

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
MESTRADO EM DIREITO, ESTADO E CONSTITUIÇÃO

LEGITIMIDADE E INTERPRETAÇÃO NAS
SÚMULAS JURISPRUDENCIAIS: UM ESTUDO A
PARTIR DA SÚMULA 90 DO TRIBUNAL
SUPERIOR DO TRABALHO

PAULO HENRIQUE BLAIR DE OLIVEIRA

Brasília

2006

PAULO HENRIQUE BLAIR DE OLIVEIRA

LEGITIMIDADE E INTERPRETAÇÃO NAS
SÚMULAS JURISPRUDENCIAIS: UM ESTUDO A
PARTIR DA SÚMULA 90 DO TRIBUNAL
SUPERIOR DO TRABALHO

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito, Estado e Constituição.

Orientador: Professor Doutor Menelick de Carvalho Netto

Brasília

2006

O candidato foi considerado aprovado pela banca examinadora.

Professor Doutor Menelick de Carvalho Netto

Orientador

Professor Doutor Cristiano Otavio Paixão Araujo Pinto

Membro

Professora Doutora Juliana Neuenschwander Magalhães

Membro

Brasília, 15 de fevereiro de 2007.

Para Elienay (*in memoriam*), por fazer grandes os pequenos momentos.

Para Giovana, por fazer melhores estes momentos.



Agradecimentos

Toda pesquisa é, em síntese, o resultado de um esforço coletivo. E, de outra parte, nenhuma pesquisa vale a pena se não tratar daquilo que nos angustia, daquilo que nos desafia, daquilo que desperta a pulsação das idéias e das emoções. Por isto, estes agradecimentos são voltados aos que dividiram comigo boa parte das angústias, desafios, emoções e - é claro - também das idéias que motivam este texto. Faço isto inicialmente, sem pretender omissões ou injustiças, nas pessoas de todos os integrantes do grupo de pesquisa "Sociedade, Tempo e Direito", que tenho a honra de integrar desde sua organização. A seus professores coordenadores (Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto, Prof. José Geraldo de Sousa Junior, Prof. Dr. Cristiano Paixão Araújo Pinto e Prof. Dr. Alexandre Bernardino Costa) e a todos os alunos que o integram reconheço um débito que não pode de fato ser saldado; exceto, talvez, por meu compromisso em fazer da relação entre Direito e Democracia o centro constante de minhas reflexões e de minha produção científica. Um agradecimento particular cabe ao maior incentivador acadêmico desta pesquisa, o Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto. Por dois anos, tive o privilégio de contar com sua orientação não apenas científica, mas em particular na formação para um magistério jurídico que firmemente crê na possibilidade e necessidade da única leitura correta da Constituição: aquela que jamais sacrifica a democracia. E, tanto fora quanto dentro dos espaços da academia, pude contar com o apoio mais fundamental de todos, aquele empenhado irrestritamente por meus familiares. Giovana, em seu amor entusiasmado por minhas idéias; Lylio, em sua genuína alegria com minha trajetória acadêmica; Keyla, em seu amparo às pequenas e grandes necessidades do cotidiano; Nair, Adonias, Marília, Stella, Any e Leonardo, em sua constante preocupação (e ação) por meu bem-estar. Ainda que as idéias deste texto possam ser refutadas ou diluídas pelo tempo, persistirá o carinho manifestado por todos vocês.

"...a alternativa ao sonho do julgamento objetivo não é o pessimismo, cinismo ou torpor, mas vigilância, sensibilidade e atividade, tanto intelectuais como pragmáticas. Uma vez que nenhum axioma pode gerar nossos julgamentos e nenhum princípio pode assegurar a sua qualidade objetiva, devemos continuamente criar e elaborá-los nós mesmos, tornando-os tão bons, e justificando-os tão bem - considerados todos os fatores - quanto consigamos."

Barbara Herrnstein-Smith

SUMÁRIO

RESUMO.....	8
ABSTRACT.....	10
INTRODUÇÃO – AS PRETENSÕES POSTAS SOBRE AS SÚMULAS JURISPRUDENCIAIS.....	12
CAPÍTULO 1 – SÚMULAS JURISPRUDENCIAIS E OS LIMITES E POSSIBILIDADES RECONSTRUTIVAS NO USO DA LINGUAGEM.....	20
CAPÍTULO 2 – A CONDIÇÃO HERMENÊUTICA, AS SÚMULAS JURISPRUDENCIAIS E A INTEGRIDADE DO DIREITO.....	76
CONCLUSÃO – O PAPEL CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADO PARA AS SÚMULAS JURISPRUDENCIAIS.....	130
BIBLIOGRAFIA.....	139

Resumo

O presente texto discute o papel constitucionalmente adequado às súmulas de jurisprudência sob a luz da exigência de uma interpretação democrática do Direito que o respeite em sua integridade. Esta discussão é feita a partir do processo de formação da súmula 90 do Tribunal Superior do Trabalho, na qual é examinada a viabilidade de que tais súmulas suportem pretensões marcadas por um senso comum calcado em uma concepção absoluta da teoria, por sua vez apoiada nos pressupostos de que súmulas controlem efetivamente a linguagem jurídica e o processo hermenêutico de atribuição de sentidos às normas de direito. Uma visão teorética, em suma, que é tão certa de si quanto cega para seus limites e, por isto mesmo, faz da razão algo irracional. De outra parte, são também tratadas as possibilidades que vêm do potencial de razão comunicativa do uso da linguagem em tais súmulas e das exigências democráticas da leitura do Direito como integridade, articulando-se no problema, de forma complementar, o giro lingüístico e o giro hermenêutico, particularmente no uso que Jürgen Habermas e Ronald Dworkin fazem deles ao tratarem da Teoria do Direito. Portanto, o tema tratado aqui é as pretensões excessivas quanto ao papel das súmulas jurisprudenciais *versus* o potencial de racionalidade comunicativa e hermenêutica que elas guardam ante uma leitura mais aprofundada da Teoria Constitucional. A sua relevância se torna ainda maior na medida em que a Emenda Constitucional de número 45, datada de 30 de dezembro de 2004, expressamente atribui ao Supremo Tribunal Federal a prerrogativa de editar súmulas com caráter vinculante. Por

esta mesma razão, optou-se por percorrer a análise dos marcos teóricos já descritos acima através do fio condutor de uma *praxis* jurisdicional: a formação de uma súmula em que, constantemente, o Tribunal Superior do Trabalho se depara com a necessidade de coibir leituras abusivas do Direito e, após este esforço racional de coibi-las, vê-se novamente às voltas com novos intuitos abusivos na aplicação do Direito. A formação da súmula 90, do Tribunal Superior do Trabalho, revela-se um exemplo de como a Teoria do Direito e da Constituição lidam com riscos que não podem jamais ser controlados ou expurgados de forma completa e, por isto mesmo, devem apoiar-se em uma razão que em primeiro lugar percebe-se como limitada e precária, e, suspeitando de seus limites, abre-se para a crítica.

ABSTRACT

The present text debates the proper constitutional role for judicial precedents in view of a interpretation of the law that meets the need of a democratic reading of the constitution while respecting its integrity. The debate is made throughtout the formation process of the precedent # 90, of the brazilian Superior Labour Court, in which is examined the possibility that those precedents could sustein assumptions based mostly in a common sense characterized by the idea of a complete and absolute theory, presuming that precedents effectively control the language in law and also control the hermeneutical process trough wich meanings are assined to norms in law. A theorethical vision that, in a nutshell, is as sure of itself as it is blind to its own limits, turning reason into irrationality. On the other hand, this texts adresses the possibilities of the potencial communicative rationality present in those precedents, as well as the need of a democratic reading of the law as integrity, making a complementary use of the linguistic and the hermeneutical turns, particularly in the way that Jürgen Habermas and Ronald Dworkin respectively see those turns in the Theori of Law. Therefore, here we discuss the excessive expectations as for the role of the judicial precedents versus the potencial for a communicative and hermeneutical rationalities that are present in thoses precedents. The relavance of this debate is now greater, as the Constitutional Ammendment # 45, from december 30th 2004, authorizes the brazilian Supreme Court to emit precedents necessarily followed by all the courts. In light of the same reason, in this research a judicial praxis was took as a path to

analyse the constitutional theories referred above: the formation of a precedent in which the Superior Labour Court was continuously asked to refrain a abusive reading of the law and, after a rational effort to meet this demmand, a new abusive reading was brought to the court's attention. The formation of the precedent # 90, of the Supreme Labour Court, is an example of how the Theory of the Law and of the Constitution deal with risks that can never be completely controled nor purged and, precisely for that, should rather be grounded in a reason that first and foremost sees itself as limited and falible, suspecting its own limits and opened to critic.

INTRODUÇÃO

AS PRETENSÕES POSTAS SOBRE AS SÚMULAS JURISPRUDENCIAIS

Com a edição da Emenda Constitucional de número 45, o debate sobre as súmulas jurisprudenciais atingiu um ápice: o Supremo Tribunal Federal obteve a autorização para, mediante "quorum" decisório qualificado de dois terços de seus membros, consolidar reiteradas decisões sobre matéria constitucional em súmulas de observância obrigatória por todos os órgãos judiciários e ainda por todos os integrantes da administração pública, direta ou indireta, em todas as esferas da federação - União, Estados Membros e Municípios. Este é o conteúdo do art. 103 - A, da Constituição Federal em vigor (BRASIL, 2005, p. 85).

Uma leitura de senso comum abriga, neste artigo, a pretensão de que, por força do seu parágrafo primeiro, seja possível fixar a interpretação de normas sobre as quais pese controvérsia entre órgãos judiciários, ou entre estes e a administração pública, a partir do pressuposto de que funcionalidade e racionalidade do sistema judiciário são obtidas quando se impede uma multiplicação de ações sobre questões que seriam idênticas sob esta ótica. A lógica de que este controle interpretativo é imprescindível à racionalização dos trabalhos judiciários elevou-se à condição de senso comum, a tal ponto que mesmo parte dos que manifestavam reservas a ela acabam por afirmar a natureza vinculante destas súmulas como única "alternativa ao caos", consoante exemplifica opinião colhida junto ao ministro Ricardo Lewandowski, pelo periódico eletrônico Consultor Jurídico em sua edição de 22 de maio de 2006 (MOROSIDADE NA JUSTIÇA, 2006).

Mesmo a ministra Ellen Gracie, ao tomar posse no cargo de Presidente do Supremo Tribunal Federal, afirmou que viabilizaria a aplicação de

instrumento que, a seu ver, garantiria um volume menor e uma qualidade maior de trabalho para a Corte: a súmula vinculante, já estabelecida pela Emenda Constitucional 45. Na compreensão da ministra, este mecanismo poderia contribuir para a eliminação da quase totalidade da demanda em causas tributárias e previdenciárias e teria o extraordinário potencial de fazer com que uma mesma questão de direito receba afinal tratamento uniforme para todos os interessados (REPERCUSSÃO GERAL, 2006).

Dando eco a este senso comum, há juristas que tomam as súmulas vinculantes como capazes de ensejar uma definição célere do processo, autorizando o manejo da reclamação contra qualquer decisão, encerrando rapidamente a ação e conceder mais certeza para aplicação obrigatória de um entendimento determinado (OLIVEIRA JÚNIOR, 2006).

Estas pretensões de controle interpretativo e de "alívio da sobrecarga" de processos judiciais são as mesmas que orientam normas infraconstitucionais que, no processo civil e no processo trabalhista, expressam-se na leitura de normas que vedariam a admissão de recursos quando o órgão prolator da decisão recorrida entender que esta estiver em conformidade com súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior do Trabalho. As disposições normativas neste sentido são presentes, dentre outros, na redação que se acha em vigor dos artigos 518, § 1º, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2006a, p. 1) e 896, § 5º, da CLT (BRASIL, 2006c, p. 139). A disseminação desta lógica operacional chegou, até mesmo, a ponto de se buscar estendê-la ao primeiro grau de jurisdição, permitindo-se ao juiz que, estando diante questões "apenas de direito", e já tendo decidido matéria "idêntica" em sentido contrário, conclua

pela improcedência da pretensão do autor de forma sumária, sem a necessidade de que o réu seja citado, dispensando-se até mesmo a formação da clássica relação processual triangular.¹

Todavia, a questão tem também levantado preocupações que, embora em sentido oposto, também passaram a ser tratadas como senso comum de outra parte de juristas. Trata-se da idéia de que súmulas jurisprudenciais, tomadas desta forma "vinculativa" poderiam resultar em um aprisionamento da jurisprudência. É o que se vê, exemplificativamente, na manifestação do advogado Roberto Busato, no sentido de que tais súmulas se transformariam no "rolo compressor da cúpula do Judiciário sobre a grande maioria dos juízes de primeiro e segundo graus" e que seriam "um artifício que engessa por completo as decisões dos juízes das instâncias inferiores" (REFORMA DO JUDICIÁRIO, 2006).

O presente texto propõe que ambas estas posturas (a de que súmulas propiciem uma celeridade processual ou de que elas sejam um entrave à evolução interpretativa no Direito) assentam-se no pressuposto de que a linguagem possa ser controlada (de sorte que aplicadores do Direito possam lançar mão de um resultado já construído aprioristicamente), e de que (por conseqüência) existam casos idênticos em que essas decisões *a priori* pudessem ser implementadas.

O que se busca nesta pesquisa é, a um só tempo, examinar a validade destes pressupostos à luz de elementos da Teoria do Direito contemporânea e, em seguida, apontar uma leitura que à melhor luz possa ser dada ao art. 103 -

¹ cf. redação atual do art. 285-A, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2006b, p.1)

A, da Carta Federal, à vista do Estado Democrático de Direito. Assim, em uma frase, a presente pesquisa tem por hipóteses a impossibilidade de que linguagem e interpretação possam ser aprioristicamente fixados e a existência de um papel constitucionalmente adequado às súmulas jurisprudenciais. Porém, igualmente formula a hipótese da existência de um potencial de racionalidade lingüística e de racionalidade hermenêutica que permitam conceber o papel constitucionalmente adequado para o uso das súmulas jurisprudenciais.

A trajetória proposta aqui será percorrida a partir de uma súmula jurisprudencial tomada paradigmaticamente, qual seja, a súmula 90, do Tribunal Superior do Trabalho. O motivo para tanto é o fato de que esta súmula trabalhista, ao versar sobre a questão central dos salários, articula duas outras categorias fundamentais na inserção do sujeito: o tempo e o espaço. Ela tem o propósito de definir em que condições um determinado deslocamento espacial do trabalhador deve ser computado como tempo de trabalho e, conseqüentemente, resultar no pagamento de salários (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2006a, p. 23). A sua redação atual, contudo, é o resultado da agregação, desde sua data de edição originária (10 nov. 1978) de nada menos que duas outras súmulas e ainda duas orientações jurisprudenciais. Para uma compreensão mais produtiva da trajetória desta súmula, são anexados ao presente texto, na íntegra, os acórdãos dos precedentes indicados nas resoluções do Tribunal Superior do Trabalho como formadores dela. Isto porque a obtenção da versão integral daqueles acórdãos requereu, às mais das vezes, consulta aos arquivos da corte.

A análise apresentada neste texto será feita a partir da articulação concomitante de dois nortes teóricos. O primeiro é a Teoria Discursiva do Direito, articulada por Jürgen Habermas (2002b, p. 452-453), o qual, ante os limites da linguagem e ante os usos lingüísticos que a modernidade simultaneamente libera (o estratégico e o comunicativo), retoma a busca por uma racionalidade que somente pode ser universal em concreto e de modo intersubjetivo (HABERMAS, 2001b, p. 52-54 e 58). O segundo é o conceito de integridade no Direito, formulado por Ronald Dworkin, no qual será tematizada uma tensão que marca em especial as súmulas jurisprudenciais: o confronto entre certeza do Direito (na sua abstração e generalidade, como conquistas fundamentais da modernidade) e a realização de uma justiça que obrigatoriamente deve considerar toda a especificidade de cada caso concreto posto ante o crivo do aplicador do Direito (DWORKIN, 1999, p. 7-8, 271-272).

A opção por trabalhar, em um mesmo texto, perspectivas do giro lingüístico-pragmático e do giro hermenêutico não expressa uma tentativa de anular as diferenças entre estas posturas teóricas. Ao contrário: é precisamente a oposição entre ambas, a tensão estabelecida entre elas, que permite percebê-las como complementares (CAMERON, 1995, p. 261-263). É na particularidade e na incontrolabilidade das formas de linguagem que se pretenderá demonstrar a necessidade de que, ao operarmos com enunciados sumulares dotados de pretensão de generalidade, façamos a reconstrução dos elementos (vestigiais que sejam) da racionalidade que deu origem a esta pretensão de universalidade (HABERMAS, 1987, p. 32). De outra parte, a pretensão de universalidade presente na hermenêutica filosófica permitirá ver que a compreensão e aplicação de um enunciado sumular são frutos de uma

tradição interpretativa, e que é indispensável considerar-se todas as particularidades de cada caso concreto.

O presente texto lança mão também de outros autores nas respectivas tradições teóricas trabalhadas por Jürgen Habermas e Ronald Dworkin. É o caso de Ludwig Wittgenstein, no que concerne às origens do giro lingüístico-pragmático sobre o qual se assentam os pressupostos teóricos habermasianos. É também o caso de Hans-Georg Gadamer, no que tange à formulação de um giro hermenêutico-filosófico, a partir do qual são articuladas duas idéias centrais para Ronald Dworkin, a noção do "encadeamento" do Direito e de integridade do Direito. Porém, o recurso feito a estes outros autores tem como propósito não um "grande e abrangente resumo" da Teoria Constitucional sob o influxo do giro pragmático e do giro hermenêutico. O que se procura é apenas uma compreensão melhor de parte dos pontos de partida das reflexões dos marcos teóricos que são centrais ao presente texto, com uma ênfase muito clara, a saber, repelir pretensões totalizantes de cada uma destas teorias e demonstrar que a sua utilidade ao objeto desta pesquisa reside precisamente no fato de que, nelas, a questão do método toma um outro rumo. O que tais autores têm de comum é o fato de tomarem a razão como falível e parcial, sabedores de que o aprofundamento da análise de um aspecto não se pode fazer sem um sacrifício (provisório que seja) da visibilidade de outros aspectos do mesmo problema a ser investigado. Porém, todos também abraçam uma possibilidade - ainda que reconstrutiva - para o uso da razão, em um esforço bastante típico de um período que, no dizer de Giddens, é marcado por uma compreensão que, até em nível institucional, já vê a razão moderna como limitada e, desta forma, repensa a si mesma (GIDDENS, 1992, p. 4 e p. 6).

Ao final desta pesquisa, pretende-se chegar a uma dupla conclusão: que pretensões devem ser abandonadas quando do uso de súmulas jurisprudenciais (porque inatingíveis sob os pontos de vista lingüístico e hermenêutico) e que papel é constitucionalmente adequado a tais súmulas na medida em que a racionalidade jurídica sofre uma reconstrução sob o enfoque da Teoria Discursiva do Direito e sob o prisma da leitura do Direito como integridade.

Um alerta, contudo, ao leitor: precisamente porque este texto aposta em uma relação de oposição complementar entre os giros lingüístico e hermenêutico, não se fará uma clivagem absoluta entre estas perspectivas, mas apenas ênfases consoantes à utilidade de cada uma delas para a resposta às indagações que emanam do próprio objeto da pesquisa. Mais que isto, para se guardar coerência com o fato de que os autores selecionados como fios condutores do debate travado no presente texto extraem suas perspectivas teóricas precisamente através da observação de práticas sociais (sejam elas comunicacionais, sejam elas interpretativas), optou-se por não dividir o texto entre a "revisão da teoria" e a "aplicação da teoria". Ao contrário, a articulação dos conceitos teóricos será, sempre que necessário, imediatamente articulada com o objeto da pesquisa, de tal modo que a revisão feita é, em última análise, apenas a resposta às perguntas já formuladas pelo próprio objeto a ser pesquisado.

CAPÍTULO 1

SÚMULAS JURISPRUDENCIAIS E OS LIMITES E POSSIBILIDADES

RECONSTRUTIVAS NO USO DA LINGUAGEM

O então enunciado² de número 90, da súmula de jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, foi editado mediante Resolução de número 80, esta publicada no Diário de Justiça da União de 26 de setembro de 1978. Sua redação original era a seguinte:

O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho e no seu retorno, é computável na jornada de trabalho (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2006a, p. 23).

O exame das ementas dos três precedentes³ que deram origem a este enunciado de súmula revela que a pergunta posta naqueles casos possuía somente estes contornos simples: o deslocamento do trabalhador até o trabalho (e seu retorno), em condução fornecida pelo empregador, é considerado tempo à disposição do tomador de serviços - e, portanto, deve ser remunerado? A resposta foi afirmativa. Porém, menos de dois meses após a edição do enunciado referido em sua redação original, a Corte Superior do Trabalho editou a resolução administrativa de número 69, publicada no Diário de Justiça de 10 de novembro de 1978, alterando a redação do verbete⁴ nos seguintes termos:

² Até a edição da Resolução 129, de 5 de abril de 2005, os verbetes jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho eram denominados de "enunciados da súmula de jurisprudência". Porém, após a edição desta resolução, e certamente por motivos de uma maior uniformidade para com a nomenclatura adotada nos demais tribunais, os verbetes passaram à designação mais usual de "súmulas de jurisprudência" (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2006b, p. 1). De todo modo, é curioso notar que o termo "enunciado" traz consigo boa parte da noção, desenvolvida por Searle e por Austin, de que os atos de fala contêm pretensões de convencimento e de correção (adequação) do que é falado - e, portanto, carregam a pouca modesta intenção de construir realidades trabalhando a comunicação nos largos espaços da indeterminação da linguagem (MARTINS, 2006, p. 13). Estas pretensões da linguagem estarão na base do potencial de razão reconstrutiva de que o Direito possui segundo a análise da Teoria Discursiva, como vemos mais à frente.

³ Estes precedentes são os recursos de revista de números 2428/77, 3475/77, 4378/77, 92/76, 1058/76, 1492/76, 2591/76, 3220/76 e 2726/75, cujas ementas constam do Anexo 1.

⁴ Embora o termo "verbeta" seja por vezes aplicado aos enunciados sumulares editados pelos tribunais regionais do trabalho, ele será utilizado no presente texto de forma mais ampla, designando todo o gênero de enunciação jurisprudencial consolidada; isto é, tanto as chamadas súmulas em sentido estrito (anteriormente designadas de "enunciados da súmula"

Tempo de serviço. O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso ou não servido por transporte regular público, e para o seu retorno, é computável na jornada de trabalho (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2006a, p. 22-23).

Esta revisão na redação não foi motivada por novos precedentes, como aliás indica o pequeno lapso de tempo entre a edição do texto original e sua alteração. Partindo-se então da idéia de que o tribunal buscou somente "aclarar" o teor do verbete de súmula, deve-se necessariamente entender que já nos precedentes formadores originais daquele verbete acha-se implícita a noção de que o empregador somente forneceria a condução do trabalhador ao local de trabalho caso este não fosse acessível pelos meios regulares de transporte público.

A revisão do texto do verbete já posiciona indagações sobre qual a efetiva "clareza" que a linguagem pode carrear quando pretendemos que ela possua uma função puramente descritiva. Contudo, e antes que se adentre a análise crítica de uma pretensão nestes termos, é preciso prosseguir na exposição da trajetória desta súmula.

Pouco mais de seis anos após a revisão no texto do então enunciado de súmula de número 90, o Tribunal Superior do Trabalho já se deparava com outras dúvidas no entendimento de tal enunciado: as suas conclusões seriam também válidas se o empregado for compelido ao pagamento parcial ou total dos custos relativos ao transporte fornecido pelo empregador? Este pagamento não aproximaria o transporte fornecido pelo tomador de serviços do transporte

no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho) como também as chamadas orientações jurisprudenciais já mencionadas na introdução do presente trabalho.

público - afastando, desta forma, o que pareceria ser a "letra" do então enunciado de número 90?

Estas questões foram examinadas em precedentes⁵ que depois resultariam na edição, somente em 29 de novembro de 1993, de uma segunda súmula, a de número 320, cujo teor específico foi:

Horas "in itinere". Obrigatoriedade de cômputo na jornada de trabalho. O fato de o empregador cobrar, parcialmente ou não, importância pelo transporte fornecido, para local de difícil acesso ou não servido por transporte regular, não afasta o direito à percepção das horas "in itinere" (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2006a, p. 71).

É importante notar que parte dos precedentes utilizados pelo tribunal na edição desta súmula "explicativa" tomou como argumento a "literalidade" do que foi afirmado na súmula 90, aduzindo pura e simplesmente que o texto da mencionada súmula 90 não fazia qualquer distinção entre o fornecimento gratuito ou oneroso do transporte ao empregado, e que este "silêncio" já era o bastante para afastar a interpretação de que o pagamento, parcial ou total, deste transporte pelo trabalhador deveria eximir o empregador do cômputo do tempo de deslocamento na jornada de trabalho⁶. Todavia, dentre os precedentes formadores da súmula 320 também estão listados aqueles que compunham a corrente contrária e que restou vencida no tribunal. A argumentação lançada nos julgados que acolheram a tese vencida foi,

⁵ Os precedentes geradores da súmula de número 320 são os seguintes: recursos de revista de números 327/83; 368/86; 1097/86; 132/87; 7407/86; 4603/86; 7186/86; 107/87; 2226/87; 141/88; 1345/87; 4673/87; 5166/88; 17379/90; 3030/89; 15764/90; 22743/91; 29048/91 e 973/92. Seus acórdãos constam, na íntegra, do Anexo 2.

curiosamente, também a "literalidade" do texto da súmula 90, pautando-se pelo raciocínio de que, no silêncio desta súmula 90, quanto à hipótese de que o transporte fosse concedido ao trabalhador a título oneroso, não se poderia interpretar extensivamente uma súmula que, por si só, já abrigava uma hipótese excepcional de cômputo da jornada de trabalho⁷. Os demais julgados que compõem a lista de precedentes da súmula 320 argumentam que, por questão de simples razoabilidade e ante o cunho protetivo das normas trabalhistas em relação aos empregados, não se pode entender que a atribuição de um ônus adicional ao trabalhador (pagamento parcial ou total do transporte necessário ao seu deslocamento até o local de trabalho) viesse eximir o empregador da obrigação de computar o tempo de deslocamento na jornada diária de serviço.

A análise destes precedentes já revela - e é de suma importância para as observações críticas que serão feitas neste tópico - que o tribunal, após editar o então enunciado (e posteriormente súmula) de número 90 passou a ter a necessidade de tratá-lo, por si só, como norma, cujas hipóteses de cabimento não poderiam estar de antemão esgotadas ou clarificadas pelo uso da linguagem. Ao contrário: a edição de verbetes jurisprudenciais "explicativos" não apenas revelava isto na sua formação, como também abria as portas a novas e mais complexas indagações.

A expressão "local de difícil acesso ou não servido por transporte regular público" estava, de fato, ainda longe de ter seu alcance compreendido como

⁶ Mais especificamente, foi o argumento utilizado nos recursos de revista de número 327/83, 141/88 e 22743/91, cf. Anexo 2.

⁷ Neste sentido foram os recursos de revista 4603/86, 5166/88, 17379/90, 303/89 e 29048/91, cf. Anexo 2.

"pacífico". O que ocorreria se este local fosse servido por um transporte público insuficiente para a demanda habitual de usuários nos horários de início e término da jornada de trabalho? Qual a decisão aplicável se parte do trajeto de deslocamento feito no veículo fornecido pelo empregador fosse também atendido por linhas de transporte público? E, por fim, qual seria o entendimento cabível quando os horários das linhas de transporte público são incompatíveis com os de início e de término da jornada de trabalho?

Estas indagações continuavam a ser levadas ao Tribunal Superior do Trabalho, e foram todas elas objeto de novos verbetes jurisprudenciais, respectivamente as súmulas de número 324 e 325 e a orientação jurisprudencial de número 50, da Subseção de Dissídios Individuais I (esta última, um dos órgãos fracionários do Tribunal Superior do Trabalho). Uma vez mais, os precedentes formadores das súmulas e da orientação jurisprudencial mencionadas revelam a impossibilidade de que a corte pudesse abrigar a pretensão de esclarecimento completo do sentido de suas afirmações anteriores na súmula de número 90 - isto é, afastam a eficácia de um raciocínio que pretendesse um controle da linguagem. Mais que isto, a inevitabilidade do recurso a mais linguagem ao serem "solvidas" dúvidas sobre sentido mostra um verdadeiro embate da própria corte com os limites do uso da linguagem. Nesta linha, observe-se uma análise mais detida:

A súmula 324 foi editada em 21 de dezembro de 1993 com o seguinte teor:

Horas "in itinere". Súmula Nº 90. Insuficiência de transporte público. A mera insuficiência de transporte público não enseja o pagamento de horas "in itinere" (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2006a, p. 72).

O texto da súmula, confessadamente, a introduz como um esforço explicativo do sentido a ser dado à súmula 90. Os precedentes⁸ apontados como formadores desta súmula dividem-se entre os seguintes argumentos: a) a afirmação de que a mera insuficiência de transporte público não estava entre os motivos originalmente ensejadores da edição da súmula 90⁹; b) a tese de que as súmulas não poderiam comportar elas próprias uma interpretação extensiva, eis que já são os resultados de interpretação de normas jurídicos¹⁰; e c) a diferença semântica entre a expressão "regular" e a expressão "suficiente", de tal forma que o transporte público, ainda que insuficiente, poderá ser considerado regular¹¹.

O que vemos destes argumentos, no que tange às pretensões postas sobre a linguagem, é novamente variações sobre um mesmo núcleo: o de que a linguagem da qual a súmula 90 lançou mão possa ser considerada como "auto-explicativa". Esta idéia, contudo, leva à seguinte objeção: se o texto já se limitava a si próprio, por qual razão a corte teria sido levada à edição de uma terceira súmula buscando esclarecer o sentido a ser dado à primeira súmula editada sobre o tema?

⁸ Tais precedentes são os recursos de revista de números 3641/89, 3650/89, 6355/90, 45442/92, 42227/91, 40362/91, 41987/91, 40360/91, 26056/91 e 24766/91, cujo teor se acha, na íntegra, no Anexo 3 do presente texto.

⁹ Neste sentido, os recursos de revista de números 3641/89 e 3650/89, cf. Anexo 3 deste texto.

¹⁰ Os recursos de revista de números 6355/90, 45442/92, 42227/91, 40362/91, 41987/91, 40360/91, 26056/91 são os que acolhem este argumento, cf. Anexo 3 deste texto.

¹¹ Somente o recurso de revista de número 24766/91 pautou-se por este fundamento, cf. Anexo 3 do presente texto.

Esta contradição não desaparece ao se analisar a súmula 325, que aborda a questão da existência de transporte público em parte do trajeto percorrido pelo meio de deslocamento fornecido pelo empregador. Tal súmula, datada também de 21 de dezembro de 1993, afirmou:

Horas "in itinere". Súmula Nº 90. Remuneração em relação a trecho não servido por transporte público. Se houver transporte público regular, em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas "in itinere" remuneradas limitam-se ao trecho não alcançado pelo transporte público (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2006a, p. 72).

A análise dos precedentes¹² formadores desta súmula mostra que o argumento que levou a corte à exclusão dos trechos parcialmente servidos por transporte público do cômputo das horas "in itinere" mencionadas na súmula de número 90 era, uma vez mais, a análise da "literalidade" do contido naquela súmula. Isto é, se o seu teor faz referência a local "não servido por transporte público", a conclusão necessária era a de que, nos trechos parcialmente atendidos por transporte coletivo público, a "letra" da súmula de número 90 não poderia ter incidência.

Porém, esta argumentação deixa oculto um paradoxo significativo: o próprio debate jurisprudencial necessário a que o tema houvesse chegado ao Tribunal Superior do Trabalho já revela que o texto da súmula de número 90 não poderia já conter, em si mesmo e de forma expressa, todas condições de

¹² Tais precedentes são os recursos de revista de números 41390/91, 52394/92, 3045/92, 41215/92, 4977/88, 5399/90, 42872/92, 40789/91, 38729/91, 6945/89, 6470/89, 44165/92, 49812/92, 92/88, 164/90, 43054/92 e 50275/92. Sua íntegra pode ser consultada no Anexo 4 do presente texto.

sua aplicação. Em outras palavras, a "literalidade" do contido naquela súmula não possuía uma "essência" que permitisse controlar a sua multiplicidade semântica; tanto assim que foi necessária a edição de mais uma súmula "explicativa".

A questão que ainda restava a ser tratada - a incidência da súmula de número 90 nas hipóteses em que o transporte público existente não possuía horário compatível com os de início e de término da jornada de trabalho diária - motivou a edição, em 1 de fevereiro de 1995, da orientação jurisprudencial de número 50, pela Subseção I de Dissídios Individuais (um dos órgãos fracionários da corte), cujo texto (lacônico por sinal) foi:

Horas "in itinere". Incompatibilidade de horários. Devidas. Aplicável a Súmula nº 90 (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2006a, p. 103).

Os precedentes¹³ utilizados na edição desta orientação jurisprudencial oscilam entre dois argumentos: a) uma vez mais a letra do texto da súmula de número 90; e b) a tese de que esta incompatibilidade de horários entre o transporte público e o início e término da jornada diária equivale, na prática, à inexistência de transporte público regular que pudesse atender à necessidade de deslocamento dos trabalhadores¹⁴. Porém tais argumentos, a exemplo da análise já feita nos parágrafos anteriores, colidem entre si. Se a "literalidade" da súmula de número 90 já contivesse em si esta conclusão, não seria necessário

¹³ Tais precedentes são os embargos em recurso de revista de números 65401/92, 73629/93, 65119/92, 6357/90 e 7744/90, cuja íntegra se acha no Anexo 5 do presente texto.

o recurso ao segundo argumento - nem mesmo teria havido dissenso jurisprudencial que justificasse o exame do tema pela corte. Mais que isto, é também curioso observar que o segundo argumento, ao se fundar em hipótese factual que poderia tornar o transporte público não acessível na prática, fazem o percurso inverso dos raciocínios que ensejaram a edição da súmula de número 324. Nesta súmula, como já foi exposto acima, a corte rechaçou a tese de que a insuficiência dos meios de transporte público - sem dúvida um forte componente de ordem prática quanto à acessibilidade do transporte - não justificaria a incidência da súmula de número 90.

Após esta trajetória de dúvidas quanto ao sentido da súmula de número 90, a corte em 20 de abril de 2005 editou uma "nova versão" do seu texto, consolidando o debate havido até então:

HORAS "IN ITINERE". TEMPO DE SERVIÇO. I - O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno é computável na jornada de trabalho. II - A incompatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera o direito às horas "in itinere". III- A mera insuficiência de transporte público não enseja o pagamento de horas "in itinere". IV - Se houver transporte público regular em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas "in itinere" remuneradas limitam-se ao trecho não alcançado pelo transporte público. V - Considerando que as horas "in itinere" são computáveis na jornada de trabalho, o tempo que extrapola a jornada legal é considerado como extraordinário e sobre ele deve incidir o adicional respectivo (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2006a, p. 137).

¹⁴ Este segundo argumento é visto de forma mais expressa nos embargos em recurso de revista de números 7744/90 e 6357/90.

Consoante exposto na introdução do presente trabalho, uma das idéias que norteia o senso comum operativo de súmulas jurisprudenciais - e que também norteia a idéia de torná-las vinculantes - foi a possibilidade de antemão controlar o sentido de uma ou mais normas para os aplicadores futuros desta(s) norma(s). Porém, tomando-se a estrutura de súmulas jurisprudenciais adotadas pelo Tribunal Superior do Trabalho, já se pode entrever a falibilidade desta premissa.

Naquela corte superior, e quanto aos chamados dissídios individuais, são editadas por aquele tribunal súmulas (em sentido estrito) e orientações jurisprudenciais. Estas últimas representam o assentamento de jurisprudência, no seio da corte, já expressando decisões que uniformizem entendimentos discrepantes nos órgãos fracionários da corte (turmas) que julgam dissídios individuais. Pois bem, uma consulta ao arquivo eletrônico contendo o Livro de Súmulas, Orientações Jurisprudenciais e Precedentes Normativos do TST, pode ser visto no índice remissivo das orientações jurisprudenciais. Naquele índice, destaca-se o verbete "enunciado da súmula do TST". Tal verbete faz referência a quarenta orientações jurisprudenciais (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2006a, p. 345-346, 412-413). Em outras palavras: o compêndio oficial de jurisprudência do tribunal contém ao menos quarenta orientações jurisprudenciais editadas somente para que fosse aclarado e especificado o sentido de súmulas de jurisprudência. Além disto, inúmeras súmulas em vigor resultam da agregação de súmulas anteriores e de orientações jurisprudenciais anteriores, em um verdadeiro processo de mutação interpretativa que está

longe de sinalizar na direção de uma estabilidade de sentido atribuído às normas.¹⁵

A exposição feita acima sobre a formação desta súmula 90 do Tribunal Superior do Trabalho já indica com clareza, de modo empírico, não ser possível dispor livremente da linguagem. De fato, já desde o "segundo" Wittgenstein (2003, p. 5)¹⁶, vai sendo delineada a impossibilidade de que a linguagem seja objeto de controle do intérprete. Antes, ela passa a ser percebida como constitutiva das múltiplas relações humanas que, em última análise, somente podem ser travadas no campo da linguagem. É demonstrada a inverossimilhança da idéia de um controle da linguagem, na medida em que ela somente pode ser compreendida como uso, como uma pragmática. Os seus limites foram bem dissecados, filosoficamente, por Ludwig Wittgenstein - precisamente porque este autor levou a sério e às últimas conseqüências um projeto de apreensão e controle da linguagem.

O esforço de controle feito inicialmente por Wittgenstein considerou, desde um primeiro momento, a natureza "aberta" dos signos e, por esta razão, pretendeu ancorar a linguagem em proposições elementares que, dotadas de um sentido absoluto, operassem como "âncoras" que pudessem fundamentar toda a proposição lingüística (WITTGENSTEIN, 2006, p. 26). Porém, para que estas proposições elementares possuíssem sentido absoluto, não lhes era possível serem traduzidas em linguagem, mas apenas "contempladas" filosoficamente. Isto leva Wittgenstein à afirmação final de seu *Tractatus*:

¹⁵ Apenas de modo exemplificativo, vejam-se as súmulas 6, 51, 60, 74, 83, 85, 86, dentre várias outras, do mesmo tribunal (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2006a, p. 7-8, 15-16 e 19-21).

¹⁶ Neste texto, a expressão "segundo" Wittgenstein faz referência à virada no pensamento deste filósofo austríaco, iniciada nas suas "Investigações Filosóficas" (WITTGENSTEIN, 2003).

devemos silenciar sobre aquilo que não nos é possível expressar lingüisticamente (WITTGENSTEIN, 2006, P. 40 e GLOCK, 1997, p. 56).

O resultado final deste esforço filosófico, portanto, foi o reconhecimento de um limite: a pretensão de controle da linguagem só poderia ser possível, paradoxalmente, para além dos limites da mesma linguagem. E, por conseguinte, este "primeiro" Wittgenstein somente pode abrigar uma metafísica quase kantiana relativamente à linguagem (DIAS, 2000, p. 41).

O próprio Wittgenstein superou este impasse em uma revisão profunda de seus pressupostos teóricos, procedida em suas *Investigações Filosóficas*: uma revisão tão radical que este pode ser chamado, com acerto, de um "segundo" Wittgenstein.

Notando que a vinculação da linguagem a algo que a própria linguagem não poderia expressar não lida, sequer minimamente, com as questões ínsitas à tessitura aberta dos signos lingüísticos, este "segundo" Wittgenstein, construindo um exemplo hipotético e bastante primário do uso da linguagem, revela que o que pensamos ser um "sentido essencial" dado às palavras não é mais do que a observância das regras de um jogo de atribuição de sentidos (WITTGENSTEIN, 2003, p. 4-5). Assim, o significado de uma palavra somente pode ser reconduzido ao uso, e nada mais, disto decorrendo ao menos duas conseqüências fundamentais: a) não é possível que a linguagem seja "apropriada" ou "contida" (já que cada significado não está preso a um objeto, mas pode sofrer variações de uso); e b) um enunciado somente pode ser compreendido quando inserido no contexto do jogo de linguagem em que ele é emitido (ou, em outras palavras, o sentido está vinculado às condições

pragmáticas de seu uso). Assim, e ao contrário do que o projeto inicial de controle da linguagem prometia quanto à exclusão das dúvidas no processo de comunicação, esta comunicação somente é possível precisamente pela natureza aberta da linguagem, não havendo compreensão senão quando vista de modo performático (STROUD, 2005, p. 303).

A polissemia, portanto, não é um obstáculo à linguagem, mas, ao contrário, uma condição de suficiência mínima de seu uso (DIAS, 2000, p. 43-44 e 47-49). A "objetividade" lingüística no "segundo" Wittgenstein é apenas o reconhecimento de uma prática de uso, sempre contingente e sem que se possa acessar um mediador idealizado que nos conceda um acesso abstrato aos significados.

Logo, em cada ato de compreensão estará presente, de forma inafastável, uma pergunta sobre a adequabilidade em concreto dos sentidos que se pretende dar às palavras. Toda enunciação, por este motivo, já abriga em si mesma a possibilidade de seu uso indevido. Da mesma forma como uma norma ou uma "interpretação da norma", ao ser enunciada em um novo texto geral, faz nascer a possibilidade de um uso abusivo ou indevido (isto é, contrário ao jogo de linguagem que estiver em questão). Por isto mesmo, a demonstração de adequabilidade do sentido que se pretende dar a uma norma não pode prescindir de uma análise efetivamente pragmática, que leve em consideração as circunstâncias precisas de seu uso concreto (DIAS, 2000, p. 55-56). A enunciação de um sentido de forma geral, tal como se dá em uma súmula jurisprudencial, não pode ser considerada em si mesma mais do que um novo texto, abrindo tanto a oportunidade para o seu uso abusivo, como a

necessidade de que seu uso adequado seja reconduzido às particularidades de um momento e de um caso específico.

Portanto, não é razoável impor às súmulas de jurisprudência a condição de serem, por si mesmas, capazes de uma utilização direta "aclaradora" dos sentidos; como, aliás, é bastante visível na descrição que já foi feita neste texto do processo formador da súmula de número 90, do Tribunal Superior do Trabalho. Neste processo, o recurso inafastável à linguagem não foi somente delimitador da pluralidade de sentidos, mas, de forma paradoxal, incrementou esta pluralidade. Dito de outra forma, a apreensão de sentidos não pode ser outra coisa senão a compreensão que decorre de um imersão absoluta em uma determinada situação discursiva, e não do recurso a uma forma lógico-descritiva (GLOCK, 1997, p. 101). A variabilidade dos sentidos somente pode ser reconduzida de seu plano formal ao âmbito de uma pragmática se os parâmetros de correção dos sentidos também forem vinculados, em cada análise, às particularidades de um determinado uso. A análise feita pelo "segundo" Wittgenstein demonstra, desta forma, que não se pode falar em parâmetros corretivos ideais e, por este motivo, toda a lógica é antes de tudo um modo de uso, não se podendo inferir e enunciar, validamente, normas corretivas que dispensem por si só esta recondução à pragmática (CONDÉ, 1998, p. 91 e p. 99). Mesmo que se assuma a idéia inicial de que há um propósito, uma "intenção original" por parte daquele que formulou inicialmente um enunciado (ou uma norma, se preferirmos), a pretensão de "ancorar" toda compreensão ou interpretação neste intento original é fadada ao fracasso, já que novamente o intento interpretado somente poderá ser expresso mediante linguagem, reconduzindo-nos ao ponto de partida. Ainda que a linguagem não

esgotasse o mundo, ela por certo esgota a nossa capacidade de expressá-lo (STROUD, 2005, p. 310 e p. 312).

Em síntese, a compreensão jamais pode pretender transcender o uso da linguagem e, mesmo que as normas de um jogo lingüístico possam ser variáveis, nem por este jogo é destituído de conteúdo. Ele, como expressão da própria natureza aberta da linguagem, somente não é dotado de um conteúdo fixo (DIAS, 2000, p. 61). Esta autonomia da linguagem não representa um relativismo total e esterilizador do seu papel, até porque, mesmo que as próprias regras de um jogo de linguagem variem (o que pode até mesmo "inverter os sinais" de acerto e de erro de uma proposição ao longo do tempo¹⁷), mesmo estas novas regras somente poderão ser expressas com novo recurso à linguagem (GLOCK, 1997, p. 57-58).

A metáfora wittgensteiniana, ao propor que a linguagem seja percebida em sua pragmática como um jogo possui precisamente a vantagem de romper com a idéia de uma referência extralingüística em que se pudesse ancorar os sentidos, remetendo-os a formas de vida em sua complexidade, em sua concretude e em sua variabilidade. Segundo a proposta do "segundo"

¹⁷ STROUD (2005, p. 308) faz neste particular uma observação interessante, e que possui desdobramentos que podem ser pensados a partir da relação complementar entre pragmática e hermenêutica filosófica. Em sua análise de Wittgenstein, ele comenta que "deve ser admitido que há uma grande quantidade de fatos no comportamento passado de uma comunidade ou de um indivíduo que são relativos a uma expressão em particular que não implicam necessariamente - e não podem ser tomados como equivalentes a isto - no fato de que uma comunidade ou um indivíduo entendam uma determinada expressão de uma forma ao invés de outra." (tradução livre). Este argumento poderá ser contrastado com o papel que a hermenêutica atribui à tradição, até mesmo para que este papel possa ser ressignificado em termos teóricos, com o propósito de ver esta tradição não como um limite, mas um dado a ser tomado em conta pelo intérprete ao reconstruir significados. Pode-se aplicar nesta linha de raciocínio outra afirmação do mesmo autor, de que uma análise diacrônica dos critérios de correção pode bem exigir uma inversão, no presente, dos sinais de "certo" e "errado" atribuídos à interpretação de um enunciado, sem que esta inversão se apresente como uma ruptura de coerência; mas, ao contrário, sendo ela própria uma exigência desta coerência (STROUD, 2005, p. 309).

Wittgenstein, nos contextos específicos destas formas de vida é visível uma tensão entre a enunciação geral das normas nos quais é travado um jogo de linguagem - sobre os quais pesa um consenso sempre precário - e o uso concreto feito dos signos lingüísticos (GLOCK, 1997, p. 177 e p. 228). Esta mesma tensão será explorada na proposta de Habermas para abrir a possibilidade de um uso reconstrutivo da linguagem e da razão, particularmente no campo da Teoria do Direito. Pensar os critérios de correção de um enunciado em um determinado jogo de linguagem é, em última instância, pensar as condições de inclusão ou de exclusão neste jogo¹⁸, podendo-se afirmar, por este motivo, que a linguagem não é resultante de uma forma de vida. Ao contrário, ela é constitutiva de uma forma de vida, e nela dará origem aos sentidos do que sejam "certezas" e do que seja "justo". Estes dois parâmetros de correção estão, é claro, intimamente ligados ao uso das normas e, por conseqüência, à interpretação no Direito. Por esta razão é que se faz relevante, para os propósitos do presente texto, comentar a relação entre a pragmática de Wittgenstein e as idéias de justiça e de certeza - tomando, é claro, um caminho sempre oposto a uma mera abstração lingüística destes conceitos.

Em sua obra especificamente voltada para o tema da certeza, Wittgenstein vê tais certezas sob o prisma dos jogos de linguagem dos quais já vinha tratando desde o seu giro pragmático-lingüístico. E, neste contexto, ele parte da compreensão de que mesmo considerada a variabilidade dos jogos de linguagem, há sim um papel para a aferição de uma assertiva quanto a ela

¹⁸ Novamente em STROUD (2005, p. 314) a afirmação é a de que, segundo Wittgenstein, "o 'jogo' de relacionar conceitos e compreensões aos que se comunicam deve ser entendido como uma atividade social complexa de 'inclusão' e 'exclusão' " (tradução livre).

guardar consonância com as normas que regem um determinado jogo lingüístico. Sob o ponto de vista da pragmática, o ceticismo radical, ao duvidar da possibilidade de toda e qualquer certeza, esbarra na contradição de que mesmo estas dúvidas somente podem ser apresentadas mediante o uso da linguagem - o que torna necessário admitir ao menos a possibilidade de que, ao expressarmos dúvida, estejamos fazendo um uso correto da linguagem (WITTGENSTEIN, 1995, p. 97). Mesmo os que formulam dúvidas estão, de uma forma ou de outra, participando do mesmo jogo de linguagem para que esta dúvida seja minimamente compreensível (GLOCK, 1997, p. 76).

Porém, a inserção das certezas nos jogos de linguagem permite abandonar uma pretensão de perenidade absoluta quanto a elas e assumi-las como precárias. Mais que isto, percebê-las como frutos de uma pragmática social na qual estão inseridos os pressupostos (os pontos de partida, por assim dizer) que levarão ao atingimento do que vem a ser qualificado como certeza (WITTGENSTEIN, 1995, p. 81-82).

Como já apontado, toda enunciação pressupõe, implicitamente, que sua incidência somente será correta quando observadas as condições específicas do jogo de linguagem a qual ela pertence e no qual foi emitida. Estas condições não podem estar todas pré-definidas ou explicitadas de antemão, porquanto esta explicitação haveria de se fazer mediante novamente o emprego da linguagem. Assim, as explicações prévias se tornariam elas próprias novos enunciados e mais uma vez estes requereriam esclarecimentos quanto a sua incidência nas hipóteses concretas, gerando uma verdadeira tautologia. A alternativa restante, portanto, é remeter a compreensão dos enunciados às condições concretas - e desta proposta Wittgenstein (1995, p. 87) extrai que

certezas tampouco podem ser abstraídas de normas ou de enunciados, mas somente podem ser depreendidas de uma pragmática.

Se as palavras recebem significados em função de seu uso, a mudança dos jogos de linguagem representa variação nos sentidos. Isto faz com que acertos e erros sejam apenas os resultados da verificação, em uma pragmática específica, da adequação ou inadequação concreta de um uso de uma determinada palavra. Por este motivo, julgar (fazer incidir normas, interpretando-as ante uma prática social) não pode ser tomado como o resultado de uma nova abstração, e nem pretender ocultar todas as demais aplicações (WITTGENSTEIN, 1995, p. 101) - embora possa, sem qualquer dificuldade, abrigar a pretensão de ser resultado da aplicação correta de um enunciado lingüístico a uma única e determinada situação concreta. Novamente, a aplicação destas observações ao problema proposto no presente texto revela que as súmulas jurisprudenciais não podem ser tomadas elas próprias como atos de julgamento, mas apenas como enunciados lingüísticos cuja abstração e generalidade somente pode ser pouco menor do que as normas que buscam interpretar.

É Pitkin (1993, p. 223) quem observa que, sob o ponto de vista da filosofia da linguagem do "segundo" Wittgenstein, a equivalência entre uso e significado de uma palavra torna indispensável que juízos sejam feitos sempre à luz dos fatos específicos em que um jogo de linguagem é considerado, tal como, por exemplo, o sentido das palavras "acidental" ou "voluntário" no julgamento de um homicídio somente pode ser reconstruído à vista do caso concreto e dos fatos considerados de modo em sua particularidade. Mesmo em

juízos estéticos¹⁹ esta vinculação entre sentido e as condições particulares e únicas de seu emprego se faz presente:

Como diz Wittgenstein, o que faz de uma palavra uma expressão de aprovação não é o sentido específico dela, nem a forma de sua enunciação, mas sim 'o jogo no qual ela surge'. Logo, ao se estudar um juízo estético, deve-se concentrar 'não nas palavras *bom* ou *belo*', mas sim nos momentos em que elas são ditas, na situação imensamente complexa na qual a experiência estética ocorre, em que a expressão em si própria tem um papel quase negligenciável. (PITKIN, 1993, p. 224, tradução livre).

Logo, é mediante uma pragmática que a linguagem pode ser útil à reconexão entre os fatos específicos presentes em uma determinada hipótese e as normas gerais que, em princípio, haveriam de regê-la. Até porque, como imperativos modais, estas normas tanto podem sofrer abuso (servindo como imposturas de juízos pessoais não justificáveis entre os participantes de um determinado jogo de linguagem) como também podem suportar a reconstrução de razões mínimas pelas quais seu emprego é aceito em uma determinada hipótese concreta do jogo de linguagem (PITKIN, 1993, p. 231 e p. 235). Disto já se pode extrair, desde logo, uma observação quanto ao objeto de análise do presente texto: o fato de súmulas jurisprudenciais decorrerem de precedentes anteriores ou de elas sintetizarem o posicionamento de uma corte não dispensa esta reconexão das razões no seu uso em cada hipótese concreta.

¹⁹ O recurso de Wittgenstein ao exemplo dos juízos estéticos é sem dúvida interessante, tendo-se em vista o fato de que também GADAMER (1999, p. 39) parte deles na descrição de sua hermenêutica filosófica; considerando-se ainda que a proposta teórica abraçada no presente texto é que os giros pragmático e hermenêutico, ainda que opostos, sejam percebidos como complementares.

Nesta linha de raciocínio, se podemos ter como certo que juízos não são "objetivos", nem por esta razão serão necessariamente irracionais ou arbitrários. Tomados minimamente como a expressão verídica da opinião de seus emitentes (um requisito necessário ao uso da linguagem, aliás), a correção ou incorreção de um juízo somente pode ser aferida pela explicitação das razões que o motivaram e pelo contraste destas razões como as condições de um jogo de linguagem ao qual se aderiu previamente. Imparcialidade seria, portanto, não mais do que a apresentação destes argumentos, destas razões (PITKIN, 1993, p. 236 e p. 239).

Todavia, mesmo a pragmática wittgensteiniana encontra um limite, quando consideramos juízos sob o ponto de vista do Direito: havendo uma pluralidade de valores e de jogos de linguagem nas formas de vida, esta extrema particularidade tornaria impossível que houvesse uma hierarquização dos jogos de linguagem (PITKIN, 1993, p. 225). Mas, se o Direito pretende servir a toda a complexidade da vida humana (ainda que não reduzindo toda a vida humana a ele) será necessária uma tal hierarquia. Mais que isto, tendo sido demonstrada a inevitabilidade da linguagem e a sua tessitura sempre aberta, esta hierarquização deverá ser novamente reconduzida a uma pragmática e exprimível em termos de filosofia da linguagem - o que torna a hierarquização proposta pelo Direito submetida aos mesmos riscos de toda linguagem.

Portanto, na obra do "segundo" Wittgenstein, os limites da linguagem revelam a precariedade, a particularidade e a falibilidade como inerentes ao problema metodológico. O método não pode controlar a linguagem, não a pode tornar disponível. Para dizermos com a articulação entre pragmática e

hermenêutica, se linguagem é uso, então a compreensão é, necessariamente, contextual (GADAMER, 1983, p. 99). Isto propõe uma pergunta central ao Direito: que possibilidades de racionalidade e legitimidade o Direito pode abrigar?

Precisamente por ter antes levado o projeto positivista a suas últimas conseqüências, o "segundo" Wittgenstein abandonou a pretensão de que a solução de racionalidade possa ser apoiada em um debate sobre o método, ao menos no sentido mais tradicional que este debate assumiu no início da modernidade. Investigar que racionalidade pode ser aplicada à linguagem deve, antes de tudo, perguntar sobre o papel que se tem dado ao método e a reconstrução que este papel deve sofrer à vista da tessitura aberta e não controlável da linguagem - seja ela a linguagem natural ou formas específicas de linguagem desenvolvidas para uma comunicação especializada. E, depois de feita esta análise, deve-se ainda buscar, em meio aos limites de um novo papel para o método, perguntar-se como a compreensão do uso da linguagem no Direito pode-se constituir em uma alternativa de legitimidade.

Para este fim, é importante lançarmos mão das reflexões de Jürgen Habermas. É a partir do giro pragmático-lingüístico que este sociólogo e filósofo alemão se debruça sobre estes dois pontos centrais: responder qual a racionalidade e qual a legitimidade são possíveis para o Direito na modernidade.

Esta reflexão, levada ao Direito na obra seminal *Between Facts and Norms, Contributions to a Discursive Theory of Law and Democracy*²⁰, permite observar que uma revisão das pretensões com as quais sobrecarregamos a linguagem viabiliza retomar a questão da legitimidade no Direito, através de um papel mediador e tematizador dos sentidos atribuídos a nossas práticas sociais, viabilizando um "reencantamento" com o Direito a partir da legitimidade que pode ser discursivamente produzida nele, suplantando-se a antiga oposição entre Direito Natural e Direito Positivo, em prol de uma tensão complementar - e por isto produtiva - entre os pólos nos quais a experiência jurídica tem gravitado: o fato positivo da vigência de uma norma e a validade legítima de sua aplicação, ou, falando em termos constitucionais, entre soberania e direitos humanos (HABERMAS, 1998, p. 9, 44-46, 111-115 e 267). Mais ainda, através da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia é possível associar a crítica feita ao uso ingênuo da linguagem (tomando-a como se ela fora passível de uma "objetivação completa"), ao enfraquecimento de legitimidade que resulta da subtração de considerações de racionalidade comunicativa quando da construção de decisões judiciais, inclusive no que concerne a uma confusão indevida entre este discurso de aplicação e um discurso outro, o de formação das normas gerais e abstratas, chamado discurso de justificação (GÜNTHER, 2004, p. 365-369).

Ora, se Habermas busca suplantiar os limites da verdadeira armadilha epistemológica resultante da tentativa frustrante de controle da linguagem, é

²⁰ Fez-se a opção, neste texto, pelo uso da tradução norte-americana, em detrimento da tradução publicada no Brasil em língua portuguesa, por serem aquela primeira tradução mais próxima do debate habermasiano em torno da Teoria do Direito, em particular da Teoria da Constituição.

útil que se possa examinar em que termos a questão do método é compreendida pela Teoria Habermasiana.

A crítica de Habermas à centralidade do método na ciência já inicia sob a percepção de que o positivismo comete o erro de retirar do debate os pressupostos do método, passando ao largo do fato de que, mesmo nas ciências naturais, o método abriga um padrão seletivo prévio a ser aplicado em uma base experimental. Assim, um método gera resultados que de antemão estão presentes nestes pressupostos seletivos, e a comprovação de resultados apenas confirma não uma "realidade objetiva", mas apenas o uso adequado dos pressupostos contidos na seleção feita quando da escolha do método (HABERMAS, 2002a, p. 45 e 47-48). Esta crítica, portanto, deve ser feita de modo auto-reflexivo, afastando-se do horizonte a idéia de que um método - qualquer método - possa em si próprio encerrar uma chave interpretativa totalizante e abstrata que encerre em si a complexidade do mundo da vida. Ou para usarmos a referência feita por Habermas à irracionalidade de uma pretensão totalizante (referência na qual ele se vale do modelo popperiano de crítica ao método), é necessária atenção ao fato de que os enunciados básicos de uma investigação científica são provados ou refutados segundo as regras institucionais preestabelecidas no método, estabelecendo-se uma circularidade semelhante àquela vista em um processo judicial em que as narrativas dos fatos já decorrem de um sistema seletivo prévio e, assim, estas narrativas, quando tomadas de modo irrefletido, podem apenas relevar aspectos do próprio método, e não mais que isto (HABERMAS, 2002a, p. 51). Isto é, tanto quanto os seus aspectos centrais, a consciência dos limites da teoria deve estar presente a todo instante:

O valor descritivo das informações científicas esta fora de dúvida; mas este valor não há de ser entendido como se as teorias reflitam fatos e as relações entre eles. Seu conteúdo descritivo somente é válido como um referencial de prognósticos para ações cujo êxito é controlado em situações especificáveis. Todas as respostas que as ciências experimentais podem dar são relativas ao sentido metodológico de seu problema, nada mais. E, por trivial que seja esta restrição, ela contradiz a aparência de uma teoria pura, que se tem mantido na autocompreensão positivista. (HABERMAS, 2002a, p. 55, tradução livre).

Habermas pretende romper esta circularidade, e para tanto assume a postura de que a racionalidade que um método pode acolher deve trilhar a reconstrução dos pressupostos seletivos contidos nele. No que concerne ao uso da linguagem nas ciências sociais, é precisamente a obra do "segundo" Wittgenstein que torna ingênua a confusão entre a origem de um enunciado e a sua validade - o que, uma vez mais, significa reconhecer que a crítica que indaga da racionalidade e da legitimidade de um enunciado não é mais um método em si mesma, mas, antes, uma análise dos pressupostos aplicados no método que gerou o enunciado (HABERMAS, 2002a, p. 56). Quando se aplica esta consideração ao problema posto no centro da presente dissertação, fica visível que a validade de súmulas jurisprudenciais precisam bem mais do que a simples identificação de sua origem, se é que pretendemos que a sua aplicação guarde um potencial de legitimidade e mesmo de racionalidade.

Habermas vai observar que, ante a subjetividade presente na seleção do método - tornando impossível supor-se que qualquer método seja "natural" - é necessário concluir que um ato e sua enunciação não se pressupõem de modo necessário, e nem podem ser inferidos mutuamente de modo automático. Uma

inferência necessária de tal ordem seria uma verdadeira "profissão de fé" no método, e carregaria para o método pretensões que, ao final, revelar-se-iam irracionais. Neste ponto, a Teoria Habermasiana acolhe uma compreensão bastante hermenêutica: a de que toda ciência que se propõe a uma explicação total torna-se ela própria uma metafísica dogmática, e que a grande contribuição da autocrítica feita pelo "Círculo de Viena" foi abandonar as pretensões de certeza em favor da idéia de que a cientificidade de uma investigação é estabelecida, acima de tudo, por sua refutabilidade (GADAMER, 1983, p. 98).

Por este motivo, para Habermas (2002a, p. 59-60), uma argumentação crítica em torno de um enunciado deve ser reflexiva sem ser necessariamente autojustificativa. Se a linguagem é, acima de tudo, um uso pragmático em meio a um jogo, um debate crítico deve mediar a interação entre a dimensão descritiva da linguagem, a sua dimensão postulatória e a justificativa sobre estas postulações. A racionalidade que a linguagem pode abrigar, portanto, deve ser reconstruída a partir do desvelamento destas interações (HABERMAS, 2002a, p. 64). Ou seja, esta racionalidade requererá que tomemos em conta súmulas jurisprudenciais quanto ao seu processo formador, quanto às razões que embasam a descrição de fatos contida nelas e quanto às justificativas dadas às conseqüências que foram extraídas a partir daquelas descrições.

Uma vez que o giro lingüístico já acolhe a linguagem como uma pragmática - de forma que toda a linguagem é ação, e toda ação é linguagem - a análise que deve ser feita não mais busca a comprovação de uma teoria, mas trata a teoria como uma forma possível de comunicação em meio a uma

praxis. Isto permite levantar questões para além da circularidade teórica, questionando a interpretação que a teoria contém em si. E, em última análise, regras agora são comprovadas não mediante um processo repetitivo, mas sim ante a possibilidade de sua reconstrução em situações diversas. Isto é, toda a teoria é submetida a um crivo de adequabilidade à vista de contingências, e estas contingências são tão específicas de cada momento quanto também é específico cada jogo de linguagem (HABERMAS, 2002a, p. 204, 211 e 213). Portanto, quando súmulas jurisprudenciais são incorporadas necessariamente ao universo normativo (e, é claro, teórico) do Direito, a análise feita pela pragmática lingüística demonstra a irracionalidade da intenção de que a comprovação de sua validade se dê pela sua repetição de uso, ou que sejam dissociadas, em sua aplicação, de um juízo de adequabilidade face a contingências específicas de um caso concreto em que se pretenda a sua incidência.

Tomada a comunicação como resultante de jogo de linguagem, a racionalidade de uma norma somente poderá ser explicada também de forma comunicativa. Daí porque Habermas vai atentar para uma reconstrução de racionalidade que tome como percurso a possibilidade de compartilhamento intersubjetivo das razões que justificam a norma. Nesta perspectiva, os jogos de linguagem wittgensteinianos são para a Teoria Discursiva um exemplo fundamental de como um consenso comunicativo pode operar produzindo tanto enunciados como também estabilizando as expectativas de observância legítima dos enunciados normativos (HABERMAS, 2002a, p. 216). E mais: se, do ponto de vista da pragmática, a compreensão não é medida por uma descrição novamente abstrata, mas por uma aplicação, a distinção entre o

correto e o incorreto (ou entre o jurídico e o não jurídico) somente pode ser estabelecida como correspondência à *praxis* existente em um determinado jogo lingüístico. Se para Wittgenstein o jogo de linguagem contém limites (ainda que tais limites não sejam imutáveis), este mesmo jogo não pré-ordena as condições de aplicação dentro destes limites. Assim, reconstruir a racionalidade de uma determinada norma requererá tanto uma análise "horizontal" (quanto ao sentido desta norma no jogo de linguagem presente) como também uma perspectiva "vertical", isto é, diacrônica quanto ao resgate dos sentidos passados:

Wittgenstein mostrou que as regras da comunicação lingüística implicam as condições de possibilidade de sua própria aplicação. ... Porém Wittgenstein não afirma que as mesmas regras incluem também as condições de possibilidade de sua interpretação. A gramática de um jogo de linguagem não pertence apenas definir uma forma de vida, como também definir uma forma de vida em relação a outras formas de vida, como forma de vida frente a outras que lhe são estranhas. ... Disto decorre que tampouco os limites do mundo que ela define são irrevogáveis: o enfrentamento dialético do que nos é próprio com o que nos é estranho tem como consequência, quase sempre imperceptivelmente, revisões. A tradução é o meio pelo qual estas traduções são produzidas e pelo qual a linguagem se reconfigura permanentemente. ... A tradução não apenas é necessária no plano horizontal, entre comunidades de linguagens rivais, mas também entre gerações e épocas. (HABERMAS, 2002a, p. 233, tradução livre).

Disto resulta que, no que concerne especificamente ao objeto de análise do presente texto, súmulas jurisprudenciais já incorporam em si uma importante tensão à qual o aplicador deve estar atento: ao tempo em que elas, por suposto, representam a consolidação (mesmo que precária) de uma evolução jurisprudencial, esta consolidação não exonera o aplicador da necessidade de

resgatar argumentativamente uma trajetória diacrônica do entendimento desta norma para cuidar da adequabilidade de seu sentido ao caso específico. Assim, para sua operação legítima, súmulas jurisprudenciais, em que pese a sua enunciação abstrata, não podem ser compreendidas como controladoras da linguagem ou do sentido que se pode atribuir a ela. O aplicador deve considerar que, sob a análise crítica do giro pragmático, interpretação não precede aplicação²¹. Antes, são atos simultâneos: interpretar é aplicar. E, sendo assim, não há qualquer racionalidade em se pretender o resgate de um sentido "originário" sobre o que foi dito. Sentidos são sempre historicamente datados e mesmo a sua análise sob a perspectiva diacrônica tem apenas o propósito de se inserir nas razões formadoras de um sentido presente, precário e específico às contingências de uma situação (HABERMAS, 2002a, p. 248).

Habermas vai notar que, paradoxalmente, pretender reduzir a linguagem a uma descrição lógico-formal, buscando com isto uma maior racionalidade, vai gerar irracionalidade; e esta é a principal falha do projeto positivista. Mas, ao contrário, tomada a linguagem como uma prática - o que torna necessário que a sua racionalidade seja, como já dito, reconstruída em uma perspectiva intersubjetiva - a validade dos enunciados, e a expectativa de legitimidade quanto a eles, pode ser vista como uma questão que concerne a todos os que forem afetados por este enunciado (HABERMAS, 2002a, p. 227). Curiosamente, embora uma identidade lingüística somente possa ser afirmada quando contrastada com o "outro", é apenas tomando-se as razões do "outro" em consideração no processo comunicativo que se poderá reconstruir a

²¹ Habermas (2002a, p. 247) observa que, quanto ao direito na modernidade, este aspecto é observado até mesmo quando se descreve o modo quase sempre institucional com o qual o direito é formado, reproduzido e aplicado.

intersubjetividade necessária ao resgate de validade daquilo que foi enunciado (HABERMAS, 2002a, p. 250).

Retornando à questão do processo formativo das súmulas jurisprudenciais, é importante destacar a natureza móvel dos limites de cada jogo no qual a comunicação se estabelece. É visível, naquele processo, que os sentidos do jogo de linguagem sofrem constantes alterações, e, desta forma, também são alterados os seus limites. Porém a própria legitimidade destas mudanças requereu que o tribunal as efetuasse de modo "interno" ao jogo de linguagem, como se vê das inúmeras vezes em que foram editadas súmulas ou orientações jurisprudenciais apenas "explicativas" do sentido da súmula 90 e que, na verdade, a todo momento reconstruíam e alteravam o sentido e alcance desta súmula. E isto até que, por fim, foi necessário "consolidar" tais alterações em um texto que, explicitamente, abriga as "explicações" pretéritas. Habermas não apenas ressalta esta natureza "interna" das mudanças que os limites dos jogos de linguagem sofrem, como também extrai delas uma consequência importante para os sistemas sociais na modernidade: a de que a especificidade que lhes é exigida (para que continuem a desempenhar as funções lhes são específicas) não dispensa, para a sua legitimidade, uma reconciliação entre as formas específicas de comunicação e o uso da linguagem natural (HABERMAS, 2002a, p. 280 e 283).

Isto assume uma importância cabal que, tal como ocorre no Direito, já se valem precisamente de uma linguagem natural. Os símbolos desta linguagem natural, ainda que guardada a especificidade técnica do Direito, somente terão sentidos em uma *praxis*, não havendo neles uma "racionalidade imanente". Uma análise puramente lingüística de seus sentidos, dissociada desta *praxis*,

não fará mais do que descrever novamente regras gerais e abstratas, incidindo precisamente na circularidade que a Teoria Habermasiana pretende romper (HABERMAS, 2002a, p. 281-282). Por este motivo, os sentidos de uma súmula jurisprudencial sofrem sempre uma reconstrução ante esta *praxis*. Como visto na formação da súmula 90, do Tribunal Superior do Trabalho, foi a variabilidade das diversas circunstâncias concretas que exigiu novas respostas ao sentido desta súmula. Estas novas respostas podem ser vistas, em síntese, como o refazimento de consensos comunicacionais que antes operavam de modo não refletido. A premência - e imprevisibilidade - das circunstâncias concretas e específicas vai tematizar sentidos até então tidos como "estáveis".

A abordagem habermasiana vai indagar da efetiva liberdade e igualdade nas condições em que estes consensos comunicacionais são refeitos. Ela irá ressaltar que, para que os sentidos sociais resultantes deste processo sejam legítimos, as condições de discurso devem suficientemente ser livres e iguais a ponto de agirem contra-faticamente, se necessário, ante restrições à liberdade e à inclusão no processo de diálogo (HABERMAS, 2002a, p. 303). Esta é a racionalidade que pode ser oposta à autoridade, o que impõe à autoridade emissora de um enunciado normativo um limite: a legitimidade deste enunciado exige que as justificativas para a sua construção sejam explicitadas e passíveis de submissão à crítica.

Esta análise, em síntese, indica que Habermas busca reduzir o que pretendemos do método. Ele vai explicitamente trabalhar contra a idéia de que o método, por si só, contenha solução a todo o problema que lhe for anteposto, como se a abstração própria de um método não requeresse a sua reconexão às condições específicas do problema apresentado. Esta oposição também se

dirige contra a noção de que aquele que lança mão do método possa estar dispensado de considerar não apenas os limites do método escolhido, mas, principalmente, o fato de que a escolha de um método dentre vários já representa um recorte seletivo. Em suma, Habermas se opõe, precisamente pelos pressupostos já examinados do giro pragmático-lingüístico que ele abraça, à "glorificação do método" ou, na expressão bem dissecada por Kemmis (2006, p. 10 e p. 14), à "metodolatria".²²

Tendo visto que Habermas toma o conceito de método e suas implicações através de limites notadamente marcados pela reflexividade, é necessário também atentar para o fato de que a proposta habermasiana de reencontro de uma racionalidade suportável pela linguagem na modernidade, embora incorpore o pragmatismo do "segundo" Wittgenstein, deve também suplantá-lo em certa medida. Do contrário, a absoluta particularidade de cada jogo de linguagem poderia se constituir, ela própria, em um obstáculo ao compartilhamento desta razão para além dos limites estritos de uma só situação comunicacional.

²² Stephen Kemmis é pedagogo, e seu interessante artigo é voltado para a educação de pesquisadores no campo que se convencionou chamar de ciências humanas. Ele reconstrói com um grande poder de síntese uma trajetória específica da idéia de método na modernidade, qual seja, a de que a crença absoluta no método atuou no início da modernidade, em certos sentidos, de forma bastante semelhante àquela na qual a fé religiosa havia atuado anteriormente. Porém, concordando com Habermas, Kemmis destaca que a modernidade já nos libera, por definição, da necessidade de fundamentos absolutos, e que isto representará, na história do pensamento científico, o reconhecimento de validade a uma pluralidade de métodos e da liberdade para utilizá-los quando observados os seus limites e a sua adequação ao recorte dado pelo pesquisador ao seu objeto. Assim, não se trata de abandonar a possibilidade de serem obtidas verdades científicas, mas tais verdades são agora vistas, reflexivamente, em sua precariedade e como datadas historicamente desde de sua formulação. Por outro lado, também não se cuida de um discurso que abraça, de forma radical, a impossibilidade do método científico. Trata-se de, ante a compreensão dos limites de cada método, reconhecer-se a sua precariedade e, assim, não sobre-carregá-lo com pretensões totalizantes que contrariariam a sua característica científica mais essencial: a possibilidade de ser refutado.

A fim de ultrapassar este limite, Habermas se indaga como a linguagem pode continuar, mesmo na modernidade, a atuar como reprodutor cultural e integrador social, se esta modernidade é, por definição, a ausência de fundamentos absolutos. E a resposta encontrada por ele é a de que esta mesma modernidade evidencia que a linguagem, em seu uso primário, carrega em si pretensões de validade e de verdade do que é enunciado - isto é, abriga um agir que denomina comunicativo - e que mesmo os usos instrumentais ou puramente estratégicos da linguagem são parasitários daquele uso primário (COOKE, 1994, p. 53). Desta forma, aquele uso comunicativo pode, em tese, ter reconstituídas as razões nas quais se fundam as pretensões de validade e de verdade invocadas no ato comunicacional. Este é o ponto de partida de uma razão que, para Habermas, pode assumir efetivamente a condição de ser pós-metafísica, se a sua reconstrução submeter-se - como é próprio de um uso não parasitário da linguagem - a uma justificação intersubjetiva (HABERMAS, 2002c, p. 76), capaz de levar adiante o projeto moderno de uma compreensão mítica de nossos vínculos sociais (HABERMAS, 2003, p. 110).

O recurso que Habermas faz à Teoria Discursiva não é de modo algum arbitrário. Notando que, em primeiro plano, a força integrativa que o Direito pode invocar para si na modernidade é voltada apenas para os comportamentos manifestados externamente, ele também observa que esta força integrativa pretende estabilizar expectativas daqueles que são vinculados a uma ordem jurídica. Esta estabilização requererá um reconhecimento mínimo e recíproco de direitos, o que revela semelhanças estruturais entre a função integrativa da linguagem (mediante um agir comunicativo) e a função integrativa do Direito (HABERMAS, 1996, p. 136).

Claro que se a preocupação de Habermas é a força integrativa da linguagem (e o potencial de racionalidade que esta força possui). Toda a reconstrução das pretensões de validade e dos argumentos em que estas pretensões se amparam será feita sob um ponto de vista da pragmática lingüística. Assim, a análise será centrada na estrutura do processo comunicativo, no modo de interação dos atores envolvidos nesta comunicação, e não em uma hipotética "intenção original" do emiteente da fala. Aliás, Habermas com clareza assume que este possível "intuito original" de um ato de fala é, sob o ponto de vista da pragmática, inescrutável, precisamente porque não pode ser satisfatoriamente submetido à reconstrução dos argumentos nos quais se ampara a pretensão de validade levantada na fala (COOKE, 2002, p. 54).

Mas em que sentido um ato de fala pode, de fato, carregar este potencial para a reconstrução de sua racionalidade? Bem, apenas na medida em que o agir comunicativo, como uso primário da linguagem, abriga necessariamente uma pretensão: a de que o que é dito seja tomado como válido e verdadeiro, ao menos no contexto em que é afirmado²³. Ora, isto por sua vez representa um compromisso tácito do emiteente da fala, qual seja, justificar a sua enunciação, caso a veracidade ou validade do ato sejam postas em questão (HABERMAS, 2003, p. 379). Neste momento já podemos intuir

²³ Ainda que a inserção contextual possua um enorme destaque no giro hermenêutico (em cujo instrumental teórico será articulada a análise crítica que se fará no capítulo 2 do presente texto), há um papel da contextualização na pragmática habermasiana, como se verá um pouco mais adiante. De outra parte, a Teoria Discursiva Habermasiana também admite que os questionamentos sobre a veracidade do que é afirmado, sobre validade do que é afirmado e sobre o sentido do que é afirmado sejam levantadas de forma indireta no processo comunicacional, e nem sempre de modo direto ou expresso. Isto é, nem sempre elas são tematizadas, embora sempre o possam vir a ser (COOKE, 2002, p. 61 e HABERMAS, 2002c, p. 132-134). Aliás, a Teoria Habermasiana vai tomar o conceito de "conhecimento não

que, tomada como atos de fala, a enunciação de súmulas jurisprudenciais somente poderá invocar legitimidade comunicativa na medida em que aquele que delas lançar mão esteja pronto a justificar, argumentativamente, as razões de veracidade e de adequabilidade do sentido com o qual uma determina súmula seja tomada em cada contexto.

O compromisso do emitente em justificar a veracidade e a validade de suas assertivas é, por outro lado, reciprocamente acompanhado da obrigação do destinatário da fala em acolher a veracidade e a validade caso não possua razão suficiente para rejeitá-las. Nesta reciprocidade se vê o núcleo da intersubjetividade que, para Habermas, permite tomar a razão comunicativa como pós-metafísica, ao tempo em que, simultaneamente, esta intersubjetividade em momento algum representa a alienação das diferenças entre os falantes:

...O agir voltado para o entendimento pode ser indicado como meio de processos de formação que tornam possíveis, de uma só vez: a socialização e a individuação, porque a intersubjetividade do entendimento lingüístico é de si mesmo porosa e porque o consentimento obtido através da linguagem não apaga, no momento do acordo, as diferenças das perspectivas dos falantes, pressupondo-as como irrevogáveis. A função gramatical dos pronomes pessoais constringe falantes e ouvintes a um enfoque performativo, no qual um se defronta com o outro na forma de *Alter ego* - somente na consciência de sua absoluta diferença e impermutabilidade é possível a alguém reconhecer-se no outro. Deste modo continua acessível, na prática comunicativa do dia a dia, e de modo trivial, aquele algo não-idêntico, vulnerável, sempre e de novo deslocado quando de um enfoque objetivador, que sempre escapou à rede dos

tematizado", proveniente de Husserl, para ressaltar que todo o significado requer um contexto prévio e convencional tácito e mínimo (COOKE, 2002, p. 126).

conceitos fundamentais da metafísica. (HABERMAS, 2002c, p. 58-59).²⁴

O deslocamento feito por Habermas de uma razão logocêntrica para uma razão intersubjetiva tem, é claro, impacto na Teoria do Significado. A partir desta mudança, compreender não pode mais ser tido como um ato autônomo ou solipsista. Para uma efetiva compreensão, é necessário agora que as pretensões de validade contidas em um enunciado lingüístico sejam minimamente entendidas, o que revela a existência de um nexos entre linguagem, argumentação e validade. Este nexos - que transita em um processo dialógico, como visto acima - é essencial para Habermas na superação dos limites da pragmática originariamente proposta pelo "segundo" Wittgenstein. É justamente um processo argumentativo, voltado para a reconstrução de validade das afirmações feitas pelo falante, que permite distinguir uma validade "comum" ou "diária" de um enunciado lingüístico de uma validade legitimada comunicativamente (COOKE, 2002, p. 96). O uso que Habermas faz do giro pragmático busca, portanto, resgatar a linguagem não apenas como uso, mas também atentar para a reconexão possível das formas de uso da linguagem com a validade que os enunciados lingüísticos invocam para si de modo expresso ou implícito. Ao se voltar especificamente para a questão do impacto de sua teoria sobre o Direito e sobre a democracia, Habermas vai explorar com grande riqueza esta distinção, vendo nela uma tensão entre faticidade e validade (HABERMAS, 1998, p. 16).

²⁴ Para uma análise mais detalhada de como esta reciprocidade pode operar lingüisticamente cf. Cooke, 2002, p.66.

Se a reconstrução das pretensões de veracidade e de validade contidas em um enunciado lingüístico estão vinculadas a um procedimento dialógico, as razões do falante também estarão contínua e seguidamente confrontadas de modo argumentativo. Isto é, tão logo um consenso seja obtido sobre seu significado específico, este consenso volta a estar sob o crivo de um novo processo argumentativo, que nunca se fecha por completo.

Tal fato repercute duplamente na enunciação de atos de conteúdo normativos. Em primeiro lugar, é necessário se ter em mente que o sentido dos atos normativos, mesmo quando extraída a "consolidação" de um processo interpretativo, são eminentemente precários, provisórios. Este fato é bastante visível na análise feita no processo formador da súmula 90, do Tribunal Superior do Trabalho, em que a natureza precária de cada sentido obtido ao longo daquele processo exige a constante reconstrução do enunciado sumular. Em segundo lugar, a compreensão de atos de fala com propósito normativo vai sempre permitir a tematização da legitimidade do falante (COOKE, 2002, p. 104 e p. 120), disto emergindo uma relação - jamais automática e sempre carente de reconstrução argumentativa - entre autoridade e legitimidade. Logo, sob o ponto de vista habermasiano, a autoridade somente se pode legitimar se abraçar o ônus de agir comunicativamente. Assim, e por esta razão, aquele que invoca uma súmula jurisprudencial deverá assumir um ônus idêntico, se pretende que sua aplicação da súmula seja legítima.

Se a reconstrução de racionalidade e a atribuição de sentidos se fazem em um processo sempre aberto, disto resultará que novos atores podem ser introduzidos e novos argumentos podem ser postos em questão a todo o momento. Logo, como já dito acima, o conteúdo produzido jamais será fixo, e

esta variabilidade sem dúvida serve melhor à compreensão de um mundo da vida que, na modernidade, vê-se privado de fundamentos necessários ou obrigatórios (COOKE, 2002, p. 108-109). Também aqui já se pode indicar que estes motivos são fortes obstáculos à pretensão de que súmulas jurisprudenciais sejam já de início tratadas como o ponto final de um processo argumentativo ou decisório. Se tais súmulas de jurisprudência podem sintetizar alguma argumentação (isto é, se podem apontar para uma conclusão), elas o fazem apenas para imediatamente requerer a reabertura deste processo argumentativo, ainda que, por razões institucionais e operacionais do sistema jurídico, esta reabertura se faça em uma decisão ou em uma análise subsequente.

A natureza aberta do procedimento dialógico descrito na Teoria Habermasiana vai implicar precisamente na idéia de que, embora possível, não é certo que um consenso seja sempre obtido (COOKE, 2002, p. 111). A idéia de consenso não pode ser ela própria "naturalizada" e elevada à condição de uma nova metafísica, porquanto, se o procedimento dialógico persiste sendo aberto, disto resulta que a idéia de consenso em Habermas é somente a possibilidade, a todo instante, de ser instaurado um novo dissenso. Ademais, se a validade de um ato de fala normativo deve ser submetida ao crivo de uma reconstrução intersubjetiva, esta reconstrução também levantará a necessidade de um reconhecimento do outro. Ou, transpondo-se esta idéia para o plano da argumentação jurídica, a necessidade que os argumentos do outro sejam enfrentados de modo sério, o que, quanto ao uso de súmulas jurisprudenciais, aponta uma vez mais, com clareza, para o fato de que tais súmulas não são em si próprias capazes de desonerar aquele que as invoca da

necessidade de confrontar, de modo expresso, todos argumentos levantados no curso do procedimento dialógico quanto ao sentido e à adequabilidade de seu uso no caso concreto.

Para Habermas, portanto, a análise dos problemas típicos das ciências sociais se faz em um nível duplamente hermenêutico: não apenas os elementos da análise são interpretados à luz de sua interação com a matriz teórica escolhida, como estes próprios elementos são em si mesmos objetos de atribuição de sentidos, como meio de "acesso" a um significado a partir do qual eles serão tomados. Mais que isto, esta atribuição de sentidos se fará sempre de uma perspectiva inevitavelmente participante, e, por este motivo, detentora de um potencial reflexivo (INGRAM, 1987, p. 32 e p. 36).

Esta dupla natureza hermenêutica tem impacto bastante curioso quanto às súmulas jurisprudenciais. Tais súmulas não apenas atuam como a "consolidação de precedentes" ou "consolidação de entendimentos" do tribunal que as edita. Elas também irão aumentar a complexidade lingüística especializada no Direito, podendo ao fim reconstruir (e talvez alterar completamente) aquela pretensão originária de "sentido estável" que levou a sua edição. Isto porque (fazendo eco à descrição teórica habermasiana sobre o processo de atribuição de sentidos nas ciências sociais) aqueles que aplicam as súmulas jurisprudenciais, como participantes que são, não apenas se ocupam da relação entre fatos de um caso específico com uma matriz normativa, mas também devem proceder à atribuição de sentido à súmula aplicada. Desta forma, a estabilidade que súmulas jurisprudenciais podem trazer, sob o foco do uso feito por Habermas do giro pragmático, é apenas a

compreensão de que os sentidos na linguagem especializada do Direito estão sempre em movimento, em constante reconstrução.

Na Teoria Habermasiana, esta reconstrução tem um papel central. O vínculo entre a capacidade do Direito em atuar como meio de circulação de sentidos e a possibilidade de que a racionalidade comunicativa faça conexão entre Direito e Democracia motiva Habermas a cogitar de novos caminhos para a Teoria do Direito. A reconexão buscada por ele parte da constatação de um impasse surgido com a própria modernidade: o surgimento de uma sociedade complexa, livre de fundamentos absolutos e necessários, não apenas faz surgir o indivíduo, mas, paradoxalmente, torna improvável que a simples junção ou agrupamento destes indivíduos em uma base territorial possa explicar ou descrever, satisfatoriamente, a existência desta sociedade. Este mesmo fato também aponta para a impossibilidade de que a sociedade moderna seja reduzida à idéia de indivíduos abrigados em uma organização estatal (HABERMAS, 1998, p. 1).

Se mesmo a razão, inicialmente tomada como "fundamento natural" da modernidade, vem ser posta em xeque, Habermas certamente não pretende enfrentar as questões decorrentes do surgimento da modernidade através de uma resposta metodológica no sentido descartiano do termo. Ele tomará suas observações do funcionamento da linguagem como ponto de partida de uma crítica reconstrutiva das possibilidades de racionalidade e de legitimidade da ordem normativa que, com o a modernidade, não possui fundamentos que não sejam criados por ela própria.

Habermas vai observar que esta ausência de fundamentos - ou, melhor dizendo, a artificialidade dos fundamentos - da ordem normativa na modernidade faz uma separação em algo que antes se achava amalgamada: a existência de normas como fato (cuja aplicabilidade será coercitivamente imposta, se necessário) e a validade legítima de tais normas. A sua crítica nota, de pronto, que perspectivas estritamente normativas ou estritamente factuais foram os pólos entre os quais teorias do Direito e da Política têm comumente gravitado. Assim, ora as análises teóricas são absolutamente dissociadas de fatos, ora tornam disponível o arcabouço normativo criado pela própria modernidade - e, em um ou outro caso, perdem a possibilidade de ver reconstruída a sua legitimidade. O desafio teórico que Habermas se propõe é suplantar este impasse, reconciliando Sociologia jurídica e Filosofia do Direito, buscando as condições nas quais uma sociedade complexa pode dar curso às afirmações simultâneas que faz quanto à igualdade e à liberdade de seus integrantes. A sua Teoria da Ação Comunicativa já incorporava esta tensão entre faticidade e validade, colocando em perspectiva os imperativos de reprodução social e uma razão que, para tornar a comunicação minimamente possível, fosse intersubjetiva. A mediação lingüística destas duas exigências é sem dúvida frágil e, quando transposta para a tensão entre faticidade e validade, Habermas vê no Direito este mediador. Isto porque, na condição artificial que o Direito na modernidade passa a ter, ele também passa abrigar a tensão entre liberdade e igualdade (HABERMAS, 1998, p. 6 e 7)

A improbabilidade de que esta tensão seja suportada é proporcional ao surgimento do risco como traço inafastável na modernidade. Portanto, como uma ordem normativa poderia ser legítima nestas condições de autonomização

da vontade e do interesse de cada ator social? Para Habermas, a resposta a esta indagação é achada no fato de que, assim como os demais atos de fala, a mera enunciação de normas carrega em si uma pretensão de validade do que foi enunciado. Não apenas de uma validade universalizável para além de contingências, mas simultaneamente de uma validade que há de ser ressignificada nas especificidades de cada contingência, de cada hipótese concreta (HABERMAS, 1998, p. 20).

Nesta perspectiva, um sistema de direitos na modernidade atua como a mediação entre uma esfera de liberdades individuais e um campo de igualdades, ambas tratadas, a um só tempo, como imponíveis e como válidas. Se esta validade é, como visto, comunicativamente estabelecida, a sua reconstrução somente será possível mediante o resgate dialógico de suas razões. Para tanto, o procedimento empregado nesta reconstrução terá um papel central, na medida em que, quanto mais profunda e livre for a tematização destas razões pelos sujeitos engajados no diálogo, maior será a possibilidade de obtenção de legitimidade e menor será a necessidade do recurso a medidas coercitivas (HABERMAS, 1998, p. 30). Este é um tópico em que a Teoria Habermasiana permite ver, com boa clareza, que ao serem utilizadas súmulas jurisprudenciais no processo de aplicação do Direito, é necessária a reconstrução, argumentativa, do vínculo entre as razões da validade geral e abstrata do enunciado sumular e a adequabilidade do sentido que se dá àquela súmula ante as contingências e especificidades do caso. Apenas esta forma de reconstrução torna a decisão porosa a uma razão intersubjetiva e, desta forma, permite-lhe ser legítima. Imperativos operacionais, tais como a disciplina do julgador perante a jurisprudência da

corde que lhe é superior na hierarquia judicial, ou a necessidade de uma uniformidade de decisão ante o que são havidos como "casos idênticos"²⁵ - ou mesmo a desejável celeridade no trâmite dos feitos - não são capazes, por si só, de fazer emergir esta legitimidade.

Uma ordem jurídica poderá legitimar-se, caso se abra à possibilidade de que seja racional e livremente observada por aqueles cujo comportamento ela busca normatizar. Mas, sem um suporte metafísico a este ordenamento, as razões que possam ser apresentadas para a sua existência somente poderão ser compartilhadas caso, ainda que de forma mínima, os destinatários destas normas possam identificar-se com tais razões, tal como se fossem co-autores delas, mesmo que seus interesses ou seus argumentos não tenham sido totalmente atendidos por tais normas (HABERMAS, 1998, p. 33 e 34). Claro que esta descrição revela um ônus extremamente pesado para o Direito moderno, face à improbabilidade de que tal percepção de co-autoria seja de fato recuperada. Porém, precisamente porque este encargo é imenso, o aplicador do Direito não pode pretender desonerar-se dele de forma metodológica ou de forma técnica. Súmulas jurisprudenciais, ainda que aplicadas (e principalmente quando o são), não dispensam a reconstrução dialógica mediante a qual uma decisão se torna legítima.

É aliás precisamente no âmbito da adjudicação das normas jurídicas que a tensão entre faticidade e validade assume uma forma bastante específica: ela lá é traduzida na tensão entre certeza destas normas gerais e a sua justa aplicação em cada um dos casos particulares, o que claramente indica que a

²⁵ No capítulo seguinte a idéia de casos "idênticos" será problematizada a partir dos conceitos presentes no giro hermenêutico.

aplicação de súmulas de jurisprudência não deve ser feita de modo cego a esta tensão. Este rico espaço de tensão - certeza do direito/justiça - estará no cerne do conceito de integridade que é articulado por Ronald Dworkin. De toda forma, sob uma ótica habermasiana, a aplicação de uma norma jurídica - ou, para os propósitos da presente pesquisa, de um entendimento constante de forma geral em uma súmula de jurisprudência - devem não apenas reafirmar a certeza do direito, mas reconciliar esta certeza com a demonstração do porquê tais normas assumem aquele sentido no caso específico. O Direito poderá cumprir o papel de uma via de comunicação integradora se decisões fundadas nele contiverem, a um só tempo, tanto a sedimentação de um passado institucional, como também a possibilidade de que os afetados direta e indiretamente por ela possam recebê-la como legítima - mesmo que a ela se oponham (HABERMAS, 1998, p. 197-198). É relevante notar que esta sedimentação não possui uma clareza "transparente" precisamente porque será objeto de uma releitura feita na própria decisão que aplica a norma. E, como conseqüência disto, normas não poderão jamais, por si mesmas, regular todas as condições de sua aplicação e, de outra parte, nenhuma aplicação jamais esgotará a vagueza de uma norma. Assim, ao ser utilizada uma súmula jurisprudencial, o passado de precedentes que levaram a sua formação, ainda que deva estar necessariamente presente no horizonte de argumentos considerados pelo aplicador, não é capaz de "ancorar" a decisão em um sentido pretensamente originário da súmula. De outra parte, o aplicador tampouco pode abrigar a pretensão de que o texto de uma súmula tenha esgotado o espaço de indeterminação de uma norma jurídica.

Estas afirmações são demonstradas no histórico que já foi feito quanto à formação da súmula 90, do Tribunal Superior do Trabalho. As sucessivas etapas desta formação indicaram que não havia um sentido "originário" que servisse de limite interpretativo para aquela súmula, e também indicaram que, a cada tentativa de responder uma dúvida na sua aplicação, outras dúvidas eram geradas e novos debates eram trazidos à tona.

No que tange à aplicação das normas jurídicas, uma das conseqüências mais importantes da Teoria Discursiva é a possibilidade de superação entre dois pólos extremos: o realismo jurídico e o positivismo jurídico (HABERMAS, 1998, p. 201). Para os realistas, toda a decisão jurídica expressa apenas o resultado das condições particulares sociológicas, políticas e ideológicas do seu prolator, o que extingue qualquer possibilidade de certeza do direito e deixa o jurisdicionado ao arbítrio do julgador. Para positivistas, a legitimidade de uma decisão é pressuposta se o procedimento formal de sua prolação foi devidamente observado - o que, ao final, também chancela o arbítrio daquele incumbido de decidir. Ora, desta forma, nem realistas conseguem suficientemente explicar como o Direito logra estabilizar expectativas dos atores sociais, nem positivistas conseguem enfrentar o problema com o qual se embatem de forma mais direta, que é a tessitura aberta das normas jurídicas e a conseqüente indeterminação estrutural do Direito.²⁶ Quanto ao positivismo jurídico, aliás, esta insuficiência vem contraditoriamente resultar em uma teoria que, embora pretenda extrair sua pureza e seu "status" epistemológico da

²⁶ Habermas observa com razão os riscos presentes no uso não crítico do giro pragmático. Ele nota que Hart, a fim de explicar como o processo formal de edição de normas jurídicas ou de decisões de aplicação destas normas faz pressupor a legitimidade do seu conteúdo, invoca precisamente o conceito wittgensteiniano de normas não problematizadas (aceitas tacitamente) em um determinado jogo de linguagem (HABERMAS, 1998, p. 203).

atenção exclusiva à norma jurídica, nada tem a dizer quanto à interpretação e à aplicação destas normas, como revela a afirmação de Hans Kelsen em sua obra seminal:

A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito. (KELSEN, 2000, p. 395-396).

Sendo importante para Habermas que o Direito exerça a função comunicativa de um meio de circulação de sentidos e de integração social, foi-lhe necessário voltar-se para uma Teoria da Adjudicação que a um só tempo acolhesse como relevante à estabilização de expectativas mediante a certeza de normas gerais e universalizáveis e a legitimidade desta aplicação nas diversas hipóteses concretas. Para tanto, ele se ampara, confessadamente, na proposta de Ronald Dworkin, quanto ao uso reconstrutivo da hermenêutica filosófica na adjudicação das normas jurídicas em vista de demandas específicas (HABERMAS, 1998, p. 207-208). Embora o segundo capítulo do presente texto contemple uma análise mais detalhada da análise de Ronald Dworkin sobre a aplicação de normas jurídicas, basta notar por ora que Habermas traz desta análise um argumento de suma relevância ao se considerar o Direito de forma discursiva (isto é, atentando-se para a tensão entre faticidade e validade): o fato de que, embora o Direito incorpore em sua formação argumentos de política (axiológicos, portanto), a sua operação é

necessariamente deontológica. Na aplicação do Direito, políticas são elevadas à condição de princípios jurídicos, e estes, por sua vez, são normas que extraem a sua certeza da abstração e generalidade, mas adquirem legitimidade quando aplicados discursivamente às hipóteses concretas, discernindo-se naquelas aplicações os argumentos demonstrativos do cabimento ou do descabimento de sua incidência ao caso específico. Habermas observa que, em seu uso reconstrutivo da hermenêutica, Dworkin possibilita ao aplicador da norma reconciliar justiça e história, de forma a ratificar um passado institucional quando este for ainda legitimamente sustentável à luz dos argumentos presentes, ou de rever este passado institucional ante os argumentos dos quais dispõe agora, ainda que obviamente o faça em limites argumentativos mais estreitos dos que os que são disponíveis na formação da norma jurídica (HABERMAS, 1998, p. 212-213). O uso que Habermas faz da hermenêutica neste ponto é absolutamente pertinente, sendo possível encontrar apoio para tanto, mesmo para além de Dworkin, em outros autores que operam a Teoria do Direito nos marcos da hermenêutica filosófica, como Ricoeur, que também descreve o modo como qual o debate sobre a construção das normas que nos regem é marcado por uma perspectiva teleológica (e, portanto, também axiológica). Mas, precisamente para atender a finalidade normativa, este debate se transfere para uma perspectiva deontológica, de sorte que, na sua incidência em concreto, é esta última perspectiva que deverá orientar o aplicador (VILLAVERDE, 2003, p. 149).

Estas considerações têm, por certo, uma repercussão importante no que tange às súmulas jurisprudenciais. Mais uma vez, resta claro que tais súmulas somente poderão ser legitimamente aplicadas quando houver a concomitante

argumentação que suporte o cabimento dos princípios abrigados nela ao caso específico. A mera invocação destas súmulas não permite aquilo que Habermas aponta como a necessidade de que cada julgamento seja amparado no resgate de todas as razões normativas relevantes ao caso concreto (HABERMAS, 1998, p. 218).

Em consonância com a forma com a qual Habermas trata a questão do método, o problema da indeterminação estrutural do Direito somente pôde ser tratado em sua abordagem teórica ao custo de a própria teoria abraçar esta indeterminação para com ela lidar minimamente. Isto é, na concepção habermasiana, certeza do Direito é produzida em meio à tessitura aberta das normas jurídicas. E isto se faz possível quando se compreende o Direito como a soma não apenas de regras, mas de regras e princípios. Tais princípios podem e devem sofrer análise de sua adequação aos casos específicos. Embora esta análise, procedida na linguagem interna do Direito, revele argumentativamente uma disputa entre interpretações, este dissenso interpretativo representa não apenas um risco, mas uma abertura para outros modos de pensar. Assim, se o dissenso característico da modernidade traz riscos ao Direito, ele também é a forma pela qual este Direito poderá servir como integrador comunicativo de uma sociedade pós-convencional. Por tal motivo, os riscos e dissensos interpretativos não podem ser "exorcizados" através do recurso a um método - qualquer que seja ele - sob pena de romper-se com a possibilidade de vinculação entre Direito e Democracia (HABERMAS, 1998, p. 220-221). De fato, a função integrativa do Direito está paradoxalmente associada, para Habermas, à abertura constante para o dissenso e à necessidade de enfrentamento das razões de uma discordância. Isto porque,

para ele, a possibilidade de integração pelo Direito assume uma forma reflexiva: quando considerada a tensão interna entre faticidade e validade (isto é, quando somada a necessidade de legitimação das normas jurídicas à possibilidade de que elas sejam impostas coercitivamente), o Direito faz uso do risco permanente do dissenso em seu favor, permitindo que todo o debate público possa também ser travado nas instituições que a própria ordem jurídica constitui (HABERMAS, 1996, p. 148).

Todavia, a pergunta ainda persiste: como lidar, democrática e legitimamente, com esta indeterminação? Neste particular emerge, com grande importância, o papel das garantias procedimentais. Consideradas especificamente as decisões judiciais, e uma vez que as condições dialógicas responsáveis pelo resultado da decisão, e ainda considerando-se que este resultado em si não pode ser pré-fixado, a norma constitucional do art. 93, IX, da Constituição Federal, possui uma imensa relevância. Vista como um comando dirigido ao julgador (ou, em sentido mais amplo, a todo que delibera, vinculativamente, sobre a aplicação das normas jurídicas) ela adquire agora um sentido ainda mais profundo: ser garantidora da publicidade de todos os argumentos invocados pelo aplicador (e, por via reversa, daqueles que não foram considerados relevantes por ele). É esta publicidade, este desvelar de argumentos, que permite à decisão judicial submeter-se a uma crítica que a legitime perante os que são diretamente atingidos por ela ou mesmo pelos que, posteriormente, deverão conviver com um determinado passado institucional a ser levado em conta nas decisões futuras. Neste sentido, súmulas jurisprudenciais não podem ser tomadas como "pré-julgados", e tampouco podem exonerar o julgador do dever necessário de sustentar

argumentativamente a sua decisão, para além da simples invocação ou transcrição do texto de uma súmula de jurisprudência.

De fato, uma vez que o advento da modernidade representou o rompimento com qualquer referencial metafísico ou religioso que fosse necessariamente comum a todos, o Direito positivado passou a lidar com a necessidade de que as razões de sua observância obrigatória sejam demonstradas. Mesmo o recurso a um "Direito natural" serviu apenas como instrumento de transição da compreensão do fenômeno jurídico de uma sociedade convencional para uma pós-convencional (HABERMAS, 2006, p. 28). Por este motivo, a aplicação de súmulas jurisprudenciais não pode se ocultar deste problema, devendo enfrentá-lo diretamente. Isto porque súmulas jurisprudenciais carregam um grau mínimo de generalidade, uma vez que, por definição, pretendem incidir em um número não previamente determinado de casos, que versem sobre os temas nelas tratados. Assim, é necessário não confundir esta generalidade procedimental na sua elaboração com o ultrapassamento de sua generalidade semântica (HABERMAS, 2006, p. 36). Mesmo que se possa reconstruir a racionalidade empregada na edição de tais súmulas, ainda assim será necessário, no ato de sua aplicação, interpretá-la e atribuir-lhe novos significados.

Tal fato restou visível na trajetória de formação da súmula 90, do Tribunal Superior do Trabalho, em que questões específicas de atribuição de sentido ao texto originário da súmula ensejavam novas interpretações que, mesmo depois de incorporadas à súmula, não conseguiam fechar o debate interpretativo. Ao contrário, o seu acréscimo gerava, por sua vez, novas indagações quanto ao sentido do princípio tratado pela súmula.

Sob a perspectiva da reconstrução crítica que emerge do uso que Habermas faz do giro pragmático, é relevante notar que a legitimidade no uso das súmulas, pela generalidade que elas invocam para si, deve tornar pública, ao serem fundamentadas as decisões tomadas nos casos concretos, a disputa sobre os sentidos destas súmulas, bem como desvelar as razões consideradas pelo aplicador como relevantes na escolha feita entre os sentidos possíveis para elas.

Precisamente no centro deste argumento reside um aspecto fundamental a ser tomado em consideração quanto ao uso das súmulas de jurisprudência, ao qual já se fez referência. Trata-se do fato de que, a despeito de se apresentarem como a consolidação de debates jurisprudenciais, tais súmulas, porque carregam a pretensão de incidência também em casos futuros à sua elaboração, ganham um grau mínimo de generalidade²⁷ e irão requerer, nesta futura incidência, a sua reinscrição argumentativa em um discurso de aplicação adequado a cada caso específico. A partir das etapas propostas por

²⁷ Um bom exemplo desta pretensão de generalidade é o fato de o Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho prever a possibilidade de edição de súmulas jurisprudenciais mesmo na ausência do número mínimo de precedentes da corte que aquele próprio regimento estabelece nos incisos de seu art. 160 como necessário à edição das súmulas de jurisprudência em geral. O parágrafo único, do artigo referido, afirma textualmente que "Na hipótese de matéria revestida de relevante interesse público e já decidida por Colegiado do Tribunal, poderá qualquer dos Órgãos judicantes, a Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos, a Procuradoria-Geral da Justiça do Trabalho, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ou a Confederação Sindical de âmbito nacional suscitar ou requerer ao Presidente do Tribunal apreciação pelo Tribunal Pleno de proposta de edição de Enunciado, dispensados, nesta hipótese, os pressupostos dos incisos I a IV deste artigo, deliberada preliminarmente, por dois terços dos votos, a existência de relevante interesse público." (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2005, p. 35-36). Este dispositivo regimental claramente se volta a um papel "preventivo" de buscar dirimir divergências sobre a interpretação do Direito, antes mesmo que estas divergências ganhem vulto no âmbito da corte superior (correndo o risco, inclusive, de que a súmula venha a lume sem uma sedimentação mais aprofundada dos argumentos divergentes sobre um determinado tema). Curiosamente, esta mesma norma regimental concede a terceiros que não integram a corte (a Procuradoria-Geral da Justiça do Trabalho, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ou qualquer Confederação Sindical de âmbito nacional) a iniciativa para a propositura de súmulas de jurisprudência. Isto confirma que o procedimento de sua edição não se confunde com os argumentos de aplicação feita nos precedentes jurisprudenciais. Por este mesmo motivo, a

Piaget e Kohlberg para a descrição do processo de crescente complexidade dos juízos normativos, Günther observa que no chamado estágio pós-convencional o surgimento de normas gerais e abstratas faz uma distinção clara entre as razões de formação de tais normas e as razões de sua aplicação apropriada a cada situação concreta. Ou, em outras palavras, esta adequação deixa de se situar no nível puramente semântico e passa a ser problematizada a partir de uma situação potencial constante dissenso (GÜNTHER, 2004, p. 373).

É necessário compreender que aplicação, sob esta perspectiva, deliberadamente retoma a distinção aristotélica entre *techné* e *phrónesis* para dar um outro sentido a esta distinção, qual seja, perceber que a racionalidade instrumental geral e abstrata não se substitui a um juízo de adequação das condições específicas que autorizam ou desautorizam a incidência de um determinado princípio normativo a uma situação específica (GÜNTHER, 2004, p. 260-261). Ao contrário, o aumento de complexidade nos juízos morais é que permite um embasamento mais sólido da incidência, nos casos específicos (e na medida devida a cada um destes casos) do arcabouço normativo. E este aumento de complexidade, em sua feição verdadeiramente pedagógica quanto ao intérprete, somente é atingido na medida em que se permite que o aplicador do Direito faça uma distinção argumentativa entre *techné* e *phrónesis*, entre princípio expresso em uma norma geral e sua adequabilidade à hipótese específica. (GÜNTHER, 2004, p. 326-328). Ou, dito de outro modo: juízos ganham solidez em sua adequabilidade na proporção direta em que argumentos mais e mais complexos são enfrentados no sistema normativo, e

não na medida em que, sob o pálio de noções superficiais de celeridade e/ou segurança, busque-se interditar dissensos mediante uma simplificação da linguagem (uma pretensão que, de toda forma, como já foi visto acima, não condiz com a estrutura necessariamente aberta da linguagem). Quanto mais ampla for a liberdade dialógica, maior a possibilidade de que, no âmbito da aplicação de normas, sejam observadas as particulares específicas de cada situação concreta, sem o sacrifício do conteúdo normativo em sua generalidade e abstração (HABERMAS, 2001a, p. 130-131).

Isto torna necessário que, na aplicação destes textos gerais - incluídas aí as súmulas de jurisprudência, ainda que em sua formação as cortes obviamente não possam contar com a mesma amplitude de argumentos disponíveis aos parlamentos - a racionalidade desta incidência e a sua adequação à situação concreta sejam demonstradas. Esta demonstração, vale lembrar, deve recorrer sempre e exclusivamente ao código do Direito, de tal modo que assim sejam conciliadas a generalidade e abstração necessárias a que o Direito cumpra o papel de estabilizador de expectativas comportamentais com o fechamento argumentativo (ainda que este fechamento seja sempre provisório e precário), cada vez que é deliberado o sentido de uma norma em um caso concreto.

Para esta conciliação, e a exemplo da proposta habermasiana, Günther sugere a incorporação da proposta hermenêutica de Ronald Dworkin sobre a forma de aplicação das normas jurídicas, já que esta proposta leva em consideração uma característica dos juízos normativos em sociedades pós-convencionais, qual seja, uma diferença operativa entre regras e princípios, nos

quais estes últimos estão sempre sujeitos, na sua incidência, à demonstração de sua adequabilidade aos casos concretos (GÜNTHER, 2004, p. 391-392).

Um bom exemplo da generalidade das súmulas é o fato de o Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho prever a possibilidade de edição de súmulas jurisprudenciais, mesmo na ausência do número mínimo de precedentes da corte que aquele próprio regimento estabelece nos incisos de seu art. 160 como necessário à edição das súmulas de jurisprudência em geral. O parágrafo único, do artigo referido, afirma textualmente que "Na hipótese de matéria revestida de relevante interesse público e já decidida por Colegiado do Tribunal, poderá qualquer dos Órgãos judicantes, a Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos, a Procuradoria-Geral da Justiça do Trabalho, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ou a Confederação Sindical de âmbito nacional suscitar ou requerer ao Presidente do Tribunal apreciação pelo Tribunal Pleno de proposta de edição de Enunciado, dispensados, nesta hipótese, os pressupostos dos incisos I a IV deste artigo, deliberada preliminarmente, por dois terços dos votos, a existência de relevante interesse público." (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2005, p. 35-36). Este dispositivo regimental claramente se volta a um papel "preventivo" de buscar dirimir divergências sobre a interpretação do Direito, antes mesmo que estas divergências ganhem vulto no âmbito da corte superior (correndo o risco, inclusive, de que a súmula venha a lume sem uma sedimentação mais aprofundada dos argumentos divergentes sobre um determinado tema). Curiosamente, esta mesma norma regimental concede a terceiros que não integram a corte (a Procuradoria-Geral da Justiça do Trabalho, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ou qualquer

Confederação Sindical de âmbito nacional) a iniciativa para a propositura de súmulas de jurisprudência. Veja-se aliás a proposta de regulamentação, por via de lei, da edição de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal. Ao ser apreciada pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara Federal, o substitutivo apresentado lá concedeu em seu artigo 3º legitimidade para proporem ao tribunal a edição de súmulas vinculantes não apenas aos membros da corte, mas também ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal; à Mesa da Câmara dos Deputados; à Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; a governadores de Estado ou do Distrito Federal; ao Procurador-Geral da República; ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; ao Conselho Nacional de Justiça; a partido político com representação no Congresso Nacional; a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; e ainda a tribunais superiores, tribunais regionais federais, tribunais regionais do trabalho, tribunais regionais eleitorais, tribunais militares e tribunal de justiça de Estados ou do Distrito Federal e ao Tribunal de Contas da União (BRASIL, 2006d).²⁸

²⁸ Iniciativa bem mais recente do Tribunal Superior do Trabalho é bastante expressiva desta tendência. Trata-se do encaminhamento ao Congresso Nacional de um anteprojeto voltado para um mecanismo de "controle concentrado de juridicidade" no âmbito infraconstitucional, mediante o mecanismo de uma "ação direta declaratória" de iniciativa de um rol estrito de legitimados (o Ministério Público; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; as entidades sindicais e de classe de âmbito nacional e a Advocacia-Geral da União) voltada à interpretação de norma material ou processual do trabalho em controle concentrado e (é texto expresso do anteprojeto de lei) mediante a edição de uma súmula de jurisprudência da corte. A justificativa elaborada pela corte ao anteprojeto de lei não poderia ser mais clara quanto às razões que a motivam e aos pressupostos dos quais ela parte: "o Tribunal Superior do Trabalho tem por principal função institucional a uniformização da interpretação dada pelos diversos Tribunais Regionais do Trabalho às normas jurídicas de direito material e processual, nos casos concretos submetidos ao seu julgamento. A uniformização jurisprudencial, no entanto, somente pode se realizada quando as ações judiciais em que são discutidas questões de direito controvertidas forem efetivamente submetidas à apreciação desta Corte Superior pela via recursal, o que, no mais das vezes, só ocorre vários anos após ajuizamento de tais ações, haja vista o grande número de processos atualmente em trâmite na Justiça do Trabalho. Essa sistemática tem propiciado a proliferação de decisões díspares em relação à mesma matéria, acarretando um quadro de insegurança jurídica. A ação de que trata o presente anteprojeto de lei visa exatamente a possibilitar ao Tribunal Superior do Trabalho declarar seu posicionamento, em tese, quanto ao alcance e ao sentido de determinada norma jurídica, antes

Estes elementos confirmam que o procedimento de sua edição não se confunde com os argumentos de aplicação feita nos precedentes jurisprudenciais. Por este mesmo motivo, a simples invocação de súmulas não pode dispensar a explicitação dos argumentos de adequabilidade de incidência de tais súmulas ao caso ou aos casos tratados.

Em síntese, é possível constatar não apenas a especificidade e a incontrollabilidade da linguagem, como também, pela Teoria Habermasiana, é possível reconstruir um uso universalizável para a razão em meio a esta especificidade. Disto emergem limites no uso de súmulas e certos ônus quando deste uso, que foram descritos nesta análise deste capítulo, marcada por um percurso que foi do particular para o geral. Mas também emergem perspectivas nas quais a atenção aos limites da linguagem leve aquele que as aplica a atender para um uso que expresse (e reconstrua) a racionalidade comunicativa que elas (como ato de fala que são) podem também desencadear. Esta forma de uso e de compreensão do papel das súmulas jurisprudenciais pode, atendendo ao que é objeto central da Teoria Discursiva do Direito, reforçar os vínculos entre Direito e democracia.

mesmo de as ações em curso na Justiça do Trabalho serem submetidas ao seu crivo pela via recursal. Pretende-se, com isso, impedir que sejam proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho decisões conflitantes relativamente a matérias idênticas e, conseqüentemente, evitar a multiplicação de recursos de revista calcados em divergência jurisprudencial". (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2006c).

CAPÍTULO 2

A CONDIÇÃO HERMENÊUTICA, AS SÚMULAS JURISPRUDENCIAIS E A
INTEGRIDADE DO DIREITO

Tendo visto a impossibilidade de a linguagem ser controlada - menos ainda através de súmulas de jurisprudência - e tendo sido articulados caminhos para uma racionalidade que, respeitando a natureza pragmática da linguagem, contêm um potencial universalizável capaz de vincular Direito e Democracia, adentra-se agora na segunda indagação proposta na introdução sobre o papel das súmulas jurisprudenciais: saber-se se as súmulas jurisprudenciais podem servir como instrumento de controle da interpretação. Dito de outra forma, a questão requer que se adentre o exame das condições hermenêuticas que sejam aplicáveis à interpretação do Direito e, então, indagar-se da possibilidade de que tais súmulas contenham decisões aprioristicamente fixadas - isto é, que em verdade existam "casos iguais". Mais que isto, porém, é importante continuar a busca por uma leitura reconstrutiva, que dêem às súmulas de jurisprudência - inclusive àquelas que sejam reputadas como vinculantes - um papel constitucionalmente adequado à luz do Estado Democrático de Direito descrito na Carta Federal de 1988.

O debate que se propõe no presente texto sobre a condição hermenêutica do Direito parte das reflexões da hermenêutica filosófica, tal como descrita na análise de Gadamer (2001, p. 159 e 164). Como já afirmado anteriormente no presente texto, esta hermenêutica não repele a pragmática lingüística (ainda que, de fato, parta de pressupostos contrários a ela), mas ao contrário a complementa. Ela o faz ao ressaltar o papel que o discurso de aplicação (para usar a terminologia do giro pragmático) possui como caminho

no qual se faz possível às partes em dissenso a reconstrução das racionalidades que as suas respectivas pretensões dizem abrigar, forçando-as a justificá-las tanto na universalidade (abstração normativa) que elas invocam, quanto na adequação particular (isto é, justiça no caso concreto) que também pretendem ter. E, mais ainda, tanto a hermenêutica quanto a pragmática permitem observar este momento de aplicação do Direito, bem como o discurso que o fundamenta, como resultante de um processo dialógico (RICOEUR, 1995, p. 151 e p. 152).

Tal como se dá quanto a Habermas, é uma revisão na compreensão do método e de seu papel (particularmente nas ciências humanas) que inicia a pergunta de Gadamer: uma vez abandonada uma pretensão de "objetividade absoluta" e "neutralidade" da ciência, o que passa a ser tido como compreender algo ? O esgotamento do projeto epistemológico positivista visivelmente coloca a compreensão como um construto humano, já que não mais se pode crer na possibilidade da apreensão de uma "essência". Como construção humana, a compreensão é feita mediante uma aproximação na qual o observador já não vem "vazio", mas pleno de pano de fundo de idéias prévias e que, em sua aplicação inicial ao objeto observado, podem ser mais bem descritas como um projeto inicial já presente no horizonte de expectativas do observador quando do contato inicial com o objeto (GADAMER, 1999, p. 402).

Contudo, este primeiro contato causará, ele mesmo, um certo grau de estranheza no observador. Parte de seu projeto inicial de compreensão se confirma, e parte escapa inicialmente a esta confirmação. Isto força o observador - a quem já podemos chamar de intérprete - a buscar justificar as

suas premissas iniciais e, na impossibilidade de o fazer, revê-las. Isto implica a idéia, desde já, de que as condições em que a hermenêutica se processa são abertas por definição. Ainda que o intérprete seja, necessariamente, marcado por suas pré-compreensões, esta natureza aberta o forçará a reconstruir o projeto inicial que tinha quando se aproximou de seu objeto (GADAMER, 1999, p. 405). Para dizer em outros termos, também gadamerianos, a hermenêutica filosófica torna visível que toda a compreensão, por se estabelecer como projeto constante revisto à medida que transcorre, torna visível a falibilidade, a precariedade de cada apreensão de sentido (GADAMER, 2004, p. 75). Esta trajetória foi, aliás, característica da formação da súmula 90, do Tribunal Superior do Trabalho. Como já foi exposto no presente texto, uma redação inicial dada ao então enunciado 90 do Tribunal Superior do Trabalho de modo algum representou um "fechamento" para o processo interpretativo. Uma pretensão de que súmulas de jurisprudência realizem este "fechamento", este esforço em eliminar da linguagem e do texto jurídico a sua natureza aberta, é fadado ao fracasso, na medida em que

"Mesmo que consideremos esses pronunciamentos dos tribunais como enunciados canônicos de Direito, tal como as leis, ainda deixamos em aberto a questão de como o direito é afetado pelo fato de os tribunais, *nesses* enunciados canônicos, terem usado termos imprecisos" (DWORKIN, 1990, p. 193).

Ao contrário desta pretensão, a súmula 90 do Tribunal Superior do Trabalho foi tomada como verdadeiro acréscimo de complexidade ao Direito, e

sua redação inicial como apenas o ponto de partida de uma série de indagações sucessivas sobre o tema versado no verbete de jurisprudência. Quando a corte superior afirmou a natureza do tempo gasto no deslocamento do obreiro ao trabalho, em condução fornecida pelo empregador e em local de difícil acesso, ou não servido por transporte público, o sentido de todos estes termos ("deslocamento ao trabalho", "condução fornecida pelo empregador", "local de difícil acesso" e "local não servido por transporte público") foram sendo objeto de um progressivo estranhamento - ainda que parcial - dos demais aplicadores do Direito. Por este motivo, a corte superior novamente interveio, dando origem às súmulas de número 324 e 325 e à orientação jurisprudencial de número 50, da Subseção de Dissídios Individuais I, todas já descritas no presente texto.

Sob a perspectiva da hermenêutica filosófica, a atribuição de sentidos já traz em si a exigência inicial de uma alteridade mínima, e nunca uma postura que arvore para si uma neutralidade insustentável diante da condição hermenêutica da qual o intérprete e o texto não podem escapar. Aliás, assumindo desde o início que esta inserção hermenêutica é inescapável, o intérprete poderá lidar com os riscos que as suas pré-compreensões apresentam para o processo interpretativo, explicitando-os argumentativamente e fazendo deles etapas de um enriquecimento interpretativo crescente (GADAMER, 2004, p. 76). Isto permite dar ao processo interpretativo uma complexidade imensamente maior, adequando-o ainda mais ao papel de expressarem significados em um mundo da vida infinitamente complexo e imprevisível.

Logo, o que a princípio poderia ser lido como restrição interpretativa gerou, em verdade, uma riqueza de interpretações ainda maior. É verdade que as súmulas jurisprudenciais já editadas podem ser qualificadas como parte das concepções prévias de um intérprete, uma vez que integram o saber anterior daquele que se aproxima de um problema jurídico. Contudo, a observação de Gadamer é a de que, paradoxalmente, os conceitos prévios não interditam de forma alguma a atividade hermenêutica - ao contrário, têm o potencial de catalisar indagações ainda mais complexas e, deste modo, tornar a interpretação ainda mais sofisticada, tal como se deu ao longo de um processo extremamente complexo de formação do *common law* britânico (CANTOR, 1999, p. 190 e ss). Para Gadamer, trata-se, em suma, da superação de um problema característico da modernidade: embora ela se proponha a romper todo dogma, tende a transformar a palavra (o *logos*, a razão) em seu próprio dogma (GADAMER, 1999, p. 407 e p. 409). Porém, a trajetória da hermenêutica na modernidade demonstra que este encarceramento interpretativo revela-se impossível.

O que se vê, portanto, sob a ótica da hermenêutica filosófica de Gadamer, é que a própria razão se acha imersa na historicidade, de tal sorte que uma reflexão que não seja dialógica (ao menos para com esta perspectiva de inserção temporal) simplesmente não é capaz de justificar-se a si própria, sob pena de se tentar "privatizar" um transcurso histórico (GADAMER, 1999, p. 415). Logo, se todo saber é histórico e datado, se todo ele está imerso em sua condição hermenêutica, toda afirmação da razão pode ser, no máximo, um ponto de partida para um diálogo.

Sem dúvida nenhuma, esta constatação aponta para riscos - ou, melhor dizendo, torna estes riscos visíveis como parte constitutiva da condição moderna, na medida em que nada nos assegura que uma interpretação correta prevalecerá ao final. A afirmação de Gadamer sobre a impossibilidade de que um método interpretativo exorcize a possibilidade do risco é, aliás, expressa. Ele faz uma clara distinção entre as pretensões colocadas sobre o método interpretativo no início da modernidade e os limites que hoje temos em mente quanto ao papel do método: "...na base desta distinção encontra-se a premissa fundamental do *Aufklärung*, segundo o qual um uso metódico e disciplinado da razão é suficiente para nos proteger de qualquer erro. Esta é a idéia cartesiana do método" (GADAMER, 1999, p. 416).

Nesta linha de raciocínio, é de extrema importância atentar para o fato de que súmulas jurisprudenciais não podem ser tomadas como um meio de exonerar riscos interpretativos. A natureza aberta do processo interpretativo é a tradução hermenêutica da impossibilidade de controle da linguagem, linguagem que é mediadora na formulação e reconstrução destas experiências interpretativas (RICOEUR, 1995, p. 53). A temporalidade na qual os sentidos da linguagem estão inseridos vincula a linguagem à contingência hermenêutica, de sorte que mesmo os atos de fala podem ser tidos como eventos, no sentido gadameriano da expressão (RICOEUR, 1999, p. 60).

Esta abertura estrutural da linguagem e do processo de formação de sentido impede que segurança jurídica seja definida como controle hermenêutico. Ao contrário, a crença neste controle - a crença absoluta no método, em outras palavras - apenas tornaria ocultos estes riscos, obstando

que se lidem com eles. Paradoxalmente, portanto, a segurança jurídica possível ante a inevitabilidade da condição hermenêutica requer, quanto às súmulas jurisprudenciais, que elas sejam tomadas como uma expressão da permanente reconstrução de sentidos. Ou, para usar uma expressão gadameriana, deve-se entender que a edição de súmulas jurisprudenciais imediatamente as expõem à interpelação quanto a seus sentidos, assim como se dá quanto a todos os objetos de investigação das ciências do espírito. Esta interpelação é feita por uma tradição anterior, por um somatório de pré-compreensões, que simultaneamente são agora refeitos, na medida em que esta interpelação é respondida (GADAMER, 1999, p. 424).

É neste sentido que a hermenêutica filosófica pode cunhar o conceito de evento, algo em si irrepetível, precisamente porquanto, ao ocorrer, reconstrói o somatório da pré-compreensão dos envolvidos. Assim, aquele que parece observar um evento por uma segunda vez em verdade está participando do processo de atribuição de sentido a um evento diverso, vez que ele próprio (intérprete) já teve seu horizonte de pré-compreensões modificado, eis que foi somado a ele o resultado da experiência hermenêutica decorrente do contato com o primeiro evento (GADAMER, 1999, p. 270-272, 296 e 559-560; RICOEUR, 1995, p. 60-62).

Tomando-se portanto a hermenêutica jurídica como exemplo paradigmático do que se dá no diálogo entre texto e intérprete, é visível que a aplicação do Direito está bem longe de ser um processo de simples adequação cartesiana "de fato aos textos". Antes, ela é uma atribuição de sentidos que não apenas está impregnada de uma tradição da qual o intérprete é portador, mas

que, simultaneamente, ressignifica esta tradição no ato interpretativo (GADAMER, 1999, p. 482-484; e 2004, p. 57, 174-175 e 395-397). Ou, para colocar em outros termos, dá-se a esta hermenêutica filosófica um sentido que de modo algum é apenas descritivo, mas uma crítica da *praxis* (GADAMER, 1983, p. 57-58).

Portanto, não se pode imaginar uma aplicação "ingênu" de súmulas jurisprudenciais. A exemplo do que se dá, sob o ponto de vista hermenêutico, com toda a reconstrução histórica (GADAMER, 1999, p. 427), o resgate de precedentes jurídicos cuja *ratio decidendi* tenha sido pretensamente sintetizada em uma súmula de jurisprudência é em si mesmo um novo processo de atribuição de sentidos. E, de outra parte, a irrepetibilidade de eventos nos aponta a impossibilidade da existência de "casos idênticos" no sentido mais estrito desta expressão. Ela também revela a impossibilidade de que a aplicação de súmulas de jurisprudência a um determinado caso não vá também se incorporar ao horizonte de experiências do aplicador, e assim modificar este horizonte - e o próprio aplicador, no sentido hermenêutico. Deste modo, o próprio aplicador, em uma segunda ocasião, não é mais o mesmo, pois uma porção (ainda que ínfima) da forma com a qual ele vê sua tradição já sofreu uma reconstrução (GADAMER, 1999, p. 435).

Considerados os impactos destas afirmações sobre a interpretação do Direito, pode-se apontar a necessidade, ao se lidar com súmulas de jurisprudência, de entender que elas próprias são, desde o momento em que editadas, tomadas como texto que são. Elas passam a fazer parte de um círculo que a hermenêutica define da seguinte forma: interpretar uma situação

particular (solver um problema de aplicação do Direito) requererá a consideração de um todo (do qual a súmula de jurisprudência é parte). Porém, ao mesmo tempo, neste processo de construção os sentidos individuais e específicos são novamente integrados a este todo, e irão, em última análise, reconstruí-lo (GADAMER, 1999, p. 436 e GADAMER, 2004, p. 72).

É de extrema importância notar que a descrição quanto a circularidade do processo hermenêutico não pode, de forma alguma, ser tomada como um método no sentido cartesiano. Ao contrário: ela aponta para um processo de imersão na complexidade da vida humana, uma imersão vivencial. Toda a interação humana é tomada como um momento de atribuição de sentidos; e, para que se abrigue a pretensão de lidar como esta variabilidade, é imprescindível pensar a teoria e a sua aplicação como um processo permanentemente aberto, permanentemente em reconstrução e marcado por circunstâncias singulares e irrepetíveis (GADAMER, 1999, p. 440 e p. 442). Portanto, este também é um cuidado necessário ao se pensar a aplicação de súmulas jurisprudenciais. A complexidade da vida humana, sob o ponto de vista hermenêutico, revela a total impossibilidade de que tais súmulas sejam tomadas como capazes de encerrar o processo de atribuição de sentidos de modo permanente. Ao contrário, a descrição feita já neste texto quanto à trajetória da formação da súmula 90 do Tribunal Superior do Trabalho demonstra que a permanência que uma súmula pode buscar é somente a condição de sua permanente mudança, a sua abertura para indagações ainda mais sofisticadas e complexas e o seu refazimento (textual ou não) como resposta a estas situações. E, neste sentido, pode-se dizer que o percurso da súmula 90 do Tribunal Superior do Trabalho pode ser qualificado de exitoso.

Nesta trajetória, fica clara a afirmação gadameriana de que o processo de atribuição de sentidos não é, de modo algum, um caminhar em busca de um sentido "originário". Ao contrário:

"...reporta a uma diferença insuperável entre o intérprete e o autor, diferença que é dada pela distância histórica. Cada época tem de entender um texto transmitido de uma maneira peculiar, pois o texto forma parte do todo da tradição, na qual cada época tem um interesse pautado na coisa, e onde também ela procura compreender-se a si mesma." (GADAMER, 1999, p. 443)

Assim, sob a perspectiva hermenêutica, não há um presente que possa ser conectado de forma estritamente causal ao passado. Em verdade, o que podemos chamar de presente é um resultado interpretativo, resultado que foi interpelado por uma tradição passada. Ao nos aproximarmos de um texto, observando que ele carrega em si (como fazem as súmulas jurisprudenciais) a pretensão de sintetizar um processo anterior de atribuição de sentidos, estamos em verdade nos sujeitando à tentativa de uma fusão de horizontes interpretativos, não sendo possível abrigar a idéia de que poderemos "resgatar a vontade original" do autor (GADAMER, 1999, p. 457). Até porque, paradoxalmente, esta fusão jamais ocorrerá de modo absoluto. Semelhantemente à ilustração da geometria euclidiana de que a distância entre dois pontos pode ser reduzida ao infinito, sem que jamais tais pontos sejam reduzidos a um só, a trajetória rumo à fusão de horizontes reconstrói estes mesmos horizontes no seu curso, e jamais os torna idênticos. Por tal motivo,

alguém compreende algo quando lhe atribui sentido em seu horizonte hermenêutico - ou seja, quando faz aplicação do objeto de sua compreensão. Assim, compreender, interpretar e aplicar são um só agir. A aplicação não é uma etapa distinta ou posterior da compreensão. Vale dizer, hermeneuticamente, compreender é aplicar (GADAMER, 1999, p. 505) - ou, como já dito em termos da pragmática lingüística, entender é inserir algo em uma *praxis*. À luz da hermenêutica filosófica, compreensão não é realizada sob o plano semântico, mas apenas quando sentidos são atribuídos nas diversas situações concretas experimentadas pelo intérprete (VILLAVERDE, 2003, p. 152).

De fato, a hermenêutica filosófica parte de um ponto oposto ao da pragmática, qual seja, a universalidade de uma tradição e das pré-compreensões que expressam os vínculos a ela. Todavia, no que tange à atribuição de sentidos - núcleo da atividade lingüística - ela chega à mesma conclusão do "segundo" Wittgenstein: não fazemos "uso da linguagem", ao contrário, somos constituídos por ela e não podemos controlá-la:

A linguagem não é nenhum instrumento, nenhuma ferramenta. Pois uma das características essenciais do instrumento é dominarmos o seu uso, e isso significa que lançamos mão e nos desfazemos dele assim que prestou o seu serviço. Não acontece o mesmo quando pronunciamos as palavras disponíveis de um idioma e depois de utilizadas deixamos retornem ao vocabulário comum de que dispomos. Esse tipo de analogia é falso porque jamais nos encontramos como consciência diante do mundo para num estado desprovido de linguagem lançarmos mão do instrumental do entendimento. Pelo contrário, em todo conhecimento de nós mesmos e do mundo sempre fomos já

tomados pela nossa própria linguagem. (GADAMER, 2004, p. 176).

Por este motivo, também na perspectiva hermenêutica, o tema da aplicação possui um papel central, e este fato, no que toca à hermenêutica jurídica, dá imenso destaque à tensão entre o texto em sua generalidade e abstração e a concretude que se pretende dele em cada situação específica:

Tanto para a hermenêutica jurídica como para a teológica, é constitutiva a tensão que existe entre o texto proposto - da lei ou da revelação - por um lado, e o sentido que alcança a sua aplicação ao instante concreto da interpretação, no juízo ou na prédica...Em ambos os casos isso implica que o texto, lei ou mensagem de salvação, se se quiser compreendê-lo adequadamente, isto é, de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, tem de ser compreendido a cada instante, isto é, em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é também aplicar. (GADAMER, 1999, p. 461).

Assim, no contraste entre as perspectivas pragmática e hermenêutica, os chamados atos de fala adquirem sentido precisamente em meio à tensão descrita acima, o que Ricoeur (1999, p. 62) chama de "polaridade fundamental entre identificação singular e a predicação universal" da enunciação lingüística.

Ora, se eventos são irrepetíveis sob a ótica hermenêutica, isto de outra parte significa dizer que norma alguma - ou texto algum a ser objeto de

interpretação - poderá antever as quase infinitas possibilidades e hipóteses concretas de sua incidência (GADAMER, 1999, p. 473). Logo, a riqueza interpretativa que uma súmula jurisprudencial pode desencadear - como de fato desencadeou a súmula 90 do Tribunal Superior do Trabalho - deve, por outro lado, levar o intérprete a perceber como súmulas, na condição de texto a ser aplicado (dotado, como dito, de uma generalidade ainda que menor do que aquela descrita em leis em sentido mais estrito) tampouco poderão regular elas mesmas, *a priori*, a variabilidade de todas as suas condições de aplicação. Aliás, o potencial de uma súmula para dar origem a uma série de interpretações que aumente a complexidade e a riqueza hermenêutica no Direito surge exatamente da impossibilidade deste controle *a priori* do processo formador de sentidos. Precisamente porque compreender é aplicar, é incorreta qualquer tentativa de inferir-se, mediante uma abstração lógica (mesmo que extraída inicialmente de um caso concreto), que exonere o aplicador do ônus de, a cada nova e irrepetível situação, fundamentar a adequabilidade do sentido que ele dá às normas cuja incidência foi acolhida.

O Direito pode abrigar a pretensão de lidar com a imensa complexidade da vida humana precisamente porque a sua interpretação não está limitada a uma esfera (que aliás sequer pode ser clarificada em seu todo ou mesmo empiricamente aferida de modo certo) das intenções subjetivas dos autores de uma norma ou pelo conceito de "destinatários originais" aos quais a norma teria sido endereçada (GADAMER, 1999, p. 575).

Tal como o passado somente nos é acessível através da reconstrução interpretativa feita a partir do presente, também a atribuição de sentido a uma

súmula jurisprudencial, em cada caso concreto, pode ser vista como a ressignificação presente de uma tradição jurídica (GADAMER, 1999, p. 486). Este sentido de coerência na perspectiva hermenêutica do Direito sem dúvida alguma traz em si a questão do justo, vista já em Ricoeur (1995, p. 163-165). Mas é especificamente por Dworkin (2002, p. 35-37) que tal exigência é reconduzida à necessidade que decisões judiciais operem sob fundamentos deontológicos, mesmo ante normas jurídicas que apenas dão curso a políticas públicas. O que se indaga aqui é a existência de uma única resposta correta a cada caso interpretativo. Esta pergunta o leva, no campo da hermenêutica, a descrever uma aplicação "exigente" do Direito a partir de três requisitos concomitantes: a recuperação de uma tradição passada, a tematização do papel desta tradição ante as especificidades do caso concreto e no tempo presente, e a necessidade de coerência desta decisão em sua abertura para com futuro (DWORKIN, 2000, p. 215, 219 e 235-239) - um verdadeiro "encadeamento do Direito". Um encadeamento hermenêutico do Direito que aliás é absolutamente análogo àquele afirmado por Ricoeur, para quem a interpretação do Direito articula, simultaneamente, um diálogo com o passado (no qual o intérprete atribui, como ponto de partida, um conteúdo pretendido pelo autor do texto), uma exigência de atribuição de sentido para a situação presente em que o texto é lido e uma projeção futura sobre como a interpretação feita naquela situação específica irá ressignificar um horizonte de tradições compartilhado para além da pessoa do intérprete (VILLAVERDE, 2003, 149).

Retornando porém à hermenêutica gadameriana, é necessário compreender desde já que a idéia de tradição como olhar do intérprete para

aquilo que lhe precedeu não é, de modo algum, uma simples repetição do passado. Ao contrário, para Gadamer a tradição ocupa uma posição tencionada entre a familiaridade mínima que o intérprete presume ter como pré-condição para compreender o texto, e a estranheza mínima que também é necessária ao intérprete para que ele se abra ao diálogo com o texto (GADAMER, 2004, p. 79). Isto porque a exigência mais fundamental para o exercício de uma hermenêutica jurídica é somente a de que o intérprete verdadeiramente se posicione, ele próprio, como parte de um grupo que partilha entre si uma idêntica sujeição de seus membros ao ordenamento jurídico (GADAMER, 1999, p. 488). Dworkin (1999, p. 211 e p. 225) chamará esta condição mínima de integridade de uma comunidade política.

O problema que move Dworkin é hermenêutico no sentido mais gadameriano do termo, adentrando frontalmente a inevitabilidade hermenêutica que paralisou Kelsen. Se Kelsen (2000, p. 395), por força de pressupostos epistemológicos que vinculavam ciência e certeza de forma absoluta, não pode efetivamente adentrar a questão da interpretação das normas jurídicas, Gadamer observa que, quanto às normas, o central é perceber que elas são desprovidas da capacidade de por si só regularem todas as suas variadas aplicações. Desta forma, a exigência nuclear de toda norma - o seu cumprimento - somente pode ser atendida satisfatoriamente em um processo de entendimento; ou, em outras palavras, a atribuição de sentido a uma norma somente se perfaz observada a particularidade e concretude dos casos específicos em que ela incide (GADAMER, 2004, p. 398). Tomada a hermenêutica filosófica como uma filosofia prática - uma proposta que o próprio Gadamer assume - entender uma tradição, mesmo uma tradição jurídica, não é

apenas reconhecer a sua existência, é também participar do processo que, ao retransmiti-la, simultaneamente a reconstrói (GADAMER, 1983, p. 64). Um discurso - jurídico no objeto de análise desta pesquisa - nutre-se do fato de se atualizar como evento para ser compreendido como significação. Seus sentidos são hermeneuticamente refeitos numa trajetória que simultaneamente pode reafirmar ou desafiar uma tradição, mas ao fazê-lo sempre a transforma e, ao transformá-la, traz consigo parte das experiências que marcaram aquela tradição (RICOEUR, 1999, p. 63) - até porque jamais pode se libertar dela por completo. Esta é uma experiência visível na formação da súmula 90, do Tribunal Superior do Trabalho: as sucessivas etapas de construção de novos e mais complexos sentidos à questão posta naquela súmula (definir se o tempo de deslocamento ao trabalho é tempo de serviço) têm como pressuposto as afirmações feitas nas etapas anteriores. De fato, não seria possível indagar sobre os efeitos da cobrança parcial ou total ao obreiro dos custos do transporte, sem que antes fosse afirmada a interpretação de que é tempo de serviço aquele tempo gasto no deslocamento do trabalhador em condução fornecida pelo empregador, nas condições do então enunciado 90, do Tribunal Superior do Trabalho. Também não faria sentido cogitar dos efeitos da mera insuficiência de transporte público nesta situação se antes o mencionado enunciado 90, do Tribunal Superior do Trabalho, não fizesse menção a local "não servido por transporte público regular". O mesmo se pode dizer quanto à pergunta relativa à existência de transporte público em parte do trajeto. E, por fim, sem a resposta a todas estas questões, não seria possível cogitar-se dos efeitos da mera incompatibilidade de horários entre o transporte público

porventura existente e os horários de início e término da jornada de labor diária.

Assim, os então enunciados 320, 324 e 325, do Tribunal Superior do Trabalho, e a orientação jurisprudencial 50, da SDI I, daquele mesmo tribunal não são apenas explicativos com relação ao então enunciado (e hoje súmula) 90 daquela corte. Mais que isto, eles foram resultados hermenêuticos deste enunciado originário. O enunciado 90, do Tribunal Superior do Trabalho, abriu a possibilidade de criação dos verbetes jurisprudenciais que se seguiram sobre o tema. E quanto a tais verbetes, por sua vez, alguns reafirmaram a tradição interpretativa que deu ensejo ao enunciado 90 (é o que se deu no caso do enunciado 320 e da orientação jurisprudencial 50, referidos acima), e outros se distanciaram, mesmo que em parte, desta tradição (é o que ocorreu nos enunciados 324 e 325). Quando observada diacronicamente, esta tradição foi reconstruída tanto na sua afirmação como na sua negação, em um processo hermenêutico que incorpora todos os momentos da experiência passada, sem porém sintetizá-las em definitivo, já que qualquer tentativa de síntese apenas abre novamente o jogo a novas interpretações. Neste sentido, a atual redação da hoje súmula 90, do Tribunal Superior do Trabalho, ao confessadamente incorporar em seus vários itens os entendimentos descritos nos antigos enunciados 320, 324 e 325 e na orientação jurisprudencial 50, igualmente não propicia uma síntese ou um fechamento interpretativo, mas, ao contrário, é símbolo de que este processo de atribuição de sentidos ainda se acha aberto.

Isto conduz a um ponto de imensa relevância: uma compreensão hermenêutico-filosófica do Direito permite que a estrutura aberta da norma

jurídica não conduza necessariamente ao arbítrio do juiz (como o fez o positivismo jurídico, ao vincular de modo exclusivo a força do Direito à autoridade do que o aplica), na medida em que, tomando cada caso como um evento irrepitível, esta hermenêutica convida o aplicador a pensar sobre a também única solução correta para aquele caso irrepitível (RICOEUR, 1995, p. 146). E esta tese - a da única solução correta para o caso específico - é demonstrada por Ronald Dworkin (2000, p. 203-204) como consequência direta do fato de que o Direito não é apenas um sistema de regras, mas um sistema de normas nos quais princípios e regras (ambos) operam deontologicamente. Desta forma, a adequação ou não adequação de um princípio a um determinado caso concreto deve ser justificada argumentativamente. Note-se que, simultaneamente, a incidência adequada de um princípio não é a negação de validade abstrata do princípio que lhe é contrário. Nem por este motivo se poderá dizer que um princípio não tem conteúdo normativo (sendo apenas uma "orientação política"), ao argumento de que o julgador poderá cometer erros na aplicação destes princípios, uma vez que tais erros também podem ocorrer (e provavelmente com maior frequência) mesmo quando o intérprete pensa estar diante apenas da articulação de regras (DWORKIN, 2002, p. 57).²⁹

²⁹ Para Dworkin, é fundamental que Direito e Política operem ambos de forma complementar, porém cada qual nos limites de suas funções específicas, limites estes definidos na gama de argumentos disponíveis em cada um deles. Neste sentido é que deve ser compreendida a seguinte afirmação: "Denomino 'política' aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino 'princípio' um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade." (DWORKIN, 2002, p. 36). Desta forma, quando se utiliza o conceito de que princípios devam operar deontologicamente, não se está ignorando o fato de que a formação do Direito envolve argumentos políticos. Apenas se afirma que a lógica argumentativa interna do Direito será deontológica, ainda que esteja em questão a atribuição de sentidos a um princípio e não apenas a uma regra.

Assim, em um princípio não se pode de antemão pré-enumerar ou pré-ordenar todas as hipóteses possíveis de sua repercussão nos diversos casos concretos. Isto tem ao menos duas conseqüências extremamente relevantes: torna obrigatório que a sua incidência a cada caso requeira um juízo de adequabilidade, ficando afastada a necessidade - ou mesmo a possibilidade - de estabelecimento prévio de uma "lista de exceções" ao cabimento de um determinado princípio. Isto porque apenas no exame de cada situação concreta é que a possível inadequação faz-se visível (DWORKIN, 2002, p. 40-41). A trajetória de formação da súmula 90, do Tribunal Superior do Trabalho, contém exemplo de ambas as conseqüências. O chamado princípio protetivo (norma geral aplicável ao Direito do Trabalho, segundo a qual o trabalhador, às mais das vezes, se sujeitará a toda condição imposta pelo tomador de serviços, buscando assim preservar sua fonte de sustento, ainda que esta condição seja violadora do Direito), associado ao princípio que atribui ao empregador o risco e o ônus financeiro necessário à exploração da atividade econômica, deu origem à interpretação de que o tempo gasto no deslocamento do trabalhador para um local de serviços que seja ermo (não servido por transporte público regular), em condução fornecida pelo empregador, é computável na jornada de trabalho (como já visto, esta foi redação original do então enunciado 90, do Tribunal Superior do Trabalho). Estes mesmos princípios permitiram o acolhimento da tese de que a incompatibilidade entre os horários dos serviços públicos de transporte e os horários de trabalho equivalia, para estes fins, à inexistência de transporte público regular até o local de trabalho, o que, como também visto, ensejou a edição da então orientação jurisprudencial 50, da Subseção de Dissídios Individuais I, do Tribunal Superior do Trabalho. Porém,

estes mesmos princípios não se revelaram, no ver da corte, adequados como justificativa à pretensão de que o mesmo raciocínio fosse estendido às hipóteses em que o transporte público possuía horário compatível com a jornada de trabalho, mas revelava uma insuficiência material quando comparado com as demandas de uso (súmula 324, do Tribunal Superior do Trabalho). Por outro lado, a sucessão de diversas súmulas e orientações jurisprudenciais "explicativas" do conteúdo da referida redação original da súmula 90 revela precisamente que não se poderia determinar de antemão as exceções aos princípios cuja incidência foi acolhida nos primeiros casos que chegaram à corte. À vista do modo pelo qual Dworkin situa o problema da articulação regras/princípios, pode-se dizer que leitura hermeneuticamente mais correta é a de que toma as súmulas de jurisprudência como sendo orientadas principiologicamente, e as utiliza, de modo argumentativo, sob esta mesma lógica. Por este motivo é que toda a tentativa prévia de enumeração de "exceções ao cabimento da súmula" falhará e violará a integridade do Direito, ao tentar tratar princípios como se fossem regras (DWORKIN, 2002, p. 70).

Posta sob estas condições, a argumentação jurídica não pode se refugiar validamente no arbítrio em momento algum, nem mesmo ante os chamados "casos difíceis", mesmo que invocando a natureza controversa das opiniões divergentes que tais casos possam suscitar (DWORKIN, 2000, p. 215). A afirmação de Ricoeur (1995, p. 149) sobre a singela, porém imensa, contribuição dworkiniana neste tópico não poderia ser mais direta: "Em que contribui esta distinção entre *princípios* e *regras* para a teoria hermenêutica do juízo judiciário? Nisto: é mais fácil encontrar princípios do que regras na solução de casos difíceis."

Nesta esteira de raciocínio, interpretar um texto, ou interpretar uma norma jurídica, torna claras a finitude e a precariedade humanas. Por isto, não é mais plausível crer que qualquer interpretação chegue a um ponto final inamovível ou definitivo. Ao contrário, o ato de interpretar passa a ser compreendido como inserido em um processo sempre aberto, que método algum é capaz de efetiva e racionalmente encerrar por completo. Hermeneuticamente, portanto, cada enunciado textual não é completamente elucidável, mas é apenas precariamente aplicável. Esta afirmação é de grande importância ao lidarmos com súmulas jurisprudenciais. Por ela compreendemos que tais súmulas jamais podem esgotar os sentidos possíveis de uma norma, exatamente porque, como texto que também são, levantam a seguinte pergunta: que pressupostos reconectam e medeiam as idéias gerais presentes nelas ao caso concreto que está sendo apreciado? (GADAMER, 1983, p. 71-72).

Para dizer com Ricoeur (1995, p. 148), a inafastabilidade dos precedentes no processo de interpretação toca o centro da questão proposta pela hermenêutica filosófica: o presente pode ser descrito como uma tensão entre uma tradição da qual jamais nos desvencilhamos por completo (porque ela, lingüisticamente, nos constitui) e uma antecipação futura de sentidos (os quais jamais nos são completamente acessíveis). O que há de seguro, de certo, quanto ao presente é, pois, que ele somente aponta para a sua própria precariedade.

Portanto, a segurança interpretativa que Gadamer entende possível está vinculada à provisoriedade e à falibilidade do processo de atribuição de

sentidos. Lidar com os riscos desta falibilidade somente é possível quando estamos atentos a eles, e para tanto é necessário que, de um modo ou de outro, estes riscos sejam explicitados para que possam ser tematizados:

A reflexão sobre os pressupostos que se escondem em nossas perguntas nada tem de artificial. Ao contrário, é muito artificial acreditar que os enunciados caem do céu e que eles podem ser submetidos a trabalho analítico, se levar em consideração porque são ditos e de que maneira são respostas a alguma coisa. ... Só teremos alguma possibilidade de compreender os enunciados que nos preocupam se reconhecermos neles nossas próprias perguntas. (GADAMER, 1983, p. 73).

Se, como se disse, a hermenêutica filosófica é essencialmente uma filosofia prática e se a compreensão e a aplicação são indissociáveis, interpretar então é igual a agir, e o agir traz riscos consigo. Aliás, tal fato é verdadeiro especialmente no que toca à hermenêutica jurídica, já que boa parte delas se dá sob a égide de um sistema judiciário em que os debates são parametrados por uma seletividade de argumentos, por restrições quanto às partes envolvidas neles e suas liberdades, e mesmo a restrições temporais. Todos estes limites existem justamente porque o debate judiciário deve todo ele ser orientado para a produção de conclusões - ainda que precárias e provisórias. Estas limitações, segundo Ricoeur (1995, p. 154) são mesmo "...susceptíveis de cavar um fosso entre o discurso prático geral e o discurso judiciário".

Porém, um método (seja qual for) não suspende os limites de nossa condição hermenêutica. Por isto, ele tampouco pode expurgar os riscos, porque é cego a eles, ao pressupor que a sua incidência os afasta *ipso facto*. Mais uma vez a questão do papel do método deve ser enfrentada: a descrição de um silogismo jurídico não é jamais capaz, por si mesmo, de fundamentar a sua adequação a um caso específico. Esta adequação, como percebe Ricoeur (1995, p. 156), tampouco pode ser estabelecida com o recurso a novas descrições de silogismos, a novas abstrações, já que nenhum grau de detalhamento neste campo será suficiente para eliminar a dúvida, quer seja pela indeterminação da linguagem, quer seja pela inevitabilidade da condição hermenêutica daquele que interpreta estas descrições. Esta é a razão pela qual súmulas não exoneram o aplicador do dever de fundamentar a sua incidência para além de sua mera invocação ao julgar. Por outro lado, estes também são os motivos que elucidam o porquê do aparente insucesso na tentativa de esgotamento explicativo das súmulas - cujo exemplo pode ser tomado a partir da súmula que é objeto deste texto. Nas diversas vezes em que a corte aparentava "elucidar" a súmula através de uma explicação mais precisa de seu conteúdo, em verdade apenas eram hermeneuticamente respondidas dúvidas à vista de situações que a generalidade da redação anterior não poderia antever. E, depois de formuladas, estas respostas novamente ganhavam nova pretensão de generalidade (até mesmo para que pudessem orientar casos futuros), em um crescente que efetivamente enriqueceu interpretativamente o Direito. Em sua mutabilidade, a súmula 90, do Tribunal Superior do Trabalho, pode ter seu aparente insucesso visto, em verdade, como exemplo de êxito hermenêutico.

Assim, a alternativa efetivamente racional requer atenção para a riqueza que os riscos mencionados acima podem oportunizar. Esta riqueza decorre de que o processo interpretativo é simultaneamente um processo de autocompreensão do intérprete e - mais que isto - um processo de reconstrução dos horizontes de seus entendimentos e expectativas, na medida em que novas interpretações agregam novos sentidos ao horizonte de tradições deste mesmo intérprete. A interpretação é, pois, um diálogo, um processo comunicacional entre o texto e seu leitor, entre a norma e seu aplicador. E, como comunicação que é, evidentemente não pode escapar de sua inserção lingüística (GADAMER, 1983, p. 75). Isto reforça, sem dúvida, um dos pontos nos quais o presente texto se apóia: a idéia de que os giros lingüístico e hermenêutico, a despeito da oposição de seus pontos de partida (ou, talvez, precisamente por causa desta oposição), findam sendo complementares. Não há realidade que não se estabeleça para o ser humano senão após uma mediação lingüística e, por isto mesmo, toda a atribuição de sentidos dada a uma realidade é também um ato hermenêutico (GADAMER, 1983, p. 90). Ao se lidar com precedentes - mesmo e, principalmente, os já sumulados - é necessário que se abandone o recurso à vontade original do prolator da decisão. Mesmo que tal vontade fosse identificável - possibilidade extremamente remota, em particular quando o ato judicial resultou da confluência da manifestação de vontade de diversos julgadores - ela somente seria acessível hoje quando interpretada a partir do presente. Isto é, a sua interpretação será feita tomando-se em consideração uma vivência distinta, agregada de novos sentidos que não poderiam ser antevistos quando proferida a decisão ou quando editada a súmula jurisprudencial. Mais que isto, a seleção

feita pelo intérprete dos dados que seriam relevantes para a formação desta suposta vontade original do autor dos textos normativos já é, ela própria, expressão de um posicionamento hermenêutico (DWORKIN, 2000, p. 235). Por estas razões é que, se em um instante emerge um consenso necessário, em qualquer tribunal, para a edição de um precedente, no instante seguinte é formulada a pergunta: que semelhanças e diferenças são relevantes na comparação entre um novo caso concreto e a afirmação contida naquele precedente? No sentido hermenêutico, portanto, toda a aplicação (que compreende também os argumentos pela não aplicação, quando for o caso) de um precedente é um ato reconstrutivo do Direito (RICOEUR, 1995, p. 159 e p. 160).

O julgamento, portanto, é um ato de intervenção comunicacional do aplicador do Direito na prática social, o que revela a razão pela qual uma decisão judicial - mesmo a que se torne irrecorrível - não se esgota em si. Ela invoca, perante o debate travado na sociedade, o papel de representação de um ato de justiça - e somente sob este manto ela pode se pretender legítima. Neste momento, mais um ponto de contato entre os giros hermenêutico e pragmático se torna visível. Trata-se do fato de que o debate sobre o Direito, mesmo quando travado judiciariamente, apenas expressa uma liberdade que marca profundamente a modernidade: a liberdade para dissentir. Um processo judicial apenas tematiza esta possibilidade de dissenso, e o faz, ao fim das contas, perante a discussão pública (RICOEUR, 1995, p. 166). O lugar da justiça é, hermenêutica e lingüisticamente, o lugar em que o dissenso é viabilizado, nunca o lugar onde ele é expurgado do horizonte. A relação de coesão entre Direito e democracia, que está no centro da preocupação

habermasiana ao reconstruir o giro lingüístico, pode ser também expressa em termos hermenêuticos. Isto porque, hermeneuticamente, o ato de julgar deve ser visto também como uma tensão, articulando simultaneamente a partição das pretensões trazidas (isto é, separando-as entre jurídicas e não jurídicas) à possibilidade de compartilhamento, entre as partes e os afetados pela decisão, dos sentidos utilizados no processo interpretativo (RICOEUR, 1995, p. 168). Compreendidas desta forma, as súmulas de jurisprudência podem fazer parte, argumentativamente, de um processo realimentador de sentidos, criador de dissenso na interpretação (muito mais do que de consensos), rico e constitucionalmente adequado à garantia fundamental de que decisões judiciais sejam racionalmente motivadas.

Não obstante a importância deste dissenso em termos também hermenêuticos, Ricoeur (1984, p. 188) aclara uma razão pela qual o processo de formação de sentido deve manter a expectativa ideal de uma resposta justa e adequada. É que, em meio a descontinuidades no desenrolar histórico e sociológico, o imaginário de uma solução adequada atua como um "norte" que permite ao intérprete uma reconstrução (uma releitura) das trajetórias histórica e sociológica à sua melhor luz, rompendo com os limites de uma relação causal alegadamente obrigatória entre uma "intenção" que se pretenderia achar de forma "originária" nos fatos do passado e os significados atribuíveis a tais fatos no presente. Hermeneuticamente, portanto, o conceito de uma leitura adequada a cada evento não é uma abstração. Ao contrário, é uma exigência do próprio processo de compreensão. É correto afirmar, neste sentido, que súmulas jurisprudenciais não podem ser efetivamente compreendidas senão quando submetidas a uma aplicação concreta. Mais que isto, nestas diversas

aplicações é imperioso tomar-se, como pressuposto, a existência efetiva de uma solução adequada e correta àquele caso. Esta solução, tomada hermeneuticamente ela própria como um evento, pode então superar os limites de uma relação causal "originária" e servir como um "norte" em direção ao qual se procedeu a uma releitura da tradição que incidia sobre aquele mesmo tema até então. Percebidas nestas limitações, as súmulas jurisprudenciais não apenas abandonam a pretensão de que seu uso dispense a reconstrução das razões de sua aplicação, como também é aberta a possibilidade de que elas sejam instrumentos em torno dos quais a tradição não é apenas (ou necessariamente) confirmada, mas também ressignificada.

A ressignificação hermenêutica de uma tradição permite fazer uso da estrutura aberta dos textos - e a própria tradição aqui é tomada com um deles - para que a leitura de uma estrutura social seja também um campo aberto à ressignificação do que é justo. Esta reconstrução hermenêutica tem contudo um pressuposto: ela necessariamente atua através da formulação de perguntas e de respostas. A questão central, contudo, é que o processo de compreensão não está apoiado nas respostas dadas (como pode parecer a uma primeira vista), mas antes na atribuição de sentido às próprias perguntas que são formuladas. Ao construir tais perguntas, o intérprete posiciona-se em um lugar de distanciamento hermenêutico, o qual não se confunde com "neutralidade" ou "objetividade", mas, ao contrário, representa apenas a ciência de que sua interpretação não está vinculada à hipotética intenção de autores originários ou do contexto em que um texto foi produzido. Por isto, se o intérprete pretende levar em conta exigências hermenêuticas quanto ao sentido do que é justo, ele não apenas procede a partir desta possibilidade de ruptura, como também

concebe o ato interpretativo para além de um diálogo restrito entre ele e o texto, mas também se ocupa da pretensão de extrapolação, de universalidade que o texto possui (VILLAVARDE, 2003, p. 147-148).

Esta descrição já demonstra, com clareza, o ponto de contato entre uma Teoria da Interpretação (que bem pode ser igualmente uma Teoria da Literatura) e a Teoria do Direito: a estrutura aberta das normas, eis que são textos, abre na interpretação jurídica a possibilidade constante do arbítrio ou do uso do Direito contra si próprio. Ou, para dizer em outros termos, a possibilidade de dissenso interpretativo diante do Direito é de natureza análoga ao dissenso literário entre aquilo que se apresenta como texto e o sentido que é emprestado a ele, tornando assim indispensável pensar a interpretação não apenas como um dado, mas verdadeiramente repensar a Teoria do Direito a partir da Teoria da Interpretação (DWORKIN, 1999, p. 21-22).

Neste momento é de grande importância o recurso à hermenêutica filosófica. E, o uso que Dworkin faz dela no Direito dá um destaque às questões decorrentes da sua aplicação, precisamente porque é esta que faz a reconexão entre a abstração das normas jurídicas e os momentos de sua incidência - momentos nos quais muito mais está em jogo do que nos debates em torno da formação do Direito - e nos quais a racionalidade e justiça da argumentação empregada são postas em questão. Isto porque, se a prática do Direito é essencialmente argumentativa, a análise desta argumentação não escapa tampouco ao debate sobre os fundamentos do Direito, o que obriga o aplicador do ordenamento jurídico a também cuidar da questão da legitimidade em sua tarefa (DWORKIN, 1999, p. 3-4 e p. 17).

Esta perspectiva permite a Dworkin aclarar um ponto: a divergência que se situa apenas no debate entre a validade ou não validade de um postulado jurídico possui uma natureza apenas empírica, na medida em que não tematiza qualquer dissenso sobre quais os fundamentos do Direito. E, neste sentido, o debate entre originalistas e ativistas pode ser compreendido como uma falsa questão teórica, já que ambos (originalistas e teóricos) tratam o Direito como uma mera questão empírica, a ser "preservada" ou a ser "transformada", respectivamente. De modo até mesmo irônico, por compreenderem o texto da constituição como a enunciação de regras, originalistas e ativistas se aproximam muito mais do que podem imaginar. Mais que isto, diante da condição estrutural inevitável da indeterminação do Direito (a qual deflui do fato de que sua natureza é em verdade principiológica), originalistas acabam por acusar ativistas de uma postura que é, em realidade, típica dos próprios originalistas: o uso da norma como pretexto para a veiculação de valores pessoais. Com efeito, diante da impossibilidade hermenêutica (e mesmo filosófico-lingüística, consoante já visto no presente texto) de ser determinado um "sentido original" das normas jurídicas, os originalistas farão precisamente aquilo que imputam aos ativistas: valerem-se de um espaço semântico para a imposição de valores que, por se pretenderem autojustificados, terminam sendo puro arbítrio (DWORKIN, 2003, p. 179). De modo simétrico, embora defensores do que se convencionou chamar de ativismo judicial possam pensar que preocupações quanto à realização material de justiça devam afastar qualquer compromisso com o texto da norma, tal não é verdadeiro. Isto porque, o texto constitucional, por sua generalidade e abstração (condição necessária à natureza principiológica que possui), não aclara em que sentido

específico de justiça ela própria se fundamentaria. Desta forma, os imperativos de justiça invocados pelos ativistas seriam tão arbitrários e subjetivos quanto aqueles valores invocados pelos originalistas como "fundamentais" (DWORKIN, 2006, p. 132).

Particularmente no objeto de análise do presente texto - o papel das súmulas jurisprudenciais ante a Teoria do Direito - a argumentação acima permite que sejam descartadas as discussões sobre a natureza juridicamente "inovadora" do conteúdo das súmulas de jurisprudência. De fato, discutir se tribunais, ao editarem tais súmulas, criam ou não novos direitos, é absolutamente improdutivo para a compreensão dos reflexos destas súmulas sobre a compreensão dos fundamentos do Direito. Mais que isto, tal debate tende a reduzir toda a questão apenas ao papel da ideologia pessoal dos aplicadores do Direito (e aos processos psicológicos e sociológicos que possam descrever o comportamento destes aplicadores), em uma trajetória que tenderá fortemente ao ceticismo quanto à possibilidade de o Direito ser verdadeiramente democrático (DWORKIN, 1999, p. 9 e p. 11-13). E com isto Dworkin não pretende desprezar a diferença entre a formação e a aplicação do Direito. Ele apenas ressalta um aspecto que decorre do uso de uma hermenêutica no Direito, qual seja, a de que a edição de normas jurídicas, a sua formação como texto, constitui-se em um ponto de partida do processo interpretativo. Como tal, ele não pode ser desprezado pelo intérprete, já que este deve levá-lo em consideração, mesmo (e principalmente) quando justificar argumentativamente as razões para uma mudança dos sentidos que vinham sendo atribuídos a uma norma até então. Porém, precisamente por ser um ponto de partida, é claro que o legislador, cumprindo bem a missão de editar

normas gerais e abstratas, não poderia ter de antemão previsto toda a infinita gama de possibilidades concretas que desafiem qualquer "sentido original" que se pudesse dar à norma (DWORKIN, 1999, p. 24). Ao contrário, a proposta contida na visão do Direito como integridade atribui à redação "vaga" do texto constitucional não um defeito, mas uma virtude, adequando-a ao papel de repositária de princípios (não de regras) fundamentais (DWORKIN, 2006, p. 122).

O fracasso do originalismo como modelo de adjudicação de direitos fundamentais é, portanto, o mesmo fracasso dos controles de sentido por meio de uma lógica semântica, posicionada sobre uma racionalidade geral, porquanto tal racionalidade reduz o Direito àquilo que justamente não é: um mero conjunto de regras (DWORKIN, 2003, p. 181 e p. 183). Uma vez mais, a razão, compreendida como solução absoluta e metodologicamente infalível, torna-se ela própria a frustração a uma racionalidade efetiva e tematizadora de seus próprios limites.

A utilidade da forma como Dworkin articula a Teoria do Direito reside no enfrentamento do risco presente na estrutura aberta que é inerente ao Direito, e na transformação destes riscos em um campo de possibilidades de legitimação extraordinariamente rico. A possibilidade do dissenso interpretativo, nesta ótica, é percebida como uma verdadeira força - e não fraqueza - do Direito, posicionando-se como pólo de uma tensão necessária para com a tendência hermenêutica de se reproduzir uma determinada tradição jurídica:

A dinâmica da interpretação resiste à convergência ao mesmo tempo em que a promove, e as forças centrífugas são particularmente fortes ali onde as comunidades profissional e leiga se dividem com relação à justiça. Juízes diferentes pertencem a tradições políticas diferentes e antagônicas, e a lâmina da interpretação de diferentes juízes será afiada por diferentes ideologias. Tampouco isto é deplorável. Ao contrário, o direito ganha em poder quando se mostra sensível às fricções e tensões de suas fontes intelectuais. O direito naufragaria se as várias teorias interpretativas em jogo no tribunal e na sala de aula divergissem excessivamente em qualquer geração. Talvez um senso coletivo deste perigo proporcione ainda outra razão para que assim não seja. Mas o direito estagnaria, acabaria naufragando de um modo diferente, se caísse no tradicionalismo que imaginei como o destino último da cortesia. (DWORKIN, 1999, p. 110-111).

A perspectiva de Dworkin é útil ao problema por enfrentar o arbítrio judicial mediante uma afirmação bastante ousada, qual seja, a de que há sim uma só resposta juridicamente correta, mesmo para as questões controversas. Dworkin se volta contra ambas as respostas mais classicamente vinculadas a compreensões positivistas do Direito, isto é, contra a perspectiva de que: a) há sempre uma terceira resposta possível e correta às questões controversas; ou b) de que, ao final das contas, nenhuma das respostas apresentadas possa ser justificada de modo essencialmente melhor do que as outras (DWORKIN, 2000, p. 178). As razões hermenêuticas pelas quais tais perspectivas são incorretas podem ser reconstruídas ao que se afirmou no presente texto, isto é, que o processo de compreensão se estabelece não propriamente a partir de respostas apresentadas ante questões sobre o significado dos textos, mas já a começar das perguntas que foram selecionadas pelo intérprete ao início do esforço de interpretação. Se esta verdadeira grade seletiva de perguntas vem de antemão embebida de uma tradição, e se esta tradição será por sua vez

reconstruída no curso do processo interpretativo, as perguntas feitas pelo aplicador do Direito ante uma questão controvertida, ao pressuporem a possibilidade de um "vazio normativo" que deve ser preenchido por ele, em verdade "criam" este "vazio". Dworkin articula, aliás, um argumento bastante simples para provar como o ponto de partida do positivismo jurídico, em seus diversos matizes, traz em si um pressuposto hermenêutico que os positivistas buscam ocultar em vão. Trata-se da seguinte pergunta: se uma determinada pretensão é válida por força do que afirma o texto legal, o que pode assegurar que ela não o seja quando o texto de lei for "silente" sobre ela? (DWORKIN, 2000, p. 199). Assim, em substituição às concepções positivistas de que o aplicador do Direito apenas descreva algo que precedia o processo interpretativo, ou de que o aplicador tenha a absoluta liberdade valorativa de criar o Direito, Dworkin propõe que o aplicador, ao interpretar a norma jurídica, encontra-se tanto constrangido por um passado institucional (ou, em termos hermenêutico-filosóficos, por uma tradição), como igualmente tem em vista a possibilidade de reconstruir esta tradição. Desta forma, a aplicação do Direito, embora articule estas dimensões, não se confunde com nenhuma delas (DWORKIN, 2000, p. 219).

A soma dos argumentos de Dworkin contra a idéia de uma "vagueza" do Direito, ou de que as respostas às questões jurídicas não possam ser precisadas de modo acertado, leva a uma reflexão importante no que tange à forma como súmulas de jurisprudência podem de fato ser manejadas legitimamente. A importância de que o aplicador do Direito as perceba não como o suprimento, pelo Poder Judiciário, de "vazios normativos", mas como a síntese de um esforço interpretativo para a determinação de um sentido

adequado das normas em vigor a um grupo de situações concretas. Esta síntese foi necessariamente produzida mediante justificativas - acertadas ou não - quanto aos sentidos atribuídos às normas (isto é, a síntese tem em seus alicerces um processo argumentativo de fundamentação). Mas, como síntese que são, elas adquirem um grau de generalidade (até para que possam suportar a pretensão de seu uso em casos futuros) e precisamente por isto a sua aplicação seguinte requererá uma vez mais argumentos que fundamentem a sua adequabilidade ao novo caso. Por este motivo é que a formação da súmula 90, do Tribunal Superior do Trabalho, demonstra de modo bastante claro que esta abertura estrutural do Direito não é de modo algum resultado de uma carência de dados ou de novas informações ao aplicador. Ao contrário: quanto maior o número de dados ou informações específicas tomadas em conta nos diversos casos concretos, tanto maiores em número serão as dúvidas interpretativas que podem ser suscitadas (DWORKIN, 2000, p. 200). Ou, como já dito de outra forma neste texto, as súmulas jurisprudenciais não são apoios nos quais o julgador pode pretender por termo à interpretação, posto que, ao serem editadas, elas aumentam o volume textual do Direito e, desta forma, dão ensejo a novas e mais complexas dúvidas interpretativas.

Contudo, todos estes argumentos podem ainda ser confrontados com a noção de que não é empiricamente possível aceitar-se que há uma só resposta juridicamente adequada aos casos controversos. E a defesa que Dworkin apresenta desta afirmação já possui, segundo ele próprio descreve, um ponto de apoio na prática empírica da argumentação jurídica pelos tribunais: mesmo que sob um manto de decoro, um julgador, ao insistir na validade de sua interpretação, não a apresenta apenas como mais uma solução possível, mas

como a solução correta para aquele caso (DWORKIN, 1999, p. 14). De todo modo, a forma com a qual Dworkin enfrenta a objeção à tese da única resposta correta remete o problema da estrutura aberta do Direito uma vez mais para um ponto de contato com a teoria literária. A razão para recorrer-se, no estudo da aplicação do Direito, à análise da interpretação na literatura é justificada por Dworkin com um argumento bastante convincente: assim como se dá na Teoria do Direito, a Teoria Literária ainda não atingiu um consenso (e parece longe de o fazer) quanto ao que seja o ato de interpretar (DWORKIN, 2000, p. 221). Por outro lado, tomando o exemplo do que se dá no exercício literário de redação de um romance a várias mãos, no qual cada autor acrescenta um capítulo ao texto, Dworkin observa que a aplicação do Direito também se procede de forma análoga - particularmente (porém não exclusivamente) na tradição do *common law* - e que, desta forma, a articulação hermenêutica entre passado, presente e futuro pode ser traduzida como a constrição recebida pelo autor quanto ao texto já escrito nos capítulos anteriores, a possibilidade de que o capítulo que está sendo escrito agora reconstrua e dê novo significado à linha narrativa e a consideração sobre o impacto deste novo capítulo nos capítulos vindouros do mesmo texto (DWORKIN, 2000, p. 236 e p. 238).

Dworkin assim aponta que, tomado o Direito como texto, as repostas dadas aos casos controversos figuram como uma continuação da narrativa jurídica, e, neste caso, serão fatos concretos para fins desta narrativa aquelas descrições que, aplicadas ao texto como um todo, guardem a coerência do que foi narrado até então. Tal coerência não é, como já dito, uma simples reafirmação do texto anterior, mas pode representar uma autêntica reviravolta nos rumos da narração, na medida em que esta mudança de rumo pode ser

justificada precisamente como crítica dos caminhos tomados até o instante anterior. Por este motivo, e considerada a irrepetibilidade hermenêutica de cada evento, a resposta correta a cada caso controverso somente é a única resposta correta porque é construída especificamente à luz daquele caso único e hermeneuticamente irrepetível (DWORKIN, 2000, p. 206 e p. 212). Esta única resposta correta é, portanto, o resultado do esforço deliberado do intérprete em fazer a leitura do ordenamento jurídico à melhor luz principiológica disponível no Direito, justificada adequadamente de modo tão sólido que, mesmo quando uma tradição é ressignificada, esta ressignificação de modo algum representa uma livre invenção de um novo ordenamento jurídico. Por certo que sempre se indagará: como é possível identificar - ou, melhor dizendo, diferenciar - as situações nas quais uma virada interpretativa se acha justificada juridicamente daquelas situações em que esta virada é expressão do simples arbítrio do aplicador do Direito?

Dworkin não pretende apresentar um modelo prévio de respostas para esta questão. Isto é, ele compreende que sua complexidade não pode ser reduzida pelo uso do método, menos ainda valendo-se de modelos abstratos para deliberar quanto à adequação ou inadequação das interpretações feitas pelo aplicador do Direito (DWORKIN, 2000, p. 242). É precisamente para esta complexidade que o Direito se apresenta, sob o ponto de vista da hermenêutica filosófica, como suficientemente aberto para lidar caso a caso com as situações específicas em que deve ser reconstituída argumentativamente a adequabilidade do sentido dado às normas naquela situação concreta, sem de outra parte perder de vista que esta justificativa não pode prescindir da

abstração e generalidade que tornam certa a validade jurídica das normas aplicadas.

Dworkin está atento para a crítica que os céticos radicais fazem a sua afirmação da existência de uma única resposta correta para cada caso, qual seja, a crítica de que toda a aplicação feita será, ao final de contas, resultante de uma perspectiva teórica arbitrariamente selecionada pelo intérprete. Como herdeiro de uma tradição de hermenêutica filosófica, ele não ignora o conceito de paradigma, tanto que admite que "não há nenhum paradoxo na proposição de que os fatos dependem das teorias que os explicam e também as restringem" (DWORKIN, 2000, p. 255). A superação desta crítica, porém, emerge exatamente dos fundamentos hermenêuticos dos quais ela parte. Dworkin ressalta a necessidade de que se evite a armadilha epistemológica de que a teoria possa suportar o atingimento de uma verdade "objetiva". Ao contrário, abraçando a falibilidade do conhecimento científico, Dworkin aponta como única objetividade possível aquela que deflui de uma argumentação reflexiva e que assume a sua precariedade, precisamente por estar ciente de que ela se insere, inevitavelmente, em uma tradição e em um horizonte hermenêuticos e, portanto, é sempre datada e historicamente contingente. Uma argumentação como esta carrega a pretensão de produzir uma resposta adequada somente para aquele único caso trazido a sua consideração:

Na verdade, penso que toda a questão da objetividade, que domina tanto a teoria contemporânea de nossas áreas, é um tipo de embuste. Deveríamos ater-nos a nosso modo de ser.

Deveríamos responder por nossas próprias convicções, da melhor maneira possível, prontos a abandonar as que não sobreviveram à inspeção reflexiva. Deveríamos apresentar nossos argumentos aos que não compartilham nossas opiniões e, de boa-fé, parar de argumentar quando não houvesse mais um argumento adequado. Não quero dizer que isso é tudo o que podemos fazer porque somos criaturas com acesso limitado à verdadeira realidade ou com pontos de vista necessariamente tacanhos. Quero dizer que não podemos dar nenhum sentido à idéia de que existe alguma coisa que poderíamos fazer para decidir se nossos julgamentos são "realmente" verdadeiros. (DWORKIN, 2000, p. 258-259).

Logo, no que toca ao objeto deste texto, tampouco súmulas jurisprudenciais poderiam ser sobrecarregadas com a pretensão de conterem parâmetros para um julgamento absolutamente "verdadeiro". Mas, ao contrário, quando assumida a precariedade e a necessária condição hermenêutica presentes nas interpretações do Direito, aí sim tais súmulas são capazes de servir como ferramentas poderosas para o enriquecimento das possibilidades interpretativas. É o que demonstra a descrição do processo formativo da súmula 90, do Tribunal Superior do Trabalho. A edição de seu texto originário abriu as portas a outras indagações sobre os sentidos de nossas práticas jurídicas naquele tema específico. Isto resultou na elaboração de novos textos "explicativos" (incorporadores, na verdade, destas novas reflexões), textos estes que, por suas vez, continuaram a suscitar outras indagações ainda não tematizadas. Logo, é paradoxalmente na admissão da precariedade de nossos juízos que eles se abrem a um processo argumentativo. Em o fazendo, adquirem a força de um empreendimento coletivo (ou de um fluxo comunicativo, se se desejar o uso de uma expressão habermasiana), cujas virtudes são jamais transcender a sua inserção histórica, e, simultaneamente,

reconstruir de modo interpretativo a tradição que lhe foi legada e ainda mantê-la aberta para a possibilidade futura de mudança de significados sobre o que chamamos de nossos direitos. Deste modo, a fragilidade decorrente da natureza estrutural aberta do Direito pode ser percebida em verdade como a sua maior força, em uma intensidade tão visível, que mesmo os argumentos céticos sobre o Direito e sobre a interpretação dele precisarão assumir eles próprios a forma comunicativa do Direito (DWORKIN, 2000, p. 262).

A objetividade que a interpretação jurídica é capaz de suportar, considerada a sua estrutura aberta, requer que se tome em conta que não apenas os argumentos céticos quanto ao Direito devem ser respondidos juridicamente, mas também a reconstrução de uma teoria interpretativa para as normas jurídicas exige respostas que se apoiem no código comunicativo do Direito. Portanto, verificada a possibilidade de que a teoria literária contribua, sob a perspectiva da hermenêutica filosófica, para a compreensão e para o enfrentamento das questões decorrentes da natureza aberta da norma jurídica, é necessário perguntar que atributo presente nos fundamentos do Direito permite justificar, simultaneamente, a tese da existência de uma única resposta correta para cada caso e a exigência de que a interpretação do Direito se processe segundo uma "chain of law". Neste ponto, chega-se finalmente ao conceito dworkiniano de integridade, e no modo como tal conceito permite descrever a formação e a aplicação do Direito. Na formulação deste conceito, Dworkin propõe a observação de que pessoas unidas por laços jurídicos podem reconhecer-se reciprocamente para além de seus valores pessoais, de sorte que, mesmo nas suas práticas parlamentares, limites de respeito jurídico são observados em um modelo de democracia no qual a formação de uma

maioria não se dá às custas da aniquilação de uma minoria (DWORKIN, 1999, p. 214 e p. 216). Isto exigirá das decisões políticas tomadas por uma comunidade assim uma coerência não apenas nas regras procedimentais adotadas em seus processos decisórios, mas também que tais decisões possuam uma coerência principiológica. Por força desta exigência, mesmo as distinções estabelecidas no processo de formação do Direito deverão ser justificadas principiologicamente.

A descrição feita acima, bem se vê, é a forma na qual Dworkin posiciona o papel de uma constituição ante a formação do Direito. Sendo marcado pela garantia de direitos fundamentais, o compromisso dos membros de uma comunidade no que tange à observância destes direitos não depende de uma concepção do que seja "bom". Isto, para que tais direitos fundamentais operem onde são mais necessários no processo político de formação do Direito, a saber, no resguardo da possibilidade de que os que hoje são minoria possam de fato ascenderem, no futuro, à condição de maioria. Assim, e no próprio desenho constitucional da democracia, Dworkin já vê a exigência de observância desta integridade principiológica pelo Estado, o qual "...carece de integridade porque deve endossar princípios que justifiquem uma parte dos seus atos, mas rejeitá-los para justificar o restante" (DWORKIN, 1999, p. 223).

Estas afirmações trazem conseqüências importantíssimas no que concerne àquilo que, como se disse, Dworkin chamou de verdadeira divergência entre concepções sobre a natureza e os fundamentos do Direito. É que, ante a exigência desta integridade, desta coerência principiológica que opera para além de um sistema puramente de regras, estas garantias

fundamentais mínimas de igualdade e liberdade não podem ser tornadas disponíveis (e menos ainda sacrificadas mutuamente), mesmo que sob o pretexto de que a sua enunciação formal deva ser posta em segundo plano em favor de sua materialização. Para dizer em uma só frase: a forma do Direito, para Dworkin, é indisponível. Como já dito, mesmo quando a coerência principiológica exige, em um determinado caso concreto, que seja procedido um giro interpretativo no sentido que vem sendo atribuído a uma determinada norma, esta mudança requer do aplicador uma justificativa que demonstre a inadequação do princípio (e do sentido) que vinha até então achando abrigo na tradição jurídica daquela comunidade, e, assim, os motivos de prevalência de novos princípios. Contudo, não está ao arbítrio do aplicador definir quais princípios são fundamentais e quais não são:

...não é qualquer princípio que pode ser invocado para justificar a mudança; caso contrário nenhuma regra estaria a salvo. É preciso que existam alguns princípios com importância e outros sem importância e é preciso que existam alguns princípios mais importantes que outros. Esse critério não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionadas em meio a um mar de padrões extrajurídicos respeitáveis, cada um deles podendo ser, em princípio, elegível. Se fosse assim, não poderíamos afirmar a obrigatoriedade de regra alguma. Já que, nesse caso, sempre poderíamos imaginar um juiz cujas preferências, selecionadas entre os padrões extrajurídicos, fossem tais que justificassem uma mudança ou uma reinterpretação radical até mesmo da regra mais arraigada. (DWORKIN, 2002, p. 60).

Coerente com tal posição, para Dworkin, a realização dos ideais kantianos de liberdade por um autogoverno somente pode ser levada a cabo

quando observada esta exigência que decorre da integridade, porque somente esta forma de coerência principiológica viabiliza que alguém se possa ver minimamente como co-autor do Direito que é produzido no curso dos procedimentos políticos fixados por uma comunidade (DWORKIN, 1999, p. 225). A integridade pode servir, portanto, como um modo hermenêutico de explicar-se aquilo que, sob a perspectiva da Teoria Discursiva do Direito examinada anteriormente, chama-se de co-dependência e co-originalidade entre soberania e direitos fundamentais, porque "...a integridade infunde às circunstâncias públicas e privadas o espírito de uma e de outra, interpenetrando-as para o benefício de ambas" (DWORKIN, 1999, p. 230). Esta coerência principiológica entre liberdade e igualdade é possível porque, ao controlar apenas comportamentos externos (e nunca se impor como conformador subjetivo de valores), o Direito atribui responsabilidades apenas pelas ações e omissões de cada um, e, simultaneamente, exclui a possibilidade de que a dignidade de uma pessoa seja juridicamente mais relevante do que a dignidade de outra. Desta forma, liberdade não pode ser tomada como uma autonomia egoística. Semelhantemente, a igualdade não pode ser representada pela imposição a alguém de uma idéia de "bom" ou de "bem viver", ainda que com apoio nos valores de uma expressiva maioria (DWORKIN, 2001, p. 44 e p. 45).

A partir da constatação de que uma prática constitucional pressupõe esta coerência principiológica entre igualdade e liberdade, extrai-se que, na aplicação do Direito, esta exigência traduz-se na observância simultânea tanto da certeza do caráter geral e abstrato do Direito quando na justiça do sentido atribuído às normas jurídicas no caso concreto (DWORKIN, 1999, p. 236 e p.

246). É esta forma de interpretação do Direito que se atende ao que requer uma comunidade de princípios, na qual os seus membros se compreendem como vinculados por princípios compartilhados, e não apenas por regras que emergem de um jogo político. Conseqüentemente, tais membros também

...admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam. Assim, cada membro aceita que os outros têm direitos, e que ele tem deveres que decorrem desse sistema, ainda que estes nunca tenham sido formalmente identificados ou declarados. (DWORKIN, 1999, p. 254-255).

Dito de uma forma direta, portanto, a integridade do Direito exige que se assumam que a mediação entre liberdade e igualdade é principiológica, repelindo a operação destas duas como se fossem regras (DWORKIN, 2003, p. 166).

É por tal motivo que a edição de súmulas jurisprudenciais não pode ser tomada de antemão como inconstitucional pelo fato de aparentemente estabelecer obrigações e deveres onde antes estes não eram visíveis. Na verdade, sob a ótica da integridade, o que é necessário perguntar é se os argumentos envolvidos na sedimentação jurisprudencial de um determinado sentido às normas jurídicas guardam a coerência principiológica exigida pela forma indisponível do Direito. Nesta linha de raciocínio, a descrição feita do processo formativo da súmula 90, do Tribunal Superior do Trabalho, revela que

os argumentos orientadores das várias etapas desta formação apresentam, de uma forma geral, coerência com a idéia de que a proteção jurídica ao empregado deva ser aprofundada à vista de condições também mais profundas de dependência deste último para com seu empregador. Ou, em termos do problema fático tratado naquela súmula: a sujeição do trabalhador ao deslocamento a lugar ermo, não servido por transporte público regular, deve resultar na remuneração do tempo despendido neste deslocamento. Assim, lida esta súmula de jurisprudência sob a perspectiva da integridade, é perceptível como um modelo de coerência principiológica pode de fato emprestar legitimidade à reconstrução hermenêutica do sentido de nossas obrigações jurídicas (DWORKIN, 1999, p. 258). Com isto não se afirma que todas as nossas práticas interpretativas tenham de fato guardado a integridade, pautando-se pela coerente articulação de princípios que a constituição lhes exigia. Dworkin é absolutamente direto ao admitir a imensa falibilidade destas práticas, mas isto porém não representa que se deva abrir mão de tal exigência. Ainda que a integridade, quando voltada para o Direito, formule como pressuposto ideal de autoria do Direito a sua formulação por uma mesma comunidade de princípios, esta integridade é necessária precisamente porque não vivemos em um Estado utópico (DWORKIN, 1999, p. 211 e p. 271).

Um dos aspectos mais relevantes da compreensão do Direito como integridade no exame do objeto tratado na presente pesquisa é um tratamento efetivamente hermenêutico-filosófico da relação entre tempo e norma. Esta integridade acha-se atenta para a dimensão passada de nossas práticas jurídicas, e, de outra parte, também entende que a apropriação de tal passado nunca é feita de modo inocente, mas sempre condicionado por um horizonte

presente de sentidos. A aproximação que o intérprete faz em direção ao passado não pode ser compreendida, portanto, com um "empirismo" que buscasse investigar uma "verdade histórica" - até porque tal pretensão seria profundamente anti-hermenêutica no sentido gadameriano da expressão. Ao contrário, quando busca um ponto de partida para o encadeamento do Direito, o aplicador se volta para o passado, não com um propósito investigativo, mas sim ciente de que está imerso em um processo normativo de atribuir às práticas passadas o melhor e mais coerente sentido delas à luz dos princípios cuja interpretação se pretende fazer no presente (DWORKIN, 2006, p. 127).

Por tal motivo, a coerência exigida pela integridade requer que, quando o intérprete conclui que a coerência principiológica da comunidade que editou tais normas requer agora que tais práticas sejam ressignificadas, ele está obrigado a justificar este giro interpretativo (DWORKIN, 1999, p. 273-274). É necessário que esta justificativa revele, portanto, que paradoxalmente a ruptura com a tradição é o único caminho de coerência interpretativa, em um caso concreto, para com os mesmos princípios que formaram aquela mesma tradição no passado (DWORKIN, 1999, p. 277-278). Ao mesmo tempo, a dimensão vindoura de sentidos possíveis é em certa medida "antecipada" pelo intérprete. Ele sabe que a coerência principiológica exige um respeito à abertura que o Direito deve ter para o futuro, tornando o "encadeamento" das interpretações jurídicas um desafio complexo, porque não ignora a condição histórica e hermenêutica na qual o aplicador do Direito está inserido, e tampouco a pretensão de perenidade e de coerência de sua interpretação. Sob o ponto de vista da adjudicação do Direito, portanto, a integridade pode ser vista sob a seguinte descrição:

Uma interpretação constitucional adequada toma como seu objeto tanto o texto em si como as práticas passadas: advogados e juízes diante de um problema constitucional contemporâneo devem necessariamente tentar construir uma interpretação coerente, principiológica e persuasiva das normas específicas do texto, da estrutura da Constituição como um todo e da nossa história sob o pálio da Constituição - uma interpretação que a um só tempo unifica estas fontes distintas, tanto quanto possível, e direciona os rumos futuros da adjudicação. Isto é, eles devem procurar *integridade* constitucional. (DWORKIN, 2006, p. 118, itálico constante do original, tradução livre)

Estas circunstâncias e exigências são facilmente confrontáveis com o processo formador de súmulas de jurisprudência. Nele, é sempre afirmada (ainda que idealmente) a coerência das sucessivas etapas de ressignificação das normas interpretadas, mesmo que tal ressignificação tenha resultado em um verdadeiro giro quanto aos sentidos atribuídos anteriormente à norma. E, por isto mesmo, o aplicador que lança mão de tais súmulas deve estar pronto a justificar a todo instante esta coerência principiológica, sem o que a invocação de súmulas como razão de decidir deixa de atender a exigência constitucional de fundamentação das decisões judiciais (Constituição Federal, art. 93, IX). Aplicando-se a perspectiva de Dworkin ao problema da fundamentação de decisões judiciais mediante a invocação de súmulas de jurisprudência, podemos identificar ao menos dois impactos para a relação hermenêutica entre norma, tempo e compreensão. Um deles voltado para o momento presente, e o outro voltado para o momento futuro.

Quanto ao momento presente, a idéia de levar direitos a sério traduz processualmente o conceito de igual consideração a todos na proibição de que sejam atribuídos previamente "graus de importância" aos argumentos jurídicos levantados por quaisquer das partes, de modo a desconsiderar parte destes argumentos de forma quase que apriorística. "Se os direitos têm sentido, então seus graus de importância não podem ser tão diferentes a ponto de que alguns deles não sejam absolutamente levados em conta, enquanto outros sejam dignos de menção" (DWORKIN, 2002, p. 313). Deste modo, se o julgador deve valer-se do entendimento descrito em uma súmula de jurisprudência como fundamento de sua decisão, ele está obrigado a demonstrar argumentativa e principiológicamente por que aquele entendimento afasta a pretensão jurídica deduzida por uma das partes. O aplicador do Direito não poderá, portanto, simplesmente recusar a consideração de fundo do argumento lançado por uma das partes sob o manto da idéia geral de que tal pretensão "contraria uma súmula jurisprudencial". Se esta contrariedade existe, ela deve ser demonstrada pelo contraste entre a análise dos princípios normativos feita na súmula e aquela feita nos argumentos que parte para amparar a sua pretensão.

Quanto ao futuro, a exigência de fundamentação principiológica colocada sobre o julgador cumpre também um papel importantíssimo, no que concerne à abertura do Direito. Por meio dela, a argumentação expendida pelo intérprete abre-se à crítica, na medida em que, sem o recurso a argumentos de autoridade, é possível a um segundo intérprete divergir sobre o que significa, naquele caso concreto, a manutenção da coerência principiológica (DWORKIN, 1999, p. 286). Sob a perspectiva da integridade, portanto, as justificativas

dadas pelo aplicador do Direito muito mais inauguram novas perguntas do que propriamente respondem a perguntas anteriores. O processo formador das súmulas de jurisprudência é um exemplo bastante claro disto - particularmente a súmula 90, do Tribunal Superior do Trabalho, tomada como objeto da presente pesquisa. A edição de súmulas muito mais abre um novo horizonte de indagações do que propriamente "fecha" questões interpretativas em aberto. Tais súmulas são incremento de complexidade na tradição jurídica que o aplicador do Direito deve levar em conta, e, ao fazê-lo, abre-se a este aplicador a possibilidade de que toda esta tradição (inclusive as súmulas de jurisprudência) seja objeto de uma ressignificação. Desta forma, se a aplicação de súmulas de jurisprudência a um determinado caso guardar as exigências próprias da compreensão do Direito como integridade, tais súmulas contribuirão para um enriquecimento interpretativo, que é o cerne da abertura do Direito para o futuro. E, como dito, a observância do Direito como integridade exige do intérprete que ele "...ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo" (DWORKIN, 1999, p. 294) - isto é, fazendo a leitura das normas jurídicas à melhor luz dos princípios constitucionais fundamentais de sua comunidade política. Desta forma, a função dos precedentes jurisprudenciais não é de modo algum diminuída. Ao contrário, sua relevância é imensamente aumentada, porquanto "...A história política da comunidade será portanto uma história melhor...se mostrar os juízes indicando a seu público, através de suas opiniões, o caminho que tomarão os futuros juízes guiados pela integridade" (DWORKIN, 1999, p. 297).

Logo, todo o aplicador do Direito que aceite o conceito de integridade deverá admitir que uma tradição interpretativa não pode ser simplesmente descartada, e que tal tradição o limita em princípio. Mas, se for necessário à coerência principiológica adotar uma interpretação que rompa com esta tradição, ainda assim ela deverá ser levada em conta para que se justifique, de modo principiológico, a necessidade desta ruptura³⁰. Como corolário, esta forma de proceder também exige que a argumentação de adequação principiológica dos precedentes jurisprudenciais - e com mais razão ainda das súmulas de jurisprudência - seja feita sempre caso a caso. Tais precedentes e tais súmulas jamais desoneram o intérprete da obrigatoriedade da reconexão entre as particularidades do caso concreto com o sentido que neles devem assumir as normas gerais e abstratas. Por isto mesmo, tais súmulas de jurisprudência nunca podem operar como argumentos aprioristicamente e absolutamente válidos para todo e qualquer caso cuja descrição possa ser semelhante. Ou, dito de outra forma, ao construir os fundamentos de sua interpretação, o aplicador do Direito não pode pretender construir um raciocínio que o dispense de uma vez mais fundamentar as decisões futuras à vista de novos casos:

³⁰ Embora o presente texto não se debruce sobre a tradição do sentido dado à expressão "rule of law" no Direito Norte-americano, nem sobre o conceito de "judicial review" que decorre dela, não se pode deixar de notar que Dworkin, em favor de sua argumentação, conta com uma tradição jurídica nas quais este sentido de integridade no Direito e de coerência principiológica é mais visível. Como exemplo particularmente privilegiado no tema, tome-se uma das decisões centrais da Suprema Corte Norte-americana sobre o sentido constitucional da igualdade, "Brown v. Board of Education of Topeka", na qual o relator da opinião da maioria, o "Chief Justice" Earl Warren, argumenta de forma detalhada as razões pelas quais o precedente anterior sobre a matéria ("Plessy v. Ferguson") deveria ser resignificado à luz de um novo momento histórico, precisamente para que se guardasse coerência para com a afirmação constitucional norte-americana de igualdade de garantias fundamentais a todos os membros daquela comunidade política (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2006, p. 487-496).

Nenhum juiz mortal pode ou deve tentar articular suas hipóteses até esse ponto, ou torná-las tão concretas e detalhadas que novas reflexões se tornem desnecessárias em cada caso. Deve considerar provisórios quaisquer princípios ou métodos empíricos gerais que tenha seguido no passado, mostrando-se disposto a abandoná-los em favor de uma análise mais sofisticada e profunda quando a ocasião assim o exigir. Serão momentos especialmente difíceis para qualquer juiz, exigindo novos juízos políticos aos quais pode ser difícil chegar. Seria absurdo imaginar que ele sempre terá à mão as convicções de moral e política necessárias a tais ocasiões. Os casos muito difíceis vão forçá-lo a desenvolver, lado a lado, sua concepção do direito e sua moral política, de tal modo que ambas se dêem sustentação mútua. Não obstante, é possível que um juiz enfrente problemas novos e desafiadores como uma questão de princípio, e é isso que dele exige o direito como integridade. (DWORKIN, 1999, p. 308)

Sob este enfoque, a integridade do Direito requer que os aplicadores do direito jamais tomem o texto normativo como pretexto, ou como um ponto de partida ao qual não pretendem jamais regressar. Este regresso ocorrerá, ainda que, após este retorno, o sentido dado à norma já tenha sofrido um juízo de adequação que, por vezes, inverte compreensões presentes na tradição passada, exatamente a fim de se manter a coerência para com a leitura contemporânea dos princípios fundantes daquela tradição (DWORKIN, 2006, p. 129).

Conceber o Direito como integridade levanta sérias questões sobre o que Dworkin denomina "drama constitucional": o papel central das cortes (particularmente as cortes constitucionais) ao enfrentar temas não consensuais, até mesmo no campo das emendas à própria constituição. Este "drama" indaga, dentre outras perguntas, se a leitura que se chama de principiológica não termina por colocar, sob o controle dos juízes, os rumos da democracia e,

assim, aniquilá-la mediante uma tutela ilegítima (DWORKIN, 2003, p. 167 e p. 172). Uma preocupação desta natureza estende-se a toda jurisdição em uma democracia constitucional, e pode ser inclusive voltada para o objeto de pesquisa do presente texto, ao se indagar, por exemplo, se na edição de súmulas de jurisprudência as cortes não terminam por concretamente assumir o lugar do legislador.

Um pressuposto dos marcos teóricos articulados na presente pesquisa é a noção de que riscos somente podem ser enfrentados na medida em que são expressamente tematizados. A leitura principiológica exigida pela integridade do Direito, portanto, também deverá lidar com este risco e ela o faz exigindo do aplicador das normas que suas decisões se apresentem fundamentadas. Mas, fundamentar aqui não tem o sentido raso de apenas invocar-se a norma ou mesmo de transcrever o seu texto. Fundamentar, neste momento, é sobretudo justificar os sentidos atribuídos às normas, forçando o julgador a desvelar o processo de ressignificação hermenêutica que ele aplicou no caso concreto - uma justificativa que se faz, como visto, tanto à luz de uma tradição jurídica passada, quanto à luz das especificidades do caso examinado e até mesmo na projeção de um horizonte ideal do papel que esta decisão tomará no futuro a partir de sua pretensão de ser ela própria um precedente jurisprudencial. É esta fundamentação que permite um controle efetivamente público das decisões judiciais tomadas (DWORKIN, 2003, p. 173). De todo modo, porém, Dworkin também enfrenta, sem subterfúgios, o argumento de que a tradição do *judicial review* seja necessariamente danosa para a democracia. Seu argumento, neste particular, volta-se para a noção de que o papel do Direito em uma Democracia é operar garantias fundamentais como oponíveis (se necessário for) à vontade

da maioria, assegurando assim a sobrevivência de uma pluralidade que, em sim mesmo, é necessária à manutenção de um regime democrático como tal (DWORKIN, 2006, p. 134).

É importante que seja ainda enfrentada uma objeção crucial à concepção do Direito como integridade, qual seja, a de que uma coerência principiológica tamanha é absolutamente inatingível, consideradas as evidências de que os princípios constitucionais colidem entre si, particularmente nos casos chamados difíceis. Uma objeção deste porte poderia levar à conclusão de que uma teoria da interpretação necessita lançar mão novamente de modos lógicos gerais que permitam a conciliação deste conflito principiológico e, nesta perspectiva, súmulas jurisprudenciais poderiam atuar (mesmo que em sua provisoriedade) como "fechamentos" interpretativos, pacificadoras de dissenso jurisprudencial e promotoras de segurança jurídica.

Porém, esta objeção possui uma resposta frontal no modo como Dworkin articula seus pressupostos teóricos. Ele considera um risco à integridade do Direito a noção de que (para usar os dois princípios mais básicos em uma constituição) igualdade e liberdade sejam contrapostas de modo colidente. Tal risco seria a produção de interpretações que terminassem por sacrificar liberdade em prol de igualdade, ou vice-versa, frustrando em última análise a própria afirmação constitucional de que somos, a um só tempo, livres e iguais. A fim de lidar com tal risco, como já dito, Dworkin afirma que liberdade e igualdade não conflitam, antes se complementam (DWORKIN, 1999, p. 320), quando compreendidas principiológicamente e operadas de modo deontológico (DWORKIN, 2001, p. 56-57). Para tanto, é necessário

suplantar a armadilha semântica de buscar-se uma conceituação geral de liberdade ou de igualdade. Somente na análise dos casos concretos é que se faz hermeneuticamente possível, por um juízo de adequação, dar-se à liberdade e à igualdade aplicações que não sejam mutuamente excludentes, nem mesmo em parte (DWORKIN, 2001, p. 40).

Esta sem dúvida é uma solução que requererá, no exame de cada caso concreto, uma argumentação bastante complexa. Porém, o Direito pretende normatizar a vida humana em toda a sua complexidade, e por isto não pode pressupor uma harmonia inata, mas sim abraçar uma complexidade argumentativa tão sofisticada quando é o seu objeto de regulação. Por isto mesmo é que a racionalidade aplicável ao Direito e abrigável por ele é sempre precária, e os riscos nas sua aplicação jamais podem ser jamais afastados pelo recurso ao método. Ao contrário, para um controle mínimo de riscos é preciso assumir, como ponto de partida, a sua constante presença e a possibilidade, a todo tempo, de que eles se manifestem. Por este motivo, súmulas de jurisprudência em si mesmas não podem oferecer ao Direito qualquer segurança, mas, aplicadas com olhos voltados às exigências feitas pelo Direito como integridade, podem contribuir para a complexidade interpretativa necessária a que o Direito sirva à normatização da vida humana.

CONCLUSÃO

O PAPEL CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADO PARA AS SÚMULAS
JURISPRUDENCIAIS

Na parte introdutória do presente texto foram formuladas duas perguntas quanto às pretensões que o senso comum teórico tem posto sobre as súmulas jurisprudenciais. Foi indagado se súmulas de jurisprudência poderiam servir de instrumento de controle da linguagem e se elas poderiam servir como soluções construídas aprioristicamente para casos idênticos - o que, em última análise, representava indagar se é possível falar efetivamente em casos que sejam idênticos. Como se propôs inicialmente, os giros pragmático-lingüístico e hermenêutico serviram como fios condutores simultâneos e complementares na busca pelas respostas a ambas as questões.

Desta forma a análise do processo de formação da súmula 90, do Tribunal Superior do Trabalho, demonstrou a falibilidade das pretensões mencionadas acima. Uma leitura que insistisse na possibilidade de apreensão da "literalidade" do contido naquela súmula esbarrava com a constante necessidade de edição de novas súmulas e orientações jurisprudenciais "explicativas". Os mesmos dados empíricos indicaram uma verdadeira impossibilidade de que de antemão fossem controlados de modo absoluto os sentidos das normas para os seus aplicadores futuros. A existência de súmulas resultantes da agregação de outras súmulas e de orientações jurisprudenciais anteriores revela uma incessante mutação interpretativa que conflita com esta pretensão. Paradoxalmente, este ambiente de mudança interpretativa aprofunda o desafio de levar-se o Direito a sério na especificidade de sua aplicação.

O enfoque do giro pragmático-lingüístico revela que, como todo uso da linguagem, a enunciação de súmulas jurisprudenciais renova a oportunidade para o uso abusivo que já se achava presente nas normas que tais súmulas buscam interpretar. O uso de novas e mais complexas formas de enunciação lingüística do sentido dado às normas, ao tempo em que incorpora novas vivências, abre espaços de visibilidade também novos, permitindo a descoberta de possibilidades antes não vistas de abuso do Direito. A trajetória da formação da súmula 90, do Tribunal Superior do Trabalho, é pródiga de exemplos neste sentido. Como visto na parte inicial deste texto, a partir do instante em que a corte enuncia como princípio geral a noção de que o deslocamento até o local de trabalho de difícil acesso representa a apropriação, pelo empregador, de tempo que pertenceria ao trabalhador, posteriormente se enfrenta a tentativa de elisão deste princípio sob o fundamento de que a cobrança (parcial ou não) ao trabalhador dos custos deste deslocamento estabeleceria uma diferença juridicamente relevante. Respondida esta questão por meio da súmula 320, a Corte vai pouco depois enfrentar o argumento de que a insuficiência no transporte público até aquele local de trabalho não o torna um local de difícil acesso, o mesmo ocorrendo com a existência de transporte público em parte do trajeto até aquele local. Acolhida integralmente a primeira tese (súmula 324, do Tribunal Superior do Trabalho) e parcialmente a segunda (súmula 325, do Tribunal Superior do Trabalho), ainda outra pretensão foi trazida à corte, qual seja, a de que também a mera incompatibilidade entre os horários de transporte público e os horários do trabalho servisse ao afastamento do princípio geral mencionado acima. Esta pretensão foi considerada abusiva no

seu todo, gerando a edição da orientação jurisprudencial 50, da Seção de Dissídios Individuais I, do Tribunal Superior do Trabalho.

A descrição desta trajetória demonstra, mediante a análise de uma *praxis* judiciária, que o uso de súmulas de jurisprudência não é isento de modo algum de riscos, e que tais riscos se agigantam quando o aplicador do Direito sobrecarrega tais súmulas com a pretensão de que elas possam aclarar o sentido das normas para além de quaisquer dúvidas. Sob o ponto de vista da Teoria Discursiva do Direito, estas súmulas são atos de fala cuja abstração e generalidade são apenas um pouco menores do que as normas sobre as quais elas versam. Isto porque são oriundas de um processo no qual a aplicação reiterada das normas incorporou uma experiência vivencial. Contudo, a pretensão de aplicação de súmulas aos casos futuros requer que nelas esta riqueza vivencial seja reconduzida novamente a um certo grau de generalidade. Deste modo, súmulas jurisprudenciais não podem ser tomadas elas próprias como atos de julgamento em sentido mais estrito.

A Teoria Discursiva do Direito permite compreender, nas súmulas jurisprudenciais, um potencial para o seu uso legítimo, mediante o respeito à racionalidade comunicativa que elas tematizam, abandonando-se pretensões oriundas de uma racionalidade que, em seus delírios e excessos, ocultavam este potencial. Para tanto, o seu uso pelo aplicador vai requerer mais do que a simples identificação da origem, isto é, mais do que a sua invocação como argumentos de autoridade. A racionalidade comunicativa potencialmente presente nelas requer que se leve em conta o seu processo formador, as razões presentes na descrição de fatos contida nelas e as justificativas dadas

como conseqüências jurídicas de tais fatos. Um uso comunicativamente racional destas súmulas busca a sua legitimidade para além de seu uso repetitivo, insistindo que em sua aplicação seja exercido um juízo de adequabilidade face contingências específicas de um caso concreto. A aplicação legítima e adequada de súmulas de jurisprudência não pode ser regida apenas por parâmetros semânticos, ou do contrário as razões que fundamentam a aplicação apenas descreverão novamente regras gerais e abstratas, incidindo em uma circularidade que, ao final, torna desfundamentada a decisão judicial, violando a exigência constitucional presente no artigo 93, IX, da Constituição Federal. Estas decisões, como atos de fala que são, poderão reivindicar legitimidade, na medida em que seu autor esteja pronto a justificar, argumentativamente, as razões de veracidade e de adequabilidade do sentido com o qual uma determinada súmula foi aplicada no caso, reconstruindo o vínculo entre as razões da validade geral e abstrata do enunciado sumular e a adequabilidade do sentido que se dá àquela súmula ante as contingências e especificidades do caso. Esta é uma imposição do princípio democrático na aplicação do Direito, para que assim ele cumpra o papel integrador de, simultaneamente, sedimentar um passado institucional, e dar aos afetados pela norma a possibilidade de recebê-la como legítima, ainda que se oponham a ela.

Neste sentido, súmulas não encerram o dissenso, porquanto, ao emergirem como síntese de razões já aplicadas anteriormente, elas imediatamente reabrem o debate sobre os sentidos dados por elas às normas. Apesar de se apresentarem como o término de um debate nos tribunais, estas súmulas abrigam a pretensão de incidência em casos futuros. Por isto, ao

ganharem um grau de generalidade, irão requerer, na aplicação futura, a sua adequabilidade a cada caso específico.

Portanto, súmulas de jurisprudência irão certamente aumentar a complexidade lingüística especializada no Direito, de modo que a estabilidade que elas podem trazer é apenas a compreensão de que os sentidos na linguagem especializada do Direito estão sempre em movimento, em constante reconstrução. Uma estabilidade que não é jamais estagnação, mas, ao contrário, abertura permanente para a divergência e para a mudança, produzindo conteúdos variáveis em sua trajetória. É esta possibilidade de dissenso, aumentada pelas súmulas jurisprudenciais, que pode até mesmo reforçar os vínculos entre Direito e democracia, sendo esta uma compreensão mais adequada ao Estado Democrático de Direito quanto ao papel destas súmulas.

De outra parte, esta abertura para o dissenso e para o futuro pode ser tomada como indicativo claro, sob a perspectiva do construtivismo dworkiniano, que, mesmo integrando as concepções prévias de um intérprete, estas súmulas não interditam a possibilidade dos novos significados - ao contrário, na verdade dão origem a indagações ainda mais complexas e, deste modo, realimentam o processo hermenêutico. Súmulas jurisprudenciais portanto não exoneram riscos e dúvidas interpretativas. Ao invés, a inevitabilidade da condição hermenêutica requer que elas sejam tomadas como uma expressão da permanente reconstrução de sentidos. Como texto que elas próprias são, desde o momento em que editadas, passam a novamente fazer parte de um círculo hermenêutico. Logo, a segurança jurídica que pode emergir delas é

somente a concessão de uma maior visibilidade a este processo de mutação, resultando disto a possibilidade de que a alteração de sentidos (ou a resistência a ela) seja enfrentada de modo argumentativo, público, adequado e caso a caso. Ou, dito de modo dworkiniano: a segurança jurídica que emerge de uma compreensão principiologicamente coerente do ordenamento jurídico é aquela que exige que o Direito seja lido como integridade, e que princípios sejam tomados sempre sob uma ótica deontológica, exigindo-se que a adequação de sua incidência seja demonstrada caso a caso. Isto permitirá a produção de respostas únicas e corretas para as dúvidas postas diante do aplicador do Direito - desde que resposta única e correta seja compreendida aqui como correta para o caso específico.

Isto porque a irrepetibilidade hermenêutica de eventos nos aponta a impossibilidade de que existam "casos idênticos" em sentido estrito. E, quando menos, mesmo o intérprete que lançar mão de uma súmula de jurisprudência incorpora esta experiência ao seu horizonte, e assim o modifica. Em uma próxima ocasião não serão mais os mesmos, nem o caso, nem o próprio aplicador do Direito. A permanência que uma súmula pode buscar é somente a condição de sua permanente mudança, a sua abertura para indagações crescentemente complexas e o seu refazimento como resposta a estas situações. Neste sentido, a trajetória da súmula 90 do Tribunal Superior do Trabalho é certamente exitosa.

Um papel constitucionalmente adequado às súmulas jurisprudenciais no Estado Democrático de Direito requer portanto a percepção de que tais súmulas jamais poderão regular, elas mesmas, *a priori*, as suas condições de

aplicação. É inconstitucional - por violar a exigência de fundamentação das decisões judiciais e a integridade do Direito - qualquer tentativa de inferir-se, mediante uma abstração lógica (mesmo que extraída inicialmente de um caso concreto), que pretenda eliminar o ônus de o aplicador fundamentar a adequabilidade do sentido que ele dá às normas cuja incidência foi acolhida em cada nova situação. Aqui, é necessário um cuidado com esta afirmação: a pretensão uniformizadora das súmulas de jurisprudência, ou mesmo a afirmação de que sejam vinculantes não é em si inconstitucional. É preciso indagar o que tais súmulas podem uniformizar ou vincular de fato em um determinado caso. Sob a ótica da integridade, apenas naquele caso será possível examinar se os argumentos envolvidos na sedimentação jurisprudencial representada por uma determinada súmula guardam a coerência principiológica para com a forma indisponível do Direito.

Em síntese, a conclusão que se traça agora retorna uma vez mais para o problema daquilo que se pretende que força da razão ou do método possam atingir. Neste sentido, súmulas de jurisprudência não são tudo o que as pretensões de um senso comum teórico lhes têm cobrado, até porque, como visto, tais pretensões não são nem lingüisticamente nem hermeneuticamente realizáveis, violando tanto a vinculação entre Direito e Democracia que é enfatizada na Teoria Discursiva de Jürgen Habermas, quanto a proposta de Ronald Dworkin de que a leitura do Direito como integridade conduza ao aprofundamento dos compromissos de uma comunidade política para com os direitos que ela elegeu como fundamentais.

Porém tais súmulas de jurisprudência não podem ser repelidas como se não fosse possível dar a elas um uso constitucionalmente adequado. Sob o enfoque da Teoria Discursiva, pode-se ver que as súmulas de jurisprudência são portadoras de um potencial de racionalidade comunicativa capaz de gerar uma complexidade exponencialmente crescente dos juízos de adequabilidade dos princípios jurídicos, reforçando em muito a relação entre Direito e Democracia, por abrigar a possibilidade do dissenso e respeitar a natureza contra-fática e contra-majoritária que são próprias da distinção que uma constituição articula entre Direito e Política (LUHMANN, 1996, p. 2-3). E, sob a compreensão do Direito como integridade, tais súmulas jurisprudenciais agregam complexidade ao círculo hermenêutico no curso do "encadeamento" do Direito. Isto reafirma a percepção de que direitos fundamentais são "trunfos" para que, democraticamente, uma minoria subsista de modo digno ante o governo de uma maioria, estabelecendo coerência principiológica (e não sacrifício mútuo) entre liberdade e igualdade na adjudicação de direitos.

Súmulas jurisprudenciais (como, de resto, qualquer análise fruto da razão humana) não suportam a pretensão de conterem parâmetros para um julgamento absolutamente "verdadeiro". Ao contrário, quando assumida a precariedade e a necessária condição hermenêutica presentes nas interpretações do Direito, aí sim é possível que súmulas de jurisprudência estabilizem procedimentalmente a complexidade do Direito necessária ao se lidar com a complexidade e com a riqueza da vida humana. É isto que, ao final, demonstra a análise do processo formativo da súmula 90, do Tribunal Superior do Trabalho.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. In: SARAIVA, Editora (autoria coletiva). Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Ed. Saraiva, 37ª ed. atualizada e ampliada. 2005.

BRASIL. Lei nº 11.276, de 7 de fevereiro de 2006. Altera os arts. 504, 506, 515 e 518 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativamente à forma de interposição de recursos, ao saneamento de nulidades processuais, ao recebimento de recurso de apelação e a outras questões. Disponível em: <[http:// https://www.planalto.gov.br/](http://https://www.planalto.gov.br/)>. Acesso em: 13 mai. 2006a.

BRASIL. Lei 11.277, de 7 de fevereiro de 2006. Acresce o art. 285-A à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. Disponível em <<http:// https://www.planalto.gov.br/>> Acesso em: 22 mai. 2006b.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. In: SARAIVA, Editora (autoria coletiva). CLT Saraiva e Constituição Federal. São Paulo: Ed. Saraiva, 33ª ed. 2006c.

BRASIL. Projeto de Lei 6.636, de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e dá outras providências. Disponível em Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/47828>. Acesso em: 24.set. 2006d.

CAMERON, W. S. K. Tradition and transcendence in the critical theories of Gadamer and Habermas. Nova York, 1995. 286 f. Tese (Doutorado em Filosofia). Graduate School of Arts and Science, Fordham University.

CANTOR, Norman. Imagining the law: common law and the foundations of the american legal system. New York: Harper Collins, 1999.

CONDÉ, Mauro Lúcio Leitão. Wittgenstein: linguagem e mundo. São Paulo: Anna Blume, 1998.

COOKE, Maeve. Language and reason: a study of Habermas's pragmatics. Cambridge: MIT Press, 1994.

DIAS, Maria Clara. Kant e Wittgenstein: os limites da linguagem. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2000.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. Uma questão de princípio. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. Do liberty and equality conflict? In: BARKER, Paul (ed.). Living as equals. Oxford: Oxford Press, 2001.

_____. Levando direitos a sério. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. Revisão: Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. Justice in robes. Cambridge: Havard University Press, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. A razão na época da ciência. Tradução: Ângela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. Verdade e método. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Revisão: Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 3ª ed. 1999.

_____. El giro hermenéutico. Tradução: Arturo Parada. Madri: Catedra, 2ª ed. 2001.

_____. Verdade e método II: complementos e índice. Tradução Ênio Paulo Giachini. Revisão: Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2ª ed. 2004.

_____. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Revisão: Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 3ª ed. 1999.

GIDDENS, Anthony. "Entrevista com Anthony Giddens", entrevista concedida a José Maurício Domingues, Mônica Herz e Cláudia Rezende. Estudos Históricos, Rio de Janeiro, vol. 8, n. 16, 1992.

GLOCK, Hans-Johan. Dicionário Wittgenstein. Tradução: Helena Martins. Revisão: Luiz Carlos Pereira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

GÜNTHER, Klaus. Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação. Tradução: Cláudio Molz. Revisão: Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. Dialética e hermenêutica: para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Tradução: Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L & PM Editora, 1987.

_____. Postscript to Between facts and norms. Tradução: William Rehg. In: DEFLEM, Mathieu (ed). Habermas, modernity and law. Londres: SAGE Publications Ltd, 1996.

_____. Between facts and norms: contributions to a discursive theory of law and democracy. Tradução: William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1998.

_____. Justification and application: remarks on the discourse of ethics. Tradução: Ciaran P. Cronin. Massachusetts: The MIT Press, 2001a.

_____. On the pragmatics of social interaction: preliminary studies in the theory of communicative action. Tradução: Barbara Fultner. Cambridge: MIT Press, 2001b.

_____. La lógica de las ciencias sociales. Tradução: Manuel Jiménez Redondo. Madri: Tecnos, 3ª ed. 3ª reimp. 2002a.

_____. O discurso filosófico da modernidade. Tradução: Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2ª reimp. 2002b.

_____. Pensamento pós-metafísico. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2ª ed. 2002c.

_____. Teoría de la acción comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social. Tradução: Manuel Jiménez Redondo. Madri: Tauros, 4ª ed. 2003, v. 1.

_____. Como es posible la legitimidad por vía de legalidad? Tradução: Manuel Jiménez Redondo. Disponível em <<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa>> Acesso em: 7 set. 2006.

INGRAM, David. Habermas and the dialectic of reason. New Haven: Yale University Press, 1987.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 6ª ed. 4ª reimp. 2000.

KEMMIS, Stephen. Against methodolatry. In: SYMPOSIUM ON METHODOLATRY, 1, 2004, Brisbane. Disponível em <<http://www.provocations.ed.qut.edu.au>> Acesso em: 12 jan. 2006.

LUHMANN, Niklas. A constituição como aquisição evolutiva. Tradução para fins exclusivamente acadêmicos: Menelick de Carvalho Netto. Notas por Paulo Sávio Peixoto Maia. 1996.

acadêmicos de Menelick de Carvalho Netto. Notas por Paulo Sávio Peixoto Maia. 1996

MARTINS, Carla. A indeterminação do significado nos estudos pragmáticos: divergências teórico-metodológicas. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/delta/v18n1/a04v18n1.pdf>> Acesso em : 19 nov. 2006.

MOROSIDADE na justiça. CONSULTOR JURÍDICO, São Paulo, SP, 22 mai. 2006. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/>> Acesso em: 22 mai. 2006.

OLIVEIRA JÚNIOR, Roney. A solidez da súmula vinculante e a fragilidade da súmula impeditiva de recursos. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6271>> Acesso: 24. set. 2006.

PITKIN, Hanna Fenichel. Wittgenstein and justice. Berkley: University of California Press, 1993.

REFORMA do Judiciário. CONSULTOR JURÍDICO, São Paulo, SP, 10 fev. 2004. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/790>> Acesso: 24.set.2006.

REPERCUSSÃO geral. CONSULTOR JURÍDICO, São Paulo, SP, 27 abr. 2006. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/43908>> Acesso: 24 set. 2006.

RICOEUR, Paul. Time and narrative, v. I. Tradução: Kathleen McLoughlin e David Pellauer. Chicago: University of Chicago Press, 1984.

_____. O justo ou a essência da justiça. Tradução: Vasco Cassimiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

_____. Teoria da interpretação. Tradução Artur Morão. Porto: Porto Editora, 1999.

STROUD, Barry. Mind, meaning and practice. In: SLUGA, Hans; STERN, David G. (org). The cambridge companion to Wittgenstein. Nova York: Cabridge Univesity Press, 1ª ed. 8ª reimp. 2005.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. Appeal from the United States District Court for the Distric of Kansas. Brown v. Board of Education of Topeka. Relator: Earl Warren. 17 mai. 1954. 347 U.S.

483. Disponível em: < <http://supct.law.cornell.edu/supct/html/historics>> Acesso: 6 nov. 2006.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Resolução Administrativa Nº 908, de 2 de agosto de 2002. Aprova o Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso: 20 dez. 2005.

_____. Livro de Súmulas, Orientações e Precedentes Normativos. Disponível em <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso: 26 mai. 2006a.

_____. Resolução n. 129, de 05 de abril de 2005. Disponível em <<http://www.tst.gov.br/>>. Acesso: 18 jul. 2006b.

_____. TST envia ao Congresso anteprojeto do “Controle Concentrado”. Disponível em < <http://www.tst.gov.br/>>. Acesso: 13 nov. 2006c.

VILLAVERDE, Marcelino Agis. Paul Ricouer, a força da razão compartilhada. Tradução: Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

WITTGENSTEIN, Ludwig. On certainty. In: WESTPHAL, Jonathan (org). Certainty. Tradução: Gertrude Elizabeth Anscombe. Cambridge: Hackett Press, 1995.

_____. Philosophical investigations. Tradução: G. E. M. Anscombe. Oxford: Blackwell Publishing, 3ª ed. 2003.

_____. Tractatus logico-philosophicus. Tradução: A. H. Mueller. Disponível em <<http://www.herban.de>>. Acesso 24 jul. 2006.