

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL**

**FACULDADE DE DIREITO**

**DIETER AXT**

**A NECESSIDADE DE SUPERAR A INTERPRETAÇÃO VOLUNTARISTA NA  
PRÁTICA JURÍDICA BRASILEIRA, À LUZ DO EXEMPLO PRIVILEGIADO DO  
ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

**PORTO ALEGRE**

**2014**

**DIETER AXT**

**A NECESSIDADE DE SUPERAR A INTERPRETAÇÃO VOLUNTARISTA NA  
PRÁTICA JURÍDICA BRASILEIRA, À LUZ DO EXEMPLO PRIVILEGIADO DO  
ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade Livre de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como critério parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Alejandro Alvarez.

**PORTO ALEGRE**

**2014**

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>4</b>
<b>2</b>	<b>Os modos de interpretação e de aplicação que acompanharam o direito do jusnaturalismo ao positivismo normativo.....</b>	<b>7</b>
<b>2.1</b>	<b>Do jusnaturalismo ao positivismo exegetico.....</b>	<b>7</b>
<b>2.2</b>	<b>Do positivismo exegetico ao positivismo normativo.....</b>	<b>14</b>
<b>3.</b>	<b>A viragem hermenêutica e o giro ontológico-linguístico.....</b>	<b>21</b>
<b>4.</b>	<b>Da interpretação (ainda) fruto da vontade do intérprete na prática jurídica brasileira, à luz do exemplo privilegiado do art. 212 do código de processo penal – de como não superamos o paradigma da filosofia da consciência no direito.....</b>	<b>36</b>
<b>5</b>	<b>Postulados para uma resposta hermeneuticamente adequada ao caso.....</b>	<b>44</b>
<b>5.1</b>	<b>O porquê de se respeitar a lei no paradigma do estado democrático de direito.....</b>	<b>44</b>
<b>5.2</b>	<b>O papel da linguagem.....</b>	<b>51</b>
<b>6</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>55</b>
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>59</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Em razão da falência do modelo positivista, decorrente da crise enfrentada pelo Direito a partir do III Reich de Adolf Hitler, quando imensa gama de abusos e arbitrariedades foi chancelada juridicamente, os juristas, de modo geral, se defrontaram com a necessidade de re-significar a teoria jurídica e relegitimar o Direito. Neste sentido, a fim de superar a teoria das fontes sociais do Direito e a separação entre ciência do Direito e moral, tornou-se necessária a construção de um novo paradigma, compatível com as demandas últimas do constitucionalismo do segundo pós-guerra, naquilo que vem sendo denominado, transitoriamente, *pós-positivismo* (DINIZ; MAIA, 2009, p. 650).

Ainda que por motivos diversos, a crise enfrentada pelo Direito não destoou daquela vivenciada, em maior ou menor escala, pelas Ciências Humanas de modo geral, no início do século XX. O impasse que as Ciências Humanas experimentavam, em relação a sua legitimidade e ao problema do método, encontrou porto seguro, em muito, na guinada hermenêutica filosófica proposta pela obra de Martin Heidegger, ao retrabalhar a *fenomenologia* de Edmund Husserl. Com efeito, a filosofia hermenêutica de Martin Heidegger reaproximou a filosofia da vida, repôs a questão da existência, adentrando na intimidade do cotidiano que é o mundo da vida. Essa redenção da particularidade, explica Ernildo Stein, “não poderia porvir das teorias objetivadoras da consciência, da dominação que a razão exercia sobre o particular concreto, da racionalidade abstrata” e, tampouco, encontrava eco na tradição metafísica (STEIN, 2012, p. 122-124).

O Direito, por sua vez, como é natural das Ciências Humanas, encontra, igualmente, fundamento epistemológico na Filosofia. Neste contexto, tomando por base a *filosofia hermenêutica*, pretende-se, no presente estudo, verificar a compatibilidade da prática jurídica brasileira aos postulados hermenêuticos introduzidos por Martin Heidegger.

A fim de melhor examinar essa problemática, metodologicamente, optou-se por realizar essa investigação a partir do caso do art. 212 do Código de Processo Penal, uma vez que permite, de forma privilegiada, verificar a importância de se

abandonar a interpretação voluntarista, própria do positivismo normativista e da filosofia da consciência, para que se avance em direção a uma teoria do direito compatível com a filosofia hermenêutica.

No fundo, a interpretação constitucionalmente adequada do art. 212 do Código de Processo Penal poderia, em tese, proporcionar um avanço rumo à concretização do princípio acusatório, insculpido na Constituição Federal. Entretanto, graças ao entendimento majoritário que a doutrina e a jurisprudência firmaram em torno do artigo, o dispositivo legal terminou por ser esvaziado e transformado em um texto inoperante, perpetuando a atuação inquisitorial do julgador ao longo da instrução criminal.

Neste contexto, pois, o estudo iniciará relatando, brevemente, um histórico da evolução dos modos de interpretação e de aplicação do direito, traçando um paralelo comparativo entre o jusnaturalismo (2.1), o positivismo exegético (2.1) e o positivismo normativo (2.2) e o paradigma filosófico dominante em cada época.

No capítulo 3, será apresentado o desenvolvimento do conceito de *hermenêutica* ao longo dos séculos, desde o seu surgimento, na Grécia Antiga, até a posterior revolução inserida no seio do conceito por Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, especialmente. O Capítulo 3, portanto, visa a contextualizar o surgimento de um novo paradigma filosófico, responsável por superar a filosofia da consciência e a metafísica clássica, a partir dos conceitos de intersubjetividade e de *Dasein*.

O quarto capítulo, portanto, trará, em um primeiro momento, a análise da interpretação conferida pela doutrina e pela jurisprudência dominantes ao dispositivo legal, às quais se submeteram até mesmo Cortes notoriamente vanguardistas – como é o caso da Quinta Câmara Criminal do TJRS, principal palco de manifestação do Direito Alternativo nos Tribunais pátrios. Em um segundo momento, será exposta a discordância com esta interpretação e se questionará se, neste passo da história, ainda é possível deixar de aplicar uma lei democraticamente aprovada com base, unicamente, em ato de vontade do julgador.

O quinto capítulo, por fim, contém o entendimento de que, ao contrário do que muito se pensa, aplicar a lei, no paradigma do Estado Democrático de Direito, não é uma atitude positivista, mas um compromisso democrático e perfeitamente adequado ao novo paradigma da hermenêutica, instalado com o “giro ontológico-linguístico” (Heidegger-Gadamer) (STRECK, 2011, P. 76). Da mesma forma, irá se apontar que a atitude discricionária que nega vigência a um texto legal válido – e constitucionalmente ajustada – nada mais é do que o retorno a um positivismo normativo, adepto de uma filosofia da consciência, em que o intérprete, solipsista, estava sozinho no mundo<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Neste sentido, é que, no Estado Democrático de Direito, somente é possível deixar de aplicar uma lei, ao lançar-se mão da jurisdição constitucional, conforme será explicitado.

## 2 Os modos de interpretação e aplicação que acompanharam o direito do jusnaturalismo ao positivismo normativo.

### 2.1 Do Jusnaturalismo ao positivismo exegetico

Historicamente, a teoria predominante do direito sempre esteve atrelada a um paradigma filosófico dominante. No jusnaturalismo, por exemplo, pode-se afirmar que o sujeito permanecia limitado a uma óptica de um “mundo dado”, em que as coisas tinham nome por natureza (o *logos* encontrava-se na *physis*) (STRECK, 2010b, p. 11)<sup>2</sup>. Neste sentido, Lenio Luiz Streck identifica em *Crátilo*, de Platão, a primeira obra de “filosofia da linguagem da história da humanidade”. No diálogo socrático, Platão expõe, pela fala de Crátilo, a tese do naturalismo, enquanto Hermógenes sustenta o convencionalismo, segundo o qual o nome dado às coisas é produto de um sentido arbitrário e convencional. Neste sentido, a teoria sustentada por Hermógenes exhibe o duelo travado por Platão contra os sofistas, que, de certa maneira, antecipam aquilo que o positivismo irá resgatar mais tarde. Não à toa, é notório o caráter dado pelos sofistas à retórica como elemento vazio de persuasão e o uso da *doxa* enquanto instrumento de manipulação na Democracia grega, na medida em que, em sua filosofia, não havia *verdade*, apenas argumentos e convenções (Ibidem, p. 11-12)<sup>3</sup>.

Na metafísica clássica, os sentidos residiam nas coisas, uma vez que a estas é atribuída uma essência apreensível (Ibidem, p. 13). Da mesma forma, no âmbito jurídico, o jusnaturalismo admitia que o direito positivo tinha por referência “um sistema superior de normas e princípios que lhe conferem validade, o que implica reconhecer a existência de um direito natural superior àquele estabelecido pela vontade do soberano” (TRINDADE, 2006, p. 31). Nesta direção, em Aristóteles, no direito natural clássico, o direito positivo próprio da *polis* fornecia as bases para a determinação do valor universal do justo por natureza, buscando-se “a partir do regime dado o que se pode apresentar como melhor regime” (ALVAREZ, 2013, p.

---

<sup>2</sup> Nesta direção, Lenio Streck explica que, na metafísica clássica, “o sentido era dependente dos objetos, que possuíam uma essência e, por isso, era possível revelá-lo”. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, 1. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010, p. 13.

<sup>3</sup> Mais tarde, também, o *nominalismo*, com Guilherme de Ockham, já renunciado por Duns Scotus, quando há uma superação da *adequatio intellectus et rei* (adequação do conhecimento à coisa), irá trabalhar a ausência de relação entre palavras e coisas. *Ibidem*, p. 13.

104). O justo, no direito natural clássico, segundo a teoria aristotélica<sup>4</sup>, muito embora fundado na explicitação da natureza humana, é revelado dentro da sociedade, sendo diretamente influenciado pela *práxis* do homem (Ibidem, p. 104) – oposta, pois, à noção posteriormente instituída pelo racionalismo moderno, quando o direito natural passa a estar apartado da experiência.

Na verdade, a concepção jusnaturalista clássica distinguia-se substancialmente do jusnaturalismo moderno, na medida em que:

Não se via nem mesmo em Platão que a partir de determinadas concepções abstratas pudesse determinar-se obrigações legais; as ideias, nos diálogos platônicos, dependiam de instituições para se tornarem concretas: ou a república, ou o governante ou as próprias leis. Entre os clássicos e o jusnaturalismo moderno há um hiato intransponível. As concepções modernas de reivindicações éticas contra a esfera política, como explica Destrée, eram totalmente ausentes na filosofia prática de Aristóteles. Não existiam direitos decorrentes de abstrações apartadas do regime político – como liberdade ou dignidade humana – para os antigos (Ibidem, p. 105)<sup>5</sup>.

A lei em Aristóteles, portanto, “não é um mero convencionalismo, mas tampouco é um ideal transcendente oposto à política” (Ibidem, p. 107). O Direito fundado em uma justificativa abstrata e transcendente vem a ser instituído somente com o racionalismo moderno, no momento em que a razão é alçada a um patamar *a priori*, de forma que aquilo que for de encontro à lei da natureza humana não pode ser considerado direito (Ibidem, p. 105). No fundo, no jusnaturalismo clássico, nem mesmo a noção de *equidade* sustentada por Aristóteles revolve-se desta noção de transcendência às leis da *polis*, eis que pertencente ao sistema, representando “uma das duas espécies dos atos justos que as leis não registram”. Nas palavras de Alejandro Alvarez:

---

<sup>4</sup> Aristóteles, dessa forma, se opõe a uma longa tradição, desde Homero a Platão, que vincula a justificativa da lei a critérios divinos.

<sup>5</sup> Alejandro Alvarez complementa, ainda: “não se via em Aristóteles, ou nos gregos em geral, leis ou direitos com base na natureza humana sem mediação política. Mesmo quando Antígona (tão aclamada pelos autores que defendem uma justificativa puramente transcendente do *nómos* aristotélico) refuta Creonte com base em leis divinas, ela pressupõe que esses direitos dados pelos deuses já eram expressos nos costumes gregos, na lei comum e não-escrita. Refuta o decreto (*psephisma*) expedido por Creonte com base em uma fonte mais estável e geral: a lei comum vivida pela tradição e pela religião grega. Ou seja, Antígona, na verdade, opõe-se não a um *nómos* aceito e observado, mas a um decreto de Creonte que vai contra o próprio *nómos*”. *Ibidem*, p. 105.



A *equidade* não pode se confundir com um direito natural abstrato, compreendido como igualdade ou *ius gentium*, pois inclusive esses são gerais. Por outro lado, poderia ser compreendida como justo *haplós*, na forma com que ele é compreendido na ordem estabelecida pelo legislador. Em uma situação concreta, a *equidade* remete à igualdade e pode ser tomada, nesse sentido reflexo, como o justo natural concreto, ou a ordem concreta da igualdade. E, tomada nesse sentido, corrige inclusive as fórmulas gerais da compreensão atual do direito natural quando as estende à igualdade presente na ordem da comunidade como um todo (Ibidem, p. 118).

Observa-se, portanto, que a relação do jusnaturalismo clássico com o direito natural se dá pela via concreta, de forma que a concepção do justo é indissociável da ordem da comunidade política da *polis* e da *práxis*. Neste sentido, Aristóteles admitia a existência na natureza de um princípio comum do que é justo ou injusto. Contudo, este justo por natureza somente pode ser compreendido em referência à *polis*, isto é, somente em relação ao que é “considerado justo pela cidade (apenas em uma perspectiva imanente) se pode inquirir aquilo que a justiça é” (Ibidem, p. 120). A justiça derivaria da necessidade social de determinar em situações concretas as condutas necessárias para equilibrar o bem natural da sociedade e o bem natural do indivíduo (BARZOTTO, 2009, p. 643). Norberto Bobbio, por sua vez, explica que o Direito Romano, de forma muito semelhante, estabelece essa dicotomia entre o direito natural e o direito positivo através das concepções de *jus gentium* e *jus civile* (BOBBIO, 2006, p. 18). O autor complementa, ainda, que “essa distinção entre direito natural e direito positivo se encontra em todos os escritores medievais: teólogos, filósofos, canonistas” (Ibidem, p. 19).

Tomás de Aquino (século XI), por exemplo, dissertaria acerca de quatro distintos tipos de lei: *lex aeterna*, *lex naturalis*, *lex humana* e *lex divina*, dentre as quais a *lex humana* e a *lex naturalis* corresponderiam, de acordo com Bobbio, à relação entre direito natural e direito positivo, em que a primeira derivaria, de acordo com dois modos, da segunda<sup>6</sup> (Ibidem, p. 19-20). Para Santo Agostinho, “não se considera lei o que não for justo”.

---

<sup>6</sup> Estes dois modos seriam: “por derivação”, quando a lei natural é demasiado genérica e exige que a lei positiva determine o modo como será aplicada, e “por conclusão”, quando se emprega um processo lógico necessário (próximo a um silogismo) na criação da lei positiva. “Em verdade, Santo Tomás não chama positiva a *lex humana* apenas porque também a *lex divina* é positiva”. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 20.

Posteriormente, a partir do império da razão, no jusnaturalismo moderno, o justo passa a ser deduzido “imediatamente da natureza humana” (Ibidem, p. 107). Com efeito, Lenio Streck identifica, igualmente, a ruptura instaurada pela modernidade, a partir da fundação do sujeito – no *Cogito* de Descartes<sup>7</sup> –, quando o homem, livre das estruturas, passa a explicar o mundo através da razão<sup>8</sup>. Diante desse novo contexto, instala-se um novo paradigma, não só na filosofia, como também no direito.

De acordo com Luis Fernando Barzotto, o jusnaturalismo moderno propõe uma teoria da sociedade que parta, não da comunidade, mas do indivíduo isolado no estado de natureza. Neste contexto, “a Lei Natural estabelecida pela razão, passa a ser vista como o limite necessário que constitui uma esfera de ação para cada indivíduo, imune à interferência alheia (direito subjetivo natural)” (BARZOTTO, 2009, p. 643).

De certo modo, é justamente o surgimento do sujeito e da *razão* o grande responsável por criar as condições de possibilidade para o desenvolvimento do positivismo<sup>9</sup> exegético, uma vez que o fundamento filosófico deixa de ser aquele representado na metafísica clássica e passa a ter por base a consciência e a subjetividade do sujeito, a partir da potencialização de um direito laico e racionalista<sup>10</sup>.

Em tal direção, aponta a análise promovida por André Karam Trindade:

De outro lado, paralelamente à nova ordem científica, cumpre referir que as raízes do positivismo jurídico também se encontram, inevitavelmente,

---

<sup>7</sup> Derivado da expressão “*Cogito, ergo sum* (penso, logo existo)”, que aparece pela primeira vez na tradução latina de *Discours de la Méthode* (1637).

<sup>8</sup> Neste período, também, as descobertas de Copérnico, Kepler e de Galileu contribuem para o cenário de transformação da visão que o homem tem sobre o mundo. Cabe ressaltar a perseguição promovida pela Igreja Católica a cientistas como Galileu, cuja teoria ameaçava o poder hegemônico católico e, especialmente, o modelo de ver o mundo, sustentado pela Igreja, incompatível com uma perspectiva antropocêntrica.

<sup>9</sup> “De acordo com os resultados obtidos por Kuttner, em suas pesquisas, o primeiro uso da fórmula *jus positivum* se encontra num filósofo medieval, em fins do século XI, e precisamente, em Abelardo”. BOBBIO, *O positivismo jurídico...*, *op. cit.*, p. 19.

<sup>10</sup> Este direito laico e racionalista, conduzirá à fundação da Escola de Direito Natural, predominante nos séculos XVII e XVIII. TRINDADE, André Karam. *A Filosofia no Direito: com Gadamer, contra Habermas, à procura de um paradigma de racionalidade a partir do qual seja possível pensar pós-metafisicamente a teoria do direito contemporâneo*, São Leopoldo: UNISINOS, 2006, p. 31-32.

vinculadas à formação do Estado Moderno, que, com a dissolução da sociedade medieval, concentra em si todos os poderes, dentre eles o da criação exclusiva do direito, isto é, o monopólio da produção normativa, o que redundada no princípio da legalidade, inerente ao Estado de Direito. Se antes do Estado Moderno, o juiz tinha liberdade de escolha na determinação da norma a aplicar, podendo deduzi-la do costume, recorrer àquelas elaboradas pelos juristas, basear-se em critérios equitativos; com a sua formação e desenvolvimento, ele fica vinculado unicamente à aplicação das normas emanadas do órgão legiferante (TRINDADE, 2009, p. 32).

Crítico da *common Law*, Thomas Hobbes, fundador do Estado Moderno<sup>11</sup>, a partir da metáfora do Leviatã<sup>12</sup>, institui a noção de um direito cuja legitimidade está, inevitavelmente, atrelada ao Estado. Isto é, o direito legítimo não pode porvir de outra fonte, que não a estatal: *uma lei é a ordem daquele ou daqueles que têm o poder soberano, dada àquelas que são seus súditos, declarando publicamente e de modo claro o que todos podem fazer e o que devem se abster de fazer* (HOBBS, 2001). No fundo, Hobbes já identifica o *jus* (direito) com o *jussum* (comando) do soberano (BARZOTTO, 2009, p. 643).

O Estado Moderno<sup>13</sup>, em sua primeira versão, caracterizava-se por possuir plena soberania e por distinguir-se, fundamentalmente, da sociedade civil<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Hobbes funda o Estado Moderno, a partir da metáfora do *contrato social*, na obra *Leviatã*. Segundo a teoria de Hobbes, os homens viveriam em estado de natureza, em guerra de todos contra todos, até se reunirem e estabelecerem entre si um “pacto que funciona como instrumento de passagem do momento “negativo” de natureza para o estágio político (social)”. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, 3. ed., Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 33. Sua teoria funciona como elemento de legitimação do Estado Moderno e, em consequência, do Absolutismo que se seguiu.

<sup>12</sup> “Para pôr fim à guerra de todos contra todos, própria do estado de natureza, os homens despojam-se do que possuem de direitos e possibilidades em troca de receberem a segurança do Leviatã. O Estado é caracterizado como o Leviatã na obra de Hobbes, que o designa como “deus mortal”, porque a ele – por debaixo do Deus imortal – devemos a paz e a defesa de nossa vida. Esta dupla denominação resulta fortemente significativa: *o Estado absolutista que Hobbes edificou é, em realidade, metade monstro e metade deus mortal*, como se pode ver na seguinte passagem do *Leviatã*: O único caminho para erigir um poder comum que alcance defender os homens das agressões estrangeiras e das injúrias recíprocas – assegurando-se assim que possam alimentar-se e viver satisfeitos com sua própria indústria e com os frutos da terra – reside em conferir todos os seus poderes e toda a sua força a um homem ou a uma assembléia de homens que possa reduzir todas as suas vontades mediante a pluralidade das vozes a uma só vontade (...)”. *Ibidem*, p. 33.

<sup>13</sup> Antônio Manuel Hespanha, fundando-se na definição que Marx Weber, em 1920, daria à forma de organização do poder característica da modernidade, elenca, de modo esquemático, as seguintes características: centralização do poder; regulação geral e abstrata das situações, a generalização das questões políticas, com a subida de nível do politicamente relevante, para o nível “nacional”, relegando-se, à política abaixo deste nível, a conotação pejorativa de “corporativismo”, “paroquialismo” egoísmo”. HESPANHA, Antônio Manuel. *Caleidoscópio do Antigo Regime*, 1. ed., São Paulo: Alameda, 2012, p. 117-118.

<sup>14</sup> “Como primeira expressão do Estado Moderno vamos observar que a estratégia de construção da nova forma estatal, alicerçada na ideia de soberania vai levar à concentração de todos os poderes

O Estado, então, confundia-se com a figura do monarca, reinando o Absolutismo. Não à toa, Luís XIV, rei da França, diria que “o Estado sou eu”. Contudo, a partir do Iluminismo e da Revolução Francesa, que se seguiu em 1789, através do surgimento da burguesia enquanto poderio econômico<sup>15</sup>, da superação da noção de contrato social hobbesiana mediante as teorias contratuais de John Locke e, especialmente, de Jean-Jacques Rousseau<sup>16</sup>, operou-se uma verdadeira convulsão nas estruturas de poder e naquelas socialmente estabelecidas. Neste sentido, ainda, Alejandro Alvarez lembra ser justamente essa revolução liberal – cujo principal referencial é a Revolução Francesa de 1789 – que torna necessária a assunção e a propagação de uma teoria trans-histórica e suprapolítica do direito, como meio de suplantar a realidade política então dada (ALVAREZ, 2013, p. 106).

Diante da nova ordem instaurada, os conflitos entre o Legislativo – agora sob a égide dos revolucionários – e o Judiciário<sup>17</sup> – naturalmente conservador e acostumado a aplicar o direito segundo costumes e a noção de justo que

---

nas mãos dos monarcas, o que vai originar as chamadas *monarquias absolutistas*, fazendo com que, como sustenta Duguit, a realeza que está nas origens do Estado Moderno associe as concepções latina e feudal de autoridade – *imperium e senhoriagem* – permitindo-se personificar o Estado na figura do rei, ficando na história a frase de Luis XIV, o Rei Sol: *L'État c'est moi* – o Estado sou eu”. STRECK; DE MORAIS, *op. cit.*, p. 44 e 25.

<sup>15</sup> “Com efeito, enquanto instituição centralizada, o Estado, em sua primeira versão absolutista, foi fundamental para os propósitos da burguesia no nascedouro do capitalismo, quando esta, por razões econômicas, “abriu mão” do poder político, delegando-o ao soberano, concretizando-se *mutatis mutandis*, aquilo que Hobbes sustentou no Leviatã. Na virada do século XVIII, entretanto, essa mesma classe não mais se contentava em ter o poder econômico; queria, sim, agora, tomar para si o poder político, até então privilégio da aristocracia”. *Ibidem*, p. 46.

<sup>16</sup> “Segundo a teoria do contrato social de Locke, o Estado nasceria limitado pelos direitos naturais fundamentais – vida e propriedade – que são conservados pelos indivíduos quando de sua criação, de modo que “o consenso é dado aos governantes somente sob a condição de que exerçam o poder dentro dos limites estabelecidos”. (...) Contrapondo Hobbes, para Locke o poder estatal é essencialmente um poder delimitado. O erro do soberano não será a fraqueza, mas o excesso. E, em consequência, para isso, admite o direito de resistência. A soberania absoluta, incontestável, do primeiro cede passo à teoria do pai do individualismo liberal, na qual ainda consta o controle do Executivo pelo Legislativo e controle do governo pela sociedade (cernes do pensamento liberal). (...) Já no terceiro contratualista – Jean-Jacques Rosseau – há um sensível deslocamento da noção de soberania. (...) O princípio que dá legitimidade ao poder é a vontade geral, assim explicado por Rosseau: “Creio poder estabelecer como princípio indiscutível que somente a vontade geral pode dirigir as forças do Estado segundo a finalidade da instituição, que é o bem comum”. *Ibidem*, p.37-39.

<sup>17</sup> “O direito penal das Monarquias Corporativas correspondia à estrutura do sistema político que as enquadrava. Por um lado, no sentido de que, também no domínio da repressão dos comportamentos, se sobrepujam diversos sistemas punitivos – desde o doméstico, o comunitário, o eclesiástico, uma multiplicidade de ordens corporativas. (...) Na sociedade do Antigo Regime, a função da repressão penal era, por isso, ainda mais nitidamente do que hoje, subsidiária de mecanismos quotidianos e periféricos de controle. Isto explicará o caráter pouco efetivo da punição penal (...)”. HESPANHA, *op. cit.*, p. 131.

entendesse pertinentes<sup>18</sup> – eram inevitáveis e, a fim de preveni-los, determinou-se que a função do Juiz passaria a ater-se, estritamente, à letra da lei (TRINDADE, 2006, p. 34 et seq.). Tal concepção dialogava, também, com a clássica teoria da separação de poderes proposta por Montesquieu, que enxergava o funcionamento estatal como um sistema de freios e contrapesos, e buscava conferir maior segurança jurídica (BOBBIO, 2006, p. 40-41).

O que talvez não se imaginasse na época, é que este contexto proporcionaria, na França, as condições de possibilidade para o surgimento natural do positivismo exegético, que estabeleceria uma base de codificações das quais se faria a interpretação através do método instaurado pela Escola da Exegese<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Segundo Hespanha, um traço oposto aos princípios construtivos do Estado Moderno era “o particularismo e pluralismo jurídicos e políticos, ou seja, a consideração da *polis* como um agregado de poderes particulares e da governação como a arte de manter diferente o que era diferente e de o tratar diferencialmente”. HESPANHA, *op. cit.*, p. 119. Ainda, de acordo o historiador, “a sociedade ‘sem Estado’ dos séculos XVI e XVII” carecia de “tudo”: “meios institucionais, meios humanos, domínio efetivo do espaço e, por fim, domínio do próprio aparelho de justiça, expropriado ou pelo “comunitarismo” das justiças populares” ou pelo “corporativismo” dos juristas letrados”. *Ibidem*, p. 134.

<sup>19</sup> Segundo Lenio Luiz Streck: “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 realizada 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 está 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 no 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)”. STRECK, Lenio Luiz. *Aplicar a “letra fria” da lei é uma atitude positivista*. Revista NEJ – Eletrônico. Vol. 15, nº 1, jan-abr, 2010, p. 160.

## 2.2 Do positivismo exegético ao positivismo normativo.

A partir da limitação dos poderes do Magistrado, cuja interpretação deveria se pautar por uma reprodução fiel da letra da lei, e das posteriores codificações – no início do século XIX, em especial com o Código de Napoleão (1804), na França<sup>20</sup> –, o direito natural, gradualmente, dá lugar ao surgimento do positivismo<sup>21</sup> jurídico (ou exegético<sup>22</sup>) (TRINDADE, 2006, p. 35). Na verdade, esta passagem demarca a transição de um direito oriundo da sociedade civil – como é o caso do direito existente na sociedade medieval – para o monopólio estatal desta criação, dentre outras coisas, graças à exigência francamente iluminista em relação ao direito codificado (BOBBIO, 2006, p. 27 e 64). O positivismo retira do jusnaturalismo moderno a ideia de que o Direito é um sistema de normas e poderes. Este direito codificado, contudo, já não possui fundamento na natureza racional das normas, mas, estritamente, na vontade, compreendendo-se o Direito como um conjunto de normas oriundo das decisões do interior da sociedade e posto por atos de poder de modo hierárquico (BARZOTTO, 2009, p. 644).

Para o positivismo, considerando que valores como justiça e bem comum são objeto de dissenso, cumpre assegurar a segurança, “entendida como a possibilidade de preservar as conseqüências jurídicas da própria conduta, pelo conhecimento dos padrões (normas) que o Estado utilizará para avaliá-la” (Ibidem, p. 646). Desse modo, para além da renovação legislativa, papel fundamental, no surgimento do positivismo exegético, foi desenvolvido pelos intérpretes, a quem coube a tarefa de “sepultar de vez” as tradições jusnaturalista e jusracionalista (TRINDADE, 2006, p. 36).

<sup>20</sup> O “princípio da codificação” já se encontrava previsto nos ideais da Revolução Francesa, sendo incluído na Constituição de 1791, como forma de garantir um código de leis comum a todo o reino. Ver. TRINDADE, *op. cit.*, p. 35.

<sup>21</sup> Segundo ensina Luís Fernando Barzotto, “a utilização do termo positivismo se dá para designar correntes filosóficas que se caracterizam pela adesão à realidade e, conseqüentemente, pela rejeição de especulações não justificáveis por uma referência ao dado empírico. (...) Recusa-se, assim, uma postura preocupada em fazer derivar o Direito de outras fontes que não as sociais (jusnaturalismo), ao mesmo tempo, que se renega a fazer depender a existência do Direito de juízos morais particulares”. BARZOTTO, Luis Fernando. *Positivismo jurídico*. In: BARRETO, Vicente de Paula (org.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 642-643.

<sup>22</sup> Para Castanheira Neves, ainda, “positivismo legalista”. STRECK, Lenio Luiz. *Aplicar a “letra fria” da lei...*, *op. cit.*, p. 161.

Dessa forma, observa-se que os grandes responsáveis pela superação do jusnaturalismo, que deixou de existir como tradição jurídica hegemônica, serão os intérpretes da *Escola da Exegese*, que, ao longo do século XIX, estabeleceram um aporte científico ao estudo das codificações, reduzindo-as a “comentários, artigo por artigo, de forma sistemática e metodológica” (Ibidem, p. 37). O método exegético de interpretação, aponta Luis Alberto Warat, constrói a ficção do espírito do legislador, a fim de permitir a determinação do sentido unívoco das palavras da lei. Ocorre, assim, a substancialização de um ente ideal abstrato, que visa à objetivação das decisões e dos juízos de valor do julgador (WARAT, 1979, p. 76).

Como exemplo fundamental da influência que os adeptos dessa Escola causaram sobre a doutrina positivista, aponta-se, por exemplo, a interpretação conferida ao art. 4º do Código Civil Napoleônico, responsável por instituir o princípio da vedação do *non liquet*<sup>23</sup>, onde se lia: *o juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada*.

Na verdade, onde se poderia ler que o Código deixaria aberta “a possibilidade da livre criação do direito por parte do juiz” – ou, ainda, conforme instituía o art. 7º do Código austríaco de 1811, que, nestes casos, *dever-se-á decidir segundo os princípios do direito natural* –, compreendeu-se, ao contrário, que a lei emanava do dogma da onipotência do legislador, ligado, por sua vez, ao dogma da completude do ordenamento jurídico (BOBBIO, 2006, p. 44). Ou seja, criou-se a percepção de que a lei poderia abranger todos os casos de aplicação, inclusive os “extremamente excepcionais”<sup>24</sup>. Dentre os diversos elementos que motivaram o surgimento da Escola da Exegese, tais como a então recente doutrina da separação dos poderes e o respeito pela *autoridade do legislador*, cumpre destacar que os estabelecimentos reorganizados de ensino superior, com efeito, sofriam considerável

---

<sup>23</sup> Faculdade que o juiz teria de se abster de decidir casos, nos quais não esteja clara a decisão a ser tomada, seja por obscuridade, seja por insuficiência da lei.

<sup>24</sup> Conforme Lenio Streck, “conceitos como o de analogia e princípios gerais do direito devem ser encarados também nessa perspectiva de construção de um quadro conceitual rigoroso que representaria as hipóteses – extremamente excepcionais – de inadequação dos casos às hipóteses legislativas”. STRECK, *Aplicar a “letra fria” da lei...*, op. cit., p. 161.

pressão por parte do regime napoleônico, que buscava abolir do ensino jurídico as concepções jusnaturalistas e as teorias gerais do direito (BOBBIO, 2006, p. 78-81).

O ato de interpretação, assim, não tardou em se ver refém de uma concepção racionalista<sup>25</sup>, decorrente, também, da revolução científica, na qual vigia a pretensão de certeza, adquirida através da utilização de métodos e critérios capazes de garantir exatidão e segurança (TRINDADE, 2006, p. 37). Além disso, o fato de o direito filiar-se a uma concepção rigidamente estatal e positiva fazia com que as próprias codificações reduzissem as fontes do direito à lei<sup>26</sup>, subordinando-se o intérprete ao código (Ibidem, p. 37).

Neste sentido, André Karam Trindade delinea a distinção entre as posturas jusnaturalista e positivista:

Cumprir referir, aqui, que a expressão *positivismo* serve para designar aquelas correntes filosóficas que se caracterizam pela adesão à realidade e pela rejeição de especulações não justificáveis por uma referência ao dado empírico, tendo em vista que o termo *positivo* pretende afirmar o valor do mundo objetivo, dado, posto, real, em relação àquele meramente pensado, desejado ou valorizado por um sujeito qualquer.

Assim sendo, ao contrário do jusnaturalismo, que pretendia poder afirmar a natureza racional de algumas normas, o positivismo afirmará que o direito é o resultado dos atos de vontade identificados socialmente, repudiando a ideia de que ele possa derivar da razão, haja vista que não há uma ordem no mundo que dê sustentação a essas normas, não uma *natureza humana* ou *natureza das coisas* que possa ser assumida como fonte de normas.

Tendo em vista tal contexto, no qual se verifica a preocupação do positivismo com a necessidade de superar a metafísica a partir da realidade, entendida como tudo o que estivesse ao alcance da razão, e, ao mesmo tempo, pudesse ser evidenciado através da experiência e da demonstração analítica, o direito passa a ser concebido como um conjunto de normas, de conteúdo arbitrário, promulgadas de modo formalmente correto (Ibidem, p. 39-40).

<sup>25</sup> Arthur Schopenhauer (1788-1860), ao descrever o mundo como vontade e representação naquela que ficou conhecida como uma de suas grandes obras, afirma que “o princípio da razão é a expressão geral de todas estas condições formais do objeto, conhecidas *a priori*; todo o conhecimento *a priori* se resume ao conteúdo deste princípio, (...) nele está concentrada toda a certeza da nossa ciência *a priori*. (...) Ele é a condição de todo objeto possível”. SCHOPENHAUER, Arthur. *O mundo como vontade e representação*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001, p. 12.

<sup>26</sup> “A partir de então, a função de complementaridade 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””. *Ibidem*, p. 160.



Conseqüentemente, a hermenêutica, no seio do positivismo exegético, vinculava-se à concepção *tradicional*, na qual a linguagem, “é uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito cognoscente e o objeto a ser conhecido, isto é, uma espécie de instrumento ou veículo condutor de essências e corretas exegeses dos textos legais” (Ibidem, p. 47). Essa concepção é, naturalmente, vinculada à filosofia da consciência, onde o sujeito cognoscente, face ao objeto estudado, estabelece as condições de interpretação e de aplicação do direito (Ibidem, p. 48), mediante a utilização instrumental da linguagem. A norma, neste padrão, conteria um sentido *unívoco*, a ser reproduzido pelo intérprete, cuja função é a de assegurar a objetividade e a precisão dos resultados<sup>27</sup>. A aplicação, por sua vez, se dá através do silogismo lógico-dedutivo, que é um argumento composto de três proposições, sendo a terceira (conclusão) baseada nas duas primeiras (premissa maior e premissa menor).

Contudo, a partir do fortalecimento da hermenêutica enquanto metodologia, especialmente a partir da obra de Emilio Betti, fortalece-se a concepção de que existem diversas respostas corretas a um caso, na medida em que, ao dispor de diversas técnicas de interpretação<sup>28</sup>, competiria ao intérprete “escolher subjetivamente os métodos a serem empregados” (Ibidem, p. 59), o que permite o alcance de soluções distintas e fundadas, basicamente, na discricionariedade de cada julgador. Em outras palavras, “se perceberá que aquilo que está escrito nos Códigos não cobre a realidade” (STRECK, 2010a, p. 160).

Esta concepção conduz, gradativamente, à passagem do positivismo exegético para o positivismo normativo kelseniano, fomentado, este, pelo crescimento do poder regulatório do Estado – a partir das primeiras décadas do século XX, com auge nas décadas de 30 e 40 – e pela falência dos modelos sintático-semânticos de interpretação da codificação (Ibidem, p. 161). Em tal cenário,

---

<sup>27</sup> “Com efeito, é justamente em face da consolidação da doutrina positivista que se vincula a interpretação do direito aos dogmas da *voluntas legis* (vontade ou espírito da lei) e da *voluntas legislatoris* (vontade ou espírito do legislador)”. TRINDADE, *op. cit.*, p. 48-49.

<sup>28</sup> Neste sentido, Lenio Luiz Streck, junto com Luis Alberto Warat, identifica uma série de métodos ou técnicas interpretativas, como, por exemplo: método gramatical, método exegético, método histórico, método dogmático, método comparativo, método da escola científica francesa, método do positivismo sociológico, método da escola livre de direito, método teleológico, método do positivismo fático, método ecológico, método tópico-retórico. *Ibidem*, p. 58.

portanto, é que surge o problema da indeterminação do sentido do direito, dando azo à ascensão do positivismo normativista<sup>29</sup>.

Para tanto, basta ver que Hans Kelsen, em *A teoria pura do direito*, reconhece a pluralidade de significações da palavra, assim como a impossibilidade de se atingir um sentido unívoco da norma (KELSEN, 1994, p. 389). Kelsen, portanto, entendendo ser incontrolável a subjetividade do intérprete no processo hermenêutico (Ibidem, p. 387-388), dedicar-se-á à elaboração de uma teoria pura do direito, relegando sua aplicação à *política*<sup>30</sup> (Ibidem, p. 393). Kelsen conceberá, ainda, a noção de que a interpretação deveria ater-se à moldura prefixada pela norma (Ibidem, p. 388 e 390): “a interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: *a interpretação correta*” (Ibidem, p. 396).

Neste sentido, no Oitavo Capítulo da Teoria Pura do Direito, o autor afirma que:

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – tem igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito (Ibidem, p. 390-391).

---

<sup>29</sup> Kelsen compreendia que o justo não poderia ser previamente determinado, uma vez que juízos de valor são argumentos morais e, portanto, relativos: “Em vista, porém, da grande diversidade daquilo que os homens efetivamente consideram como bom ou mau, justo ou injusto, em diferentes épocas e nos diferentes lugares, não se pode determinar qualquer elemento comum aos conteúdos das diferentes ordens morais”. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 73. Com efeito, Kelsen, ao separar a ciência do direito da moral, ripristina a separação que John Austin promovia entre direito e moral, tratando do direito como um setor social perfeitamente distinto da moral e, por conseguinte, das classificações de justiça ou injustiça das leis. COMPARATO, Fábio Konder. *Sobre a legitimidade das constituições*. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LXXX. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 190.

<sup>30</sup> “A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a “correta”, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, mas um problema de política do Direito”. *Ibidem*, p. 393. Não à toa, Kelsen irá se debruçar sobre um campo anterior ao da aplicação do direito, qual seja, o da Teoria do Direito, “ou em termos kelsenianos, da Ciência do Direito”, a fim de garantir o seu rigor lógico. Cf. STRECK, *Aplicar a “letra fria” da lei...*, op. cit., p. 161.

Em suma: para Kelsen, inexistia critério apto a determinar a correção de uma das possibilidades inscritas na moldura do direito a aplicar frente a outra: qualquer delas seria igualmente válida e correta.

Com efeito, conforme veremos adiante, a partir do próximo capítulo, esta concepção positivista encontra amparo no imaginário segundo o qual a aplicação ocorre em um momento separado – e posterior ao – da interpretação (TRINDADE, 2006, p. 61). Kelsen estipula, então, a norma enquanto marco aberto de possibilidades: o juiz conhece a multiplicidade de opções que ela lhe ofereceu para, então, dar conteúdo a sua sentença ao criar uma solução *ad hoc*, na medida em que escolhe uma de tais opções (CÁRCOVA, apud, TRINDADE, op. cit., p. 69). Isto é, Kelsen concebia a interpretação como ato de vontade do intérprete<sup>31</sup>: “na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas” (KELSEN, op. cit., p. 394).

Entretanto, a partir do giro ontológico-linguístico e da invasão da filosofia pela linguagem – e precisamente isto é o que se pretende sustentar neste breve estudo – sabe-se que, se por um lado não se está diante de um sentido unívoco do texto, por outro, tampouco se lhe pode atribuir *qualquer sentido*, uma vez que, assim como o intérprete compreende, ele interpreta e aplica (e isso é indissociável de uma pré-compreensão)<sup>32</sup>. Na verdade, o intérprete, ao debruçar-se sobre o texto, não o faz *sozinho no mundo*, à maneira do sujeito solipsista, pois os elementos da linguagem, da pré-compreensão e da própria tradição são de influência inegável. Em outros termos: é possível definir se uma decisão está correta ou não, especialmente quando se está inserido no paradigma do Estado Democrático de Direito, norteado por uma constituição normativa<sup>33</sup>, repleta de princípios e de garantias

<sup>31</sup> “A obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária”. KELSEN, *A teoria pura do direito*, op. cit., p. 392-393.

<sup>32</sup> “É imprescindível reler as páginas 86, 87 e 88 de *Ser e tempo*. Estas páginas finais do notável § 18 mostram, com extrema clareza, como a construção do estar-aí foge da “matriz disciplinar” (expressão de Kuhn para designar o seu segundo sentido de paradigma) da tradição metafísica, do paradigma da subjetividade e da Filosofia transcendental”. STEIN, Ernildo. *As ilusões da transparências: dificuldades com o conceito de mundo da vida*. 2. ed. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2012, p. 121.

<sup>33</sup> De acordo com J. J. Gomes Canotilho: “a dimensão normativa aponta para o fim do acto e para a sua *intencionalidade*: criação de *normas jurídicas*. Quer dizer: os princípios fundamentais de uma “ordem de domínio” e de uma “estrutura básica de justiça” não são de mera natureza “existencial”,

fundamentais<sup>34</sup>. Inspirado nisto, Lenio Streck defende a possibilidade de se alcançar uma *resposta hermenêuticamente adequada à Constituição* ou, ainda, uma *resposta constitucionalmente adequada*, a partir do exame de cada caso (STRECK, 2010a, p. 164).

No bojo desta discussão, a hermenêutica passa a desempenhar papel fundamental no âmbito do Direito, o que, aliado ao Estado Democrático de Direito e à normatividade das Constituições, militará contra a tomada de decisões *ad hoc* e impossibilitará, ao intérprete, lançar mão de decisionismos e discricionariedades no processo de interpretação e aplicação da lei.

---

“decisionística” ou “valorativa”: são princípios aceites e intencionalmente queridos (de forma implícita ou explícita) como normas de uma constituição”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 66.

<sup>34</sup> “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”. STRECK, *Aplicar a “letra fria” da lei...*, *op. cit.*, p. 163.

### 3 A viragem hermenêutica e o giro ontológico-linguístico.

A palavra *hermenêutica*, na forma como a conhecemos, remete à Mitologia grega, segundo a qual o semi-deus Hermes foi incumbido da tarefa de ser mensageiro dos Deuses<sup>35</sup>. Neste sentido, portanto, aos mortais, via de regra não era dado saber o que os Deuses disseram, senão aquilo que *Hermes-disse-que-os-Deuses-disseram*. Muito embora sua etimologia conserve-se “obscura”, Martin Heidegger identifica que “a palavra ἑρμηνευτική [hermenêutica] deriva de ἑρμηνεύειν, ἑρμηνεία, ἑρμηνεύς [interpretar, interpretação, intérprete]” (HEIDEGGER, 2012b, p. 15).

Ainda de acordo com Heidegger, o conceito originário de hermenêutica encontrava-se já presente em Platão, quando afirmava que “os poetas são somente os “mensageiros” dos deuses”. Portanto, afirma Heidegger, “dos rapsodos, cujo trabalho consiste em recitar os poetas, se diz: Não sereis vós os mensageiros dos mensageiros?”. Ora, ἑρμηνεύς [intérprete], continua o filósofo, nada mais é do que “aquele que comunica, aquele que informa alguém a respeito do que o outro “pensa”, isto é, aquele que transmite, aquele que reproduz a comunicação, a notícia”<sup>36</sup> (Ibidem, p. 15-16).

De uma perspectiva filosófica, a hermenêutica ocupa-se do processo de interpretação e de compreensão do indivíduo perante o mundo – ou os fatos<sup>37</sup> (a compreensão, afinal, começa aí onde algo nos interpela) (GADAMER, 1997, p. 447). Assim como ocorria com os mortais, na Antiga Grécia, pode-se afirmar que, ao sujeito, jamais é dado ter acesso à essência dos fatos ou das *coisas*, senão àquilo que o intérprete, através da linguagem, desvelar.

Para Hans-Georg Gadamer:

<sup>35</sup> “[A palavra hermenêutica] Está relacionada com Ἑρμῆς [Hermes], o nome do deus mensageiro dos deuses”. HEIDEGGER, Martin. *Ontologia (Hermenêutica da faticidade)*. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 15.

<sup>36</sup> “Ou seja, hermenêutica é a notificação do ser de um ente em seu ser em relação a... (mim)”. HEIDEGGER, Martin. *Ontologia (Hermenêutica da faticidade)*, p. 16.

<sup>37</sup> Noção esta adquirida com a *Filosofia Hermenêutica* de Heidegger, em que o autor se debruça sobre a *Faticidade*, transportando a Hermenêutica de uma concepção limitada à interpretação de textos e remetendo-a à compreensão da faticidade e à existência do *Ser-aí (Dasein)*. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 240. O movimento da compreensão vai constantemente do todo à parte e desta ao todo. (...) O critério correspondente para a correção da compreensão é sempre a concordância de cada particularidade com o todo. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 436.

Hermenêutica é, antes de tudo, uma prática, a arte de compreender e de fazer compreensível. Ela é a alma de todo ensino que quer ensinar a filosofar. O que aí tem de ser exercitado é o ouvido e a sensibilidade para com as predeterminações, preconcepções e prefigurações contidas nos conceitos (na autoapresentação 1975, em *Verdade e Método II*) (FLICKINGER, 2014, p. 30).

Com efeito, é somente a partir de M. Heidegger – e de sua *filosofia hermenêutica* – que, no século XX<sup>38</sup>, o estudo da hermenêutica assume papel fundamental nas chamadas *ciências do espírito*, conforme explicita Hans-Georg Flickinger:

A grande virada do entendimento da hermenêutica aconteceu no início do século XX, quando ela tomou um rumo inesperadamente crítico diante de sua até então favorecida instrumentalização metodológica. A partir da ruptura radical com a orientação anterior através da fenomenologia de E. Husserl e da filosofia de M. Heidegger, o cenário sofreu uma reviravolta que definiu a quarta etapa do avanço da hermenêutica. Foi, antes de tudo, a análise heideggeriana que abalou os debates filosóficos da época. Sob a etiqueta “filosofia hermenêutica”, a obra-prima *Ser e Tempo* (1920) reapresentava a antiga questão da existência do homem no mundo,

---

<sup>38</sup> A teoria filosófica e hermenêutica heideggeriana tampouco estava dissociada do contexto cultural e temporal em que o autor se viu inserido: “com efeito, depois das crises das teorias globais – sobretudo das teorias ligadas ao pensamento absoluto –, iniciou-se na Europa uma espécie de desagregação do pensamento filosófico. Essa desagregação se deve em parte ao surgimento das ciências humanas que começavam a se afirmar com autonomia. No meio dessa desagregação, começam a surgir, nos anos 1910 e 1920, as neofilosofias (neokantismo, neoaristotelismo, neohegelianismo, neomarxismo etc.) É o campo propício para o Renascimento e o retorno às teorias do conhecimento, chamadas epistemologias. O problema fundamental da Filosofia nos anos 1920 era, pois, o problema da justificação do conhecimento. Duas tendências básicas se sobressaem: uma, que vai em direção da lógica e da linguagem, daí se desenvolvendo, por exemplo, a Escola de Viena; de outro lado, uma corrente filosófica que teve sua origem em autores que não aceitavam as explicações científicas ou puramente logicistas. A corrente principal que aí se coloca é a fenomenologia de Edmund Husserl. Quando Heidegger entrou em contato com a fenomenologia de Husserl, rapidamente percebeu que ali se apresentava o início de uma possibilidade de recomeço da Filosofia, desde que fossem feitos alguns corretivos na fenomenologia vigorante, ainda prisioneira do esquema sujeito-objeto. É isso que chama primeiro a atenção de Heidegger: a idéia husserliana de quer construir um eu transcendental, novamente um sujeito superempírico – não ao modo de Kant –, mas que serviria de fundamento do conhecimento. E foi exatamente o contato com a escola histórica alemã (Dilthey, sobretudo, e Bergson, na França) e com a tradição que apresentava uma certa interpretação das tendências e compreensão da bíblia, que fez com que Heidegger anteviesse as possibilidades de um novo modo de pensar, que se afastasse da metafísica e que pensasse a situação concreta do ser humano. Heidegger via esses elementos novos na Filosofia, isto é, para ele a Filosofia não deveria simplesmente se ocupar com objetos, mas a partir daí poder construir pela primeira vez o fundamento do conhecimento, que não fosse mais um fundamento absoluto próprio das teorias metafísicas (*fundamentum inconcussum absolutum veritatis*), e que não implicasse mais uma teoria de dois mundos”. STRECK, Lenio Luiz. *Heidegger, Martin, 1889-1976*. In: BARRETO, Vicente de Paula (org.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 426.

vinculando-a intimamente àquela do lugar do homem no tempo e na linguagem (Ibidem, p. 22).

Isto porque o pensamento grego acerca da hermenêutica – e para o qual se voltam tanto Heidegger quanto Gadamer, a fim de aprimorar o seu conceito – permaneceu “durante séculos, marginalizado” (Ibidem, p. 18), na medida em que foi suplantado pelo conflito teológico em torno da interpretação das Sagradas Escrituras<sup>39</sup>. Assim, a hermenêutica viu-se, inicialmente, limitada à interpretação de textos<sup>40</sup>. Neste sentido, ao longo da Idade Média, seu emprego restringiu-se ao universo canônico, relativo à exegese da Bíblia (STRECK, 2011a, p. 237). As regras de interpretação eram estabelecidas pelos “padres da Igreja na época do primeiro cristianismo”, contra o que se insurgiu Martinho Lutero, sob a idéia de que *scriptura sagrada sui ipsius interpres*<sup>41</sup>, isto é, “que as Sagradas Escrituras devem ser interpretadas só a partir delas mesmas” (FLICKINGER, 2014, p. 18).

H.-G. Flickinger relata que o “reformador incentivava os fiéis a buscar as respostas às suas perguntas no confronto direto com os textos sagrados”. Contudo, o que acabava prevalecendo era a concepção metodológica de interpretação, voltada a garantir a veracidade do conteúdo final elaborado nesse processo (Ibidem, p. 18-19).

É somente com o advento da Modernidade, a partir do Renascentismo e da Reforma Protestante, que o termo passa a assumir outro papel nas ciências

---

<sup>39</sup> Para M. Heidegger, “Agostinho produz a primeira “hermenêutica” em estilo grandioso. (...) “Mediante quais armas haverá o homem de realizar a interpretação de passagens da Escritura que não estejam claras: com o temor de Deus, com o cuidado único de buscar na Escritura a vontade de Deus. Formado na piedade, para que não tenha prazer em disputas verbais; provido de conhecimentos lingüísticos, para que não fique em suspenso diante de palavras ou locuções desconhecidas; dotado com o conhecimento de certas objetualidades e acontecimentos naturais que venham a se inserir a propósito de ilustração, para que não deixe de ver sua fraqueza demonstrativa, apoiada no conteúdo de verdade...” HEIDEGGER, *Ontologia (Hermenêutica da faticidade)*, op. cit., p. 18.

<sup>40</sup> Esta noção também está presente em Gadamer, quando afirma “antes era coisa lógica e natural que a tarefa da hermenêutica fosse a de adaptar o sentido de um texto à situação concreta a que este fala”. GADAMER, *Verdade e Método*, op. cit., p. 460.

<sup>41</sup> “A pressuposição da hermenêutica bíblica – na medida em que a hermenêutica bíblica interessa enquanto pré-histórica da hermenêutica moderna das ciências do espírito – é o princípio escriturístico da Reforma. O ponto de vista de Lutero é mais ou menos o seguinte: a Sagrada Escritura é *sui ipsius interpres*. Não se tem necessidade da tradição para lograr uma compreensão adequada dela, nem tampouco de uma técnica interpretativa ao estilo da antiga doutrina do quádruplo sentido da Escritura, já que sua literalidade possui um sentido unívoco, que deve ser intermediado por ela própria, o *sensus literalis*”. Ibidem, p. 274-275.

humanas – ainda que distante daquele trazido à tona pela *filosofia hermenêutica* heideggeriana:

(...) a transição do medievo para a modernidade passou a alterar este panorama por dois motivos: primeiro, em virtude do descobrimento de escritos profanos – proibidos durante a Idade Média – e a necessidade de interpretação e entendimento destes escritos; no contexto da Reforma, a necessidade de se buscar uma outra justificativa para a interpretação da bíblia que não estivesse reduzida à oficial, imposta pela Igreja (STRECK, 2011a, p. 237).

Neste período, os estudos da hermenêutica dividiam-se em *hermenêutica teológica*, *hermenêutica filológica* e *hermenêutica jurídica*, cada qual, contudo, voltada ao seu campo de atuação, debruçando-se, especialmente, sobre a interpretação de textos sagrados, de clássicos gregos ou de compilações romanas (Ibidem, p. 237-238).

Todavia, conforme aponta H.-G. Gadamer, já é possível identificar, neste momento, os três conceitos fundamentais da hermenêutica – *compreensão*, *interpretação* e *aplicação* –, no qual o *problema hermenêutico da aplicação* ocupava um “lugar sistemático”<sup>42</sup>:

Na velha tradição da hermenêutica, que se perdeu completamente na autoconsciência histórica da teoria pós-romântica da ciência, este problema [o problema hermenêutico da aplicação] ainda ocupava um lugar sistemático. O problema hermenêutico se dividia como segue: distingue-se uma *subtilitas intelligendi*, compreensão, de uma *subtilitas explicandi*, interpretação, e, durante o pietismo, se acrescentou como terceiro componente a *subtilitas applicandi*, a aplicação (por exemplo, em J. J. Rambach). Esses três momentos deviam perfazer o modo de realização da compreensão (GADAMER, 1997, p. 459).

Esta citação de Gadamer remete a dois pontos: o primeiro é a influência romântica – especialmente do romantismo alemão, quando Friedrich Schleiermacher introduz o *Círculo Hermenêutico*, com fundo metodológico<sup>43</sup>; o segundo é que, na

<sup>42</sup> Cf. STRECK, *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 238.

<sup>43</sup> Aqui, cumpre registrar, com Lenio Luiz Streck, que a Hermenêutica, historicamente, se desenvolveu em uma dupla perspectiva, uma *teórica* e outra *metodológica*: “Há uma perspectiva teórica que procura descrever como o processo de *interpretação* e *compreensão* acontece; que tipo de conhecimento é esse; como esse conhecimento se articula no interior da dualidade que rege as teorias do conhecimento que opõem sujeito e objeto – em que se afirma haver em toda relação de conhecimento um sujeito que conhece e um objeto que é conhecido, sendo objetivo das teorias do conhecimento descrever como essa oposição se resolve na mente, no sujeito que conhece. Essa



velha tradição hermenêutica, concebia-se de modo apartado os três elementos fundamentais do problema hermenêutico, isto é, *compreensão*, *interpretação* e *aplicação* constituíam etapas cindidas do processo interpretativo<sup>44</sup>.

A partir do romantismo, portanto, “a hermenêutica assumirá contornos mais sofisticados” (STRECK, 2011a, p. 238), pois se reconhece a unidade interna da compreensão (*intelligere*) e da interpretação (*explicare*). Schleiermacher, no interior de seu Círculo Hermenêutico<sup>45</sup>, estabelece que a interpretação “não é um ato posterior e oportunamente complementar à compreensão, porém, compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão” (GADAMER, 1997, p. 459 e 439). No fundo, Schleiermacher pretendia que “a interpretação preservasse o sentido correto, tal qual o autor determinou ao texto”<sup>46</sup>, tratando-se a compreensão da “re-produção de uma produção originária” (STRECK, 2011a, p. 238; GADAMER, 1997, p. 433). Posteriormente, tal pretensão foi duramente rechaçada por Gadamer:

---

seria uma perspectiva *teórica* da hermenêutica. Por outro lado, há também uma perspectiva *prescritiva* (prática) na medida em que essa descrição visa atingir um resultado: procura estabelecer regras e métodos que conformem de tal modo o processo de interpretação e compreensão que torne possível reduzir os erros e mal entendidos que possam surgir da leitura dos textos”. Conforme se verá adiante, o intento de Schleiermacher, ao formar o *Círculo Hermenêutico*, era o de criar um método de interpretação mais seguro, em que a vontade (ou o sentido) do autor do texto pudesse ser capturada pelo intérprete. Esta concepção, no entanto, é bastante distinta daquela promovida pela filosofia hermenêutica heideggeriana, que, ao se apropriar da idéia de Círculo Hermenêutico, promove uma alteração tão significativa que o método não mais será útil na captura das estruturas da compreensão, pois “sempre chega tarde”. STRECK, *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 234 e 242.

<sup>44</sup> De todo modo, Gadamer afirma, no primeiro volume de *Verdade e Método*, que tanto na hermenêutica filológica, quanto na hermenêutica jurídica a aplicação devia ser reconhecida como momento integrante da compreensão, na medida em que o “texto, lei ou mensagem de salvação, se se quiser compreendê-lo adequadamente, isto é, de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, tem de ser compreendido em cada instante, isto é, em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar”. GADAMER, *Verdade e Método*, op. cit., p. 461.

<sup>45</sup> Com efeito, o movimento circular da compreensão, segundo Schleiermacher, vai e vem pelos textos, e quando a compreensão dos mesmos se completa, ele é suspenso. Conseqüente, a teoria da compreensão de Schleiermacher culmina numa teoria do ato adivinhatório, mediante o qual o intérprete se funde por inteiro no autor e resolve, a partir daí, tudo o que é estranho ou estranhável no texto. A estrutura circular da compreensão, portanto, inseria-se na moldura de uma relação formal entre o individual e o todo. *Ibidem*, p. 439.

<sup>46</sup> Nas palavras de Gadamer: “segundo ele [Schleiermacher], o saber histórico abre o caminho que permite suprir o que foi perdido e reconstruir a tradição, na medida em que nos devolve o ocasional e o originário. Assim, o empenho hermenêutico se orienta para a recuperação do “ponto de conexão” com o espírito do artista, que é o que deve fazer inteiramente compreensível o significado de uma obra de arte; procede como, fora isso, o faz ante textos, procurando re-produzir o que foi a produção original do autor”. Do mesmo modo, Savigny, em estudo datado de 1840, descreveu a tarefa hermenêutica como puramente histórica, ignorando a tensão entre sentido jurídico originário e atual. Cf. GADAMER, *Verdade e Método*, p. 266 e 484-485.

É completamente errôneo fundamentar a possibilidade de compreender textos na pressuposição da “congenialidade” que uniria criador e intérprete. Se isso fosse assim, as ciências do espírito estariam em maus lençóis. O milagre da compreensão consiste, antes, no fato de que não é necessária a congenialidade para reconhecer o que verdadeiramente significativo e o sentido originário de uma tradição (GADAMER, 1997, p. 464).

Gadamer também entendia que a “reconstrução das condições originais, tal qual toda restauração, é, face à historicidade de nosso ser<sup>47</sup>, uma empresa impotente”<sup>48</sup>. Isto se dá porque a condição do intérprete é indissociável de sua historicidade e da *pré-compreensão*<sup>49</sup>.

De qualquer modo, ainda que atrelada ao método e à noção de interpretação restrita ao texto, a contribuição de F. Schleiermacher através do Círculo Hermenêutico foi notável – assim como de Wilhelm Dilthey para a recuperação da diferenciação entre as ciências naturais e as sociais e humanas –, na medida em que a hermenêutica retomou a condição de “autêntico método científico das ciências humanas e sociais, firmando-se, assim, a particularidade de seus procedimentos” (FLICKINGER, 2014, p. 21). Tal característica se perdera ao longo do século XVIII, quando a linha metodológica entre as ciências atenuou-se – e, até mesmo, confundiu-se – e os debates referentes à hermenêutica pautavam-se pela invasão do método das ciências naturais, mediante a crença de legitimação científica e do alcance de um conhecimento objetivo-racional (Ibidem, p. 19-20).

Com efeito, W. Dilthey foi um dos principais responsáveis pelo processo de emancipação metodológica das ciências do espírito, uma vez que passa a empregar, no século XIX, “o termo hermenêutica para designar a exploração e formação da estrutura metodológica destas ciências, que estão baseadas num processo *de compreensão*, enquanto que as Ciências Naturais – que receberam seu fundamento filosófico a partir da *Crítica da Razão Pura* de Kant – estariam baseadas em processos de *explicação*, desenvolvidos através de uma sistemática que envolve *causas e efeitos*” (STRECK, 2011a, p. 235).

<sup>47</sup> Afinal, um pensamento verdadeiro histórico tem de pensar ao mesmo tempo a sua própria historicidade, dirá Gadamer. *Ibidem*, p. 448.

<sup>48</sup> Cf. GADAMER, *Verdade e Método*, p. 266.

<sup>49</sup> Conforme Gadamer, a *pré-compreensão* não pode ser produto do procedimento compreensivo, porque é, evidentemente, anterior a ele. *Ibidem*, p. 491.

De qualquer modo, o século XIX se viu dominado pela concepção instrumental da hermenêutica (FLICKINGER, 2014, p. 21), finalmente superada pelo que, com Lenio Luiz Streck, iremos denominar “giro ontológico-linguístico” (Heidegger-Gadamer)<sup>50</sup>, quando o termo “hermenêutica passará por uma transformação e será utilizado em uma conotação que nunca havia sido pensado antes em toda história da filosofia” (STRECK, 2011a, p. 235), através do caráter definitivo da revolução nas *ciências do espírito* resultante da invasão da linguagem, de sua compreensão enquanto condição de possibilidade para o estar-aí e o ser-no-mundo e da ontologia fundamental<sup>51</sup>, defendidas na *filosofia hermenêutica* heideggeriana, bem como na *hermenêutica filosófica* gadameriana.

Com efeito, M. Heidegger perceberá que “toda compreensão se encontra fundamentada em uma compreensão que o ser humano tem de si mesmo, enquanto ser histórico dotado de existência” (Ibidem, p. 235), isto é, a dimensão hermenêutica inaugurada pelo filósofo alemão passa a fundamentar a própria existência: “compreender a nós mesmo e a nossa história é condição de possibilidade para que possamos compreender textos, palavras, históricas etc.” (Ibidem, p. 236).

Para M. Heidegger:

A hermenêutica tem como tarefa tornar acessível o ser-aí próprio em cada ocasião em seu caráter ontológico do ser-aí mesmo, de comunicá-lo, tem como tarefa aclarar essa alienação de si mesmo de que o ser-aí é atingido. Na hermenêutica configura-se ao ser-aí como uma possibilidade de vir a *compreender-se* e de ser essa compreensão.

Tal compreensão, que se origina na interpretação, é algo que não tem nada a ver com o que geralmente se chama de compreender, um modo de conhecer outras vidas; não é nenhum entreter-se com... (intencionalidade), mas um *como do ser-aí* mesmo; deve ser fixado terminologicamente como o *estar desperto* do ser-aí para si mesmo (HEIDEGGER, 2012b, p. 21).

<sup>50</sup> Momento em que o conceito de compreensão rompe o círculo traçado pela hermenêutica romântica, na medida em que já não se refere à individualidade e suas opiniões, mas à verdade da coisa. Assim, um texto não é entendido como mera expressão vital, mas é levado a sério na sua pretensão de verdade. Cf. GADAMER, *Verdade e método*, p. 444.

<sup>51</sup> Conforme Alejandro Bugallo, Paul Ricoeur dirá que “*Sein und Zeit* destaca que “a questão esquecida é a questão do sentido do ser”, razão por que “a questão ontológica é uma questão fenomenológica”. Com efeito, Ricoeur defende que a filosofia hermenêutica de Heidegger, apesar de superar a interpretação husserliana da fenomenologia, “edifica-se com base na fenomenologia e preserva, assim, aquilo de que, no entanto, ela se afasta: a fenomenologia permanece o *inultrapassável* pressuposto da hermenêutica. Por outro lado, a própria fenomenologia não se pode constituir sem um pressuposto hermenêutico”. BUGALLO, Alejandro. *Ricoeur, Paul, 1913-2005*. In: BARRETO (org.), *Dicionário de Filosofia do Direito*, op. cit., p. 729 e 731.

Portanto, o “tema da investigação hermenêutica é o ser-aí próprio em cada ocasião, justamente por ser hermenêutico, questiona-se sobre o caráter ontológico, a fim de configurar uma atenção a si mesmo bem enraizada” (Ibidem, p. 22). Heidegger desenvolve a ideia de *faticidade* – “designação para o caráter ontológico de “nosso” *ser-aí* “próprio” ou “nosso ser-aí próprio em cada caso” – e dá novo significado ao conceito alemão *Dasein*, tradicionalmente designador de existência (sentido em que é empregado por filósofos da tradição metafísica, como é o caso de Kant) (Ibidem, p. 13 e 28). Heidegger, muito embora conserve o significado de existência do termo, o faz no sentido “daquele ente que, entre todos os outros, *existe*, que é o ser humano” (STRECK, 2011a, p. 236), isto é, somente o *Dasein* existe, “porque existência implica possibilidade, projetos”, de que apenas os seres humanos desfrutam (Ibidem, p. 236). É no *Dasein* que o homem desdobra seu ser (HEIDEGGER, 2012c, p. 261).

Neste sentido, Heidegger confere nova estrutura circular ao Círculo Hermenêutico<sup>52</sup> de Schleiermacher, “não mais ligado à interpretação de textos, mas à compreensão da faticidade e existência do *Ser-aí*” (Ibidem, p. 240). Essa estrutura encontra-se bem definida nas seguintes palavras de Lenio Streck:

O fato de podermos dizer que algo *é*, já pressupõe que tenhamos uma compreensão, ainda que incerta e mediana. E mais! Só nos relacionamos com algo, agimos, direcionamos nossas vidas na medida em que temos uma compreensão do ser. Ao mesmo tempo, só podemos compreender o ser na medida em que já nos compreendemos em nossa *faticidade* (Ibidem, p. 240).

A faticidade, entretanto, sempre deixa “escapar algo”. Segundo Heidegger:

O ser da vida fática mostra-se no que *é* no como do ser da *possibilidade de ser* de si mesmo. A possibilidade *mais própria* de si mesmo que o ser-aí (a faticidade) *é*, e justamente sem que esta esteja “aí”, será denominada existência (HEIDEGGER, 2012b, p. 22).

---

<sup>52</sup> “Heidegger descreve esse círculo de uma forma tal que a compreensão do texto se encontre determinada, continuamente, pelo movimento de concepção prévia da pré-compreensão. O círculo do todo e das partes não se anula na compreensão total, mas nela alcança sua mais autêntica realização. O círculo, portanto, não é de natureza formal. Não é nem objetivo, nem subjetivo, descreve, porém, a compreensão como a interpretação do movimento da tradição e do movimento do intérprete”. GADAMER, *Verdade e método*, op. cit., p. 439.

A respeito da virada introduzida no conceito de círculo hermenêutico, Heidegger, já consignando a necessidade de superação da pré-compreensão no ato de interpretar, afirmará:

O círculo não deve ser degradado a círculo vicioso, mesmo que este seja tolerado. Nele vela uma possibilidade positiva de conhecimento mais originário, que, evidentemente, só será compreendido de modo adequado, quando a interpretação compreendeu que sua tarefa primeira, constante e última permanece sendo a de não receber de antemão, por meio de uma 'feliz ideia' ou por meio de conceitos populares, nem a posição prévia, nem a visão prévia, nem a concepção prévia (*Vorhabe, Vorsicht, Vorbegriff*), mas em assegurar o tema científico na elaboração desses conceitos a partir da coisa, ela mesma (GADAMER, 1997, p. 401).

No mesmo sentido, Heidegger estabelece uma *diferença ontológica* entre ser e ente, tendo em vista que o ente só é descoberto no seu ser (HEIDEGGER, 2012c, p. 251) e que “o homem só compreende o *ser* na medida em que pergunta pelo *ente*” (STRECK, 2011a, p. 240-241). Neste passo, o homem dirige a pergunta ao ente, na perspectiva de compreendê-lo em seu *ser* (Ibidem, p. 241). A interpretação, diante de tal contexto, resultará sempre da compreensão que temos do *ser-dos-entes* (Ibidem, p. 241): “originariamente o *Ser-aí* compreende o ente em seu ser e, de uma forma derivada, torna explícita essa compreensão através da interpretação. Na interpretação procuramos manifestar onticamente aquilo que foi resultado de uma compreensão ontológica. A interpretação é o momento discursivo-argumentativo em que falamos dos entes (processo, Direito etc.) pela compreensão que temos de seu *ser*” (Ibidem, p. 241).

Com efeito, Gadamer irá dizer que “não existe uma primeira palavra; todavia, aprendendo, enfiamo-nos na língua e no mundo”, atribuindo à língua o papel de “meio da descoberta de nosso pensamento” (FLICKINGER, 2014, p. 52). O mesmo princípio que irá fazer Heidegger erigir a linguagem à condição de “morada do ser”. Gadamer, ainda, salientará que: “podemos pensar somente na língua e é exatamente no habitar de nosso pensamento na língua que consiste o enigma profundo que a língua coloca ao pensamento... Em geral, a língua não é instrumento ou ferramenta” (Ibidem, p. 52-53).

Através de sua hermenêutica filosófica, Gadamer demonstrará a impossibilidade da antiga cisão entre compreensão, interpretação e aplicação, sendo, conseqüentemente, inútil qualquer tentativa de captar as estruturas da compreensão pela via do método<sup>53</sup> ou de reproduzir o sentido dado ao texto por seu autor (STRECK, 2011a, p. 243). Isto porque fica claro que o intérprete sempre atribui sentido<sup>54</sup>, eis que sempre interpreta a partir de um dado contexto temporal<sup>55</sup> e histórico, sendo, ainda, inolvidável a influência da pré-compreensão no ato de interpretar. Isto é, “para interpretar, necessitamos compreender; para compreender, temos de ter uma pré-compreensão, constituída de estrutura prévia de sentido – que se funda essencialmente em uma posição prévia (*Vorhabe*), visão prévia (*Vorsicht*) e concepção prévia (*Vorgriff*) – que já une todas as partes do “sistema”” (Ibidem, p. 243).

Martin Heidegger, a respeito desta *posição prévia* da interpretação, irá dizer que:

Através do questionamento hermenêutico, tendo em vista de que ele seja o verdadeiro ser da própria existência, a faticidade situa-se na posição prévia, a partir da qual e em vista da qual será interpretada. Os conceitos que tenham sua origem nesta explicação serão denominados *existenciais*.

“Conceito” não é um esquema, mas uma possibilidade de ser, do instante, isto é, constitui este instante; um significado produzido, extraído; um conceito mostra a *posição prévia*, quer dizer, transpõe para a experiência fundamental; mostra a *concepção prévia*, isto é, exige o como do falar e questionar de alguém; ou seja, transpõe o *ser-aí* segundo sua tendência para a interpretação e a preocupação. Os conceitos fundamentais não são acréscimos posteriores, mas motivos condutores: deve-se tomar o *ser-aí* na acepção de sua maneira de ser.

A posição prévia da interpretação, aquele que a dita posição prévia não pode estar presente de modo temático como objetualidade de um relato direto e completo, é precisamente o sinal de seu caráter ontológico. Enquanto elemento constitutivo, e certamente decisivo, da interpretação, que ela mesma é sendo *com* o *aí*, compartilha seu *caráter ontológico: possibilidade de ser*. Esta possibilidade de ser é uma possibilidade de ser concreta, que varia faticamente segundo a situação à qual é dirigido o

<sup>53</sup> Cf. FLICKINGER, Hans-Georg. *Gadamer & a Educação*, 1. ed., Belo Horizonte: Autêntica, 2014, p. 123; e, STRECK, *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, *op. cit.*, p. 242.

<sup>54</sup> “O sentido de um texto sempre supera seu autor não ocasionalmente, mas sempre. Por isso a compreensão não é nunca um comportamento somente reprodutivo, mas é, por sua vez, sempre produtivo”. GADAMER, *Verdade e método*, *op. cit.*, p. 444.

<sup>55</sup> A partir de Heidegger, o tempo “não é um abismo devorador, mas está preenchido pela continuidade da herança histórica e da tradição, a cuja luz nos é mostrado todo o transmitido”. Em outras palavras, Gadamer explica que o tempo já não é mais um abismo a ser transposto, conforme compreendia o historicismo, mas é o fundamento que sustenta o próprio acontecer, onde a atualidade finca suas raízes. *Ibidem*, p. 445.

questionar hermenêutico em cada ocasião. Portanto, a posição prévia não é nada que possa ser escolhido por algum capricho meu (HEIDEGGER, 1997, p. 22-23).

A compreensão, assim, possui “uma estrutura que antecipa o sentido”, compondo-se de “aquisição prévia, vista prévia e antecipação, nascendo desta estrutura a situação hermenêutica” (STRECK, 2011a, p. 246). O sujeito, dessa forma, compreende *uma coisa* apenas na medida em que já possui uma *pré-compreensão*. “O *Dasein*, o ser-aí, o homem, antecipa as condições para a chegada a um sentido do mundo”, dirá Lenio Luiz Streck (Ibidem, p. 256).

Na obra *Ser e Tempo*, Heidegger discorre a esse respeito:

A interpretação de algo como algo funda-se essencialmente por ter-prévio, ver-prévio e conceito-prévio. A interpretação nunca é uma apreensão sem pressupostos de algo previamente dado [*eines Vorgegebenen*, de um já-dado]. Quando a concretização particular da interpretação, no sentido da interpretação exata de texto, apela de bom grado para o que de imediato “está-aí”, o que está aí de imediato nada mais é do que a indiscutida, e que-se-entende-por-si-mesma, opinião-prévia do intérprete, que ocorre necessariamente em todo princípio-de-interpretação como aquilo que já é “posto” com a interpretação em geral, isto é, já é previamente dado no ter-prévio, no ver-prévio e no conceito-prévio (HEIDEGGER, 2012c, p. 427).

Portanto, é importante salientar, ao *compreender*, o intérprete não está diante de um “grau zero de sentido”<sup>56</sup>. A ele não é dado atribuir à palavra ou à coisa o sentido que bem entender, à maneira de um sujeito solipsista. No fundo, “a prévia abertura de aquilo-em-relação-a-que ocorre o pôr-em-liberdade de o-que-vem-de-encontro no mundo nada mais é do que entender o mundo, relativamente ao qual o *Dasein* como ente já sempre se comporta” (HEIDEGGER, 2012c, p. 257). O autor acrescenta, ainda, que “sentido é aquilo-em-relação-a-quê do projeto, estruturado pelo ter-prévio, pelo ver-prévio e pelo conceito-prévio, a partir de que algo pode ser entendido como algo” (Ibidem, p. 429). O sentido é, pois, um existenciário do *Dasein*, dirá o filósofo. Nessa direção, José Reinaldo de Lima Lopes, em leitura de Paul

<sup>56</sup> “A antecipação de sentido, que guia nossa compreensão de um texto, não é um ato da subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição. Porém essa nossa relação com a tradição, essa comunhão está submetida a um processo de contínua formação. Não se trata simplesmente de uma pressuposição, sob a qual nos encontramos sempre, porém nós mesmos vamos instaurando-a, na medida em que compreendemos, em que participamos do acontecer da tradição e continuamos determinando-o, assim, a partir de nós próprios”. GADAMER, *Verdade e método*, op. cit., p. 440.

Ricoeur, afirmará que o conceito de sentido do autor importa em que “toda ação se realiza num ambiente de sentido, que de certo modo a pré-existe”<sup>57</sup>. Os sentidos, portanto, seriam “o permanente do discurso” ou “produtos da ação humana” e condição de possibilidade para a própria ação humana (LOPES, 2009, p. 58). Ser-no-mundo, então, é ser um ente que, ao falar e agir, faz brotar o sentido a seu redor e o mundo é aquilo de onde brota o sentido (STEIN, 2012, p. 52). O mundo da vida, assim, é constituído a partir do universo de significação, mas já é sempre dado para toda atividade significativa do ser humano (Ibidem, p. 16).

Martin Heidegger já tratava desta questão: segundo o filósofo alemão, em *Hölderlin y la esencia de la poesía*<sup>58</sup>, a linguagem não é um instrumento que está à nossa disposição, “mas sim aquele advento que dispõe da mais alta possibilidade de ser do homem, isto porque a linguagem é o que previamente garante a possibilidade de estar no modo da abertura do ente. Somente onde está a linguagem há mundo” (HEIDEGGER, 1989).

O sujeito, assim, não está sozinho no mundo, senão que inserido em uma tradição intersubjetiva<sup>59</sup>. A linguagem é o que lhe garante acesso às coisas enquanto coisas – a algo enquanto algo (*etwas als etwas*, nas palavras de Heidegger) (STRECK, 2011a, p. 256). Em outras palavras: “a linguagem, sendo sempre linguagem comum (de uma comunidade ideal e de uma comunidade real), afasta a ideia de um sujeito isolado (solipsista) confrontado com um mundo que ele tem de criar do zero por sua própria atividade de pensar” (LOPES, 2009, p. 58).

Desse modo, no campo da interpretação jurídica, a filosofia hermenêutica de Heidegger e a hermenêutica filosófica de Gadamer, especialmente, consagram a superação do sistema sujeito-objeto<sup>60</sup>, através da compreensão da linguagem

<sup>57</sup> Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. *Entre a teoria da norma e a teoria da ação*. In: STOCK, Alfredo Carlos; LISBOA, William Barreto (org.). *Norma moralidade e interpretação*. Porto Alegre: Linus, 2009, p. 58.

<sup>58</sup> Cf. HEIDEGGER, Martin. *Hölderlin y la esencia de la poesía*, Barcelona: Anthropos, 1989, p. 35-58.

<sup>59</sup> Em que a compreensão se torna possível a partir de uma participação do sujeito em um sentido comum. GADAMER, *Verdade e método*, *op. cit.*, p. 438.

<sup>60</sup> Outros filósofos também se engajaram na superação da relação sujeito-objeto, como, por exemplo, Karl-Otto Apel, que propõe a superação do solipsismo metodológico e do fundamento metodológico das ciências humanas, bem como da “falsa relação entre sujeito-objeto – que, ao recorrer aos ideais das ciências naturais, de domínio do homem sobre a natureza, esconde, nas ciências humanas, o domínio do homem sobre o homem”. JÚNIOR, Humberto Ribeiro. *Apel, Karl-Otto, 1922-*. In: BARRETO (org.), *Dicionário da Filosofia do Direito*, *op. cit.*, p. 52. Karl-Otto Apel ainda irá rejeitar os traços solipsistas do pensamento kantiano. LOPES, *Entre a teoria da norma...*, *op. cit.*, p. 56.



enquanto “condição de possibilidade primeira da cooperação social humana” (LOPES, 2009, p. 56). O sujeito, portanto, passa a ser aquele que “pensa em meio aos outros sujeitos valendo-se da razão comum, encarnada na língua”<sup>61</sup>. Ernildo Stein refere-se à verdade hermenêutica da seguinte maneira: “esta incômoda verdade que se assenta entre duas cadeiras, quer dizer, não é nem uma verdade empírica, nem uma verdade absoluta – é uma verdade que se estabelece dentro das condições humanas do discurso e da linguagem” (STEIN, 1996, p. 38 et seq.).

Isto é, o “sentido é um existencial do Dasein, e não uma propriedade colada sobre o ente, que se acha por “de trás” dela ou que paira não se sabe onde, uma espécie de ‘reino intermediário” (STRECK, 2011a, p. 252; HEIDEGGER, 2012c, p. 429). Tudo que existe, existe através da linguagem e pela linguagem. A palavra é o que propicia ser à coisa. Sem palavra, sem linguagem, não há existência (STRECK, 2011a, p. 255). Ou, ainda, como o próprio Heidegger sentenciou, “nenhuma coisa é onde falta a palavra” (HEIDEGGER, 2012a, p. 125).

Contudo, esta concepção prévia que temos a respeito das coisas precisa ser confrontada, para fins de se alcançar uma interpretação correta, segundo afirma Gadamer. Nesta direção, retomando os ensinamentos de Heidegger, o autor esclarecerá que “toda interpretação correta tem que proteger-se contra a arbitrariedade da ocorrência de “felizes ideias” e contra a limitação dos hábitos imperceptíveis do pensar, e orientar sua vista “às coisas elas mesmas” (que para os filólogos são textos com sentido, que também tratam, por sua vez, de coisas)” (GADAMER, 1997, p. 402).

Esta “orientação” se dará através de um constante processo de determinação e atenção, em que o intérprete, ao mesmo tempo em que inserido em um contexto intersubjetivo, no qual os sentidos já vêm inevitavelmente antecipados, precisará se “blindar” contra os desvios a que está sujeito. O ato de interpretar constituir-se-ia, assim, em perene ato de lapidação e de revisão, no qual o intérprete deve sempre ater-se e aprofundar-se em direção “à coisa ela mesma”. Conforme orienta Gadamer:

---

<sup>61</sup> Com José Reinaldo de Lima Lopes, podemos afirmar que a filosofia de Apel quebra com a tensão sujeito-objeto, na medida em que não se está mais a refletir sobre “o sujeito voltado para os objetos do mundo (o mundo das coisas, na razão pura, ou o mundo das ações, na razão prática), mas ao sujeito que pensa em meio aos outros sujeitos, valendo-se de uma razão comum encarnada na língua”. LOPES, *Entre a teoria da norma...*, op. cit., p. 57.

Quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto o lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido (Ibidem, p. 402).

Conforme elucida Guilherme Boff, “a primeira tarefa da interpretação não é ceder aos preconceitos arbitrários, mas elaborar a estrutura de antecipação do compreender a partir das próprias coisas” (BOFF, 2013, p. 104). Seguindo essa linha, conclui-se que a interpretação começa com conceitos prévios que serão substituídos por outros mais adequados, a partir de um constante reprojeter, que “perfaz o movimento de sentido do compreender e do interpretar” (GADAMER, 1997, p. 402). No fundo, “quem procura compreender está exposto a erros de opiniões prévias, as quais não se confirmam nas próprias coisas”. Essa antecipação de projetos, de que fala o autor, necessita ser comprovada nas próprias coisas, de acordo com um processo não arbitrário de compreensão. Neste caso, as opiniões prévias são expostas a sua legitimação, através da aferição de sua origem e validade (Ibidem, p. 403).

Naturalmente, portanto, Gadamer estabelecerá que “nossa tarefa, face a qualquer texto, não é introduzir, direta e acriticamente, nossos próprios hábitos linguísticos”, mas “reconhecer como nossa tarefa o alcançar da compreensão do texto somente a partir do hábito linguístico epocal e de seu autor”<sup>62</sup>. É a distância temporal, segundo Gadamer, que torna possível resolver a verdadeira questão crítica hermenêutica, permitindo a distinção dos verdadeiros preconceitos, sob os quais *compreendemos*, dos falsos preconceitos, responsáveis pelos *mal-entendidos* (Ibidem, p. 447). Contudo, como seria possível evitar a influência inconsciente dos hábitos linguísticos neste processo? No fundo, a manutenção da compreensão

---

<sup>62</sup> Segundo desenvolve Gadamer, “cada época tem de entender um texto transmitido de uma maneira peculiar, pois o texto forma parte do todo da tradição, na qual cada época tem um interesse pautado na coisa e onde também ela procura compreender-se a si mesma. O verdadeiro sentido de um texto, tal como este se apresenta ao seu intérprete, não depende do aspecto puramente ocasional que representam o autor e seu público originário. Ou pelo menos não se esgota nisso. Pois esse sentido está sempre determinado também pela situação histórica do intérprete e, por consequência, por todo processo objetivo histórico”. GADAMER, *Verdade e método*, op. cit., p. 443-444.

incorreta de um hábito linguístico não pode existir durante muito tempo sem que se destrua o sentido do todo (Ibidem, p. 404). Do mesmo modo, ocorre com as opiniões prévias, formadoras da pré-compreensão. Na verdade, ao se empreender, por exemplo, uma leitura, nossas opiniões prévias abrem-se à própria opinião do texto, relacionando-se, em alguma medida (Ibidem, p. 404).

Portanto, segundo o autor, ainda que exista uma “multiplicidade do opinável”, em relação ao sentido proveniente de um texto para o leitor, “nem tudo é possível” e “quem não ouve direito o que o outro está dizendo, realmente, acabará por não conseguir integrar o mal-entendido em suas próprias e variadas expectativas de sentido”. É por isso que Gadamer concluirá que “a tarefa hermenêutica se converte por si mesma num questionamento pautado na coisa e já se encontra sempre determinada por este” (Ibidem, p. 404-405).

Neste sentido, o intérprete não pode “se entregar, já desde o início, à casualidade de suas próprias opiniões prévias e ignorar o mais obstinada e conseqüentemente possível a opinião do texto”, sob pena de, emudecendo o texto, fazer com que perca sua suposta compreensão (Ibidem, p. 405).

Trata-se, pois, de uma relação de alteridade diante do texto (Ibidem, p. 405), em que a interpretação é submetida a um “exercício de rigor, de autocrítica” (BOFF, 2013, p. 403). Em outras palavras, “não se trata, de modo algum, de assegurar-se a si mesmo contra a tradição que faz ouvir sua voz a partir do texto, mas, pelo contrário, de manter afastado tudo o que possa impedir alguém de compreendê-la a partir da própria coisa” (GADAMER, 1997, p. 406).

#### **4 Da interpretação (ainda) fruto da vontade do intérprete na prática jurídica brasileira, à luz do exemplo privilegiado do art. 212 do Código de Processo Penal – de como não superamos o paradigma da filosofia da consciência no Direito.**

Em que pese a revolução proporcionada pela *filosofia hermenêutica* de Heidegger e a *hermenêutica filosófica* de Gadamer no campo filosófico e da hermenêutica jurídica<sup>63</sup>, tudo indica que os operadores do direito, no Brasil, ainda não a recepcionaram devidamente. Neste sentido, tomando por base o exemplo privilegiado do art. 212 do Código de Processo Penal, pretende-se demonstrar a atribuição arbitrária de sentidos encoberta em decisões judiciais e acobertada por grande parte da doutrina.

A partir da reforma processual penal – levada a cabo pelo advento das Leis nºs 11.689/08 (tribunal do júri), 11.690/08 (prova), 11.719/08 (procedimento) –, pode-se dizer que houve um considerável avanço na direção da concretização do princípio acusatório (art. 129, I, CF), em detrimento da perpetuação do sistema inquisitorial.

De acordo com Luigi Ferrajoli, o sistema acusatório possui por principais características, do ponto de vista teórico, a separação rígida entre juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa e a publicidade e oralidade do julgamento, enquanto o sistema inquisitório destaca-se pela iniciativa do juiz no campo probatório, pela disparidade de poderes entre acusação e defesa e pelo caráter escrito e secreto da instrução<sup>64</sup>. Nesta direção, o autor afirma que “pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova” (FERRAJOLI, 2002, p. 452). Em contrapartida, o sistema inquisitório configura-se a partir de um juiz que procede, de

---

<sup>63</sup> José Reinaldo de Lima Lopes identifica que “a tarefa da hermenêutica jurídica liga-se diretamente ao ato de julgar uma ação, apreendendo seu sentido jurídico, antes que ao ato de conhecer uma norma para depois aplicá-la”. LOPES, *Entre a teoria da norma...*, *op. cit.*, p. 59.

<sup>64</sup> Segundo o autor, a construção teórica dos dois modelos e a decisão a respeito do que neles é essencial e do que, ao invés, é contingente são amplamente convencionais, sendo vinculados apenas à tendente presença dos elementos assumidos como constitutivos nas respectivas tradições históricas e sobretudo à sua compatibilidade lógica. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do Garantismo Penal*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 451-452.

ofício, à colheita e à avaliação das provas, em um sistema processual com limitados contraditório e direitos da defesa (FERRAJOLI, 2002, p. 452).

Esta tentativa de superação da inquisitorialidade, portanto, fica evidente, dentre outros aspectos, no que diz respeito à produção da prova (Lei nº 11.690/08), com a substituição do sistema presidencialista – ou inquisitorial<sup>65</sup> – pelo sistema fiscalizador – ou garantidor, vinculado ao *cross-examination*<sup>66</sup> –, de maneira que passou a ser competência do juiz apenas o indeferimento de perguntas impertinentes e, em caráter excepcional, a complementação da inquirição das testemunhas a respeito de pontos eventualmente não esclarecidos.

A título ilustrativo, colaciona-se a antiga redação do art. 212 do Código de Processo Penal:

Art. 212. As perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha. O juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida.

A novel redação, por sua vez, introduzida pela reforma legislativa da Lei nº 11.719/08, dispõe que:

Art. 212. 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. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Observa-se a clara alteração promovida pelo legislador na redação legal, na medida em que o parágrafo único passa a delimitar, de forma expressa, a função do magistrado durante a instrução probatória, reservando a ele a realização de *perguntas complementares*, enquanto, na redação antiga, o magistrado – ainda em flagrante resquício do sistema inquisitorial – presidia os trabalhos e a colheita de

<sup>65</sup> Segundo Lenio Luiz Streck, o “sistema inquisitório” está ligado umbilicalmente ao paradigma da subjetividade. No sistema inquisitório, o sujeito é “senhor dos sentidos”. Ele “assujeita” as coisas. Isso 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”.

<sup>66</sup> Sobre o tema, ver TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, Cap. 22, p. 228-249.

prova. Em outras palavras, o texto legal, visivelmente, propõe a separação entre juiz e acusação, o que, segundo Ferrajoli, constitui “o mais importante elemento constitutivo do modelo teórico acusatório, por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros” (FERRAJOLI, 2002, p. 454).

Desse modo, a alteração legislativa veio ao encontro do conceito de sistema acusatório, em que cabe, no Brasil, ao Ministério Público, enquanto titular da ação penal e órgão estatal incumbido da persecução criminal, angariar provas e fundamentos que possam amparar a pretensão levada ao julgador. Na verdade, o julgador que se incumba da função de produzir prova, além de terminar, inevitavelmente, contagiando-se ao longo da persecução da “verdade real”<sup>67</sup>, causa irremediável prejuízo ao acusado, uma vez que, na ausência ou inércia da acusação (Ministério Público), inexistiria prova a embasar eventual decreto condenatório, de forma que o feito terminaria, de modo irremediável, culminando em absolvição.

Todavia, a resposta prática das cortes e da doutrina dominantes, conforme se verá a seguir, representou um verdadeiro retrocesso, na medida em que se privilegiou a perpetuação do sistema inquisitivo, em detrimento da (necessária) implementação prática do princípio acusatório no processo penal<sup>68</sup>.

Com efeito, em um primeiro momento, no âmbito da jurisprudência do Estado do Rio Grande do Sul, a 5ª Câmara Criminal – à época, ainda com sua tradicional formação de vanguarda, composta pelos Desembargadores Amilton Bueno de Carvalho, Luis Gonzaga Moura da Silva, Genacéia da Silva Alberton e Aramis Nassif<sup>69</sup> –, adotando a linha proposta pelo Des. Amilton Bueno de Carvalho,

---

<sup>67</sup> Veja-se que, ainda hoje, a despeito de todo o avanço conquistado no campo filosófico, grande parte dos juristas permanece insistindo na perseguição da “verdade real”, quando se sabe que a “verdade” (do acontecimento) é irrecuperável, por diversos fatores: influência da subjetividade, imprecisão da linguagem, interpretação hermenêutica e a fundamental distinção entre “ser” e “ente” – para não se falar de esquecimento, memória e eventuais raciocínios tendenciosos. Na verdade, número significativo de julgados que afastam a aplicação do art. 212, CPP, funda-se no argumento de que, ao Juiz, é dado perseguir a “verdade real” – o que, no fundo, sempre mascara a busca pela condenação do réu. Neste caso, peca-se pelo fato de que a “verdade real” persegue um conceito ultrapassado, sem qualquer sustentação filosófica. Cf. FERRAJOLI, *Direito e Razão*, *op. cit.*

<sup>68</sup> Diz-se, aqui, necessária, pois não se pode conceber que, em pleno Estado Democrático de Direito, fique o acusado ao alvedrio do Magistrado, sujeito a práticas inquisitivas, em que o próprio julgador investe-se da produção probatória, descolando-se de sua necessária isenção, cuja garantia é a consagração dos direitos do acusado no processo penal democrático.

<sup>69</sup> Oportuno lembrar, a título de ilustração, as posições firmadas nesta 5ª Câmara Criminal ao longo de mais de uma década no sentido da necessária filtragem hermenêutica do Código de Processo Penal à luz da Constituição, a partir do princípio acusatório: a *produção de prova de ofício* (art. 156,

entendeu que a violação do novo art. 212 do Código de Processo Penal implicaria a anulação parcial do processo, invalidando a prova produzida, para que fosse prolatada nova sentença:

PROCESSUAL PENAL. INQUIRÇÃO DAS VÍTIMAS E TESTEMUNHAS DIRETAMENTE PELA MAGISTRADA CONDUTORA. NULIDADE. A nova redação legal do art. 212 do CPP, dando largo passo em direção ao sistema acusatório consagrado na Lei Maior, previu expressamente a subsidiariedade das perguntas do Magistrado em relação às indagações das partes: do juiz é exigido o julgamento justo e equidistante, de modo tal que não pode ele ter compromisso com quaisquer das vertentes da prova. Anularam, em parte, o processo. Unânime (Apelação-Crime nº 70028349843, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, 5ª Câmara Criminal, TJRS, j. em 18/03/09).

Já em um segundo momento, ainda no mesmo sentido da posição anteriormente firmada, consideraram ilícita – e, portanto, inválida – a prova coletada pelo Magistrado, porém entenderam possível passar imediatamente ao julgamento do processo, cujo resultado foi a absolvição do réu em face da insuficiência probatória:

PROCESSUAL PENAL. INQUIRÇÃO DA VÍTIMA E TESTEMUNHAS DIRETAMENTE PELO MAGISTRADO CONDUTOR DA AUDIÊNCIA. NULIDADE. ROUBO TENTADO. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. ABSOLVIÇÃO. 1. A nova redação legal do art. 212 do CPP, dando largo passo em direção ao sistema acusatório consagrado na Lei Maior, previu expressamente a subsidiariedade das perguntas do Magistrado em relação às indagações das partes: do juiz é exigido o julgamento justo e equidistante, de modo tal que não pode ele ter compromisso com quaisquer das vertentes da prova. 2. A inobservância da ritualística legal, somada à desistência tácita da coleta da prova, permite enquadrar o vício como ilicitude da própria prova, nos termos do art. 157 do CPP, daí autorizado o pronto julgamento do feito, mediante a desconsideração das provas ilícitas. 3. A condenação só pode emergir da convicção plena do julgador – sua base ética indeclinável. A prova controversa, insegura e que não afasta todas as dúvidas possíveis enseja um desate favorável ao acusado, em homenagem ao consagrado princípio *in dubio pro reo*. Prejudicado o apelo ministerial, deram provimento ao defensivo. Unânime” (Apelação-Crime nº 70030112387, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, 5ª Câmara Criminal, TJRS, j. em 17/06/09).

---

CPP), a figura do *assistente de acusação* (arts. 267 a 273, CPP), a *mutatio libelli* (art. 384 CPP), o *requerimento de diligências* (art. 502, CPP) e o *recurso de ofício* (art. 574, CPP). Esta Câmara, portanto, foi a primeira a falar do princípio acusatório no Brasil, fato que é sempre relevante lembrar.

Em um terceiro momento, por fim, nota-se uma sensível mudança na orientação até então assumida. Acolhendo a virada proposta pelo Des. Luís Gonzaga da Silva Moura, os integrantes desta Câmara passaram a entender que a inobservância do art. 212 do Código de Processo Penal configura nulidade relativa do processo:

1. PROCESSO PENAL. Ministério Público ausente na instrução criminal. Inobservância pelo Magistrado do artigo 212, caput, do Código de Processo Penal. Nulidade parcial da prova oral colhida. 2. Roubo majorado. Materialidade e autoria do fato denunciado, inclusive no que diz com a majorante do concurso de agentes, comprovadas. Condenação confirmada. Concurso formal e crime continuado determinam um só aumento. Precedente do STJ. Pena reajustada. Inviável afastar a multa, por pena cominada em lei. Cassada, por *extra petita*, a reparação mínima prevista no art. 387, IV, do CPP. Apelo parcialmente provido. Unânime” (Apelação-Crime nº 70029599941, Rel. Des. Luís Gonzaga da Silva Moura, 5ª Câmara Criminal, TJRS, j. em 08/07/09).

Tal posicionamento passou a ser ratificado nos julgamentos que se seguiram na 5ª Câmara Criminal acerca da matéria:

PROCESSUAL PENAL. INQUIRIÇÃO DAS VÍTIMAS E TESTEMUNHAS DIRETAMENTE PELA MAGISTRADA CONDUTORA DA AUDIÊNCIA. NULIDADE ABSOLUTA NÃO CARACTERIZADA. ROUBO IMPRÓPRIO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO TENTADO. PENA REVISTA. 1. A nova redação do art. 212 do CCP, dando largo passo em direção ao sistema acusatório consagrado na Lei Maior, previu expressamente a subsidiariedade das perguntas do Magistrado em relação às indagações das partes, porém o fez apenas com alcance à inquirição das testemunhas, resguardando o antigo procedimento de inquirição ‘presidencialista’ para a oitiva do ofendido e para o interrogatório do réu (Apel. Crim. nº 70029599941, Rel. Des. Luís Gonzaga da Silva Moura, j. em 08/07/2009). 2. A interferência do magistrado na instrução, no tocante à inquirição das testemunhas, quando inobservados o art. 212 do CPP, há de ser qualificada como nulidade relativa, pois não será ela interferência maior do que aquela já autorizada para o interrogatório e para a coleta do depoimento do ofendido. 3. Em se tratando de nulidade relativa, somente quando as partes se rebelarem expressamente contra a forma de inquirição das testemunhas, na própria audiência (pena de preclusão), é que será viável acolher a alegação de nulidade por violação da norma insculpida no art. 212 do CPP, pois, do contrário, a acusação e a defesa terão concorrido para que a audiência se instrumentalizasse pela sistemática de inquirição presidencialista e, como sabido, nenhuma das partes pode arguir nulidade à qual haja dado causa (CPP, art. 625). 4. A confissão parcial do acusado, somada a elementos outros de convicção, autoriza a condenação. Entretanto, havendo dúvida razoável quanto à ocorrência da violência sucessiva à subtração, impõe-se a desclassificação da hipótese delitiva para a figura de furto. 5. Caracteriza-se a tentativa quando o agente é detido ainda antes de ter a posse tranqüila da *res*. Deram parcial provimento ao



apelo. Unânime (Apelação-Crime nº 70030638670, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, 5ª Câmara Criminal, TJRS, j. em 22/07/09).

Se a Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, notória por seu posicionamento vanguardista, terminou por se render à tese da nulidade relativa, ainda que com certa resistência<sup>70</sup>, no cenário nacional o entendimento direcionado à nulidade relativa foi aceito sem maior relutância. À exceção da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça<sup>71</sup>, pode-se afirmar que as Cortes Superiores assentaram, desde logo, posicionamento na direção da nulidade relativa, resgatando, inclusive, o serôdio “princípio” *pas de nullité sans grief*<sup>72</sup>, segundo o qual caberia ao acusado a demonstração do prejuízo<sup>73</sup>:

Provas (oitiva de testemunhas). Perguntas (formulação). Ordem (inversão). Prejuízo para a defesa (inexistência).

1. Não acarreta, em princípio, prejuízo à defesa a alteração, na audiência de testemunha (Cód. de Pr. Penal, art. 212, na redação da Lei nº 11.690/08), da ordem de quem formula perguntas. Isso não altera o sistema acusatório. Em caso tal, há de haver um quid, representado pelo efetivo prejuízo para a defesa.

2. À vista disso, não há falar em nulidade, muito menos absoluta, quando, como no caso dos autos, o juiz inverte a ordem de inquirição de testemunhas, ouvindo-as antes que as partes – autor e réu – formulem suas perguntas.

3. Ordem denegada.

(HC 144.909/PE, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 15/03/2010)

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. INVERSÃO NA ORDEM DE PERGUNTAS ÀS TESTEMUNHAS. PERGUNTAS FEITAS PRIMEIRAMENTE PELA MAGISTRADA, QUE, SOMENTE DEPOIS, PERMITIU QUE AS PARTES INQUIRISSEM AS TESTEMUNHAS. NULIDADE RELATIVA. NÃO

<sup>70</sup> Cumpre ressaltar, aqui, ainda no âmbito da jurisprudência do Tribunal de Justiça gaúcho, o posicionamento assumido pelos integrantes da Terceira Câmara Criminal, que, durante determinado período, acolheram o posicionamento ora sustentado, no sentido do reconhecimento da nulidade absoluta nos feitos em que houvesse violação ao art. 212 do Código de Processo Penal, resultando o édito condenatório da atuação inquisitorial do Magistrado (ver, por todos, AC nº 70035811710).

<sup>71</sup> Ver, por todos, HC 147.292/SP, HC 153.140/MG, HC 137.089/DF, HC 137.091/DF, HC 121.216/DF.

<sup>72</sup> Conforme Lenio Streck, dito “princípio” corresponde, no fundo, a um axioma do século XIX, invocado, neste caso, com preponderância sobre o princípio acusatório, em pleno século XXI, para afastar a aplicação legal. STRECK, Lenio Luiz. Compreender direito. P. 75.

<sup>73</sup> Ora, aqui parece ser impositivo realizar uma ressalva: exigir-se do acusado a comprovação de prejuízo, no caso em que é condenado com base em elementos colhidos pelo Magistrado, trata-se de legítima prova diabólica ou metafísica. É dizer: o réu deve provar que, caso tivesse sido diferente a produção da prova, restaria absolvido, quando, na verdade, deveria militar, desde logo, em seu favor o princípio da presunção de inocência e da prerrogativa de não precisar provar absolutamente nada (a menos que firme álibi).

ARGUIÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA. 1. A magistrada que não observa o procedimento legal referente à oitiva das testemunhas durante a audiência de instrução e julgamento, fazendo suas perguntas em primeiro lugar para, somente depois, permitir que as partes inquiram as testemunhas, incorre em vício sujeito à sanção de nulidade relativa, que deve ser arguido oportunamente, ou seja, na fase das alegações finais, o que não ocorreu. 2. O princípio do pas de nullité sans grief exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto pela parte que suscita o vício. Precedentes. Prejuízo não demonstrado pela defesa. 3. Ordem denegada. (HC 103525, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 03/08/2010, DJe-159 DIVULG 26-08-2010 PUBLIC 27-08-2010 EMENT VOL-02412-03 PP-00625)

Ocorre que a doutrina dominante amparou tal posicionamento e consolidou entendimento que suportava a posição majoritariamente firmada nos tribunais, tratando a inovação procedimental como mera “formalidade”.

Basta ver a posição defendida por Guilherme de Souza Nucci, já no ano de 2008, em um dos manuais mais vendidos do país, segundo a qual a inovação legislativa não alterou o sistema anterior:

69. Reperguntas diretas às testemunhas: a Lei 11.690/2008 eliminou o sistema presidencialista de inquirição das testemunhas, vale dizer, todas as perguntas, formuladas pelas partes, deviam passar pelo juiz, que as dirigia a quem estivesse sendo ouvido. Em outros termos, antes da reforma processual, quando a parte desejasse fazer uma repergunta, dirigiria a sua indagação ao magistrado que a transmitiria à testemunha, com suas próprias palavras. De fato, era um sistema vetusto e lento. Afinal, a testemunha havia entendido perfeitamente o que fora perguntado pela acusação ou pela defesa, bastando-lhe responder. Mesmo assim, era orientada a esperar que o magistrado repetisse a tal pergunta para que, então, pudesse dar sua resposta. Tratava-se de uma precaução para que as partes não induzissem as testemunhas ou não fizessem indagações despropositadas ou ofensivas. De todo modo, o sistema era anacrônico. Imaginemos a modernidade do processo informatizado, com os depoimentos colhidos em fita magnética. Para que ouvir duas vezes a mesma indagação? Desnecessário. Basta que a parte faça a repergunta diretamente à testemunha. Se houver alguma pergunta indevida, deve o juiz indeferi-la. Para isso, está o magistrado presente, controlando os atos ocorridos em audiência, sob sua presidência.

**Tal inovação, 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. A nova redação dada ao art. 212 manteve o básico.** Se, antes, dizia-se que ‘as perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha’, agora se diz que ‘as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha [...]’. Nota-se, pois, que absolutamente nenhuma modificação foi introduzida no tradicional método de inquirição, iniciado sempre pelo magistrado. Porém, quanto às perguntas das partes (denominadas reperguntas na prática forense), em lugar de passarem pela intermediação do juiz, serão dirigidas diretamente

às testemunhas. **Depois que o magistrado esgota suas indagações, passa a palavra à parte que arrolou a pessoa depoente.** Se se trata de testemunha da acusação, começa a elaborar as reperguntas o promotor, diretamente à testemunha. Tratando-se de testemunha da defesa, começa a reinquirição o defensor, diretamente à testemunha. Após, inverte-se. Finalizadas as perguntas do promotor à testemunha de acusação, passa-se a palavra ao defensor (se não houver assistente de acusação, que tem precedência). O mesmo se faz quando o defensor finaliza com a sua inquirição; passa-se a palavra ao promotor e, depois, ao assistente, se houver (NUCCI, 2008, P. 479-480 – grifo meu).

Na mesma linha, cumpre referir a leitura – de cariz nitidamente conservador, do ponto de vista da manutenção do *status quo* – feita por um dos processualistas mais conceituados no centro do país, Tourinho Filho:

**Os que vivem a vida forense sabem muito bem que o tradicional sistema superava e supera o atual. Sempre defendemos o sistema presidencialista,** para evitar discussão entre as parte, mesmo porque, quando as perguntas são formuladas pelo Juiz, a modulação da voz permanece inalterada e a audiência se realiza num ambiente de maior tranquilidade. Agora, as perguntas serão formuladas diretamente pelas partes, com entonação de voz variada, às vezes influenciando positiva ou negativamente nas respostas. Se o Juiz não ficar bem atento, às vezes a sagacidade da parte pode burlar a sua vigilância. **Vamos aguardar** (TOURINHO FILHO, 2009, p. 627 – grifo meu).

Observa-se, neste contexto, que tanto setores da jurisprudência quanto setores da doutrina optaram por firmar posicionamento que, nitidamente, obstaculiza a concretização e o avanço do princípio acusatório, ao menos no que diz respeito à produção probatória no processo penal, na medida em que atropelaram o texto legal. De lá para cá, o que se vê, cotidianamente, na prática jurídica, são decisões que (re)afirmam o teor de julgados anteriores, fazendo referência retórica a jurisprudências favoráveis ao entendimento que o julgador desde já pretende sustentar a fim de afirmar, sem o menor exame do caso concreto, que a violação ao artigo 212 do Código de Processo Penal constitui nulidade relativa, cabendo ao réu a demonstração do prejuízo. Em seguida, analisando a prova produzida por si, o mesmo julgador condena o acusado. Já não seria evidente o prejuízo?

Porém, para além da necessidade de superação da inquisitorialidade no processo penal, impõe-se examinar esta questão sob o prisma da hermenêutica jurídica: o entendimento majoritário firmado em torno do dispositivo legal é *hermeneuticamente adequado*?

## 5 Postulados para uma resposta hermenêuticamente adequada ao caso.

### 5.1 O porquê de se respeitar a lei no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Faz parte do imaginário de muitos juristas “ser arredo”, isto é, não se submeter à lei, negar qualquer espécie de semelhança com o juiz-boca-da-lei<sup>74</sup> – aquele próprio do positivismo exegético. Neste sentido, são reiteradas as manifestações através das Cortes do país<sup>75</sup>.

Contudo, a ultrapassada figura do juiz-boca-da-lei não se amolda mais àquele julgador que, inserido no paradigma do Estado Democrático de Direito, respeita a legislação, podendo fazer uso, é claro, da jurisdição constitucional quando

---

74 Veja-se, neste norte, a recente decisão do Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Lajeado, Dr. Cássio Bevenuto de Castro, que, ao julgar o processo-crime nº 017/2.13.0000435-7, no dia 21 de agosto de 2014, defendeu o direito do julgador de ignorar a novel redação do art. 212 do Código de Processo Penal, bem como a legislação em geral, nos seguintes termos: “tal prerrogativa [de propiciar às partes a formulação de questionamentos diretos às testemunhas] não obsta que o julgador, prefacialmente ao tendencioso questionamento dos atores processuais, realize sua própria perquirição genérica. De fato, o resultado da instrução se presta como matéria-prima tópica à reflexão decisional. Disso resulta inviável a limitação total e abstrata da figura do julgador, transformando-o em figura de palha e de uma 'neutralidade' retrospectiva da ideologia classista da burguesia, quando do iluminismo.

O modelo napoleônico inaugurado pelo iluminismo escorou o Estado liberal no qual se separaram, absolutamente, as funções de legislar e de julgar. Isso se deveu ao receio de os juízes continuarem decidindo de acordo com os interesses do antigo regime, em desatenção aos da burguesia vencedora que influenciava os motes parlamentares. Logo, a única possibilidade de inovar o cenário normativo projetou-se no “feitor das leis”. Ao magistrado, coube apenas descobrir e revelar o conteúdo das regras, objetos dotados de premissas existentes por si.

Esse contexto político vulgarizou a retórica do Estado ideologicamente neutro, alheio às problemáticas subjacentes e mantenedor de uma liberdade bem como de uma igualdade puramente formal. Também pudera, a realidade estática salvaguardava o estamento burguês no poder, sobremaneira lhe crescendo poderio econômico e lhe devolvendo perenização política. Disso resultou um judiciário inerte no sentido pejorativo, alheio à problemática social, neutro e reproduzidor da lei predisposta pelos representantes burgueses no parlamento. Fez-se acordo de cavalheiros no qual, no prisma metodológico da lógica formal subsuntiva, o judiciário intermediou a construção das verdades positivadas, porém eticamente desprovidas da efetiva legitimação social”. A fundamentação lançada na sentença do Dr. Cássio Bevenuto de Castro, portanto, configura exemplo privilegiado da recorrente interpretação equivocada destinada ao positivismo por parte dos operadores do direito no Brasil, conforme vem-se defendendo neste breve estudo, uma vez que sustenta que a decisão voluntarista e a discricionariedade judicial constituiriam espécie de “libertação pós-positivista”, quando, no fundo, representam o retorno a essa doutrina, em seu viés normativo kelseniano. Do mesmo modo, é evidente a desinformação histórica e jurídica contida na assertiva do julgador, ao comparar os modelos de Magistrados contemporâneo e do Iluminismo francês (início do século XIX), especialmente porque ignora as relevantes conquistas do pós-guerra, tais como a normatividade das constituições, a revisitação do conceito de legalidade e o indiscutível avanço do Estado Democrático de Direito e do processo penal democrático, de modo que o “aplicar a lei”, atualmente, não possui o mesmo significado que detinha há mais de dois séculos.

75 Neste sentido, Cf. STRECK, *O que é isto – decido conforme minha consciência*, op. cit., em que o autor elenca diversas manifestações de doutrinadores, juízes e Ministros de Cortes Superiores, no Brasil, voltadas a reforçar o imaginário solipsista em nossa prática jurídica.

preciso, ou seja, nos casos de controle de constitucionalidade ou de inaplicabilidade da lei<sup>76</sup> - afinal, considerando que o ente somente existe no seu ser, é possível superar a equiparação entre vigência e validade.

No fundo, esta discussão assume inegável cariz democrático, enquanto limitação de poder e de respeito aos princípios basilares do constitucionalismo normativo<sup>77</sup>. A partir do avanço do constitucionalismo, no pós-guerra, houve um aumento sensível do espaço de jurisdição, em detrimento da liberdade de conformação do legislador (contramajoritarismo), fundando-se o Estado Democrático de Direito na conquista da autonomia do direito. De qualquer modo, cumpre alertar que esta “autonomia do direito não pode implicar indeterminabilidade desse mesmo direito construído democraticamente” (STRECK, 2010a, p. 163).

Isto levará à conclusão de que o julgador não pode, nesta quadra da história, escolher, de forma discricionária, o sentido que dará à norma ou os casos em que irá aplicá-la. Tal postura reveste-se de visível *déficit democrático* (Ibidem, p. 164), na medida em que representa o exercício de poder fundado na atribuição arbitrária de sentidos – à revelia da própria Constituição. Cabe, então, perguntar: lá

---

76 Lenio Streck identifica seis hipóteses nas quais pode o Poder Judiciário deixar de aplicar uma lei. São elas: (a) quando a lei (ou o decreto) foi inconstitucional, vindo a violar uma norma ou princípio da Carta Maior, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade stricto sensu); (b) quando aplicar a técnica da 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. O texto de lei permanece intacto, íntegro. Trata-se, neste caso, da aplicação hermenêutica de diferença (ontológica) entre texto e norma; (c) quando aplicar a técnica da nulidade parcial sem redução de texto (Teilnichtigkeitsklärung 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; (d) 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; (e) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias. Neste caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, pois, a *lex posterioris*, que derroga a *lex anterioris*, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes; (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. Ver, para tanto, STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

77 A autonomia do direito “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 fica 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”. STRECK, *Aplicar a “letra fria” da lei... op. cit.*, p. 163.

onde o art. 212, parágrafo único, CPP, diz “sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá **complementar** a inquirição”, pode-se ler “que absolutamente nenhuma modificação foi introduzida no tradicional método de inquirição (inquisitorial)”?

Ora, parece que, do ponto de vista do novo paradigma do conhecimento, inaugurado com o giro lingüístico-ontológico (*ontologische Wendung*) operado no campo da filosofia da linguagem<sup>78</sup>, a resposta a este questionamento só pode ser negativa<sup>79</sup>. Afinal, se, por um lado, os sentidos não se encontram nas coisas – como ocorria na metafísica clássica –, ou inexistem um sentido unívoco da norma, *tampouco se pode*, por outro lado, *dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa* (STRECK, 2013, p. 79), na medida em que há limites semânticos que necessitam ser observados e que impedem uma interpretação voluntarista do intérprete, no paradigma do Estado Democrático de Direito. De outro lado, o ente (texto) só existe no seu ser (norma). Eles, portanto, não se encontram separados ou cindidos, conforme o reproduzido na Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, segundo a qual caberia ao intérprete escolher o sentido que mais lhe convém.

Trata-se, como já dito, de uma questão hermenêutica. O intérprete não pode dar às palavras o sentido que quer, pois não está “sozinho no mundo”, como estava o sujeito solipsista, da filosofia da consciência. O paradigma do Estado Democrático de Direito está assentado na intersubjetividade (STRECK, 2011b, p. 264). O significado, portanto, “não brota da “coisa”” – metafísica clássica – e, *tampouco*, é uma “construção de uma consciência racional” (STRECK, 2013, p. 79)<sup>80</sup> – filosofia da consciência: o significado é encontrado porque o ser humano é um ser-no-mundo.

<sup>78</sup> A esse respeito, consultar STRECK, *Verdade e consenso*, *op. cit.*

<sup>79</sup> Afinal, se o processo (*lato sensu*) sempre esteve, historicamente, vinculado ao Estado-juiz em uma perspectiva solipsista (marcada pelo esquema sujeito-objeto), agora, no Estado Democrático de Direito, já não há mais espaço para esse protagonismo judicial. Isto porque o novo texto constitucional exige um Juiz imparcial e um Ministério Público independente, garantindo, ainda, ao acusado, a garantia fundamental da ampla defesa. Neste contexto, portanto, ao juiz cabe julgar; ao promotor cabe deduzir a pretensão acusatória, investigar e produzir provas; ao advogado, cabe efetuar a defesa e garantir os direitos do réu; e, ao legislador cabe produzir legislação adequada ao sistema jurídico. Por fim, fundamentalmente, cabe à jurisdição constitucional adequar a legislação infraconstitucional à Constituição.

<sup>80</sup> Aqui, o autor observa, ainda, que o solipsismo, o protagonismo judicial e a discricionariedade são “vulgatas” da filosofia da consciência. Sendo assim, Streck enquadra-os no “paradigma epistemológico da filosofia da consciência” como forma de *anamnese* dos discursos – até porque não há discurso que esteja “em paradigma nenhum –, uma vez que o sujeito da modernidade e o solipsismo kantiano são muito mais complexos que as vulgatas”.

Quem explica esta questão é Lenio Luiz Streck, quando sustenta que “o sentido se dá em um *a priori* compartilhado”:

a partir da hermenêutica, é possível perceber que – quando se defende limites semânticos ou algo do gênero – não se está a afirmar uma volta ao exegetismo literalista... o sentido se dá em um *a priori* compartilhado. Esse processo não é arbitrário. E, ao mesmo tempo, não representa um processo de representação de um objeto (nem é sua “fotografia”...). A questão se coloca a partir de um acontecer, que transcende o “sujeito” e o atira no mundo. Daí que, diante dos extremos positivistas “literalidade-discricionariedade”, estamos situados no meio, ou seja, no sentido que se constitui no ser humano enquanto ser-no-mundo (Ibidem, p. 79).

No fundo, defender limites semânticos do texto significa levá-lo a sério. Afinal, diante da perspectiva do Estado Democrático de Direito, a própria noção de legalidade precisa ser revista, uma vez que não cabe mais no conceito do século XIX, próprio do positivismo exegetico. Neste referencial, a legalidade se estabelece unicamente sob o manto da constitucionalidade, na medida em que se tem uma “Constituição normativa (Ferrajoli, Hesse e Canotilho), invasora da legalidade e fundadora do espaço público democrático” (Ibidem, p. 75-76). Por isto é que o intérprete não deve se valer de artifícios para contornar ou ignorar dispositivos legais – o sentido não lhe é disponível<sup>81</sup> (não pode dele dispor a seu bel-prazer). Ademais, é, justamente, para casos de inaplicabilidade de uma regra que existe a previsão da jurisdição constitucional, difusa ou concentrada (Ibidem, p. 77), sequer invocada nos julgados que obstaram a aplicação do art. 212 do Código de Processo Penal.

Nesta direção, recorre-se, mais uma vez, a Lenio Luiz Streck a fim de retratar as conseqüências do imaginário solipsista, detectado no seio da comunidade jurídica brasileira e cujo fundamento (dogmático) seriam “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 simplesmente escolhe um dos princípios que ele mesmo elege *prima facie*)” (STRECK, 2010a, p 160):

Construiu-se, assim, um imaginário (gnosiológico) no seio da comunidade jurídica brasileira, com forte sustentação na doutrina, no interior do qual o

<sup>81</sup> O que inviabiliza qualquer hermenêutica jurídica, nas palavras de Gadamer, conforme veremos adiante.

“decidir” de forma solipsista encontra “fundamentação” – embora tal circunstância não seja assumida explicitamente – no paradigma da filosofia da consciência. Essa questão assume relevância e deve preocupar a comunidade jurídica, uma vez que, levada ao seu extremo, a lei – aprovada democraticamente – perde(rá) (mais e mais) espaço diante daquilo que “o juiz pensa acerca da lei” (STRECK, 2010b, p. 30).

O “perder mais e mais espaço” da lei perante o pensamento discricionário do juiz é, justamente, o que se pode verificar à luz do exemplo privilegiado do art. 212 do Código de Processo Penal. Em que pese a existência de lei aprovada democraticamente, alinhada a princípio constitucional (do acusatório)<sup>82</sup> e com limites semânticos estabelecidos – afinal, onde se lê *complementar*, sabe-se que *complementar é sempre complementar a alguma outra coisa* (que vem antes) – a jurisprudência, de forma massiva, e sob o amparo da doutrina dominante, simplesmente atropelou a reforma procedimental instaurada. E o fez porque acredita que o juiz pode decidir e interpretar a norma geral conforme a própria vontade (o que, com efeito, encontra correspondência no positivismo normativo kelseniano<sup>83</sup>)! Ora, se o dispositivo legal é válido, constitucional, que motivo tem o julgador para negar-lhe vigência? Isto é eminentemente antidemocrático e solipsita (ou arbitrário, na medida em que o julgador atribui à norma o sentido que quiser – ou à palavra *complementar* o sentido que quiser).

Ocorre que, muito embora a linguagem seja imprecisa ou polissêmica<sup>84</sup>, a hermenêutica não permite cair em um voluntarismo ou em um relativismo<sup>85</sup>. Isto é, se não se pode dizer *qualquer coisa sobre qualquer coisa* (STRECK, 2013, p. 79), tampouco se pode dizer que *uma coisa é qualquer alguma outra coisa*. As posturas voluntaristas ou relativistas não encontram guarida na hermenêutica (STRECK, 2006, p. 432). Neste sentido, mais uma vez com Lenio Luiz Streck, podemos afirmar que o sujeito está umbilicalmente conectado à tradição<sup>86</sup>, concebendo-se a tradição

<sup>82</sup> Aliás, Lenio Streck questiona: existem regras (leis ou dispositivos legais) desindexados de princípios, no paradigma do Estado Democrático de Direito? STRECK, *Compreender direito...*, *op. cit.*, p. 75.

<sup>83</sup> Ver, para tanto, o Capítulo VIII da Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, *op. cit.*

<sup>84</sup> Remete-se, novamente, o leitor ao Capítulo VIII de Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, *op. cit.*

<sup>85</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica*. In: BARRETO (org.), *Dicionário de Filosofia do Direito*, *op. cit.*, p. 432.

<sup>86</sup> Consistindo o papel da tradição, segundo Gadamer, em condição de possibilidade à compreensão. Isto porque, ainda nas palavras do autor, a pertença do intérprete ao texto é como a do ponto de vista na perspectiva que se dá num quadro. Tampouco se trata de que esse ponto de vista tenha de ser



como “pré-juízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o direito da sociedade, porque o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser, sendo o direito entendido como a sociedade em movimento” (STRECK, 2011b, p. 217).

Nas palavras de Gadamer, a tarefa da interpretação consiste em *concretizar a lei* em cada caso, isto é, em sua *aplicação*. Contudo, Gadamer irá alertar que “a complementação produtiva do direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer membro da comunidade jurídica”. Afinal, a hermenêutica jurídica somente existe no âmbito de uma comunidade jurídica em que todos os seus membros estejam igualmente vinculados. Por tal motivo, o Absolutismo não permite que a hermenêutica jurídica exista, uma vez que o sentido da lei está nas mãos do monarca<sup>87</sup>, que pode explicá-la através das “próprias palavras, até contra as regras da interpretação comum” (GADAMER, 1997, p. 488). Gadamer irá registrar, ainda, que: “no absolutismo esclarecido, a situação é a seguinte: O “soberano” explica as suas palavras, de maneira a não se abolir a lei, mas de forma a interpretá-la de outra forma, que venha a corresponder a sua vontade” (Ibidem, p. 488)<sup>88</sup>.

Ora, aqui cumpre questionar, não teria sido exatamente isso o que os tribunais, de modo geral, e a doutrina dominante, à maneira do monarca, realizaram, no Brasil, ao interpretar o art. 212 do Código de Processo Penal, conferindo-lhe interpretação adequada a sua vontade e deixando de lhe reconhecer vigência, sem precisar aboli-lo?

---

procurado como um determinado lugar para nele se colocar, mas que aquele que compreende não elege arbitrariamente um ponto de vista, mas que seu lugar lhe é dado com anterioridade. GADAMER, *Verdade e método, op. cit.*, p. 488.

<sup>87</sup> Além de dispor do sentido das leis, o rei também detinha monopólio sobre certos institutos de perdão, como, por exemplo, o da graça: “se ao ameaçar punir (mas punindo, efetivamente, muito pouco), o rei se afirmava como justiceiro, dando realização a um tópico ideológico essencial no sistema medieval e moderno de legitimação do poder; ao perdoar, ele cumpria um outro traço da sua imagem – desta vez como pastor e como pai – essencial também à legitimação. A mesma mão que ameaçava com castigos impiedoso, prodigalizava, chegando ao momento, as medidas de graça. Por essa dialética do terror e da clemência, o rei constituía-se, ao mesmo tempo, em senhor da Justiça e mediador da Graça”. HESPANHA, António Manuel. *Caleidoscópio do Antigo Regime*. P. 159.

<sup>88</sup> Com efeito, Alexis de Tocqueville escreveria que “quem quisesse julgar o governo daquele [do Antigo Regime] tempo pelo conjunto das leis incorreria nos erros mais ridículos”. HESPANHA, *Caleidoscópio do Antigo Regime, op. cit.*, p. 12.

Nestes termos, portanto, o intérprete deve(ria), por exemplo, atentar aos mandamentos constitucionais, ao debruçar-se sobre a lei, pois é ali que, de certa forma, encontram-se as diretrizes do ordenamento (e do “para onde a sociedade caminha”). Lenio Streck, ao comentar a reforma legislativa que introduziu a novel redação do art. 212, CPP, dirá que “em “si mesma”, a regra poderia dizer pouco; mas, entendida no âmbito de um processo penal democrático e do princípio acusatório, a alteração semântica tem importância, sim. E muita!” (STRECK, 2013, p. 75). No fundo, mesmo outras linhas que não a da hermenêutica tradicional, alcançarão conclusão similar. Para Ronald Dworkin, por exemplo, o Direito deve ser compreendido sob o prisma da integridade e da coerência (DWORKIN, 2007, p. 263 e 271-272). “O princípio judiciário da integridade”, explica o autor, “instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada” (Ibidem, p. 271).

Em outras palavras, lembrando o exemplo concreto trazido neste estudo: há uma diretriz constitucional clara no sentido do aperfeiçoamento do sistema acusatório, em que o Ministério Público é o titular da ação penal. Do mesmo modo, parece evidente que o juiz exigido pela Constituição é aquele imparcial, *distante* das partes e, portanto, desvinculado da produção probatória – característica, esta, cara à inquisição e, portanto, superada pelo Estado Democrático de Direito (FERRAJOLI, 2002, p. 455).

## 5.2 O papel da linguagem.

Se a linguagem passa a ser condição de possibilidade para o ser-no-mundo, conforme revela Heidegger, se apenas através da linguagem é que podemos ter acesso ao ser do ente, então ela também passa a exercer função fundamental no processo de interpretação.

Hans Georg Gadamer cunhou a feliz expressão: *Wer einen Text verstehen will, ist vielmehr bereit, sich von ihm etwas zu sagen lassen* (quem quer compreender um texto, está muito mais predisposto a deixar que o texto lhe diga algo<sup>89</sup>) (GADAMER, 1997, p. 405). Textos não são meros enunciados linguísticos (STRECK, 2011b, p. 219). Isto é, se, por um lado, eles não carregam o próprio sentido, se o ser e o ente não são uma coisa só, se não é possível acessar seu conteúdo fundamental, como pretende a matriz metafísica (objetificante), se a língua é polissêmica e as palavras não possuem sentido unívoco<sup>90</sup>, eles tampouco estão ao alvedrio do sujeito para que este lhes confira o sentido que bem entender (paradigma da filosofia da consciência). Estas duas concepções – a metafísica clássica e a filosofia da consciência – estão atreladas à noção sujeito-objeto, em que, na metafísica, ser e ente são equiparados, enquanto, na filosofia da consciência, estão cindidos (Ibidem, p. 215). Contudo, a partir do giro ontológico-linguístico, da diferenciação ontológica de ser e ente e do círculo hermenêutico, sabemos que o sentido já vem, inevitavelmente, antecipado e que o ser somente pode ser o ser de um ente e o ente somente existe no seu ser (Ibidem, p. 217 e 220).

Dessa forma, quer-se dizer que o texto importa (Ibidem, p. 219). E ele é inseparável de seu sentido – interpretá-lo é, pois, aplicá-lo (Ibidem, p. 219). Lenio Luiz Streck identifica aí, precisamente, a distinção que deve ser dada entre texto (ente) e norma (ser), na medida em que “a enunciação do texto é aquilo que se diz, isto é, o seu sentido (aquilo dentro do qual o significado pode se dar), que exatamente representa a ruptura dos paradigmas objetivista-aristotélico-tomista e da subjetividade (filosofia da consciência)” (Ibidem, p. 219).

---

<sup>89</sup> Tradução livre.

<sup>90</sup> Mais uma vez, conforme Hans Kelsen já afirmava. Cf. KELSEN, *A teoria pura do direito*, op. cit..

Com efeito, a linguagem não permite que se atribua grau zero de sentido às palavras. Nas palavras de M. Heidegger: “o que é esse nomear? Será apenas atribuir palavras de uma língua aos objetos e processos conhecidos e representáveis (...)? Não. Nomear não é distribuir títulos, não é atribuir palavras. Nomear é evocar a palavra”. E mais adiante: “no nomear, as coisas nomeadas são evocadas em seu fazer-se coisa. Fazendo-se coisa, as coisas des-dobram mundo, mundo em que as coisas perduram, sendo a cada vez a sua duração. Fazendo-se coisa, as coisas dão suporte a um mundo” (HEIDEGGER, 2012a, p. 15-17).

A linguagem, assim, mais do que condição de possibilidade, dirá Streck, é constituinte e constituidora do saber e, portanto, do nosso modo-de-ser-no-mundo, o que implica as condições de possibilidade que temos para compreender e agir. Dessa forma, ao intérprete não é dado estabelecer um “grau zero de sentido” em cada decisão, uma vez que se está umbilicalmente ligado a um “*a priori* histórico compartilhado” e ao caráter antecipador da compreensão na interpretação (STRECK, 2010b, p. 39).

Para Wilson Gomes, a “palavra nos impõe um diálogo com o passado que chega até hoje. É preciso escutar a palavra realidade desde este passado. Só assim ela é um caminho; o qual nos está diante – *pois a palavra nos precedeu e há muito se dirigiu a nós* – mas ao mesmo tempo está às nossas costas porque há muito a pronunciamos” (STRECK, 2011a, p. 255).

O direito, portanto, não é aquilo que o intérprete (ou os tribunais) diz(em) que é. O sentido não pode ser atribuído de forma arbitrária, na medida em que texto e norma não estão separados (STRECK, 2011b, p. 264). Esta também é uma questão democrática – e, portanto, de controle de poder. Nesta direção, mais uma vez Streck esclarece:

O fato de não existir um método que possa dar garantia à “correção” do processo interpretativo – denúncia presente, aliás, já em Kelsen, no oitavo capítulo de sua *Teoria pura do direito* – não pode dar azo a que o intérprete possa interpretar um texto (relembremos: texto é um evento; textos equivalem a fatos) *de acordo com a sua vontade, enfim, de acordo com a sua subjetividade*, ignorando até mesmo o conteúdo mínimo-estrutural do texto jurídico (portanto, mesmo entendido, neste caso, como “enunciado lingüístico”). A “vontade” e o “conhecimento” do intérprete não permitem atribuição arbitrária de sentidos, e, tampouco, uma atribuição de sentidos arbitrária. Afinal, a lição está expressa em *Warheit und Methode*: “*Wer einen*

*Text verstehen will, ist vielmehr bereit, sich von im etwas zu sagen lassen*" (Ibidem, p. 266).

E, em seguida, complementa:

É possível dizer, sim, que uma interpretação é correta, e a outra é incorreta. Decidimos sobre nossas escolhas entre o que é bom ou não. Em toda deliberação em que nossa racionalidade exprime a vigência da liberdade, sempre que trabalhamos com esse a priori que é a base de todos os enunciados descritivos e dos enunciados prescritivos. 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 (Ibidem, p. 267).

Para Guilherme Boff, a pré-compreensão de uma regra se daria pela experiência jurídica do julgador. Essa pré-compreensão, entretanto, deve passar pelo teste explicativo, que permitirá depurar a compreensão, conforme aquilo que o texto normativo deixa interpretar (BOFF, 2013, p. 87). Além da importância dos limites semânticos do texto, a história confere, igualmente, significativa base ao ato da interpretação.

A respeito da hermenêutica jurídica, Gadamer dirá que: "quem quiser adaptar adequadamente o sentido de uma lei tem de conhecer também o seu conteúdo de sentido originário. Ele tem de pensar também em termos histórico-jurídicos" (GADAMER, 1997, p. 484). Neste sentido, Ronald Dworkin ressalta, igualmente, a pertinente relação que o intérprete tem de cultivar entre história e integridade, uma vez que a justificativa da lei encontra-se, em última instância, ligada ao modo como tratamos outros eventos de nosso passado político (DWORKIN, 2007, P. 274). Ou seja, ao intérprete não é dado ignorar, na aplicação do direito, a "história institucional, a tradição, a coerência e a integridade" que sustentam determinado sentido (STRECK, 2013, P. 80). A decisão, assim, deve garantir racionalmente, a coerência normativa do sistema, conferindo a resposta mais adequada ao caso (STRECK, 2011, p. 396).

Ora, parece evidente que a adequada interpretação do dispositivo contido no art. 212 do Código de Processo Penal não pode(ria) ocorrer ao alvedrio das

agruras, sofrimentos e injustiças estabelecidos pelo método inquisitivo ao longo da história<sup>91</sup>. Neste caso, aplicar a norma não é somente uma questão de observância à linguagem, mas de compromisso histórico e social. Afinal, não existe Direito sem história: “o passado é o que nos lega os sentidos jurídicos nos quais, desde sempre, estamos imersos”<sup>92</sup>.

Neste sentido, aliás, Gadamer defenderá que a interpretação hermenêutica adequada advém de uma *autocompreensão da compreensão* exercida constantemente e necessariamente corrigida e depurada de adaptações inadequadas (GADAMER, 1997, p. 400-401).

---

<sup>91</sup> Neste sentido, Luigi Ferrajoli lembra o ressurgimento da inquisição no século XIII, com as Constituições de Frederico II nos crimes de lesa-majestade e, de modo “ainda mais terrível e feroz” no processo eclesiástico, após um período de prevaquecimento do sistema acusatório, com a queda do Império Romano e a evolução das ordálias e duelos judiciais nas jurisdições bárbaras para as formas da *disputatio* e do contraditório, que se consolidaram na Inglaterra e no mundo anglo-saxão entre o fim do primeiro milênio e o século XII. Ferrajoli classifica, ainda, de “irracional” e “arbitrário” o sistema inquisitorial desenvolvido a partir de então – repleto de desumanidade, torturas e despotismo –, cuja derrocada foi objetivo central do Iluminismo penal reformador que se seguiu. FERRAJOLI, *Direito e razão*, *op. cit.*, p. 453-454.

<sup>92</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Por que é inconstitucional "represtinar" a separação judicial no Brasil*. Revista Consultor Jurídico. 18 de novembro de 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-nov-18/lenio-streck-inconstitucional-represtinar-separacao-judicial>

## 6 CONCLUSÃO

O direito não é uma disciplina independente, “sozinha no mundo”, deslocada da filosofia, da sociologia, da história ou da literatura. Por conta disso, é preciso combater o imaginário de “autossuficiência do direito” e buscar, cada vez e cada vez mais, estreitar laços com demais áreas do saber.

Ao longo do presente estudo, buscou-se apontar algumas das falhas e inconsistências, especialmente do ponto de vista filosófico, do discurso sedimentado pela doutrina e pela jurisprudência dominantes, no Brasil, que confere, de forma voluntarista, interpretação arbitrária ao texto do art. 212 do Código de Processo Penal, obstando sua aplicação constitucionalmente adequada. No fundo, é possível sustentar respostas constitucionalmente – ou hermeneuticamente – adequadas. O paradigma do Estado Democrático de Direito – fundado na intersubjetividade – é incompatível com um sistema inquisitorial de processo penal ou com um juiz envolvido na produção probatória.

Por conta disso, defendeu-se que onde está escrito que “ao juiz é permitido realizar perguntas complementares”, na redação do art. 212 do Código de Processo Penal, o intérprete deve ler “perguntas complementares”! E dizer isto não significa, dentre outras coisas, pregar a existência de um sentido unívoco do texto, mas de um evidente significado compartilhado que não pode ser desconsiderado, deliberadamente, pelo intérprete. Acontece que a desmistificação do sentido unívoco das palavras, ou a impossibilidade de se aferir a “vontade do legislador” e o “espírito da lei”, não podem resultar em relativismos e voluntarismos, especialmente quando se está diante de uma constituição normativa, invasora da legalidade. Dizer que o juiz não é boca da lei, Kelsen já o dizia! Neste aspecto é que, não raro, parece que a atual teoria do direito deixou de acompanhar o novo paradigma filosófico instaurado a partir da filosofia hermenêutica de Heidegger.

Ademais, invocar axiomas do século XIX – como *pas de nullité sans grief*<sup>93</sup> – ou conceitos ultrapassados como “verdade real”<sup>94</sup> são claras mostras de indolência

---

<sup>93</sup> Ainda que se reconheça vigência ao *pas de nullité sans grief*, que outra demonstração de prejuízo deveria ser exigida ao réu, além de ter sido condenado com base na prova produzida a partir das perguntas formuladas pelo próprio julgador?

com o novo paradigma constitucional instaurado, especialmente porque, no caso, sua invocação vai de encontro ao princípio acusatório, caro ao Estado Democrático de Direito.

Enfim, por tudo isto, cumpre dizer que, ao contrário do que afirma Hans Kelsen em seu Capítulo Oitavo da Teoria Pura do Direito, o julgador não possui ampla discricionariedade para aplicar a norma geral ao caso concreto – o que, bem entendido, não significa dizer que não atribua sentido. Aliás, a necessária fundamentação das decisões judiciais é garantia fundamental (art. 93, IX, CF). Invocar precedentes judiciais, como se a essência do caso julgado estivesse contida em meros enunciados, valer-se destes de forma meramente retórica e a fim de afirmar algo que, desde sempre, já-está-decidido, sem o menor debruçar-se sobre o caso concreto, são exemplos de como *não se deve decidir*<sup>95</sup>. O evento ocorre apenas no caso concreto, somente ali poderá verificar-se, na hipótese da violação ao art. 212 do Código de Processo Penal, a atuação inquisitorial do Magistrado e o prejuízo causado ao acusado, diante de sua condenação.

Em outras palavras, se o julgador, ao afastar a nulidade, não realiza o menor exame do caso concreto, se ele deixa de analisar, minimamente, a influência que as respostas das testemunhas às perguntas por si formuladas terão na condenação, parece evidente que se está rejeitando a nulidade processual com base em uma ficção. E que, neste caso, texto e norma estão cindidos. Afinal: o julgador, ao formular as perguntas, já não estaria perseguindo a prova necessária à condenação?

Assim, é possível elencar os seguintes problemas na interpretação dominante dada ao dispositivo 212, CPP: em primeiro lugar, há um limite semântico que precisa ser respeitado (e não é/foi); em segundo lugar, a lei democraticamente aprovada deve ser aplicada, sempre que não se estiver diante de uma das hipóteses de inaplicabilidade de se fazer uso da jurisdição constitucional; em terceiro lugar, é

---

<sup>94</sup> A noção de verdade real parece ser absolutamente dessintonizada da realidade, visto que o dogma da “verdade”, enquanto possibilidade objetiva e “real”, já foi, de há muito, desmantelada pela filosofia e por setores da doutrina jurídica.

<sup>95</sup> Neste sentido, Gadamer refere que a essência do ato de perguntar é a de abrir e manter abertas as possibilidades, constituindo-se na estrutura através da qual é possível ao intérprete suspender seus preconceitos. GADAMER, *Verdade e método*, op. cit., p. 447-448. Disso, advém a importância do questionar-se, colocando-se em dúvida as respostas prévias já destinadas ao caso concreto.



falacioso investir em respostas *a priori*, adotando-se, sem qualquer exame do caso concreto, a convenção de que a inobservância ao art. 212, CPP, constitui – sempre – “nulidade relativa”, cabendo ao réu (já condenado e, não raro, preso preventivamente) a “demonstração do prejuízo”; em quarto lugar, a inexistência de sentido unívoco do texto e a produção de sentido do intérprete não significam cair em um relativismo, uma vez que a hermenêutica oferece anteparos à atividade interpretativa; em quinto lugar, o ordenamento jurídico deve se pautar por uma coerência interna e sua aplicação não se dissocia da tradição; em sexto lugar, a discricionariedade judicial é arbitrária e controlá-la é uma questão democrática; e, em sétimo lugar, aplicar a “letra da lei”, nesta quadra da história, não possui qualquer correspondência com o legalismo exegetista do século XIX.

Neste contexto, sustenta-se, aqui, que a teoria atual do direito deve compreender que “se ver livre da postura exegetica” não pode significar render-se a atos de vontade do julgador. A decisão judicial, portanto, não pode se dar ao alvedrio das garantias fundamentais estabelecidas na Constituição Federal de 1988 e, tampouco, cabe ao julgador “mascarar” o desrespeito a estas ao “driblar” a legislação democraticamente aprovada. As regras do jogo estão aí para serem seguidas. E todos estão igualmente vinculados. Democracia é controle de poder. E a hermenêutica está em consonância com esta visão. Cumprir a lei democraticamente aprovada é uma conquista. E nada está a indicar que os juízes estejam acima disso.

Assim, do mesmo modo que as línguas constituem sistemas compartilhados, inexistindo na condição de sistema privado ou individual, não pode o julgador arvorar-se do direito de decidir casos “conforme sua consciência”. O mesmo vale para a interpretação judicial, que não pode ignorar um contexto intersubjetivo de fundamentação. Interpretar não é atribuir sentidos de forma arbitrária, mas é fazê-lo a partir do confronto com a tradição, o que depende da suspensão dos pré-conceitos. A interpretação hermenêutica do texto legal, portanto, exige uma apreensão contextual e só pode ocorrer *no caso concreto*, pois é apenas no caso concreto que o *ente* pode ser *ser*.

Da mesma forma que, no processo hermenêutico, deve-se ir do todo à parte e da parte ao todo, a fim de assegurar a concordância da particularidade e do todo, a interpretação legal, no âmbito das Constituições normativas, inseridas no

Estado Democrático de Direito, não pode ocorrer ao alvedrio do “todo”, tomando-se, aqui, como parâmetro, por exemplo, as disposições constitucionais. No fundo, sabe-se que a interpretação da legislação deve seguir as orientações e disposições contidas na própria Constituição.

Neste aspecto, constatando-se que a Constituição estabelece meios para o advento do processo penal democrático e de superação, por exemplo, dos métodos de inquirição inquisitoriais, alçando o Ministério Público à condição de titular da ação penal, essas circunstâncias não podem ser negligenciadas ao interpretar-se o dispositivo 212 do Código de Processo Penal. E isso se afere no caso concreto, em que as perguntas promovidas pelo julgador culminarão na condenação do acusado. É, pois, apenas na própria faticidade que se dá a compreensão do todo e a compreensão da faticidade, por sua vez, ocorre, somente, pela compreensão que já sempre se tem do todo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVAREZ, Alejandro. Teoria da equidade. Porto Alegre, 2013.
- BARZOTTO, Luis Fernando. *Positivismo jurídico*. In: BARRETO, Vicente de Paula (org.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. 1. ed. São Paulo: Ícone, 2006.
- BOFF, Guilherme. Verdade e hermenêutica jurídica em Paul Ricoeur: o fundamento epistemológico da aplicação do direito. Porto Alegre: UFRGS. 2013.
- BUGALLO, Alejandro. Ricoeur, Paul, 1913-2005. In: BARRETO, Vicente de Paula (org.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo: UNISINOS, 2009.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional. Coimbra: Almedina, 1996.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Sobre a legitimidade das constituições*. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LXXX. Coimbra: Coimbra, 2004.
- DINIZ, Antônio Carlos; MAIA, Antônio Cavalcanti. *Pós-positivismo*. In: BARRETO, Vicente de Paula (org.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- DWORKIN, Ronald. O império do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- \_\_\_\_\_. Uma questão de princípio. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal. Ed.: revista dos tribunais. São Paulo, 2002.
- FLICKINGER, Hans-Georg. Gadamer & a educação. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2014.
- GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1997.
- HEIDEGGER, Martin. A caminho da linguagem. 6. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: São Francisco, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Hölderlin y La esencia de la poesia*. Barcelona: Anthropos, 1989.
- \_\_\_\_\_. Ontologia (Hermenêutica da faticidade). Petrópolis: Vozes, 2012.
- \_\_\_\_\_. Ser e Tempo. Campinas: Editora UNICAMP; Petrópolis: Vozes, 2012.

- HESPAÑA, António Manuel. *Caleidoscópio do Antigo Regime*. 1. ed., São Paulo: Alameda, 2012.
- HOBBS, Thomas. *Diálogo entre um filósofo e um jurista*. São Paulo: Landy, 2001.
- JÚNIOR, Humberto Ribeiro. Apel, Karl-Otto, 1922-. *In*: BARRETO, Vicente de Paula (org.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo: UNISINOS, 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Entre a teoria da norma e a teoria da ação*. *In*: STOCK, Alfredo Carlos e LISBOA, William Barreto (org.). *Norma moralidade e interpretação*. Porto Alegre: Linus, 2009.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- SHOPENHAUER, Arthur. *O mundo como vontade e representação*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001.
- STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1996.
- \_\_\_\_\_. *As ilusões da transparência: dificuldades com o conceito de mundo da vida*. 2. ed. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2012.
- STRECK, Lenio Luiz. *Aplicar a "letra fria" da lei é uma atitude positivista?*. *Revista NEJ – Eletrônico*. Vol. 15, nº 1, jan-abr 2010.
- \_\_\_\_\_. *Compreender direito: desvendando as obviedades do discurso jurídico*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 10ª Ed.
- \_\_\_\_\_. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Por que é inconstitucional "represtinar" a separação judicial no Brasil*. *Revista Consultor Jurídico*. 18 de novembro de 2014.
- \_\_\_\_\_. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Heidegger, Martin, 1889-1976*. *In*: BARRETO, Vicente de Paula (org.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo: UNISINOS, 2009.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TRINDADE, André Karam. *A Filosofia no direito: com Gadamer, contra Habermas, à procura de um paradigma de racionalidade a partir do qual seja possível pensar pós-metafisicamente a teoria do direito contemporâneo*. São Leopoldo: UNISINOS, 2006.

TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

WARAT, Luis Alberto. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Ed. Síntese. Porto Alegre, 1979.