

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - MESTRADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO**

André Luís Barcellos Zinn

**UMA ANÁLISE FENOMENOLÓGICA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS
COMO RESPOSTA À CRISE DO DIREITO E DO SISTEMA PENAL**

**São Leopoldo
2007**

André Luís Barcellos Zinn

**UMA ANÁLISE FENOMENOLÓGICA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS
COMO RESPOSTA À CRISE DO DIREITO E DO SISTEMA PENAL**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* de Mestrado em Direito, área de concentração em Direito Público, da Unisinos, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Dr. André Leonardo Copetti

São Leopoldo

2007

CIP – Catalogação na Publicação

Z78a Zinn, André Luís Barcellos

Uma análise fenomenológica dos juizados especiais criminais como resposta à crise do direito e do sistema penal / André Luís Barcellos Zinn. – 2007.
170 f.; 30 cm.

Orientação: Prof. Dr. André Leonardo Coppetti.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2007.

1. Juizados especiais criminais. 2. Hermenêutica Filosófica (Direito).
3. Direito penal. 4. Proporcionalidade (Direito). I. Coppetti,
André Leonardo, orientador. II. Título.

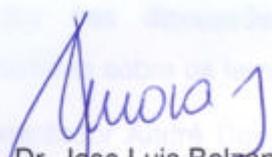
CDU : 347.994:343.1

Catalogação: bibliotecária Jucelei Rodrigues Domingues - CRB 10/1569

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “Uma Análise Fenomenológica dos Juizados Especiais Criminais como Resposta à Crise do Direito e do Sistema Penal”, elaborada pelo aluno André Luís Barcellos Zinn, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 28 de agosto de 2007.


Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes,
Coordenador Executivo

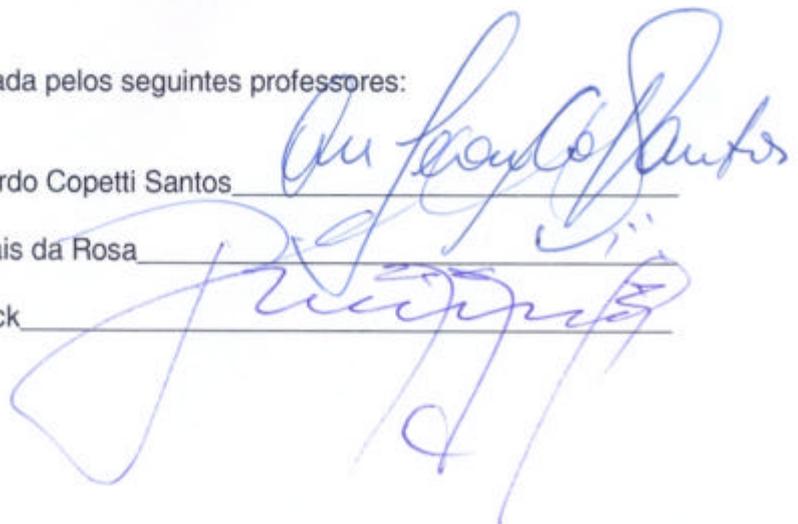
do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. André Leonardo Copetti Santos

Membro: Dr. Alexandre Morais da Rosa

Membro: Dr. Lenio Luiz Streck



Agradeço à minha família, pela colaboração e pelo incentivo na busca de meus objetivos.

À querida Jaqueline, pela ajuda na superação das angústias inerentes ao desenvolvimento de um trabalho longo e exaustivo.

Aos colegas e amigos Mario e Ipojucan que contribuíram dialogando e questionando os novos olhares que invadiram meus pensamentos nas discussões filosóficas e jurídicas travadas sobre os temas abordados.

Ao meu orientador André Copetti que apontou os caminhos que trilhei, ajudando-me a desvelar novos conhecimentos.

A todos, muito obrigado.

RESUMO

A pesquisa elaborada consiste na análise fenomenológica dos Juizados Especiais Criminais, no qual ganha relevo a aplicação dos institutos despenalizadores da transação penal e da suspensão condicional do processo. De início será realizado um panorama geral da situação de crise do direito e do sistema penal brasileiro na atualidade. Em seguida, serão esboçados os pressupostos fundamentais da hermenêutica filosófica que servirão como um instrumento de ruptura com o modo de pensar proposto pela dogmática jurídica. Posteriormente, será feita uma abordagem hermenêutica sobre o princípio da proporcionalidade em seu duplo sentido: a proibição de excesso e a proibição da proteção deficiente. Ao final, será demonstrado como esse princípio poderá servir como vetor de sentido para uma adequada interpretação voltada a proteção dos valores fundamentais insculpidos na Constituição da República.

Palavras-chave: Crise do direito e do sistema penal; Hermenêutica filosófica; Institutos despenalizadores; Princípio da proporcionalidade;

ABSTRACT

This research is consisted of the phenomenological analysis of the Criminal Special Courts, where the application of the institutes that are in charge of not punishing by law, and the conditional of the process is highlighted. At the beginning, it will be accomplished a general panorama of the crisis situation of the law and of the penal Brazilian System at the present. Following, the fundamental presupposition of the philosophical hermeneutic that will fit as an instrument of rupture with the way of thinking proposed by the legal dogmatic. Subsequently, an hermeneutic approach about the proportion principle, in its double sense, will be done: the prohibition of the excess and the prohibition of the deficient protection. At the end, the way how this principle can fit, as a sense vector for a suitable interpretation regarding the protection of the fundamental values found in the Brazilian Federal Constitution of 1988, will be shown.

Key-words: Law and Penal System Crisis and; Philosophic Hermeneutic; Institutes In Charge of not Punishing by Law, Proportion Institute;

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| Introdução..... | 08 |
| 1. A crise do direito e do sistema penal brasileiro..... | 12 |
| 1.1 Algumas tentativas de respostas à crise do sistema penal brasileiro..... | 29 |
| 1.1.1. O movimento lei e ordem..... | 31 |
| 1.1.2. O movimento abolicionista..... | 35 |
| 1.1.3. O minimalismo e os processos de desinstitucionalização..... | 40 |
| 1.1.4. O garantismo..... | 44 |
| 1.2. A justiça penal consensual e a instituição dos Juizados Especiais Criminais no Brasil..... | 48 |
| 1.2.1. As inovações em relação ao modelo de justiça penal conflitiva..... | 51 |
| 1.2.2. A transação penal e a idéia de menor potencial ofensivo..... | 52 |
| 1.2.3. A suspensão condicional do processo e a idéia de crime de médio potencial ofensivo..... | 55 |
| 1.2.4. Os princípios processuais nos Juizados Especiais Criminais..... | 58 |
| 2. A hermenêutica filosófica e o rompimento com o paradigma metafísico..... | 61 |
| 2.1. Algumas concepções de hermenêutica..... | 61 |
| 2.2. As estruturas fundamentais de uma hermenêutica filosófica..... | 64 |
| 2.2.1. A linguagem como abertura para o entendimento do ser..... | 65 |
| 2.2.2. A estrutura circular da compreensão e a necessidade dos pré-juízos..... | 70 |
| 2.2.3. A historicidade da compreensão, a tradição e os diálogos hermenêuticos..... | 75 |
| 2.2.4. O postulado da diferença ontológica e a crítica à metafísica..... | 83 |
| 2.3. A diferença (ontológica) entre texto e norma e vigência e validade..... | 88 |
| 2.4. A hermenêutica filosófica, os métodos de interpretação e a questão da verdade no Direito..... | 90 |
| 3. A análise fenomenológica dos discursos dogmático e decisório sobre os Juizados Especiais Criminais..... | 95 |
| 3.1. A elaboração do discurso dogmático e as inovações institucionais introduzidas pelos Juizados Especiais Criminais..... | 95 |
| 3.1.1. A objetificação do conceito de delito de menor potencial ofensivo pela sua vinculação à cominação abstrata da pena..... | 103 |

| | |
|---|------------|
| 3.1.2. Os entraves metafísicos sobre o conceito de delito de médio potencial ofensivo pela sua vinculação à cominação abstrata de pena..... | 110 |
| 3.2. Elementos metafísicos do discurso decisório sobre os Juizados Especiais Criminais..... | 117 |
| 4. A compreensão dos Juizados Especiais Criminais a partir dos aportes da hermenêutica filosófica..... | 126 |
| 4.1. O vetor de sentido para interpretação hermenêutica no Direito: a Constituição Federal da República | 127 |
| 4.2. Da abstração à concreção: a questão da aplicação..... | 133 |
| 4.3. A dupla face do princípio da proporcionalidade no âmbito penal: a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente..... | 142 |
| 4.4. A proporcionalidade concreta como critério de fixação conceitual e decisório dos institutos despenalizadores nos Juizados Especiais Criminais..... | 149 |
| Considerações finais..... | 154 |
| Referências..... | 161 |

INTRODUÇÃO

Diante de um mundo em transformação, cuja legislação é alterada constantemente, é difícil saber exatamente quais são os limites da intervenção estatal na esfera de direitos das pessoas. A todo o momento, inúmeras leis são criadas com o intuito de regulamentar uma série de situações novas, cada vez mais complexas. E nesse bojo, estão incluídas várias leis penais, cujo conteúdo, de regra, alcança um conjunto de condutas bem específico, notadamente, por força do princípio da legalidade dos tipos penais.

No entanto, quando o Poder Legislativo brasileiro elaborou as leis de conteúdo despenalizador, a técnica legislativa utilizada valorizou por demais a abstração, de maneira a alcançar um universo de condutas que, muitas vezes, são incompatíveis com o sentido do texto dificultando sobejamente a interpretação.

Nesse panorama, o objetivo desse trabalho é analisar a legislação que regulamenta os Juizados Especiais Criminais, examinando algumas questões relativas ao sentido dos textos legais que dão os contornos conceituais do que seja crime de menor e médio potencial ofensivo, bem como a aplicação dos institutos despenalizadores da transação penal e da suspensão condicional do processo.

Destaca-se que essa temática se encontra inserida na linha de pesquisa da hermenêutica filosófica do Curso de Mestrado Interinstitucional em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

Para realizar a investigação do tema proposto, utiliza-se o método fenomenológico-hermenêutico, entendido como um processo de investigação que busca conhecer a realidade a partir da apreensão do significado de um fenômeno para as pessoas que o vivenciam em uma situação concreta, em um determinado contexto cultural, reconhecendo e analisando o envolvimento próprio em um movimento de aproximação do fenômeno e, ao mesmo tempo, de distanciamento.¹

¹ BARQUERO, Marcelo; GONÇALVES, Maria Augusta S. & BAQUERO, Rute V. A. Reflexões sobre pesquisa nas ciências humanas. *Barbarói*. Santa Cruz do Sul, n. 2. mar. 1995.

Por outro lado, busca-se examinar concretamente algumas hipóteses abrangidas pelas leis despenalizadoras que, pela importância dos bens jurídicos que visam proteger não poderiam sofrer determinadas rotulações legislativas.

A metodologia usada no trabalho baseia-se na pesquisa sócio-jurídica. No entanto, é a concentração dessa metodologia na pesquisa bibliográfica e jurisprudencial que traz para o estudo de cada um dos capítulos e temas, as obras que tratam do Direito Constitucional, do Direito Penal, da Hermenêutica Filosófica, entre outras, confrontando-as com os textos das leis dos Juizados Especiais Criminais. Espera-se, com isso, propiciar uma aproximação com os conteúdos de uma forma atual e crítica.

A presente dissertação apresenta-se ordenada em quatro capítulos específicos, a saber: A crise do direito e do sistema penal brasileiro; a hermenêutica filosófica e o rompimento com o paradigma metafísico; a análise fenomenológica dos discursos dogmático e decisório sobre os Juizados Especiais Criminais e, por último, a compreensão dos Juizados Especiais Criminais a partir dos aportes da hermenêutica filosófica.

De forma mais restrita, o capítulo inicial abordará alguns sintomas sobre a crise do direito e do sistema penal, fazendo uma breve análise das estruturas do poder punitivo, ou seja, sobre o papel das agências de criminalização, especialmente as políticas, policiais, judiciais, penitenciárias e as de comunicação. Com isso, será possibilitada uma reflexão que se aproxime da realidade. Além disso, também serão apontados os principais discursos dos movimentos de política criminal para averiguar sua importância na transformação do Direito Penal brasileiro ao longo dos anos.

Agregue-se ainda o exame de algumas razões decorrentes da experiência histórica - homem e cárcere - que levaram o legislador brasileiro a modificar o panorama do direito penal nacional, motivando-o a elaborar as leis de conteúdo despenalizador.

Em uma abordagem mais específica, será exposto, no segundo capítulo, algumas premissas sobre a matriz teórica que fundamenta o trabalho, a hermenêutica filosófica, apontando seus traços fundamentais a partir dos trabalhos de Heidegger e Gadamer, explicitando ainda, as razões pelas quais ela pode

contribuir na interpretação dos textos legais, especialmente aqueles relacionados com a aplicação das Leis 9.099/95 e 10.259/01, aos comportamentos criminosos.

Sob o ângulo da hermenêutica filosófica serão abordados temas relativos à importância da linguagem no processo interpretativo, a estrutura circular da compreensão, além do postulado da diferença ontológica. Estabelecidos esses pontos fundamentais, os temas serão correlacionados, apontando-se algumas contribuições da matriz teórica para o estudo do Direito, tais como a diferença entre texto e norma, vigência e validade, a crítica aos métodos de interpretação e a questão da verdade no Direito.

No terceiro capítulo, demonstrar-se-á como está sendo realizada a interpretação dos textos das leis dos Juizados Especiais Criminais pela doutrina e pela jurisprudência. Nesse contexto, pretende-se mostrar como a dogmática jurídica interpreta as normas penais, destacando o seu caráter formalista e metodológico no processo de interpretação.

Além disso, denuncia-se que é cada vez mais acentuada a utilização de palavras e expressões obscuras, não claras, nos textos legais, cujo grau de abstração permite, não raras vezes, uma interpretação totalmente distorcida da realidade. Aliás, essa tem sido uma técnica muito utilizada na legislação pátria, inclusive na seara criminal

Outrossim, serão delineadas algumas concepções doutrinárias acerca dos institutos despenalizadores, bem como a análise de alguns julgados sobre o tema, denunciando o engessamento da interpretação realizada pela doutrina tradicional, embasada pela matriz teórica denominada dogmática jurídica, cujas formulações partem, de regra, dos conceitos abstratos prescritos em lei e que induzem a um raciocínio de pretensa universalidade e completude.

No caso dos Juizados Especiais Criminais, a lei penal atrelou a concessão de benefícios processuais - os institutos despenalizadores da transação e suspensão condicional do processo - a uma abstração jurídica, isto é, a uma categorização que atrela a noção de potencialidade lesiva de uma conduta à quantidade de pena cominada no tipo legal.

No capítulo final, a partir dos pressupostos da matriz teórica adotada, será demonstrada a dupla face que adquire o princípio da proporcionalidade a partir do

olhar hermenêutico, seja no sentido da proibição de excesso, seja no sentido da proibição da proteção deficiente, bem como a sua aplicabilidade no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, especialmente, como critério definidor do conceito de infração de menor e médio potencial ofensivo.

Será demonstrado que a hermenêutica filosófica pode servir como um instrumento de ruptura, podendo contribuir concretamente no processo interpretativo, abrindo novos horizontes de sentido na resolução dos conflitos sociais, especialmente na interpretação dos textos legais no âmbito do Direito Penal, afinal, propõe uma interpretação que indique um sentido adequado a cada caso.

Aliás, será ressaltada, no processo de compreensão e interpretação, a questão da aplicação, uma das principais discussões de Gadamer. Assim, é a compreensão do caso concreto e, especialmente, a adequada compreensão que o intérprete tem da Constituição que orientará o operador jurídico na tarefa de interpretação.

No que tange aos Juizados Especiais Criminais e as medidas despenalizadoras, busca-se atribuir um sentido adequado aqueles conceitos de infração de menor e médio potencial ofensivo na tentativa de romper com a visão objetificadora proporcionada pela dogmática jurídica que, simplesmente, atrela a gravidade da infração praticada a quantidade de pena definida em lei, concedendo benefícios legais de índole processual, enconbrindo a verdade a partir de um discurso sustentado por uma legalidade meramente formal.

E o princípio da proporcionalidade concebido dentro da perspectiva democrática projetada no texto constitucional será o vetor de sentido que apontará os caminhos para uma adequada interpretação dos textos legais

Dessa forma, na ordem dos capítulos acima referidos, a pesquisa realizada passa a ser apresentada. Sem a pretensão de esgotar a temática em questão, visando precipuamente estimular o leitor a refletir sobre o assunto desenvolvido.

1. A CRISE DO DIREITO E DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

As discussões acerca do alcance das normas penais têm despertado especial atenção da comunidade jurídica, principalmente pela necessidade de regulamentação de novas áreas de atuação do Direito que ainda não estavam submetidas ao aparato jurídico-penal.

Isso decorre, sem dúvida, do aumento da complexidade das relações sociais e, também, do fenômeno denominado globalização. Aliás, parece evidente que inúmeros comportamentos novos e nocivos para a sociedade exijam uma regulamentação específica, inclusive da lei penal, especialmente pela importância que representam para as pessoas em suas relações sociais.

Ocorre, porém, que a produção legislativa no âmbito criminal tem sido bastante pródiga, havendo, de um lado, certo exagero na proteção de alguns bens jurídicos e, de outro, certo desprezo quanto à manutenção da proteção a outros bens igualmente relevantes. Ademais, têm-se criminalizado condutas antes mesmo que possam afetar o bem jurídico tutelado utilizando-se de técnicas antecipadoras do próprio resultado danoso, no qual se busca punir tão-somente o risco ou o perigo representado pela conduta praticada. Nesse sentido, alguns fatos, sem tanta importância ou carentes de qualquer risco ao tal bem jurídico, também constituem objeto de proteção pela legislação criminal.²

Muito embora a produção legislativa indique o endurecimento e o agravamento das penas criminais, numa tendência sobretudo expansionista, é necessário destacar ainda, um fenômeno que também vem acontecendo no Brasil: a despenalização e a descriminalização de algumas condutas. Isso, sem, é claro, a observância de uma adequada preocupação com aquilo que realmente se deseja retirar do âmbito criminal.

Dentro desse panorama que vem modificando e aumentando paulatinamente a legislação criminal, o poder legislativo tem utilizado, nos textos

² BIANCHINI, Alice; ANDRADE, Leo Rosa de. Inoperatividade do direito penal e flexibilização de garantias. In BRITO, Alexis Augusto Couto de; VANZOLINI, Maria Patricia (coord.). *Direito Penal: aspectos jurídicos controvertidos*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. p. 19.

legais, técnicas e critérios nem sempre bem definidos, prejudicando a qualidade do Direito Penal, pois se criam inúmeros problemas aos operadores jurídicos no momento da aplicação das leis aos casos concretos.

Aliado a isso, é necessário denunciar que o Direito Penal ainda se encontra em um momento de transição de um modelo constitucional liberal individualista para um modelo democrático social, que veio a ser percebido, de forma efetiva, somente após a Constituição Federal de 1988. Há um tensionamento estrutural gerado a partir das exigências de implementação de uma série de direitos fundamentais, especialmente os de natureza não individual e as insuficiências institucionais e normativas para a realização de tais tarefas.³

No campo do Direito Penal são imperativas as reformas da legislação infraconstitucional, especialmente no que tange à necessidade de conformação das leis de conteúdo repressivo aos paradigmas constitucionais.

Já a partir desses breves aportes, é possível afirmar que o Direito Penal brasileiro está em crise, pois não se podem apontar quais são exatamente as suas atribuições próprias e declaradas. O Direito Penal assumiu funções que hoje não se coadunam com os princípios constitucionais que autorizam a intervenção do poder punitivo estatal, distorcendo seu papel e levando-o a uma denominação meramente simbólica.

Frise-se que, com a ampliação desmedida das funções do Direito Penal, cria-se um *déficit* de operacionalidade que se origina da incapacidade de dar solução a todos os casos que se apresentam. Nessa esteira, Bianchini e Andrade afirmam o seguinte:

³ COPETTI, André Leonardo. Por uma (neo)filosofia constitucional no direito penal: uma exigência fenomenológica do Estado Democrático de Direito brasileiro. In *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. (Neo)Constitucionalismo: onde, os códigos hoje, as constituições*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 2, 2004. p. 16.

Esta extrapolação de encargo desdobra-se em inúmeras consequências nefastas: morosidade, descrédito, sensação de impunidade e de ineficácia da ameaça penal e, talvez, a mais popularmente assentada de todas elas: a compreensão equivocada de que o Direito penal oferecido é pouco, pedindo-se por mais oferta dele. Ainda, claro, o custo exorbitante para o sistema penal (gastos com o aparato judiciário e com a execução), gerando falta de recursos para investimentos necessários e urgentes.⁴

Veja-se que não é de hoje que se constata os efeitos maléficos dessa transformação do Direito Penal que, em última análise, importa o aumento excessivo e alarmante da população carcerária, além do despertar de um sentimento de angústia e insegurança na população. Com efeito, Luisi já alertava:

No nosso século têm sido inúmeras as advertências sobre o esvaziamento da força intimidadora da pena como consequência da criação excessiva e descriteriosa de delitos. Francesco Carnelutti fala em inflação legislativa, sustentando que seus efeitos são análogos aos da inflação monetária, pois desvalorizam as leis, e no concernente às leis penais aviltam a sua eficácia preventiva geral.⁵

É importante destacar que o Direito Penal, como instrumento de controle social, no contexto de um Estado Democrático de Direito, deve ser fragmentário e subsidiário. Em outras palavras, o Direito Penal somente deve interferir quando os outros ramos do Direito não alcançarem uma solução adequada para os problemas que se apresentam no dia-a-dia.

Outrossim, parece que há um consenso em torno da idéia de que o Direito Penal é a forma de intervenção mais grave do Estado na esfera dos direitos de liberdade do indivíduo, cujas consequências se revelam altamente estigmatizadoras. Dentro dessa perspectiva, é necessário restringir o seu alcance, limitando e justificando ao máximo a sua intervenção. Portanto, é imprescindível que se revise essa proliferação do Direito Penal, bem como o seu uso indiscriminado pois,

⁴ BIANCHINI; ANDRADE, Inoperatividade do direito penal e flexibilização de garantias, p. 21.

⁵ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003.p. 266.

certamente, a utilização inadequada dessa ferramenta jurídica levará a sua banalização.

No Brasil, é possível exemplificar essa ambigüidade de ideologias na história do Direito Penal (expansão/agravamento – despenalização/descriminalização) a partir do quadro político-criminal representado sistematicamente, por um lado, pelo movimento Lei e Ordem, cujos espectros mais visíveis foram a criação das leis que regulamentaram a prisão temporária, os crimes hediondos, a criminalidade organizada, além de outros movimentos que sustentavam a implementação da pena de morte e a prisão perpétua e, por outro, por uma tendência despenalizadora representada pela Nova Defesa Social e pela Política Criminal Alternativa, cujos ideais foram responsáveis pelas reformas do Código Penal e da Lei de Execuções, bem como a implementação dos Juizados Especiais Criminais no âmbito estadual e federal.

Copetti identifica algumas razões fundamentais na composição desse painel conflitivo no âmbito criminal:

De um lado, a forte demanda social da população por segurança pública e pela perseguição implacável às mais diversas classes de delinqüentes, em função de um aumento quantitativo e qualitativo das atividades criminosas que se sofisticaram e organizaram em níveis alarmantes; de outro, a estrutura normativa constitucional indica a possibilidade da tutela penal de um novo rol de bens positivados e, paradoxalmente, algumas alternativas de redução do poder penal do Estado.⁶

Dentro desse panorama, devem-se compreender as finalidades legítimas do Direito Penal para que seja possível se afastar dos discursos jurídicos falsos sustentados pela incapacidade de serem substituídos por outros discursos, seja pela necessidade de defesa de algumas pessoas, seja, pela privação de um instrumento para a defesa dos direitos de alguns segmentos sociais.⁷ Afinal, os representantes

⁶ COPETTI, Por uma (neo)filosofia constitucional no direito penal: uma exigência fenomenológica do Estado Democrático de Direito brasileiro, p. 18.

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5 ed. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 14.

políticos estão sempre a apresentar diferentes medidas legislativas que vão desde propostas de redução do aparato repressivo até as mais violentas e absurdas sugestões de penas capitais.

Hoje em dia, inexistente qualquer teoria do Direito Penal vinculada a uma política criminal racional que delimite as premissas básicas desse ramo, especialmente, com estudos científicos na órbita da criminologia, que venham a justificar a intervenção penal no sentido de criminalizar, descriminalizar ou ainda, despenalizar determinadas condutas humanas.

Para Bianchini e Andrade a falta de um conjunto normativo delimitador da essência do âmbito reservado à lei penal, as deficiências de técnica legislativa e os interesses puramente eleitoreiros confluem para a deplorável, açodada e ilegítima fuga para o Direito Penal.⁸ Nesse sentido, a afirmativa de que o Direito Penal está em crise significa que o modo clássico de compreendê-lo não é o mais adequado para fazer frente às relações jurídicas da modernidade racional na era da globalização. A sociedade clama por segurança e, ao mesmo tempo, por uma proteção que venha a superar os modelos e paradigmas até então existentes que, considerando a realidade da marginalização nos países subdesenvolvidos, como o Brasil, continuam atrelados à matriz liberal de inspiração iluminista.

É desprecioso enfatizar que os encaminhamentos até então realizados pela dogmática ainda são insuficientes para acalmar a tempestade de questionamentos suscitados no âmbito do Direito Penal, principalmente no que se refere à definição do rol de bens jurídicos que devam ser protegidos por esse ramo do ordenamento jurídico, além de apontar seus limites e funções num Estado Democrático de Direito.⁹

Ademais, considerando que o discurso jurídico penal é elaborado sobre um texto legal, ele explicita alguns sentimentos da comunidade em um determinado momento de sua história. Deve, portanto, estar atrelado à filosofia e à política, afinal, é justificado cultural e cientificamente numa planificação prescritiva na forma do dever ser.

⁸ BIANCHINI; ANDRADE, Inoperatividade do direito penal e flexibilização de garantias, p. 29.

⁹ COPETTI, Por uma (neo)filosofia constitucional no direito penal: uma exigência fenomenológica do Estado Democrático de Direito brasileiro, p. 26.

Nota-se que no Brasil, não há nenhuma tentativa séria de legitimar o discurso jurídico sobre o sistema penal, omitindo-se sempre a pergunta sobre a legalidade do sistema ou confundindo a legalidade com a racionalidade. Outrossim, a legitimidade deriva de terem as normas sido produzidas de modo formalmente válido, e da pretensão de que sejam respeitadas por todos aqueles situados no âmbito do poder daquele Estado.

De acordo com a doutrina de Zaffaroni, é utópica a legitimidade do sistema penal, pois lhe falta racionalidade para o exercício desse poder planejado, seja pela falta de coerência interna do discurso jurídico penal, seja pelo seu valor de verdade quanto à nova operatividade social. Para o autor, a planificação do exercício de poder do sistema penal deve pressupor uma antropologia filosófica básica, que irá estabelecer um nível de crítica à coerência interna do discurso, além de verificar se sua projeção social efetiva é realizável verdadeiramente em alguma medida.¹⁰

Na legislação nacional, conforme a ilustração de Copetti, é possível apontar o artigo 1º da lei de introdução ao Código Penal e à lei de Contravenções Penais, como um exemplo exdrúxulo de autojustificação circular do sistema normativo penal, uma vez que se elabora uma definição de crime ou contravenção simplesmente considerando o comportamento que a lei determina um apenamento de reclusão, detenção ou prisão simples. Não há, nesses casos, qualquer apontamento acerca dos limites de intervenção penal ou um critério para a seleção das condutas que devam receber a proteção criminal.¹¹

A expressão “crise” aqui também é empregada no sentido de apontar um déficit de legitimidade que, considerando a expansão do Direito Penal atual, devidamente contemplado pela grande produção legislativa, parece carecer de um vetor que aponte os valores constitucionais, especialmente na elaboração de estratégias político-criminais que, em última análise, dizem respeito aos direitos humanos.

É de se referir, como exemplo dessa falta de legitimação, a denominada “Administrativização do Direito Penal”¹² que se caracteriza pela pretensão do uso

¹⁰ ZAFFARONI, *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*, p. 16-18.

¹¹ COPETTI, *Por uma (neo)filosofia constitucional no direito penal: uma exigência fenomenológica do Estado Democrático de Direito brasileiro*, p. 24-25.

¹² ZAFFARONI et. al. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. v. I, 2. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 50.

indiscriminado do poder punitivo para reforçar o cumprimento de certas obrigações públicas. No país, tais adequações de papel notoriamente intimidatório ocorrem principalmente no âmbito tributário e previdenciário, o que banaliza o conteúdo da legislação e distorce a correta concepção de bem jurídico penal.

Convém ressaltar ainda, que toda a norma penal possui um sentido promocional de onde se irradiam determinados efeitos colaterais. A criação de normas penais para, tão somente produzir esses efeitos, também deve ser rechaçada, pois não pode considerá-la legítima quando possui essa finalidade: o acionamento desse instrumento para utilizá-lo como ameaça moral.¹³

Embora a norma jurídico penal seja um reflexo de uma determinada configuração ética da sociedade, isso não pode significar que a sociedade possa ser mudada pelo Direito Penal. Afinal, é a sociedade que faz o Direito e não o Direito que amolda a sociedade. Desse modo, não pode o legislador brasileiro se valer do Direito Penal para ingressar na esfera íntima das pessoas, para modificar os seus valores ou o seu modo de ser no mundo.¹⁴ É importante que se diga que o uso do Direito Penal para infundir na sociedade o respeito a valores de natureza moral já foi superado, sobretudo, após o processo de secularização do Direito que conseguiu distinguir o crime da idéia religiosa de pecado.

Existe ainda uma outra causa que também deslegitima o uso do Direito Penal, comumente chamada de função simbólica ou pervertida. Nesse sentido, Zaffaroni assevera:

A perversão do discurso jurídico-penal caracteriza-o como um ente que se enrosca em si mesmo de forma envolvente, a ponto de imobilizar freqüentemente seus críticos mais inteligentes, especialmente quando estes possuem alguma relação com a prática dos órgãos judiciais e com a necessidade de defesa concreta e cotidiana dos direitos humanos na operacionalidade desses órgãos. Desta maneira, a perversão é a característica que cristaliza a dinâmica discursiva do discurso jurídico-penal, apesar de sua evidente falsidade.¹⁵

¹³ BIANCHINI; ANDRADE, Inoperatividade do direito penal e flexibilização de garantias, p. 30.

¹⁴ Ibid., p. 30-31.

¹⁵ ZAFFARONI, *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*, p. 29.

Nota-se que o Direito Penal simbólico não traz uma proteção eficaz aos bens jurídicos, haja vista que seus fins são outros, ou seja, são alheios às verdadeiras finalidades desse ramo do Direito. Esse Direito Penal pervertido é utilizado para manipular o medo do delito e a insegurança, reagindo de forma desproporcional e com demasiado rigor, justamente, em detrimento do cidadão que, de regra, cumpre o seu papel na sociedade.

Como se não bastasse, para que se possa fazer uma análise um pouco mais aprofundada da crise, é indispensável verificar a estrutura do sistema penal punitivo, incluindo-se aí, todas as agências que o formam – políticas, judiciais, policiais, penitenciárias, de comunicação e reprodução ideológica.

De regra, todas as sociedades, a partir do poder estatal, selecionam determinadas pessoas, submetendo-as à coação e impondo-lhes uma pena. Esse fenômeno chamado de criminalização nada mais é do que o resultado da gestão operacional de um conjunto de agências que formam o sistema penal.

Esse conjunto de agências tem um papel importante no processo seletivo de criminalização que, segundo Batista e Zaffaroni, ocorre em etapas. Ela pode ser primária, quando realizada pelo poder legislativo na produção da legislação punitiva que incrimina e permite a punição a algumas pessoas, ou ainda, secundária, quando a programação estabelecida pelas agências primárias é realizada por outras agências tais como policiais, promotores, advogados, juízes, agentes penitenciários e outros. Em geral, são as agências políticas que estabelecem o programa de criminalização que define abstratamente o que deve ser apenado e, portanto, submetido ao poder do sistema penal.¹⁶

Por outro lado, são as agências de criminalização secundária, especialmente as agências policiais, que exercem efetivamente uma ação concreta sobre as pessoas, seja para realizar atos de investigação, seja para privá-las de liberdade e submetê-las a um processo criminal. Em seguida, por via de uma agência judicial que legitima tais iniciativas, admite-se o processo que, ao final, poderá ou não resultar na imposição de uma pena. Para aqueles que são condenados, as agências

¹⁶ ZAFFARONI et. al., *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*, p. 43.

penitenciárias se encarregarão de executar concretamente a pena privativa de liberdade nos estabelecimentos competentes.¹⁷

Um dos fatores importantes a ser considerado na análise do sistema penal é a sua capacidade operacional. Isso porque o programa que estabelece a criminalização primária é tão extenso, sendo praticamente impossível conter todos os conflitos sociais prescritos na legislação penal. Além disso, um significativo número de conflitos concretos que ocorrem no meio social sequer chegam ao conhecimento das agências do sistema penal.

Esse fenômeno crítico do sistema penal entendido como uma zona obscura - *dark number* ou *cifra negra* – designa a defasagem que medeia a criminalidade real (efetivamente praticada) e a criminalidade estatística (oficialmente registrada)¹⁸. Assim, parece evidente que o sistema penal, pelas suas agências de criminalização secundária, somente leva a cabo uma parcela ínfima do programa legal preliminarmente estabelecido. Sobre o assunto, Zaffaroni esclarece que:

Hoje temos consciência de que a realidade operacional de nossos sistemas penais jamais poderá adequar-se à planificação do discurso jurídico-penal, e de que todos os sistemas penais apresentam características estruturais próprias de seu exercício de poder que cancelam o discurso jurídico-penal e que, por constituírem marcas de sua essência,¹⁹ não podem ser eliminadas sem a supressão dos próprios sistemas penais.

A partir dessa premissa que demonstra a parca capacidade operacional do sistema penal, a seletividade é uma condição que se impõe como uma espécie de vício do sistema. Embora sejam as agências políticas do poder legislativo que estabelecem os destinatários do sistema penal, elas o fazem de forma abstrata, deixando para as agências de criminalização secundária, especialmente a polícia, o papel de perseguir as pessoas “certas” ou “indesejáveis”, selecionando-as. Essa seleção é muito bem destacada por Andrade, que assevera:

¹⁷ ZAFFARONI et. al., *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*, p. 43-44.

¹⁸ PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina. *A ilusão de segurança jurídica do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 261-262.

¹⁹ ZAFFARONI, *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*, p. 15.

O funcionamento do sistema penal não depende somente da defasagem entre a programação real e recursos disponíveis do sistema para a sua operacionalização (a que estamos denominando seletividade qualitativa), mas também de outra variável estrutural: a especificidade da infração e as conotações sociais dos autores (e vítimas), isto é, das pessoas envolvidas.²⁰

E essa seleção também é condicionada por outras agências, especialmente as de comunicação e as políticas. A partir das reivindicações sociais, são tomadas medidas urgentes, porém, não no sentido de resolver o caso concreto, mas de apenas comunicar a impunidade dos homicidas, dos estupradores, dos ladrões, dos meninos de rua, das prostitutas, dos drogados, dos bêbados, dos motoristas loucos, dentre outros, afinal, a violência se tornou um produto espetacular, especialmente para as agências de comunicação, que o comercializam auferindo grandes fortunas. Muitas vezes, o que se pretende é apenas um pouco de notoriedade e admiração, como no caso dos políticos e de outras autoridades, não importando o que se comunica, mas como se comunica.²¹

Veja-se que as agências policiais, em seu processo seletivo, freqüentemente, fazem a indicação de pessoas pela prática de comportamentos extremos, excessivos e grosseiros, cuja detecção é facilitada pela própria ignorância e, ou crueldade, ou ainda, por uma questão de natureza pessoal, geralmente atestada pela incapacidade de acesso político e econômico. A consequência parece evidente: tem-se um sistema penal cuja lei e seu exercício são dirigidos a determinadas pessoas e, por isso, cercado de desigualdades e arbitrariedades.

Nessa esteira, os meios de comunicação social divulgam os atos mais grosseiros como únicos delitos, e as pessoas que os realizam como os únicos delinqüentes. Cria-se, com isso, um estereótipo no imaginário coletivo, ou seja, a imagem de um criminoso ideal ou “médio”, na qual são associadas todas as cargas negativas da sociedade - os preconceitos, no sentido pejorativo, negativo.

Essa imagem pública do delinqüente ideal ou convencional agrega elementos na sua composição como classe social, faixa etária, raça, escolaridade, local de moradia, além de outros elementos estéticos. Assim, o estereótipo é eleito

²⁰ PEREIRA DE ANDRADE, *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*, p. 266-267.

²¹ ZAFFARONI, et. al., *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*, p. 45.

como um dos mais importantes critérios de seletividade das agências do sistema penal. Veja-se:

O estereótipo acaba sendo o principal critério seletivo para a criminalização secundária; daí, a existência de certas uniformidades da população penitenciária associadas a desvalores estéticos (pessoas feias), que o biologismo criminológico considerou causas do delito quando, na realidade, eram causas de criminalização, embora possam vir a tornarem-se causas do delito quando a pessoa acaba assumindo o papel vinculado ao estereótipo (é o chamado efeito reprodutor da criminalização ou desvio secundário).²²

Deve-se dar atenção ao fato de o exercício do poder de punir do Estado, que se apóia em um discurso cuja tônica é a desinformação e a exacerbação de forte carga emocional que, desde a linguagem, é passada pelo sistema penal. Cria-se um dialeto penal, um discurso da repressão que dramatiza, demoniza e isola pessoas e acontecimentos ocultando seus reais efeitos e predicados. Aliás, não é de hoje que a própria idéia de crime já expressa dramatização e demonização, cuja funcionalidade política é manifesta.²³

Há, sem dúvida, um condicionamento, uma espécie de dirigismo no funcionamento do sistema penal, fazendo com que haja uma clientela específica que é atacada e abrangida por esse poder repressivo. Não é à toa que o sistema penal é inoperante contra os crimes econômicos, especialmente quando os destinatários da norma não se enquadram no perfil dos criminosos convencionais. De fato, essa anomalia permite que algumas pessoas possam ter certos privilégios, como os alojamentos prisionais, as saídas temporárias e outros benefícios por motivos obscuros e dificilmente explicáveis, a não ser pela imagem do estereótipo do delinqüente convencional contraposta com a de uma pessoa comum e “não perigosa”.

²² ZAFFARONI, et. al., *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*, p. 46.

²³ KARAN, Maria Lúcia. Pela abolição do sistema penal. In: PASSETTI, Edson (org.). *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 75.

Para Zaffaroni, torna-se óbvio ao sistema penal estar estruturalmente montado para que a legalidade formal não opere, mas que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, a setores mais vulneráveis.²⁴

Esse maquinismo ideológico do sistema faz o pensamento público chegar à conclusão de que a delinqüência se restringe aos segmentos subalternos da sociedade, onde a pobreza e a precariedade da educação oferecida a essas classes poderiam ser entendidas como as verdadeiras causas do delito. Com isso, macula-se a vastidão incalculável de delitos cometidos por outras classes com maior refinamento.

A distribuição do poder punitivo é desigual, pois beneficia determinados setores da sociedade que evidentemente se locupletam e resistem a qualquer tipo de mudança. Nesse sentido, torna-se possível afirmar que o poder punitivo funciona de forma compartimentalizada, de acordo com os interesses das agências e seus próprios critérios, muitas vezes, corporativos e setoriais.

Para algumas classes, em virtude de sua situação de vulnerabilidade, é muito mais fácil colocar-se numa posição de risco criminalizante, enquanto que para aquelas que não se enquadram nesse estereótipo – do delinqüente ideal ou médio – somente serão alcançadas pelo sistema se praticarem comportamentos extremamente toscos ou trágicos.²⁵

E isso colabora para a criação e manutenção do mito de que toda e qualquer pessoa pode ser alcançada pelo sistema penal. Encobre-se a seletividade, pois até mesmo a imprensa faz questão de anunciar, pelos meios de comunicação de massa, o destino cruel do criminoso não convencional, especialmente, quando é alcançado pela agência penitenciária, após um decreto prisional proferido por uma agência judicial que, ao exaltar a atividade de investigação da polícia, ludibria o público revoltado. Não é de se duvidar que o exercício do poder, nesses casos, deflagra falsas mostras de igualdade.

É preciso ressaltar, ainda, na linha de Zaffaroni e Batista, que o discurso penal está baseado em falsos dados de relações sociais imaginárias, que não

²⁴ ZAFFARONI, *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*, p. 27.

²⁵ ZAFFARONI et. al., *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*, p. 49-50.

retratam verdadeiramente o que acontece na profundidade das mesmas.²⁶ Outrossim, o discurso também não é submetido à verificação, especialmente acerca da função social da pena, pois sequer aceita qualquer correção a partir dos dados da experiência, generalizando seu desempenho frente os cidadãos que são atingidos por ela.

Veja-se que todo o discurso que venha a fundamentar um programa político-criminal não pode desentender-se do ser ou refugiar-se no dever-ser. Ao contrário, ele deve incorporar dados que são indispensáveis para o seu objetivo, sob pena de tornar-se alterado ou perverso, ocultando a percepção verdadeira do exercício do poder.

A quebra de racionalidade do discurso também leva consigo qualquer pretensão de legitimidade do exercício do poder dos órgãos do sistema penal. É incontestável que a racionalidade do discurso e a conseqüente legitimidade do sistema penal tornaram-se utópicas e atemporais na medida em que não se realizarão em tempo e lugar alguns.²⁷

Como a construção do discurso não respeita a realidade, legitima-se um poder que é menos jurídico, mais policial, mais político, comunicacional e também, subterrâneo ou ilícito. Nesse contexto, privilegia-se o poder punitivo exercido, principalmente, pelas agências executivas à margem de qualquer legalidade, cujo controle escapa completamente ao poder jurídico. São os casos em que determinadas agências, até mesmo alheias ao sistema penal punitivo propriamente dito, exercem funções paralelas de repressão. A doutrina aponta alguns casos de médicos que exercem poder nas instituições manicomiais; as autoridades assistenciais que decidem a institucionalização de pobres e pessoas idosas; os juizados de menores que decidem sobre a institucionalização das crianças e dos adolescentes; as autoridades administrativas que aplicam punições, especialmente as que regulamentam determinadas profissões; as federações desportivas, com seus complexos tribunais especiais, alheios a qualquer intervenção jurídica estatal, além das autoridades militares quando determinam o chamamento dos jovens ao serviço militar obrigatório.²⁸

²⁶ ZAFFARONI et. al., *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*, p. 65 e 71.

²⁷ ZAFFARONI. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*, p. 19.

²⁸ ZAFFARONI et. al., op. cit., p. 69.

Desse modo, ao não incorporar os dados da realidade social, o discurso que fundamenta o programa político criminal é falso, irreal, pois se refere a um mundo fictício que não corresponde com o modo de ser no mundo onde as coisas acontecem, onde a lei só serve aos interesses dos mais fortes, da classe dominante e o sistema repressivo, aos fracassados.

Os dados contidos na lei e nos discursos oficiais são artificiais, pois, além de não se submeterem à verificação, quando sustentados de forma persuasiva, costumam encobrir uma ideologia com sentido positivo.

A doutrina dá inúmeros exemplos de construções baseadas em dados falsos ou não verificáveis. Veja-se:

[...] As penas mais graves diminuem o número de delitos. Punindo os ladrões tutela-se a propriedade. Os loucos são perigosos. O reincidente é mais perigoso que o primário. A pena dissuade. A execução penal ressocializa. Todos são iguais perante a lei. O legislador é o único que estabelece penas. A intervenção punitiva tem efeito preventivo. A prisão preventiva não é uma pena. Se se tipifica uma conduta, sua freqüência diminui. O possuidor de drogas proibidas converte-se em delinqüente. Todo o consumidor de tóxico é um traficante em potencial. A impunidade é a causa da violência. A pena estabiliza o direito.²⁹

Já é possível constatar o efeito alucinante e confuso dessas informações que retratam e descrevem, de forma genérica, a realidade do cotidiano do comportamento humano na vida social. Nota-se que, quando tais notícias são anunciadas de forma urgente e evasiva, tendem a criar falsas ilusões de realidade, culminando em paradigmas distorcidos, nos quais o intérprete é inserido numa trama que o conduz a ter uma falsa percepção de mundo.

O resultado de tudo isso é a criação de conceitos infundados de que a criminalização secundária ocorre de forma natural. Conseqüentemente, cria-se uma ilusão de que o sistema penal possui uma excelente estrutura e capacidade para resolver os complexos problemas e conflitos sociais da atualidade.³⁰

²⁹ ZAFFARONI et. al., *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*, p. 66-67.

³⁰ *Ibid.* p. 67-68.

Com o desvelamento da seletividade das agências do sistema penal, bem como da análise de sua funcionalidade, é possível perceber o escasso poder dos juristas no confronto de forças entre as agências do sistema punitivo, pois não há como negar que o contato direto e ostensivo de algumas agências favorece o exercício de um poder intimidatório e coercivo muito maior na vida dos cidadãos.

De outra banda, não se pode deixar de referir que existe um grande questionamento em torno da pena privativa de liberdade, especialmente se, no ambiente prisional, ela atinge ou não as suas finalidades, se recupera ou incita os delinqüentes à reincidência, se contribui para a recuperação do homem segregado.

Apesar disso, a pena de prisão ainda é a principal resposta penológica do Estado em face do crime, embora não mais se acredite que é o meio mais adequado para conseguir a reabilitação do condenado. Nas palavras de Bitencourt:

Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser um instrumento idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinqüente. Esse otimismo inicial desapareceu, e atualmente predomina uma atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise.³¹

O tão propalado objetivo ressocializador da prisão, nos dias de hoje, não possui mais nenhum crédito. Aliás, um dos fatores que contribuem para a crise do sistema penal é justamente o efeito criminógeno obtido com o encarceramento, pois em vez de obstaculizar a delinqüência, acaba por estimulá-la. Além disso, o convívio com uma realidade diferente dentro do atual sistema carcerário em nada contribui para a melhora do delinqüente.

Um dos principais efeitos causados pela prisão dos condenados tem início a partir das condições materiais das penitenciárias, onde muitos desenvolvem doenças como a Aids e a Tuberculose – enfermidade contraída por excelência nas

³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas penas alternativas: análise político-criminal das alterações da Lei nº 9.714/98*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 01.

prisões - além de outras complicações fisiológicas resultantes das más condições de higiene, alojamentos – agravados pela superpopulação - e alimentação.³²

Agregue-se ainda, a existência dos fatores psicológicos, pois a prisão, pela sua própria natureza, é o lugar onde a malandragem, aliada ao ambiente ocioso e hostil, contribui para aflorar no recluso suas tendências criminosas. Nessa mesma esteira, a segregação de uma pessoa do seu meio social ocasiona uma desadaptação total da vida social, especialmente quando o tempo de duração da prisão é superior a 2 anos, podendo ser esse um fator decisivo na incorporação do delinqüente no meio criminoso.³³

Cervini aborda, de forma objetiva e clara, o fracasso da finalidade ressocializadora das penas em detrimento da reabilitação do delinqüente. Dispõe que as penas privativas de liberdade estão sendo progressivamente descartadas em muitos países por comprovarem que as prisões “são fatores criminógenos de alto poder, pois causam, irremediavelmente, a desintegração social e psíquica do indivíduo e também de seu círculo familiar”.³⁴

Não é diferente o entendimento de Choukr, que ensina:

[...] ainda hoje, o desperdício de dinheiro público na manutenção de um sistema irrecuperável e com invejável vocação para a corrupção e a retroalimentação da violência simbólica ou real nele contida. [...] Não cumprindo as funções primordiais às quais estaria destinada, a pena privativa de liberdade, se não abolida enquanto liberdade, passa a ter seu papel reduzido no processo dialético “delito-sanção”.³⁵

Diante das mudanças sociais, das novas tecnologias, da quantidade excessiva de tipos penais, do fracasso do caráter ressocializador das penas

³² CORREA JUNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 157.

³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 159.

³⁴ CERVINI, Raul. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 68.

³⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Penas alternativas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 454.

privativas de liberdade e, portanto, da crise do Direito e do Sistema Penal, têm-se buscado novas soluções e alternativas para revolucionar o controle social no panorama brasileiro.

Nessa senda, Cervini aponta alguns caminhos para resolver o problema:

Assim, levando em conta a ineficácia histórica da prisão como meio de obter-se a recuperação social dos internos impõe-se, inflexivelmente, a busca de outras vias, em todas as etapas e níveis do sistema penal: na etapa de elaboração de leis (descriminalização paulatina e racional), durante a tramitação do processo e antes que profira uma sentença (reforma processual garantidora) e obviamente, na seleção das penas (penas alternativas).³⁶

É bom lembrar que a partir do 8º Congresso da ONU realizado no ano de 1990, foi recomendada a adoção de várias Resoluções que enfatizaram a necessidade de não-somente reduzir o número de reclusos, mas também, de adotar soluções alternativas à prisão, tendo como foco principal a reinserção social dos delinqüentes. Tais recomendações foram denominadas de *Regras de Tóquio* e se justificam também pela constatação de que a idéia de ressocialização do condenado dentro das prisões é completamente inviável.³⁷

O Brasil vem submetendo seu sistema penal à reformulação. Com isso, se busca adequar as normas penais à nova realidade social. E essa mudança de rumo do Direito Penal, cuja base era a punição severa como meio de controle social, vem sendo implementada através de medidas descriminalizantes como a descriminalização, a despenalização e a desinstitucionalização.

Nota-se que o sistema penal brasileiro possui um modelo híbrido que amplia continuamente o rol de condutas violadoras de bens jurídicos das mais variadas espécie. Tal fato denota, neste aspecto, as formas de um modelo bastante repressor, que se assemelha ao movimento de política criminal denominado Lei e Ordem.

³⁶ CERVINI, *Os processos de descriminalização*, p. 68-69.

³⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 20-21.

Ocorre porém, que, na prática, quando da aplicação das penas, adota soluções bastante contrapostas, uma vez que busca alcançar às pessoas uma série de alternativas para a não-aplicação das sanções privativas ou restritivas de liberdade. Nesse sentido, o sistema aproxima-se das idéias do movimento da Nova Defesa Social, em que se busca a humanização da atividade punitiva, dando-se ênfase à socialização do preso. Embora se eleve à categoria de crime uma série de ações e omissões que atingem a coletividade, já existem várias alternativas penais que visam evitar a aplicação da pena de prisão.

Assim, diante desse quadro de crise que se pretende encontrar respostas para os problemas do sistema penal, com vistas a propor alternativas racionais de controle social dentro do panorama constitucional brasileiro. A seguir, serão trabalhadas as premissas teóricas dos principais movimentos de política criminal a fim de se desvelar a complexidade de problemas surgidos no âmbito do controle social, especialmente no que tange à repressão aos comportamentos proibidos.

1.1. Algumas tentativas de resposta à crise do Direito e do sistema penal

Diante da crise do sistema penal e da falta de alternativas sérias de controle social, há na história, inúmeros modelos teórico-práticos que pretendem dar respostas aos problemas que ainda se acumulam no âmbito social. Cada modelo possui princípios e peculiaridades de natureza filosófico-política que orientam o Poder Legislativo quando da elaboração da legislação penal que vai definir quais as condutas a serem alcançadas pelo Direito Penal.

Cumprir ponderar que não é possível falar genericamente em “crime” como se tal expressão pudesse traduzir um conceito natural ou algo que pudesse ser concebido a partir de um denominador comum e universal, em qualquer tempo ou em qualquer lugar. Isso é explicado pelo simples fato de ser o crime uma mera invenção do homem em sua vida social. O que é considerado crime em um lugar

num espaço de tempo pode não ser considerado em outro lugar ou em outros tempos.

Veja-se que é, no Direito Penal, que a questão do se e do por que da existência de algumas normas de ordenação social se colocam de forma mais problemática. Nesse contexto, Karan ilustra o seguinte:

O que há de comum entre uma conduta agressiva no interior da família, um ato violento cometido no contexto anônimo das ruas, o arrombamento de uma residência, a fabricação de moeda falsa, o favorecimento pessoal, a receptação, uma tentativa de golpe de Estado etc.? Você não descobrirá qualquer denominador comum na definição dessas situações, nas motivações dos que nela estão envolvidos, nas necessidades de ações visualizáveis no que diz respeito à sua prevenção ou a tentativa de acabar com elas. A única coisa que tais situações têm em comum é uma ligação completamente artificial, ou seja, a competência formal do sistema de justiça criminal para examiná-las. O fato de elas serem definidas como crimes resulta de uma decisão humana modificável.³⁸

A partir dessas breves considerações sobre a relatividade do conceito de crime, a criação do criminoso e do crime deriva basicamente de uma decisão política que vai traduzir uma manifestação do poder punitivo estatal em um determinado momento do desenvolvimento social. De acordo com os fluxos e refluxos da política e da legislação, a idéia de crime e criminoso pode mudar com os progressos sociais, estendendo-se ou restringindo-se no tempo o rol de comportamentos proibidos e submetidos ao exercício do poder penal.

Um belo exemplo dessas turbulentas manifestações do poder repressivo do Estado pode ser verificada na história do Direito Penal brasileiro no crime de porte ilegal de arma de fogo. Tal conduta, em épocas mais remotas, não era entendida como prejudicial à convivência, mas, pelo contrário, imprescindível para a defesa individual. Em outros tempos, esse comportamento passou a ser entendido como contravenção penal. Mais tarde, com a lei 9.437/97, o porte ilegal de arma foi erigido à categoria de crime, punido com pena privativa de liberdade. Porém, alguns já sustentavam a sua inclusão dentre as condutas consideradas de menor potencial

³⁸ KARAN, Pela abolição do sistema penal, p. 74.

ofensivo, haja vista a quantidade de pena cominada. Com a edição da lei 10.826/03, tal conduta é considerada extremamente perigosa, cuja pena alcança os patamares de 2 a 4 anos de reclusão.

Logo a seguir, serão esboçadas algumas premissas teóricas dos principais modelos de discursos jurídicos-políticos da atualidade para demonstrar o giro que se produziu no debate na seara criminal ao longo dos tempos.

1.1.1. O movimento lei e ordem

O carro-chefe do discurso que busca legitimar a expansão do Direito Penal para resolver os problemas da criminalidade é representado pelo slogan tolerância zero, ou seja, o discurso baseado no terror, no medo.

A partir da consideração de que a “emergência” é um estado de fato no Brasil, esse discurso tem ganho atenção nos últimos anos, fazendo com que um sentimento comum de insegurança e de angústia seja despertado pela necessidade de adoção de medidas coativas e punitivas para conter o avanço da criminalidade.

Para Dotti, “os defensores desse pensamento partem do pressuposto maniqueísta de que a sociedade está dividida entre bons e maus. A violência desses somente poderia ser controlada através de leis mais severas, impondo longas penas de prisão, quando não a morte” ³⁹.

A matriz ideológica desse movimento, na tentativa de atender um mercado (classe dominante) que clamava por segurança pública, iniciou um programa de controle ostensivo de todo e qualquer desvio social, independentemente de sua ofensividade, com o objetivo de manter a ordem, sob a premissa de que a sua tolerância fomentaria o crime. Dentre as iniciativas ostensivas de controle social,

³⁹ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 13.

destacam-se o policiamento comunitário e a truculência policial, esta entendida como um mal necessário.⁴⁰

É na esteira desse movimento que se pode afirmar que foram reabertos, no Brasil, os espaços para a discussão de novas possibilidades para a decretação da prisão preventiva e da criminalização de fatos de perigo abstrato, além, é claro, da criação de inúmeras leis repressivas que vieram a majorar substancialmente as penas de uma série de crimes do Código Penal.

Aliás, a mídia possui um papel destacado no fomento do discurso da lei e da ordem e no combate à criminalidade. Afinal, o clima de insegurança comunicado à população, especialmente pela televisão e pela internet, acerca da violência nas ruas, é verdadeiramente assustador, operando-se aí, o que se pode chamar de cultura do medo e da repressão.

Sobre o tema, Azevedo lembra que:

A pressão da opinião pública muitas vezes gerada e amplificada pelos meios de comunicação de massa, aponta no sentido de uma maior eficácia, tendo como paradigma preferencial a política chamada de tolerância zero, adotada pela prefeitura de Nova Iorque no início dos anos 90, e defendida por inúmeros setores do espectro político. O pressuposto dessa política de insegurança pública é a perda da eficácia das estratégias brandas ou informais de controle social.⁴¹

De acordo com Rosa, o pensamento simbolicamente hegemônico e homogêneo apresentado pelos meios de comunicação de massa pode colocar em risco diversas áreas do saber. Dentre elas, o Direito, a Política e a própria Democracia, haja vista que, em nome da audiência, são exploradas as maiores paixões dos cidadãos: o sexo, o drama o sangue e o crime.⁴² Não é de duvidar que

⁴⁰ ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão Penal: A bricolage de significantes*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006. p. 223.

⁴¹ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Conciliar ou punir? Dilemas do controle penal na época contemporânea. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. *Diálogos sobre a justiça dialógica: Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002. p. 61.

⁴² ROSA, op. cit., p. 226-227.

a televisão tem um monopólio real sobre a formação das opiniões da população, podendo ser entendida como o novo panóptico do controle social.

Remarque-se que a influência massiva dos meios de comunicação na divulgação de políticas de índole expansionista aumenta cada vez mais, especialmente pela facilidade desses meios oferecerem elementos de agregação e de consenso, que são determinantes para surtir o efeito de convencimento e aceitação.⁴³

Um dos principais fundamentos do discurso no movimento lei e ordem é aquele que, sem se dar conta da realidade, prega que a impunidade é a principal causa da violência. Nesse sentido, para combater a impunidade, esse modelo sugere a criação de novas técnicas e o endurecimento das penas para exercer o poder punitivo sobre as pessoas de forma radicalmente expressiva, o que, muitas vezes, aproxima-se do autoritarismo, violando o regime democrático.

Urge lembrar que as exigências de intervenção penal nesse contexto parecem se impor, principalmente, numa sociedade caracterizada pelo risco. Não se deve olvidar que, a partir dessa política expansionista, o próprio conceito de bem jurídico vem-se tornando cada vez mais vago e extremamente questionável, pois os traços desse movimento indicam a possibilidade de incriminação de condutas consideravelmente distantes de uma agressão real ao bem jurídico, sem ter em conta qualquer critério de dano social da conduta; tudo isso em nome de um exacerbado pragmatismo de eficiência.⁴⁴

Convém ainda assinalar que esses movimentos de caráter expansionista rejeitam incansavelmente as propostas humanistas numa tentativa clara de corromper os princípios penais e processuais, especialmente quando pretendem assegurar a lei e a ordem a qualquer custo.⁴⁵

Veja-se que esse movimento expansionista cujo lema universal é a defesa da sociedade contra o crime, nada mais é do que uma política pública de

⁴³ KARAN, Maria Lúcia. Pela abolição do sistema penal. In: PASSETTI, Edson (org.). *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 78.

⁴⁴ CRESPO, Eduardo Demétrio. Do direito penal liberal ao direito penal do inimigo. In: BRITO, Alexis Augusto Couto de; VANZOLINI, Maria Patricia (coord.). *Direito Penal: aspectos jurídicos controvertidos*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. p. 66.

⁴⁵ WUNDERLICH, Alexandre. Sociedade de consumo e globalização: abordando a teoria garantista na barbárie. (Re)afirmação dos direitos humanos. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. *Diálogos sobre a justiça dialogal: Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002. p. 43-44.

investimento na naturalização do castigo, no perpétuo encarceramento e no extermínio regular da população, especialmente aquela de baixa renda, marginalizada do convívio social.

Lopes Junior faz uma dura crítica a esse movimento repressor nos seguintes termos:

A idéia de que a repressão vai sanar o problema é totalmente ideológica e mistificadora. Sacrificam-se direitos fundamentais em nome da incompetência estatal em resolver os problemas que realmente geram violência. Não é necessário maior esforço para ver o claro exemplo de fracasso que nos dá a lei dos crimes hediondos (e posteriores) houve a diminuição da prática dos delitos ali enumerados (latrocínio, estorção mediante sequestro, estupro, tráfico de entorpecentes etc.)? A política de aumentar as penas e endurecer o regime de cumprimento diminui as taxas de criminalidade? Obviamente que não.⁴⁶

Nota-se que o discurso que prega o endurecimento das penas tem sido alvo de uma série de críticas severas, especialmente, as de ordem criminológica e antropológica. Ao contemplar um sistema punitivo como propulsor da intolerância, novamente se questiona a legitimidade das leis e do Estado para mediar e eliminar os conflitos com agentes sociais de controle e combate à violência. Inobstante as críticas a esse modelo, suas idéias ainda são bastante utilizadas, especialmente nos discursos políticos repressores.

⁴⁶ LOPES JUNIOR, Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. Diálogos sobre a justiça dialogal: Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002. p. 102-103.

1.1.2. O movimento abolicionista

Esse modelo teórico e prático, cuja precisa conceituação é dificultada por se apresentar mais como um “movimento”, procurou realizar uma crítica radical e profunda em todo o sistema de justiça penal, pretendendo preferencialmente a sua substituição por outras formas de resolução dos conflitos sociais. Na verdade, esse pensamento não se interessa por uma política criminal alternativa, mas por uma alternativa à política criminal.

O abolicionismo pode ser entendido como um discurso estratégico composto de forças liberadoras e libertadoras das práticas punitivas modernas, voltado à conciliação da imediata situação-problema.⁴⁷ Nessa esteira, Crespo ilustra muito bem a idéia abolicionista:

A compreensão que faz o abolicionismo da realidade que tem a ver com o que normalmente denominamos “delito” provém da experiência dos implicados diretamente, experiência que passa a denominar “situação problemática”, e em conseqüência se opõe à extração do conflito pelo Estado para o alcance de uma solução. Partindo pois, de uma sensibilização por aproximação e compromisso fenomenológico, o abolicionismo afirma que uma situação problemática somente pode ser qualificada e resolvida de acordo com a visão da mesma na consciência dos componentes do grupo afetado.⁴⁸

No particular, o abolicionismo ampara um modelo de sistema penal com idéias altamente desreguladoras. Isso se explica pelo fato de seus principais pensadores entenderem que o sistema penal foi concebido para fazer o mal. Em outras palavras, o sistema penal traz o mal da pena retribuindo o autor do crime com muito mais violência.

⁴⁷ PASSETTI, Edson. A atualidade do abolicionismo penal. In: PASSETTI, Edson. *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 16.

⁴⁸ CRESPO, *Do direito penal liberal ao direito penal do inimigo*, p. 48.

Veja-se que uma resposta violenta promovida pelo Estado quando aplica uma pena privativa de liberdade através do sistema penal, conforme o modelo examinado, possui grandes chances de incitar a violência, deixando de atingir uma das finalidades da pena: antes da retribuição, a ressocialização.

Ferrajoli afirma que as teses abolicionistas não reconhecem qualquer justificção ao Direito Penal e almejam a sua eliminação, seja porque contestam o seu fundamento ético-político na raiz, seja porque consideram as suas vantagens inferiores aos custos da constrição que o mesmo produz.⁴⁹

Os teóricos abolicionistas pretendem a abolição da forma jurídico-penal da sanção punitiva e, conseqüentemente, a substituição por outros meios pedagógicos ou instrumentos de controle informal e social. Em outras palavras, almejam a contração do sistema penal por outras instâncias de resolução dos conflitos. Sobre o assunto, é interessante colacionar o entendimento de Carvalho:

Fundamental demonstrar, pois, que o movimento abolicionista integra amplo rol de projetos de tutela de direitos estruturados a partir de uma matriz paradigmática comum (paradigma da reação social), a qual possibilitou a desconstrução teórico-acadêmica do modelo penalógico do tratamento (paradigma etiológico).

Em se tratando de movimento essencialmente negativo, ou seja, de desconstrução da base mitológica sobre o qual é estruturado o Direito Penal, o abolicionismo caracteriza-se pela estrutura plural e polissêmica de suas manifestações teóricas.⁵⁰

Não se pretende aqui esgotar as inúmeras teses do projeto abolicionista que acusam o Direito Penal de ilegítimo, mas apenas situar o leitor a partir da demonstração de algumas formas de manifestação desse pensamento.

De acordo com Zaffaroni, o abolicionismo possui algumas variantes que não partilham de uma total coincidência de métodos, pressupostos filosóficos e táticas

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 200.

⁵⁰ CARVALHO, Salo de. Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: *retórica garantista, prática abolicionista*. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. *Diálogos sobre a justiça dialógica: Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002. p. 130-131.

para alcançar seus objetivos. Nesse sentido, pode-se citar o pensamento de caráter essencialmente marxista de Thomas Mathiesen, fenomenológico de Louk Hulsman, estruturalista de Michel Foucault e historicista de Nils Christie.⁵¹

Em Foucault, embora não possa ser chamado de um abolicionista propriamente dito, a análise das estruturas do poder e, especialmente, a crítica sobre o sistema carcerário, trouxe grandes subsídios ao movimento. Aliás, o autor sustentava a necessidade de estudar os limites da cultura, contextualizando-os com as relações de poder. Para ele, o poder não está garantido pelo discurso formulado nas leis, mas sim, pelo poder disciplinar, que se expressa em todas as técnicas de controle e disciplina e produz desviados, loucos e delinqüentes.

Ademais, a confiscação do conflito denunciada pelos abolicionistas surgiu a partir das idéias de Foucault que afirmava ser a vítima um duplo perdedor, pois, além de ser atingida pelo crime, era excluída do conflito que seria resolvido por determinados profissionais do Estado.

Já na acepção marxista de Mathiesen, as propostas centralizaram-se na abolição ou na redução significativa e paulatina do cárcere. Nessa esteira, nega-se qualquer tipo de proposta alternativa ou substitutiva, haja vista que poderia facilmente tornar-se uma nova instituição carcerária, inclusive com funções similares ao do próprio cárcere. O pensador vincula o sistema penal com a estrutura capitalista de produção e poder, sustentando algumas reformas negativas de curto prazo, notadamente, a melhora nas condições de vida da população carcerária.

Eis aí, na esteira de Carvalho, um elenco de algumas conclusões que sustentaram o discurso abolicionista de Mathiesen:

⁵¹ ZAFFARONI, *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*, p. 98.

[...] a) a criminologia e a sociologia já demonstraram que o objetivo de melhora do detento (prevenção especial) é irreal, sendo constatável efeito contrário – destruição da personalidade e a incitação da reincidência; b) o efeito da prisão no que diz respeito à prevenção geral é absolutamente incerto, sendo possível apenas estabelecer alguma relação entre a dissuasão e as políticas econômicas e sociais; c) grande parte da população carcerária é formada por pessoas que praticaram delitos contra a propriedade, ou seja, contra bens jurídicos disponíveis; d) a construção de novos presídios é irreversível; e) o sistema carcerário, enquanto instituição total, tem caráter expansionista, ou seja, suscita novas construções; f) as prisões funcionam como formas institucionais e sociais desumanas; g) o sistema carcerário produz violência e degradação nos valores culturais; e h) o custo econômico do modelo carcerário é inaceitável.⁵²

A implantação de uma política social séria redutora da pobreza e da desigualdade – e, portanto, dos crimes contra o patrimônio - combinada com a descriminalização das drogas – e do crime organizado – acabariam por reduzir drasticamente os crimes. Além disso, introduziu-se uma idéia referente à forma de apoio às vítimas, tais como a compensação financeira do Estado, os sistemas de seguro simplificado, o apoio econômico em caso de luto, os abrigos protetivos e os centros de apoio à família da vítima. Ao contrário de uma escala de punições, o autor propõe uma escala de apoio. Em outras palavras, quanto mais grave o crime, maior seria o apoio recebido.⁵³

Em Hulsman, afirma-se que o sistema penal é um problema em si mesmo, podendo-se elencar alguns motivos para a sua abolição, tais como: ser a causa de sofrimentos desnecessários e distribuídos socialmente de modo injusto; a inexistência de qualquer efeito positivo diante das pessoas que estão envolvidas na situação conflitiva; a expulsão da vítima do cerne problema, além da grande dificuldade de manutenção do delinqüente sobre controle.

Para o autor, a primeira orientação abolicionista prega a propositura de uma nova linguagem penal, que venha a suprimir as categorias pejorativas de crime e criminoso pois, de certa forma, elas teriam o poder de escamotear a realidade. Isso porque “na justiça criminal usa-se a linguagem da punição. Assim, as pessoas acreditam que haja uma congruência entre o contexto do castigo que lhes é familiar, com base na experiência direta, e os processos desenvolvidos no interior da justiça

⁵² CARVALHO, *Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista*, p. 134.

⁵³ CARVALHO, op. cit., p. 135-136.

criminal”⁵⁴. Frise-se que essa congruência não existe. Em seguida, propõe que o fato analisado deva ser chamado de “situação problema”, não devendo ser encarado no estilo punitivo, que exclui de antemão outras alternativas para a solução dos conflitos.

A proposta de Hulsman dirige-se para a substituição direta do sistema penal não para um macronível estatal, mas sim por instâncias intermediárias ou individualizadas de solução de conflitos que atendam às necessidades reais das pessoas envolvidas.

[...] Sem dúvida, a proposta de Hulsman é sintetizável no lema “chegar ao próprio conflito”, além de apresentar-se, pelo menos em boa parte, tributária da fenomenologia e da etnometodologia.⁵⁵

Conforme o pensador, as propostas desse modelo poderiam romper com as estruturas ideológicas de outros modelos, uma vez que permitiriam maior tolerância social a determinadas condutas, pois os crimes ou as “situações problemáticas” seriam entendidos como simples fatos acidentais da vida, evitando-se a rotulação dos comportamentos anti-sociais.

Por fim, Nils Christie fundamenta seus argumentos abolicionistas na experiência histórica, na qual destaca a destrutividade das relações comunitárias do sistema penal pela classificação das pessoas em corretas ou incorretas, em culpadas ou inocentes. Para ele, as estruturas de controle social que impõem dor e sofrimento devem ser imediatamente reduzidas e extintas. Aliás, nas sociedades mais populosas, esse controle social é muito mais difícil de ser realizado, haja vista que o mercado de trabalho não tem condições de absorver todos, tornando parte das pessoas - os excluídos – presas fáceis do sistema punitivo.⁵⁶

Os argumentos desse discurso fundamentam-se em premissas éticas, especialmente na necessidade de reduzir a pena como parte do sofrimento imposto às pessoas de modo intencional. Nessa linha, a prisão poderia ser entendida como

⁵⁴ HULSMAN, Louk. Alternativas à justiça criminal. In: PASSETTI, Edson (org.). *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 35.

⁵⁵ ZAFFARONI, *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*, p. 99.

⁵⁶ ZAFFARONI, op. cit., p. 101.

um sofrimento carente de sentido, em que se perde a personalidade e a sociabilidade em virtude da dureza de suas regras internas.

Numa síntese, o movimento abolicionista reclama um enfoque totalmente radical do sistema penal visando à compensação ou à reparação do dano produzido pelo crime, devolvendo o conflito às partes mesmas para o fim de proporcionar um verdadeiro acordo e, portanto, a solução dos conflitos.

É de se mencionar que o movimento abolicionista também foi alvo de inúmeras críticas, dentre elas, aquelas que apontavam que a abolição do Direito Penal poderia instaurar também uma sociedade disciplinária de controles ilimitados.

1.1.3. O minimalismo e os processos de desinstitucionalização

A partir da análise comparativa dos modelos penais, é possível afirmar que as propostas reducionistas do sistema penal não são tão radicais a ponto de pregar explicitamente o fim do sistema penal. Nesse sentido, consideram a existência do sistema penal, porém, procuram elaborar projetos realistas para a sua modificação, sob uma visão essencialmente humanista. Esse enfoque também é conhecido como intervenção penal mínima.

Essa ideologia que norteia o pensamento minimalista busca, além da descriminalização de determinadas condutas, a implementação de outras alternativas, dentre elas, a evitabilidade da utilização da pena privativa de liberdade, bem como a reparação dos danos à vítima na solução dos conflitos sociais.

Esse movimento busca a redução quantitativa da intervenção penal e a ampliação das garantias disponíveis. O principal propósito é diminuir a quantidade de condutas típicas, separando somente aquelas que realmente são perniciosas ao convívio social. Esse resíduo de comportamentos nocivos seria, portanto, alcançado pelo Direito Penal.

Um dos aspectos centrais que fundamentam o discurso do minimalismo é a própria crise da pena de prisão. A partir dessa premissa, foram elaboradas algumas técnicas que minimizam os efeitos do sistema punitivo, a exemplo da teoria material da tipicidade penal, do princípio da insignificância, da exclusão do ilícito pelo decurso do tempo, dentre outros. De regra, são elaboradas críticas intra-sistemáticas para reduzir, “por dentro” o sistema penal, ou seja, toda a operacionalidade dessas teorias ocorre sobre ou na legislação. Nas palavras de Carvalho, uma teoria sobre os resíduos bagatelares do sistema criminalizador⁵⁷.

O vetor que dá orientação a essa corrente de pensamento é o princípio da intervenção mínima, originário da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e, intimamente ligado aos processos de descriminalização e de desinstitucionalização. Tal princípio enuncia que a proteção do Direito Penal somente deve ser invocada em última instância, ou seja, apenas quando não for possível a resolução dos conflitos sociais por regras emanadas de outros ramos do direito. Trata-se, portanto, de uma tendência político-criminal contemporânea que reduz ao mínimo a intervenção do sistema punitivo do Estado na solução de conflitos, ressaltando a fragmentaridade e subsidiariedade do Direito Penal.

Forçoso se torna assinalar que, em virtude da inflação legislativa em matéria penal, da sobrecarga de processos nos Tribunais, da ineficácia das penas tradicionais e dos tratamentos contraproducentes impostos aos condenados, surgiu uma corrente reformadora cuja tendência é desinstitucionalizar⁵⁸, ou seja, restringir a atuação do Estado no combate à criminalidade. Isso permite a reclusão dos delinqüentes somente em casos extremos.

Na verdade, a desinstitucionalização, por um lado, consiste em retirar do controle punitivo estatal determinadas condutas humanas que, nos dias de hoje, poderiam ser consideradas banais, embora ainda prescritas em lei como típicas. Através desse processo, o número de detentos também diminuiria, pois, a prisão estaria restrita aos criminosos realmente perigosos, reduzindo-se o custo do crime e do sistema para o Estado. Para Cervini, a pena pecuniária assumiria um novo papel, em substituição à pena privativa de liberdade. Veja-se:

⁵⁷ CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 88.

⁵⁸ CERVINI, *Os processos de descriminalização*, p. 78-79.

Hoje, em vários países europeus, a pena de detenção converteu-se em uma pena de caráter excepcional, enquanto o movimento internacional de reforma penal atribuiu grande importância ao papel da pena pecuniária, a ponto de convertê-la na sanção principal para a criminalidade média.⁵⁹

Por outro lado, a desinstitucionalização traz conseqüências benígnas ao judiciário, fazendo com que se torne mais ágil, considerando que a quantidade de conflitos levados à sua apreciação também seria diminuída. Nesse contexto, os movimentos de descriminalização e despenalização surgem como forma de adequar o Direito Penal à realidade, delimitando as condutas penalmente relevantes, para que se possa dar uma resposta efetiva do Estado contra o crime e comprovar a eficiência do sistema punitivo.

Embora exista certa confusão relativamente a esses conceitos, não há, portanto, nesse aspecto, um inteiro acordo entre os autores. Entende-se por descriminalização fazer com que determinada infração perca seu caráter criminal,⁶⁰ ou seja, certas condutas que não afetam bens jurídicos tão relevantes deixam de ser consideradas típicas. Tal processo, de acordo com Cervini, pode-se manifestar de três formas diversas: a primeira, denominada formal, outorga um reconhecimento legal e social a um determinado comportamento, eliminando toda a sua ilicitude; a segunda, também chamada de substitutiva, transforma a infração penal numa espécie de infração administrativa, pois, embora o comportamento perca a sua antijuridicidade penal, não fica legalizado, permanecendo, todavia, indesejável; e, por fim, a descriminalização de fato, que ocorre quando o sistema penal deixa de funcionar sem que tenha perdido a competência para tal. No caso, elimina-se somente a aplicação de pena pelo desuso, que é determinado por uma apreciação valorativa da conduta.⁶¹

No Brasil, é possível reconhecer a aplicação de alguns desses processos de descriminalização naquelas condutas que não são nocivas à coletividade ou que podem ser combatidas por outros ramos do Direito. Podem ser citados como exemplos a descriminalização do crime de adultério, sedução, rapto consensual, que

⁵⁹ CERVINI, *Os processos de descriminalização*, p. 79-80.

⁶⁰ SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 129.

⁶¹ CERVINI, op. cit., p. 82-84.

eram previstos respectivamente nos artigos 217, 219 e 240 do Código Penal, dentre outros, bem como da grande maioria das contravenções penais previstas na Lei 3.688/41. A descriminalização, portanto, nada mais é do que a redução gradual das atividades do sistema de justiça penal.

Em outro passo, a desinstitucionalização pode ocorrer também a partir da despenalização, entendida como o ato de reduzir a pena de um crime sem, no entanto, tirar o seu caráter de ilícito penal. É a supressão da pena criminal por excelência, substituída por sanções alternativas, na qual se conserva a tipificação do comportamento proibido, sancionando-o com uma pena não privativa de liberdade.

Nesse conceito, inclui-se a maioria das formas de atenuação e das alternativas penais à pena de prisão, tais como: a prisão de fim de semana, a prestação de serviços à comunidade, a multa reparatória, a perda de bens e valores, a prisão domiciliar, a inabilitação, dentre outras.

Com efeito, Sica tece alguns comentários acerca do fenômeno da despenalização, narrando que:

[...] a despenalização é um processo de redução intermediário do sistema penal, por meio da diminuição da possibilidade de aplicação da pena a certas condutas que persistem tipificadas como crime, mas considerados de menor gravidade. Atualmente, traduz-se, sobretudo, na substituição da pena detentiva por outras sanções mais leves. No Brasil, a lei 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Criminais, é o paradigma da despenalização.⁶²

O fato é que a despenalização é um fenômeno atual, que tem surtido os mais variados efeitos na sociedade brasileira, em especial, pela dura crítica ao sistema carcerário, além dos reconhecidos efeitos negativos da prisão à pessoa do condenado ou, nas palavras de Zaffaroni, no qual despenalizar “é o ato de degradar a pena de um delito sem descriminalizá-lo, no qual entraria toda a possível aplicação das medidas alternativas à pena privativa de liberdade”.⁶³

⁶² SICA, *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*, p. 130.

⁶³ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 341.

A Lei 9.714/98 constitui um exemplo claro das várias medidas de atenuação e de alternativas penais à pena detentiva. Tais modelos legislativos sugerem o rompimento da antiga justiça conflitiva em substituição ao novo modelo de justiça consensual penal, responsável pela introdução de inúmeras modificações tanto na parte típica – preceito secundário da norma penal - quanto na parte procedimental – a adoção de novos procedimentos - como adiante será demonstrado.

São, portanto, esses os caminhos encontrados pelo minimalismo para tentar restringir, a seu modo, o alcance do Direito Penal, especialmente, através de processos que visam à evitabilidade do encarceramento dos cidadãos.

1.1.4. O garantismo

Num primeiro momento, o garantismo pode ser compreendido como um discurso que propõe um modelo alternativo ao aumento frenético da criminalização, ou seja, ao crescimento exagerado do Direito Penal. Nesse sentido, choca-se com os discursos protagonizados pelos movimentos expansionistas da lei e ordem e tolerância zero. Por outro lado, não defende a abolição do sistema punitivo, mas sim, sua adequação.

Na verdade, o garantismo consiste num discurso de resistência, especialmente, quando enfrenta as novas tendências legislativas que vêm hiperinflacionando o Direito Penal, no qual se busca recuperar a capacidade crítica do Direito e do jurista na defesa dos direitos humanos e, principalmente, da democracia.

Ao explicar o modelo garantista, Carvalho afirma o seguinte:

O modelo garantista pretende instrumentalizar um paradigma de racionalidade do sistema jurídico, criando esquemas tipológicos baseados no máximo grau de tutela dos direitos e na fiabilidade do juízo e da legislação, com intuito de limitar o poder punitivo e garantindo a(s) pessoa(s) contra qualquer tipo de violência arbitrária, pública ou privada. Por se tratar de um modelo ideal (e ideológico), apresenta inúmeros pressupostos e conseqüências lógicas e teóricas, negadas ou desqualificadas por modelos opostos de produção do saber/poder.⁶⁴

Assim, o garantismo é um parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva, muito embora, na prática, não se encontre sequer, minimamente, atendido.

Ferrajoli, o pioneiro na defesa desse modelo de discurso penal, elaborou um conjunto de dez axiomas fundamentais que constituem uma série de princípios e garantias penais e processuais, a saber: 1) princípio da retributividade ou da conseqüencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionalidade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.⁶⁵

De acordo com o autor, esses princípios definem o modelo garantista de direito e responsabilidade penal, ou seja, as regras do jogo fundamental de um Direito Penal que se busca legítimo. Aliás, somente com a observância desse emaranhado de princípios, que se constituem nas garantias penais e processuais do sistema, seria legítima a formação de um juízo condenatório, bem como, a aplicação da pena criminal.

É a partir da contraposição das tendências de Direito Penal mínimo e de Direito Penal máximo que Ferrajoli vai fundamentar seu modelo garantista como um sistema intermediário, cuja proposta é resumida pelo autor nos seguintes termos:

⁶⁴ CARVALHO, *Penas e garantias*, p. 84.

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 74-75.

[...] não se admite qualquer imposição de pena sem que se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos.⁶⁶

Releva notar que o garantismo se caracteriza como um modelo dirigido à satisfação de valores substanciais do convívio social selecionados e devidamente incorporados à Constituição como condições de legitimação jurídica das proibições e das penas, cujo objetivo primordial é exatamente minimizar os efeitos do poder punitivo.

A incorporação gradual desses enunciados nos textos constitucionais forma vínculos formais e materiais de validade das normas e das decisões que dão sustentação e consistência ao sistema garantista. Afinal, delimita-se o poder interventivo do Estado em contraposição aos modelos autoritários, que não aceitam quaisquer limites.

Por outro lado, é importante ressaltar que é possível distinguir três acepções da palavra garantismo com vistas à elaboração de uma teoria geral: o caráter vinculativo da Constituição e do poder público no Estado de Direito, ou seja, o seu modelo normativo de Direito, a diferença entre vigência e validade das normas e a distinção do ponto de vista externo, ou seja, da filosofia política de legitimação.

Nessa linha, Copetti analisa o modelo garantista declarando o seguinte:

⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 83.

Nessa ótica, quanto ao primeiro, há um aprofundamento do conceito de legalidade, que ultrapassa o plano formal (mera legalidade), para chegar ao substancial (estrita legalidade); em relação ao segundo, propõe o garantismo uma nova concepção de validade das normas, que não mais se satisfaz com o atendimento às disposições constitucionais formais sobre a produção de normas, mas exige a adequação aos conteúdos das normas constitucionais positivas, ou seja, propõe um alargamento do âmbito das normas sobre produção de normas e, por fim, o plano de legitimação não fica adstrito ao universo fechado do sistema jurídico, nem tampouco se justifica pelo fato de emanarem as decisões estatais da autoridade constituída, pelo contrário: a legitimação do Estado e do Direito existe a partir do momento em que estes instrumentos a serviço do homem tutelem e garantam os interesses, bens e valores não só da maioria, mas de todos.⁶⁷

De outra parte, na discussão sobre os motivos da aplicação da sanção penal, verifica-se que a pena, na ótica garantista, possui uma justificação eminentemente política, de ato de força estatal, de poder, tendo, porém, uma dupla funcionalidade: impedir a vingança privada, ou seja, as manifestações punitivas espontâneas dos cidadãos atingidos pelo crime e, ao mesmo tempo, restringir a manifestação punitiva estatal, impedindo que se dê uma resposta, de maneira arbitrária, a ponto de violar os direitos fundamentais.⁶⁸

Embora possam parecer semelhantes, o garantismo diferencia-se do minimalismo porque se alça para fora do sistema penal estabelecendo uma crítica aos próprios critérios de criminalização de condutas. Isso significa que o garantismo não corresponde a um juízo a partir dos bens jurídicos selecionados, mas, justamente, dos pré-requisitos de seleção dos mesmos que poderão receber ou não a proteção do sistema penal.⁶⁹

⁶⁷ COPETTI, André. *Direito penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 109.

⁶⁸ ROSA, *Decisão Penal: A bricolage de significantes*, p. 124-125.

⁶⁹ CARVALHO, *Penas e garantias*, p. 85.

1.2. A justiça penal consensual e a instituição dos Juizados Especiais Criminais no Brasil

Com a criação das Leis 9.099/95 e 10.259/02 de feição nitidamente redutora do exercício do poder punitivo estatal, a legislação penal sofreu uma dramática modernização em que foram propostos novos instrumentos interventivos, na tentativa de melhorar o controle da conflituosidade social no Brasil. Dentre as inovações, abriu-se a possibilidade da criação de um espaço de consenso para inserir a vítima no processo, na tentativa de repará-la, ou ainda, de minimizar os efeitos danosos do crime, além de reintegrar o autor do fato delituoso, evitando os eventuais estigmas decorrentes do cárcere.

A partir da Constituição da República, em seu artigo 98, ⁷⁰, foram inseridas as primeiras idéias de justiça criminal consensual. Porém, foi somente com o advento da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, ou seja, via legislação ordinária, que essas concepções de índole consensual se tornaram concretas, pois foram introduzidos, de fato, os Juizados Especiais Criminais no âmbito da justiça estadual. Nesse sentido, o artigo 61⁷¹ da Lei 9.099/95 delimitou a competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações de menor potencial ofensivo, estabelecendo como critérios orientadores de competência dos Juizados Especiais Criminais, a quantidade de pena e o procedimento sumaríssimo.

Além disso, a mencionada Lei, em seu artigo 72,⁷² permitiu a possibilidade de o Ministério Público mudar o destino da ação penal, sugerindo a imediata aplicação de uma pena restritiva de direitos ou a suspensão do curso do processo,

⁷⁰ BRASIL. Constituição (1988). Artigo 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

⁷¹ _____. Lei 9.099/95. Artigo 61. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 1 (um) ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.

⁷² _____. Lei 9.099/95. Artigo 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

pois foram criados os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo.

Alguns anos mais tarde, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 22, de 18 de março de 1999, foi acrescentado o § único⁷³ no artigo 98 da Constituição Federal, devidamente renumerado pela Emenda Constitucional nº 45, que autorizou a criação dos Juizados Especiais Criminais em sede federal.

Por sua vez, a Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, concretizou a determinação contida na Constituição Federal, instituindo os Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Federal. Com efeito, essa legislação complementar ampliou ainda mais o conceito das infrações de menor potencial ofensivo ao estabelecer, em seu artigo 2º, § único⁷⁴, um novo patamar de medida: 2 (dois) anos de pena máxima cominada, ou multa. Novamente, o critério para a averiguação do sentido da denominação “crimes de menor potencial ofensivo” foi a quantidade de pena.

É de se considerar ainda, que a Lei 10.259/01 permitiu o alcance de seus efeitos, inclusive, aos crimes subordinados a procedimentos especiais, uma vez que não repetiu a ressalva constante no artigo 61 da Lei 9.099/95. Tal entendimento, embora não tenha sido declinado expressamente quando da instituição dos Juizados Especiais Federais, teve que ser deflagrado pela recente publicação da Lei 11.313, de 28 de junho de 2006, haja vista os intrincados debates acerca da aplicabilidade dos critérios de definição de crimes de menor potencial ofensivo - alterando a redação dos artigos 60 e 61⁷⁵ da Lei 9.099/95 e estendendo esse conceito legal para todos os delitos cuja pena não ultrapasse o limite de 2 (dois) anos, independentemente do âmbito de competência – estadual ou federal. Dessa forma, numa abordagem simplista, os textos legais apontam que os Juizados Especiais Criminais têm competência para julgar todas as infrações penais, independentemente de sua natureza, cuja pena não exceda a 2 anos, assim considerados os delitos de menor potencial ofensivo.

⁷³ BRASIL. Constituição (1988). Determina o artigo 98, §1º da Constituição Federal que lei federal disporá sobre a criação dos juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.

⁷⁴ _____. Lei 10.259/01. Artigo 2º, § único. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos ou multa.

⁷⁵ _____. Lei 9.099/95. Artigo 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Por fim, ficam de fora da competência dos Juizados Especiais Criminais as infrações de menor potencial ofensivo que são praticadas por agentes que gozam de foro especial em decorrência da prerrogativa de função, embora não exista nenhum óbice quanto à possibilidade da utilização das medidas despenalizadoras, ainda que fora do âmbito dos Juizados Especiais Criminais.

Considerando todo esse arcabouço legislativo, o Direito Penal ingressa no movimento de intervenção mínima redefinindo os casos em que não mais se justifica a intervenção punitiva e reconhecendo as graves consequências da imposição das sanções criminais.

Ademais, o retorno da vítima ao processo criminal, cumprindo um papel efetivo na tentativa de composição dos conflitos que ocorrem no âmbito social, certamente é um avanço que deverá ser alvo de aprimoramento.

Por outro lado, há uma lógica de argumentação que se contrapõe a essa visão dos problemas sociais e sustenta que o sujeito envolvido (vítima) não teria capacidade de sublimação, ou seja, não teria condições de sair do conflito e observá-lo de fora, para verificar, com imparcialidade, uma resposta adequada ao caso. Agregue-se a isso o fato de a vítima potencialmente internalizar desejos de vingança, podendo reagir de maneira irracional e desproporcional.⁷⁶

Mesmo assim, embora ainda não seja uma proposta ideal, no sentido de completa e plena, a introdução dessas novas maneiras de solução dos conflitos sociais tem caráter humanístico, aproximando cada vez mais as pessoas da idéia de respeito aos direitos humanos fundamentais.

⁷⁶ CARVALHO, *Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista*, p. 147.

1.2.1. As inovações em relação ao modelo de justiça penal conflitiva

A partir do surgimento das leis regulamentadoras dos Juizados Especiais Criminais, o Brasil adotou um novo modelo de justiça criminal baseado em penas alternativas e o consenso, introduzindo vários tipos de medidas despenalizadoras.

Pontuando tais medidas, pode-se afirmar que, nos denominados crimes de menor potencial ofensivo, sejam aqueles de iniciativa privada ou pública condicionada, a composição civil surgiu como uma nova causa de extinção da punibilidade conforme previsão do artigo 74, § único⁷⁷ da Lei 9.099/95. Trata-se, portanto, da implementação de uma tendência moderna de substituição da sanção penal pela reparação dos danos da vítima, além de ser um incentivo ao autor do fato, haja vista que estará evitando o constrangimento de um processo criminal formal.

Com efeito, as propostas de inclusão da vítima no processo penal na tentativa de buscar a reparação dos danos não deixaram de receber críticas, seja por confundir as esferas de ilicitude e os graus quantitativos entre os ilícitos penais e os demais ilícitos, seja porque poderia ocorrer a comercialização do delito e um desvirtuamento das funções do Direito Penal.⁷⁸

Outra inovação apontou para os crimes de lesões corporais leves e culposas que passaram a exigir a representação da vítima de acordo com o artigo 88⁷⁹ do mesmo diploma legal. Essa transformação que dificulta a persecução penal – considerando a necessidade de implementação de uma condição de procedibilidade, a representação – também pode ser entendida, sob a inspiração da mínima intervenção penal como uma outra via despenalizadora.

⁷⁷ BRASIL. Lei 9.099/95. Artigo 74. A composição civil dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título executivo a ser executado no juízo cível competente. Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

⁷⁸ CARVALHO, *Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista*, p. 149.

⁷⁹ BRASIL. Lei 9.099/95. Artigo 88. Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.

Além disso, a lei concebeu os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo. O primeiro, visando a atender demandas penais em face de comportamentos reprováveis de menor significância ou de menor potencial ofensivo. Já o segundo seria aplicado às condutas delituosas de médio potencial ofensivo em que, ainda é possível evitar o encarceramento, desde que preenchidas determinadas condições elencadas na lei.

Numa visão panorâmica, percebe-se que tais institutos possuem um caráter nitidamente despenalizador, cuja principal finalidade é a aplicação de alternativas penais à pena privativa de liberdade. Porém, cada instituto revela suas peculiaridades e distinções como se demonstrará a seguir.

1.2.2. A transação penal e a idéia de menor potencial ofensivo

A transação penal nada mais é do que uma forma de despenalizar, sem descriminalizar a conduta, adotando-se como parâmetro, além da evitabilidade da pena privativa de liberdade, a reparação dos danos causados à vítima. Destarte, a transação penal consiste num acordo entabulado entre o Ministério Público e o indiciado, objetivando a aplicação imediata de uma sanção pecuniária ou restritiva de direitos conforme o estabelecido no artigo 76⁸⁰ da Lei 9.099/95.

Uma vez oferecida a proposta e, sendo a mesma aceita pelo pretense autor do fato delituoso, o Ministério Público deixa de oferecer formalmente a denúncia, optando-se por uma composição consensual da lide penal. Posteriormente, o acordo é homologado pelo juiz por sentença para que surta seus efeitos nos termos do artigo 76, §§3⁸¹ e 4⁸², evitando-se o julgamento de mérito da infração, bem como a aplicação de eventual pena privativa de liberdade.

⁸⁰ BRASIL. Lei 9.099/95. Artigo 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta.

⁸¹ _____. Lei 9.099/95. Artigo. 76, §3º. Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do juiz.

A transação penal exprime uma idéia de negociação, de pacto, seja para prevenir um litígio, seja para solucioná-lo, tendo a tarefa de evitar a própria contestação. Logo, possui caráter de consenso, de composição amigável. Cada uma das partes, isto é, a acusação e a defesa dispensam alguns direitos com o objetivo de extinguir o procedimento criminal, resolvendo-se o conflito.

Por outro lado, é possível perceber que, com a concretização do pacto, o juiz aplicará uma pena ao acusado, não se podendo negar a própria atividade jurisdicional, pois é evidente a existência de uma acusação penal embutida na proposta oferecida.

É evidente, pois, que o acusado deverá preencher determinados requisitos legais que serão devidamente analisados pelo promotor e fiscalizados pelo juiz quando do oferecimento da proposta. Tais requisitos estão devidamente arrolados no artigo 76, §2º, I, II e III⁸³, da Lei 9.099/95.

Para a realização da proposta, primeiro deve-se verificar se o comportamento proibido atende a quantidade de pena máxima prevista na norma incriminadora. Nesse caso, pela técnica legislativa adotada, comportam a transação penal, as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima não exceder a 2 (dois) anos. Para Bitencourt⁸⁴, “isso nem é um requisito, é um pressuposto. É o ponto de partida para a análise dos outros requisitos”.

Em seguida, será verificado se o autor do fato delituoso não foi anteriormente condenado pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva. Além disso, só será possível a transação penal se, entre a data da homologação da primeira proposta e a data do cometimento de outro fato típico, não tiver transcorrido o lapso temporal de 5 (cinco) anos.

⁸² BRASIL. Lei 9.099/95. Artigo 76, §4º. Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de 5 (cinco) anos.

⁸³ _____. Lei 9.099/95. Artigo 76, §2º. Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:
I – ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;
II – ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de 5 (cinco) anos, pela aplicação de pena restritiva de direitos ou multa, nos termos deste artigo;
III – não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

⁸⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados especiais criminais federais: análise comparativa das Leis 9.099/95 e 10.259/01*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 129.

Esses são, portanto, os requisitos objetivos que, somados àqueles denominados subjetivos (antecedentes, conduta social, personalidade, circunstâncias e motivos da prática do crime), ou seja, referentes ao agente, autorizam o Promotor de Justiça a elaborar a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos.

Com base nos requisitos previstos em lei que possibilitam o oferecimento da proposta de transação penal e da técnica legislativa utilizada para a definição dos crimes de menor potencial ofensivo surgiram várias discussões no âmbito doutrinário e jurisprudencial.

Nota-se que todo discurso jurídico legal está fundamentado na quantidade de pena prevista no tipo penal, sem qualquer preocupação em relação à relevância do bem jurídico atingido pelo comportamento criminoso.

Frise-se que a transação é uma alternativa penal para o acusado, principalmente quando consciente de que praticou o injusto apurado no termo circunstanciado, pois, ao aceitar a proposta entabulando o acordo com a acusação, estará garantindo sua inocência e conservando a sua primariedade.⁸⁵

Como se vê, o grau de censura e de reprovação da conduta proibida é medido exclusivamente pela quantidade de pena prevista na norma penal. Nesse sentido, conforme a orientação da doutrina tradicional, o que importa para a aferição do significado da expressão “crime de menor potencial ofensivo” é a quantidade de pena cominada no texto legal e não a qualidade do delito. Dessa maneira, a aplicação do instituto da transação penal e o conceito de crime de menor potencial ofensivo estão atrelados à idéia de que a quantidade de pena prevista no preceito secundário de toda e qualquer norma penal reflete o seu menor grau de potencialidade lesiva.

⁸⁵ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Transação penal*. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris Ltda, 2006. p. 134.

1.2.3. A suspensão condicional do processo e a idéia de crime de médio potencial ofensivo

A suspensão condicional do processo também pode ser considerada uma inovação legislativa com caráter nitidamente despenalizador, criado como alternativa ao processo e à pena privativa de liberdade, devendo ser aplicada àquilo que se denomina média criminalidade ou nos delitos de médio potencial ofensivo.

Tal instituto está prescrito no artigo 89⁸⁶ da Lei 9.099/95, onde se admite a possibilidade de o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, propor a suspensão do processo por um período de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que implementadas determinadas condições.

Isso quer dizer que a suspensão não ocorre apenas no procedimento para os crimes rotulados de menor potencial ofensivo, mas também para todo e qualquer crime apenado com reclusão ou detenção, sujeito ou não a procedimento especial, conquanto a pena mínima não ultrapasse a 1 (um) ano, excetuadas as infrações da alçada da Justiça Militar na conformidade do artigo 90-A⁸⁷ da Lei 9.099/95.

Novamente, constata-se que a técnica legislativa utilizada para a aferição dos requisitos do instituto parte de uma premissa inautêntica, ou seja, baseia-se tão-somente na medida de pena mínima cominada ao tipo, sem qualquer perquirição sobre a conduta praticada ou o bem jurídico protegido pela norma penal.

Porém, diferentemente da transação penal, a suspensão condicional do processo pressupõe o oferecimento formal da denúncia, com a dedução da pretensão acusatória por escrito. É nesse momento que o Ministério Público deverá sugerir a suspensão do processo se presentes os requisitos legais. Evidentemente que será necessária a concordância do acusado, pois, como nas demais

⁸⁶ BRASIL. Lei 9.099/95. Artigo 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena (art. 77 do CP).

⁸⁷ _____. Lei 9.099/95. Artigo 90-A. As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar.

modalidades de consenso, o ato, para se concretizar, precisa da anuência da outra parte, pois é bilateral.

Desse modo, uma vez aceita a proposta de suspensão condicional do processo, o acusado se submeterá ao cumprimento de determinadas condições, em troca da paralisação do curso do processo, no exercício de seu direito de defesa, evitando-se a incerteza de seu desenvolvimento e da decisão final. Posteriormente, o juiz não analisará o mérito da pretensão acusatória, absolvendo ou condenando o acusado, mas aceitando ou não a suspensão do processo – devido controle judicial - homologando o consenso das partes, reconhecendo, ainda que de forma indireta, a adequação jurídica aos fatos descritos na inicial acusatória.⁸⁸

Considerando que a suspensão do processo pressupõe o oferecimento da denúncia, é necessário analisar se estão presentes os requisitos formais previstos no artigo 41⁸⁹ do Código de Processo Penal, os pressupostos processuais, bem como as condições para o regular exercício da ação penal.

A legislação despenalizadora determinou, no artigo 89 da Lei 9.099/95, como primeiro requisito objetivo para a concessão da suspensão condicional do processo, que o crime imputado ao agente tenha uma pena mínima cominada em abstrato igual ou inferior a 1 (um) ano.

Para a doutrina tradicional, a pena mínima cominada em abstrato é o marco fundamental para a análise da suspensão condicional do processo. Com isso, há um engessamento de toda e qualquer compreensão sobre o fato crime, pois a avaliação sobre a pertinência da aplicação do instituto da suspensão do processo está condicionada à simples verificação da sanção mínima cominada em abstrato.

Nesse sentido, a avaliação da censura da conduta ilícita praticada, bem como a importância da lesão ao bem jurídico protegido, são simplesmente maculados pela subsunção à quantidade de pena mínima prevista no dispositivo legal, ou seja, a análise da medida de potencialidade lesiva do crime fica essencialmente restrita aos parâmetros rígidos de pena mínima cominada de forma abstrata.

⁸⁸ GIACOMOLI, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais: Lei 9.099/95*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 188-189.

⁸⁹ BRASIL. Código de Processo Penal. Artigo 41. A denúncia ou a queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas.

Em virtude da técnica legislativa adotada, recomenda-se tomar muito cuidado quando da análise dos demais requisitos para a obtenção da suspensão do processo, especialmente quanto à suficiência da medida, tudo isso para não oficializar a impunidade.⁹⁰

É claro que, além da quantidade mínima de pena, a suspensão do processo exige que o acusado não esteja sendo processado e não tenha sido condenado por outro crime. Veja-se que a lei não fez qualquer distinção entre uma condenação pela prática de crime culposo ou doloso ou sequer fez menção quanto à duração dos efeitos dessa condenação.

Em princípio, toda e qualquer condenação anterior pela prática de crime – excetuadas as contravenções - ainda que não tivesse eficácia para efeitos de reincidência, poderia obstaculizar a concessão do benefício. Todavia, tal interpretação poderia gerar graves injustiças, devendo ser relativizada.

Por derradeiro, o último requisito de admissibilidade da suspensão do processo pode ser informado pelo que se denomina de mérito do acusado, que será verificado pelos seus antecedentes, sua conduta social, sua personalidade, pelos motivos e pelas circunstâncias do delito. Isso nada mais é do que uma reprodução das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal. Aliás, observa-se pela comparação dos institutos, que os fatores de merecimento da suspensão condicional do processo são praticamente os mesmos da transação penal. Cumpre informar que há forte crítica relacionada a alguns requisitos prescritos no artigo 59 do Código Penal, notadamente às circunstâncias que dizem respeito ao autor do fato delituoso.

Na verdade, quando o acusado aceita a proposta de suspensão do processo, necessariamente será submetido a determinadas condições, o que, para Grinover, poderia ser chamado de requisito de subsistência. Durante o período de prova – suspensão do processo – o acusado não poderá ser condenado por outro crime, deverá reparar o dano, e ainda cumprir o estabelecido pelo Promotor e pelo Juiz no acordo, sob pena de ser revogado o benefício.⁹¹

⁹⁰ BITENCOURT, *Juizados especiais criminais federais: análise comparativa das Leis 9.099/95 e 10.259/01*, p. 143.

⁹¹ GRINOVER, Ada Pelegrini et. al., *Juizados especiais criminais: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995*. 5.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 311.

1.2.4. Os princípios processuais de orientação dos Juizados Especiais Criminais

No artigo 62⁹² da Lei 9.099/95, estão enumerados alguns princípios materiais e processuais que orientarão a aplicação dos institutos despenalizadores ali prescritos, além das suas finalidades. Neste item, pretende-se apenas informar os princípios processuais, referentes ao andamento e à prática dos atos processuais no procedimento sumaríssimo.

Dentre os princípios que norteiam os Juizados Especiais está o da oralidade, segundo o qual, os atos processuais serão realizados, via de regra, de forma oral, nada impedindo a adoção da forma escrita em algumas situações. Embora a Lei 9.099/95 disponha que “um dos critérios adotados é o da oralidade, não se deve inferir daí deva todo o processo assim desenvolver-se, mesmo porque a palavra oral não excluiu toda e qualquer manifestação escrita”.⁹³

Em decorrência do princípio da oralidade, preconizam os artigos 75, § 3º, e 78 da Lei 9.099/95, que tanto a representação quanto a peça acusatória poderão ser oferecidas de forma oral na audiência preliminar, reduzindo-se a termo o essencial. Aliás, não é diferente o disposto no artigo 81 da Lei 9.099/95 que faculta a adoção da oralidade na feitura dos atos processuais, tais como a apresentação da “defesa preliminar, oferecida antes do recebimento da peça incoativa, as alegações das partes, bem como a sentença”⁹⁴.

Ao princípio da oralidade encontram-se conectados alguns subprincípios, dentre eles, o princípio da imediação que sugere o contato direto do julgador com as partes e com todo o conjunto probatório, para que, sem interferência, possa examinar, de forma independente, as provas de que se servirá para proferir a decisão.

⁹² BRASIL. Lei 9.099/95. Artigo 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

⁹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à lei dos juizados especiais criminais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 16.

⁹⁴ GIACOMOLI, *Juizados especiais criminais*: Lei 9.099/95, p. 63.

Da mesma forma, como corolário lógico da oralidade, o princípio da identidade física do Juiz também é aplicado no procedimento sumaríssimo e consiste na vinculação do Juiz que instruiu o processo ao julgamento da causa, ou seja, daquele julgador que presidiu a produção da prova oral. Considera-se que o magistrado que participou pessoalmente da coleta da prova é o mais apto a prolatar o julgamento.

Embora entendimentos contrários de parcela da doutrina e da jurisprudência, o princípio da identidade física do Juiz deveria ser absoluto e de aplicabilidade no âmbito penal. Nessa linha, sobre o princípio da identidade física do Juiz, Giacomoli leciona que “o julgador que conheceu a produção da prova irá valorá-la na sentença. É um reforço ao livre convencimento motivado, tanto na formação do juízo condenatório ou absolutório, quanto na escolha da sanção e na sua dosimetria.”⁹⁵

Também decorre da oralidade o princípio da concentração dos atos processuais em audiência única. Nesse caso, antes da acusação, tudo será resumido em uma audiência preliminar e, instaurado o processo, haverá uma só audiência de instrução, proporcionando uma visão global ao magistrado. Para Grinover⁹⁶, “essa concentração permitirá que, na maioria das vezes, o mesmo juiz participe da fase preliminar e do processo, tendo contato direto com as provas e com as partes”.

Por fim, também se afirma a existência de um outro subprincípio decorrente da oralidade, consistente na irrecorribilidade das decisões interlocutórias, que tem por escopo evitar a paralisação dos atos processuais ou o surgimento de qualquer tumulto que possa prejudicar o andamento do processo.

Ao que parece, com a aproximação entre o acusado e a vítima, há uma maior possibilidade para a realização de acordos, agilizando-se os atos processuais, dando a impressão de que as partes exercem certa influência na solução da demanda.

De outra parte, a informalidade também é entendida como princípio processual e informa que os atos processuais serão válidos, independentemente da forma como foram realizados, contanto que atendam as garantias processuais, que

⁹⁵ GIACOMOLI, *Juizados especiais criminais*: Lei 9.099/95, p. 63-64.

⁹⁶ GRINOVER et. al., *Juizados especiais criminais*: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995, p. 83.

não causem prejuízos às partes e que atinjam as finalidades para os quais foram realizados.

A importância desse princípio aponta para uma efetiva realização da justiça, sem formalismos exagerados. Nessa linha, o legislador prescreveu, no artigo 65⁹⁷ e no §1º, da lei 9.099/95 que os atos serão considerados válidos sempre que atingirem suas finalidades e que nenhum ato será considerado nulo se não houver prejuízo às partes.

Por fim, o princípio da celeridade processual também está elencado pelo artigo 62 da Lei 9.099/95, e indica que a causa deve ser resolvida da forma mais célere possível. Assim, evita-se a formação dos autos do inquérito policial, encaminhando o autor do fato e a vítima à sede do juizado para, desde logo, tentar entabular um acordo para a composição do litígio. Aliás, de acordo com a previsão do artigo 80⁹⁸ da Lei 9.099/95, nenhum ato será adiado.

Com isso, busca-se satisfazer o ofendido e a sociedade pois o vetor de racionalidade dos Juizados Especiais aponta para o ressarcimento da vítima em um exíguo período, evitando-se a demora do processo e o estigma da morosidade da justiça, além de eventual impunidade do agressor pela via da prescrição ou outra qualquer, evitando-se ainda, a violência do sistema penal, pois se evita ao máximo a imposição das penas privativas de liberdade.

⁹⁷ BRASIL. Lei 9.099/95. Artigo 65. Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem suas finalidades para os quais foram realizados, atendidos os critérios indicados no artigo 62 desta lei.

§1º. Não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo.

⁹⁸ _____. Lei 9.099/95. Artigo 80. Nenhum ato será adiado, determinando o juiz, quando imprescindível, a condução coercitiva de quem deva comparecer.

2. A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E O ROMPIMENTO COM O PARADIGMA METAFÍSICO

Antes de passar propriamente à matriz teórica que embasa a presente pesquisa, é importante trazer à colação algumas concepções sobre hermenêutica, a fim de tentar esclarecer a compreensão de um termo desconhecido e muito confundido no vocabulário da maioria das pessoas.

2.1. Algumas concepções de hermenêutica

A definição de hermenêutica não é tarefa das mais simples. Afinal, poderia ser um modelo de interpretação das leis, e a interpretação, por sua vez, uma maneira de expor uma idéia sobre algo, talvez, de forma e com palavras diferentes daquilo delineado no texto, porém com um sentido comum.

O importante é destacar, por ora, que a hermenêutica é bastante significativa para uma série de disciplinas relacionadas com a interpretação, especialmente a interpretação de textos, como a ciência do Direito. Sobre as primeiras concepções de hermenêutica, Grondin afirma que:

Por hermenêutica, entende-se desde o primeiro surgimento da palavra no século XVII, a ciência e, respectivamente, a arte da interpretação. Até o fim do século passado, ela assumia normalmente a forma de uma doutrina que prometia apresentar as regras de uma interpretação competente. Ela se restringia à tarefa de fornecer às ciências declaradamente interpretativas algumas indicações metodológicas, a fim de prevenir, do melhor modo possível, a arbitrariedade no campo da interpretação. Ela desfrutava de uma existência eternamente em grande parte invisível, como “disciplina auxiliar” no âmbito daqueles ramos estabelecidos da ciência, os quais se ocupavam explicitamente com a interpretação de textos e sinais.⁹⁹

⁹⁹ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Uninsinos, 1999. p. 23.

Desse modo, não se pode negar a importância central da hermenêutica nas ciências humanísticas, como a teologia, a filosofia, a interpretação literária e o Direito. Ocorre que a definição do termo hermenêutica ainda é um pouco confusa, pois seu uso pode ser feito num sentido restrito que contrasta com o uso largamente feito na nova hermenêutica contemporânea.¹⁰⁰

Nota-se que a maioria dos doutrinadores do Direito ainda tem, na hermenêutica, aquela concepção antiga e superada de Carlos Maximiliano que compreende a interpretação do termo como:

[...] explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém.¹⁰¹

Em outras palavras, isso significa que o processo interpretativo e metodológico poderia possibilitar que se alcançasse, de acordo com a crítica de Streck, “a interpretação correta, o sentido exato da norma, o exclusivo conteúdo/sentido da lei, o verdadeiro significado do vocábulo, o real sentido da regra jurídica etc.”.¹⁰²

Para abordar o tema proposto de forma adequada, cumpre a exposição de modelos e de outras questões propedêuticas, pois, como narra Grondin:

¹⁰⁰ PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Rio de Janeiro: Edições 70, 1969. p. 16.

¹⁰¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e interpretação do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997. p. 9.

¹⁰² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 110.

A palavra hermenêutica, no seu uso lingüístico atual, vem carregada de uma enorme imprecisão, a qual – o que vale para quase todos os filosofemas – deve ter contribuído para sua hiperconjuntura. Conceitos como hermenêutica, explanação, explicação, exegese, interpretação, são freqüentemente empregados como sinônimos.¹⁰³

Outrossim, o termo hermenêutica pode significar primariamente a expressão de um pensamento, daí, explicação e, sobretudo, a interpretação do mesmo. A expressão também pode designar a arte ou a ciência da interpretação das Sagradas Escrituras, ou ainda, um método distanciado da arbitrariedade interpretativa que permite fundamentar a validade universal da interpretação histórica.¹⁰⁴

Com a pretensão de buscar uma delimitação terminológica um pouco mais precisa, recomenda-se utilizar o conceito de hermenêutica num sentido mais restrito, podendo ser entendido como uma *teoria* da interpretação. Convém ressaltar que, sob o “rótulo” de hermenêutica, estão abrigadas diversas teorias, que nem sempre partem de um ponto de vista ontológico. Logo, há várias formas de utilização da hermenêutica, sendo as de cunho epistemológico, identificadas com o que se denomina de hermenêutica clássica.

Para alguns pensadores, essa teoria deveria ser uma metódica indicação de regras para lidar com textos, de natureza técnico-normativa, pois, para eliminar a arbitrariedade da interpretação, ela seria um modo de interpretar. Para outros, como Heidegger e Gadamer, a hermenêutica deveria assumir a forma de uma análise filosófica ou fenomenológica do fenômeno originário da interpretação e compreensão, passando por uma prévia analítica existencial.¹⁰⁵

Stein afirma que “a hermenêutica – interpretação – procura penetrar sinais e símbolos para lhes extrair a significação conduzindo assim, à compreensão”. Nas palavras do autor, “a hermenêutica é o caminho que conduz à compreensão”.¹⁰⁶

Aliás, a partir dessas premissas, serão tecidas algumas considerações, especialmente sobre a hermenêutica como uma auto-explicação da compreensão da

¹⁰³ GRONDIN, *Introdução à hermenêutica filosófica*, p. 48.

¹⁰⁴ MORA, José Ferrater. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 331-332.

¹⁰⁵ GRONDIN, op. cit., p. 48.

¹⁰⁶ STEIN, Ernildo. *Introdução ao pensamento de Martin Heidegger*. Porto Alegre: Edipucrs, 2002. p. 43.

vida, ou seja, um modo de pensar originariamente a essência da fenomenologia no Direito.

2.2. As estruturas fundamentais de uma hermenêutica filosófica

A matriz teórica que sustenta a presente análise está suplantada em algumas condições, ou pressupostos, dentre os quais, a interpretação constitui um processo ontológico, pois se desenvolve por uma série de existenciais. E o Direito, como um fenômeno sócio-cultural, no enfrentamento dos problemas sociais e, especialmente das questões jurídicas, é marcado pela historicidade de suas soluções. Desse modo, é imprescindível que os operadores jurídicos levem em conta, no seu pensamento, o contexto onde vivem e projetam as suas soluções para os problemas - de interpretação - que se apresentam no dia-a-dia.

Nesse sentido, a hermenêutica filosófica pode ser entendida como uma clareira que torna possível alcançar respostas adequadas acerca do papel da Constituição da República na análise dos problemas relacionados com a aplicação das leis penais, especialmente, aquelas de conteúdo despenalizador que mudaram o panorama do Direito Penal brasileiro.

No presente capítulo, serão traçadas algumas noções fundamentais acerca da hermenêutica filosófica e suas aproximações com o Direito, a fim de vislumbrar, ao final, um novo olhar sobre as leis dos juizados especiais criminais e os denominados crimes de menor e médio potencial ofensivo.

Antes porém, de apresentar os pressupostos dessa teoria da interpretação, deve-se ressaltar o papel central que a linguagem ocupa no processo de compreensão e de interpretação, motivo pelo qual será abordada inicialmente.

2.2.1. A linguagem como abertura para o entendimento do ser

O papel da linguagem na compreensão do mundo já foi alvo de discussões travadas em épocas remotas, haja vista ter sido inaugurada por Platão em seu escrito denominado Crátilo, datado de 388 a.C. que trata das questões relativas ao ser e ao pensar.

Conforme Streck, nessa trama épica, a linguagem é analisada pela contraposição de duas teorias que dialogam sobre a ligação entre as coisas e os seus respectivos nomes. Para os partidários de uma corrente que se pode denominar de naturalista, cada coisa teria seu nome por natureza, por conter uma determinada essência. Uma postura contrária teria sido adotada pelos sofistas ou convencionalistas, uma vez que sustentavam que a escolha das palavras que ligam as coisas a seus nomes era totalmente arbitrária ou convencional. Assim, criadas pelos homens, sem respeitar as leis da natureza ou as leis divinas, as palavras poderiam ser reinventadas e, conseqüentemente, as verdades estabelecidas poderiam ser questionadas.¹⁰⁷

No enfrentamento dessa problemática de cunho filosófico e, considerando-se a época, também política, surge a figura do responsável pelo estabelecimento dos nomes para as coisas, o nomoteta, que não nomeava as coisas arbitrariamente, mas denominava-as sim, guiando-se a partir de um modelo ideal ou convencional, pois, certamente, existia uma exatidão natural de um nome em relação ao seu objeto. A partir daí, Platão desenvolve uma tese que tenta conciliar as duas posições contrapostas, nas quais trabalha com uma concepção de que a coisa poderia ser conhecida sem a linguagem, ou seja, sem mediação lingüística, pois a palavra nada mais seria do que a representação da coisa. Assim, na linguagem, não se atingiria a realidade, pois o real só seria conhecido em si, sem palavras.¹⁰⁸

As concepções filosóficas mais antigas, ainda presas àquela idéia de separação entre sujeito e objeto – metafísicas - ou ainda aquelas que consideravam a linguagem como um mero instrumento de comunicação com as coisas já haviam

¹⁰⁷ STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 115-117.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 117-119.

superado o entendimento sobre a impossibilidade de se conhecer o mundo à revelia da ordem lingüística. O problema é que, embora imprescindível, a linguagem ainda era considerada, apenas um instrumento que ligava o ser com as coisas do mundo.

Para Gadamer, a questão sobre a justeza dos nomes, abordada pelos gregos, constituiu o último eco daquela magia da palavra, que a compreende como coisa (*sache*) ela mesma, ou como o seu ser representante. Agregue-se ainda, o fato de tais teorias esquecerem do ser, pois consideravam os entes a auto-apresentação dos próprios entes.¹⁰⁹

Como se vê, a linguagem foi considerada, por muito tempo, apenas como um instrumento de acesso às coisas, assumindo um papel secundário, uma função designativa, pois o conhecimento da realidade poderia ser alcançado independentemente da existência da lingüística.

Na presente pesquisa, pretende-se demonstrar que a linguagem assume um papel fundamental no processo de compreensão e de interpretação, pois ela será concebida como um *médium*, ou seja, uma condição de possibilidade ou um meio de acesso ao mundo e a seus objetos, em que o homem conta as suas experiências de mundo. Aliás, a linguagem molda a visão do homem e o seu pensamento. É pela linguagem que o homem veicula as várias facetas de sua vida.

Palmer lembra que Heidegger já afirmava que as palavras e a linguagem não são invólucros com que se embrulham as coisas para o comércio daqueles que escrevem e falam. Afinal, é pela palavra e pela linguagem que as coisas ganham ser e existem para os homens.¹¹⁰

Em função disso, a existência humana, tal como se conhece implica sempre a linguagem e, assim, qualquer teoria sobre interpretação terá que enfrentar o tema da linguagem. Streck traça um perfil da importância da linguagem esclarecendo o seguinte:

¹⁰⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: complementos e índice*. v. II. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002. p. 90.

¹¹⁰ PALMER, *Hermenêutica*, p. 139.

A linguagem, então, é totalidade; é abertura para o mundo; é enfim, condição de possibilidade. Melhor dizendo, é constituinte e constituidora do saber, e, portanto, do nosso modo-de-ser-no-mundo, que implica as condições de possibilidades que temos para compreender e agir. Isto porque é pela linguagem e somente por ela que podemos ter mundo e chegar a esse mundo. Sem linguagem não há mundo enquanto mundo. Não há coisa alguma onde falta a palavra. Somente quando se encontra a palavra para a coisa é que a coisa é uma coisa.¹¹¹

Isso significa que só existe mundo quando este mundo é nomeado. Assim, o mundo possui significado podendo ser falado e interpretado. Sem essa nomeação o mundo não tem sentido, e portanto, não existe. Veja-se que a linguagem não cria mundo, mas sim, fornece as condições de possibilidade para compreendê-lo e interpretá-lo. Nesse sentido, não é à toa que Gadamer afirma: “ser que pode ser entendido é linguagem”.

Nessa esteira, Grondin¹¹² esclarece que a compreensão da linguagem não se reduz à captação intelectual, por um sujeito, de um contexto solipsista e isolado, afinal, também resulta de um pertencimento a uma tradição em continuada formação, ou seja, em um pertencer a uma conversação, a partir da qual, aquilo que foi expresso lingüisticamente adquire sentido e significado.

Por outro lado, no processo de compreensão, o mundo que se encontra na linguagem é aquele que se revela para o homem. Assim, os problemas de entendimento são problemas de linguagem, e todo o processo de compreensão é um acontecimento de linguagem.

Para caracterizar e demonstrar a importância da linguagem, Gadamer afirma o seguinte:

¹¹¹ STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 196.

¹¹² GRONDIN, *Introdução à hermenêutica filosófica*, p. 197.

[...] a linguagem é o médium universal em que se realiza a própria compreensão. A forma de realização da compreensão é a interpretação. Constatar isso não significa que não haja problemas específicos em relação à expressão. A diferença entre a linguagem de um texto e a de seu intérprete, ou o abismo que separa o tradutor de seu original, não são, de modo algum, uma questão secundária. Bem ao contrário, os problemas de expressão de linguagem já são, na realidade, problemas de compreensão. Todo o compreender é interpretar e todo interpretar se desenvolve no médium da linguagem que pretende deixar falar o objeto, sendo, ao mesmo tempo, a própria linguagem do intérprete.¹¹³

É possível perceber que Gadamer dá um passo ainda mais radical quando afirma que não somente o processo do entendimento dos seres humanos, mas também o próprio processo de compreensão representa um acontecimento de linguagem, mesmo quando se volta para algum aspecto fora do âmbito da linguagem. Para ele, a afirmação de que toda a compreensão é linguagem não deixa de ser provocativa, pois se pensa com e por palavras.¹¹⁴

Todo o pensar sobre a linguagem, pelo contrário, já foi sempre alcançado pela linguagem. Só podemos pensar dentro de uma linguagem e é justamente o fato de que nosso pensamento habita a linguagem que constitui o enigma profundo que a linguagem propõe ao pensar.¹¹⁵

Com isso, é possível afirmar que Gadamer coloca a linguagem como um elemento universal da hermenêutica que se mantém elevado à universalidade da razão, pois é no *locus* privilegiado da linguagem que se realizará o evento da compreensão. Basta pensar que é aprendendo a falar que o homem cresce, conhece o mundo, conhece as pessoas e conhece a si mesmo.

Streck esclarece a questão ensinando que, quando se encontra a palavra para a coisa é que a coisa é uma coisa. Antes disso, essa coisa não existe para o

¹¹³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. v. 1. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 7 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005. p. 503.

¹¹⁴ GADAMER, *Verdade e método: complementos e índice*, p. 216.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 176.

homem, é um nada.¹¹⁶ É a palavra que proporciona o ser à coisa. Sem palavra, sem linguagem, não há existência.

Nota-se que essa relação entre o caráter da linguagem e a compreensão é essencial, pois a tradição existe no médium da linguagem. Somente, ao se desenvolver pela linguagem, é que a tradição adquire seu significado e sentido pleno e, enfim, é transmitida.

Bleicher ressalta ainda que a viragem ontológica da hermenêutica no fio condutor da linguagem ocorreu com a incorporação da obra de Heidegger e da afirmação de que a linguagem é a casa do ser. Assim, a filosofia hermenêutica tem como foco a compreensão da existência em termos de uma linguagem que se nos dirige do interior de si mesma. Desse modo, a linguagem não pode ser concebida como uma objetificação, mas é, em si mesma, aquilo que fala ao ser.¹¹⁷ Logo, se a linguagem é condição para compreender e interpretar, parece evidente que é pela linguagem que se revela o ser, bem como toda a sua experiência de mundo.

O conceito de mundo em Heidegger não significa totalidade de todos os seres, mas a totalidade em que o ser humano está mergulhado. Não é possível conceber o mundo separado da pessoa. Afinal, todas as entidades do mundo são captadas em termos de mundo, sendo esse algo já dado. As entidades que formam o mundo físico apenas estão no mundo. Ao contrário dos animais que são pobres em mundo, somente o homem tem mundo e, portanto, o mundo e a compreensão são partes inseparáveis da constituição ontológica da existência do *Dasen*.¹¹⁸

Se ao homem foi dada a capacidade de pensar e falar, é sinal que ele possui *logos*. Poder falar significa poder tornar visível, pela sua fala, algo ausente, de tal modo que um outro possa vê-lo também. Esse poder de comunicação enseja um pensamento de algo comum, sobretudo no que se refere aos conceitos da vida social que são inerentes ao homem. Ter mundo, portanto, é ter linguagem.

Então, é assim, que Gadamer vai fundamentar a sua hermenêutica dialética: na linguagem do ser humano no mundo e, conseqüentemente, no caráter ontológico do acontecimento lingüístico.

¹¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.176.

¹¹⁷ BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Tradução de Maria Giorgina Segurado. Rio de Janeiro: Edições 70, 1980, p. 162.

¹¹⁸ PALMER, *Hermenêutica*, p.137-138.

2.2.2. A estrutura circular da compreensão e a necessidade dos pré-juízos

A partir das idéias de Heidegger e de sua filosofia hermenêutica, Gadamer desenvolve alguns conceitos importantes em sua hermenêutica filosófica na tentativa de dar conta do que realmente acontece quando se compreende e se interpreta.

Frise-se que toda interpretação pressupõe a compreensão que, por sua vez, tem como condição de possibilidade as pré-compreensões do intérprete. A hermenêutica filosófica vai trabalhar com um atribuir sentido, podendo ser vista como um verdadeiro jogo de autocompreensão, pois revela também o horizonte do sujeito que compreende, ou seja, o seu ponto de vista, a sua situação hermenêutica diante dos fenômenos que se colocam à sua frente.

Vale ressaltar que o homem já está imerso num determinado horizonte que constitui o próprio ser. Desse modo, é simplesmente impossível fazer uma abstração do contexto histórico em que se encontra, pois, quando se compreende e se interpreta, colocam-se em jogo os preconceitos da própria situação hermenêutica.

Heidegger vai afirmar que todo pensamento e a atividade humana dependem das condições prévias. A partir daí, o autor apresenta a estrutura da interpretação do seguinte modo: 1) (*vorhabe*) é a posição inicial que possibilita um horizonte de articulações, ou seja, é o contexto da coisa; 2) (*vorsicht*) que nada mais é do que a perspectiva em que se encara esse conjunto de articulações, a perspectiva do intérprete e; 3) (*vorgriff*) que seria a apreensão desse conjunto de posições e visões prévias, a pré-compreensão.¹¹⁹ Assim, a interpretação também dependerá de alguns juízos prévios que antecipam o sentido de um texto ao intérprete. O ponto prévio para compreender o sentido do ser pode ser identificado com a temporalidade e a historicidade do ser-aí.

Aliás, o termo prejuízo em Gadamer sofre uma reabilitação, vez que será o seu ponto de partida para explicar a compreensão. Apesar de possuir um sentido negativo, entendido como um juízo não fundamentado, também pode assumir um

¹¹⁹ SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica filosófica e aplicação do direito*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006. p. 70.

significado positivo, entendido como um juízo precedente a uma concepção definitiva, válido para todas as épocas.¹²⁰

Nessa trilha, a interpretação nunca é a apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições, pois tudo o que está à mão sempre já se compreende a partir de uma totalidade conjuntural. Nessa linha, a lição de Heidegger é esclarecedora:

Se a concreção da interpretação, no sentido da interpretação textual exata, se compraz em se basear nisso que está no texto, aquilo que, de imediato, apresenta como estando no texto nada mais é do que a opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente do intérprete. Em todo o princípio de interpretação, ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já põe, ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia.¹²¹

Assim, considerando a existência dessa estrutura prévia da compreensão, ela está sujeita a um condicionamento proveniente do contexto fático, no qual se encontra sempre já lançada. Isso significa que o mundo só se dá para o ser na medida em que já existe um certo patrimônio de idéias que lhe serve de guia para descobrir as coisas.

Com isso, é possível perceber que a estrutura da hermenêutica é sempre revisada, na medida em que a compreensão passa a ser o modo-de-ser do *Dasein*, pela qual se reconhece que todo discurso se fundamenta em outro, ou seja, na pré-compreensão. Nesse já, há sempre uma compreensão do mundo prático a partir do qual se compreendem os entes.

Nessa esteira, Leal acrescenta:

¹²⁰ ALFLEN DA SILVA, Kelly Susane. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2000. p. 253-254.

¹²¹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. v. I. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 14 ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2005. p. 207.

A hermenêutica de que fala Gadamer é realizada por um sujeito histórico, que parte de condições espaciais e temporalmente dadas, contando também com estruturas prévias de pré-compreensão, ou seja, em todo o processo de compreensão se parte de pressupostos ou pré-juízos – no sentido etimológico de juízos prévios – que viabilizam e constituem uma certa memória cultural presente em teorias, mitos, tradições, etc. Significa dizer que o sujeito que compreende não parte do zero, mas, ao contrário, conta com toda uma história que lhe caracteriza e mesmo o define como sujeito.¹²²

Esse momento prévio e fundante de abertura para o mundo, também conhecido como compreensão existencial não é estático e muito menos alcançável em sua plenitude. É pela sua dinâmica circular que acontece no plano da história e da temporalidade que ele sustenta as interpretações do homem.

Nota-se que o conhecimento como interpretação não é um desenvolvimento e uma articulação de fantasias que o intérprete possa ter do mundo, mas a elaboração da constitutiva e originária relação com o mundo que o constitui. É essa idéia de conhecimento como articulação de uma pré-compreensão originária que se chama de círculo hermenêutico.¹²³

A compreensão, ocorrendo de modo circular, afasta a idéia de começo e fim, situando tudo no presente, ou seja, passado e futuro estão sempre presentes como possibilidades de compreensão. Considerando que cada compreensão é movida por um pré-conceito, a historicidade não é uma limitação, mas um princípio, um começo de compreensão. Desse modo, o círculo pode ser entendido como o momento estrutural ontológico da compreensão por justamente caracterizar o momento de sua formação.

Agregue-se ainda, que a compreensão é ontologicamente fundamental e anterior a qualquer ato de existência se relacionando com o futuro de forma projetiva e também relacionada com a situação de cada um, revelando as suas possibilidades.

Compreender a coisa que surge ali, diante do ser, não é outra coisa senão a elaboração de um primeiro projeto que vai-se corrigindo, progressivamente, a

¹²² LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e direito: considerações sobre a teoria do direito e os operadores jurídicos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1999. p. 114.

¹²³ STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 192.

medida que progride a decifração. Outrossim, é essa oscilação perpétua de várias perspectivas interpretativas que é chamada de projeto no processo de compreensão. Nas palavras de Heidegger:

No projeto da compreensão, o ente se abre em sua possibilidade. O caráter de possibilidade sempre corresponde ao modo de ser de um ente compreendido. O ente intramundano em geral é projetado para o mundo, ou seja, para um todo de significância em cujas remissões referenciais a ocupação se consolida antecipadamente como ser no mundo. Se junto com o ser da pré-sença o ente intramundano também descobre, isto é, chega a uma compreensão, dizemos que ele tem sentido. Rigorosamente, porém, o que é compreendido não é o sentido, mas o ente e o seu ser. Sentido é aquilo que se sustenta a compreensibilidade de alguma coisa. Chamamos de sentido aquilo que pode articular-se na abertura da compreensão.¹²⁴

Essa compreensão prévia também poderia ser entendida como uma relação de disponibilidade do homem com as coisas, uma vez que os entes adquirem sentido a partir da utilidade que possuem no cotidiano de cada intérprete. A utilidade dos entes é determinada culturalmente pela realidade social no qual o sujeito cresce. O homem já conhece essa utilidade a partir do sentido que aquele ente já possui em sua circunvisão. O sentido dos entes, antes de ser uma qualidade a eles inerente é uma determinação do próprio ser.¹²⁵

É nessa dinâmica da compreensão existencial que se percebe que o homem está envolvido em um círculo, pois, se tem sempre que mover dentro do já compreendido, muito embora, mediante a interpretação, isso possa a voltar a ser objeto de questionamento. Compreender é algo que se pode explicar pela linguagem. E a interpretação, portanto, irá trabalhar com conceitos prévios, que serão substituídos de forma paulatina e progressiva, por outros mais adequados, até que se confirme uma unidade de sentido. Afinal, esses juízos prévios são apenas a base da capacidade que se tem de compreender a história. Portanto, a tarefa da compreensão é a elaboração de projetos corretos e adequados às coisas que, na condição de projetos, deverão ou não se confirmar nas coisas mesmas. Para Streck,

¹²⁴ HEIDEGGER, *Ser e tempo*, p. 208.

¹²⁵ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direita*. O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 41.

a compreensão só alcança as suas verdadeiras possibilidades quando as opiniões prévias com as quais se iniciam os projetos não são arbitrárias, pois, quem quer compreender um texto realiza sempre um projetar.¹²⁶

O que importa é não sair do círculo, e sim, entrar nele de modo justo, percebendo que a melhor maneira de encontrar a verdade é realizar a interpretação dos entes que remeta para o horizonte prévio e fundante, assegurando o acesso a partir das coisas mesmas, não se deixando guiar por conceitos ingênuos, futilidades ou explicações inócuas. A partir do conhecimento dos horizontes e pressupostos, deve-se aceitar o risco de que, no embate com as normas e os casos concretos, os pré-conceitos podem mudar e, conseqüentemente, o sentido se alterará.

É importante ressaltar que Heidegger chama a atenção para o sentimento de situação, de pertencimento, através da palavra cuidado – *sorge* - dando a ela um sentido ontológico que procura romper com as noções metafísicas sobre o conhecimento enquanto representação do real, além de desconstruir a clássica distinção dicotômica de sujeito-objeto. Esse cuidado significa a tentativa de manter sempre clara a consciência de que, quando um sentido se desvela, no contato com o ente, há sempre outros sentidos que se velam, ou seja, a essência do que se vê e se experimenta não pode ser esgotada pelo conhecimento humano, pois o plano de sustentação é histórico, temporal e situacional.¹²⁷

Sobre o tema, Grondin assevera que o modo cuidadoso do compreender possui sua raiz existencial na preocupação do ser-aí consigo mesmo. É a partir dele que se constitui o específico caráter de esboço da compreensão. Ela é orientada segundo esboços inexpressos que corporificam possibilidades do poder ser. É isso que concretiza esse ou aquele modo de entender ao invés de outro modo.¹²⁸

Fica clara a impossibilidade de ocorrer uma compreensão e interpretação sem pressupostos, sem juízos prévios e previamente dados, considerados a partir de uma linguagem que abre o mundo do intérprete e demonstra o seu contexto.

Isso não significa que se está à mercê deste momento prévio. É com o apoio da interpretação que a compreensão se tornará transparente dela mesma. É com o

¹²⁶ STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 204.

¹²⁷ SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 42.

¹²⁸ GRONDIN, *Introdução à hermenêutica filosófica*, p. 162-163.

esforço de se tornar consciente dos próprios horizontes e pressupostos, que se poderá desvelar um sentido que ainda anda oculto no texto. Outrossim, é com a experiência do estranhamento que se poderá perceber o novo a ser transmitido.¹²⁹

A compreensão pode ser entendida como a revelação daquilo que é real para o homem, devendo ser encarada como um processo ontológico, visto que, ao interpretar um texto não se parte de uma consciência vazia. Ao contrário, de uma compreensão já estabelecida numa intenção preliminar à própria situação hermenêutica. É esse modo-de-ser-no-mundo do intérprete que determinará suas pré-compreensões a respeito do mundo.

Portanto, a interpretação é o processo que vai da pré-compreensão até a compreensão plena, ou seja, a partir da suspensão dos prejuízos inautênticos pode-se atribuir o sentido adequado às coisas. A compreensão das coisas individuais pressupõe a compreensão da totalidade dos significados, pois pela compreensão prévia, que é a abertura do ser-aí, já se leva consigo o sentido que se busca. Daí, a estrutura circular da compreensão.

2.2.3. A historicidade da compreensão, a tradição e os diálogos hermenêuticos

Após o esboço da estrutura circular da compreensão, especialmente quanto à questão dos pré-juízos, Gadamer vai tentar responder o que significa para a compreensão, o fato de ela ser conduzida por uma história que se articula para o homem como linguagem transmitida. Nesse panorama, o autor libera a hermenêutica da alienação estética e histórica para estudá-la em seu elemento puro da experiência da existência humana, retomando o diálogo com as ciências humanas, justamente para realçar a insustentabilidade da idéia de um conhecimento histórico, absoluto e universalmente válido. Aliás, essa foi a principal tarefa do autor: criticar as afirmações do historicismo, especialmente as que concebiam que as

¹²⁹ SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*, p. 43 e 49.

ciências do espírito, dentre elas, o Direito, deveriam elaborar seus próprios métodos científicos para poder gozar do *status* de ciência.¹³⁰

Com Gadamer, o caráter científico das denominadas ciências do espírito pode ser compreendido com base no conceito de formação cultural, já que, é no bojo dessa tradição que são formulados os conceitos adequados às ciências do espírito. Essa formação, entendida como cultura, tem caráter humanístico, vez que só o homem pode, através do ensino e do aprender, obter o aperfeiçoamento de suas aptidões e faculdades, na tentativa de alcançar um espírito cada vez mais universal.¹³¹

Veja-se que o conhecimento histórico não pode ser descrito segundo o modelo de conhecimento objetivista, já que o mesmo é um processo que possui todas as características de um acontecimento histórico. Nota-se que todo processo de compreensão do ser é limitado por uma história sua que limita a compreensão. Não existe a possibilidade de compreensão fora da influência do tempo. Esse conhecimento histórico é, ao mesmo tempo, saber histórico e ser histórico. Afinal, se é membro de uma cadeia ininterrupta à qual o passado interpela.¹³² Na lição de Streck,

[...] a história é a condição prévia para que o ente seja um ser-no-mundo. Não há uma contraposição entre sujeito e objeto, e sim uma fusão entre ambos a partir de sua historicidade. O existir do sujeito é um existir histórico, enquanto ser no mundo, em que o objeto não é construído pelo cogito e tampouco é refletido na consciência, mas sim, se desvela pela linguagem. O desvelamento do ser de um ente passa pela possibilidade de seu existir, que só acontece na história lingüisticamente apreendida. Quem compreende não tem uma mente em branco, como uma tábula rasa, e sim já tem, desde sempre, uma pré-compreensão das coisas e do mundo; já tem (sempre) uma pré-compreensão, algo prévio que vem com o ente, como curador/vigilante do ser.¹³³

¹³⁰ GRONDIN, *Introdução à hermenêutica filosófica*, p. 179-181.

¹³¹ GADAMER, *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, p. 44-45.

¹³² _____. *O problema da consciência histórica*. Tradução de Paulo Cezar Duque Estrada. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2003, p. 57-58.

¹³³ STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 206.

Como se viu até o momento e, considerando-se que a compreensão depende do modo-de-ser-no-mundo do homem, suas possibilidades somente ocorrem nas circunstâncias de um horizonte histórico. A historicidade compõe a compreensão, pois, na medida em que se faz a história, nela se participa e por ela se é formado. Assim, a partir da consideração de que a compreensão é uma estrutura historicamente acumulada e operativa, o significado de uma experiência vem da tradição da interpretação sobre as quais se assenta e das possibilidades que se abrem no tempo.

Em outras palavras, pode-se afirmar que todo ser é histórico e já se encontra na tradição, ocupando certa posição que delimita os horizontes. A tradição, além de constituir o alicerce que une o homem ao passado, mostrando o presente, atua como instância objetiva que permite a integração e a comunicação. Aliás, toda a experiência só pode ser compreendida e interpretada porque referenciada ao passado, numa relação de confronto com a atualidade e projeção do futuro.¹³⁴

É esse conhecimento histórico que impede a ocorrência da arbitrariedade nas interpretações. A tradição vai servir como um guia para o intérprete compreender um texto. Afinal, “é o que temos em comum com a tradição com a qual nos relacionamos que determina as nossas antecipações e orienta nossa compreensão”.¹³⁵

Com efeito, a tradição pode ser entendida como objeto da compreensão. O legado da tradição vem ao homem através da linguagem, não sendo possível renunciá-lo. Mas a interpretação terá sempre um caráter produtivo, pois é impossível reproduzir sentidos.¹³⁶

Deve-se atentar para o fenômeno do pertencimento a uma tradição, aquilo que é comum a todos. Afinal, a hermenêutica deve partir do fato de que compreender é estar em relação, a um só tempo, com a coisa mesma que se manifesta através da tradição e também com uma tradição de onde a coisa possa falar ao ser. Para Gadamer

¹³⁴ FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte. *Da interpretação à hermenêutica jurídica: uma leitura de Gadamer e Dworkin*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 40.

¹³⁵ GADAMER, *O problema da consciência histórica*, p. 59.

¹³⁶ STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 209.

Aquele que efetua uma compreensão hermenêutica deve se dar conta de que a nossa relação com as coisas não é uma relação que ocorra naturalmente, sem criar problemas. Precisamente sobre a tensão que existe entre familiaridade e o caráter estranho da mensagem que é nos transmitida pela tradição é que fundamos a tarefa hermenêutica.¹³⁷

Compreender então, é participar de uma perspectiva comum. É apreender o sentido, o significado, a perspectiva daquilo que se é transmitido a cada um. E a hermenêutica ocupará uma posição mediadora, pois o intérprete se encontra suspenso entre o pertencimento a uma tradição e a sua distância em relação aos objetos que constituem o tema de suas pesquisas.

Isso significa que não se pode aceitar a tradição passivamente, logo, deve-se refletir e dialogar sobre ela. O ato de interpretar implica a produção de um novo texto, mediante a agregação de um sentido que o intérprete lhe dá. Há um caráter construtivista na história. O intérprete deve-se fazer mediador entre o texto e a totalidade subentendida, preenchendo as lacunas históricas e estabelecendo um acordo com a tradição. É a partir dessa reflexão sobre a tradição, que será possível identificar os pré-juízos autênticos ou verdadeiros, com os quais se compreende, daqueles inautênticos ou falsos que produzem mal-entendidos.

Nesse sentido, o reconhecimento dos pré-conceitos não significa uma atitude de complacência, pelo contrário, exige um esforço de correção e filtragem dos pensamentos e conceitos. É a partir do choque, da relação com o outro com alteridade – intersubjetividade - que se constitui a ocasião para identificação e revisão dos pré-conceitos. Por outras palavras, é no diálogo com outras pessoas e culturas que os pré-conceitos são corrigidos.¹³⁸

Ocorre, porém, que não se trata, somente, de afastar os pré-conceitos inautênticos, mas sim, de dar-se conta de sua existência no pensamento, reconhecendo e denunciando-os para elaborá-los na interpretação. Nessa tarefa sempre existe o risco de se deixar conduzir por pré-conceitos inautênticos, o que levará, certamente, a uma inadequada compreensão sobre o assunto. Na verdade, deve-se realizar um esforço compreensivo a partir da situação hermenêutica para

¹³⁷ GADAMER, *O problema da consciência histórica*, p. 67.

¹³⁸ SAMPAIO DA SILVA, Rui. Gadamer e a herança heideggeriana. In *Revista portuguesa de filosofia*. n. 56, 2000. p. 526.

alcançar a compreensão adequada à realidade. A investigação autêntica deve dirigir o esforço de investigação para a coisa mesma.

Para que isso ocorra, Gadamer vai afirmar que é necessário denunciar um pré-conceito, ou seja, suspender a sua presumida validade, fazendo com que ele pare de atuar sobre a consciência humana. Porém, não é possível perceber os pré-conceitos quando eles estão operantes; é preciso provocá-los através do reencontro renovado com a tradição, interrogando o significado que a história tem para o homem que está situado no presente. É dizer: a compreensão começa com o fato de que algo interpela o homem.¹³⁹ Assim, entre o contexto em que cada pessoa se insere e o contexto da tradição que vem ao encontro pessoal pela linguagem, impõe-se uma reflexão que leva o ser à idéia de interrogação. A essência da interrogação é descobrir, desvelar ou, segundo Gadamer, “pôr nu as possibilidades e mantê-las sob aviso”.¹⁴⁰

Por outro lado, Gadamer vai frisar que, para realizar essa tarefa de suspensão dos pré-juízos, é necessária a estrutura do perguntar. Veja-se:

O primeiro elemento com que se inicia a compreensão é o fato de que algo nos interpela. É a primeira de todas as condições hermenêuticas. Agora vemos o que se exige para isso: uma suspensão fundamental dos próprios preconceitos. Toda a suspensão dos juízos, porém, começando pelos preconceitos, logicamente falando, possui uma estrutura da pergunta. A essência da pergunta é colocar possibilidades e mantê-las em aberto.¹⁴¹

Dessa forma, deve-se interrogar a consciência histórica, denunciando os pré-conceitos inautênticos, suspendendo a sua validade, para conseguir identificar os pré-conceitos autênticos que levarão à adequada atribuição de sentido, a compreensão e interpretação.

Por outro lado, deve-se considerar que a experiência hermenêutica é dialógica, pois é explicada a partir do discurso humano. Além disso, um diálogo pode

¹³⁹ GADAMER, *O problema da consciência histórica*, p. 67

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 69.

¹⁴¹ _____. *Verdade e método: complementos e índice*, p. 80-81.

ser tratado de forma análoga ao da interpretação de um texto. Nota-se que esse diálogo suporta não somente o entendimento entre os homens, mas, também, o entendimento sobre as coisas do mundo.

A realização da interpretação ocorre como um diálogo hermenêutico, pois a compreensão não deve significar uma reconstrução da vontade do autor. O que importa para o problema hermenêutico é o correto acordo sobre o tema, e a conversação consiste em um processo de acordo. Nessa esteira, não se pode afirmar que as palavras pertencem ao homem, mas elas pertencem à situação, isto é, ao modo-de-ser-no-mundo onde se encontra o intérprete. A relação estabelecida entre o homem e a linguagem, nesse sentido, é marcada pela noção heideggeriana de co-pertença.

Nota-se que esse acordo vai implicar a implementação de uma condição: de que os interlocutores estejam dispostos a acordar, abrindo espaço para acolher o estranho e o adverso. Assim posta a questão, Gadamer salienta:

[...] Na conversação nos colocamos no lugar do outro com o objetivo de compreender seu ponto de vista. [...] quando isso ocorre, de ambas as partes e cada interlocutor sopesa os contra-argumentos, ao mesmo tempo em que mantém suas próprias razões, pode-se, por uma recíproca, imperceptível e involuntária transferência de pontos de vista (o que chamamos de intercâmbio de opiniões) chegar finalmente a uma linguagem e a uma decisão comum.¹⁴²

Com a lógica da hermenêutica da pergunta e da resposta a qual entende a compreensão como participação num significado, numa tradição ou conversação, põe-se em cheque o primado da lógica locucional que entendia a compreensão como poder de disposição.¹⁴³

Com o escopo de esclarecer a questão, Gadamer elabora o conceito de distância temporal afirmando que essa distância não pode ser transposta ou vencida, mas deve ser considerada como fundamento de uma possibilidade positiva

¹⁴² GADAMER, *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, p. 501.

¹⁴³ GRONDIN, *Introdução à hermenêutica filosófica*, p. 198.

e produtiva de compreensão, pois somente o tempo fará com que o que é significativo se destaque daquilo que não o é.

Palmer lembra que a função do tempo é eliminar aquilo que não é essencial, deixando que o verdadeiro significado oculto na coisa se torne evidente. Essa distância temporal vai fazer com que sejam eliminados alguns pré-juízos permitindo também que outros apareçam.¹⁴⁴ Na verdade, o tempo auxilia na elaboração do pensamento, especialmente sobre a noção de consciência histórico efetual. É essa consciência que pode afastar os pré-juízos inautênticos.

Gadamer ainda acentua que há uma pequena diferença quando a situação hermenêutica fizer referência a textos escritos, pois esses se constituem de manifestações da vida, fixadas de forma permanente, logo, de modo atemporal e sem qualquer referência espacial. Nesse sentido, o texto só pode chegar a falar através do outro, o intérprete e a sua função será converter em sentidos os signos contidos no texto e, ao mesmo tempo, em virtude dessa recondução à compreensão, o próprio tema de que fala o texto vem à linguagem. Além disso, seria um equívoco relacionar a opinião do outro com a própria individualidade, como acontece nos diálogos terapêuticos ou no interrogatório do acusado, pois, nesses casos, não há uma situação de acordo¹⁴⁵.

O que acontece no verdadeiro diálogo é o que se denomina fusão de horizontes (*Horizontverschmelzung*), no qual o horizonte do intérprete deve ser entendido como uma opinião e possibilidade que se coloca em jogo a fim de compreender o texto.¹⁴⁶

É a partir do conceito de horizonte que se pode afirmar que toda a forma de compreensão é historicamente situada, especialmente no contexto do horizonte daquele que pretende conhecer, pois, a sua situação compreensiva limita as possibilidades de ver o acontecer de sentido.

Nesse panorama, Gadamer conceitua a palavra horizonte nos seguintes termos:

¹⁴⁴ PALMER, *Hermenêutica*, p. 187-188.

¹⁴⁵ GADAMER, *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, p. 499 - 502.

¹⁴⁶ ALFLEN DA SILVA, *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*, p. 316.

Horizonte é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto a partir de um determinado ponto. Aplicando esse conceito à consciência pensante, falamos então da estreiteza do horizonte, da possibilidade de ampliar o horizonte, da abertura de novos horizontes etc. A linguagem filosófica empregou essa palavra, sobretudo desde Nietzsche e Husserl, para caracterizar a vinculação do pensamento à sua determinidade finita e para caracterizar o ritmo de ampliação do campo visual. Aquele que não tem um horizonte é um homem que não vê suficientemente longe e que, por conseguinte, supervaloriza o que lhe está mais próximo. Ao contrário, ter horizontes significa não estar limitado ao que há de mais próximo, mas poder ver para além disso. Aquele que tem horizontes sabe valorizar corretamente o significado de todas as coisas que pertencem ao horizonte, no que concerne à proximidade e distância, grandeza e pequenez.¹⁴⁷

Esse tal horizonte – de inteligibilidade - é que será responsável pela adequada compreensão acerca de algo, pois estará em jogo uma série de preconceitos e expectativas que moldam o pensamento do homem e que permite a sua abertura para a experiência.

Cumprido salientar que existe uma vinculação bem nítida entre a fusão de horizontes e a história efetiva, pois é no momento que se fundem os horizontes da obra com o horizonte do intérprete, que surge a compreensão do sentido ou a compreensão como uma forma de efeito.¹⁴⁸

Constata-se, portanto, a existência de uma consciência histórico-efetiva, pois as interpretações produzidas em uma determinada época poderiam e podem despertar diferentes interpretações em outras épocas.¹⁴⁹

Em resumo, o desenvolvimento da concepção de círculo hermenêutico surgiu para combater a ingenuidade do historicismo, mostrando como é que se constitui verdadeiramente a ciência da história – como acontecimento, como uma experiência. Em todo o processo hermenêutico funciona um pré-juízo que pode ser chamado de “antecipação da completude”. Essa antecipação de sentido que guia a compreensão não é um ato subjetivo, mas é determinada pela comunidade que se liga à tradição. Assim, as antecipações de sentido que se projetam sobre o texto não

¹⁴⁷ GADAMER, *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, p. 399-400.

¹⁴⁸ SALGADO, *Hermenêutica filosófica e aplicação do direito*, p. 81.

¹⁴⁹ GRONDIN, *Introdução à hermenêutica filosófica*, p. 190.

podem ser entendidas como totalmente arbitrárias, porquanto o texto e o intérprete pertencem a uma tradição comum.¹⁵⁰

Nota-se que o círculo hermenêutico constitui-se de um movimento de ir e vir, como espaço dinâmico e instaurador de sentido histórico. Desse modo, pode-se dizer que não existe interpretação única, última e definitiva da história e do Direito. Também não há um ponto final no conhecimento histórico e jurídico, pois o ser humano é finito e possui o desejo infinito de saber.¹⁵¹

Em suma, o círculo hermenêutico tem a forma de um espiral, em face da inesgotabilidade de sentido e do contínuo aprofundamento e expansão da compreensão dentro do contexto existencial e histórico efetual do homem. O sentido é inesgotável porque o homem está sujeito à temporalidade, e esse sentido está em permanente construção.

2.2.4. O postulado da diferença ontológica e a crítica à metafísica

Em sua fenomenologia hermenêutica, Heidegger toma como ponto de partida de seu pensamento a polêmica em torno do ser. A hermenêutica heideggeriana avança para o centro da reflexão filosófica e objetiva uma auto-interpretação da facticidade. Em outras palavras, a interpretação da interpretação, pois nela devem ser manifestadas as *ser a ías* estruturas básicas do seu ser.¹⁵²

Na verdade, o autor procurou dar uma resposta para a reflexão da questão do ser, especialmente sobre o paradigma da existência, do modo prático de ser-no-mundo.

Heidegger considera que o ser não pode ser definido, como também nunca se deixa determinar em seu sentido por outra coisa nem como outra coisa. O ser só

¹⁵⁰ TESTA, Edimarcio. *Hermenêutica filosófica e história*. Passo Fundo: UPF, 2004, p. 89-91.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 92.

¹⁵² GRONDIN, *Introdução à hermenêutica filosófica*, p. 167.

pode ser determinado a partir de seu sentido com ele mesmo, não podendo sequer ser comparado com algo que tivesse condições de determinar seu sentido.¹⁵³

Por outro lado, pode-se chamar de ente muitas coisas e em sentidos diferentes. Ente é tudo o que se fala, tudo o que se entende, como que se comporta dessa ou daquela maneira, e ente também é o que e como o homem mesmo é.¹⁵⁴

A partir do questionamento do ser, o filósofo alemão buscou desenvolver um dos teoremas fundamentais de sua fenomenologia hermenêutica: a diferença ontológica. Por diferença ontológica entende-se uma diferença essencial, pois ali se encontram a unidade do ser humano e a compreensão do ser. Essa diferença entre ser e ente, no exame das condições em que ocorre a compreensão, dá-se na forma de relação determinada por um comportamento do ente, o *ser aí*. A diferença ontológica origina-se no contexto da compreensão do ser, mas, ao mesmo tempo, dá a essa compreensão o espaço de seu acontecer.¹⁵⁵ É essa diferença ontológica que cria as condições de possibilidade para a germinação da pergunta sobre o ser e seu sentido, distinguindo-o dos entes.

Stein esclarece que, na hermenêutica filosófica, escolheu-se um viés de aproximação entre o conhecimento filosófico e o conhecimento empírico. Trata-se de perceber o vínculo entre a filosofia e o conhecimento empírico, entre o modo de pensar científico e o modo de pensar sustentado pela diferença ontológica.¹⁵⁶ Os vetores de racionalidade dessa teoria fenomenológica entendida como teoria do conhecimento serão, portanto, as condições do modo-de-ser-no-mundo, ou seja, as condições humanas existenciais do homem, calcadas na compreensão do ser e na diferença ontológica. A diferença ontológica representa o teorema que precede a qualquer distinção entre sujeito e objeto e, onde essa distinção for usada, ela já sempre repousa sobre um acontecer e um vir-ao-encontro.

Nessa senda, a concepção ontológico-fundamental de Heidegger proporcionou uma reorientação completa do conhecimento, pois se debruça sobre a constituição do ser e não sobre a generalização teórico-crítica.

¹⁵³ HEIDEGGER, *Ser e tempo*, p. 13.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 28-29.

¹⁵⁵ STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença*: filosofia e conhecimento empírico. Ijuí, RS: Editora Unijuí, 2002. p.16-17.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 18-19.

A investigação dos entes que se processa sob a forma de enumeração daquilo que se manifesta no mundo está sempre limitada aos entes, é ôntica e, portanto, insuficiente. Já as questões sobre o ser - ontológicas - não podem ser tratadas como as questões particulares, pois não há como alcançar uma definição exata e definitiva sobre o ser. Tal definição sempre será parcial, inconclusa, estática e, muitas vezes, indefinitiva.

Ao tratar sobre a diferença ontológica, Stein estabelece algumas noções fundamentais para evitar confusões:

Só se é capaz de não confundir o ser com algum ente, quando ele é pensado a partir da compreensão do ser. Então o espaço do acesso aos entes é aberto a partir do horizonte do ser. É para isso que o homem é Dasein. Sendo essa expressão o construto para definir, primeiramente, a transcendentalidade e, depois, o acontecer da história do ser. Na relação entre ser e ente se estabelece, assim, não apenas uma diferença, mas uma diferença absoluta (que não provém do ente).

[...] A revelação, a compreensão do ser que distingue ser de ente, sustenta todas as nossas expressões lingüísticas e, portanto, todo nosso conhecimento, isto é, todo vir ao encontro dos entes.¹⁵⁷

Desse modo, pode-se afirmar que a hermenêutica filosófica parte de um entendimento cuja compreensão pode ser definida como um conceito de caráter ôntico original da vida mesma como experiência e facticidade. Corresponde a um processo que tem como pressuposto o estar inserido em um acontecer tradicional, no qual se passa a considerar o intérprete já inserido num mundo de tradições e pré-conceitos que constroem e que direcionam a sua compreensão.

Ao analisar a questão da diferença ontológica, Alflen da Silva faz a seguinte afirmação:

¹⁵⁷ STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 67.

A hermenêutica [...] constitui, portanto, a elaboração das condições de possibilidade de toda a investigação ontológica pela qual é elaborada ontologicamente a historicidade do *Dasein* como condição ôntica de possibilidade da história factual, i.e., a fenomenologia do *Dasein* é hermenêutica no sentido originário da palavra na forma em que se designa o interpretar, é interpretação ontológica mesma no sentido de analítica da existencialidade da existência, porque em princípio e em geral, os fenômenos não se dão, eles podem permanecer encobertos por nunca terem sido descobertos, desvelados, pois a facticidade não é fatualidade do *factum brutum* de uma presença, porém, um caráter ontológico do *Dasein* assumido na existência, ainda quando, desde o início, reprimida.¹⁵⁸

A hermenêutica filosófica se move numa dimensão transcendental, buscando encontrar um lugar a partir de onde funcione a razão humana como uma razão hermenêutica. Isso significa que o discurso é sempre acompanhado e precedido por uma antecipação de sentido que advém do mundo prático, de um desde-já-sempre, e que se funda no encontro hermenêutico.¹⁵⁹

Essas são algumas das razões pelas quais Heidegger sempre lutou contra a metafísica, pois, a partir do escrito denominado “introdução à metafísica”, o termo assume uma conotação negativa, sendo entendido como todo pensamento ocidental que não soube manter-se no nível da transcendência constitutiva do *Dasein*, ao colocar o ser no mesmo plano do ente. A metafísica poderia ser entendida como a compreensão inautêntica do ser, tendo-se convertido ainda, em sinônimo de esquecimento do ser.¹⁶⁰

Sobre a metafísica, Stein acrescenta algumas considerações denunciando a forma do conhecimento objetificador:

¹⁵⁸ ALFLEN DA SILVA, *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*, p. 81.

¹⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 37-38.

¹⁶⁰ VATTIMO, Gianni. *Introdução à Heidegger*. Lisboa: Edições 70, 1977. p. 63-65.

[...] a metafísica se constituía, na sua relação com os objetos, como um conhecimento objetivador, isto é, se guiava pelo esquema sujeito-objeto, não foi capaz de pensar o âmbito que essa mesma constituía, sem afirmá-lo como resultado da presença de um ente particular ou pela presença de um sujeito. Assim ela, pelo fato de pensar o seu campo específico a partir da entificação do ser, introduziu a distinção, entre filosofia e ciência, a partir de uma relação de objeto. Dessa maneira, a metafísica estabelecia um compromisso de caráter especulativo entre natureza e consciência, reduzindo a distinção que deveria ser produzida, pela diferença ontológica, a uma diferença entre subjetividade e objetividade transcendental. Era assim que a metafísica comprometia a presença de qualquer elemento organizado com o projeto de uma fundamentação da experiência.¹⁶¹

Veja-se que boa parte das análises realizadas pelos juristas, na interpretação dos textos legais, determina-se a partir da ontologia da substância, ou seja, residem mais na diferenciação dos objetos e, de regra, separam as ciências por áreas de competência. No caso do Direito, cria-se uma série de categorias autônomas, tais como, o Direito Constitucional, o Direito Penal, o Direito Civil, o Direito Processual Penal e, assim, por diante, fazendo crer ser possível estudá-las de maneira separada e independente.

O pensamento metafísico, que aqui poderia ser entendido como uma teoria que adota uma postura contrária à hermenêutica - como a dogmática jurídica - mantém uma posição objetificadora sustentada pelos métodos de interpretação, pois não admite o fato de que o ente, em razão de seu ser, possa ter inúmeras e até mesmo, infinitas representações.

Corroborando esse entendimento a lição de Ferreira quando afirma que a hermenêutica filosófica é infinita e possível, pois o ente possui múltiplos e infinitos sentidos:

[...] infinita, em virtude da ocorrência de novas e melhores interpretações; possível, já que não podem ser excluídas interpretações melhores e mais adequadas que as anteriores, por serem realizadas em consonância com a época em que vive o intérprete e por fundamentarem-se no que ele conhece.¹⁶²

¹⁶¹ STEIN, *Pensar é pensar a diferença*: filosofia e conhecimento empírico, p. 100.

¹⁶² FERREIRA, *Da interpretação à hermenêutica jurídica*: uma leitura de Gadamer e Dworkin, p. 43.

Deve-se ter presente que a interpretação deriva da compreensão, uma vez que esta é condição de possibilidade para a interpretação. Compreender não é um modo de conhecer, mas um modo de ser. Por isso, a hermenêutica da facticidade, também chamada de fenomenologia hermenêutica, ultrapassa o campo da epistemologia da interpretação para o da ontologia da compreensão.¹⁶³

Em vez da compreensão, a partir da radical fundamentação, procura-se uma compreensão sem fundamento, isto é, da vida fática, da contingência. Com ela, ultrapassa-se a ontologia da coisa. O homem é colocado com sua facticidade e historicidade, já sempre para fora de si mesmo, para dentro da compreensão do ser como existência.¹⁶⁴

2.3. A diferença (ontológica) entre texto e norma e vigência e validade

Na senda das considerações acerca do teorema da diferença ontológica, é importante frisar que isso implicará um novo olhar sobre o Direito. Afinal, as preocupações que antes estavam centradas na coisa (metafísica clássica) ou na consciência (metafísica moderna), transferem-se para as palavras, pois, a linguagem constituidora de mundo é condição de possibilidade para a compreensão e a interpretação.

Além disso, só se interpreta porque se compreende. E só se compreende a partir de uma pré-compreensão do intérprete acerca de seu modo-de-ser-no-mundo como existência e facticidade.

A partir desse novo paradigma, não se pode mais conceber a simples equiparação entre vigência e validade de um texto legal. A norma será sempre produto da atribuição de sentido a um texto. Entender de modo diverso seria entificar ou objetificar o ente enquanto ente, esquecendo-se do seu ser.

¹⁶³ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 209.

¹⁶⁴ STEIN, *Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*, p. 47-49.

Sobre o assunto, Streck afirma que o texto não subsiste separadamente da norma, existindo, entretanto, uma diferença ontológica entre ambos. Assim, a norma é sempre resultado da interpretação de um texto, ou seja, da atribuição de sentido que este texto assume no processo compreensivo.¹⁶⁵

Para ilustrar as assertivas exaradas até então, cita-se o exemplo de Ramires que traz uma idéia sobre a diferença de texto e norma:

[...] Em Passo Fundo, minha terra natal, há uma prainha no Rio Capinguí, na qual os afortunados levam seus barcos e jet-skis para dar umas voltas. Acontece que lá, já dentro da água tem um poste com uma placa que diz o seguinte: “Área reservada para lanchas e jet-skis”. Logo embaixo, no mesmo poste, outra: “Proibido dar cavalo-de-pau”. Cavalo-de-pau, o leitor sabe, é a manobra de automóvel em que o motorista puxa o volante para o lado e aciona o freio-de-mão, fazendo o carro derrapar. Lancha e jet-ski não têm freio-de-mão, certo, mas basta acelerar fundo e virar forte para o lado, e o bicho “derrapa”, como o carro. Entre lancheiros e quejandos, a manobra também é conhecida por cavalo-de-pau. Então é essa manobra que a placa está a proibir? É cara-pálida, a não ser que alguém pense que é proibido entrar de carro na barragem e... bem, qualquer um percebe. Mas será que antes de entender isso alguém pensa: “não posso usar o método gramatical, e sim o teleológico, portanto...”? E se alguém perguntar: por que esse método e não o outro? A interpretação da placa vem da imediata pré-compreensão do que seja a água, a lancha, a manobra, sendo que alguém que nunca tenha andado num “veículo aquático motorizado de pequeno porte” pode ter dificuldade de entender. E o texto, diga-se, é claro: não pode dar cavalo-de-pau, e pronto. Mas o texto não carrega a norma, e se colocássemos a tal placa no centro da cidade, no estacionamento do supermercado, a norma seria outra, claro, mas com o mesmo texto. (grifo do autor).¹⁶⁶

Com efeito, não se pode negar a diferença ontológica entre texto e norma sob pena de negar a própria temporalidade do Direito, objetificando o sentido do enunciado. Afinal, os sentidos são temporais e atribuíveis a partir da facticidade em que está inserido o intérprete, respeitados os conteúdos de base do texto.¹⁶⁷

¹⁶⁵ STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 219.

¹⁶⁶ RAMIRES, Maurício. *A hermenêutica e do que importa*. Disponível em: <www.ihj.org.br>. Data de acesso: 28 de jun. 2005.

¹⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Programa de pós-graduação em direito da Unisinos: mestrado e doutorado/orgs. Leonel Severo Rocha, Lenio Luiz Streck, José Luis Bolzan de Moraes. [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 168-169.

Veja-se que a tão falada dicotomia entre vigência e validade também é explicada com o mesmo raciocínio. Basta pensar que, embora uma lei exista no plano jurídico-formal e, portanto, possuindo vigência, não necessariamente será considerada válida. A aplicação e, assim, a validade dessa lei vai depender do contexto onde se situa o intérprete, bem como da sua interpretação perante todo o ordenamento jurídico.

2.4. A hermenêutica filosófica, os métodos de interpretação e a questão da verdade no Direito

A partir das considerações tecidas sobre as estruturas fundamentais da hermenêutica filosófica, matriz teórica que fundamenta este trabalho, pretende-se esboçar aqui uma crítica aos métodos de interpretação, utilizados pela doutrina ainda inserida nas concepções metafísicas de interpretação.

Aliás, é despidendo enfatizar que a doutrina do *êxodo*, que ainda está presa à metafísica e aos métodos científicos de interpretação dos textos jurídicos, que estabelecem critérios, seja quanto às fontes (interpretação autêntica, judicial e doutrinária), seja quanto aos meios (interpretação gramatical, racional, sistemática, histórica, teleológica), seja ainda, quanto aos resultados (declarativa, extensiva, restritiva), entende que seria possível estabelecer uma melhor técnica para compreender e interpretar um texto legal, mormente hoje. A utilização de tais métodos sugere uma “reprodução” de sentido, pois a interpretação correta somente seria aquela que buscasse averiguar o que o autor quis dizer sobre algo, ou seja, o sentido do texto atribuído pelo seu criador.

Esse legado do pensamento científico moderno (metafísico), atualmente, denominado de filosofia da consciência, entende que é possível, através da valorização da abstração e da crença na busca da verdade por procedimentos lógico-formais, encontrar a melhor interpretação.

A postura metafísica se encontra baseada em fundamentos últimos que velam o sentido do ser, pois a pretensão metodológica das ciências naturais ou exatas foi simplesmente transportada para as ciências sociais ou do espírito, como se aqueles métodos de interpretação pudessem fazer com que o operador jurídico alcançasse, com absoluta certeza, a resposta correta.

A idéia anterior de hermenêutica, consistente no emprego de técnicas de interpretação ainda está presa às concepções metafísicas que entendiam o processo de interpretação apenas como um método exercido por um operador imparcial. Essa nova abordagem filosófica trabalha com um “dar sentido”, diferentemente da concepção clássica ou metodológica, vista como pura técnica de interpretação.

Veja-se que, na maioria das vezes, a utilização desses métodos interpretativos serve de justificativa para legitimar resultados que o intérprete se propõe a alcançar, funcionando como reserva de recurso de argumentação e, ainda, como forma aparentemente neutra e científica, de canalizar determinados valores que se quer preservar.¹⁶⁸

A hermenêutica filosófica não possui método. Aliás, também não é possível conceber a existência de um meta-critério (*Grundmethode*) que pudesse servir de fundamento último no processo interpretativo.¹⁶⁹ A interpretação se dá no exato momento em que o intérprete se coloca frente ao texto, aplicando-o, a partir de sua própria compreensão. Sendo assim, compreender é o participar de uma perspectiva comum.

A hermenêutica filosófica tem a tarefa de apenas lembrar ao *Dasein* o caminho da autotransparência delineado no existencial da interpretação. Em outras palavras, tornar acessível cada específico ser-aí, em seu caráter de ser, a este mesmo ser-aí, compartilhá-lo, ocupar-se com a auto-alienação, pela qual o *ser-aí* é atingido. Forma-se uma possibilidade de tornar-se e de ser entendedor para si mesmo.¹⁷⁰

¹⁶⁸ STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 114.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 308.

¹⁷⁰ GRONDIN, *Introdução à hermenêutica filosófica*, p. 168.

Nessa mesma linha, Alflen da Silva critica a interpretação da lei vinculada a métodos, nos seguintes termos:

A ciência jurídica se destrói quando a interpretação da lei é realizada firmemente por princípios e métodos tal qual uma operação silogística e, por isso, uma metodologia jurídica existente não deve ser realizada por meio de teorias pré-fabricadas, pelas quais a Ciência Jurídica é deduzida e feita por enunciados, no sentido de que se encaminha uma lógica formal, especialmente, porque a metodologia jurídica não fornece à Ciência do Direito ou às suas disciplinas particulares nem um catálogo exaustivo de técnicas de trabalho confiáveis e indiscutíveis, em um sistema de hipóteses de trabalho integralmente aplicáveis.¹⁷¹

São essas as razões pelas quais os denominados métodos ou técnicas de interpretação tendem a objetificar o Direito, impedindo o questionar originário da pergunta pelo sentido do Direito na sociedade.¹⁷²

Quanto à verdade, a hermenêutica filosófica destrói a concepção anterior (metafísica) que estava fundamentada na idéia de que a verdade se encontrava no enunciado, na proposição, no texto lingüístico, em outras palavras, no juízo.

Para Heidegger, a verdade e o ser estão intimamente relacionados. Além disso, a verdade só pode ser analisada a partir da exposição de seus fundamentos ontológicos, sendo imprescindível uma passagem pelo esclarecimento do modo de ser do conhecimento para visualizar o fenômeno da verdade que o caracteriza.¹⁷³

A proposição é verdadeira significa: ela descobre o ente em si mesmo. Ela propõe, indica, “deixa ver” o ente em seu ser e estar descoberto. O ser verdadeiro (verdade) da proposição deve ser entendido no sentido de ser-descobridor. A verdade não possui, portanto, a estrutura de uma concordância entre conhecimento e objeto, no sentido de uma adequação entre um ente (sujeito) e um outro ente (objeto).¹⁷⁴

¹⁷¹ ALFLEN DA SILVA, *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*, p. 379.

¹⁷² STRECK, *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*, p. 208.

¹⁷³ HEIDEGGER, *Ser e tempo*, p. 283-285.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 286-287.

Vale dizer que a verdade é desvelamento, o descobrimento, que somente é possível quando fundamentado no modo-de-ser-no-mundo. Para a hermenêutica filosófica, a noção de verdade surge como um (des)velamento, uma vez que utiliza a palavra grega *alethéia*, que possui um significado ambíguo. Essa verdade está intimamente ligada ao ser. Aliás, a expressão *alethéia* pode ser entendida como aquilo que foi arrancado da ocultação.

Em Heidegger, a verdade deixa de ser aquela correspondência entre coisa e enunciado, passando a ser o encontro (desvelamento/ocultamento) do ser, o aparecer das coisas mesmas na abertura propiciada pelo *Dasein*, tendo em vista a diferença ontológica. Assim, não é possível defender sentidos congelados, aistóricos, que impedem um novo encontro com a verdade.

Gadamer indica o caminho da verdade quando afirma:

Escutar a tradição e situar-se nela é o caminho para a verdade que se deve encontrar nas ciências do espírito. A própria crítica que fazemos à tradição, enquanto historiadores, acaba servindo ao objetivo de localizar-nos na autêntica tradição em que nos encontramos. O condicionamento, portanto, não prejudica o conhecimento histórico, sendo um momento da própria verdade. Precisa ser levado em conta se não quisermos agir arbitrariamente com relação a ele. Deve-se considerar aqui como científico destruir o fantasma de uma verdade desvinculada do ponto de vista do sujeito cognoscente. Este é o sinal de nossa finitude, e ao permanecermos imbuídos de sua idéia ficamos protegidos da ilusão. A crença ingênua na objetividade do método histórico foi uma dessas ilusões. O que veio, no entanto, a ocupar o seu lugar não é um relativismo frouxo. O que nós mesmos somos e o que conseguimos ouvir do passado não é casual e nem arbitrário.¹⁷⁵

Streck afirma que a verdade não é uma questão de método. Será sim, uma questão relativa a manifestação do ser, para um ser cuja existência consiste na compreensão do ser. A essência da verdade é o acontecer fenomenológico da verdade ôntica.¹⁷⁶

¹⁷⁵ GADAMER, *Verdade e método: complementos e índice*, p. 53.

¹⁷⁶ STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 199.

Já Vattimo agrega um novo componente para explicar a questão da verdade do ser, a liberdade:

[...] abrir-se à coisa procurando adequar-se-lhe como norma é um acto livre: a essência da verdade é a liberdade. Mas dizer que a essência da verdade é a liberdade (como abrir-se do *Dasein* ao ente) não significará reduzir a verdade a algo "subjectivo", a um acto arbitrário do homem? Isto seria assim se concebêssemos a liberdade – como habitualmente se faz, como uma propriedade do homem. Mas esta liberdade como possibilidade que o homem tem de escolher entre os entes pressupõe também que os entes já estão acessíveis. De maneira que não pode pensar-se o facto de o ente se tornar acessível, a abertura originária de que depende a possibilidade de qualquer escolha como um acto livre do homem neste sentido. O abrir-se ao ente não é algo que o homem possa escolher porque constitui o próprio *Dasein* como tal enquanto ser-no-mundo. Esta liberdade não é, pois, uma faculdade de que o homem disponha, mas é ela que dispõe do homem.¹⁷⁷

A experiência hermenêutica é a revelação da verdade, que não pode ser entendida como uma simples correspondência entre um juízo e um fato. Afinal, a verdade é a emergência; é o surgimento do ser em sua manifestação. Desse modo, a verdade é sempre parcial e nunca total, ela é carregada de ambigüidade, pois, ao mesmo tempo em que se revela, oculta-se.

Nota-se que a verdade aparece como um acontecimento da linguagem, estando sujeita a temporalidade, pois não está diante do homem, de uma maneira imediata. É um fenômeno que surge do relacionamento entre os homens e as coisas e de como as coisas interpelam os homens.

A verdade caracteriza-se, portanto, pela ambivalência - velamento e desvelamento, na temporalidade. É por isso que Heidegger fala em *sorge*, que significa cuidado. O cuidado que deve ter o intérprete com a verdade.

¹⁷⁷ VATTIMO, *Introdução à Heidegger*, p. 74.

3. A ANÁLISE FENOMENOLÓGICA DOS DISCURSOS DOGMÁTICO E DECISÓRIO SOBRE OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

Neste capítulo, pretende-se demonstrar alguns reflexos da aplicação (ir)racional da lei dos juzizados especiais criminais realizada a partir do pensamento jurídico dogmático, entendido como ciência que analisa, sistematiza e conceitua os institutos legais, em seu discurso sistemático, lógico, neutralizante e objetificador.

A partir da análise sobre os influxos dogmáticos na interpretação da lei, serão trazidas à discussão algumas colocações doutrinárias acerca dos institutos despenalizadores, para demonstrar – uma certa falta de racionalidade - especialmente acerca da vinculação cega dos conceitos de crime de menor e médio potencial ofensivo à quantidade de pena prevista em abstrato na norma penal.

Além disso, far-se-ão breves considerações sobre as principais discussões teóricas que vêm acalentando o mundo jurídico sobre as leis ora trabalhadas, dando destaque a aplicabilidade dos institutos despenalizadores, vinculada aos conceitos legais de crime de menor e médio potencial ofensivo. Nessa esteira, será dada uma ênfase aos critérios legais e às projeções utilizadas pelos operadores para encontrar a quantidade de pena necessária para a aplicação dos institutos despenalizadores aos casos concretos.

3.1. A elaboração do discurso dogmático e as inovações institucionais introduzidas pelos juzizados especiais criminais

Não é de hoje que se pode perceber um certo fascínio dos juristas pelo direito infraconstitucional, em especial, se for considerado que a maioria das análises teóricas dos doutrinadores nacionais está centrada estritamente nos institutos legais, numa perspectiva eminentemente legalista e positivista, no qual se

busca o esgotamento conceitual de toda e qualquer possibilidade do conhecimento jurídico e do Direito.

O pensamento jurídico contemporâneo, segundo Rocha,¹⁷⁸ é constituído, principalmente pelo ideário liberal. Nesse sentido, os valores jurídico-liberais como a neutralidade da lei, a imparcialidade do judiciário, a suposta constitucionalidade das leis, o princípio da legalidade, entre outros, traduzem uma matriz doutrinária fortemente institucionalizada, no que se convencionou denominar de dogmática jurídica.

Aliás, foi criada uma ciência jurídica diversa do próprio direito positivo, em que a dogmática jurídica encontrou, nas normas decorrentes da manifestação estatal, não só o objeto de seus estudos, mas também e, principalmente, o horizonte de projeção de suas construções teóricas. Isso significa que a dogmática tem uma relação de fluxo e refluxo com o Direito positivo, instituindo-o e sendo por ele instituída.¹⁷⁹

A partir dessas considerações, é possível conceber a dogmática jurídica não só como estudo e descrição do ordenamento vigente, mas também como uma práxis, voltada à elaboração de regras que acabam por ser incorporadas a este mesmo ordenamento.¹⁸⁰

Em função disso, há uma estreita vinculação da produção do saber dogmático ao poder estatal, funcionando como uma instância legitimadora externa da produção oficial do saber, cunhado a partir da legislação. Na verdade, toda a investigação jurídica encontra-se fundamentada na análise das normas positivadas, não sendo dada a devida importância à realidade dos fatos, ou seja, ao contexto social e constitucional de aplicação dessas normas como será demonstrado oportunamente.

Os enfrentamentos que têm sido realizados pela dogmática penal, acerca dos institutos despenalizadores previstos nas leis penais ora apreciadas, também são sustentados por um emaranhado de crenças, fetiches, valores, justificativas e opiniões costumeiras que são devidamente legitimados pelos discursos produzidos

¹⁷⁸ ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2 ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005. p. 52

¹⁷⁹ COPETTI, Direito penal e estado democrático de direito, p. 21.

¹⁸⁰ SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. *O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no Direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 61.

nos órgãos institucionais, tais como os parlamentos, os tribunais, as escolas de Direito, as associações profissionais e a administração pública. Frise-se que a pasteurização de delitos, iguados tão-somente pela quantidade de pena prevista na legislação, constitui um exemplo desse fenômeno. Isso é o que se pode denominar, na esteira de Warat, de senso comum teórico dos juristas, pois são discursos competentes forjados na própria práxis jurídica.¹⁸¹

Esse senso comum designaria uma espécie de *habitus*, ou seja, um conjunto de condições implícitas de produção, circulação e consumo de verdades nas diferentes práticas da enunciação do Direito. O senso comum teórico não deixa de ser uma significação extraconceitual no interior de um sistema de conceitos, uma ideologia no interior da ciência, uma *dóxa* no interior da episteme.¹⁸²

Nota-se que a separação dos conceitos de suas teorias permite a constituição de um sistema de verdades, o qual não está vinculado a qualquer conteúdo, mas sim, a procedimentos legitimadores e determinantes do consenso social.

Para Warat, metaforicamente, é possível caracterizar o senso comum teórico como a “voz off do direito”, como uma caravana de ecos legitimadores de um conjunto de crenças, aos quais se pode dispensar um maior aprofundamento das condições e das relações que tais crenças mitificam.¹⁸³

Com efeito, a dogmática jurídica tem a pretensão de analisar e estudar o Direito vigente sem a emissão de juízos de valor, visando unicamente a demonstrar a estrutura lógica inerente ao sistema, acreditando na possibilidade de produzir um conhecimento neutralizado ideologicamente e desvinculado de toda a preocupação, seja de ordem sociológica, antropológica, econômica ou política.¹⁸⁴

Com a pretensão de erigir o Direito à categoria de ciência, Kelsen elaborou um metadiscurso sobre um discurso objeto, chamado de teoria pura do Direito, propondo garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito, excluindo desse conhecimento tudo o que não pertencesse ao seu objeto, ou seja, a norma jurídica.

¹⁸¹ STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 69.

¹⁸² WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. In: WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. v. II. Florianópolis: Fundação Boitex, 2004. p. 30.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 32.

¹⁸⁴ COPETTI, *Direito penal e estado democrático de direito*, p. 23.

Desse modo, o autor criou categorias específicas para falar do fenômeno jurídico. Essa teoria teria a pretensão de libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe fossem estranhos.¹⁸⁵

Na ciência do Direito Penal, as normas são o objeto; a lógica é o método, e a sua primeira tarefa consiste no puro estudo técnico-jurídico da legislação penal; na consideração do delito e da sanção como generalizações conceituais, na sistematização das prescrições individuais da lei, chegando até os conceitos fundamentais e os princípios básicos; na apresentação, na parte especial, das diversas infrações e diferentes sanções e, na parte geral, do conceito de delito e sanção em geral.¹⁸⁶

Em outras palavras, a dogmática penal seria uma construção teórica objetiva e rigorosa do Direito Penal vigente, sem qualquer indagação sobre sua instância ideológica e política, uma ciência dedicada ao estudo exclusivo das normas legais, do Direito positivo.

Warat ilustra muito bem esse pensamento, afirmando o seguinte:

*La dogmática jurídica requiere un trabajo de lógica y de técnica jurídica, por cuyo intermedio se realizarían operaciones de análisis y síntesis, de deducción y de inducción, que darían como resultado una serie de conceptos y principios, mediante los cuales se lograría una clara interpretación de las reglas legales integrantes del derecho positivo. Esta tarea constructiva es llamada método técnico-jurídico o lógico-abstrato, considerado por la dogmática jurídica, como el único método posible en el estudio de la ciencia jurídica.*¹⁸⁷

Tal método dogmático, segundo o autor, é aplicado por etapas: a primeira consiste na conceitualização dos textos legais, em que as leis validamente ditadas e vigentes seriam interpretadas mediante o método denominado exegético. Assim, a dogmática simplesmente reproduziria e explicaria o conteúdo do Direito vigente, cuja

¹⁸⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 01.

¹⁸⁶ PEREIRA DE ANDRADE, *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*, p. 93.

¹⁸⁷ WARAT, *Saber crítico e senso comum teórico dos juristas*, p 154.

legitimação e justificação não são questionadas. Como se percebem, esses conceitos são forjados a partir do Direito positivado e poderiam estabelecer um conteúdo exato para a lei, ou seja, uma categoria estável, indiscutível e fechada.

A segunda etapa ocorre com a fixação dos dogmas jurídicos, ou seja, dos princípios que são obtidos a partir dos conceitos jurídicos extraídos dos textos legais. Trata-se da criação de uma diretriz teórica, isto é, um vetor lógico que ordenaria todo o funcionamento dos conjuntos das normas vigentes para qualquer situação jurídica, a socialização dos valores sociais e jurídicos. A simples alteração ou substituição de um princípio no processo de interpretação permite obter modos indiretos de redefinição das palavras da lei.

Por fim, a terceira etapa do método dogmático se caracteriza pela sistematização, ou seja, pela construção de uma disciplina específica, objeto de conhecimento em um sistema, no qual se confere validade científica a uma ciência cujo conteúdo é limitado exclusivamente pela lei.

Como consequência da adoção desses métodos, pode-se afirmar que o discurso dogmático está completamente distanciado da realidade, enclausurado nos limites e insuficiências de uma especulação epistemológica reducionista, não se podendo aceitar o Direito como um simples sistema fechado, independente e imune a qualquer interação social.

Veja-se que a Dogmática Jurídica tornou-se um meio para se atribuir segurança às relações sociais através da aplicação do famoso método dedutivo. A idéia mais marcante sugere que a lei de caráter universal e abstrato contemplaria todas as singularidades e particularidades, bastando ao intérprete imparcial, pelo uso do procedimento lógico-formal, simplesmente, subsumir a vontade da lei ao caso concreto. É de se ressaltar que a tarefa do intérprete é considerada meramente declaratória, ficando objetivamente vinculada àquele enunciado legal e abstrato, que, em tese, contém a verdade e a correta e adequada solução para os casos concretos. Assim, a lei é vista por intermédio de uma idéia abstrata, cujo sentido objetivamente considerado seria capaz de fornecer a solução aos mais diversos casos concretos.

Para Lucas, os reflexos dessa visão metodológica do Direito estão por toda a teoria e prática jurídica, em que a interpretação é simplificada pela adoção de

procedimentos que, em tese, garantem a objetividade e a segurança do trabalho jurídico. Veja-se que essa assertiva é corroborada pelo aparecimento de procedimentos e métodos de interpretação cada vez mais específicos, como se fosse possível falar em várias hermenêuticas: a constitucional, a tributária, a penal, a administrativa, a civil e, até mesmo, a de direitos fundamentais.¹⁸⁸

Cumprе salientar que essa concepção inverte totalmente a ordem de qualquer interpretação, bem como a importância dos diplomas legais, especialmente a Constituição, pois se pensa que devem os princípios constitucionais suprir as lacunas legais, assumindo, portanto, uma posição de mera acessoriedade no ordenamento jurídico.

Outrossim, o jurista tradicional, completamente inserido nesse *habitus*, não se dá conta dessas contradições do sistema jurídico e da dogmática jurídica que o instrumentaliza, pois elas não aparecem aos olhos do jurista, uma vez que há um processo de justificação da coerência de seu próprio discurso.¹⁸⁹

Nota-se que o processo de fundamentação do discurso objetiva negar qualquer ideologia, uma vez que os fenômenos sociais são analisados como abstrações jurídicas, definidos em termos jurídicos e juridicamente interpretáveis e decidíveis, ocorrendo o que se pode chamar de objetificação ou coisificação das relações jurídicas.

Aliás, no entendimento de Souza, a dogmática – que é a expressão da atual forma de conhecimento do Direito – foi conduzida pela crescente estratificação social, a cada vez mais aumentar o seu grau de abstração.¹⁹⁰ A partir da norma posta, que não pode ser discutida sob o prisma axiológico, desenvolve-se uma série de recursos visando ao controle do comportamento social.

Esse deslocamento discursivo – por categorias - é próprio do sentido comum teórico dos juristas, que produz os *standards* a serem utilizados pela comunidade

¹⁸⁸ LUCAS, Douglas Cezar. Hermenêutica filosófica e os limites do acontecer do direito numa cultura jurídica aprisionada pelo procedimentalismo metodológico. In: *Olhares hermenêuticos sobre o direito: em busca de sentido para os caminhos do jurista*. Ijuí: Editora Unijuí, 2006. p. 31.

¹⁸⁹ STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 73.

¹⁹⁰ SOUZA, *O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no Direito*, p. 68.

jurídica resultando em uma interpretação totalmente alienada, distorcida e afastada da realidade das relações sociais.¹⁹¹

Numa sociedade dividida em classes, o Direito Penal estará protegendo relações sociais ou interesses escolhidos pela classe dominante, ainda que, graças ao processo de abstração, aparente certa universalidade, afirmando-se uma suposta neutralidade do discurso.

Nesse sentido, é possível ilustrar o problema a partir da análise da Lei 9.714/98, que alterou o artigo 44¹⁹² do Código Penal, trazendo as primeiras disposições das denominadas penas alternativas. Essa disposição legal implementou uma outra forma de despenalização que, na prática, consiste na substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. Com a alteração, foram ampliadas as possibilidades de substituição de pena, alcançando os crimes, cuja pena, concretizada na sentença, não ultrapasse quatro anos.

Veja-se que os intérpretes são induzidos a pensar que tal medida poderia beneficiar as classes sociais mais atingidas pelo sistema penal – os pobres – porém, tal lei acabou por encobrir uma série de crimes fiscais e de colarinho branco, isto é, a maioria dos crimes cometidos com maior requinte pelas classes que detêm o poder, numa equiparação nem sempre justa, pois as penas nesses crimes, em sua maioria, geralmente não ultrapassam quatro anos. A violência simbólica e, sobretudo, danosa, haja vista os resultados perniciosos dessas condutas violadoras de bens jurídicos tão importantes, foi completamente desconsiderada, favorecendo, de forma clara, aqueles que detêm o poder.

Diante disso, essa classificação dos delitos pela quantidade de pena, tal como também ocorre nos Juizados Especiais Criminais, não provém de uma neutralidade do legislador e, muito menos, de uma pretensa racionalidade. Esse trabalho é seletivo, ou seja, opta-se por conceder um maior ou menor castigo a

¹⁹¹ STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 76

¹⁹² BRASIL. Código Penal. Artigo 44. As penas restritivas de direito são autônomas e substituem as penas privativas de liberdade, quando: I – aplicada a pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III - A culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

determinados tipos de delitos, reservando-lhes determinados benefícios vinculados aos interesses de determinadas camadas sociais.

E é justamente isso que ocorre quando foram introduzidas as leis criadoras dos Juizados Especiais Criminais, especialmente, quando se estabelece o conceito do que seja delito de menor potencial ofensivo.

Os sentidos carreados, moldados e sugeridos pelos conceitos introduzidos nas Leis 9.099/95 e 10.259/02 funcionam como uma versão teórica, ajustada às crenças e a representações de determinados interesses devidamente legitimados pelas instituições estatais através da lei e de seus discursos legitimadores. Isso porque, se utilizou, como critério de aferição do que seja delito de menor ou médio potencial ofensivo, o montante de pena previsto na norma incriminadora.

É de se questionar: será mesmo possível o estabelecimento do conceito de crime de menor potencial ofensivo, levando-se em consideração tão-somente a sanção privativa de liberdade prevista no tipo penal? A teoria do bem jurídico, de cariz constitucional, estabelece limites ou orientações na elaboração dos conceitos legais, vinculando o legislador quando da criação das leis, especialmente aquelas de caráter criminal?

Nessa cultura jurídica aprisionada pela dogmática, a linguagem é reduzida a um instrumento de sistematização de conceitos e enunciados jurídicos que servirão, no processo de interpretação, única e exclusivamente, para viabilizar a comunicação formal entre os operadores jurídicos.¹⁹³ Em outras palavras, a linguagem é entendida apenas como um meio de ligação, ou seja, como algo que se coloca entre o sujeito que interpreta e o objeto interpretado.

Isso, sem dúvida, reduz as perspectivas especulativas, haja vista a necessidade de consideração de um procedimento metodológico que, no caso, está devidamente previsto em lei. Afinal, só serão aplicáveis os institutos em caso de idêntica correspondência – método indutivo-comparativo-subsuntivo - do conceito de delito de menor e médio potencial ofensivo e a sanção penal definida no texto que dá os contornos da conduta típica e proibida.

¹⁹³ LUCAS, *Hermenêutica filosófica e os limites do acontecer do direito numa cultura jurídica aprisionada pelo procedimentalismo metodológico*, p. 25.

3.1.1. A objetificação do conceito de delito de menor potencial ofensivo pela sua vinculação à cominação abstrata da pena

Quando do advento da Lei 9.099/95, que instituiu no âmbito dos Estados, os Juizados Especiais Criminais, o tratamento jurídico dado às contravenções penais e aos delitos a que a lei não cominasse pena superior a 1 (um) ano, também denominados de “delitos de menor potencial ofensivo” foi modificado, vez que a mencionada Lei, em seus artigos 61 e 72, permitiu a possibilidade de o Ministério Público, pelo Promotor de Justiça, dispor sobre a ação penal, ou seja, sobre a própria oportunidade e conveniência da persecução penal, mediante um acordo com o autor do fato. Essa espécie de conciliação foi denominada de transação penal.

Por sua vez, a Lei 10.259/02 que instituiu os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal ampliou mais ainda o conceito de “infração de menor potencial ofensivo”, dispondo, em seu artigo 2º, § único, que serão consideradas, para os efeitos dessa Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos ou multa. Outrossim, permitiu o alcance dos efeitos dessa lei, inclusive, aos crimes subordinados a procedimentos especiais.

Como se observa, o critério utilizado pelo legislador ordinário para a aferição do que seja “delito de menor potencial ofensivo” foi somente a quantidade de pena máxima prevista no preceito secundário da norma penal, sem levar em conta o vetor apontado pela Constituição Federal, isto é, o bem jurídico afetado pela prática da conduta proibida. Tal concepção é fortemente fixada e reproduzida pela dogmática penal senão, veja-se:

Ao comentar a Lei 10.259/01, no que pertine aos critérios de aferição da menor potencialidade lesiva de um delito, Gri nover chega à conclusão de que são infrações de menor potencial ofensivo: todas as contravenções penais, todos os delitos punidos com pena de prisão até dois anos, não importando eventual multa cumulativa, além de todas as infrações punidas somente com multa, não interessando o procedimento a que a figura típica esteja subordinada. Além disso, esclarece que as barreiras máximas fixadas na legislação possuem natureza dupla: qualitativa (pena de prisão) e quantitativa (até dois anos). A pena de multa, por ser

menos relevante que a privativa de liberdade, seguiria a sorte dessa que é considerada pena principal.¹⁹⁴ Desse modo, a autora afirma que, quando o tipo penal comina pena de multa cumulativa (prisão de até dois anos e multa), ninguém pode pôr em dúvida que é a pena máxima (prisão de dois anos) que comanda o âmbito de admissibilidade da transação penal. “No tempo da vigência do artigo 61, sempre foi assim e ninguém contestou”.¹⁹⁵

Seguindo a mesma esteira, a opinião de Bitencourt reforça essa idéia, especialmente quando faz uma análise comparativa das leis 9.099/95 e 10.259/01. Salienta o autor que, ao ser publicada a Lei 10.259, logo se formaram duas correntes: a primeira que sustentava um conceito bipartido de infração de menor potencial ofensivo, cujo parâmetro na esfera estadual estava atrelado ao artigo 61 da lei 9.099 – até um ano de pena máxima privativa de liberdade – e de dois anos de pena máxima para aplicação, no âmbito federal, em conformidade com a lei 10.259. Já a segunda corrente negava a duplicidade de conceitos, apregoando uma concepção unitária do que deveria ser entendido por infração de menor potencial ofensivo.¹⁹⁶ Esse entendimento já consagrava a tese pela derrogação do artigo 61 da lei 9.099, quando do advento da lei 10.259. Afinal, essa seria a orientação imposta pelos princípios da igualdade, razoabilidade e, fundamentalmente, por se tratar de lei penal mais favorável.

Convém ressaltar que o referido autor, embora mantenha uma opinião favorável à unificação dos conceitos de infração de menor potencial ofensivo, continua a vinculá-los aos rígidos e cegos critérios estabelecidos pelo legislador, ou seja, a menor potencialidade lesiva é simplesmente auferida pela quantidade de pena cominada ao comportamento proibido prescrito em lei. Veja-se:

¹⁹⁴ GRINOVER et. al., *Juizados Especiais Criminais*: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995, p. 403-404.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 405.

¹⁹⁶ BITENCOURT, *Juizados especiais criminais federais*: análise comparativa das Leis 9.099/95 e 10.259/01, p. 02.

Antes de examinar os conteúdos normativos dos dois diplomas legais objeto da presente desinteligência, convém identificar a essência ou a causa configuradora da lesividade de uma conduta: será sua potencialidade lesiva, a condição das partes, a espécie procedimental ou a natureza da jurisdição?

A resposta a essa indagação parece-nos óbvia, pois integra a própria definição de infração penal: é a intensidade potencial de lesão ao bem jurídico protegido, isto é, a capacidade de produção de danos, a gravidade das possíveis conseqüências que podem ocorrer. Ora, é exatamente essa danosidade de pequena monta – da ação e do resultado – que fundamenta e legitima a definição de uma conduta como de pequeno potencial ofensivo. Deve-se observar, ademais, que o critério adotado pelo legislador para definir a maior ou menor lesividade de uma conduta foi a quantidade de pena privativa de liberdade aplicada, e não a espécie ou natureza do crime.¹⁹⁷

Releva notar que algumas opiniões doutrinárias, simplesmente, ignoram a importância do bem jurídico para mascarar um raciocínio nitidamente voltado à legalidade dos tipos penais, no caso, aos parâmetros fixos de pena cominada.

Cabe registrar ainda, no bojo dessas discussões acerca da aplicabilidade da transação penal e o conceito de infração de menor potencial ofensivo, a opinião de Tourinho Neto que sustenta a possibilidade de estender o conceito de infração de menor potencial ofensivo, levando-se em consideração tão-somente a previsão de multa alternativa à pena de prisão. Para o autor, seria possível afirmar que todo crime punido com multa alternativa à prisão poderia ser considerado de menor potencial ofensivo. Veja-se:

O que se discute é se o crime punido com pena privativa de liberdade acima de dois anos ou com multa – uma ou outra pena – é da competência do Juizado Especial Criminal. Ora, se para o crime estão previstos dois tipos de pena – privativa de liberdade ou multa – e se o legislador dispôs que o crime punido com multa é de menor potencial ofensivo, evidentemente entendeu que, apesar de poder ser punido com pena acima de dois anos, esse mesmo crime pode ser punido tão só com pena de multa, é ele de menor potencial ofensivo. Essa é a melhor interpretação.¹⁹⁸

¹⁹⁷ BITENCOURT, *Juizados especiais criminais federais: análise comparativa das Leis 9.099/95 e 10.259/01*, p. 03.

¹⁹⁸ TOURINHO NETO, Fernando da Costa. *Juizados especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à lei 9099/95*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 407.

Para ilustrar a aplicabilidade da tese acima citada, o autor exemplifica-a fazendo uma observação relativa aos crimes contra a ordem tributária em que há tipos cuja pena cominada é privativa de liberdade e multa e, ainda, os crimes contra a ordem econômica, nos quais há previsão de penas privativas de liberdade ou da multa.¹⁹⁹

Grinover sustenta que os crimes de abuso de autoridade, previstos na Lei 4.898/65, também são, em princípio, de menor potencial ofensivo.²⁰⁰ Embora saliente a gravidade das condutas criminosas elencadas na Lei 4.898/65, que afetam direitos humanos fundamentais como a liberdade e a propriedade do domicílio, a autora entende que, pelo fato de a Lei 10.259/01 não ter ressalvado sua aplicação aos crimes subordinados a procedimentos especiais, esses também estariam abarcados pelo conceito de menor potencial ofensivo. Para a autora, caberia ao juiz analisar, em cada caso concreto, a suficiência da medida despenalizadora, uma vez que o sistema punitivo previsto para delitos de abuso de autoridade, embora seja especial, não é inflexível.

Com base nos requisitos previstos em lei que possibilitam o oferecimento da proposta de transação penal, aliada à má técnica legislativa utilizada para a definição dos crimes de menor potencial ofensivo, surgem várias discussões no âmbito doutrinário e jurisprudencial, especialmente, se, na sanção máxima cominada, concorressem causas de aumento ou de diminuição de pena.

Para resolver a questão, a doutrina de Santos sugere a elaboração de projeções matemáticas, considerando a pena máxima *in abstracto* e os respectivos percentuais de aumento e de diminuição previstos em lei. Para o autor,

¹⁹⁹ TOURINHO NETO, *Juizados especiais estaduais cíveis e criminais*: comentários à lei 9099/95, p. 408.

²⁰⁰ GRINOVER et. al., *Juizados Especiais Criminais*: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995, p. 407-408.

[...] há que se aquilatar, sempre, o injusto *in concreto* implementado pelo atuado. Diz-se isso, por vezes, pode-se estar diante de um crime, que a princípio, não admitiria a transação. Todavia, se concorrerem uma ou mais causas de diminuição de pena, é possível que a sanção máxima *in abstracto* aquiete-se em patamar igual ou inferior a 02 (dois) anos, viabilizando assim, a transação.

O oposto também pode ocorrer, isto é, pode-se estar diante de uma infração cuja reprimenda máxima não seja superior a 2 (dois) anos, e que, por isso, comporte a transação. Contudo, se estiverem presentes causas de aumento de pena, a sanção máxima *in abstracto* para o delito praticado no caso concreto pode ultrapassar tal patamar, inviabilizando a transação.

[...]

A concessão ou não da transação penal tem como referencial a sanção máxima prevista *in abstracto* para o injusto. Assim, havendo causas de diminuição de pena, para se chegar à reprimenda máxima cominada ao delito concretamente praticado, basta reduzir a pena máxima *in abstracto* relativa ao delito pelo mínimo legal inserto na aludida causa de minoração. Concorrendo uma causa de aumento de pena, procede-se ao inverso: majora-se a sanção máxima cominada ao crime pelo máximo previsto na causa de majoração de pena, de sorte a verificar a reprimenda máxima *in abstracto* alusiva ao injusto concretamente cometido.²⁰¹

No mesmo sentido, e considerando que a lei fala em pena máxima cominada, Bitencourt afirma que as majorantes e minorantes deverão incidir na avaliação, devendo-se utilizar, para esse cálculo, os mesmos critérios adotados para verificar a prescrição: quando minorante, operar-se-á com a menor redução prevista e, quando majorante, com o maior aumento.²⁰²

Karan ressalta que é diferente a valoração da infração penal quando operada em uma perspectiva abstrata, deduzindo-se a pena apenas da previsão legal e não de uma avaliação a ser, ao final, feita pelo juiz de acordo com as particularidades do caso concreto como ocorre com as circunstâncias agravantes e atenuantes.²⁰³ Para a autora, tais categorias – atenuantes e agravantes não teriam o condão de modificar o conceito de infração de menor potencial ofensivo.

Nesse mesmo panorama, a autora ainda traz a colação o exemplo do crime de seqüestro, previsto no artigo 148²⁰⁴ do Código Penal, na forma tentada. Tal

²⁰¹ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Transação penal*. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris Ltda, 2006. p. 125.

²⁰² BITENCOURT, *Juizados especiais criminais federais: análise comparativa das Leis 9.099/95 e 10.259/01*, p. 129-130.

²⁰³ KARAN, Maria Lúcia. *Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 64.

²⁰⁴ BRASIL. Código Penal. Artigo 148. Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

infração, em seu tipo básico, comina uma pena máxima de até 3 anos de reclusão. Porém, como a forma tentada é uma categoria que se denomina tipo derivado – que recebe uma modificação decorrente da aplicação do artigo 14, §único,²⁰⁵ do Código Penal – a pena máxima, considerando essa causa modificativa, sofre uma redução substancial, o que tornaria tal conduta um delito de menor potencial ofensivo. Ao final, conclui o seguinte:

Estar-se-á, portanto, diante de infração de menor potencial ofensivo. A pena máxima de dois anos, inferior à prevista para o tipo básico (o tipo consumado de seqüestro), traduzindo o menor conteúdo do injusto revelado pelo tipo derivado (o tipo tentado do seqüestro), mostra-se, dessa perspectiva abstrata, adequada ao marco escolhido pelo legislador de 2001 para definir as infrações de menor potencial ofensivo, sendo essa, pois, a dimensão da ofensividade visualizável nesse tipo derivado de crime.²⁰⁶

O mesmo pensamento acerca dos tipos derivados é compartilhado pela doutrina de Tourinho Neto que admite a possibilidade de trazer alguns crimes para a competência dos Juizados Especiais Criminais, utilizando-se da redução obrigatória nas hipóteses de crime tentado.

No caso de tentativa, como se obtém o máximo de pena? Primeiramente, verifica-se qual a pena máxima cominada ao crime consumado; em seguida, o mínimo de redução, e, assim, temos a pena máxima do crime tentado. Por exemplo: a pena máxima cominada ao crime de violência arbitrária é de três anos – art. 342 do CP – não sendo, pois, da competência do Juizados Especial. Se tentado, a pena pode ser reduzida de um terço (mínimo) a dois terços (máximo) – parágrafo único do artigo 14 do CP. Diminuindo a pena de três anos, pena cominada à violência arbitrária, de um terço, teremos: dois anos, máximo da pena da tentativa desse crime. Competência, pois, do Juizado Especial.²⁰⁷

²⁰⁵ BRASIL. Código Penal. Artigo. 14, §único. Salo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

²⁰⁶ KARAN, *Juizados especiais criminais*: a concretização antecipada do poder de punir, p. 65.

²⁰⁷ TOURINHO NETO, *Juizados especiais estaduais cíveis e criminais*: comentários à lei 9099/95, p. 418.

É oportuno ressaltar que toda essa abstração fica ainda mais complexa ao se tratar de concurso de crimes. Assim, se majorada ao máximo a pena decorrente do concurso formal ou crime continuado, resultar numa pena projetada superior a 2 (dois) anos, pode-se afirmar que inviabilizada restará a transação penal.

Nesse diapasão, a orientação de Giacomolli aponta que essas causas especiais afetam os parâmetros mínimos e máximos da cominação abstrata, razão pela qual incidem sobre o máximo da pena cominada para estabelecer se a infração pode ser considerada de menor potencial ofensivo. Entretanto, pensa o referido autor que se deve fazer o cálculo da forma que mais favoreça o indiciado, ou seja, aumentando a pena em grau mínimo e diminuindo-a em grau máximo, haja vista que não haveria elementos para se determinar o *quantum* de aumento e diminuição, o que demandaria dilação probatória.²⁰⁸

Outra, porém, é a solução adotada por Grinover na qual o acréscimo decorrente do concurso formal ou da continuidade não deveria ser considerado para fins de caracterização do crime de pequeno potencial ofensivo, mas somente o tempo de pena previsto para cada delito isoladamente, aplicando-se por analogia, na falta de disposição expressa, o artigo 119²⁰⁹ do Código Penal.²¹⁰

Veja-se que todo o raciocínio desenvolvido pelos autores classifica uma série de condutas, absolutamente diferentes entre si, a partir de um mesmo conceito universal, abstraindo a realidade e abdicando de sua verdadeira importância no contexto social quando da aplicação dos institutos despenalizadores.

Como se vê, o grau de censura e reprovação da conduta proibida é medido exclusivamente pela quantidade de pena prevista na norma penal. Cria-se, com isso, um número cada vez maior de hipóteses e abstrações generalizantes para tentar resolver o problema do enquadramento formal do comportamento criminoso ao conceito de infração de menor potencial ofensivo, para o fim de possibilitar ou não a aplicação do instituto da transação penal. Assim, conforme a orientação da doutrina tradicional, o que importa para a aferição do significado da expressão “crime de menor potencial ofensivo” é a quantidade de pena cominada no texto legal e não a qualidade do delito, fazendo-se sempre projeções com determinadas categorias de

²⁰⁸ GIACOMOLI, *Juizados Especiais Criminais*: Lei 9.099/95, p. 43-44.

²⁰⁹ BRASIL. Código Penal. Artigo 119. No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente.

²¹⁰ GRINOVER et. al., *Juizados Especiais Criminais*: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995, p. 79.

pena a fim de alcançar a pena permitida para a realização dos enquadramentos formais ao conceito de infração de menor potencial ofensivo.

Enfim, as construções teóricas acima expostas criam conceitos objetificantes, que negam qualquer possibilidade de concretização aplicativa de um senso histórico comum daquilo que pode ser entendido como delito de menor potencial ofensivo. Isso faz com que se esqueça do ser, impedindo o acontecer histórico e concreto do fenômeno jurídico.

3.1.2. Os entraves metafísicos sobre o conceito de delito de médio potencial ofensivo pela sua estrita vinculação à cominação abstrata de pena

A legislação despenalizadora determinou, no artigo 89 da Lei 9.099/95, como primeiro requisito objetivo para a concessão da suspensão condicional do processo, que o crime imputado ao agente tenha uma pena mínima cominada em abstrato igual ou inferior a 1 (um) ano.

Na doutrina tradicional, além da pena mínima cominada em abstrato ser o marco fundamental para a análise da suspensão condicional do processo, há um engessamento de toda e qualquer compreensão sobre o cometimento do fato criminoso. Isso porque toda a avaliação jurídica do crime está condicionada à verificação da sanção mínima cominada em abstrato, além de outras circunstâncias que poderiam autorizar um aumento ou diminuição da pena cominada.

Nota-se que a suspensão do processo aproxima-se muito daquilo que se pode denominar conformidade processual, pois os reflexos da aceitação da proposta ministerial atingem o processo, mas não a ponto de modificar a pretensão punitiva estatal, o *ius puniendi*, que continua intocável, pois não se transige sobre a conformidade penal, a não ser quando decretada a extinção da punibilidade pelo cumprimento do acordo.²¹¹

²¹¹ GRINOVER et. al., *Juizados Especiais Criminais*: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995, p. 254.

Como se pode perceber, a mesma categorização utilizada para auferir os crimes de menor potencial ofensivo – quantidade de pena - é utilizada para saber que delitos podem ser denominados de médio potencial ofensivo. A diferença, aliás, está justamente no parâmetro a ser avaliado. Ao invés de verificar a quantidade máxima de pena prevista no preceito secundário da norma penal incriminadora, utiliza-se a pena mínima cominada para a análise da viabilidade de eventual proposta despenalizadora, no caso, a suspensão condicional do processo.

Novamente, o discurso doutrinário reacende a importância da apreciação de eventuais circunstâncias devidamente descritas em lei que podem aumentar ou diminuir a pena. Todavia, o critério utilizado é totalmente legalista, lógico, matemático e subsuntivo, uma vez que necessita das categorias de pena prescritas em lei para aferição do que se entende acerca da média potencialidade lesiva de um comportamento.

As primeiras dúvidas acerca da aplicabilidade do instituto da suspensão do processo surgiram a partir da ocorrência de hipóteses de concurso de crimes, seja material, formal ou ainda, nos casos de continuidade delitiva. Os aumentos daí decorrentes deveriam ou não ser levados em consideração no momento da análise da viabilidade da proposta de suspensão condicional do processo?

De pronto, surgiram duas correntes. A primeira, procurou levar em consideração a gravidade do crime praticado. Nesse sentido, o que ganharia destaque no momento da análise da viabilidade da proposta seria a importância da conduta praticada e não, simplesmente, a pena cominada. Outrossim, a pena mínima cominada de apenas 1 (um) ano já estaria a indicar a parca lesividade do crime praticado. Assim, nas hipóteses de concurso de crimes, o aumento relativo ao concurso não deveria ser levado em conta na apreciação da viabilidade da concessão do benefício despenalizador. Cada pena deveria, pois, ser considerada isoladamente.

Com efeito, o fundamento basilar dessa corrente indica a possibilidade de interpretação analógica com a questão da prescrição, resolvida pela consideração

de cada uma das penas, isoladamente, em conformidade ao artigo 119 do Código Penal. Chama atenção a súmula 497 do STF²¹² que ratifica esses argumentos.

O Ministro Sepúlveda Pertence compartilha dessa opinião afirmando em julgamento no Supremo Tribunal Federal o seguinte:

A suspensão condicional do processo é uma solução muito mais radical e benéfica que a fórmula intermediária do *probation* do direito americano, cujo deferimento ocorre entre a condenação e a definição da pena. Com isso, o legislador buscou evitar os inúmeros inconvenientes do processo, além do estigma, da distância no tempo entre o fato delituoso e a resposta penal e a economia do sistema judicial que, ultimamente anda bastante congestionado pela vultuosidade de processos. Conseqüentemente, a condenação e suas conseqüências igualmente deletérias para a vida futura do acusado serão evitadas, dando-se uma excelente oportunidade de integração social ao acusado. Desse modo, o que ganha relevo na abordagem do instituto da suspensão condicional do processo é a menor gravidade dos crimes, revelada pela quantidade de pena mínima cominada que não poderá ultrapassar um ano.

[...] De tudo, ainda que não seja perfeita a analogia entre suspensão condicional do processo e prescrição, é patente, a meu ver, que são figuras mais próximas entre si, do que em relação ao *sursis*.²¹³

Consigne-se o entendimento de parcela da doutrina que sustenta a viabilidade da análise dos requisitos da suspensão do processo em que os delitos deveriam ser considerados de forma isolada, desprezando-se qualquer aumento, inclusive aqueles decorrentes do concurso de crimes ou de outras causas de aumento de pena.²¹⁴

Essa mesma idéia também é compartilhada pelo pensamento de Karan, que afirma o seguinte:

²¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 497. Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação.

²¹³ _____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 77242-9-SP. Tribunal Pleno. Relator Min. Moreira Alves. Voto de vista do Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em 18/03/1999. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Data de acesso: 28 de maio de 2007.

²¹⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Juizados especiais federais, seus reflexos nos juizados estaduais e outros estudos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 29.

Se na pluralidade de tipos legais de crimes, houver algum para o qual foi prevista pena mínima superior a um ano, não sendo pois, a infração penal eventualmente ali configurada suscetível de ensejar a suspensão condicional do processo em que deduzida pretensão punitiva fundada em sua alegada prática, tal circunstância em nada estaria a afetar a medida de médio potencial ofensivo das demais infrações alegadas, que, isoladamente consideradas, como devem ser, continuam a apresentar o potencial ofensivo identificado como médio, dado pela pena mínima igual ou inferior a um ano.²¹⁵

Por outro lado, nem seria preciso dizer que a outra corrente se filiou em um entendimento diverso, partindo de uma premissa objetiva, legalista e baseada nas categorias de pena, na qual se procuraram projetar no discurso inúmeras considerações sobre as premissas que deveriam ser consideradas no cálculo da pena em abstrato.

Frise-se que a universalização e a abstração dos conceitos tomam conta de todo pensamento da doutrina que tenta explicar a aplicabilidade dos institutos despenalizadores. Outrossim, é de tal profundidade a criação de categorias e critérios metodológicos para a aferição do que seja delito de médio potencial ofensivo que os autores chegam a projetar uma espécie de sistema paralelo de aplicação de pena, considerando as categorias em abstrato. Aliás, dentre as categorizações possíveis, escolhem-se apenas algumas – aquelas que podem ser consideradas objetivamente na lei - afinal, não se está aplicando, efetivamente, uma pena propriamente dita, mas projetando-se uma possibilidade de pena.

Nesse sentido, no que tange à tentativa e a outras causas de aumento ou diminuição de pena, diferentemente do que ocorre com as circunstâncias agravantes e atenuantes, essas deveriam ser levadas em conta no cálculo da pena em abstrato cominada para o efeito de admitir ou não a suspensão do processo.

Este entendimento é compartilhado por Grinover que afirma o seguinte:

²¹⁵ KARAN, *Juizados especiais criminais*: a concretização antecipada do poder de punir, p. 164.

Particularmente no que diz respeito à tentativa, na primeira edição deste livro sustentamos a opinião de que a diminuição abstrata cabível seria a mínima (de um terço), tudo como se passa na prescrição em abstrato. Melhor refletindo sobre a questão segue-se agora o ponto de vista oposto, isto é, a diminuição em abstrato deve ser regida pelo redutor máximo (de dois terços).²¹⁶

Para a autora, vários seriam os motivos para se desconsiderarem as agravantes e atenuantes no cálculo da pena em abstrato para o efeito de admitir ou não a aplicação do instituto da suspensão condicional do processo. O primeiro deles seria porque isso já não ocorre quando da contagem do prazo prescricional. Por outro lado, a incidência da agravante ou atenuante dependeria da análise concreta do suposto fato típico o que demandaria análise probatória, incompatível com o instituto. E, por fim, o aumento ou a diminuição decorrente dessas circunstâncias legais não é fixo, variando de acordo com cada julgador.²¹⁷

Além dessas questões, também já foi objeto de enfrentamento a dúvida se a diminuição decorrente do arrependimento posterior deveria ou não ser levada em consideração na cominação abstrata de pena para efeitos de análise da suspensão condicional do processo. Frise-se que o entendimento majoritário da doutrina se inclina no sentido de considerar, como fundamento do discurso sobre a aplicabilidade do instituto, a pena fixada pelo legislador em abstrato e eventual projeção realizada pelo Ministério Público quando do oferecimento da denúncia.

Para evitar tautologia, a solução declinada pelos Tribunais foi idêntica àquela adotada para a resolução dos conflitos relativos à interpretação dos requisitos da transação penal. Assim, não se enfrentou a questão salutar, ou seja, a verificação da importância da conduta ilícita frente ao dano ao bem jurídico protegido, mas questões essencialmente restritas aos parâmetros rígidos de pena mínima cominada. Nesse sentido, cumpre lembrar que o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 243²¹⁸ determinando que os acréscimos decorrentes do concurso de

²¹⁶ GRINOVER et al., *Juizados especiais criminais: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995*, p. 274.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 274-275.

²¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 243. O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de 1 (um) ano.

crimes ou de causas de aumento de pena fossem considerados para a análise da concessão do benefício da suspensão condicional do processo.

Consolidando o entendimento acima, o Supremo Tribunal Federal ainda criou a Súmula 723²¹⁹, a qual determina a não-concessão da suspensão condicional do processo se o aumento de 1/6 decorrente da prática de crime continuado, ultrapassar o limite de 1 (um) ano estabelecido em lei.

Por outro lado, é importante registrar aqui a crítica formulada por Bitencourt²²⁰ sobre o critério de medida de pena mínima utilizado como parâmetro para a concessão da suspensão do processo:

Parece-nos que a Lei 9.099/95 foi bastante ousada ao fixar como limite para permitir a adoção da suspensão do processo nas infrações penais cujo mínimo da pena cominada não seja superior a um ano. Preocupa-nos pela extensão do seu alcance, podendo abranger, somente para exemplificar, crimes de homicídio culposo, aborto consentido, lesões corporais graves (debilidade permanente, perigo de vida), perigo de contágio de moléstia grave, abandono de incapaz, omissão de socorro, rixa qualificada (com morte), calúnia, difamação, injúria (quando forem públicas condicionadas), furto simples, dano (simples e qualificado), estelionato, falsidade ideológica, corrupção (ativa e passiva), prevaricação, somente para citar alguns dos mais graves. Em uma análise mais rigorosa, chegar-se-á à conclusão de que a maioria dos crimes previstos no código penal terá a possibilidade de permitir a suspensão do processo *ab initio*. Isso, por via inversa, pode representar uma despenalização maciça, que, num exame mais refletido, pode ser preocupante.

A partir daí, verifica-se claramente que o modelo adotado pelo legislador para identificar as condutas que podem receber a aplicação do instituto despenalizador não se coaduna com a principiologia constitucional, que considera como vetor para a tipificação e penalização de condutas o comportamento proibido e a lesão ao bem jurídico protegido.

²¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 723. Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de 1/6 (um sexto) for superior a 1 (um) ano.

²²⁰ BITENCOURT, *Juizados especiais criminais federais: análise comparativa das Leis 9.099/95 e 10.259/01*, p. 142-143.

Cumpra informar que, para a obtenção da suspensão condicional do processo, não se perquire, sequer, sobre a forma de cometimento do crime, ou seja, o modo de agir do agente, a exemplo da regra do artigo 44²²¹ do Código Penal que, quando prescreve os requisitos da substituição de pena, proíbe a concessão do benefício nos crimes cometidos com a utilização de violência ou grave ameaça à pessoa.

Bitencourt lembra que, quando o legislador brasileiro prescreveu o instituto da suspensão condicional do processo vinculou os requisitos para a sua concessão exclusivamente aos patamares mínimos de pena em abstrato, descuidando-se da importância de considerar o modo de execução do delito. Nessa mesma esteira, verifica-se que vários crimes do Código Penal cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, circunstância naturalmente grave, em virtude tão-somente de sua quantidade de pena, admitem a suspensão condicional do processo. E o que é pior: tais delitos, pela forma de execução perversa e grave, não admitem a aplicação do instituto da substituição de pena.²²²

Parece evidente que, se um crime, por sua gravidade devidamente informada pelo *modus operandi* do agente, não admite a substituição de pena que, sabidamente, é um benefício mais penoso ao condenado haja vista a existência de um processo e uma condenação, como conceber a possibilidade de concessão da suspensão condicional do processo em crimes dessa natureza?

Para ilustrar esse paradoxo legal no qual reina a abstração universalizante e a categorização das coisas, o Código Penal brasileiro é pródigo em exemplos como se vê nos artigos 130, §1º; 131; 140, §§2º e 3º, 150, §1º, dentre outros.

Para Bitencourt, a partir de um exame comparativo dos institutos legais - suspensão do processo e substituição de pena - verifica-se que coerência, harmonia e sistematização são conceitos completamente desconhecidos do legislador brasileiro contemporâneo que, pretendendo justificar-se, diariamente aprova uma lei

²²¹ BRASIL, Código Penal. Artigo 44. As penas restritivas de direito são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada a pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; (...).

²²² BITENCOURT, *Juizados especiais criminais federais: análise comparativa das Leis 9.099/95 e 10.259/01*, p. 143-144.

criminal, destruindo, de forma paulatina, o que resta de harmonia e coerência no sistema criminal brasileiro.²²³

Vale dizer que essa contradição na concessão de benefícios maiores como a suspensão do processo para infrações de índole nitidamente grave é mais uma prova da intensa crise por que passa o sistema penal brasileiro. Nela, a sistematização e a coerência interna de seu ordenamento jurídico encontra-se seriamente comprometidas em virtude das desastrosas técnicas legislativas empregadas nas leis supra-referidas.

3.2. Elementos metafísicos do discurso decisório sobre os juizados especiais criminais

A partir de Heidegger, percebe-se que a filosofia não pode pensar as coisas, o ser humano e o mundo da cultura como uma realidade. Nem mesmo pode pensar como coisa a categoria da realidade. Aliás, é essa tal categoria da realidade que leva à coisificação. Isso porque é uma categoria ligada às coisas. No momento em que se criam tais categorias pelo uso de conceitos genéricos, abstratos e com pretensões universalizantes, chega-se a conclusões inautênticas, pois formatadas a partir de uma relação sujeito-objeto. Esse é justamente o equívoco da metafísica, a objetificação.²²⁴

Para demonstrar que até mesmo os discursos decisórios possuem elementos de caráter metafísico, que velam o verdadeiro sentido do enunciado lingüístico, colacionam-se as seguintes ementas de acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul acerca da baixa potencialidade lesiva do crime de abuso de autoridade. Veja-se:

²²³ BITENCOURT, *Juizados especiais criminais federais: análise comparativa das Leis 9.099/95 e 10.259/01*, p. 42.

²²⁴ STEIN, *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*, p. 55-56.

PENAL - PROCESSO PENAL - CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE - INFRAÇÃO PENAL DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO - NORMA PENAL MITIOR - DIREITO INTERTEMPORAL - APELAÇÃO - ANULAÇÃO DO PROCESSO - PROCLAMAÇÃO DA PRESCRIÇÃO. Lei penal posterior que, de qualquer modo, favorece o agente, aplica-se aos fatos anteriores. A transação penal, instituto de direito penal material que tem aplicação antes de instaurada a ação penal, instituído depois de recebida a denúncia, por beneficiar o réu, impõe que o juiz instrutor reveja o processo para permitir sua incidência no caso concreto. Provimento da apelação manifestada pelo réu condenado para o efeito de anular o processo, a partir da denúncia, inclusive. Decorridos mais de dois anos da data do fato, proclama-se a prescrição da pretensão punitiva, face à circunstância do réu ter sido condenado a menos de um ano de detenção pela prática de infração penal de menor potencial ofensivo definida na Lei nº 4.898/65.²²⁵

PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE. LEIS N.º 9099/95 E 10259/01. CONCEITO DE INFRAÇÃO PENAL DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO ART. 20 DA LEI N.º 10259/01. JUIZADO COMUM. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. A lei n.º 10259/01 ampliou o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo anteriormente fixado na Lei n.º 9099/95, estabelecendo que como tal devem ser classificadas as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, competindo aos Juizados Especiais Criminais o processo e julgamento das ações decorrentes de sua prática, a partir de 14-01-02. A última parte do art. 20 da Lei n.º 10259/01 dispõe, apenas, que as ações decorrentes da prática de tais infrações penais, quando da competência da Justiça Federal, devem ser propostos no Juizado Especial Federal mais próximo, sempre que não existirem Varas Federais no lugar do cometimento do fato, restando vedado, naquelas hipóteses, prorrogar-se a competência para o âmbito da Justiça Estadual. Conflito de Competência julgado procedente para proclamar competente o Juizado Especial Criminal para processar e julgar ação penal pelo crime de abuso de autoridade.²²⁶

Nota-se que todo o discurso jurídico acima está fundamentado na íntima vinculação do conceito de infração de menor potencial ofensivo à quantidade de pena prevista no tipo penal, sem qualquer preocupação em relação à relevância do bem jurídico atingido pelo comportamento criminoso num determinado momento histórico.

²²⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Apelação Crime nº 70005936927, Quarta Câmara Criminal. Relator: Vladimir Giacomuzzi, Julgado em 03/04/2003. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Data de acesso: 04 de jul. 2005.

²²⁶ _____. Tribunal de Justiça do RS. Conflito de Competência nº 70006762587. Quarta Câmara Criminal. Relator: Vladimir Giacomuzzi, Julgado em 28/08/2003. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Data de acesso: 04 de jul. 2005.

No primeiro julgado, aplicou-se a lei posterior mais benéfica ao réu, possibilitando a concessão da medida de transação penal. No segundo, declarou-se a competência dos Juizados Especiais Criminais para o julgamento de crime de abuso de autoridade, considerando a quantidade de pena cominada no tipo e o novo conceito de infração de menor potencial ofensivo criado pela Lei 10.259/01.

O Superior Tribunal de Justiça também já fundamentou alguns julgados nessa mesma linha de raciocínio:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ABUSO DE AUTORIDADE. REPRESENTAÇÃO. DESNECESSIDADE. TRANCAMENTO DO INQUÉRITO. APLICAÇÃO DO RITO DA LEI Nº 9.099/95.

I - Em se tratando de crime de abuso de autoridade – Lei nº 4.898/65 - eventual falha na representação, ou mesmo sua falta, não obsta a instauração da ação penal. Isso nos exatos termos do art. 1º da Lei nº 5.249/67, que prevê, expressamente, não existir, quanto aos delitos de que trata, qualquer condição de procedibilidade (Precedentes do STF e do STJ).

II - O trancamento de inquérito, conquanto possível, cabe apenas nas hipóteses excepcionais em que, *prima face*, mostra-se evidente a atipicidade do fato ou a inexistência de autoria por parte do indiciado, não sendo cabível quando há apuração plausível de conduta que, em tese, constitui prática de crime, como ocorreu na espécie (Precedentes).

III - Com o advento da Lei nº 11.313/2006, que modificou a redação do art. 61 da Lei nº 9.099/95 e consolidou entendimento já firmado nesta Corte, "consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa", independentemente de a infração possuir rito especial.

Writ parcialmente concedido.²²⁷

Embora possa parecer que uma das finalidades da transação penal seja impedir o ajuizamento de uma ação condenatória e, conseqüentemente, evitar o constrangimento e a angústia do denunciado ao responder a um processo criminal, existem condutas que afetam bem jurídicos tão importantes que são completamente incompatíveis com o instituto da transação penal, apesar da parca quantidade de pena cominada no tipo penal. Um exemplo claro dessa objetificação dos conceitos pode ser verificado no julgado a seguir transcrito:

²²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 59591/RN – HC nº 2006/0110463-0 - Quinta Turma. Relator Min. Felix Fischer, julgado em 15/08/2006. Disponível em:<www.stj.gov.br>. Data de acesso: 20 de maio de 2007.

CORREIÇÃO PARCIAL. HOMICÍDIO. RIXA QUALIFICADA. CISÃO PROCESSUAL. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. IMPROCEDENTE. CRIMES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. APLICABILIDADE. LEI 10.259/01. BENEFÍCIOS DA LEI 9.099/95. ARTIGO 80 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DECISÃO MANTIDA. (Correição Parcial nº 70005921556, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Walter Jobim Neto, julgado em 07/08/2003).²²⁸

A decisão acima desconsidera completamente a integridade física e a vida das pessoas, que são bens jurídicos da mais alta relevância. Entender que o delito de rixa qualificada pelas lesões corporais graves ou pela morte pode ser considerado crime de menor potencial ofensivo é atentar contra toda a principiologia constitucional e o conjunto de valores consagrados por uma sociedade democrática.

Cumprе ressaltar que o defeito do pensamento metafísico é o fato de pensar o ser humano a partir de conceitos coisificados, imutáveis e estáticos, além do simples estabelecimento de regras e métodos de interpretação, esquecendo-se do ser. Em outras palavras, a metafísica, ao pensar exclusivamente o ente, velou as demais possibilidades do ser, escondendo a verdade.

Como se vê, no texto jurídico que introduziu o conceito de crime de menor potencial ofensivo, houve uma categorização que vela o verdadeiro sentido do ser. Isso força o intérprete a utilizar um método lógico-dedutivo, a partir da conceitualização baseada em uma abstração ligada à pena cominada que, em tese, guarda proporcionalidade com a prática do comportamento descrito como proibido.

Streck, em sua Nova Crítica ao Direito, alerta sobre a utilização de um metacritério para a definição dos comportamentos anti-sociais, pois não se podem estabelecer sentidos universalizantes para simplesmente acoplá-los aos entes. A respeito, diz o autor que:

²²⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Correição Parcial nº 70005921556, Segunda Câmara Criminal. Relator: Walter Jobim Neto. Julgado em 07/08/2003. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Data de acesso: 04 de jul. 2005.

No fundo, um metacrítério ou uma regra que estabeleça a aplicação dos métodos de interpretação insere-se no esquema subsuntivo-dedutivo, com clara inserção no paradigma metafísico-objetificante. Isto porque o processo de subsunção no Direito reproduz metafisicamente a divisão ser-ente, opondo o ser ao ente. As definições jurídicas perfazem os significantes, onde o caso concreto – como gostam de dizer os juristas – é o significado. Nesse aspecto, o pensamento dogmático do direito retoma, de certo modo, o caminho da ontologia clássica, fazendo a subsunção de um significado a um significante, onde o significante é o elemento universal, e o significado é o elemento singular. Com isso, não se separa o significante do objeto. Esse processo subsuntivo ocorre mediante o uso dos assim denominados métodos de interpretação, objetificando os fenômenos.²²⁹

É por essa razão que não se pode ignorar, isto é, desconsiderar a realidade do mundo em que se vive, aceitando passivamente os conceitos gerais que, em algumas hipóteses, justamente por suas características de universalidade e de abstração, sua aplicação fica distorcida e, ao mesmo tempo, distante da realidade.

No que diz respeito à idéia de suspensão condicional do processo, o discurso decisório também considera os conceitos universalizantes prescritos em lei, trabalhando exclusivamente com categorias relacionadas à pena cominada em abstrato. Nesse panorama, apresentam-se os seguintes julgados:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO.

LEI 9.099/1995, ART. 89. INCIDENCIA SOBRE FATOS PRETERITOS E SOBRE PROCESSOS EM CURSO. CALCULO DA PENA. MINORANTE.

I - O art. 89, lei 9.099/1995, que criou o moderno instituto da suspensão condicional do processo, e norma benigna, que deve ter aplicação retroativa, incidindo sobre os fatos anteriores a edição do mencionado diploma legal.

II - Incidindo sobre os processos em curso, deve o juiz, no tocante as denúncias oferecidas antes da lei em tela, provocar a manifestação do ministério público com vistas à proposta de suspensão do feito na primeira oportunidade, mesmo que já encerrada a instrução criminal.

III - Na compreensão da "pena mínima cominada não superior a um ano" para efeito de admissibilidade da suspensão do processo, devem ser consideradas as causas especiais de diminuição de pena, em seu percentual maior, desde que já reconhecidas na peça de acusação (precedente: STJ 6a. Turma, 5746/SP). - "Habeas-Corpus" concedido.²³⁰

²²⁹ STRECK, Jurisdição constitucional e hermenêutica: *uma nova crítica do Direito*, p. 202.

²³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC nº 4780/SP, HC nº 1996/0037499-6 Sexta Turma. Relator: Min. Vicente Leal. Julgado em 24/02/1997. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Data de acesso: 20 de maio 2007.

RECURSO DE HABEAS CORPUS - FURTO QUALIFICADO TENTADO - APLICAÇÃO DO ART. 89, DA LEI N. 9.099/95 - DIMINUIÇÃO APLICÁVEL - PROVIMENTO DO APELO.

1. Tratando-se de norma benéfica, deve-se considerar, nos casos de tentativa, a redução máxima de 2/3, sobre o mínimo da pena cominada ao delito.
2. Em tal circunstâncias, será possível a suspensão do processo, na forma do art. 89, da lei n. 9.099/95, as hipóteses de tentativa de furto qualificado.
3. Recurso provido, devendo os autos retornar ao primeiro grau, para se provocar a manifestação do membro do "parquet" sobre as demais condições para tanto.
4. No caso de recusa, aplicando-se analogicamente o art. 28 do CPP, e de se colher a palavra definitiva da chefia da instituição, que, discordando de seu representante, devera nomear outro membro para a iniciativa da proposta.²³¹

No julgado acima referido, o fundamento principal para autorizar a concessão da suspensão condicional do processo no delito de furto qualificado foi baseado na diminuição máxima de uma das categorias de pena, a tentativa. O resultado disso aplicado à pena do crime alcança exatamente o tempo de 8 meses de reclusão. Tal quantidade de pena subsumida aos parâmetros de pena mínima devidamente prescritos no artigo 89 da Lei 9.099/95 autoriza a suspensão condicional do processo.

Essa tentativa de universalização dos conceitos faz com que muitos intérpretes não se dêem conta dos abismos metafísicos enganadores que velam o sentido das dos textos jurídicos. Em conseqüência, realiza-se apenas um mero raciocínio lógico e subsuntivo para adequar o fato concreto à norma jurídica. A conclusão a que se chega demonstra a criação de interpretações totalmente distorcidas, descontextualizadas e incompatíveis com a realidade.

Veja-se que não se pretende afirmar que o benefício da suspensão condicional do processo não deve ser utilizado nos delitos de furto qualificado cometidos na forma tentada. Pelo contrário. Ocorre que o problema é a utilização dos mesmos métodos de interpretação para deferir esse mesmo benefício a delitos muito mais graves cometidos na forma tentada, como por exemplo, o crime de tentativa de aborto praticado por terceiro sem o consentimento da gestante, tipificado no artigo 125; o crime de abuso de incapazes previsto no artigo 173, além

²³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC nº 5720/SP. Sexta Turma. Relator: Min. Anselmo Santiago. Julgado em 02/06/1997. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Data de acesso: 20 de maio 2007.

do crime de receptação qualificada do artigo 180, §1º e o tráfico internacional de pessoas do artigo 231, todos do Código Penal.

De outra parte, já foi vedada a concessão do benefício despenalizador simplesmente realizando o cálculo da pena projetada. Essa é a idéia do julgado a seguir transcrito:

CRIMINAL. RESP. ESTELIONATO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. CONCURSO DE CRIMES. CONSIDERAÇÃO DO AUMENTO MÍNIMO. MÍNIMO EXIGIDO ULTRAPASSADO. SÚM. 243/STJ. LEI 10.259/01. REQUISITOS PARA A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO QUE PERMANECEM INALTERADOS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I – A suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95, é inaplicável aos crimes cometidos em concurso material, formal, ou em continuidade, quando a soma das penas mínimas cominadas a cada crime, a consideração do aumento mínimo de 1/6, ou o cômputo da majorante do crime continuado, conforme o caso, ultrapassar o quantum de 01 ano. Incidência da Súmula. nº 243/STJ.

II – O instituto da suspensão condicional do processo não sofreu qualquer alteração com o advento da Lei nº 10.259/01, sendo permitido apenas para os crimes que tenham pena mínima não superior a 01 ano.

III – Não se perquire a respeito do menor potencial ofensivo da infração – o que só é exigido para a transação penal – instituto diverso.

IV – Acórdão impugnado que deve ser cassado, restabelecendo-se a decisão de 1º grau de jurisdição.

IV - Recurso conhecido e provido, nos termos do voto do relator.²³²

O argumento utilizado acima também já indeferiu a suspensão condicional do processo no caso de uma diretora de uma escola pública que forneceu a alguns funcionários (faxineiras e merendeiras) carteiras estudantis para aquisição de passagens com preço reduzido.²³³ Nesse caso, o crime imputado de falsidade ideológica, cuja pena mínima é de 1 (um) ano, agregado à causa de aumento da continuidade delitiva e à sua condição de funcionária pública, fez com que a pena mínima superasse a quantidade de pena permitida na legislação para a concessão do benefício. Assim, embora visível a mínima lesividade da conduta que beirava a

²³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 316216/SP. Quinta Turma. Relator: Min. Gilson Dipp. Julgado em 18/02/2003. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Data de acesso: 20 de maio 2007.

²³³ BRASIL. 2ª Vara Criminal de Passo Fundo. Processo nº 021/205.0003743-6.

insignificância, os patamares fixos de pena persistiram para fundamentar a negativa de concessão do benefício.

De forma diversa, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já determinou a concessão da suspensão condicional do processo, abstendo-se de considerar uma causa de aumento de pena:

HABEAS-CORPUS. DELITOS DE ESTELIONATO (ART. 171, § 3º, DO CP) E USO DE DOCUMENTO FALSO (ART. 304 DO CP). SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. Quando o falso serve de crime meio para a prática de estelionato, sem mais potencialidade, é por este absorvido. Inteligência da Súmula n. 17 do STJ. Para os fins de admissibilidade da suspensão condicional do processo deve se levar em conta, para definir a pena mínima do crime, as causas de aumento e diminuição da pena. Ordem concedida, por maioria, para que seja oferecida à paciente, a proposta de suspensão do processo, nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/95.²³⁴

A partir desse julgado, pode-se começar a afirmar que essa postura vinculada a um fundamento último começou a ceder, especialmente, em face da percepção de que é necessário e imprescindível se atribuir sentido às coisas. As coisas não são em si, mas somente na medida em que são compreendidas e interpretadas. É por isso que Heidegger insistiu tanto no fato da interpretação derivar da condição histórica de ser no mundo, na sua multiplicidade de intérpretes e sentidos.

Stein observa que a história da metafísica é marcada por princípios que são denominados epocais e que refletem os fenômenos de determinada época, tais como a idéia de Platão, a substância de Aristóteles, a teologia na Idade Média, a subjetividade em Kant e Hegel e a vontade de poder em Nietzsche. Tais princípios epocais limitam as opções paradigmáticas. O princípio epocal do século 20, segundo Heidegger, é a técnica, pois ela tira o homem do mundo, imperando o princípio da objetificação do *Gestell*, do dispositivo.²³⁵

²³⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Habeas Corpus nº 70005181128, Sexta Câmara Criminal. Relator: Alfredo Foerster. Julgado em 14/11/2002. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Data de acesso: 21 de maio de 2007.

²³⁵ STEIN, *Diferença e metafísica*. ensaios sobre a desconstrução, p. 64-65.

Uma observação final refere-se ao fato de ser comum, hoje em dia, a aplicação de técnicas para realizar a interpretação das coisas do mundo, especialmente, no campo jurídico. E o emprego dessas técnicas podem velar o verdadeiro sentido do ser e da interpretação dos textos quando da análise dos casos concretos.

4. A COMPREENSÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS A PARTIR DOS APORTES DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

Neste capítulo, pretende-se esboçar um caminho de possibilidades para alcançar uma adequada interpretação dos textos jurídicos, especialmente aqueles referidos nas leis dos Juizados Especiais Criminais.

O pensamento dogmático, com seus conceitos e métodos de interpretação, apresenta-se inadequado e incapaz de encontrar soluções para alguns conflitos sociais da atualidade. Deve-se, nesse sentido, sustentar uma postura crítica que coloque em dúvida as respostas supostamente corretas que são apontadas pelo paradigma de dominação vigente.

Por esse viés caminha a hermenêutica filosófica, pois não pode haver uma pretensão de totalidade de interpretação. A interpretação tem caráter existencial, pois sempre está inserida num contexto em que se situa o intérprete, com suas tradições culturais e históricas que moldam a sua compreensão.

De início, será apontado o vetor de sentido de toda e qualquer interpretação no campo jurídico: os princípios fundamentais descritos na Constituição da República. Em seguida, será feita uma abordagem sobre uma das principais categorias gadamerianas: a *applicatio* e as suas contribuições na interpretação do Direito.

Além disso, a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica, pretende-se demonstrar o desvelamento de uma outra faceta do princípio da proporcionalidade: além da proibição de excesso, a proibição da proteção deficiente.

Ao final, ver-se-á o princípio da proporcionalidade como critério de definição conceitual dos delitos de menor e médio portencial ofensivo, permitindo-se uma interpretação adequada dos institutos legais voltada para a realidade de cada caso concreto.

4.1. O vetor de sentido para interpretação hermenêutica no Direito: a Constituição Federal da República

Antes de iniciar a abordagem específica sobre as implicações da hermenêutica filosófica no contexto dos Juizados Especiais Criminais, é importante apontar algumas considerações sobre a interpretação dos textos jurídicos no cenário de um Estado Democrático de Direito.

É de se ter presente que no Direito existe uma especificidade, uma peculiaridade no momento de se realizar qualquer interpretação de um texto jurídico do ordenamento vigente. Trata-se da relevante circunstância de que a interpretação de um texto só tem validade se estiver em conformidade com um texto de validade superior, que no caso, é a Constituição Federal que deve ser entendida como a condição de possibilidade hermenêutica para a compreensão de outro texto.²³⁶

A partir da consideração de que a Constituição tem um papel dirigente e compromissório, ela apresenta uma série de diretrizes vinculantes para a sociedade e para do Estado. Veja-se que a Constituição é a constituidora da República Federativa do Brasil, sendo instituída pelo Estado Democrático de Direito, trazendo consigo várias conseqüências no campo da formulação, da interpretação e, especialmente, na aplicação das leis penais.

Com os pressupostos da hermenêutica filosófica será possível tornar visível o fenômeno Constitucional, deixando-o vir à presença, ao contrário da dogmática jurídica, que vê a Constituição como uma mera ferramenta jurídica a ser confirmada ou não pela técnica interpretativa (método). Esse processo é, por muitos denominada hermenêutica constitucional. Assim, é imprescindível des-objetificar a Constituição. E isso somente será possível superando-se o paradigma metafísico que ainda predomina o imaginário dos juristas.²³⁷

Cumprе salientar que a atividade interpretativa apresenta papel fundamental nesse cenário, pois deve respeitar os princípios basilares do Estado Democrático de Direito e aqueles princípios de Direito Penal constitucional implícitos, encontrando

²³⁶ STRECK, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*: uma nova crítica do Direito, p. 179.

²³⁷ *Ibid.*, p. 210-211.

elementos suficientes e necessários ao controle da atividade legislativa, executiva e judicial, principalmente se exorbitarem os direitos e as garantias ofertadas ao indivíduo. Nessa senda, Coelho entende que:

A tarefa interpretativa, de atribuição de significado ao conteúdo da norma, é tanto mais essencial ao direito penal quando se tem em vista a preservação do âmbito de liberdades e prerrogativas do indivíduo. Ou seja, o trabalho do hermenêuta nesta área há de se pautar por princípios garantistas que, na verdade, devem, num momento anterior, dirigir-se à atividade do próprio legislador.²³⁸

É de se destacar o papel fundante-constituidor da Constituição Federal, entendida como estatuto fundamental do Estado Democrático de Direito, em que são estabelecidos os mecanismos de dominação legal-racional como forma de controle e direcionamento da sociedade. Merece atenção o aspecto da Constituição entendida como norma diretiva fundamental, como norma que dirige os poderes públicos e assegura os valores constitucionais, condicionando os indivíduos e o próprio Estado. Sobre o tema, Canotilho sugere o seguinte:

[...] a indispensabilidade de as leis serem feitas pelo *órgão*, terem a *forma* e seguirem o *procedimento* nos termos constitucionalmente fixados. Sob o ponto de vista *orgânico, formal e procedimental*, as leis não podem contrariar o princípio da constitucionalidade. A constituição é, além disso, um *parâmetro material intrínseco* dos actos legislativos, motivo pelo qual só serão válidas as leis materialmente conformes com a constituição. A proeminência ou supremacia da constituição manifesta-se, em terceiro lugar, na *proibição de leis de alteração constitucional*, salvo as leis de revisão elaboradas nos termos previstos pela própria Constituição [...].²³⁹

E mais: deve haver limites para a produção jurídica legislativa, não somente em relação às formas, mas também em relação ao conteúdo das leis. O legislador

²³⁸ COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 109.

²³⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 246.

não tem liberdade de conformação, estando vinculado substancialmente aos dispositivos constitucionais. Com os progressos do constitucionalismo, hoje já se permite afirmar a construção e a efetivação de um sistema de garantias que assegure o cumprimento dos direitos fundamentais. É bom lembrar que a Constituição escrita, além de possuir a função de impedir um governo autoritário, instaurando um governo limitado, também deve garantir os direitos dos cidadãos, impedindo que o Estado venha a violá-los. Assim, a Constituição deve ser rígida e inflexível, no sentido de que suas normas não podem ser modificadas nem interpretadas pelo poder legislativo ordinário.²⁴⁰

Aliás, “o espaço social em que exsurge o sentido da Constituição é condição de possibilidade da instauração das relações simbólicas de poder que envolvem a construção desse sentido”.²⁴¹ Isso quer dizer que no processo de formação da lei, o legislador não mais se submete unicamente às regras procedimentais sobre a sua criação (vigência), mas também está envolvido num processo de necessária submissão ao conteúdo material decorrente da Constituição (validade).²⁴²

O Direito contemporâneo, quando elabora leis e outros atos normativos, programa ainda os seus conteúdos substanciais, vinculando-os normativamente aos princípios e valores inscritos nas Constituições, mediante técnicas de garantias. O garantismo, assim, deve ser entendido como uma técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos, podendo ser considerado o traço mais característico, estrutural e substancial da democracia.²⁴³

Logo, percebe-se a importância da função integradora, sistemática e de orientação que os princípios exercem na esfera penal, motivo pelo qual não se pode abdicar de estudar as leis, sejam aquelas de conteúdo despenalizador como também aquelas de conteúdo incriminador sem considerar o estudo desses princípios. Aliás, são esses princípios que determinarão as diretrizes para uma correta e adequada interpretação dos textos jurídicos.

²⁴⁰ STRECK, *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*, p. 97-98.

²⁴¹ _____. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS. et al. (orgs.) *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Programa de pós-graduação em direito da Unisinos: mestrado e doutorado/orgs. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 169.

²⁴² FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005. p. 33.

²⁴³ STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri: símbolos e rituais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 22-23.

Lima de Carvalho sustenta que o Direito Penal não pode ficar arraigado a uma dogmática fechada sem se arejar através de uma nova ótica interpretativa voltada aos princípios constitucionais.²⁴⁴ Nas palavras da autora:

Sendo a Constituição a expressão dos princípios fundamentais que inspiram o ordenamento jurídico, nela se encontra inserida a concepção do direito que deverá informar toda a legislação subjacente. O conteúdo da Constituição, expressão concentrada do direito existente em uma determinada ordem social, deve ser levado em conta pelas demais normas do sistema jurídico. Assim, voltando ao Direito Penal, em sua relação com a Constituição se verifica quando se depreende que a essência do delito se alicerça em uma infração ao direito, e o conceito do que é direito tem de ser deduzido do que se encontra concentrado como tal, como idéia de justiça, expresso no ordenamento constitucional.²⁴⁵

Dessas breves considerações, conclui-se que existe um fio condutor que limita tanto a atuação do legislador, que deverá legislar conforme a Constituição, como a do Juiz, que deverá aplicar as leis infraconstitucionais de acordo com a principiologia constitucional, entendida em seu conteúdo material. Por isso, a necessidade de uma filtragem constitucional das normas anteriores à Constituição e também daquelas editadas posteriormente, incluindo-se aí, as que ainda serão criadas.

Veja-se que se parte da premissa de que todas as normas da Constituição têm eficácia. Nesse sentido, elas devem comandar a atividade do legislador, especialmente quando buscam alcançar os objetivos do constituinte. No Direito Penal, esse comando determina que o estabelecimento de crimes e penas não pode ser um ato discricionário, voluntarista ou produto de cabalas. O manejo do Direito Penal deve estar subordinado à materialidade da Constituição, fazendo com que as criminalizações e descriminalizações estejam ligadas aos propósitos de seu núcleo político.²⁴⁶

²⁴⁴ LIMA DE CARVALHO, Márcia Dometila. *Fundamentação constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. p. 29.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 36-37.

²⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. Os juizados especiais criminais à luz da jurisdição constitucional: a filtragem hermenêutica a partir da aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto. In *Direitos*

Nessa mesma linha de pensamento, Feldens leciona que:

À evidência, tais vinculações alcançam forçosamente o legislador penal, quer seja quando se proponha ao estabelecimento de condutas delituosas e ao incremento de sanções, quer seja quando procure afastá-las ou amenizá-las: em ambas as situações, ver-se-á contingenciado por um rol de direitos e garantias, individuais e sociais, e por um programa constitucional delineado por princípios, fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito, todos conformadores não apenas da atuação do Poder Legislativo, mas também do Poder Judiciário, a quem compete, em última análise, fazê-los observados, no legítimo exercício da jurisdição constitucional penal.²⁴⁷

Para Palazzo, quanto mais se manifesta possível a formulação rigorosa e específica de um catálogo de bens jurídicos constitucionalmente individuados como objetos da tutela penal, maior será a influência da Constituição no sistema penal e na política criminal do ordenamento.²⁴⁸

A consequência lógica desse raciocínio é que a jurisdição não pode ser vista em termos essencialmente legalistas. Isso faz com que o Direito Penal deva direcionar os seus instrumentos para o combate aos crimes que impedem a realização dos objetivos constitucionais do Estado, para a proteção dos direitos fundamentais, especialmente a dignidade da pessoa humana e para os bens jurídicos transindividuais, tais como o meio ambiente, as relações de consumo e a ordem tributária.

Dito isso, fica evidente que existe uma obrigação estatal, seja de criminalizar ou descriminalizar que está atrelada à materialidade da Constituição, ou seja, aos valores culturais ali descritos. Logo, a liberdade de conformação do legislador penal não é absoluta, mas relativa, pois não lhe é lícito editar leis que não sejam compatíveis com os valores prescritos na ordem constitucional.

sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. Tomo 2. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, p. 466.

²⁴⁷ FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005. p. 36.

²⁴⁸ PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989. p.84.

Esse entendimento também é sustentado por Streck e Feldens nos seguintes termos:

[...] Mais que um limite, deveremos entender a Constituição como um fundamento da pena e do Direito Penal, verificando hipóteses em que a criminalização de determinadas condutas demonstra-se constitucionalmente requerida e, por conseguinte, até que ponto a despenalização seria constitucionalmente legítima.²⁴⁹

No que tange às leis dos Juizados Especiais Criminais, o rol de condutas que sofrem a incidência de seus efeitos também deve estar condizente com os valores delineados na Constituição, sem desatender, no entanto, a hierarquia de bens jurídicos e os valores constitucionais atribuídos a esses interesses e bens de dimensões individuais, transindividuais e coletivas.

No que tange ao bem jurídico, entendido como um pré-dado relativo à norma penal, ele deverá ser moldado a partir dos valores e bens constitucionais impostos pelo paradigma do Estado Democrático de Direito, cujas orientações político-criminais servirão de amparo para uma nova definição dos bens a serem protegidos pela lei penal e, conseqüentemente, quais condutas devam ser proibidas, descriminalizadas ou despenalizadas de acordo com a hierarquia desses valores.

Nota-se que a errônea compreensão na relação entre delito, bem jurídico e Constituição pode levar à banalização do Direito Penal, pois, no caso dos Juizados Especiais, não se pode desconsiderar uma gama de comportamentos nocivos à convivência social, rotulando-se uma série de condutas como de menor potencial ofensivo, por simplesmente a lei utilizar um critério quantitativo de pena para atribuir um sentido ao texto legal.

Ante essa problemática, percebe-se que também é equivocado o pensamento daqueles que sustentam que a norma deve ser interpretada conforme a vontade do legislador ou a vontade da lei:

²⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 30-31.

É inexorável, pois, que a interpretação conforme a Constituição será um procedimento corretivo da lei, exurgindo uma nova norma de um determinado texto (repita-se, a norma é sempre resultado da interpretação de um texto). Com isso, fica sem sentido a alusão a qualquer intenção do legislador ou a uma fictícia vontade da lei.²⁵⁰

Conforme o citado autor, Friedrich Müller já dizia que “a norma é sempre produto da interpretação de um texto e que a norma não está contida no texto”. Isso decorre da fenomenologia hermenêutica que sustenta a diferença ontológica. Não há texto isolado da norma, pois ele já aparece na sua norma, produto da atribuição de sentido do intérprete. Isso não significa que não existam limites ao processo interpretativo, pois a hermenêutica não autoriza atribuições arbitrárias ou segundo a vontade do agente. O próprio constitucionalismo coloca freios à discricionariedade própria do positivismo-normativista.²⁵¹

O texto constitucional deve ser entendido em sua materialidade, de acordo com um determinado horizonte de sentido, no caso, o Estado Democrático de Direito, que servirá de base para toda a interpretação jurídica. Qualquer texto somente é válido se estiver em conformidade com a Constituição.

A Constituição, portanto, assume um papel racionalizador no acontecer do Direito, pois é ela o lugar de manifestação do ser no confronto com a sua realidade social, transformando-a, buscando cada vez mais o reconhecimento dos Direitos Fundamentais. Ela é um existencial, funda e constitui a realidade de uma sociedade.

4.2. Da abstração à concreção: a questão da aplicação

De regra, as figuras penais incriminadoras, sejam as previstas na parte especial do Código Penal, sejam aquelas dispostas em Leis Especiais, que definem condutas proibidas, estão agrupadas, topograficamente, conforme a tipologia dos

²⁵⁰ STRECK, *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*, p. 462-463.

²⁵¹ _____. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. p. 166.

bens jurídicos que buscam tutelar. Desse modo, deve-se considerar como ponto de partida para toda e qualquer análise jurídico-penal a relevância do bem jurídico protegido pela norma penal.

É claro que a qualidade que deve ter um comportamento para que possa ser objeto de proteção e punição estatal será sempre um problema central na Ciência do Direito. Porém, deve-se destacar que o Direito Penal possui uma função social que consiste em garantir aos cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem a menor medida a liberdade dos cidadãos.²⁵²

Convém lembrar a análise dos parâmetros constitucionais democráticos do bem jurídico penal defendida por Copetti, na qual se pode perceber que o vetor de sentido das políticas públicas no âmbito penal aponta para a redução da violência e o respeito à dignidade da pessoa humana:

O objetivo imediato de qualquer política penal em nosso País deve estar direcionado para a realização dos dois núcleos fundamentais que compõem o nosso Estado Democrático de Direito: o liberal e o social, bastante desfigurados pela atuação do sistema penal, conforme antes demonstrado. Nesse sentido, deve direcionar-se para a redução do número de mortes, de violência e de ilegalidades com que atua o sistema penal e permitir a geração de espaços de emancipação e de realização de cidadania pela reconstrução de vínculos comunitários de solidariedade.²⁵³

Hoje em dia, não se pode mais ficar vinculado às concepções antigas sobre o bem jurídico penal, ou seja, a associação de uma pena criminal a um ato tido como penalmente lesivo a Deus ou a normas éticas ou divinas. Tampouco se pode aceitar a concepção que sustenta que o bem jurídico corresponde a um direito subjetivo, uma afronta ao ordenamento jurídico e ao Estado.

²⁵² ROXIN, Claus. *A proteção dos bens jurídicos como função do Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 11-16.

²⁵³ COPETTI, André Leonardo. Os Direitos Humanos como fundamento epistemológico das reformas penais no Estado Democrático de Direito. In: *Criminalidade moderna e reformas penais*. Estudos em homenagem ao Prof. Luiz Luisi. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 128-129.

Com Sbardelotto, é possível afirmar que a abordagem clássica do conceito de bem jurídico na história do Direito Penal brasileiro limitou-se a uma apreciação formal, meramente definidora, que procura diferenciar o bem jurídico da categoria de outros bens, ressaltando a sua relevância para a constituição dos tipos penais e como fator fundante das penas. Aliás, a tônica conceitual do bem jurídico está vinculada a condutas que lesam interesses ou juízos de valor extraídos de uma teoria da danosidade social refletindo os interesses predominantes de uma determinada sociedade.²⁵⁴

É justamente a partir da concepção de Estado Democrático de Direito que deve ser formulada uma nova concepção de bem jurídico que possa estabelecer critérios capazes de limitar a atividade legislativa. O objetivo é redefinir o próprio conceito de delito, considerando a pessoa como entidade preponderante sobre qualquer outra²⁵⁵, dentro de uma ótica de estabelecimento da igualdade material ou substancial. A partir daí, selecionam-se somente as condutas que realmente impeçam a implementação dos direitos sociais e dos objetivos da República.

Ocorre, porém, que, em algumas hipóteses, especialmente aquelas em que é necessário interpretar as debatidas leis criadoras dos Juizados Especiais Criminais, há uma total desconsideração a toda essa principiologia constitucional-penal. Afinal, essa isonomia às avessas, irreal e leviana faz operar na consciência das pessoas, o que hoje se denomina banalização do Direito Penal.

Nesse sentido, Streck faz um alerta, ressaltando as graves conseqüências dessas categorizações:

²⁵⁴ SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Direito penal no estado democrático de direito: Perspectivas (re)legitimadoras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 116.

²⁵⁵ COPETTI, Os Direitos Humanos como fundamento epistemológico das reformas penais no Estado Democrático de Direito, p. 133.

Não é aceitável, nem tampouco válido, que uma penada legislativa equipare bens culturalmente tão diversos dentro de uma solução que, provavelmente, face ao quadro de descrédito geral da população em relação ao sistema penal e aos poderes públicos, venha suscetibilizar, ainda mais, o sentimento de reconhecimento dos indivíduos como pertencentes a uma comunidade de Direito. O Direito Penal também tem essa função de, mediante a proteção de determinados bens, gerar esse sentimento de reconhecimento. E não vacilo em afirmar que a possibilidade de transação estendida a bens jurídicos tão diversos, através de uma artificial isonomia legal, lentamente irá corromper alguns valores de relevante importância dentro do nosso pacto social e jurídico.²⁵⁶

Isso significa que, na medida em que se modifica, de forma direta, o tratamento dado a determinados bens jurídicos, ampliando, de maneira desmedida, a adoção de mecanismos despenalizadores (transação, suspensão condicional do processo), especialmente pelo modo de interpretar abstrato de forte inspiração em nossa cultura jurídica, estar-se-á incutindo na mente dos cidadãos, a pouca importância dada pelo Estado àqueles bens. Desse modo, ao invés de mantê-los realmente protegidos, os expõe, ainda que tutelados “penalmente”.

A hermenêutica filosófica pode ser entendida como uma nova tentativa de relegitimar o Direito Penal. Através dela, é possível demonstrar as conseqüências trágicas da utilização de métodos de interpretação e da renúncia do Estado na proteção de bens naturalmente relevantes, além de, ao mesmo tempo, demonstrar a impiedosa força punitiva estatal na imposição de penas severas a comportamentos sem maior importância. Afinal, através de conceitos abstratos e universalizantes, hoje, várias condutas são consideradas “de baixa ou média ofensividade” tão-somente pela sua quantidade de pena prevista no preceito secundário da norma penal.

Essa teoria da interpretação permite visualizar o Direito Penal a partir de significados que antes se encontravam velados pelo discurso produzido pelo senso comum teórico dos juristas. Para isso, propõe-se uma reflexão sobre o processo interpretativo no do ambiente constitucional em que se está inserido, bem como em todas as circunstâncias que o cercam.

²⁵⁶ STRECK, *Os juizados especiais criminais à luz da jurisdição constitucional: a filtragem hermenêutica a partir da aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto*, p. 465.

Nota-se que, em nível ontológico, a relação entre interpretação, compreensão e aplicação é indissociável, eis que a interpretação nada mais é do que o desenvolvimento das possibilidades demarcadas na compreensão. A pré-compreensão diz respeito ao horizonte do sujeito cognoscente, imerso desde sempre em tradições, sendo a interpretação uma atualização cultural, pois a partir desses pré-conceitos que formam e informam o intérprete em contextos históricos definidos, será agregado o conhecimento para outras interpretações.

Streck é enfático ao afirmar que não existe a figura do intérprete imparcial tão propalada no seio da comunidade jurídica. Afinal, toda a interpretação vai depender das condições do modo de ser no mundo desse intérprete. Veja-se:

Essa facticidade e historicidade é o *locus* da pré-compreensão, condição de possibilidade de qualquer interpretação. Dizendo de modo mais simples: só interpreto se compreendo. Só compreendo se tenho a pré-compreensão, que é constituída de uma estrutura prévia (*Vorhabe*), visão prévia (*Vorsicht*) e concepção prévia (*Vorgriff*), que já une todas as partes (textos) do sistema. Como a hermenêutica de matriz gadameriana (que não difere neste sentido da matriz ontológica fundamental) não é um método, mas, sim, filosofia; é a condição de ser-no-mundo do intérprete que vai determinar o sentido. A pergunta pelo sentido do texto é a pergunta pelo modo como esse sentido se dá, qual seja, através do intérprete, inserido na tradição, que compreende esse sentido. Não se interpreta assim, um texto jurídico desvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem (no caso que para o Direito mais interessa, da Constituição).²⁵⁷

O problema da aplicação está presente em toda a compreensão e, certamente constitui o problema central da hermenêutica, especialmente no âmbito do Direito. Gadamer descreve o problema hermenêutico criticando a interpretação dividida por partes sustentada pela hermenêutica clássica nos seguintes termos:

²⁵⁷ STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 212.

O problema hermenêutico se dividia como segue: distingue-se uma *subtilitas intelligendi*, compreensão, de uma *subtilitas explicandi*, a interpretação, e durante o pietismo se acrescentou como terceiro componente a *subtilitas applicandi*, a aplicação (por exemplo, JJ. Rambach). Esses três momentos devem perfazer o modo de realização da compreensão.²⁵⁸

Ademais, esse mesmo autor sustenta que a interpretação não é um ato posterior e ocasional ou complementar à compreensão. Para ele, compreender é sempre interpretar, sendo a interpretação a forma explícita da compreensão. Assim, não se interpreta por partes, mas a interpretação deve ocorrer num único momento, ou seja, na aplicação. Vale dizer que sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete. Não há uma reprodução de sentidos. O trabalho do intérprete nos textos jurídicos não é reproduzir o que o seu autor dizia, ou quis dizer, mas fazer prevalecer uma interpretação coerente com a real situação a que pertence, ou seja, de acordo com o seu modo de ser-no-mundo.

Este entendimento é corroborado por Alflen da Silva que afirma:

Uma interpretação reprodutiva não realiza a tarefa da concreção da lei, porque o intérprete, ao (re)produzir o conteúdo dado pela *mens legis* ou pela *mens legislatoris* passa longe da tarefa mediadora que o intérprete deve desempenhar entre o eu e o tu e, por tal razão, também não aplica.²⁵⁹

Veja-se que a interpretação e a aplicação são indissociáveis, como decorrência da fusão de horizontes, em que o intérprete, situado em seus pressupostos, ao dar-se conta dos mesmos, propicia o aparecimento de outra faceta que o objeto a ser interpretado desvela.

Nessa linha, Gadamer ainda afirma que sempre se compreende de forma diferente. Isso porque o sentido do texto sempre supera o seu autor, veja-se:

²⁵⁸ GADAMER, *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, p. 406.

²⁵⁹ ALFLEN DA SILVA, *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*, p. 312.

Por isso a compreensão nunca é um comportamento meramente reprodutivo, mas também e sempre produtivo. Talvez não seja correto chamar de compreender melhor a esse momento produtivo inerente à compreensão. [...] Na verdade, compreender não é compreender melhor, nem sequer no sentido de possuir um melhor conhecimento sobre a coisa em virtude de conceitos mais claros, nem no sentido da superioridade básica que o consciente possui com relação ao caráter inconsciente da produção. Basta dizer que, quando se logra compreender, compreende-se de um modo diferente.²⁶⁰

Compreender, portanto, é um compreender-se. É aplicar um sentido a uma situação atual e real, o que deixa claro o caráter produtivo de toda interpretação.

Sobre o tema, Silva Filho faz as seguintes considerações:

Quando o operador do Direito se depara com o texto da norma, ele já traz a pergunta que o motivou em direção a ele. Essa pergunta é formada, de modo complexo, abrangendo os conhecimentos dogmáticos que possui previamente, o problema concreto ou fictício que busca resolver e os conhecimentos que possui quanto ao âmbito da norma. No embate desses elementos, o texto da norma será sempre acrescido de uma nova compreensão, abrindo espaço para que algo mais seja dito, propiciando reformulação, reafirmação ou acréscimo.²⁶¹

A dogmática jurídica, mediante conceitos estandardizados e objetificantes, coloca à disposição dos operadores inúmeras definições *a priori* que funcionam como roupagens jurídico-conceituais a serem simplesmente acopladas aos fatos concretos, dispensando-se a interpretação. Afinal, ela está dada, pois a lei assim prevê.

Quando as leis dos Juizados Especiais Criminais estabeleceram os conceitos de crime de menor e médio potencial ofensivo vinculando a lesividade do comportamento à quantidade de pena, foram criadas essas roupagens universalizantes que pretendiam resolver alguns conflitos sociais tidos como de menor relevância. Mas a realidade de alguns casos concretos demonstra que a

²⁶⁰ GADAMER, *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, p. 392.

²⁶¹ SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito*: O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual, p. 101.

simples aplicação dos métodos (conceitos) que dão os contornos das condutas delituosas entendidas como de menor ou média ofensividade pode trazer injustiças.

Convém lembrar com Alflen da Silva, que toda a lei se encontra diante de um hiato entre a generalidade do direito prescrito e a concreção de um caso individual. Isso porque o geral não contém a realidade. A lei é sempre deficiente, necessitando de um constante ajuste para se adequar à realidade humana.²⁶²

É infrutífera a busca da norma perfeita, da norma que contenha, de pronto, a resposta para todos os casos de aplicação. Diante da incindibilidade entre interpretação, compreensão e aplicação, em qualquer ato do agir do homem no mundo estar-se-á aplicando. Para Streck,

A *applicatio* significa um salto para além dos dualismos metafísicos, como essência e aparência, palavra e coisa, texto e norma, etc. A compreensão – que é um existencial – já é *applicatio*, unindo as partes ao todo. Não há uma questão de direito a ser acoplada a uma questão de fato e vice-versa. A atribuição de sentido (*Sinngebung*) dar-se á nessa fusão, nessa síntese hermenêutica.²⁶³

É nesse entendimento que se pode afirmar que o próprio sentido da validade de um texto jurídico tem um caráter ontológico, pois o texto somente será válido se estiver em conformidade com a Constituição. Não há possibilidade de interpretar-se um texto infraconstitucional apartado da Constituição, de forma autônoma e independente, pois os riscos de essa interpretação ser considerada inválida são muito grandes.

A interpretação é, portanto, uma produção de sentido cuja condição de possibilidade é a linguagem que se dá na totalidade do processo de compreensão e aplicação do Direito e não em momentos separados, como sustentado na hermenêutica clássica. Releva notar que o processo interpretativo está marcado pela historicidade, que é um aspecto fundamental que dará os contornos da interpretação

²⁶² ALFLEN DA SILVA, . *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*, p. 302.

²⁶³ STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 216.

dentro de um determinado contexto, evitando-se as posturas objetificantes que ainda defendem o emprego de conceitos e sentidos ahistóricos, absolutos, estáticos e universais.

Repare-se que o texto legal não pode ser entendido de forma fechada e concluída, mas imbricado com a realidade do caso concreto. É esse o enfoque trazido por Silva Filho, *in verbis*:

A essência, pois da *applicatio* no Direito implica uma visão da norma jurídica que não a considere pronta, acabada e autônoma na projeção do texto normativo. Este realiza um papel importante, mas prescinde da sempre necessária atualização diante do problema concreto, da esfera fática que circunda a espécie de situação a ser solucionada e da pré-compreensão que envolve o texto da norma.²⁶⁴

Por conseguinte, cumpre ressaltar que toda interpretação das leis dos Juizados Especiais Criminais deve estar ligada à realidade dos casos concretos e também, especialmente, fundada na descrição dos comportamentos proibidos e na lesão causada aos bens jurídicos protegidos. Evita-se assim, simplesmente a categorização das coisas pelos conceitos formulados de forma abstrata e prescritos nas molduras legais.

Na práxis jurídica, portanto, embora os advogados, o Ministério Público e a Magistratura devam operar a lei, não se pode simplesmente sujeitar-se ao seu conteúdo sem situar-se historicamente num contexto, pois não se pode esquecer que o texto de lei é somente um produto intermediário no processo de comunicação e interpretação.

²⁶⁴ SILVA FILHO, *Hermenêutica filosófica e direito*. O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual, p. 106.

4.3. A dupla face do princípio da proporcionalidade no âmbito penal: a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente

O princípio da proporcionalidade é um princípio constitucional implícito porque, apesar de derivar da Constituição, não consta expressamente delineado na forma de enunciado lingüístico. Nesse sentido, Gomes leciona que:

Embora no texto constitucional brasileiro não esteja expresso o princípio da proporcionalidade em relação ao direito penal, especificamente, diversas disposições relacionadas a outros ramos do ordenamento demonstram a sua presença inequívoca no bojo da Constituição.²⁶⁵

A questão discutida é aquela que diz respeito ao seu fundamento constitucional. Parte da doutrina sustenta que o princípio da proporcionalidade deriva do princípio do Estado de Direito. Outra, afirma que há uma conexão do princípio da proporcionalidade com os direitos fundamentais.²⁶⁶

O certo é que o princípio da proporcionalidade não está expresso no Constituição da República. Contudo, isso não impede que ele seja reconhecido no Direito pátrio, invocando-se, para tanto, o disposto no artigo 5º, §2º, da Constituição, segundo o qual preconiza que os direitos e as garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

O princípio da proporcionalidade pode ser definido como “o vínculo constitucional capaz de limitar os *fins* de um ato estatal e os *meios* eleitos para que

²⁶⁵ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.61-62.

²⁶⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 267.

tal finalidade seja alcançada”.²⁶⁷ Comporta um juízo de ponderação entre os interesses individuais dos cidadãos e os interesses da coletividade, a ser efetuado a partir de uma hierarquia de valores que o legislador deve respeitar.²⁶⁸

Para Schimidt, do princípio da proporcionalidade extraem-se três requisitos essenciais para a sua configuração:

[...] a) *adequação teleológica*: todo ato estatal é praticado com um objetivo, com uma finalidade. A partir do *constitucionalismo*, tal finalidade deixa de ser a eleita exclusivamente pelo governante – como acontecia nos Estados absolutistas - passando a ser a constante nos valores presentes no Ordenamento Máximo. Trata-se, pois, da vedação do arbítrio (*Übermassverbot*); b) *necessidade*: a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja [...] podendo, assim, o princípio da necessidade (*Erforderlichkeit*), ser também chamado de princípio da escolha do meio mais suave (*das Prinzip der Wahl des mildesten Mittels*); c) *proporcionalidade em stricto sensu*. [...] quem se utiliza do princípio, defronta-se com uma obrigação e uma interdição; obrigação de fazer uso dos meios adequados, e interdição quanto ao uso de meios desproporcionados.²⁶⁹

Isso significa que o princípio em estudo caracteriza-se pela adequação dos fins e os meios bem como a situação de fato, visando ao fato de que não haja desproporcionalidade em relação a estes três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Esses três momentos se encontram esquematizados por Canotilho²⁷⁰ quando trata do princípio da proibição de excesso, tido por ele como superconceito, da seguinte maneira: princípio de conformidade ou adequação de meios; princípio da exigibilidade ou da necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Aparentemente, o autor citado trata a proporcionalidade como sinônimo do princípio da proibição de excesso.

²⁶⁷ SCHIMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001. p. 275.

²⁶⁸ GOMES, *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, p.63.

²⁶⁹ SCHIMIDT, op. cit., p. 275-276.

²⁷⁰ CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 269.

Por outro lado, o princípio da proporcionalidade, pensado a partir da hermenêutica filosófica encontra uma nova faceta, constituindo-se em um duplo viés: de proibição de excesso de ingerência do Estado na esfera de liberdade do indivíduo decorrente de um garantismo no sentido negativo (*Übermassverbot*) e de proibição de proteção deficiente numa ótica garantista positiva (*Untermassverbot*). Assim, pode-se ferir o princípio da proporcionalidade tanto no excesso quanto na deficiência do dever de proteção. Nota-se que, a partir do esboço das teorias já aduzidas (hermenêutica filosófica), o Juiz pode concretamente corrigir esses excessos ao aplicar a norma a um contexto prático.

A proibição de excesso do Estado pode significar que determinado ato legislativo possa se revelar incompatível com o resultado do sopesamento entre fins e meios, enquanto a proibição de proteção deficiente pode exsurgir da tutela insuficiente de um direito fundamental por parte de quem possui a missão constitucional de protegê-lo, o Estado.²⁷¹ Em ambos os casos, na hipótese de uma lei afrontar o duplo viés da proporcionalidade, a inconstitucionalidade deve ser declarada.

Com relação à aplicabilidade do princípio da proporcionalidade no âmbito do Direito Penal, é preciso que seus dispositivos estejam em conformidade com os objetivos programáticos constitucionais. Isso significa que a Constituição deve ser compreendida como fundamento da pena e do próprio Direito Penal. A propósito, Streck leciona que:

²⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. In: *Revista da Ajuris* (Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul). v. 32, n. 97 – Porto Alegre: Ajuris, março 2005 (b), p. 180.

[...] é preciso ampliar a visão do direito penal da Constituição na perspectiva de uma polícia integral de proteção dos direitos, o que significa entender o garantismo não somente no sentido negativo como limite do sistema punitivo (proteção contra o Estado), mas, sim, também como garantismo positivo, o que, no dizer de Baratta, aponta para a resposta às necessidades de assegurar a todos os direitos, inclusive os de prestação por parte do Estado (direitos econômicos, sociais e culturais), e não apenas aqueles que podem ser denominados de direitos de prestação de proteção, em particular contra agressões provenientes de comportamentos delitivos de determinadas pessoas.²⁷²

Como se vê, existem determinadas condutas a que a sua criminalização se impõe constitucionalmente como um dever do legislador de criar normas protetoras. Nesses casos, o legislador não possui liberdade de conformação para descriminalizar tais condutas consideradas pela Constituição bens fundamentais, sob pena de violar o princípio da proporcionalidade no viés da proibição de proteção deficiente. Frise-se que “é a Constituição que prescreve as categorias e os princípios basilares do discurso da criminalização”.²⁷³

Se, de um lado, há um limite claramente garantista proveniente do Estado Democrático de Direito; de outro há uma área reservada à coerção estatal ao qual o Estado não pode renunciar. Nessa senda, Sarlet narra que:

O legislador, ao implementar um dever de proteção que lhe foi imposto pela Constituição (especialmente no âmbito dos deveres de proteção), encontra-se vinculado pela proibição de insuficiência, de tal sorte que os níveis de proteção (portanto, as medidas estabelecidas pelo legislador) deveriam ser suficientes para assegurar um padrão mínimo (adequado e eficaz) de proteção constitucional exigido.²⁷⁴

²⁷² STRECK, Lenio Luiz. *Parecer do Ministério Público*. Disponível em: <www.mp.rs.gov.br/hmpage/hmpage/homepage2.nsf/pages/ExecPenLLs>. Data de Acesso: 02 de jul. 2005.

²⁷³ ANDRADE, Manuel da Costa. Constituição e legitimação do direito penal. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (orgs.). *Diálogos constitucionais Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 55.

²⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Bimestral, ano 12, n. 47, março-abril de 2004. p. 99.

Sobre essa questão, Streck, referindo-se à decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha que declarou inconstitucional a descriminalização do aborto, destaca que:

No caso da decisão em questão (BverfGE 88, 203), o legislador havia descriminalizado o aborto e o Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) declarou inconstitucional a lei, pela exata razão de que o legislador ordinário não tem liberdade nem para criminalizar, nem para descriminalizar. Dizendo de outro modo, para retirar a proteção penal – ou processual penal – o Estado – legislador deve provar que o direito penal (ou a norma de processo penal que impõe exigências para alcançar a liberdade) tornou-se desnecessário.²⁷⁵

Dissertando sobre os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional, Mendes assinala que:

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger esses direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros.²⁷⁶

Com efeito, o Estado saltou da posição de “rival” para uma função de guardião dos direitos fundamentais, pois esses direitos não contêm apenas uma proibição de excesso contra a intervenção do Estado (*Übermassverbot*), expressam também um postulado de proteção representado pela proibição de proteção

²⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. In: *Parecer do Ministério Público*. Disponível em: <www.mp.rs.gov.br/hmpage/hmpage/homepage2.nsf/pages/ExecPenLLs>. Data de Acesso: 02 de jul. 2005.

²⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. In: *Revista Jurídica Virtual*. nº 14 – julho/2000. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Ver-14/direitos_fund.htm>. Data de acesso: 02 de jul. 2005.

deficiente (*Üntermassverbot*). Isso representa, nada mais, nada menos, do que uma noção de segurança para a sociedade que se constitui em um dever do Estado.

Ressalte-se que, na esfera de uma proibição de intervenção está a se controlar a legitimidade constitucional de uma intervenção no âmbito de proteção de um direito fundamental. Já, no campo dos imperativos de tutela, cuida-se de uma omissão por parte do Estado em assegurar a proteção de um bem fundamental ou mesmo de uma atuação deficiente/insuficiente para assegurar, de modo minimamente eficaz, essa proteção.²⁷⁷

Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, Mendes destaca que se pode classificar o dever de proteção da seguinte maneira:

- [...] a) Dever de proibição (*Verbotspflicht*), consistente no dever de se proibir uma determinada conduta;
- b) Dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas;
- c) Dever de evitar riscos (*Risikopflicht*), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral, mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção, especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico.²⁷⁸

Diante dessa qualificação, o Tribunal Constitucional da Alemanha reconheceu o direito fundamental à proteção, sob o risco de se lesionar o direito fundamental previsto no artigo 2º, II, da Lei Fundamental daquela Corte.

Não se pode olvidar que o direito à segurança também é um direito fundamental disposto no artigo 5º, *caput*, da Constituição da República, devendo o Estado encarregar-se da reprimenda àqueles que invadirem a esfera jurídica de terceiros. A proteção dos direitos fundamentais não deve ser realizada aquém de

²⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. p. 104.

²⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. In: *Revista Jurídica Virtual*. nº 14 – julho/2000. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Ver-14/direitos_fund.htm>. Data de acesso: 02 de jul. 2005.

certo padrão. Se o Estado não fizer um esforço razoável para resguardar a coletividade de uma agressão criminosa, ele estará violando o princípio da proibição de proteção deficiente.

Não há dúvida, pois, de que as baterias do Direito Penal no Estado Democrático de Direito devem ser direcionadas preferentemente para o combate dos crimes que impedem a concretização dos direitos fundamentais-sociais. Neste ponto, aliás, entendo que é neste espaço que reside até mesmo uma obrigação implícita de criminalização, ao lado dos deveres explícitos de criminalizar constantes no texto constitucional.²⁷⁹

Com o estudo sobre as leis constitucionais, é possível perceber, especialmente na Alemanha, a utilização de uma nova linguagem para expressar o sentido do princípio da proporcionalidade no viés da proibição de proteção deficiente (*Untermaßverbot*). Em outras palavras, isso significa que a proteção dos direitos fundamentais não pode diminuir além de certos limites, devendo ser feito um balanço, ou seja, uma ponderação entre os interesses gerais da comunidade e os interesses individuais dos cidadãos que se quer proteger.

No âmbito da proibição de proteção deficiente, Sarlet exara que “é assegurada uma margem significativamente maior aos órgãos estatais, de modo especial ao legislador, a quem incumbe, em primeira linha, eleger e definir as medidas protetivas”.²⁸⁰

Logo, o princípio da proporcionalidade deve ser utilizado sempre que o legislador ultrapassar os limites de incriminação e/ou da descriminalização e despenalização, predispostos pela Constituição da República, pois se constitui num mandamento constitucional básico ditado para tornar nulas as medidas que vulneram tanto a proibição do excesso quanto a proibição de proteção deficiente.

²⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. p.177.

²⁸⁰ SARLET, Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência, p. 105.

4.4. A proporcionalidade concreta como critério de fixação conceitual e decisório dos institutos despenalizadores nos Juizados Especiais Criminais

Como se pôde observar até o momento, o legislador e o jurista brasileiro, ainda presos ao paradigma metafísico da filosofia da consciência, interpretam a lei a partir de um raciocínio metodológico-dedutivo entendendo que a gravidade ou a lesividade de um crime está totalmente vinculada à classificação dada pela lei como de menor potencial ofensivo. Mas será que essa premissa é verdadeira? As sanções penais prescritas no Código Penal e nas leis especiais guardam a devida proporcionalidade, em outras palavras, são compatíveis com a gravidade da realização do comportamento proibido?

Primeiramente, é de se considerar que o atual Código Penal brasileiro foi instituído em 07 de dezembro do ano de 1941 pelo Decreto-Lei 2848, entrando em vigor no dia 1º de janeiro de 1942. Isso significa que a parte especial desse diploma legal está em vigor há mais de cinquenta anos, embora tenha sofrido algumas reformas pontuais em alguns dispositivos.

Em recente artigo, Carvalho analisa os critérios de definição da tipicidade material e as infrações de menor potencial ofensivo denunciando o fracasso da técnica legislativa utilizada na elaboração das leis despenalizadoras ora comentadas, a partir de uma comparação com a lei definidora dos crimes considerados hediondos, a Lei 8.072/90, veja -se:

Ao definir os delitos hediondos, a Lei 8.072/90 optou pela enumeração taxativa de condutas a partir da gravidade da lesão ou reprovabilidade do fato, elencando em seu art. 1º as seguintes hipóteses: o homicídio qualificado e o praticado em atividade típica de grupo de extermínio, o latrocínio, a estorção qualificada pela morte e aquela praticada mediante seqüestro, o estupro, o atentado violento ao pudor, a epidemia com resultado morte e a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. De forma diferenciada, a Lei 9.099/95 vinculou o conceito de infração de menor potencial ofensivo à pena máxima estabelecida em lei.²⁸¹

²⁸¹ CARVALHO. Salo de. et al. Alexandre Wunderlich. Rogério Maia Garcia. Antônio Marcos Tovo Loureiro. Os critérios de definição da tipicidade material e as infrações de menor potencial ofensivo:

Para o citado autor, essa opção legislativa apenas seria viável no atual sistema de penas - que inclui, além do Código Penal, inúmeras leis extravagantes – se houvesse um respeito aos critérios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade, o que, atualmente, não acontece.

Frise-se que o Direito Penal brasileiro deverá passar por uma filtragem constitucional, notadamente no que tange ao estabelecimento de um novo rol de condutas, extirpando-se aquelas consideradas desnecessárias no âmbito penal, definindo-se novas quantidades de pena para alguns tipos legais como forma de adequar esse ramo do Direito aos valores trazidos pela Constituição.

De outra parte, é de se ressaltar que a utilização desse critério abstrato e universalizante para definir o conceito de crime de menor potencial ofensivo está em total descompasso com a relevância do bem jurídico penal. Viola-se, no caso, o princípio da proporcionalidade em seus paradigmas da proteção deficiente e proibição de excesso, bem como a supremacia da Constituição quando estabelece os deveres de proteção e segurança do indivíduo e da coletividade pelo Estado.

Veja-se, por exemplo, que as infrações como o abuso de autoridade guardam relação com o direito de liberdade, a integridade físico-intelectual e a dignidade da pessoa humana, não podendo ser consideradas, simplesmente, de menor potencial ofensivo.

Da mesma forma, o delito de rixa qualificada não pode ser considerado de menor potencial ofensivo. Isso porque, além da relevância do bem jurídico protegido que diz respeito à pessoa, a perfunctória comparação com as penas previstas para o tipo de lesão corporal grave já aponta no sentido da necessidade de se impor uma tutela penal muito maior para esse tipo de comportamento que é extremamente nocivo à convivência social pacífica.

Por outro lado, existem alguns delitos como a desobediência e o desacato previstos, respectivamente, nos artigos 330 e 331 do Código Penal, que visam a proteger bens jurídicos relacionados com o exercício da autoridade estatal, não podendo ser epitetados de menor potencial ofensivo, sob pena de esquecimento da eficiência e da probidade administrativa. Streck faz uma dura crítica pela inclusão

desses delitos no rol dos *soft crimes*: “a inclusão destes crimes no rol de infrações proto-bagatelares representa confronto com o princípio da eficiência do Estado (artigo 37, caput, da CF), sem mencionar a função do Estado e do Direito enquanto interditos”.²⁸² Na mesma linha, o crime de fraude processual, delineado no artigo 347 do mesmo estatuto legal, também não pode ser considerado quase-bagatela a ponto de admitir uma transação penal.

Além dos delitos acima citados, não se pode esquecer de alguns crimes contra a ordem tributária, definidos no artigo 2º da Lei 8.137/90, que também foram abarcados pelos conceitos trazidos nas leis dos Juizados Especiais Criminais. Considerar tais condutas de pouca lesividade e significância é o mesmo que anular qualquer tentativa de criar uma sociedade justa e igualitária. Afinal, o recolhimento de impostos nada mais é do que um dos caminhos para a efetivação dos direitos sociais e da redução da pobreza e desigualdade.

Como se não bastasse, a maioria dos crimes praticados contra o meio ambiente, devidamente delineados na Lei 9.605/98, sofreram a incidência das leis despenalizadoras, em que foi totalmente desconsiderada a violação desses bens transindividuais importantes, rebaixando-os a uma categoria de bens praticamente de valor insignificante.

É possível citar ainda, uma série de condutas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90, tais como aquelas dos artigos 228, 229, 230, 232, 234, 235, 236 e 244. Aqui, há uma nítida afronta à dignidade das crianças e dos adolescentes, bem como ao núcleo fundamental da Constituição Federal que determina, em seu artigo 227, a absoluta prioridade na proteção de seus direitos.

Nessa esteira, cabe arrolar os crimes de abandono de recém-nascido e subtração de incapazes, previstos, respectivamente, nos artigos 134 e 249 do Código Penal. Ao considerar tais comportamentos como de menor lesividade, o legislador, sem dúvida, violou os artigos 1º, III, e 227 da Constituição Federal.

Na Lei 8.666/93 que estabelece os crimes praticados em licitações e nos contratos da Administração Pública, há um elenco de condutas que também sofreram a incidência das leis despenalizadoras. Trata-se dos artigos 93, 97 e 98 da

²⁸² STRECK, Os juizados especiais criminais à luz da jurisdição constitucional: a filtragem hermenêutica a partir da aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto, p. 502.

citada lei. No caso, é difícil acreditar que tais condutas, apesar da quantidade de pena prevista no preceito secundário da norma penal, possam ser rotuladas de menor potencial ofensivo. Isso porque esses comportamentos ofendem a moralidade administrativa deduzida do artigo 37 da Constituição da República, além de desconsiderar a importância da lisura e honestidade nos procedimentos licitatórios onde se movimentam grandes quantidades de dinheiro público.

Por fim, dentro do título IV, do Código Penal, na parte que trata dos crimes contra a organização do trabalho, percebe-se que a maioria das condutas ali proibidas é considerada de menor potencial ofensivo. Ocorre porém, que merece atenção o artigo 203 do referido diploma que diz respeito à conduta que determina a frustração de direito assegurado por lei trabalhista. Tal tipo penal não pode sofrer apenas uma penalização *soft* haja vista que está atrelado aos direitos sociais previstos na Constituição.

Aliás, para entender a expressão menor potencial ofensivo, basta perguntar, realizando um diálogo com a tradição em cada contexto, sobre a relevância da conduta praticada. A partir da resposta encontrada, será possível des-velar a verdadeira e adequada compreensão desses conceitos. O que não se pode conceber é a simples adequação formal, lógica e subsuntiva da lei ao fato concreto realizada pelo pensamento de cunho dogmático em total desrespeito às normas constitucionais, especialmente à teoria do bem jurídico.

No que tange à aplicação do instituto da suspensão condicional do processo, esse também deve ser realizado à luz dos valores constitucionais e da realidade de cada caso concreto, evitando-se seu oferecimento e concessão quando o comportamento praticado violar bens jurídicos importantes. Por outro lado, seus benefícios devem ser estendidos àquelas condutas de média ou pouca importância que, inobstante a quantidade de pena mínima prevista na lei, possam ser consideradas menos relevantes. Afinal, o que importa é a realidade de cada situação e a reflexão ponderada de valores, bens e interesses no momento em que se fizer Justiça.

Veja-se que pode ser possível a prevalência de um determinado interesse, de uma regra, desde que contextualizada com as circunstâncias do caso concreto. É o que Canotilho explicita para resolver casos de “tensão” entre bens juridicamente protegidos, justificando o seguinte:

Várias razões existem para a viragem metodológica: (1) inexistência de uma ordenação abstracta de bens constitucionais o que torna indispensável uma operação de balanceamento desses bens de modo a obter uma norma de decisão situativa, isto é, uma norma de decisão adaptada às circunstâncias do caso; (2) formatação principial de muitas das normas do direito constitucional (sobretudo das normas consagradoras de direitos fundamentais) o que implica, em caso de colisão, tarefas de concordância, balanceamento, pesagem, ponderação típicas dos modos de solução de conflitos entre princípios (que não se reconduzem, como já se frisou, a alternativas radicais de tudo ou nada; (3) fractura da unidade de valores de uma comunidade que obriga a leituras várias dos conflitos de bens, impondo uma cuidadosa análise dos bens em presença e uma fundamentação rigorosa do balanceamento efetuado para a solução de conflitos.²⁸³

Em uma sociedade altamente complexa e pluralista, o conflito entre princípios, interesses, bens ou valores tutelados pelo ordenamento jurídico é bastante freqüente. E isso impõe aos juristas uma postura mais flexível diante da realidade na avaliação dos casos concretos e na verificação de quais interesses devem prevalecer.

O princípio da proporcionalidade, portanto, não deixa de ser um critério de solução para esses conflitos. Todavia, tal princípio não deve ser entendido apenas como uma mera técnica de solução de conflitos, mas como um indicador que aponta um caminho, dentre as inúmeras possibilidades existentes, na solução de cada particularidade.

²⁸³ CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1237.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o desenvolvimento do trabalho ficou demonstrada a crise de legitimidade por que passa o Direito Penal no Brasil, principalmente pelas incessantes edições de leis pelo poder legislativo, seja para regulamentar novas áreas de atuação, seja para adequar o velho Direito Penal a nova realidade social pretendida pela Constituição da República. Além disso, foi ressaltado o déficit de operacionalidade da máquina estatal, cuja causa se dá, principalmente, em virtude da ampliação desmedida das funções do Direito Penal, não sendo mais possível a esse apresentar soluções adequadas a todos os casos que ocorrem no cotidiano social.

Nessa esteira, verifica-se que a utilização indiscriminada do Direito Penal só tende a fazer com que aumente massivamente a população carcerária, além de desacreditar a sociedade acerca da eficácia preventiva geral das leis penais.

Em outro passo, acrescentaram-se algumas considerações sobre a crise do sistema penal, para o fim de trazer a lume um maior número de informações sobre a realidade do controle social brasileiro. Nessa parte, ficou demonstrado o papel das agências policiais, além de outras da seara executiva, as agências políticas e os movimentos de política criminal, a influência da mídia na formação da consciência ética das pessoas, e ainda, a difícil tarefa das agências penitenciárias em razão das tormentosas experiências relativas à pena de prisão.

No bojo das considerações sobre o funcionamento do sistema penal ganhou relevo a tarefa de algumas agências de criminalização secundária, especialmente as agências policiais e as agências de comunicação que atuam de forma ostensiva sobre a população, determinando-se, inclusive, alguns critérios para seleção de determinadas pessoas que serão alcançadas pelo sistema penal. Nessa linha, a conotação social dos envolvidos e a especificidade de algumas infrações praticadas são marcas indelévels que devem ser consideradas na análise estrutural do sistema penal, ficando claro o papel ideológico de determinadas agências.

De outra parte, a partir de alguns apontamentos acerca dos movimentos de política criminal ficou constatada uma ambigüidade de ideologias que norteiam a

história do Direito Penal brasileiro. Isso porque, por um lado, após a Constituição de 1988, continuaram sendo criadas quantidades significativas de normas penais incriminadoras, ora regulamentando novas condutas, ora agravando penas ou extinguindo determinados benefícios, mas, de outro lado, também se demonstrou a criação de normas descriminalizadoras e despenalizadoras com a finalidade precípua de evitar a aplicação da pena privativa de liberdade.

Essas observações, aqui brevemente abordadas, certamente influenciaram o legislador na elaboração das leis de conteúdo despenalizador, especialmente para evitar a aplicação dramática da pena privativa de liberdade e afastar seus efeitos estigmatizantes. Com efeito, tais medidas têm o intuito de proporcionar o consenso, cuja característica é trazer a vítima para o processo, tentando efetivamente resolver o problema, isto é, promovendo a conciliação antes da repressão.

Ao final da primeira parte do trabalho, procurou-se acentuar a importância dos instrumentos interventivos criados pelas leis dos Juizados Especiais Criminais, trazendo uma idéia geral dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, bem como, de seus requisitos, aplicáveis, respectivamente, aos crimes de menor e médio potencial ofensivo.

No segundo capítulo, a partir das noções fundamentais lançadas sobre a hermenêutica filosófica, pode-se concluir que essa matriz teórica propõe uma ruptura com o paradigma atualmente vigente, ou seja, há uma projeção de um novo olhar sobre as premissas historicistas e objetificadas sustentadas pelo pensamento dogmático.

De início, foram trazidas à colação algumas concepções sobre hermenêutica, pois se trata de um termo desconhecido e bastante confundido pelas pessoas. Nesse sentido, procurou-se identificar algumas formas de utilização da palavra hermenêutica, seja de cunho epistemológico ou ontológico.

Em seguida, frisou-se o papel destacado que ocupa a linguagem no processo de compreensão e interpretação, pois a hermenêutica filosófica concebe a linguagem como condição de possibilidade de acesso ao mundo e seus objetos. É pela linguagem que o homem consegue realizar a compreensão e interpretação, pois, além de prescrever o pensamento humano, é no médium da linguagem que a

tradição adquire sentido, revelando o ser, suas experiências de mundo, podendo, portanto, ser transmitida.

Com os subsídios da hermenêutica filosófica, sobretudo, as noções sobre o círculo hermenêutico, procurou-se acentuar a idéia da existência dos pré-juízos como condição de possibilidade para a compreensão, pois eles norteiam o pensamento humano estando condicionados a um contexto fático no qual o intérprete está inserido.

Nesse contexto, o homem já está sempre imerso em um horizonte histórico que constitui o próprio ser, colocando-se em jogo, quando se interpreta, os pré-conceitos de sua própria situação hermenêutica, afastando-se a idéia ainda impregnada no pensamento jurídico tradicional do intérprete imparcial.

Ademais, também foi ressaltada a importância de se considerar a historicidade da compreensão no processo de interpretação, pois o questionamento sobre o conhecimento histórico é um fator de orientação que evita a arbitrariedade das interpretações. A tradição vai servir de guia ao intérprete. A partir da reflexão sobre a tradição será possível identificar e selecionar os pré-juízos autênticos e inautênticos no processo interpretativo.

Eis aí, a necessidade dos diálogos com outras pessoas e culturas, ocasião em que poderá ocorrer a revisão dos pré-conceitos, no qual, deve ser interrogado o significado da história, corrigindo, atualizando e afastando os pré-juízos inautênticos, para levar o intérprete a uma adequada compreensão e interpretação. Veja-se que todo esse processo ocorre mediante uma conversação, um diálogo, onde os interlocutores devem estar dispostos a acordar, abrindo espaço para acolher o estranho e o adverso.

Com o postulado da diferença ontológica denunciou-se o esquecimento do ser, notadamente quando a dogmática jurídica utiliza conceitos tecnicantes e métodos de interpretação cuja pretensão de universalidade faz com que seja velada a multiplicidade de possibilidades de manifestações do ser. Isso demonstra a gama de sentidos que podem ser atribuídos a um texto, sendo possível desvelar significados outros para os fenômenos sociais, pondo em relevo o caráter produtivo e exclusivo de toda a interpretação.

No âmbito do Direito, as contribuições dessa matriz teórica não mais permitem a simples equiparação entre vigência e validade de um texto legal, pondo em cheque a pretensa imunidade das contaminações valorativas. A norma, portanto, nada mais é do que o produto da atribuição de sentido de um texto.

Além disso, verificou-se também, a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica, que o emprego de técnicas de interpretação não possibilita o intérprete alcançar a verdade. A verdade e o ser estão intimamente relacionados. Desse modo, a verdade somente poderá ser descoberta a partir da análise do modo-de-ser-no-mundo do intérprete, não dependendo de métodos, mas sim, da facticidade, da existência do ser na temporalidade.

De outra parte, procurou-se demonstrar no terceiro capítulo, como as leis despenalizadoras estão sendo interpretadas, dando-se uma ênfase nos discursos sustentados pela dogmática jurídica e pelo senso comum teórico dos juristas, ressaltando os mitos da coerência, unidade e universalidade do ordenamento jurídico.

Nessa esteira, a criação de leis penais cujas qualidades que se destacam são a generalidade e a abstração, certamente geram controvertidas interpretações quando da solução de alguns casos concretos. No caso das leis despenalizadoras, isto não foi diferente. Ficou constatado, pela análise do discurso doutrinário e jurisprudencial, que a forma de interpretar levada a cabo pela dogmática jurídica está intimamente atrelada a dogmas e a conceitos nem sempre condizentes com a realidade.

Cumprе salientar, que na elaboração de várias legislações penais que atualmente regulamentam os comportamentos nocivos à sociedade, o grau de abstração utilizado nos textos pode impedir, em alguns casos, uma leitura coerente. Agregue-se a isso, que no método dogmático, a impossibilidade de discussão da norma sob o prisma axiológico objetifica, aliena e distorce qualquer interpretação vinculada à realidade.

Aliás, na medida em que a sociedade vai se transformando, alguns conceitos prescritos nos textos legais podem e devem mudar, atribuindo-se um sentido diferente ao texto jurídico para se conformar com a realidade de cada

contexto. Logo, é possível concluir também que é um mito a idéia de univocidade significativa da lei, ou seja, que a lei apresenta sempre um único sentido.

Em outras palavras, a interpretação dada às leis despenalizadoras não pode simplesmente ser exaurida pelos conceitos abstratos prescritos em lei, como por exemplo, as categorias de menor e médio potencial ofensivo, pois nem todas as situações fáticas podem receber essa capa de sentido.

Dentro desse entendimento, é possível denunciar que os princípios da legalidade penal e processual não mais garantem a racionalidade do poder punitivo, pois o paradigma dogmático impõe uma visão reprodutora de uma postura notadamente formalista.

Em função disso, benefícios como a transação penal e a suspensão condicional do processo não podem ser concedidos em todas as hipóteses onde se subsumem tais conceitualizações, pois existem bens jurídicos de toda a ordem – individuais e coletivos – cuja importância não pode ser descartada por simples rotulações legais, no caso, critérios quantitativos de pena cominada.

Aliás, no caso do instituto da suspensão condicional do processo, embora o contínuo uso de algumas categorizações e, dependendo da gravidade da conduta praticada, devidamente verificada caso a caso, tal benefício poderia ser estendido em algumas hipóteses, inobstante a quantidade de pena mínima cominada.

Em síntese, deve-se abandonar algumas concepções restritivas para contemporizar sentidos que sejam adequados a realidade ser. É exatamente nesse ponto que uma das categorias gadamerianas ganha destaque: a *applicatio*. Em outras palavras, não se interpreta por partes. A compreensão, a interpretação e a aplicação ocorrem em um único momento. O pensamento que faz a adequação de um texto ao fato concreto produz um sentido exclusivo. É por essa razão que, na interpretação, não há uma reprodução de sentidos, mas a atribuição de um novo sentido adequada a situação vivida. Isso decorre da fusão de horizontes e explica a possibilidade de se compreender e interpretar de forma diferente.

É por isso que foram criticados os métodos de interpretação, pois esses podem conduzir à interpretações inadequadas às situações postas em julgamento. A lei muitas vezes deficiente deve receber ajustes para se adequar a realidade humana.

Nesse panorama, o princípio da proporcionalidade assume uma função de balizador de sentidos na interpretação dos textos jurídicos. Aliás, a partir de uma leitura de cunho hermenêutico ele adquire uma outra faceta: além da proibição do excesso, a proibição da proteção deficiente. Isso significa que o Estado tem o dever de intervir em prol da consecução dos direitos fundamentais, especialmente na proteção da dignidade da pessoa humana, não podendo renunciar a proteção de determinados bens jurídicos de importância fundamental na construção de uma sociedade mais justa.

Como foi demonstrado, a partir da exposição de julgados e de artigos doutrinários, não é possível considerar, simplesmente, a norma posta sem fazer uma reflexão valorativa, questionando, dentro de cada contexto, qual o bem jurídico que foi colocado em jogo pela prática da conduta proibida.

De outra parte, o Estado, de característica democrática e social, deve assumir uma postura interventiva positiva, isto é, garantindo à sociedade a proteção de direitos sociais, inclusive no âmbito penal, especialmente quando o comportamento do agente ofender direitos e interesses coletivos de maior significado.

De outra parte, o Poder Legislativo, em consonância com a idéia de uma Constituição programática e dirigente, tem a sua liberdade de conformação limitada, devendo ficar adstrito ao texto constitucional, que no âmbito penal, traz consigo a importância da teoria do bem jurídico e o conceito material de crime.

A partir dos valores constitucionais, além da verificação da gravidade do comportamento praticado, bem como do bem jurídico protegido pela norma incriminadora é que pode ser dado um sentido adequado às leis despenalizadoras, aplicando seus institutos aos casos que realmente se conformem com os bens, interesses e valores que se pretende tutelar.

O adequado entendimento acerca do verdadeiro significado da Constituição Federal brasileira é sobejamente importante para a realização de toda e qualquer interpretação dos textos jurídicos. Isso porque, ela deve ser o vetor que direcionará os sentidos autênticos dos textos legais.

A facticidade e o modo-prático-de-ser-no-mundo que comandam a atividade compreensiva e interpretativa são características inerentes da hermenêutica de

Heidegger e Gadamer, e o Direito entendido como saber prático deve buscar condições de concretizar os direitos constitucionais evitando decisionismos e outras arbitrariedades interpretativas.

Por fim, o importante é que, no processo de compreensão, deve-se deixar de abstrair a situação concreta, ficando atento para não ser enganado com conceitos e categorizações que velam o verdadeiro sentido do ser. Assim, considerando sempre o caso concreto, será possível alcançar a interpretação correta dos textos jurídicos compatível com o sentido adequado ao contexto histórico-relacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFLEN DA SILVA, Kelly Susane. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2000.

ANDRADE, Manuel da Costa. Constituição e legitimação do direito penal. In: *Diálogos constitucionais Brasil/Portugal*. NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

AZEVEDO, Rodrigo Ghringhelli de. Conciliar ou punir? Dilemas do controle penal na época contemporânea. In: *Diálogos sobre a justiça dialogal: Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002.

BIANCHINI, Alice e ANDRADE, Leo Rosa de. Inoperatividade do direito penal e flexibilização de garantias. In: *Direito Penal: aspectos jurídicos controvertidos*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.

BITENCOURT, César Roberto. *Novas penas alternativas: análise político-criminal das alterações da Lei nº 9.714/98*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Juizados especiais criminais federais: análise comparativa das Leis 9.099/95 e 10.259/01*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Tradução de Maria Giorgina Segurado. Rio de Janeiro: Edições 70, 1980.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CARVALHO, Salo de. Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In: *Diálogos sobre a justiça dialogal: Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

_____. *Penas e garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2003.

_____. et all. Alexandre Wunderlich. Rogério Maia Garcia. Antônio Marcos Tovo Loureiro. Os critérios de definição da tipicidade material e as infrações de menor potencial ofensivo: crítica jurisprudencial e comentários à luz da Lei 11.313/06. In *Revista Jurídica*. Ano 54, n 346 – agosto de 2006. Porto Alegre: Notadez

CARVALHO, Marcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

COPETTI, André Leonardo. Por uma (neo)filosofia constitucional no direito penal: uma exigência fenomenológica do Estado Democrático de Direito brasileiro. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. v. 1. n. 2. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

_____. *Direito penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. Os Direitos Humanos como fundamento epistemológico das reformas penais no Estado Democrático de Direito. In: *Criminalidade moderna e reformas penais. Estudos em homenagem ao Prof. Luiz Luisi*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

CORREA JUNIOR, Alceu. e SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Penas alternativas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CRESPO, Eduardo Demétrio. Do direito penal liberal ao direito penal do inimigo. In: *Direito Penal: Aspectos controvertidos*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte. *Da interpretação à hermenêutica jurídica: uma leitura de Gadamer e Dworkin*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: complementos e índice*. v. II. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

_____. *Verdade e método II: complementos e índice*. Tradução de Enio Paulo Giachini; revisão da tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

_____. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. v. 1. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 7 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

_____. *O problema da consciência histórica*. Tradução de Paulo Cezar Duque Estrada. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2003.

GIACOMOLI, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais: Lei 9.099/95*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Juizados Especiais Federais, seus reflexos nos juizados estaduais e outros estudos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. [et al.] *Juizados Especiais Criminais: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995*. 5.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Uninsinos, 1999.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. v. I. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 14 ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2005.

HULSMAN, Louk. Alternativas à justiça criminal. In: *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

KARAN, Maria Lúcia. Pela abolição do sistema penal. In: *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004 (a).

_____. *Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004 (b).

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e direito: considerações sobre a teoria do direito e os operadores jurídicos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1999.

LOPES JUNIOR., Auri. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência anti-garantista. In: *Diálogos sobre a justiça dialogal: Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

LUCAS, Douglas Cezar. Hermenêutica filosófica e os limites do acontecer do direito numa cultura jurídica aprisionada pelo procedimentalismo metodológico. In: *Olhares hermenêuticos sobre o direito: em busca de sentido para os caminhos do jurista*. Ijuí: Editora Unijuí, 2006.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e interpretação do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. In: *Revista Jurídica Virtual*. nº 14 – julho/2000. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Ver-14/direitos_fund.htm>. Data de acesso: 02 de jul. 2005.

MORA, José Ferrater. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Tradução Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.

PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Rio de Janeiro: Edições 70, 1969.

PASSETTI, Edson. A atualidade do abolicionismo penal. In: *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

RAMIRES, Maurício. *A hermenêutica e do que importa*. Disponível em: <www.ihj.org.br>. Data de acesso: 28 de jun. 2005.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2 ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

ROXIN, Claus. *A proteção dos bens jurídicos como função do Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica filosófica e aplicação do direito*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Transação penal*. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris Ltda, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Bimestral, ano 12, n. 47, março-abril de 2004.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Direito penal no estado democrático de direito: Perspectivas (re)legitimadoras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHIMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001.

SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito: O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SILVA, Rui Sampaio da. Gadamer e a herança heideggeriana. In *Revista portuguesa de filosofia*. n. 56, 2000.

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. *O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no Direito*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

STEIN, Ernildo. *Introdução ao pensamento de Martin Heidegger*. Porto Alegre: Edipucrs, 2002.

_____. *Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*. Juí, RS: Editora Unijuí, 2002.

_____. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006.

_____. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*.

Programa de pós-graduação em direito da Unisinos: mestrado e doutorado/orgs. Leonel Severo Rocha, Lenio Luiz Streck, José Luis Bolzan de Moraes. [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Tribunal do Júri: símbolos e rituais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Os juizados especiais criminais à luz da jurisdição constitucional: a filtragem hermenêutica a partir da aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto. In *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 2. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

_____; FELDENS, Luciano. *Crime e constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. In: *Revista da Ajuris* (Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul). v. 32, n. 97 – Porto Alegre: Ajuris, março 2005.

_____. In: *Parecer do Ministério Público*. Disponível em: <www.mp.rs.gov.br/hmpage/hmpage/homepage2.nsf/pages/ExecPenLLs>. Data de Acesso: 02 de jul. 2005 .

TESTA, Edimarcio. *Hermenêutica filosófica e história*. Passo Fundo: UPF, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à lei dos juizados especiais criminais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. *Juizados especiais estaduais cíveis e criminais: Comentários à lei 9099/95*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
VATTIMO, Gianni. *Introdução à Heidegger*. Lisboa: Edições 70, 1977.

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. In *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. v. II. Florianópolis: Fundação Boitex, 2004.

_____. Sobre la dogmática jurídica. In *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. v. II. Florianópolis: Fundação Boitex, 2004.

WUNDERLICH, Alexandre. Sociedade de consumo e globalização: abordando a teoria garantista na barbárie. (Re)afirmação dos direitos humanos. In: *Diálogos sobre a justiça dialogal: Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5 ed. Tradução: Vania Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001

ZAFFARONI, Eugenio Raul., BATISTA, Nilo., et all. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. v. I, 2. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.