implica sempre colocar a opinião do outro em alguma relação com o conjunto das opiniões próprias, ou que a gente se ponha em certa relação

²¹ Ibid. p. 232.

²² Consoante Gadamer: “O círculo, portanto, não é de natureza formal. Não é objetivo nem subjetivo, descreve, porém, a compreensão como o jogo no qual se dá o intercâmbio entre o movimento da tradição e o movimento do intérprete.” GADAMER, Hans-Georg. Op. Cit., p. 388.

²³ Ibid. p. 356.

²⁴ Ibid. p. 388.

²⁵ Acerca de uma dimensão positiva da pré-compreensão, assinala Gadamer: “Preconceito’ não significa pois, de modo algum, falso juízo, uma vez que seu conceito permite que ele possa ser valorizado positiva ou negativamente (...) Existem *préjugés legitimes*.” Ibid. p. 360.

²⁶ Ibid. p. 358.

com elas.”²⁷ Desta maneira, ao mesmo tempo em que a pré-compreensão constitui elemento determinante no processo de interpretação, ela se encontra sujeita a limites, porquanto a subjetividade do intérprete, o seu arbítrio não pode solapar por completo a opinião dos demais sujeitos da comunidade nem do próprio texto em exame.

De todo modo, tendo em conta que a tarefa hermenêutica não perpassa pela elaboração de um “procedimento compreensivo, mas sim, consiste no esclarecimento acerca das condições sob as quais surge a compreensão,”²⁸ a questão que se coloca, versa sobre como deve proceder o intérprete na distinção entre pré-conceitos produtivos e aqueles que conduzem a mal-entendidos no processo de interpretação.²⁹ A solução propugnada por Gadamer põe ênfase no fato de que opiniões prévias, pré-conceitos do intérprete não estão à sua livre disposição.³⁰

Neste diapasão, Gadamer sustenta que a busca por uma compreensão adequada necessariamente passa por duas noções colocadas em segundo plano pela hermenêutica tradicional:³¹ a distância temporal e a suspensão dos prejuízos. No que concerne à distância temporal, esta consiste na circunstância de “reconhecer a distância de tempo como uma possibilidade positiva e produtiva do compreender.”³² Por intermédio desta noção, o intérprete terá condições de afastar eventuais pré-conceitos inautênticos que poderão conduzi-lo a mal-entendidos hermenêuticos.³³ Contudo, em virtude da impossibilidade de fazer com que o pré-conceito “salte aos olhos,”³⁴ sendo necessário provocá-lo, revela-se necessária a abertura do intérprete para a autoridade da tradição para que esta o interpele.³⁵ Esta abertura do intérprete ao texto, por intermédio da autoridade da tradição implica na suspensão completa dos pré-conceitos, notadamente porque “A tarefa hermenêutica se converte por si mesma num questionamento pautado na coisa em questão, e já se encontra sempre codeterminada por esta.”³⁶

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid. p. 391.

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid.

³¹ Ibid.

³² Ibid. p. 393.

³³ Ibid. p. 395.

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid. p. 358.

Desta maneira, ao preconizar como fundamental a uma consciência formada hermeneuticamente a inclusão da consciência histórica, no intuito de dimensionar os próprios pré-conceitos,³⁷ ao afirmar que a interpretação consiste em um processo historicamente condicionado, Gadamer termina por reforçar a positividade das pré-compreensões, porquanto ainda que inicialmente equivocadas, ao se confrontarem com a alteridade do texto e conseqüentemente produzirem uma interação entre este e o intérprete, naturalmente irão operar ajustes, correções de sentido asseguradas pelas noções de distância temporal e suspensão dos prejuízos.

Assim, cumpre à tradição, à historicidade o papel de interpelar o intérprete e operar o confronto entre presente e passado, a fusão de horizontes propugnada por Gadamer. Neste passo, impende ressaltar que não há mera reprodução do comportamento do autor de um texto³⁸, porquanto “quando se logra compreender, compreende-se de um modo diferente.”³⁹ Portanto, diante do “choque que um texto nos causa – seja porque ele não faz nenhum sentido, seja porque seu sentido não concorda com nossas expectativas,”⁴⁰ deve o intérprete reconhecer que se encontra diante de um projetar de sentido inadequado. Em virtude disto, é imperioso que se *abra* ao texto e o *deixe falar*,⁴¹ resgatando sua autoconsciência histórica, sua tradição e, suspendendo, portanto, seus prejuízos, a fim de que as perguntas possam surgir. Nesta linha, a receptividade do intérprete ao que o texto tem a oferecer revela-se crucial a uma interpretação ajustada. Notadamente porque, na letra de Gadamer: “Aquele que quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa”.⁴²

³⁷ Ibid. p. 395.

³⁸ Não há, portanto, aproximação da tese de Gadamer com o originalismo, porquanto para os originalistas, os juízes devem se restringir, se ater à intenção original dos *Framers*. Conferir: SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation: federal Courts and the Law*. New Jersey: Princeton University Press, 1997, p. 29-47.

³⁹ GADAMER, Hans-Georg. Op. Cit., p. 392.

⁴⁰ Ibid. p. 357.

⁴¹ Ibid. p. 358.

⁴² Ibid.

3.3

Por uma compreensão do texto enquanto evento: a impossibilidade da dicotomia texto-norma.

Por intermédio das contribuições propugnadas pela hermenêutica filosófica, o que se busca neste item é refletir acerca do papel do texto, notadamente o texto constitucional, como baliza, enquanto limite à mutação constitucional. Tal discussão se impõe, na medida em que a prática dos tribunais brasileiros em diversos momentos distorce a atividade interpretativa e produz resultados como os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Roberto Grau na Reclamação 4.335-5/Acre, referente à constitucionalidade da lei de crimes hediondos. A desfiguração do fenômeno da mutação constitucional, que segundo o próprio Ministro Gilmar Mendes consiste na situação em que “a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro,”⁴³ revela-se flagrante, porquanto o que pretendiam os Ministros não era a atribuição de uma nova norma a um texto, porém a substituição de um texto por outro texto, no caso construído pelo Supremo Tribunal Federal.⁴⁴

Neste sentido, quando falamos de mudança informal da Constituição implementada via interpretação judicial, a questão de fundo que se coloca é a problemática acerca dos limites à interpretação operada pelo Poder Judiciário. Como bem afirma Dworkin: *“I said earlier that the theoretical argument among constitutional scholars and judges was never really about whether judges should change the Constitution or leave it alone. It was always about how the*

⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. Cit., p. 230. No mesmo sentido, segue o voto do Ministro Eros Grau: “A mutação constitucional é a transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma.” STF, Recl nº 4.335-5/AC, Voto do Min. Eros Grau, Brasília, 19 abr. 2007.

⁴⁴ Eis a substituição proposta: onde se lê “Compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” deveria constar outro texto “Compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo.” STF, Recl nº 4.335-5/AC, Voto do Min. Eros Grau, Brasília, 19 abr. 2007.

Constitution should be interpreted.”⁴⁵ Nesta quadra, tendo em conta que a dogmática jurídica dominante ainda se move no interior do paradigma da subjetividade, da filosofia da consciência e, sobretudo, quando se reconhece que o fenômeno da mutação constitucional envolve a questão da legitimidade da jurisdição constitucional, padecendo ainda, de um “grave problema hermenêutico,”⁴⁶ revela-se evidente a necessidade de refletir acerca das premissas da discussão. Trataremos neste item, portanto, da mais elementar, o texto.⁴⁷

Como já visto, a hermenêutica filosófica busca romper com o pensamento *objetificador*, refém de práticas dedutivas-subsuntivas próprias do paradigma da subjetividade, responsáveis pela produção de “uma cultura jurídica estandarizada, na qual o direito não é mais pensado em seu acontecer”.⁴⁸ Neste sentido, no horizonte da viragem linguística, na perspectiva de superação do esquema sujeito-objeto, é somente por intermédio do discurso que podemos alcançar o mundo das coisas, dos objetos. Desta maneira, a partir do momento em que a linguagem assume a posição de condição de possibilidade e que a compreensão consiste justamente no movimento de *ir às coisas*, de ser *confirmada nas coisas mesmas*,⁴⁹ é que podemos afirmar que *todo texto é evento*, na medida em que trata das próprias coisas em si, bem como reflete o momento histórico de sua criação.

Com efeito, uma vez que interpretar um texto é também aplicá-lo, é possível afirmar que o texto é inseparável de seu sentido, porquanto diz sempre respeito a algo da realidade fática. Nesta esteira, o texto, por si só, nada pode dizer ao intérprete, porquanto o enunciado não carrega em-si-mesmo o sentido. Dito de outro modo, “textos não produzem ‘realidades virtuais’; textos não são meros enunciados linguísticos; textos não são palavras ao vento, conceitos metafísicos

⁴⁵ **Em Português:** “Eu já havia dito antes que a discussão teórica entre estudiosos e juízes nunca foi realmente sobre se os juízes deveriam mudar a Constituição ou deixá-la sozinha. Ela sempre foi sobre como a Constituição deve ser interpretada.” DWORKIN, Ronald. *Freedom’s Law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996, p. 15.

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. Op. Cit., p. 19.

⁴⁷ Assim, neste item da dissertação, a mutação constitucional aludida pelos votos dos Ministros Eros Roberto Grau e Gilmar Mendes na Reclamação 4.335-5/Acre, será analisada sob o enfoque da hermenêutica filosófica, na perspectiva do texto constitucional.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Op. Cit., p. 161 e 162.

⁴⁹ GADAMER, Hans-Georg. Op. Cit., p. 356.

que não digam respeito a algo (algo como algo).”⁵⁰ Vale dizer, não há como cindir o texto e o seu sentido, não há como conceber norma sem o texto, texto e norma não têm existência independente, autônoma, o texto sempre remete à fenomenologia do intérprete, da sociedade. Superar o dualismo texto-norma implica compreender que o texto não carrega em si o seu próprio sentido, não é “plenipotenciário”,⁵¹ mas também desempenha relevante papel na compreensão, de maneira que não deve ser ignorado por “posturas pragmatistas-subjetivistas, em que o sujeito assujeita o objeto (ou, simplesmente, o inventa).”⁵²

A pedra angular do debate acerca do posicionamento, não unânime, dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Roberto Grau na Reclamação 4.335-5/Acre, consiste no artigo 52, X, da Constituição brasileira. Este dispositivo consubstancia a possibilidade de diálogo no momento final do controle difuso, porquanto enuncia que após a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, vinculada a um caso concreto, competirá ao Senado Federal, suspender a execução, com efeitos para todos, da lei declarada inconstitucional. A norma dispõe: “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: X- suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;”.

O entendimento veiculado pelos dois Ministros é no sentido de que o artigo 52, X, da CRFB teria sofrido mutação constitucional, de maneira que ao Senado Federal caberia apenas a competência para conferir publicidade à declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, cuja decisão seria suficiente para suspender a execução da lei. O principal argumento extraído do voto do Ministro relator, Gilmar Mendes, repousa na ideia de que a suspensão da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal consistiria em um ato político, baseado em uma perspectiva já superada, ultrapassada de separação de poderes, devendo o efeito *erga omnes* ser conferido mesmo nas declarações de inconstitucionalidade em controle concreto.⁵³

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Op. Cit., p. 164.

⁵¹ Expressão utilizada por Lenio Luiz Streck. *Ibid.* p. 165.

⁵² *Ibid.*

⁵³ STF, Rcl 4.335-5/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01.02.2007 (Informativo STF n. 454). Assim dispõe o fragmento do informativo: “(...) Aduziu que, de acordo com a doutrina tradicional, a suspensão da execução pelo Senado do ato declarado inconstitucional pelo STF seria ato político que empresta eficácia *erga omnes* às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade proferidas em caso concreto. Asseverou, no entanto, que a amplitude conferida ao controle abstrato de normas e

Como já salientado, porquanto os textos sempre nos remetem à facticidade, cumpre situar o artigo 52, X, da CRFB, na dinâmica constitucional brasileira. De fato, a atribuição do Senado Federal, de suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, prevista no aludido dispositivo vem sendo conferida desde 1934, na linha de uma tradição já incorporada à realidade institucional brasileira, onde o sistema de controle de constitucionalidade é misto.⁵⁴ Com efeito, tal função traduz relevante possibilidade de chancela dos representantes do povo na dinâmica do controle de constitucionalidade difuso, consubstancia clara opção do poder constituinte originário exercido democraticamente em 1988, bem como, na qualidade de norma constitucional, vincula todos os poderes constituídos. Vale dizer: “Esta vinculação, longe de decorrer de uma simples retórica da dogmática, resulta da finalidade essencial do constitucionalismo e da natureza concreta dos fatos que se descrevem perante a corte controladora da constitucionalidade.”⁵⁵

Deveras, a atribuição de sentido a um texto, notadamente um texto constitucional construído no horizonte de um Estado democrático de Direito, deve observar os compromissos firmados na Constituição. Como bem sustentado por Gadamer: “Toda interpretação correta tem que proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, e voltar

a possibilidade de se suspender, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, no contexto da CF/88, concorreram para infirmar a crença na própria justificativa do instituto da suspensão da execução do ato pelo Senado, inspirado numa concepção de separação de poderes que hoje estaria ultrapassada. Ressaltou, ademais, que ao alargar, de forma significativa, o rol de entes e órgãos legitimados a provocar o STF, no processo de controle abstrato de normas, o constituinte restringiu a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. Considerou o relator que, em razão disso, bem como da multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral e do advento da Lei 9.882/99, alterou-se de forma radical a concepção que dominava sobre a divisão de poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a EC 16/65 e a CF 67/69. Salientou serem inevitáveis, portanto, as reinterpretações dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, notadamente o da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e o da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal. Reputou ser legítimo entender que, atualmente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso. Concluiu, assim, que as decisões proferidas pelo juízo reclamado desrespeitaram a eficácia erga omnes que deve ser atribuída à decisão do STF no HC 82959/SP. Após, pediu vista o Min. Eros Grau.” No Informativo STF, n. 463, j. 19.04.2007, possível acompanhar os votos dos Ministros Joaquim Barbosa e Sepúlveda Pertence.

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. Op. Cit., p. 5.

⁵⁵ Ibid. p. 3.

seu olhar para ‘as coisas elas mesmas’.⁵⁶ Nesta quadra, interpretar não se traduz em um processo livre, mas sim pautado por limites hermenêuticos provenientes do texto e da tradição. Conforme já examinado, o texto tem sempre algo a dizer, notadamente porque não é, nem pode ser produto da consciência/subjetividade do intérprete.

Desta maneira, causa espanto a incongruência que decorre da leitura de certos trechos do voto do Ministro Eros Grau:

“Isto posto, cumpre ponderarmos o que propõe, em seu voto, o eminente Relator, Ministro Gilmar Mendes. S. Excia. extrai o seguinte sentido do texto do inciso X do artigo 52 da Constituição, no quadro de uma autêntica *mutação constitucional*: ao Senado Federal está atribuída competência privativa para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A própria decisão do Supremo conteria força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional. **Note-se bem que S. Excia. não se limita a interpretar um texto, a partir dele produzindo a norma que lhe corresponde, porém avança até o ponto de propor a substituição de um texto normativo por outro. Por isso aqui mencionamos a mutação da Constituição.**”⁵⁷

“**A mutação constitucional é transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual.** Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. **Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro.**”⁵⁸

Especialmente porque, em obra diversa, intitulada *Discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*, o Ministro afirma não constituir tarefa do intérprete a criação da norma. Segundo Eros Roberto Grau, o intérprete “não é um criador *ex nihilo*; ele reproduz a norma, sim, mas não no sentido de fabricá-la, porém no de reproduzi-la. O produto da interpretação é a norma. Mas ela já se encontra, potencialmente, no invólucro do *texto normativo*.”⁵⁹ A contradição do Ministro se opera em virtude de sua argumentação ter ainda como lastro a dicotomia texto-norma, a subjetividade do intérprete.⁶⁰ A não superação de

⁵⁶ GADAMER, Hans-Georg. Op. Cit., p. 355.

⁵⁷ Voto-vista do Min. Eros Grau, Brasília, 19 abr. 2007. Grifos nossos.

⁵⁸ Ibid. Grifos nossos.

⁵⁹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do Direito*. Op. Cit., p. 32.

⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. Op. Cit., p. 22.

dualismos metafísicos, termina por conduzir ao erro de que há um sujeito (que *assujeita*) separado do objeto. Vale dizer: “Ser e ente não são idênticos (não estão colados, não há imanência); mas também não estão cindidos. É a *diferença* que faz a *diferença* entre a hermenêutica e as demais teorias discursivo-procedurais”.⁶¹

Dito de outro modo, na perspectiva da hermenêutica filosófica, apreender o processo de compreensão, enquanto intercâmbio entre o movimento da tradição e o movimento do intérprete, implica reconhecer a pré-compreensão antecipadora, a existência de um mundo prático que antecipa a compreensão dos participantes, como condição de possibilidade à interpretação. Nada obstante, “A antecipação de sentido, que guia a nossa compreensão de um texto, não é um ato de subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição.”⁶² Por esta razão, o texto não pode ser produto da consciência/subjetividade do intérprete. Texto é evento porque reflete o momento histórico de sua criação. Contudo, é a fusão de horizontes (passado e presente) que produzirá a compreensão e atribuição de sentido.

A temática de limites hermenêuticos se impõe, mormente para impedir “interpretações que, levadas ao limite, façam soçobrar os limites semânticos do texto no modo que ele vinha sendo entendido na (e pela) tradição (no sentido hermenêutico da palavra).”⁶³ A alegação de mutação constitucional na Reclamação 4.335-5/AC enquanto “solução de um suposto hiato entre texto constitucional e a realidade social, a demandar uma jurisprudência corretiva,”⁶⁴ atualizadora da Constituição, implica admitir que a Constituição possa ser corrigida, ou complementada por qualquer aplicador, à revelia do processo legislativo regulamentar, sob pena de ruptura do desenho institucional brasileiro, notadamente aquele estabelecido pela Constituição de 1988. A reflexão que propugnamos nesta dissertação busca privilegiar o texto constitucional – aprovado democraticamente – em detrimento de uma concepção solipsista, subjetivista do decisor no ato de interpretar.

Nesta quadra, o artigo 52, X, da CRFB, dado o seu compartilhamento comunitário de sentido, não dá brecha para outra leitura que permita “reduzir as

⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Op. Cit., p. 165.

⁶² GADAMER, Hans-Georg. Op. Cit., p. 388.

⁶³ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. Op. Cit., p. 21.

⁶⁴ *Ibid.* p. 19.

atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intra-legislativa,”⁶⁵ que admita encerrar um canal democrático de resposta, de *feedback* às decisões de inconstitucionalidade em controle difuso. De fato, a teratologia da hipótese veiculada por ambos os Ministros consubstancia-se na destruição do significado do texto (desnormatização),⁶⁶ sob a alegação de mutação constitucional. Como bem afirmam Lenio Streck, Marcelo Cattoni e Martonio Mont’Alverne:

“Ora, um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode ‘inventar’ o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia. A atividade jurisdicional, mesmo a das cortes constitucionais, não é legislativa, muito menos constituinte.”⁶⁷

Desta maneira, a partir da assunção do paradigma da intersubjetividade, da perspectiva de que o intérprete, quando compreende um texto o faz levando em conta os enunciados linguísticos, o contexto da obra na qual o enunciado encontra-se inserido, sua tradição e horizonte histórico, ou seja, encontra-se submetido a limites hermenêuticos, não há como admitir arbitrariedades no processo de atribuição de sentido. Não cabe ao Poder Judiciário, consoante a sua própria subjetividade ou preferências construir uma Constituição alternativa, “paralela,”⁶⁸ preenchendo espaços não contemplados, não colmatados pelo Poder Constituinte Originário, porquanto nem a função legislativa, muito menos a constituinte são tarefas suas.⁶⁹ Assim sendo, porquanto não há existência autônoma, separada entre texto e norma, porque não é possível subverter o texto

⁶⁵ Ibid. p. 7.

⁶⁶ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; OLIVEIRA, Larissa Pinha de (Colaboração). Op. Cit., p. 23.

⁶⁷ Ibid. p. 21. No mesmo sentido, conferir a afirmação de Oscar Vilhena Vieira: “no caso da Reclamação 4.335-5/Acre, referente à constitucionalidade da lei de crimes hediondos, o Supremo parece ter dado um passo na direção do exercício do poder constituinte reformador.” VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. In: Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea (Coord. Daniel Sarmento). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 497. Cabe, outrossim, também salientar a crítica de Dimitri Dimoulis: “...o super-fortalecimento do Judiciário também pode acarretar abusos e desequilíbrios. Tivemos um exemplo recente no Brasil após a adoção pelo STF das teorias do efeito transcendental e da mutação constitucional em relação à força vinculante das decisões do Tribunal no controle incidental. Essas teorias permitem que o STF aproprie-se indevidamente de competências que a Constituição reconheceu ao Senado Federal, aos legisladores dos vários entes federativos e aos tribunais que realizam o controle incidental, sendo as referidas opções teóricas expressão da tentativa de *monopolizar* o controle de constitucionalidade, sucumbindo à ambição que a doutrina estadunidense crítica como exclusivismo judicial.” DIMOULIS, Dimitri. Op. Cit., p. 51.

⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Op. Cit., p. 213.

⁶⁹ Ibid.

constitucional, não se afigura razoável, cabível que, por intermédio de um ato voluntarista, decisionista o Supremo Tribunal Federal, sob pretexto de ocorrência de mutação constitucional, se arrogue de função constituinte e aniquile o significado do artigo 52, X, da CRFB, notadamente pois, na esteira de Lenio Streck: “não há um lado ‘b’ da Constituição a ser ‘descoberto’ axiologicamente”.⁷⁰

3.4

A problemática da discricionariedade e a mutação constitucional: uma aposta na antidiscricionariedade judicial.

Dentre os temas mais complexos da Ciência jurídica figura a noção de discricionariedade. Na expressão de Chaïm Perelman, discricionariedade é uma *noção confusa*.⁷¹ Com efeito, foi com a elaboração da teoria do desvio de poder (ou de finalidade) que teve início o exame e o controle da discricionariedade pelo Conselho de Estado francês. Contudo, a pesquisa mais detida acerca da discricionariedade judicial foi desenvolvida apenas a partir da segunda metade do século passado, com a “quebra dos paradigmas do positivismo e pelo recurso aos princípios constitucionais enquanto instância normativa superior sob o invólucro teórico dos direitos fundamentais.”⁷² Vale assentar que o sentido da discricionariedade foi mudando ao longo da história, de maneira que atualmente os doutrinadores diferenciam a discricionariedade da arbitrariedade.⁷³ Assim, a discricionariedade seria sempre uma conduta legal, ao contrário da arbitrariedade, representativa de uma conduta ilícita.⁷⁴ Contudo, o entrave que se coloca “é que sob o manto do juízo do discricionário várias ações são praticadas em afronta ao sistema jurídico. O embaraço é saber onde há discricionariedade e onde há arbitrariedade.”⁷⁵

⁷⁰ Ibid. p. 214.

⁷¹ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução por Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 149.

⁷² OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. 2.ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 127.

⁷³ Ibid. p.130.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Ibid.

Neste passo, a despeito da vasta celeuma doutrinária envolvendo o conceito de discricionariedade, bem como no intuito de firmar uma posição sobre a temática, objetivando atender aos propósitos desta dissertação, a discricionariedade que se tem aqui por alvo é a noção de *strong sense of discretion*, combatida por Ronald Dworkin, segundo a qual o julgador estaria autorizado a decidir, ao menos em determinadas hipóteses, “por critérios próprios, subjetivos, por padrões extrajurídicos, isto é, o julgamento posto fora do Direito.”⁷⁶

A discricionariedade enquanto traço de identidade do positivismo encontra guarida na noção de textura aberta cunhada por Herbert Hart, corifeu do positivismo jurídico e defensor do “direito-enquanto-sistema-de-regras.”⁷⁷ Segundo o autor, a textura aberta da linguagem consiste na potencialidade para a vagueza. Traduz-se pela possibilidade constante de certos conceitos se tornarem vagos em situações não imaginadas: é, segundo Hart, uma característica indelével da linguagem. O autor sinaliza para o fato de ser o Direito um artefato humano, uma construção social e, como tal, incorporar as eventuais limitações da linguagem. Na letra de Hart: “todas as regras têm uma penumbra de incerteza em que o juiz tem de escolher entre alternativas”.⁷⁸ Vê-se, portanto, a distinção estabelecida pelo autor entre os *casos paradigmáticos*, ou *claros*⁷⁹ e os chamados *casos difíceis* ou “*zonas de penumbra*”.⁸⁰

Observa Herbert Hart que, na hipótese de restar configurada uma situação de penumbra, a chamada zona cinzenta, deve o intérprete pensar nos casos claros e perquirir, em seguida, se a querela em apreço apresenta semelhanças relevantes com aqueles casos paradigmáticos.⁸¹ Esse juízo, na perspectiva do autor, envolverá certa discricionariedade, não sendo possível uma única resposta correta. Neste sentido, enuncia Hart: “Nestes casos, é claro que a autoridade autora do regulamento deve exercer um poder discricionário, e não há

⁷⁶ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; OLIVEIRA, Larissa Pinha de (Colaboração). Op. Cit., p. 3.

⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Op. Cit., p. 4.

⁷⁸ HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994, p. 17.

⁷⁹ Ibid. p. 142.

⁸⁰ SGARBI, Adrian. *Herbert L.A. Hart (O Conceito de Direito)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 133.

⁸¹ HART, Herbert L.A. Op. Cit., p. 140.

possibilidade de tratar a questão suscitada pelos variados casos, como se houvesse uma única resposta correcta a descobrir”.⁸²

Desta feita, apostar na textura aberta da linguagem implica em reconhecer que diante da incapacidade do Direito em fornecer resposta a um problema, bem como em virtude da ausência de balizas no sistema jurídico para conformar o ato decisório, restaria ao julgador adotar parâmetros alheios, externos ao sistema legal. O juiz estaria, portanto, “autorizado ou, melhor, fadado, vez que fator contingencial que independe do julgador mesmo, a resolver o caso adotando parâmetros alheios ao *legal system*: o Direito é estranho, nada tem a dizer ao julgado.”⁸³ Atrelada ao paradigma da filosofia da consciência, a solução fornecida pelo decisor teria por parâmetro somente a sua subjetividade, seu discernimento particular. Dito de outro modo, sua atuação restaria livre de balizas, de limites hermenêuticos, estaria atada ao esquema sujeito-objeto. Contudo, o maior entrave na adoção de tal postura consistiria na figura de um juiz que, “desvinculado, se faz em legislador e, mais grave, em legislador retroativo.”⁸⁴

Ora, em tempos de pós-positivismo, de enfoque do constitucionalismo, do Direito enquanto saber prático que emerge a partir do segundo pós-guerra, em um contexto de ruptura paradigmática no campo da filosofia, imperioso reconhecer a derrocada do sujeito solipsista em favor do paradigma da intersubjetividade. Nesta esteira, porquanto o pós-positivismo representa a superação, a ultrapassagem do positivismo jurídico e conseqüentemente a ruína de uma lógica formal rígida, incapaz de incorporar “questões relativas à legitimidade”⁸⁵ da decisão, bem como do “agir propriamente dito,”⁸⁶ é que não parece razoável, na atual quadra da história, sustentar qualquer forma de discricionariedade judicial, de decisionismos, situações em que o sujeito cria o seu próprio objeto de conhecimento. Vale dizer: “Estado Democrático de Direito e discricionariedade são incompatíveis e essa questão é fulcral.”⁸⁷

⁸² Ibid. p. 145.

⁸³ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; OLIVEIRA, Larissa Pinha de (Colaboração). Op. Cit., p. 3.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Op. Cit., p. 5

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Ibid. p. 8.

Com efeito, romper com o paradigma representacional (sujeito-objeto) é essencial para o distanciamento de concepções entregues à subjetividade *assujeitadora* do intérprete, para o abandono de mecanismos que transformam o Direito em uma mera racionalidade instrumental, onde o objeto é manipulado até se chegar ao resultado almejado, onde “o direito é (será) aquilo que a vontade do poder quer que seja.”⁸⁸ Neste passo, ainda que tênue⁸⁹ a linha divisória entre o Direito e a política, há uma pretensão (relativa)⁹⁰ de autonomia do Direito, na medida em que este não pode transformar-se na própria política, porquanto “se o direito serve para controlar/garantir a democracia (e, portanto, a política), ele não pode ser a própria política.”⁹¹

É, pois, nesta quadra que Dworkin invoca a normatividade dos princípios contra a discricionariedade em sentido forte. De acordo como autor, o modelo positivista de Hart revela-se incapaz de dar conta da complexidade do Direito, porquanto atrelado à tese da discricionariedade judicial.⁹² Neste diapasão, Dworkin sustenta, sem metodologias (notadamente porque impossível alcançar um saber capaz de abarcar todos os modos de aplicação dos textos jurídicos),⁹³ a tese da única resposta certa. Sua concepção não investe em voluntarismos, decisionismos ou no ativismo judicial, porquanto o “*juez no está legitimado ni para dictar normas ni mucho menos para dictarlas de forma retroactiva si es que nos tomamos la democracia – y su sistema de legitimación – en serio.*”⁹⁴ A proposta é exatamente inversa: seu intuito consiste em elaborar uma teoria “que restrinja ou, melhor, suprima a pretensa esfera de liberdade de avaliação, entendida como discricionariedade forte.”⁹⁵ Dito de outro modo: “Quando não

⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. Op. Cit., p. 18.

⁸⁹ Nesta direção, conferir: MENDONÇA, Eduardo. *A inserção da jurisdição constitucional na democracia: algum lugar entre o direito e a política*. In: Revista de Direito do Estado. Ano 4. n.13. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

⁹⁰ Neste sentido, conferir: BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Op. Cit., p. 46.

⁹¹ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. Op. Cit., p. 18.

⁹² DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Tradução por Marta Guastavino. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1997, p.13.

⁹³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Op. Cit., p. 12.

⁹⁴ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Op. Cit., p. 14.

⁹⁵ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; OLIVEIRA, Larissa Pinha de (Colaboração). Op. Cit., p. 4. No mesmo sentido, pertinente a afirmação de Lenio Luiz Streck: “Dworkin não aposta em interpretações que exsurjam do ‘espírito do juiz’ e tampouco acredita no juiz como ‘único capaz de

existe regra a disciplinar o caso, há, invariavelmente, princípio e, calha ressaltar mais uma vez, princípio é norma, daí porque vincula, conforma, obriga.”⁹⁶

Deste modo, o reconhecimento da normatividade dos princípios indica que, na ausência de uma regra o juiz não é livre para decidir, conforme a sua consciência ou intuição, mas estará adstrito, vinculado a um princípio. A atividade do magistrado se revela limitada, condicionada, demarcada⁹⁷, porquanto qualquer resposta no Direito deve ser sempre reconduzida, “confirmada na própria Constituição,”⁹⁸ não podendo ficar ao alvedrio da subjetividade do intérprete. Neste passo, afinado ao paradigma da intersubjetividade assevera Virgílio Afonso da Silva:

“Ao contrário do que ocorre com os poderes políticos – e mesmo com a sociedade civil organizada – os membros de um tribunal não podem invocar a sua moralidade, a sua religiosidade e suas ideologias pessoais para fundamentar suas decisões. As decisões de um tribunal de cúpula – como a Suprema Corte dos Estados Unidos, os tribunais constitucionais europeus e o Supremo Tribunal Federal – têm que refletir valores políticos de justiça e razão pública. Para isso, o papel da deliberação é fundamental.”⁹⁹

Deveras, é possível verificar que o conceito de discricionariedade em sentido forte traz consigo a possibilidade de descambar para a arbitrariedade, de recair em uma faceta do positivismo jurídico que tem como característica marcante a abstração, o afastamento da situação concreta no ato de interpretação/aplicação do Direito.¹⁰⁰

Desta maneira, retornando à problemática suscitada pelo posicionamento dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Roberto Grau na Reclamação 4.335-5/AC, é imperioso considerar a questão fulcral atinente ao debate, qual seja, o fato de ser o artigo 52, X, a expressão da “exigência democrática de participação da sociedade

assegurar a solidez da ordem do Estado Democrático de Direito.” STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Op. Cit., p. 30.

⁹⁶ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; OLIVEIRA, Larissa Pinha de (Colaboração). Op. Cit., p. 4.

⁹⁷ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Notas sobre uma teoria da Constituição Dirigente constitucionalmente adequada ao Brasil*. In: 20 anos de Constituição: os Direitos Humanos entre a norma e a política (Orgs. Lenio Luiz Streck, Vicente de Paulo Barreto e Alfredo Santiago Culleton). São Leopoldo: Oikos, 2009, p. 46.

⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Op. Cit., p. 97.

⁹⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*. In: Revista de Direito Administrativo 250, 2009. Disponível em: http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-RDA250-STF_e_deliberacao.pdf. Acesso em 15 out. 2010, p. 209.

¹⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Op. Cit., p. 13.

no processo de decisão acerca da (in)constitucionalidade de uma lei produzida pela vontade geral.”¹⁰¹ Em face disso, adotar o paradigma da intersubjetividade, romper com a filosofia da consciência nos permite concluir, na esteira de Virgílio Afonso da Silva, que o artigo 52, X, consubstancia relevante possibilidade de diálogo entre os poderes Legislativo e Judiciário,¹⁰² representa “um deslocamento do pólo de tensão do solipsismo das decisões do judiciário em direção da esfera pública de controle dessas decisões”¹⁰³, permitindo enxergar o controle de constitucionalidade como *parte de um jogo democrático*, como “algo muito mais complexo do que mero procedimento judicial.”¹⁰⁴ Trata-se, portanto, de um dispositivo constitucional imprescindível, que não pode ser simplesmente desconsiderado, descartado pelo intérprete.

3.5

Mutação constitucional e o ativismo judicial, uma associação necessária?

Inicialmente empregada por um historiador para se referir à Suprema Corte americana no período do New Deal,¹⁰⁵ a expressão *ativismo judicial* conserva ainda hoje, na leitura de diversos autores, caráter “polissêmico e bastante complexo, admitindo uma pluralidade de formas e de manifestações concretas.”¹⁰⁶

¹⁰¹ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. Op. Cit., p. 17.

¹⁰² SILVA, Virgílio Afonso da. Op. Cit., p. 220.

¹⁰³ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. Op. Cit., p. 17.

¹⁰⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. Cit., p. 221.

¹⁰⁵ No período entre 1954 a 1969, a Suprema Corte dos Estados Unidos, então presidida por Earl Warren, efetivou várias transformações em matéria de direitos fundamentais sem que houvesse manifestação do Congresso Nacional. Dentre os exemplos, enumerem-se: a ilegitimidade da segregação racial nas escolas (*Brown v. Board of Education*, 1954); o direito de defesa por advogados aos acusados em processo criminal (*Gideon v. Wainwright*, 1963); o direito à não-auto-incriminação (*Miranda v. Arizona*, 1966). Passado este período, em razão de intensa reação conservadora, a expressão *ativismo judicial* revestiu-se, nos Estados Unidos, de uma conotação negativa. BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*, 2010. p. 9 e 10. Texto cedido pelo autor na disciplina *Interpretação Constitucional*, cursada na UERJ, no período de agosto a dezembro de 2010. Vale salientar a ressalva feita por Lenio Streck acerca do período da Corte de Warren: “O caso da Corte de Warren, por exemplo, foi resultante da concepção pessoal de certo número de juízes e não o resultado de um sentimento constitucional acerca desta problemática.” STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Op. Cit., p. 23.

¹⁰⁶ SILVA, Alexandre Garrido da. *Minimalismo, democracia e expertise: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas*. In: *Revista de Direito do Estado*. Ano 3. n.12. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 10 e 11.

A título de ilustração, William P. Marshall, enumera sete dimensões do ativismo judicial: 1) ativismo contramajoritário - consubstanciado na resistência dos tribunais às decisões provenientes das instâncias democráticas eleitas; 2) ativismo não-originalista – consistente na inobservância da intenção do Legislador ou dos limites provenientes do texto legal; 3) ativismo de precedentes – fruto da rejeição da Corte aos precedentes judiciais; 4) ativismo jurisdicional – oriundo da resistência da Corte em aceitar limites à sua atuação; 5) ativismo criativo – representado pela criação de novas teorias e direitos; 6) ativismo remediador – consistente na imposição pelo Poder Judiciário de obrigações positivas aos demais poderes; 7) ativismo *partisan* – onde a atuação judicial seria orientada à satisfação de interesses partidários.¹⁰⁷

Já na concepção de Luís Roberto Barroso, o conceito estaria relacionado a uma atitude, “a escolha de um modo específico e pró-ativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.”¹⁰⁸ Nesta quadra, na perspectiva do professor, é possível a atribuição de uma dimensão positiva à locução ativismo judicial, porquanto este seria legitimamente exercido quando procurasse “extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados).”¹⁰⁹ A noção se consubstanciaria por intermédio da intensificação da participação do Judiciário “na concretização dos valores e fins constitucionais,”¹¹⁰ dando azo a uma maior interferência no espaço de atuação dos demais Poderes.¹¹¹

Com efeito, diante da singularidade do cenário brasileiro, onde, passados vinte e dois anos da promulgação da Constituição, permanece inoperante uma enorme gama de direitos fundamentais, notadamente os sociais, não há como associar uma atuação interventiva da jurisdição constitucional com a prática de ativismo judicial. Isto porque, a atuação do Poder Judiciário circunscrita à finalidade de fazer cumprir a Constituição, destinada a assegurar a efetividade dos dispositivos constitucionais, imbuída da tarefa de implementar a força normativa

¹⁰⁷ MARSHALL, William P. *Conservatives and the seven sins of judicial activism*. In: University of Colorado Law Review, v. 73, sept. 2002, p. 104. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=330266. Acesso em 10 nov. 2010, p. 104.

¹⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Op. Cit., p. 11.

¹⁰⁹ Ibid. p. 11.

¹¹⁰ Ibid. p. 10.

¹¹¹ Ibid.

da Constituição, não pode ser taxada de ativista. A problemática do ativismo judicial se impõe na medida em que “a Corte extrapola os limites impostos pela Constituição e passa a fazer política judiciária, seja para o “bem”, seja para o ‘mal’.”¹¹² A questão do ativismo se coloca, na medida em que a concretização do texto constitucional passa a depender da subjetividade *assujeitadora*, de decisionismos provenientes da vontade do intérprete.

Neste passo, a constatação de ambiguidades e vagezas dos textos jurídicos, a maior abertura dos princípios às possibilidades de significado não podem depender ou conduzir à discricionariedade do julgador, a uma atuação judicial que desborda os limites da Constituição. Do mesmo modo, a compreensão do fenômeno da mutação constitucional enquanto solução de um pretenso descompasso entre texto constitucional e a realidade social, a exigir uma jurisprudência corretiva, atualizadora da Constituição,¹¹³ deve ser abandonada, em virtude do novo paradigma da intersubjetividade não se coadunar com a figura de um decisor autocentrado, responsável por corrigir e complementar a Constituição à revelia do processo legislativo regulamentar. Nesta esteira, porquanto a hermenêutica filosófica propugna pela inserção do mundo prático na filosofia, advoga pelo resgate, pela inclusão da facticidade no processo de compreensão, é necessário reconhecer a falibilidade do conceito de mutação constitucional cunhado pelos autores vinculados à Escola alemã de Direito Público, notadamente Paul Laband e Georg Jellinek.

Nesta quadra, em tempos de giro linguístico-ontológico, em tempos de pós-positivismo e em vista da conseqüente relação entre Direito, moral e política, a constatação da insuficiência do conceito de mutação constitucional cunhado por Georg Jellinek revela-se evidente, porquanto vinculado à corrente filosófica positivista, que propugnava dentre seus pilares a estrita separação entre ordenação jurídica e realidade. Desta maneira, limitado a uma análise empírica do fenômeno, meramente descritiva dos processos político-sociais, Jellinek não soube compatibilizar o influxo, a coordenação entre o mundo prático e a normatividade, permanecendo refém dos discursos objetivistas e continuando vinculado à cisão entre fato e Direito. Desta feita, sua análise da mutação constitucional não

¹¹² STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Op. Cit., p. 22.

¹¹³ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. Op. Cit., p. 19.

incorporou a ideia de que o intérprete, na compreensão de um texto jurídico, o faz dentro de seu momento histórico, social e político, dentro do que a tradição a ele legou, sendo a discricionariedade incompatível com todo este processo.

Assim sendo, associar o fenômeno da mutação constitucional ao ativismo judicial, adotar como tarefa do Poder Judiciário diante de lacuna, de hiato entre texto constitucional e realidade fática, uma atitude positiva, pró-ativa, enfática de complementar, corrigir a Constituição, desconsiderando o texto constitucional, amesquinhando a atuação do Poder Legislativo, implica operar no interior do paradigma da subjetividade, importa em atribuir um potencial criador do Judiciário a partir de uma subjetividade *assujeitadora* de seus integrantes, à revelia do pacto constituinte.¹¹⁴ Neste diapasão, impõe-se combater a postura ativista assumida em diversos momentos pelo Poder Judiciário, notadamente pelo Supremo Tribunal Federal, quando este atua com a finalidade preponderante de redefinir os limites de sua própria competência jurisdicional, desvirtuando, portanto, o traçado original da Constituição.¹¹⁵

Deste modo, ao defendermos o paradigma da intersubjetividade, à luz da hermenêutica filosófica de Gadamer, ao propugnarmos a ruptura com a filosofia da consciência e ativismos judiciais, estamos sustentando uma concepção de mudança informal da Constituição via interpretação judicial que não se opera à margem da Constituição, não se perfaz a partir de dualismos, de dicotomias. Há limites hermenêuticos a serem observados e respeitados. Neste sentido, o papel que deve ser assumido pelo Poder Judiciário enquanto um dos intérpretes da Constituição,¹¹⁶ notadamente em países periféricos como o Brasil consiste em

¹¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Op. Cit., p. 213.

¹¹⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio do. (Org.) *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 16.

¹¹⁶ Por uma perspectiva plural da interpretação constitucional conferir Peter Häberle. O autor propõe uma revisão da metodologia jurídica tradicional, vinculada à sociedade fechada, e a adoção de um conceito mais amplo de hermenêutica constitucional, capaz de abarcar os cidadãos, os grupos de interesse, os órgãos estatais, o sistema público, a opinião pública dentre outros, como consequência da necessidade de se integrar a realidade ao processo de interpretação da constituição. Segundo o autor: “a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática.” Com efeito, Häberle sustenta que a legitimidade decorrerá da participação no procedimento, sua proposta consiste na adoção de uma hermenêutica constitucional destinada à sociedade pluralista, porquanto “todo aquele que vive a Constituição é um seu legítimo intérprete”. Assim, na lição do autor, não seria possível a fixação de um elenco fechado de intérpretes, porquanto a interpretação constitucional constitui um elemento da sociedade aberta. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Op. Cit., p. 09, 13 e 14.

evidenciar “inclusive contra maiorias eventuais, o direito produzido democraticamente, especialmente o dos textos constitucionais. Coloca em xeque, portanto, o princípio da maioria, em favor da maioria fundante e constituinte da comunidade política.”¹¹⁷

3.6

A noção de Direito como integridade, a mutação constitucional como integridade.

No presente item da dissertação faremos uma análise da tese defendida por Ronald Dworkin acerca do Direito como integridade, bem como da moralidade institucional, no intuito de verificar os pontos de contato entre a perspectiva do autor e a concepção de Gadamer, fulcrada no valor da tradição, da historicidade e na noção de pré-compreensão enquanto condição de possibilidade.¹¹⁸ Nosso objetivo, ao final, consiste em considerar o fenômeno da mutação constitucional enquanto integridade, na tentativa de compatibilizar a noção de mudanças informais com a necessidade de preservação, de resguardo da Constituição, enquanto resultado, obra legítima do poder constituinte originário. Isto implica considerar, na letra de Lenio Streck, Marcelo Cattoni e Martonio Mont’Alverne, que a noção de integridade, antes de mais nada, pressupõe a integridade da própria Constituição.¹¹⁹

Nesta quadra, a concepção de Ronald Dworkin sinaliza para a interpretação enquanto combinação de elementos voltados para o passado e para o futuro,¹²⁰ espécie de *romance em cadeia*,¹²¹ no melhor espírito da noção de fusão de horizontes (passado e presente) preconizada pela hermenêutica filosófica gadameriana, porquanto imperioso que a prática jurídica contemporânea seja

¹¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Op. Cit., p. 31.

¹¹⁸ Ibid. p. 4.

¹¹⁹ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. Op. Cit., p. 12.

¹²⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martin Fontes, 2007, p. 271.

¹²¹ Ibid. p. 275. A expressão “romance em cadeia” deriva do gênero literário artificial criado por Dworkin, a partir da comparação entre Direito e a Literatura. Neste sentido, considerar o Direito como integridade “pede ao juiz que se considere como um autor na cadeia do direito consuetudinário. Ele sabe que outros juízes decidiram casos que, apesar de não exatamente iguais ao seu, tratam de problemas afins; deve considerar as decisões deles como parte de uma longa história que ele tem de interpretar e continuar, de acordo com suas opiniões sobre o melhor andamento a ser dado à história em questão.” Ibid. p. 286.

considerada como um processo em desenvolvimento, em construção. Desta maneira, a adequação ao passado não se encontra à disposição do intérprete, porém deve ser edificada, construída, uma vez que as decisões judiciais não se limitam a descrever o passado, mas sim, tem por finalidade “mostrar o que é interpretado em sua melhor luz possível.”¹²²

Com efeito, na perspectiva do novo paradigma da intersubjetividade (sujeito-sujeito, diálogo público), instituído pelo Estado Democrático de Direito, a integridade se apresenta como uma exigência, correlacionada a outras virtudes, a outros princípios, como a justiça, a equidade e o devido processo legal, os quais serão determinantes para a veracidade das proposições jurídicas, na medida em que “oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.”¹²³ De fato, considerar a integridade como ideal político implica em reconhecer que, em uma comunidade, a despeito das insolúveis divergências acerca das diferentes concepções de justiça, é intuitivo que se exija do Estado de Direito tratar a todos com igual consideração e respeito, com igualdade perante a lei. Vale dizer: “A integridade detém seu olhar sobre essas questões de princípio: o governo deve ter uma só voz ao se manifestar sobre a natureza desses direitos, sem negá-los, portanto, a nenhuma pessoa em momento algum.”¹²⁴

De fato, na luta contra o positivismo discricionarista, Dworkin entende ser a integridade forma contundente de combate à parcialidade, à corrupção, porquanto capaz de promover a interpenetração de circunstâncias públicas e privadas, alçando a sociedade política a uma forma especial de *comunidade*, na medida em que “promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar monopólio de força coercitiva.”¹²⁵ Nada obstante, inserido na perspectiva de resgate do mundo prático, da facticidade, Dworkin ressalta a necessidade de interpretar a própria cultura política da comunidade, “e não uma moral política abstrata e atemporal”.¹²⁶

Assim sendo, a integridade recomenda aos julgadores que, diante de um caso concreto, concebam o Direito como um todo, como uma unidade e não como um aglomerado de decisões políticas incoerentes e esparsas. Dito de outro modo:

¹²² Ibid. p. 292.

¹²³ Ibid. p. 272.

¹²⁴ Ibid. p. 268.

¹²⁵ Ibid. p. 228.

¹²⁶ Ibid. p. 260.

a concepção de Dworkin demanda a apreensão do Direito enquanto conjunto coerente de princípios, estruturados “sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas.”¹²⁷ Como antes anotado, apostar no caráter normativo dos princípios implica em vislumbrar as decisões judiciais como expressão, reflexo de princípios duráveis, bem como representa o combate a decisões arbitrárias, fruto de preferências pessoais dos juízes.

Nesta esteira, Dworkin frisa que Judiciário e Legislativo desempenham papéis distintos, encontram-se em situações diversas.¹²⁸ O autor comenta que “Qualquer teoria plausível desqualificaria uma interpretação de nosso próprio direito que negasse abertamente a competência ou a supremacia legislativa”. Vale assentar, para além deste limite, o papel desempenhado pelos fatos brutos da história jurídica como baliza preconizada por Dworkin às convicções pessoais do julgador.¹²⁹ Na letra do autor: “Mas quem quer que aceite o direito como integridade deve admitir que a verdadeira história política de sua comunidade irá às vezes restringir suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral.”¹³⁰

Sendo assim, na busca por limites hermenêuticos à interpretação judicial, resta bem nítido que não há liberdade para o decisor criar ou *assujeitar* o objeto em análise. Tanto o texto legal traduz marcas importantes da história (circunstâncias às quais deve adaptar-se o intérprete), como uma prática já instituída ou o próprio objeto em si exercem uma espécie de coerção sobre as interpretações disponíveis. Na alusão ao *romance em cadeia*, observa-se que a interpretação construtiva proposta por Dworkin, se consubstancia na necessidade de compatibilizar as decisões políticas da comunidade com a dimensão inovadora introduzida pelos julgadores, vale dizer, é imperioso o equilíbrio constante entre a manutenção e a criação, enquanto noções intrínsecas ao próprio processo de interpretação. Dito de outro modo, apreender o Direito como integridade, bem como articular uma interpretação adequada importa em dar continuidade à história institucional, mantendo, por intermédio de princípios, coerência com as demais decisões políticas da comunidade. Na lição de Dworkin, juízes que assumem o

¹²⁷ Ibid. p. 291.

¹²⁸ Ibid. p. 292.

¹²⁹ Ibid. p. 305.

¹³⁰ Ibid.

ideal interpretativo da integridade “decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade.”¹³¹

Neste sentido, aludindo à problemática das mutações constitucionais a partir da perspectiva da integridade, cabe salientar de que maneira as decisões judiciais não estabelecem um “grau zero de sentido”.¹³² De fato, porquanto a fenomenologia hermenêutica preconiza a impossibilidade de cisão entre interpretação e aplicação, advoga a noção de que o texto em si não carrega intrinsecamente o seu significado, não há como desconsiderar a força da linguagem, a dimensão da pré-compreensão, o peso da história no processo de interpretação e, conseqüentemente, nas mudanças informais da Constituição. Mutação constitucional não pode ser sin nimo de subversão, nem de livre atribui o de sentido ao texto, notadamente aquele capaz de macular a integridade do Diploma Maior. Na perspectiva do *romance em cadeia*, não pode o intérprete romper com a história institucional, nem ruir com a coerência e unidade das decisões políticas tomadas em comunidade. A atribui o de sentido pelo decisor não pode se dar em uma dire o totalmente diversa da que se depreende do texto constitucional.

Desta maneira, porquanto a concep o do Direito como integridade incorpora a no o de historicidade, de fenomenologia, a análise específica do posicionamento, não unânime, dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Roberto Grau na Reclama o 4.335-5/AC nos remete   tradi o positivada no artigo 52, X, da CRFB. Desta feita, a op o por ratificar o texto constitucional de 1988, por consagrar não apenas o sistema misto de controle de constitucionalidade, mas também um modelo que confere ao Senado a possibilidade de divergir no momento final do controle difuso, consubstanciando uma dimensão dialógica entre poderes (uma dimensão intersubjetiva, portanto), traduz, escolhas políticas feitas pelo poder constituinte originário, bem como denota a impossibilidade do intérprete em desconsiderá-las, notadamente alegando ocorrência de muta o constitucional.

¹³¹ Ibid.

¹³² STRECK, Lenio Luiz. *O que   isto – decido conforme minha consciência?* Op. Cit., p. 27.

Com efeito, cumpre salientar que a noção de integridade não contradiz a ideia de diversidade, no sentido de que regras promulgadas no passado podem não mais atender a objetivos futuros, vale dizer: “a integridade não recomenda o que seria perverso, que deveríamos todos ser governados pelos mesmos objetivos e estratégias políticas em todas as ocasiões.”¹³³ Contudo, a constatação de eventual obsolescência, inadequação do texto constitucional, bem como a consequente redação de novo dispositivo constitui tarefa do Poder Legislativo, poder constituinte derivado, não sendo, portanto, atribuição do Supremo Tribunal Federal. Assim, na eventualidade de se reconhecer a obsolescência da atribuição do Senado Federal consubstanciada no artigo 52, X, da CRFB, deve ser o dispositivo objeto de emenda constitucional e não de mutação constitucional.¹³⁴ Por esta razão, cumpre salientar a pertinente observação de Virgílio Afonso da Silva, acerca do respeito à integridade da Constituição legitimamente aprovada:

“A conclusão deste trabalho pretende ser um pouco mais realista, sem abandonar, contudo, as importantes conclusões a que se chegou ao longo da exposição. A primeira premissa dessa postura realista é a de que o momento para o pensamento institucional completamente inovador e ilimitado esgotou-se no dia 5 de outubro de 1988. Agora temos que lidar com a constituição que aí está, e não ignorá-la.”¹³⁵

Desta maneira, porquanto o fenômeno da mutação constitucional consiste em um processo informal de mudança da Constituição sem alteração do texto, vale dizer, constitui uma mudança na compreensão circunscrita aos sentidos possíveis do dispositivo constitucional, porém, de alguma maneira atrelada “à *plasticidade* de que são dotadas inúmeras normas constitucionais,”¹³⁶ cabe destacar a impossibilidade de se depreender do artigo 52, X, da CRFB, a interpretação atribuída pelos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Roberto Grau na Reclamação 4.335-5/AC. Definitivamente não há que se falar, na hipótese, em genuína mutação constitucional. Afinal, tendo em conta a

¹³³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Op. Cit., p. 291.

¹³⁴ Nesta esteira, independentemente do mérito, cumpre assinalar que foi apresentado pelo Senador Arthur Virgílio, consoante a dicção do artigo 60, § 3º, da CRFB, projeto de emenda constitucional, PEC nº 11 de 2008, cuja ementa dispõe sobre a revogação do inciso X do artigo 52 da Constituição Federal. Senado Federal. Projeto de emenda constitucional nº 11 de 2008. Autoria do senador Arthur Virgílio, 26 mar. 2008.

¹³⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. Cit., p. 219.

¹³⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Op. Cit., p. 123.

perspectiva dworkiniana da integridade e a necessidade de se preservar a força normativa, a coerência constitucional, bem como, a concepção da hermenêutica filosófica gadameriana onde o significado das normas se dá em virtude da “situação hermenêutica (modo-de-ser-no-mundo) na qual está inserido o intérprete,”¹³⁷ não é possível vislumbrar mutação capaz de esvaziar por completo a eficácia de determinado dispositivo constitucional, não é admissível “reduzir a competência do Senado Federal a um mero órgão de imprensa,”¹³⁸ a um mero publicador das decisões do Supremo Tribunal Federal. Desta feita, cumpre salientar que a observância da dimensão dialógica, bem como da possibilidade de discordância da interpretação judicial consubstanciada no artigo 52, X, da CRFB são noções integrantes da coerência e da integridade da Constituição brasileira aprovada em 1988. Assim, é incabível o enfraquecimento do legislador eleito enquanto instância apta a construir o significado de Constituição, notadamente em virtude da assunção do paradigma da intersubjetividade próprio do Estado democrático de Direito. Nesta seara, se o “Controle de constitucionalidade é *parte do jogo democrático*,”¹³⁹ impõe-se investir em uma concepção de mutação constitucional capaz de incorporar a dinâmica das relações institucionais, de maneira a revelar uma proveitosa interação entre Legislativo, Judiciário e a esfera pública. Torna-se imprescindível, pois, a construção de uma dimensão dialógica entre os Poderes e a Sociedade.

¹³⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Op. Cit., p. 104.

¹³⁸ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Op. Cit., p. 7.

¹³⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. Cit., p. 221.