

OS LIMITES SEMÂNTICOS E SUA IMPORTÂNCIA NA E PARA A DEMOCRACIA

WHY DO WE NEED SEMANTIC LIMITATIONS TO PROTECT DEMOCRACY

Lenio Luiz Streck¹

Professor Titular da Unisinos e Unesa

RESUMO: este artigo demonstra que o Direito brasileiro vem sofrendo os influxos de seus predadores exógenos (política, moral e economia) através do desrespeito com os limites semânticos dos textos jurídicos, levando-nos a um estado de protagonismo judicial e representando uma crise de baixa constitucionalidade. Desse modo, é necessário apontar para a Constituição não como um documento meramente político que conteria um finalismo político-social do qual o Direito seria um instrumento. Em contrapartida, o Direito também não pode significar aquilo que os tribunais dizem que é, sob pena de correr-se o risco de suprimir a democracia por se apostar em um governo de juízes.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia; constitucionalismo; jurisdição constitucional.

ABSTRACT: *The paper demonstrates that the Brazilian law has been suffering pressure from their outsider predators (as politics, individual moral and economy) through the disrespect with semantic limits of the law texts, taking us to a judicial role and representing a crisis of low constitutionality. Thus seeks to demonstrate that the Constitution is not merely a political document that would contain a political-social finality which the law would be an instrument. However, the law can't mean what the courts say it is, otherwise run the risk of suppressing democracy because they bet on a government of judges.*

KEYWORDS: *Democracy; constitutionalism; judicial review.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Em busca do sistema acusatório: o exemplo

¹ Doutor e Pós-Doutor em Direito (UFSC e FDUL), Coordenador do Dasein-Núcleo de Estudos Hermenêuticos da Unisinos, Presidente de Honra do IHJ - Instituto de Hermenêutica Jurídica, Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Ex-Procurador de Justiça/RS, Advogado.

privilegiado do artigo 212 do CPP; 2 Limites semânticos e democracia: uma imbricação necessária; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Seeking the accusatory system: the privileged example of the 212 CPP article; 2 Semantic limits and democracy: a necessary imbrication; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

No princípio era o verbo... No entanto, em *terrae brasillis*, nem mais a “palavra” tem sido poupada. Os juristas ainda não conseguiram alcançar o patamar da viragem linguístico/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 da fenomenologia hermenêutica).

A revolução copernicana provocada pela viragem linguístico-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”, para a facticidade. Portanto, em um contexto de constitucionalismo pós-guerra, não extrapolar os limites semânticos do texto é condição de possibilidade para a existência do próprio Estado Democrático de Direito.

Ainda nesse sentido, vale dizer que respeitar os limites semânticos do texto constitucional significa combater a discricionariedade, o ativismo, o positivismo fático etc., que, como se sabe, são algumas das várias faces do subjetivismo². Ou seja, o respeito ao texto quer dizer compromisso com a Constituição e com a legislação democraticamente constituída, no interior da qual há uma discussão no plano da esfera pública, das questões ético-morais da sociedade.

Desde há muito tempo sustento que *não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa* ou ainda *qualquer coisa que a consciência nos impõe*. Com

² Esta é a preocupação fulcral da teoria da decisão desenvolvida no âmbito do Dasein - Núcleo de Estudos Hermenêuticos junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito (Unisinos/RS, Capes 6). Há, nesse sentido, vários textos tratando da matéria, publicados no Brasil e no exterior. As teses aqui expostas pertencem, portanto, ao núcleo (*holding*) que compõe a crítica hermenêutica do Direito, que pode ser também vista em: STRECK, L. L. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. Ver, também, nota n. 8, na sequência.

Friedrich Müller, verifica-se que o teor literal da norma apresenta-se como algo imprescindível para o Estado de Direito, especialmente diante do cenário jurídico atual, isto é, o texto normativo determinará os extremos de possíveis variantes de significado, assegurando, pois, os limites necessários ao intérprete³. Pode-se dizer, assim, que o programa da norma será o caminho para se evitar a discricionariedade, haja vista que, se o método colocava a linguagem em um plano secundário (terceira coisa entre o sujeito e objeto), manipulável pelo sujeito solipsista, a intersubjetividade que se instaura com o *linguistic turn* exige que, no interior da própria linguagem, seja feito o necessário controle hermenêutico. Deve-se, pois, levar o texto a sério⁴, uma vez que tal circunstância coaduna-se perfeitamente com as Constituições na segunda metade do século XX e confere especial especificidade à interpretação do Direito.

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”. Assim, na verdade, em muitos casos, há uma mixagem teórica entre posturas “formalistas” e “realistas”, isto é, por vezes, a “vontade da lei” e a “essência da lei” são buscadas com todo o vigor; em outras, procura-se pela “vontade do legislador”; e finalmente, quando nenhuma das duas orientações é “suficiente”, põe-se no topo a “vontade do próprio 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 uma subjetividade “criadora” de sentidos acaba em “decisionismos” e arbitrariedades interpretativas, isto é, em um “mundo jurídico” em que cada um interpreta como (melhor) lhe convém.

Muito mais do que um problema de teoria do direito, esta possibilidade de livre disposição dos sentidos jurídicos manifesta-se, ao fim e ao cabo, como um problema democrático. Se existe uma liberdade para colar significações nas palavras da lei a ponto de subvertê-las, temos uma afronta à democracia, pois nesta presume-se que o Direito seja resultado de uma construção coletiva,

³ Müller, Friederich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 32.

⁴ Neste sentido, vale lembrar as palavras de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho em: *Dogmática crítica e limites linguísticos da lei*. In: Coutinho, Jacinto Nelson Miranda (Org.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 229): “As palavras da lei, porém, não são desprovidas de um valor que já antes se aceitava, razão por que foram utilizadas – em detrimento de outras –, sempre na doce ilusão de terem a capacidade de segurar o sentido. Nada seguram, todavia, como demonstram os infundáveis exemplos. Há, sem embargo, um conteúdo na lei, que não se pode ignorar”.

intersubjetiva, e não o produto da consciência individual ou de um colegiado. A legitimidade jurídica num ambiente democrático requer outra justificação, que inclui, sobretudo, o respeito aos limites semânticos dos textos constitucionais/legais.

Nesta trilha, este artigo abordará a perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) sobre os limites semânticos e a sua importância na democracia. Para tanto, o texto é dividido em duas partes. Na primeira, demonstrando o estado da arte daquilo que criticamos, faremos uma discussão a partir da compreensão jurisprudencial e de parcela da doutrina a respeito do art. 212 do Código de Processo Penal. Na segunda, trataremos do tema central e que intitula este trabalho, no intuito de demonstrar que pensar em limites semânticos no/direito na contemporaneidade não é um retorno ao positivismo jurídico primevo ou a um objetivismo interpretativo; ao contrário, é uma exigência da democracia.

1 EM BUSCA DO SISTEMA ACUSATÓRIO: O EXEMPLO PRIVILEGIADO DO ARTIGO 212 DO CPP

Por certo, a principal preocupação da teoria do direito deve ser o controle da interpretação e seus desdobramentos com relação aos limites semânticos do texto, problemática agravada pelo crescimento da jurisdição em relação à legislação. Vejamos como fica essa questão a partir de um exemplo paradigmático.

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” inquisitório 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 inquisitório, 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.

Todavia, essa compreensão do processo penal pressupõe a superação de um vício estrutural que lhe acarreta um grave prejuízo na sua função: o Código de Processo Penal, desde sua gênese, especialmente no que diz respeito à produção da prova, é refém do paradigma inquisitivo e, via reflexa, do paradigma da filosofia da consciência.

Neste contexto, então, discutir o “sistema acusatório” significa falar de paradigmas. Mais do que isso, implica tratar de rupturas paradigmáticas, tanto no âmbito do Direito quanto no campo da filosofia.

Isto porque é preciso entender que o “sistema inquisitório” está ligado umbilicalmente ao paradigma da subjetividade. No sistema inquisitório, o sujeito é “senhor dos sentidos”. Ele “assujeita” as coisas. Isto se evidencia, por exemplo, tanto na produção da prova *ex officio*, quanto na clássica noção de “livre convencimento do juiz” ou “livre apreciação da prova”.

De outra banda, entretanto, pode-se afirmar que o sistema acusatório é o modo pelo qual a aplicação igualitária do direito penal penetra no direito processual penal. É o modo pelo qual se garante que não existe um “dono da prova”; é o modo pelo qual se tem a garantia de que o Estado trata de modo igualitário da aplicação da lei.

Tudo isso para dizer que um processo penal democrático depende de uma ampla intersubjetividade; depende da perspectiva acusatória, e não inquisitória; depende do respeito ao contraditório⁵, tudo a partir de uma fundamentação/justificação detalhada no nível daquilo que venho denominando de *accountability* processual, em oposição ao crescente – e preocupante – “ativismo judicial”.

Não obstante, é surpreendente que, em face do “novo” art. 212 do CPP, as práticas judiciárias continuam sendo as mesmas de antes da alteração que deveria produzir. Explicando: a Lei nº 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, aliás, é um princípio (no sentido

⁵ Cf. NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

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 insiste em permanecer refratária a essa medida, insistindo no modelo presidencial-inquisitório 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.⁶

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,

⁶ Cf. Nucci, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 479-480 (grifos nossos).

desta feita diretamente, sem a necessidade de passar, antes pelo filtro judicial.⁷

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”. Consequentemente, 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 brasilis*, 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 juízes”: aquele que se “apega” à letra fria (*sic*) da lei (e este 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 art. 212 do CPP, chega-se à 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

⁷ 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: Revista dos Tribunais, 2008. p. 302 (grifos nossos).

a “letra da lei” é um avanço considerável. Lutamos tanto pela democracia e por leis mais democráticas...! Quando elas são aprovadas, segui-las é nosso dever. O texto jurídico tem de ser levado a sério. 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 a cargo do presidencialismo judicial.

É importante salientar que a “literalidade” do art. 212 do CPP da qual estamos falando, hoje, é uma outra legalidade, uma legalidade constituída a partir dos princípios que são o marco da história institucional do direito. Trata-se de uma legalidade 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).

Assim, deve haver um cuidado com o manejo da teoria do direito e da hermenêutica jurídica. Olhando para a decisão do Superior Tribunal de Justiça 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 ainda no século XIX e para o direito privado.

Neste caso, o Poder Judiciário estará se sobrepondo à legislação produzida de acordo com a democracia representativa. Não parece que a nova redação do art. 212 do CPP seja inconstitucional. Logo, se não for inconstitucional ou não estiver em antinomia com outro dispositivo que o afaste, parece razoável que se possa não apenas “requerer”, mas, sim, “exigir” que o Judiciário aplique a lei processual, uma vez que o cidadão tem um direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição. Como se viu, é necessário compreender os limites e os compromissos hermenêuticos que exsurgem do paradigma do Estado Democrático de Direito.

2 LIMITES SEMÂNTICOS E DEMOCRACIA: UMA IMBRICAÇÃO NECESSÁRIA

A partir da Constituição de 1988, tivemos a necessidade de buscar novos modos de análise: no mínimo, uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma, uma nova teoria interpretativa e, fundamentalmente, uma teoria da

decisão. Todavia, de que modo pode(ría)mos olhar o novo com os olhos do novo? Afinal, nossa tradição jurídica está (estava) assentada em um modelo liberal-individualista (que opera com os conceitos oriundos das experiências da formação do direito privado francês e alemão), em que não havia lugar para direitos de segunda e terceira dimensões, tampouco as discussões hodiernas sobre direitos humanos. Do mesmo modo, não há (havia) uma teoria constitucional adequada às demandas de um novo paradigma jurídico.

No intento de desenvolver uma teoria jurídica apropriada a essa nova realidade, temos pensado, ao longo das últimas décadas, a Crítica Hermenêutica do Direito⁸ (CHD). Uma de nossas maiores preocupações é que a decisão jurídica esteja em consonância com as exigências democráticas e constitucionais, donde radica sua legitimidade. Neste horizonte, a resposta jurídica apresenta-se como uma decisão, que pressupõe responsabilidade política, e não como uma (livre) escolha de sentidos a serem acoplados nas palavras da lei. Deste modo, há uma necessária imbricação entre os limites semânticos e a democracia.

Os cidadãos, ao procurarem o Judiciário, acreditam que suas causas serão apreciadas e julgadas à luz do Direito previamente estabelecido. Ou seja, não é um direito criado *ex post facto*, mas aquele que tem raízes na história institucional de sua comunidade. Não estamos a dizer que (pre)existe um direito já pronto para ser aplicado; é que existe uma tradição, uma narrativa que precisa ser reconstruída e que esta tarefa possui lindes e parâmetros.

Nesse sentido, afirmamos que há um direito fundamental de obter uma resposta adequada à Constituição, que não é a única e nem a melhor. Cada juiz tem suas convicções pessoais e sua ideologia própria, mas isso não significa que a decisão possa refletir esse subjetivismo. O juiz precisa usar uma fundamentação

⁸ Em síntese, a *Crítica Hermenêutica do Direito* (CDH) apresenta-se com uma matriz teórica de análise do fenômeno jurídico. Fundamentalmente, move-se nas águas da fenomenologia hermenêutica, pela qual o horizonte do sentido é dado pela compreensão (Heidegger) e ser que pode ser compreendido é linguagem (Gadamer), em que a linguagem não é simplesmente objeto, e sim horizonte aberto e estruturado, e a interpretação faz surgir o sentido. Juntamente com esses pressupostos incorporaram-se aportes da teoria jurídica de Ronald Dworkin. Isto é explicitado, amiúde, em obras como *Hermenêutica jurídica e(m) crise, Verdade e consenso, Jurisdição constitucional e decisão jurídica* e *Lições de crítica hermenêutica do direito*. A tarefa da Crítica Hermenêutica do Direito - CHD é a de “desenraizar aquilo que tendencialmente encobrimos” (Heidegger-Stein). Trata-se de fazer desleitura, retirando as camadas de sentido que cobrem os fenômenos. Com a CHD, revolve-se o chão linguístico em que está assentada a tradição (determinado fenômeno), reconstruindo a sua história institucional. Cf. Streck, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

que demonstre que a sentença se deu por argumentos de princípio (no sentido dworkiniano), e não de política, de moral ou outro qualquer.

A institucionalização da moral no direito, a partir do direito gerado democraticamente (Constituições compromissório-sociais), mostra a especificidade do Estado Democrático de Direito. O direito incorporou um conteúdo moral, passando a ter um caráter de transformação da sociedade. Esse ideal de “vida boa” deve ser compreendido como dirigido e pertencente a toda a sociedade (esse é o sentido da moral), sendo a Constituição o modo para alcançá-lo.

Com desideratos semelhantes, em Habermas o direito – a Constituição – garante abertura para que a justiça social venha a ser construída ao longo do tempo – daí a ênfase em uma democracia procedimental; na hermenêutica – na leitura feita no espaço destas reflexões –, a aplicação da Constituição representa a concretização do conteúdo substancial e dirigente do texto; a hermenêutica não prescinde do procedimento, mas aposta na realização dos direitos substantivos, que tem caráter cogente, decorrendo, assim, uma maior valorização da jurisdição constitucional.

Afastando-se do relativismo, a CHD entende ser possível dizer, sim, que uma interpretação é correta e a outra é incorreta (ou, adequada ou inadequada em relação à Constituição). Movemo-nos no mundo exatamente porque podemos fazer afirmações dessa ordem. E disso nem nos damos conta. Ou seja, na compreensão, os conceitos interpretativos não resultam temáticos enquanto tais, como bem lembra Gadamer; ao contrário, determinam-se pelo fato de que desaparecem atrás daquilo que eles fizeram falar/aparecer na/e pela interpretação. Aquilo que as teorias da argumentação ou qualquer outra concepção teórico-filosófica (ainda) chamam de “raciocínio subsuntivo” ou “raciocínio dedutivo” nada mais é do que esse “paradoxo hermenêutico”, que se dá exatamente porque a compreensão é um existencial (ou seja, por ele eu não me pergunto por que compreendi, pela simples razão de que já compreendi, o que faz com que minha pergunta sempre chegue tarde).

Ao contrário do que se diz, não interpretamos para, depois, compreender. Na verdade, compreendemos para interpretar, sendo a interpretação a explicitação do compreendido, para usar as palavras de Gadamer. Essa explicitação não prescinde de uma estruturação no plano argumentativo (é o que se pode denominar de o “como apofântico”). A explicitação da resposta de cada caso deverá estar sustentada em consistente justificação, contendo a reconstrução do direito, doutrinária e jurisprudencialmente, confrontando

tradições, enfim, colocando a lume a fundamentação jurídica que, ao fim e ao cabo, legitimará a decisão no plano do que se entende por responsabilidade política do intérprete no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Mutatis, mutandis, trata-se de justificar a decisão (decisão no sentido de que todo ato aplicativo – e sempre aplicamos – é uma decisão). Toda a interpretação começa com um texto, até porque, como diz Gadamer, se queres dizer algo sobre um texto, deixe primeiro que o texto te diga algo. O sentido exsurgirá de acordo com as possibilidades do intérprete em dizê-lo, de onde pré-juízos inautênticos acarretarão graves prejuízos hermenêuticos.

Assim, quando falamos de limites semânticos, não estamos num paradigma linguístico que acredita que as palavras guardam sentidos em si mesmo e/ou que espelham a essência das coisas, cabendo a nós apenas uma reprodução. Tampouco comungamos com um argumento cético, que negaria qualquer possibilidade de conhecimento, tornando o direito um mero exercício retórico de convencimento. Diferentemente disto, somos seres lançados num mundo de significações, num contexto intersubjetivo em que os sentidos se dão dialogicamente numa fusão de horizontes.

Junto com essa advertência, soma-se também o fato de que a CHD é uma teoria jurídica, com isto pensa a interpretação dentro das especificidades do Direito. Dito de outro modo, apesar das diversas interseções e interfaces do direito com as artes, sobretudo com a literatura, o jurídico não se confunde com elas. Enquanto que, numa obra literária ou numa poesia, as possibilidades interpretativas são mais abertas, e já são escritos muitas vezes com este intento, o texto jurídico procura transitar num espaço mais limitado. E isto é necessário, pois estamos falando dos direitos das pessoas, que não podem/devem estar à disposição de arbitrariedades. Se no texto poético o sim pode significar o não e o homem pode ser a mulher, no direito o sim continua sendo sim, e o não continua sendo não, e homem e mulher continuam sendo seres biologicamente distintos.

Por isso, entendemos que se o art. 212 do CPP diz que “as perguntas serão formuladas pelas partes, diretamente à testemunha [...]”, não mais cabe ao juiz presidir inquisitorialmente a produção de provas. No mesmo sentido, se a Constituição afirma que a união estável é entre homem e mulher, não cabem aqui uniões homoafetivas. É o ônus da democracia.

Ademais, a velha história de que “cumprir a letra ‘fria’ da lei é assumir uma postura positivista” deve ser vista como passado. Afinal, o que seria essa “letra fria da lei”? Haveria um sentido em si-mesmo da lei? Na verdade, há

uma confusão de 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 separação entre fato e direito, algo que nos remete ao período pós-Revolução Francesa e todas as consequências 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”. Atente-se: nessa nova formulação do positivismo, o problema do direito não está (estava) no modo como os juízes decidem, mas, simplesmente, nas condições lógico-deonticas de validade das “normas jurídicas”.

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 e sob o argumento do “exegetismo”. É necessário insistir que a literalidade e a ambiguidade 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 deve ser enfrentado. Problema esse que, argumentos ilusórios como o mencionado, só fazem esconder e, o que é mais grave, com riscos de macular o pacto democrático.

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, como já dito anteriormente, “cumprir a letra [*sic*] da lei” significa, sim, nos marcos de um regime democrático como o nosso, um avanço considerável. A isso se deve agregar a seguinte consequência: 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 consequências. Ou seja: apegar-se à letra da lei pode ser uma atitude positivista ou pode não ser.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os limites semânticos do Direito são uma exigência da democracia. Os sentidos jurídicos não podem estar à disposição do intérprete/juiz, pois, ao final, os direitos das pessoas também estarão disponíveis a esse alvedrio, situação que regimes democráticos procuram suplantar.

Aplicar um comando legal não é ser positivista; é, sim, respeitar as balizas democraticamente instituídas do que venha a ser o direito em nossa comunidade. Já não estamos no século XIX. Naquele positivismo, a literalidade era uma questão política para sustentar o produto “sagrado” do legislador, independentemente de qualquer valoração. No paradigma do Estado Democrático de Direito já não pensamos assim. A força normativa da Constituição transforma-se em um trunfo. Afinal, a Constituição foi transformada em norma jurídica vinculante. Na democracia, não há como tergiversar sobre isto. Tanto é assim que um juiz ou um Tribunal somente pode deixar de aplicar uma lei nas seguintes circunstâncias:

- 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, entretanto, há de 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 a 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* (*Teilnichtigerkklärung 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 (observe-se, aqui, que, 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 uma regra contrariar um princípio, caso em que o princípio se sobrepõe à regra.⁹

Assim, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, entendemos que a jurisdição é uma tarefa de decisão, e não de escolha. Enquanto as escolhas estão relacionadas às preferências particulares, de modo que a alternativa escolhida não deve justificativa a terceiros, a decisão jurídica assume uma dimensão pública, em que a sentença não pode vir do *sentire*, mas de uma resposta constitucionalmente adequada. Evidente que esta não é um ato subsuntivo; todavia, tampouco é um ato arbitrário. Do mesmo modo que o juiz não é escravo da lei, também não pode ser seu dono. Não afirmamos que o juiz é neutro. Ao revés, em Gadamer já entendemos que estamos inseridos numa tradição, em pré-conceitos, que nos possibilitam acesso ao mundo. O que sustentamos em nossos escritos¹⁰ sobre teoria da decisão é que a subjetividade do juiz deve ser estrangida epistemologicamente (quer dizer, controlada) pela intersubjetividade. Se isto não acontecer e cada um fizer as escolhas que entendem as melhores, haverá, conseqüentemente, uma fragmentação do fenômeno jurídico.

O direito dentro de um ambiente democrático possui limites que precisam ser respeitados. Mesmo quando nossos sentimentos pessoais tendem a pensar numa direção (escolha), a apreciação judicial deve guiar-se pelos caminhos juridicamente possíveis dentro de uma história institucional e das lindes semânticas dos textos jurídicos (decisão). Deve o juiz conseguir suspender seus pré-juízos. Ele pode odiar ou amar algo. Mas, na hora da decisão, isto deve ficar suspenso (numa *epoché*). Isso se chama de responsabilidade política. Este é um ônus da democracia.

⁹ Ver, para tanto, Streck, L. L. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Em especial o capítulo 6.

¹⁰ Entre estes, destacamos as seguintes obras: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; Streck, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014; Streck, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

REFERÊNCIAS

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites linguísticos da lei. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson (Org.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GOMES, Luís Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da lei de trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MÜLLER, Friederich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Lições de crítica hermenêutica de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

