

APLICAR A “LETRA DA LEI” É UMA ATTITUDE POSITIVISTA?

TO APPLY THE "LAW LETTER" IS A POSITIVIST ATTITUDE?

Lenio Luiz Streck¹

SUMÁRIO: Hermenêutica e Interpretação; 1 Um Necessário Retorno A Kelsen: Desmi(S)Tificando O(S) Positivismo(S); 1.1 A interpretação do direito: um problema paradigmático; 2. (A nova) Hermenêutica no Estado Democrático de Direito: um novo paradigma fundado na autonomia do direito e de como a morte do sujeito do esquema sujeito-objeto não significou a morte do sujeito da relação de objeto; À Guisa de Conclusão Utilizando A Matriz Hermenêutica: O Exemplo Privilegiado Do Art. 212 do Cpp, Que Desnuda Os Sintomas Denunciados – Afinal, Quem Cumpre A “Letra Da Lei” É Positivista? E Quem “Passa por Cima da Lei” É Pós-Positivista?; Referências.

RESUMO

O positivismo (nas suas mais diversas facetas) não conseguiu aceitar a viragem interpretativa ocorrida na filosofia do direito (invasão da filosofia pela linguagem) e suas conseqüências no plano da doutrina e da jurisprudência. Então, como é possível continuar a sustentar o positivismo nesta quadra da história? Entre tantas perplexidades, parece não restar dúvida de que uma resposta mínima pode e deve ser dada a essas indagações: o constitucionalismo – nesta sua versão social, compromissória e dirigente – não pode repetir equívocos positivistas, proporcionando decisionismos ou discricionariedades interpretativas.

PALAVRAS-CHAVE: Decisão Judicial. Positivismo. Pós-positivismo. Hermenêutica filosófica. Teoria da Decisão. Constitucionalismo.

ABSTRACT

Positivism (in its various facets) could not accept the interpretive shift occurred in the philosophy of law (invasion of the philosophy of language) and its consequences in terms of doctrine and jurisprudence. So how is it possible to continue to sustain positivism, currently? Among the many perplexities, seems to be no doubt that a minimal response can and should be given to these questions: constitutionalism – its version this social, compromiser and leader – can not repeat mistakes positivists, providing interpretive decisionism or discretions.

KEYWORDS: Judicial Decision. Legal Positivism. Postpositivism. Philosophical hermeneutics. Theory of Judicial Decision. Constitutionalism.

RESUMEN

El positivismo (en sus diversas facetas) no podía aceptar el cambio de interpretación se produjo en la filosofía del derecho (invasión de la filosofía del lenguaje) y sus consecuencias en términos de la doctrina y la jurisprudencia. Entonces, ¿cómo es posible seguir sosteniendo el positivismo, en la actualidad? Entre las muchas perplejidades, parece que no hay duda de que una respuesta mínima puede y se debe dar a estas preguntas: el constitucionalismo - su versión de este social, conciliador y líder - no puede repetir errores positivistas, proporcionando decisionismo interpretativa o potestades discrecionales.

PALABRAS CLAVE: Decisión Judicial. El positivismo jurídico. Pospositivismo. Filosofía hermenéutica. Teoría de la Decisión Judicial. El constitucionalismo.

HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO

Embora a hermenêutica seja identificada e conhecida pela sua origem mitológica a partir de Hermes, o semi-deus que intermediava a relação dos deuses com os mortais, é apenas na modernidade – portanto, no seio de outro paradigma filosófico – que passamos a falar desse assunto de outro modo e por intermédio de outro olhar. Com efeito, compreendida *stricto sensu*, a hermenêutica como a discutimos hoje é um produto da modernidade, ou seja, nasce com a revolução provocada pelo nascimento do sujeito.

Assim, na história moderna, tanto no plano da teologia como no do direito, a hermenêutica tem sido entendida como arte ou técnica (método), com efeito diretivo sobre a lei divina e a lei humana. O ponto comum entre a hermenêutica jurídica e a hermenêutica teológica reside no fato de que, em ambas, sempre houve uma tensão entre o texto proposto e o sentido que alcança a sua aplicação na situação concreta, seja em um processo judicial ou em uma pregação religiosa. Essa tensão entre o texto e o sentido a ser atribuído ao texto coloca a hermenêutica diante de vários caminhos, todos ligados, no entanto, às condições de acesso do homem ao conhecimento acerca das coisas. Assim: ou se demonstra que é possível colocar regras que possam guiar o hermeneuta no ato interpretativo, mediante a criação, *v.g.*, de uma teoria geral da interpretação; ou se reconhece que a pretensa cisão entre o ato do conhecimento do sentido de um texto e a sua aplicação a um determinado caso concreto não são, de fato, atos separados; ou se reconhece, finalmente, que as tentativas de colocar o problema hermenêutico a partir do predomínio da subjetividade do intérprete ou da objetividade do texto não passa(ra)m de falsas contraposições fundadas no metafísico esquema sujeito-objeto.

A crise que atravessa a hermenêutica jurídica possui uma relação direta com a discussão acerca da crise do conhecimento e do problema da fundamentação, própria do início do século XX. Veja-se que as várias tentativas de estabelecer regras ou cânones para o processo interpretativo a partir do predomínio da objetividade ou da subjetividade ou, até mesmo, de conjugar a subjetividade do intérprete com a objetividade do texto, não resistiram às teses da viragem ontológico-lingüística (especialmente com Heidegger e Gadamer), superadoras do esquema sujeito-objeto. Essa viragem – que, se registre, supera o “primeiro” *linguistic turn* de viés analítico (e neopositivista) – deve ser compreendida a partir do caráter ontológico prévio do conceito de sujeito e da desobjetificação provocada pelo círculo hermenêutico (*hermeneutische Zirkel*) e pela diferença ontológica (*ontologische Differenz*).

Não devemos esquecer que (ess)a viragem hermenêutico-ontológica, provocada pela publicação de *Sein und Zeit* por Martin Heidegger, em 1927, e a publicação, anos depois, de *Wahrheit und Methode*, por Hans-Georg Gadamer, em 1960, foram fundamentais para um novo olhar sobre a hermenêutica jurídica. A partir dessa *ontologische Wendung*, inicia-se o processo de superação dos paradigmas metafísicos objetivista (aristotélico-tomista) e subjetivista (filosofia da consciência), os quais, de um modo ou de outro, até hoje têm sustentado, de um lado, as teses exegético-dedutivistas-substantivas dominantes naquilo que vem sendo denominado de hermenêutica jurídica, bastando, para tanto, verificar a cisão feita pelas teorias da argumentação entre casos fáceis, solucionáveis por subsunção, e os casos difíceis, que exigiriam a “presença” dos princípios, e, de outro, um ingênuo “livre atribuir de sentidos”, produto de uma equivocada compreensão do oitavo capítulo da *Teoria Pura do Direito*.

Parece não haver dúvida de que o positivismo – compreendido *lato sensu* (ou seja, as diversas facetas do positivismo) – não conseguiu aceitar a viragem interpretativa ocorrida na filosofia do direito (invasão da filosofia pela linguagem) e suas conseqüências no plano da doutrina e da jurisprudência. Se isto é verdadeiro – e penso que é – a pergunta que cabe é: como é possível continuar a sustentar o positivismo nesta quadra da história? Como resistir ou obstaculizar o constitucionalismo que revolucionou o direito no século XX? Entre tantas perplexidades, parece não restar dúvida de que uma resposta mínima pode e deve ser dada a essas indagações: o constitucionalismo – nesta sua versão social, compromissória (e dirigente) – não pode repetir equívocos positivistas, proporcionando decisionismos ou discricionariedades interpretativas.

1. UM NECESSÁRIO RETORNO A KELSEN: DESMI(S)TIFICANDO O(S) POSITIVISMO(S)

Quando falamos em positivismos e pós-positivismos, torna-se necessário, já de início, deixar claro o “lugar da fala”, isto é, sobre “o quê” estamos falando. Com efeito, de há muito minhas críticas são dirigidas primordialmente ao positivismo normativista pós-kelseniano, isto é, ao positivismo que admite discricionariedades (ou decisionismos e protagonismos judiciais). Isto porque considero, no âmbito destas reflexões e em obras como *Verdade e Consenso*,² *superado o velho positivismo exegetico*. Ou seja, não é (mais) necessário dizer que o “juiz não é a boca da lei”, etc., enfim, podemos ser poupados, nesta quadra da história, dessas “descobertas polvulares”. Isto porque essa “descoberta” não pode implicar um império de decisões solipsistas, das quais são exemplos as posturas caudatárias da jurisprudência dos valores (que foi “importada” de forma equivocada da Alemanha), os diversos axiologismos, o realismo jurídico (que não passa de um “positivismo fático”), a ponderação de valores (pela qual o juiz literalmente escolhe um dos princípios que ele mesmo elege *prima facie*), etc..

Explicando melhor: o positivismo é uma postura *científica* que se solidifica de maneira decisiva no século XIX. O “positivo” a que se refere o termo positivismo é entendido aqui como sendo os fatos (lembramos que o neopositivismo lógico também teve a denominação de “empirismo lógico”). Evidentemente, fatos, aqui, correspondem a uma determinada interpretação da realidade que engloba apenas aquilo que se pode contar, medir ou pesar ou, no limite, algo que se possa definir por meio de um experimento.

No âmbito do direito, essa mensurabilidade positivista será encontrada num primeiro momento no produto do parlamento, ou seja, nas leis, mais especificamente, num determinado tipo de lei: os Códigos. É preciso destacar que esse legalismo apresenta notas distintas, na medida em que se olha esse fenômeno numa determinada tradição jurídica (como exemplo, podemos nos referir: ao positivismo inglês, de cunho utilitarista; ao positivismo francês, onde predomina um exegetismo da legislação; e ao alemão, no interior do qual é possível perceber o florescimento do chamado formalismo conceitual que se encontra na raiz da chamada jurisprudência dos conceitos). No que tange às experiências francesas e alemãs, isso pode ser debitado à forte influência que o direito romano exerceu na formação de seus respectivos direito privado. Não em virtude do que comumente se pensa – de que os romanos “criaram as leis escritas” – mas sim em virtude do modo como o direito romano era estudado e ensinado. Isso que se chama de exegetismo tem sua origem aí: havia um texto específico em torno do qual giravam os mais sofisticados estudos sobre o direito. Este texto era – no período pré-codificação – o *Corpus Juris Civilis*. A codificação efetua a seguinte “marcha”: antes dos códigos, havia uma espécie de função complementar atribuída ao Direito Romano. A idéia era simples, aquilo que não poderia ser resolvido pelo Direito Comum, seria resolvido segundo critérios oriundos da autoridade dos estudos sobre o Direito Romano – dos comentadores ou glosadores. O movimento codificador incorpora, de alguma forma, todas as discussões romanísticas e acaba “criando” um novo dado: os Códigos Civis (França, 1804 e Alemanha, 1900).

A partir de então, a função de complementariedade do direito romano desaparece completamente. Toda argumentação jurídica deve tributar seus méritos aos códigos, que passam a possuir, a partir de então, a estatura de verdadeiros “textos sagrados”. Isso porque eles são o dado positivo com o qual deverá lidar a Ciência do Direito. É claro que, já nesse período, apareceram problemas relativos à interpretação desse “texto sagrado”.

De algum modo se perceberá que aquilo que está escrito nos Códigos não cobre a realidade. Mas, então, como controlar o exercício da interpretação do direito para que essa obra não seja “destruída”? E, ao mesmo tempo, como excluir da interpretação do direito os elementos metafísicos que não eram bem quisitos pelo modo positivista de interpretar a realidade?

Num primeiro momento, a resposta será dada a partir de uma análise da própria codificação: a Escola da Exegese, na França, e A Jurisprudência dos Conceitos, na Alemanha.

Esse primeiro quadro eu menciono, no contexto de minhas pesquisas – e aqui talvez resida parte do “criptograma do positivismo” –, como positivismo primevo ou positivismo exegético. Poderia ainda, junto com Castanheira Neves, nomeá-lo como positivismo legalista. A principal característica desse “primeiro momento” do positivismo jurídico, no que tange ao problema da interpretação do direito, será a realização de uma análise que, nos termos propostos por Rudolf Carnap, poderíamos chamar de sintático. Neste caso, a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõem a “obra sagrada” (Código) seria o suficiente para resolver o problema da interpretação do direito. Assim, conceitos como o de analogia e princípios gerais do direito devem ser encarados também nessa perspectiva de construção de um quadro conceitual rigoroso que representariam as hipóteses – extremamente excepcionais – de inadequação dos casos às hipóteses legislativas.

Num segundo momento, aparecem propostas de aperfeiçoamento desse “rigor” lógico do trabalho científico proposto pelo positivismo. É esse segundo momento que podemos chamar de *positivismo normativista*. Aqui há uma modificação significativa com relação ao modo de trabalhar e aos pontos de partida do “positivo”, do “fato”. Primeiramente, as primeiras décadas do século XX viram crescer, de um modo avassalador, o poder regulatório do Estado – que se intensificará nas décadas de 30 e 40 – e a falência dos modelos sintático-semânticos de interpretação da codificação se apresentaram completamente frouxos e desgastados. O problema da indeterminação do sentido do Direito aparece, então, em primeiro plano.

É nesse ambiente que aparece Hans Kelsen. Por certo, Kelsen não quer destruir a tradição positivista que foi construída pela jurisprudência dos conceitos. Pelo contrário, é possível afirmar que seu principal objetivo era reforçar o método analítico proposto pelos conceitualistas de modo a responder ao crescente desfalecimento do rigor jurídico que estava sendo propagado pelo crescimento da Jurisprudência dos Interesses e à Escola do Direito Livre – que favoreciam, sobremedida, o aparecimento de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos na interpretação do direito. Isso é feito por Kelsen a partir de uma radical constatação: o problema da interpretação do direito é muito mais semântico do que sintático. Desse modo, temos aqui uma ênfase na semântica.

Mas, em um ponto específico, Kelsen “se rende” aos seus adversários: a interpretação do direito é evitada de subjetivismos provenientes de uma razão prática solipsista. Para o autor austríaco, esse “desvio” é impossível de ser corrigido. No famoso capítulo VIII de sua *Teoria Pura do Direito*, Kelsen chega a falar que as normas jurídicas – entendendo norma no sentido da TPD, que não equivale, *stricto sensu*, à lei – são aplicadas no âmbito de sua “moldura semântica”. O único modo de corrigir essa inevitável indeterminação do sentido do direito somente poderia ser realizada a partir de uma terapia lógica – da ordem do a priori – que garantisse que o Direito se movimentasse em um solo lógico rigoroso. Esse campo seria o lugar da Teoria do Direito ou, em termos kelsenianos, da Ciência do Direito. E isso possui uma relação direta com os resultados das pesquisas levadas a cabo pelo Círculo de Viena.

Esse ponto é fundamental para podermos compreender o positivismo que se desenvolveu no século XX e o modo como encaminho minhas críticas nessa área da teoria do direito. Sendo mais claro: falo desse positivismo normativista, não de um exegetismo que, como pôde ser demonstrado, já havia dado sinais de exaustão no início do século passado. Numa palavra: Kelsen já havia superado o positivismo exegético, mas abandonou o principal problema do direito: a interpretação concreta, no nível da “aplicação”. E nisso reside a “maldição” de sua tese. Não foi bem entendido, quando ainda hoje se pensa que, para ele, o juiz deve fazer uma interpretação “pura da lei”...!

1.1 A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO: UM PROBLEMA PARADIGMÁTICO

A hermenêutica jurídica praticada no plano da cotidianidade do direito deita raízes na discussão que levou Gadamer a fazer a crítica ao processo interpretativo clássico, que entendia a interpretação como sendo produto de uma operação realizada em partes (*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi, subtilitas applicandi*, isto é, primeiro compreendo, depois interpreto, para só então aplicar).

A impossibilidade dessa cisão – tão bem denunciada por Gadamer – implica a impossibilidade de o intérprete “retirar” do texto “algo que o texto possui-em-si-mesmo”, numa espécie de *Auslegung*, como se fosse possível reproduzir sentidos; ao contrário, para Gadamer, fundado na hermenêutica filosófica, o intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*). Mais ainda, essa impossibilidade da cisão – que não passa de um dualismo metafísico – afasta qualquer possibilidade de fazer “ponderações em etapas”, circunstância, aliás, que coloca a(s) teoria(s) argumentativa(s) como refém(ns) do paradigma do qual tanto tentam fugir: a filosofia da consciência. O acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes (*Horizontenverschmelzung*), porque compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmos.

Fundamentalmente, a hermenêutica filosófica vem para romper com a relação sujeito-objeto, representando, assim, uma verdadeira revolução copernicana. Em outras palavras, coloca em xeque os modos procedimentais de acesso ao conhecimento. E isso tem conseqüências. Sérias. E não pode ser ignorado pelos juristas preocupados com a democracia.

Com efeito, em um universo que calca o conhecimento em um fundamento último e no qual a “epistemologia” é confundida com o próprio conhecimento (problemática presente nas diversas teorias do discurso e nas perspectivas analíticas em geral), não é difícil constatar que a hermenêutica jurídica dominante no imaginário dos operadores do direito no Brasil (perceptível a partir do ensino jurídico, da doutrina e das práticas dos tribunais) continua sendo entendida como um (mero) saber “operacional”. Domina, no âmbito do campo jurídico, o modelo assentado na idéia de que “o processo/procedimento interpretativo” possibilita que o sujeito (a partir da certeza-de-si-do-pensamento-pensante, enfim, da subjetividade instauradora do mundo) alcance o sentido que mais lhe convém, o “o real sentido da regra jurídica”, etc.

É possível perceber uma certa imbricação – consciente ou inconsciente – dos paradigmas metafísicos clássico e moderno no interior da doutrina brasileira (e estrangeira). Trata-se, pois, de um problema paradigmático. Alguns autores colocam na consciência do sujeito-juiz o *locus* da atribuição de sentido (solipsista). Nesse contexto, “filosofia da consciência” e “discricionariedade judicial” são faces da mesma moeda. Há ainda juristas filiados às antigas teses formalistas, propalando que a interpretação deve buscar a vontade da lei, desconsiderando de quem a fez – sic – e que a lei “terminada” independe de seu passado, importando apenas o que está contido em seus preceitos (o texto teria um sentido “em si”). De todo modo, mesmo hoje, em plena era da tão festejada invasão da filosofia pela linguagem, de um modo ou de outro, continua-se a reproduzir o velho debate “formalismo-realismo”. Mais ainda, e na medida em que o direito trata de relações de poder, tem-se, na verdade, em muitos casos, uma mixagem entre posturas “formalistas” e “realistas”, isto é, por vezes, a “vontade da lei” e a “essência da lei” devem ser buscadas com todo vigor; em outras, há uma ferrenha procura pela solipsista “vontade do legislador”; finalmente, quando nenhuma das duas orientações é “suficiente”, põe-se no topo a “vontade do intérprete”, colocando-se em segundo plano os limites semânticos do texto, fazendo soçobrar até mesmo a Constituição. O resultado disso é que aquilo que começa com (um)a subjetividade “criadora” de sentidos (afinal, quem pode controlar a “vontade do intérprete”?, perguntariam os juristas), acaba em decisionismos e arbitrariedades interpretativas, isto é, em um “mundo jurídico” em que cada um interpreta como (melhor) lhe convém...! Enfim, o triunfo do sujeito solipsista, o *Selbstsüchtiger*.

Mas há que se ficar atento: no plano do sentido comum teórico, existe um “algo mais” do que a filosofia da consciência, que é o paradigma metafísico aristotélico-tomista, de cunho dedutivista, ambos consubstanciando as práticas argumentativas dos operadores jurídicos. Assim, na medida em que o processo de formação dos juristas tem permanecido associado a tais práticas, tem-se um retorno (ou permanência) ao objetivismo jurídico. Veja-se, para tanto, as Súmulas Vinculantes, que são textos com pretensões de abarcar todas as hipóteses de aplicação...! Isso também pode ser verificado no instituto da Repercussão Geral e no crescente uso de ementas “jurisprudenciais”.

Daí a minha insistência: trata-se de um problema paradigmático. Os juristas não conseguem alcançar o patamar da viragem lingüístico/hermenêutica, no interior da qual a linguagem, de terceira coisa, de mero instrumento e veículo de conceitos, passa a ser condição de possibilidade. Permanecem, desse modo, prisioneiros da relação sujeito-objeto (problema transcendental), refratária à relação sujeito-sujeito (problema hermenêutico). Sua preocupação é de ordem metodológica e não ontológica (no sentido heideggeriano-gadameriano). A revolução copernicana provocada pela viragem lingüístico/hermenêutica tem o principal mérito de deslocar o locus da problemática relacionada à “fundamentação” do processo compreensivo-interpretativo do “procedimento” para o “modo de ser”.

2. (A NOVA) HERMENÊUTICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UM NOVO PARADIGMA FUNDADO NA AUTONOMIA DO DIREITO E DE COMO A MORTE DO SUJEITO DO ESQUEMA SUJEITO-OBJETO NÃO SIGNIFICOU A MORTE DO SUJEITO DA RELAÇÃO DE OBJETO

O direito que exsurge do paradigma do Estado Democrático de Direito (Estado Constitucional forjado a partir do segundo pós-guerra) deve ser compreendido no contexto de uma crescente autonomização do direito, alcançada diante dos fracassos da falta de controle da e sobre a política. A Constituição, nos moldes construídos no interior daquilo que denominamos de neoconstitucionalismo (se assim se quiser, é claro) é, assim, a manifestação desse grau de autonomia do direito, isto é, deve ser entendido como a sua dimensão autônoma face às outras dimensões com ele intercambiáveis, como, por exemplo, a política, a economia e a moral. Essa autonomização dá-se no contexto histórico do século XX, tendo atingido o seu auge com a elaboração das Constituições sociais, compromissórias e dirigentes do segundo pós-guerra.

Trata-se de uma autonomia entendida como ordem de validade, representada pela força normativa de um direito produzido democraticamente e que institucionaliza (ess)as outras dimensões com ele intercambiáveis. Em outras palavras, sustentado no paradigma do Estado Democrático Constitucional (compromissório e dirigente), o direito, para não ser solapado pela economia, pela política e pela moral (para ficar nessas três dimensões), adquire uma autonomia que, antes de tudo, funciona como uma blindagem contra as próprias dimensões que o engendra(ra)m. Ou seja, a sua autonomia passa a ser a sua própria condição de possibilidade.

Se foi diminuída a liberdade de conformação do legislador, através de textos constitucionais cada vez mais analíticos e com ampla previsão de acesso à jurisdição constitucional, portanto, de amplo controle de constitucionalidade, o que não pode ocorrer é que essa diminuição do “poder” da legislação venha a representar um apequenamento da democracia, questão central do próprio Estado Democrático de Direito.

Dito de outro modo, se houve a diminuição do espaço de poder da vontade geral e se aumenta o espaço da jurisdição (contramajoritarismo), parece evidente que, para a preservação dessa autonomização do direito, torna-se necessário implementar mecanismos de controle daquilo que é o repositório do deslocamento do pólo de tensão da legislação para a jurisdição: as decisões judiciais. E isso implica discutir o cerne da teoria do direito, isto é, o problema da discricionariedade na interpretação, é dizer, das decisões dos juízes e tribunais. É o que o presente texto procurou trabalhar até aqui: autonomia do direito não pode implicar indeterminabilidade desse mesmo direito construído democraticamente. Se assim se pensar, a autonomia será substituída – e esse perigo ronda a democracia a todo tempo – exatamente por aquilo que a gerou: o pragmatismo político nos seus mais diversos aspectos, que vem colocando historicamente o direito em permanente “estado de exceção”, o que, ao fim e ao cabo, representa o próprio declínio do “império do direito” (alguém tem dúvida de que essa questão é retroalimentada permanentemente, mormente nos países de modernidade tardia como o Brasil?).

Paradoxalmente, depois dessa revolução copernicana representada pelo acentuado grau de autonomia do direito conquistado no Estado Democrático de Direito, está-se diante de uma crescente perda da sua autonomia, que pode ser interpretada simbolicamente, nestes tempos duros de pós-positivismo, a partir das diversas teses que apostam na análise econômica do direito, no interior das quais as regras e os princípios jurídico-constitucionais só têm sentido funcionalmente (essa questão vem conquistando terreno no direito tributário, por exemplo). Ou seja, dentro de uma dimensão absolutamente pragmática, o direito não tem DNA. Para as diversas posturas pragmático-axiologistas, também não faz sentido ligar o direito à tradição. Por isso, não se fala em perspectiva interna. Compreendido exogenamente, o direito deve apenas servir para “satisfazer”, de forma utilitária, às necessidades “sociais”. É por isso que o direito é visto essencialmente indeterminado, no que – e essa questão assume relevância no contexto da inefetividade da Constituição brasileira – tais posturas se aproximam, perigosamente, dos diversos matizes positivistas, que continuam a apostar em elevados graus de discricionariedade na interpretação do direito. O que os liga é uma espécie de grau zero de sentido. Trata-se de lidar com a maximização do poder: o princípio que gere as relações institucionais entre a política e o direito é o poder de o dizer em última *ratio*. Em síntese, a velha “vontade do poder” (*Wille zur Macht*) de Nietzsche.

Veja-se, nesse contexto, o modo como ocorre um certo retorno ao paradigma representacional. Sob pretexto da morte do sujeito, assujeitam-se os sentidos a partir das relações de poder, que não podem ser controladas pelo direito. Por isso, a aposta no declínio do direito em face da política, da economia e da moral (pensemos, neste último caso, nas teorias argumentativas, que apostam em discursos adjudicadores, que buscam “corrigir” as insuficiências do direito legislado). A luta das diversas posturas que apostam no pragmatismo, nos subjetivismos e na discricionariedade redundam inexoravelmente no contraponto do Estado Democrático de Direito: a autonomia do direito. Por isso, a evidente incompatibilidade entre os diversos positivismos e o constitucionalismo.

Dito de outro modo, o direito do Estado Democrático de Direito está sob constante ameaça. Isso porque, de um lado, corre o risco de perder a autonomia (duramente conquistada) em virtude dos ataques dos predadores externos (da política, do discurso corretivo advindo da moral e da análise econômica do direito) e, de outro, torna-se cada vez mais frágil em suas bases internas, em face da discricionariedade/arbitrariedade das decisões judiciais e do conseqüente decisionismo que disso exsurge inexoravelmente.

É nesse sentido que proponho a resistência através da hermenêutica, apostando na Constituição (direito produzido democraticamente) como instância da autonomia do direito para limitar a transformação das relações jurídico-institucionais em um constante estado de exceção. Disso tudo é possível dizer que, tanto o velho discricionarismo positivista, quanto o pragmatismo fundado no declínio do direito, têm algo em comum: o déficit democrático. Isto porque, se a grande conquista do século XX foi o alcance de um direito transformador das relações sociais, será (é?) um retrocesso reforçar/acentrar formas de exercício de poder fundados na possibilidade de atribuição de sentidos de forma discricionária, que leva, inexoravelmente, a arbitrariedades, soçobrando, com isso, a própria Constituição. Ou seja, se a autonomia do direito aposta na determinabilidade dos sentidos como uma das condições para a garantia da própria democracia e de seu futuro, as posturas axiologistas e pragmatistas – assim como os diversos positivismos *stricto sensu* – apostam na indeterminabilidade. E por tais caminhos e condicionantes que passa a tese da resposta correta em direito.

Numa palavra, a superação do positivismo implica a incompatibilidade da hermenêutica com a tese das múltiplas ou variadas respostas. Afinal, a possibilidade da existência de mais de uma resposta coloca essa “escolha” no âmbito da discricionariedade judicial, o que é antitético ao Estado Democrático de Direito. Ou seja, a partir da hermenêutica filosófica e de uma crítica hermenêutica do direito, é perfeitamente possível alcançar uma resposta hermeneuticamente adequada à Constituição ou, se se quiser, uma resposta constitucionalmente adequada – *espécie de resposta hermeneuticamente correta* – a partir do exame de cada caso.

Com efeito, entendo ser possível encontrar uma resposta constitucionalmente adequada para cada problema jurídico (como explicito em meu *Verdade e Consenso* desde a primeira edição). Hermenêutica é aplicação. Não há respostas, a priori, que exsurjam de procedimentos (métodos ou fórmulas de resolução de conflitos). Em outras palavras, definitivamente, não percebemos primeiro o texto para depois acoplar-lhe o sentido (a norma). Ou seja, na medida em que o ato de interpretar – que é sempre compreensivo – é unitário, o texto não está – e não nos aparece – desnudo, à nossa disposição. A *applicatio* evita a arbitrariedade na atribuição de sentido, porque é decorrente da antecipação (de sentido) que é própria da hermenêutica de cariz filosófico.

No confronto entre a hermenêutica (filosófica) e as diversas teorias da argumentação, fica patente a não preocupação destas com o problema do relativismo. Conseqüentemente, quem se preocupa com a possibilidade de respostas corretas é a hermenêutica, exatamente pelo seu caráter anti-relativista (veja-se, neste ponto, que Dworkin, embora não advogue claramente uma postura que o possa identificar com a hermenêutica filosófica, assume um viés não-relativista a partir de outros caminhos).

Assim, *negar* a possibilidade de que possa existir uma resposta correta pode vir a se constituir – sob o ponto de vista da hermenêutica filosófica – em uma profissão de fé no positivismo e, portanto, na discricionariedade judicial, uma vez que o caráter marcadamente não-relativista da hermenêutica é incompatível com a existência de múltiplas respostas. Corre-se o risco de conceder ao juiz uma excessiva discricionariedade (excesso de liberdade na atribuição dos sentidos), acreditando, ademais, que o direito é (apenas) um conjunto de normas (regras). *Isto significa transformar a interpretação jurídica em filologia*, forma refinada de negação da diferença ontológica. Não esqueçamos que texto e norma, fato e direito, não estão separados e, tampouco, um “carrega” o outro; texto e norma, fato e direito, são (apenas e fundamentalmente) diferentes. Por isto, o texto não existe sem a norma; o texto não existe em sua “textitude”; a norma não pode ser vista; ela apenas é (existe) no (sentido do) texto.

Numa palavra, a resposta constitucionalmente adequada é o ponto de estofo em que exsurge o sentido do caso concreto (da coisa mesma). Na coisa mesma (*Sache selbst*), nessa síntese hermenêutica, está o que se pode denominar de a resposta hermeneuticamente (mais) adequada, que é dada sempre e somente na situação concreta. Este é o salto que a hermenêutica dá em relação às teorias da argumentação, que são procedimentais. A tese da resposta hermeneuticamente

adequada é, assim, corolária da superação do positivismo – que é discricionário, abrindo espaço para várias respostas e a conseqüente livre escolha do juiz – pelo (neo)constitucionalismo, sustentado em discursos de aplicação, intersubjetivos, em que os princípios têm o condão de recuperar a realidade que sempre sobra no positivismo.

Nesse sentido, e uma vez mais visando a evitar mal-entendidos, é preciso compreender que – do mesmo modo que Gadamer, em seu *Wahrheit und Methode* – Dworkin não defende qualquer forma de solipsismo (a resposta correta que defende não é produto de uma atitude de um *Selbstsüchtiger*): Dworkin superou – e de forma decisiva – a filosofia da consciência. Melhor dizendo, o juiz “Hércules” é apenas uma metáfora para demonstrar que a superação do paradigma representacional (morte do sujeito solipsista da modernidade) não significou a morte do sujeito que sempre está presente em qualquer relação de objeto.

Uma leitura apressada de Dworkin (e isso também ocorre com quem lê Gadamer como um filólogo, fato que ocorre não raras vezes no direito) dá a falsa impressão de que Hércules representa o portador de uma “subjetividade assujeitadora”. Ora, como já referido, enquanto as múltiplas teorias que pretendem justificar o conhecimento buscam “superar” o sujeito do esquema sujeito-objeto, eliminando-o ou substituindo-o por estruturas comunicacionais, redes ou sistemas e, algumas de forma mais radical, até mesmo por um pragmatismo fundado na *Wille zur Macht* (por todas, vale referir as teorias desconstrutivistas e o realismo dos *Critical Legal Studies*), Dworkin e Gadamer, cada um ao seu modo, procuram controlar esse subjetivismo e essa subjetividade solipsista a partir da tradição, do não-relativismo, do círculo hermenêutico, da diferença ontológica, do respeito à integridade e da coerência do direito, de maneira que, fundamentalmente, ambas as teorias são antimetafísicas, porque rejeitam, peremptoriamente, os diversos dualismos que a tradição (metafísica) nos legou desde Platão (a principal delas é a incindibilidade entre interpretação e aplicação, pregadas tanto por Dworkin como por Gadamer).

Por tudo isso, é preciso ter claro que o estabelecimento das bases para a construção de discursos críticos é uma tarefa extremamente complexa e que não se faz sem ranhuras. Afinal, mais do que um imaginário a sustentar o modo-positivista-de-fazer/interpretar-direito, há, no Brasil, uma verdadeira “indústria cultural” assentada em uma produção jurídica que tem nos manuais (a maioria de baixa densidade científico-reflexiva) a sua principal fonte de sustentação, retroalimentada pelas escolas de direito, cursos de preparação para concursos e exame de ordem, além da própria operacionalidade do direito, que continua – em pleno século XXI – a *ter no dedutivismo a sua forma de aplicar o direito*. Por isto, não é temerário (re)afirmar que o positivismo jurídico – entendido a partir da dogmática jurídica que o instrumentaliza – é uma trincheira que resiste (teimosa-mente) a essa viragem hermenêutico-ontológica.

Para uma melhor compreensão dessa fenomenologia, basta que examinemos alguns sintomas dessa não-recepção do paradigma da intersubjetividade no e pelo direito. Com efeito, quando já de há muito está anunciada a morte do sujeito (da subjetividade assujeitadora – filosofia da consciência), parece que, no âmbito do direito, tal notícia não surtiu qualquer efeito. Continuamos a apostar nesse sujeito do esquema metafísico “sujeito-objeto”. Veja-se: o Código de Processo Penal sustenta-se no modelo inquisitivo, pelo qual o juiz toma decisões de ofício – prisões, diligências, busca de provas, etc. (há até mesmo recursos de ofício), sendo que o anteprojeto que tramita no Congresso Nacional continua apostando no “livre convencimento” e no modelo presidencialista de processo, tal qual o de 1943.

Todavia, o que melhor simboliza a aposta no sujeito-juiz-protagonista é o projeto que pretende introduzir um novo Código de Processo Civil em *terrae brasilis*. Ideologicamente sustentado na escola instrumentalista, entre outras coisas, reconhece em favor do juiz o poder de adequar o mecanismo às especificidades da situação, além de reforçar a transferência das decisões colegiadas para o monocratismo. Há, entretanto, questões mais graves ainda. Com efeito, no art. 108 do anteprojeto, exsurge uma intrigante questão que aponta para um sintoma gravíssimo de não superação dos

paradigmas novecentistas de interpretação do direito. Embora a exposição de motivos do projeto do novo CPC faça ode à Constituição de 1988 e descreva, constantemente, a necessidade de se adaptar o processo aos problemas tipicamente contemporâneos, vemos o dispositivo em epígrafe sustentar que o juiz não pode deixar de decidir alegando lacuna (sic) ou obscuridade (sic) da Lei. Por mais incrível que possa parecer, está-se diante do vetusto imperativo do *non liquet*, que aparece também no art. 4º da LICC. Além de repriminar, desse modo, discussões acerca daquilo que podemos chamar de “senso semântico” (*semantic sense*) nas discussões sobre a interpretação do direito – desconsiderando assim as conquistas da hermenêutica filosófica e da própria teoria integrativa dworkiniana –, o projeto do CPC ainda faz menção à necessidade de “utilizar”, na solução da demanda, os princípios constitucionais e princípios gerais do direito (para ficar apenas nesse ponto). É espantoso vermos colocados lado a lado os princípios constitucionais e os velhos princípios gerais do direito. É como se não tivéssemos aprendido nada nesses duzentos anos de teoria do direito. Ora, há um sério equívoco neste tipo de incorporação legislativa, visto que, como demonstrei em meu *Verdade e Consenso* – não há como afirmar, simultaneamente, a existência de princípios constitucionais (cujo conteúdo deontico é fortíssimo) com os princípios gerais do direito, que nada mais são do que instrumentos matematizantes de composição das falhas do sistema. Vale dizer, os princípios gerais do direito não possuem força deontica, mas são acionados apenas em casos de “lacunas” ou de obscuridade da previsão legislativa (esses dois fatores – lacuna e obscuridade – decorrem muito mais da situação hermenêutica do intérprete do que exatamente da legislação propriamente dita). São axiomas criados para resolver os problemas decorrentes das insuficiências ônticas dos textos jurídicos. Os autores do projeto, dessa forma, não compreenderam que os princípios constitucionais – na senda da revolução copernicana do direito público efetuada pelo constitucionalismo do segundo pós-guerra – representam uma ruptura com relação aos velhos princípios gerais do direito. Essa ruptura implica superar a velha metodologia privativista e introduzir um novo modelo de pensamento da idéia de princípios. Mas o espanto não termina nisso, eis que o mesmo art. 108 opõe, ainda, “princípios constitucionais” e “normas legais”. Cabe perguntar: o que são normas? E o que são normas legais? Elas se confundem com as leis ou com o texto das leis? Pergunto: os princípios constitucionais não possuem caráter normativo? Não fosse isso suficiente, tem-se o art. 472, que, indo na linha daquilo que estabelece a instrumentalidade do processo e do candente reforço do protagonismo judicial que se propõe, dispõe que o juiz, na fundamentação da sentença, deverá proceder à ponderação dos princípios colidentes à luz do caso concreto, numa alusão quase explícita à teoria da argumentação jurídica proposta por Robert Alexy. Ou seja, uma ponderação sem teoria da argumentação! Ademais, também no art. 472, é possível perceber como a processualística brasileira ainda não conseguiu ir além dos problemas metodológicos que foram instituídos no final do século XIX e no início do século XX, mesmo em tempos de (*neo*)*constitucionalismo* e todas as conseqüências paradigmáticas que daí se seguem. Consciente ou inconscientemente, neguem ou não os autores do projeto, o novo CPC propõe um retorno (se quisermos, um retrocesso) ao positivismo semântico-normativo de cariz kelseniano. Deixar tudo para os juízes? Ora, isso Kelsen já havia deixado como herança maldita para os juristas. E as conseqüências disso todos conhecemos. Depois nos queixamos das súmulas vinculantes....! Primeiro, incentivamos atitudes ativistas-protagonistas; depois, quando tudo parece incontrolável, apelamos aos enunciados metafísico-sumulares...! A pergunta que fica é: quando é que os juristas se darão conta disso tudo?

Os problemas não se esgotam por aí, uma vez que, no direito civil, parcela considerável dos juristas aposta nas cláusulas gerais, que, em face de sua abertura, darão maior possibilidade para o juiz “buscar o justo concreto”, o que nada mais é do que reforçar a velha discricionariedade positivista; no direito penal, basta uma leitura do artigo 59, para compreendermos a dimensão da cognição (metafísica) a ser feita pelo aplicador, sem considerar a ontologia clássica por trás da(s) teoria(s) do delito; no direito tributário, o sujeito liberal-individualista continua a ser – mesmo nesta quadra da história – o protagonista de uma contraposição Estado-Sociedade (como se ainda vivéssemos no século XIX), cuja leitura/interpretação é feita, não raras vezes, a partir de “regras que superam princípios constitucionais”; na teoria do direito, em nome da ponderação – e esse o problema fulcral, v.g., da teoria da argumentação jurídica –, abre-se um perigoso campo para o exercício de discricionariedades e decisionismos, sob os auspícios dos diversos graus de “proporcionalidades”,

além de se (continuar a) pensar na distinção lógico-estrutural entre casos simples (que seriam solucionados por dedução ou subsunção (sic) e casos complexos (para os quais são chamados à colação os princípios). Isso para dizer o mínimo.

À GUIA DE CONCLUSÃO UTILIZANDO A MATRIZ HERMENÊUTICA: O EXEMPLO PRIVILEGIADO DO ART. 212 DO CPP, QUE DESNUDA OS SINTOMAS DENUNCIADOS – AFINAL, QUEM CUMPRE A “LETRA DA LEI” É POSITIVISTA? E QUEM “PASSA POR CIMA DA LEI” É PÓS-POSITIVISTA?

É preciso estar alerta em terrae brasilis. Em tempos de (alegada) indeterminação do direito e de proliferação de teses que se advogam pós-positivistas, corremos o risco de fragilizar a autonomia do direito (ou seu acentuado grau de autonomia conquistado nesta quadra da história). É preciso estar atento porque, no mais das vezes, o discurso que se afigura com a aparência do novo, carrega consigo o código genético do velho, reafirmando, no fundo, aquilo que alhures nomeei de “vitória de Pirro” do positivismo jurídico.

Por certo, a principal preocupação da teoria do direito deve ser o controle da interpretação, problemática agravada pelo crescimento da jurisdição em relação à legislação. Nesse sentido, não se pode olvidar que o novo texto constitucional estabeleceu um novo paradigma. Vejamos como fica essa questão a partir de um exemplo.

Com efeito, parece não haver dúvida de que um Juiz imparcial e um Promotor de Justiça independente são os requisitos indispensáveis à implantação de um sistema processual-penal democrático. O corolário disto deveria ser a plena aplicação do princípio acusatório, sepultando-se, de uma vez por todas, o sistema inquisitorial que caracteriza(va) o Código de Processo Penal, de 1941, ainda assentado no mito da verdade real (que, na verdade, sempre mascara a busca pela condenação do réu). Frise-se, de todo modo, que tanto o “sistema” inquisitorial como o “sistema” instrumentalista (do campo processual civil) têm, no protagonismo judicial e na discricionariedade, o seu “elo”, isto é, o seu DNA. Com isso, a discussão relacionada ao art. 212 do CPP possui um elevado grau de transcendência.

Para ficar dentro do exemplo, é preciso compreender que o sistema acusatório constitui uma conquista do Estado Democrático de Direito. Tal sistema – fundado, na verdade, em um princípio (acusatório) – revoga (ou deveria revogar!) o serôdio sistema inquisitorial, de triste memória histórica. Ora, ao juiz cabe julgar; ao promotor cabe deduzir a pretensão acusatória, investigar e produzir provas, detendo, para tanto, parcela da soberania estatal (nesse sentido, diferencia-se do advogado, porque não está vinculado à pretensão acusatória); ao advogado, cabe efetuar a defesa e garantir os direitos do réu; ao legislador, cabe produzir legislação adequada ao sistema jurídico.

Pois bem. em face do novo art. 212 do CPP, pergunta-se: de que adianta avançar no texto legal, se as práticas judiciais continuam sendo as mesmas de antes da alteração? Explicando: a Lei n. 11.690/2008 introduziu no art. 212 do CPP importante inovação que pode(ria) colocar o Processo Penal brasileiro nos trilhos de um sistema acusatório – o que, alías, é um princípio (no sentido hermenêutico da palavra) que (re)compõe nossa história institucional desde 1988, com a promulgação da Constituição. Todavia, a velha tradição inautêntica do senso comum teórico dos juristas – que impera no Brasil a partir daquilo que, alhures, chamei de “baixa constitucionalidade” – insiste em permanecer refratária a essa medida, insistindo no modelo presidencial-inquisitorial de

condução do interrogatório do acusado. Neste caso, a questão toma ares de dramaticidade uma vez que, dessa vez, a alteração não se deu pela via do Direito Constitucional, mas, sim, incluída pelo legislador ordinário. Dito de outro modo, doutrina e jurisprudência estão operando no sentido contrário do apontado pela própria legislação.

Veja-se, nesse sentido, o julgamento proferido pela sexta turma do STJ no HC 121215/DF DJ 22/02/2010, que referendou, por maioria de votos, as posições exaradas por Guilherme Nucci, in verbis:

Tal inovação [do art. 212 do CPP], entretanto, não altera o sistema inicial de inquirição, vale dizer, quem começa a ouvir a testemunha é o juiz, como de praxe e agindo como presidente dos trabalhos e da colheita da prova. Nada se alterou nesse sentido. (...) Nota-se, pois, que absolutamente nenhuma modificação foi introduzida no tradicional método de inquirição sempre iniciado pelo magistrado.

No mesmo acórdão e no mesmo sentido, é citada doutrina de Luís Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, que “alertam” para o fato de que

A leitura apressada deste dispositivo legal pode passar a impressão de que as partes devem, inicialmente, formular as perguntas para que, somente a partir daí, possa intervir o juiz, a fim de complementar a inquirição. Não parece se exatamente assim. (...) Melhor que fiquemos com a fórmula tradicional, arraigada na “*praxis*” forense, pela qual o juiz dá início às suas indagações para, depois, facultar às partes a possibilidade de, também, inquirirem a testemunha, desta feita diretamente, sem a necessidade de passar, antes pelo filtro judicial.

Onde reside a perplexidade? Vejamos: o art. 212, alterado em 2008, passou a conter a determinação de que “as perguntas serão formuladas pelas partes, diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.” No parágrafo único fica claro que “sobre pontos não esclarecidos, é lícito ao magistrado complementar a inquirição”. Conseqüentemente, parece evidente que, respeitados os limites semânticos do que quer dizer cada expressão jurídica posta pelo legislador, houve uma alteração substancial no modo de produção da prova testemunhal. Repito: isso até nem decorre somente do “texto em si”, mas de toda a história institucional que o envolve, marcada pela opção do constituinte pelo modelo acusatório. Por isso, é extremamente preocupante que setores da comunidade jurídica de *terrae brasiliis*, por vezes tão arraigados aos textos legais, neste caso específico ignorem até mesmo a semanticidade mínima que sustenta a alteração. Daí a minha indagação: em nome de que e com base em que é possível ignorar ou “passar por cima” de uma inovação legislativa aprovada democraticamente? É possível fazer isso sem lançar mão da jurisdição constitucional?

Parece que, no Brasil, compreendemos de forma inadequada o sentido da produção democrática do direito e o papel da jurisdição constitucional. Tenho ouvido em palestras e seminários que “hoje possuímos dois tipos de juizes”: aquele que se “apega” à letra fria (sic) da lei (e esse deve “desaparecer”, segundo alguns juristas) e aquele que julga conforme os “princípios” (esse é o juiz que traduziria os “valores” – sic – da sociedade, que estariam “por baixo” da “letra fria da lei”). Pergunto: cumprir princípios significa descumprir a lei? Cumprir a lei significa descumprir princípios? Existem regras (leis ou dispositivos legais) desindexados de princípios? Cumprir a “letra da lei” é dar mostras de positivismo? Mas, o que é ser um positivista?

Examinando o (novo) artigo 212 do CPP, chega-se a conclusão de que se está diante simplesmente do dever – inerente ao Estado Democrático de Direito – de cumprir a lei (constitucional), pois este, como se sabe, é um dos preços impostos pelo direito e, sobretudo, pela democracia! E, permito-me insistir: por vezes, cumprir a “letra da lei” é um avanço considerável. Lutamos tanto pela democracia e por leis mais democráticas...! Quando elas são aprovadas, segui-las à risca é nosso dever. Levemos o texto jurídico a sério, pois! Por isso, não é possível concordar com as considerações de Nucci e Gomes sobre a “desconsideração” da alteração introduzida pelo legislador democrático no art. 212 do CPP. Causa espanto que Gomes faça uma ode à tradição (ultrapassada) que coloca a produção da prova à cargo do presidencialismo judicial.

E, por favor, que não se venha com a velha história de que “cumprir a letra ‘fria’ (sic) da lei” é assumir uma postura positivista...! Aliás, o que seria essa “letra fria da lei”? Haveria um sentido em-si-mesmo da lei? Na verdade, confundem-se conceitos. As diversas formas de positivismo não podem ser colocadas no mesmo patamar e tampouco podemos confundir uma delas (ou as duas mais conhecidas) com a sua superação pelo e no interior do paradigma da linguagem. Tentarei explicar isso melhor: positivismo exegético (que era a forma do positivismo primitivo) separava direito e moral, além de confundir texto e norma, lei e direito, ou seja, tratava-se da velha crença – ainda muito presente no imaginário dos juristas – em torno da proibição de interpretar, corolário da vetusta separação entre fato e direito, algo que nos remete ao período pós-revolução francesa e todas as conseqüências políticas que dali se seguiram. Depois veio o positivismo normativista, seguido das mais variadas formas e fórmulas que – identificando (arbitrariamente) a impossibilidade de um “fechamento semântico” do direito – relegou o problema da interpretação jurídica a uma “questão menor” (lembramos, aqui, de Kelsen). Atente-se: nessa nova formulação do positivismo, o problema do direito não está(va) no modo como os juízes decidem, mas, simplesmente, nas condições lógico-deônticas de validade das “normas jurídicas”.

Entretanto, uma coisa todos esses positivismos têm até hoje em comum: a discricionariedade (que acaba não se fixando sequer nos limites da “moldura” semântica). E tenho a convicção de que isso se deve a um motivo muito simples: a tradição continental, pelo menos até o segundo pós-guerra, não havia conhecido uma Constituição normativa, invasora da legalidade e fundadora do espaço público democrático. Isso tem conseqüências drásticas para a concepção do direito como um todo! Quero dizer: saltamos de um legalismo rasteiro, que reduzia o elemento central do direito ora a um conceito estrito de lei (como no caso dos códigos oitocentistas, base para o positivismo primitivo), ora a um conceito abstrato-universalizante de norma (que se encontra plasmado na idéia de direito presente no positivismo normativista), para uma concepção da legalidade que só se constitui sob o manto da constitucionalidade. Afinal – e me recordo aqui de Elias Dias –, não seríamos capazes, nesta quadra da história, de admitir uma legalidade inconstitucional. Isso deveria ser evidente.

Portanto, não devemos confundir “alhos” com “bugalhos”. Obedecer “à risca o texto da lei” democraticamente construído (já superada a questão da distinção entre direito e moral) não tem nada a ver com a “exegese” à moda antiga (positivismo primitivo). No primeiro caso, a moral ficava de fora; agora, no Estado Democrático de Direito, ela é co-originária. Portanto – e aqui me permito invocar a “literalidade” do art. 212 do CPP –, estamos falando, hoje, de uma outra legalidade, uma legalidade constituída a partir dos princípios que são o marco da história institucional do direito; uma legalidade, enfim, que se forma no horizonte daquilo que foi, prospectivamente, estabelecido pelo texto constitucional (não esqueçamos que o direito deve ser visto a partir da revolução copernicana que o atravessou depois do segundo pós-guerra).

Repito: “cumprir a letra [sic] da lei” significa sim, nos marcos de um regime democrático como o nosso, um avanço considerável. A isso, deve-se agregar a seguinte conseqüência: é positivista tanto aquele que diz que texto e norma (ou vigência e validade) são a mesma coisa, como aquele que diz que “texto e norma estão descolados” (no caso, as posturas axiologistas, realistas, pragmaticistas, etc.). Para ser mais simples: Kelsen, Hart e Ross foram todos positivistas. E disso todos sabemos as conseqüências. Ou seja: apegar-se à letra da lei pode ser uma atitude positivista ou pode não ser.

Do mesmo modo, não apegar-se à letra da lei pode caracterizar uma atitude positivista ou antipositivista. Por vezes, “trabalhar” com princípios (e aqui vai a denúncia do panprincipiologismo que tomou conta do “campo” jurídico de *terrae brasiliis*) pode representar uma atitude (deveras) positivista. Utilizar os princípios para contornar a Constituição ou ignorar dispositivos legais – sem lançar mão da jurisdição constitucional (difusa ou concentrada) – é uma forma de prestigiar tanto a irracionalidade constante no oitavo capítulo da TPD de Kelsen, quanto homenagear, tardiamente, o positivismo discricionarista de Herbert Hart. Não é desse modo, pois, que escapamos do positivismo.

Dito de outro modo, o que sempre caracterizou o positivismo é o fato de que a postura metodológica por intermédio da qual se analisa o fenômeno jurídico é marcada pela restrição à análise das fontes sociais, a cisão/separação – epistemológica – entre direito e moral (o que faz com que alguns autores – p.ex., Robert Alexy – lancem mão da razão prática, evadida de solipsismo, para “corrigir” o direito) e a ausência de uma teoria da interpretação, que acarreta uma aposta na discricionariedade (ou seja, não se conseguiu superar a herança – ou maldição – kelseniana da cisão entre ciência do direito e direito ou entre observador e participante, no caso hartiano).

Em linha diversa, é preciso dizer que, para a hermenêutica, isso não é bem assim. O elemento interpretativo que caracteriza mais propriamente a experiência jurídica pode, e deve, ser explorado fenomenologicamente. É possível oferecer limites ou anteparos à atividade interpretativa, na medida em que o direito não é concebido a partir de um reducionismo fático. Isso é uma questão de controle democrático das decisões.

Assim, qualquer questão jurídica estará em constante diálogo com a relevante circunstância de que a nova redação do art 212 do CPP – aqui utilizado como exemplo privilegiado – é/será o elemento mínimo para ingressar no caminho da história institucional dos institutos relacionados à produção da prova e ao modelo de como obtê-la (note-se: se a tradição do direito brasileiro se encaminha para o lado contrário, como quer, por exemplo, Luís Flávio Gomes, então ela deve ser alterada sob pena de sacrificarmos a conquista histórica de uma garantia que, transcende, inclusive, os limites do pensamento jurídico brasileiro). Refira-se, *ad agumentandum tantum*, que, se o texto do artigo 212, com sua nova redação, viesse para reforçar o sistema inquisitivo, com certeza uma adequada jurisdição constitucional o afastaria por inconstitucionalidade.

Em suma: o que não podemos fazer é cumprir a lei só quando nos interessa. Explicitando isso de outra maneira, quero dizer que o acentuado grau de autonomia alcançado pelo direito e o respeito à produção democrática das normas faz com que se possa afirmar que o Poder Judiciário somente pode deixar de aplicar uma lei ou dispositivo de lei nas seguintes hipóteses:

a) quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade *stricto sensu*) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado;

b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias. Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, pois, v.g., a *lex posterioris*, que derroga a *lex anterioris*, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes;

c) quando aplicar a interpretação conforme à Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Neste caso, o texto de lei (entendido na sua “literalidade”) permanecerá intacto; o que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado a Constituição;

d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*), pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, enquanto na interpretação conforme há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto, ocorre uma abdução de sentido;

e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo.

f) quando – e isso é absolutamente corriqueiro e comum – for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes não como standards retóricos ou enunciados performativos. Conforme deixo claro em Verdade e Consenso (posfácio da terceira edição), é através da aplicação principiológica que será possível a não aplicação da regra a determinado caso (a aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra). Tal circunstância, por óbvio, acarretará um compromisso da comunidade jurídica, na medida em que, a partir de uma exceção, casos similares exigirão, graças à integridade e a coerência, aplicação similar. Um exemplo basilar que ajuda a explicar essa problemática “regra-princípio” é o da aplicação da insignificância. Em que circunstância um furto não deverá ser punido? A resposta parece ser simples: quando, mesmo estando provada a ocorrência da conduta, a regra deve ceder em face da aplicação do princípio da insignificância. Entretanto, isso implicará a superação do seguinte desafio hermenêutico: construir um sentido para esse princípio, para que este não se transforme em “álibi para aplicação *ad hoc*”. Lamentavelmente, a dogmática jurídica fragmentou ao infinito as hipóteses, não havendo a preocupação com a formatação de um mínimo grau de generalização. No mais das vezes, uma ação penal que envolve esse tipo de matéria é resolvido com a mera citação do princípio ou de um verbete, na maioria das vezes, absolutamente descontextualizado. Trata-se de uma aplicação equivocada da exceção, embora se possa dizer, em um país com tantas desigualdades sociais, que, na maior parte das vezes (no atacado), as decisões acabam sendo acertadas. A aplicação da insignificância – como de qualquer outro princípio jurídico – deve vir acompanhado de uma detalhada justificação, ligando-a a uma cadeia significativa, de onde se possa retirar a generalização principiológica minimamente necessária para a continuidade decisória, sob pena de se cair em decisionismo, em que cada juiz tem o seu próprio conceito de insignificância (que é, aliás, o que ocorre no cotidiano das práticas judiciais)..

Portanto, deve haver um cuidado com o manejo da teoria do direito e da hermenêutica jurídica. Olhando para a decisão do STJ antes referida, é de se pensar em que momento o direito legislado deve ser obedecido e quais as razões pelas quais fica tão fácil afastar até mesmo – quando interessa – a assim denominada “literalidade da lei”, mormente quando isso é feito com base em métodos de interpretação elaborados por Savigny (no caso em tela, foi o método sistemático) ainda no século XIX e para o direito privado. Por exemplo, o mesmo STJ, para afastar a tese da possibilidade da pena aquém do mínimo, utiliza-se da literalidade do Código Penal...! Indago: Juristas críticos (pós-positivistas?) seriam (são?) aqueles que “buscam valores” que estariam “debaixo” da “letra da lei” (sendo, assim, pós-exegéticos) ou aqueles que, baseados na Constituição, lançam mão de “literalidade da lei” para preservar direitos fundamentais? A propósito: seria uma atitude “crítica” a manutenção de alguém preso (denegando-se, assim, a ordem de *habeas corpus*) com “fundamento” no princípio (sic) da confiança do juiz da causa, ignorando os requisitos da prisão preventiva previstas na “literalidade” do art. 312 do CPP? Como se viu, é necessário compreender os limites e os compromissos hermenêuticos que exsurgem do paradigma do Estado Democrático de Direito. O positivismo é bem mais complexo do que a antiga discussão “lei versus direito”... Ou seja, nem tudo que parece, é...!

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Madrid: CEC, 1989.
- DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Mass. Harvard University, 1985.
- _____. **Law's Empire**. Cambridge: Mass. Harvard University, 1986.
- _____. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Mass. Harvard University, 1978.
- GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. I**. Tübingen: Mohr, 1990.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**. Vol. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HART, Herbert. **O conceito de Direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Petrópolis, Vozes, 2007;
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Lingüístico-pragmática na Filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2001.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- _____. **Verdade e Consenso**. 3 ed. Rio de Janeiro, 2009.

NOTAS

- 1 Doutor em Direito do Estado (UFSC); Pós-Doutor em Direito Constitucional e Hermenêutica (Universidade de Lisboa); Professor Titular da Unisinos, Rio Grande do Sul, Brasil.
- 2 Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- 3 Cf. STRECK, **Verdade e Consenso**, *op.cit.* em especial o posfácio.
- 4 Cf. Nucci, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. SP, RT, p. 479/480. (grifei).
- 5 Cf. Gomes, Luís Flávio; Cunha, Rogério Sanches. Pinto, Ronaldo Batista. **Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito**. São Paulo: RT, 2008, p. 302. (grifei).
- 6 Neste ponto, uma reflexão se impõe: o que se quer mencionar quando se afirma a "literalidade da lei"? Ora, desde o início do século XX a filosofia da linguagem e o neopositivismo lógico do círculo de Viena (que está na origem de teóricos do direito como Hans Kelsen), já havia apontado para o problema da polissemia das palavras. Isso nos leva a uma outra questão: a literalidade é algo que está à disposição do intérprete? Se as palavras são polissêmicas; se não há a possibilidade de cobrir completamente o sentido das afirmações contidas em um texto, quando é que se pode dizer que estamos diante de uma interpretação literal? A literalidade, portanto, é muito mais uma questão da compreensão e da inserção do intérprete no mundo, do que uma característica, por assim dizer, natural dos textos jurídicos. Numa palavra final, não podemos admitir, que ainda nessa quadra da história, sejamos levados por argumentos que afastam o conteúdo de uma lei – democraticamente legitimada – com base numa suposta "superação" da literalidade do texto legal. Insisto: literalidade e ambigüidade são conceitos intercambiáveis que não são esclarecidos numa dimensão simplesmente abstrata de análise dos signos que compõem um enunciado. Tais questões sempre remetem a um plano de profundidade que carrega consigo o contexto no qual a enunciação tem sua origem. Esse é o problema hermenêutico que devemos enfrentar! Problema esse que, argumentos despistadores como esse só fazem esconder e, o que é mais grave, com riscos de macular o pacto democrático.

Recebido em: 05/2010

Avaliado em: 06/2010

Aprovado para publicação em: 07/2010