

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
NÍVEL DOUTORADO

JADER MARQUES

**LEITURA HERMENÊUTICA DA TIPICIDADE PENAL**

SÃO LEOPOLDO, RS

2012

JADER MARQUES

**LEITURA HERMENÊUTICA DA TIPICIDADE PENAL**

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, pelo Programa de Pós- Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS.

Orientador: Professor Dr. Lenio Luiz Streck

São Leopoldo, RS

2012

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

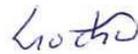
M3571	Marques, Jader
	Leitura hermenêutica da tipicidade penal / Jader Marques. — São Leopoldo, 2012.
	247 f., 30 cm.
	Tese (doutorado) — Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, 2012.
	Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck
	1. Tipicidade. 2. Princípio da legalidade. 3. Hermenêutica. 4. Decisão judicial – Doutrinas e controvérsias. I. Título.
	CDU 343.232 CDD 341.43

Bibliotecária responsável: Ana Glenyr Godoy – CRB 10/1224

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

A tese intitulada: “**Leitura Hermenêutica da Tipicidade Penal**”, elaborada pelo doutorando **Jader da Silveira Marques**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 24 de setembro de 2012.



Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

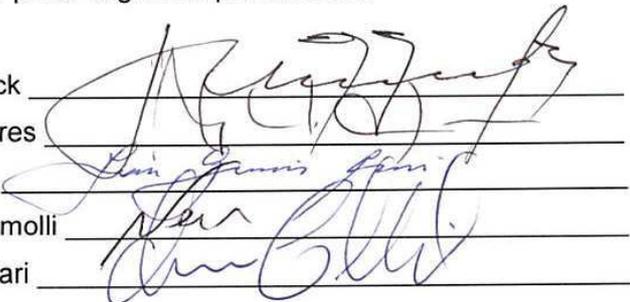
Presidente: Dr. Lenio Luiz Streck

Membro: Dr. Luiz Eduardo Soares

Membro: Dr. Ivan Guérios Curi

Membro: Dr. Nereu José Giacomolli

Membro: Dr. André Luís Callegari



Aos insatisfeitos do mundo, com amor.

## AGRADECIMENTO

Meu agradecimento ao Prof. Doutor Lenio Streck pela orientação, pela amizade e pelo exemplo de insatisfação com o estado da arte do direito nesta quadra da história.

Agradeço ao Prof. Doutor Leonel Severo Rocha, Coordenador do PPG da Unisinos, na pessoa de quem manifesto minha gratidão a todo o corpo docente, aos funcionários e colegas.

Agradeço ao Prof. Doutor Ovídio A. Baptista da Silva (in memoriam), por fazer eu entender que *a esperança não faz parte da luta*.

Agradeço aos Prof. Doutores Ernildo Stein, Mário Fleig, Ricardo Timm de Souza, Luiz Eduardo Soares e Rosa Maria Cardoso da Cunha, pela imprescindível contribuição para o cumprimento desta jornada.

Agradeço aos amigos Rafael Tomaz de Oliveira, Clarissa Tassinari, Adler Baum, Liziane dos Santos, Marcelo Marcante Flores, Luciana Trindade, Patrícia Schmitt e Wilson Franck pela ajuda e incondicional amizade.

Agradeço à Sandra Wunsch, por toda a dedicação, assim como aos amigos do escritório Luciane Troian e Alexandro da Luz, pelo apoio de sempre.

Agradeço ao João Pedro pela paciência e à Anne Faraco pela compreensão.

Agradeço a todos os que estiveram comigo durante esta difícil e gratificante jornada.

Minha gratidão.

“A investigação matemática da natureza não é exata porque calcula com precisão, mas tem que calcular desse modo, porque a ligação à sua área de objetos tem o caráter de exatidão. Pelo contrário, todas as ciências do espírito, até mesmo as ciências do vivente, têm de ser necessariamente inexatas, precisamente para permanecerem rigorosas. [...] O inexato das ciências do espírito historiográficas, não é uma deficiência, mas apenas o cumprimento de uma exigência essencial para este modo de investigação.”

Martin Heidegger

## RESUMO

Esta tese de doutorado enfrenta a complicada tarefa de tratar da relação entre direito penal e filosofia desde o surgimento dos movimentos codificadores. Esses movimentos deram azo ao positivismo exegético, e o direito acabou criando um isolamento teórico em relação aos demais campos do saber. A preocupação de não se “filosofar o direito” e de não se “juridicizar a filosofia” resultou na negação, por parte dos juristas, da relação existente entre estes dois âmbitos. Mais adiante, a passagem para o positivismo normativista, especialmente com Kelsen e Hart, representa a admissão do papel da linguagem na interpretação do direito, surgindo, então, a questão da ambiguidade e da vagueza das palavras da lei. Para resolver a indeterminação linguística da tipicidade, a “solução” passa a ser a discricionariedade do aplicador e, assim, mais uma vez, a questão hermenêutica fica relegada a um segundo plano. É neste contexto de afastamento da filosofia e de vinculação ao método, no sentido cartesiano, que a teoria geral do delito trabalha o conceito de tipicidade, olvidando o caráter hermenêutico da legalidade penal. Neste contexto, a teoria geral do delito tem se mostrado resistente em admitir o caráter hermenêutico do direito, tratando da legalidade penal (e de tantas outras questões) como se nenhuma relação tivesse com os movimentos filosóficos, especialmente no campo da filosofia da linguagem. O intérprete ainda decide conforme a sua consciência. O contexto de expansão do direito penal, por exemplo, demonstra que a noção de tipicidade acaba sendo manipulada, para ser meio de tutela de bens jurídicos, de novos riscos, política de governo, assim como meio de controle da pobreza e do medo. A tese pretende, pois, desvelar as condições de possibilidade para a superação desta crise da tipicidade penal, desde uma imbricação entre a filosofia hermenêutica de Martin Heidegger, a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer e, posteriormente, a teoria integrativa de Ronald Dworkin, seguindo o fio condutor apresentado por Lenio Streck na sua crítica hermenêutica do direito. Esse caminho é percorrido em busca de uma teoria da decisão preocupada com a resposta correta em matéria de tipicidade que considere o adequado papel dos princípios constitucionais no fechamento da interpretação, em observância às ideias de coerência e integridade do direito.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Filosofia. Filosofia do Direito. Epistemologia jurídica. Hermenêutica.

## ABSTRACT

This doctoral thesis faces the tough task of approaching how Criminal Law and Philosophy relate to each other since the beginning of codification movements. These movements led to exegetical positivism, and Law ended up being isolated towards other knowledge areas. The concerning of not making Law overly philosophic and not making Philosophy overly juridical led jurists to deny the relationship between both disciplines. Further, the shift into normative positivism, especially with Kelsen and Hart, represents recognizing the role of language in interpreting Law, thus emerging the issue of ambiguity and vagueness of laws. To solve linguistic imprecision of vagueness doctrine, the “answer” is the discretion of the applier and, again, the hermeneutical issue tends to overshadow. In this context of separation from Philosophy and bonding to method, in a Cartesian way, the general theory of crime handles with the concept of vagueness doctrine, ignoring the hermeneutical characteristic of criminal legality. In this context, the general law theory seems to be unwilling to recognize the hermeneutical characteristic of Law, considering that criminal legality (and many other issues) does not relate with philosophical movements, especially language philosophy. The interpreter still decides according to his consciousness. For instance, the context of criminal law, shows that the idea of vagueness doctrine is manipulated in order to be a way of custody of juridical property and new risks, government policy, as well as a way of controlling poverty and fear. Thus this thesis aims at unfolding possibilities of overcoming this crisis in criminal vagueness doctrine, by combining hermeneutical Philosophy of Martin Heidegger, philosophical Hermeneutics of Hans-Georg Gadamer and, later, integration theory of Ronald Dworking, using as guiding principles the hermeneutic criticism of Law by Lenio Streck. This path is covered keeping in mind the goal of finding a theory of decision concerned with correct answers considering vagueness doctrine, which must consider adequate the role of constitutional principles in closure of interpretation, observing the ideas of coherence and honor of Law.

**Keywords:** Criminal Law. Philosophy. Philosophy of Law. Legal Epistemology. Hermeneutics.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>2 O DISCURSO DA CIÊNCIA DO DIREITO PENAL .....</b>	<b>21</b>
2.1 CONSOLIDAÇÃO DA DOGMÁTICA PENAL COMO A CIÊNCIA DO DIREITO PENAL.....	21
2.2 A TIPICIDADE NO CONTEXTO DOGMÁTICO DA TEORIA GERAL DO DELITO .....	36
2.3 TIPOS FECHADOS E ABERTOS NA TIPICIDADE POR SUBSUNÇÃO.....	57
<b>3 PONTO DE PARTIDA DA CRÍTICA: A IDENTIFICAÇÃO DO CARÁTER RETÓRICO DA LEGALIDADE PENAL.....</b>	<b>69</b>
3.1 TIPICIDADE E SENSO COMUM TEÓRICO .....	69
3.2 A QUESTÃO DA TIPICIDADE NO CONTEXTO DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL: TUTELA DE BENS JURÍDICOS NA SOCIEDADE DE NOVOS RISCOS	76
3.3 POLÍTICA CRIMINAL COMO POLÍTICA DE GOVERNO: TUTELA DA POBREZA E TUTELA DO MEDO.....	85
<b>4 A TIPICIDADE COMO ELEMENTO HERMENÊUTICO DO TIPO: UMA APROXIMAÇÃO FILOSÓFICA DO DIREITO PENAL ATRAVÉS DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO .....</b>	<b>100</b>
4.1 HERMENÊUTICA E FILOSOFIA .....	100
<b>4.1.1 A fenomenologia hermenêutica de Heidegger e Gadamer: bases para pensar a tipicidade a partir da radicalidade da interpretação .....</b>	<b>113</b>
4.1.1.1 A (pré)compreensão como condição de possibilidade da interpretação: o círculo hermenêutico e o projetar da compreensão <i>ou</i> de como não há métodos que prescrevem a interpretação.....	121
4.1.1.2 De como não se interpreta por parte/camadas. A interpretação como momento único: <i>Applicatio</i> .....	126
4.1.1.3 A superação das equiparações e ou separações metafísicas a partir da diferenciação ontológica (Heidegger/Streck): o exemplo paradigmático da distinção entre texto e norma e entre vigência e validade .....	128
<b>4.1.2 Analítica e Hermenêutica.....</b>	<b>131</b>
<b>4.1.3 Tipicidade Hermenêutica .....</b>	<b>134</b>

4.2 A FILOSOFIA NO DIREITO (STRECK) E A SUA PROJEÇÃO NO CAMPO PENAL.....	136
<b>5 DA SUBSUNÇÃO PARA A TIPICIDADE HERMENÊUTICA .....</b>	<b>155</b>
5.1 HERMENÊUTICA E TEORIA DA DECISÃO: O CAMINHO DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO .....	155
<b>5.1.1 Considerações Preparatórias.....</b>	<b>155</b>
<b>5.1.2 A proposta de Lenio Streck: a teoria da decisão e a resposta adequada à Constituição .....</b>	<b>164</b>
5.1.2.1 O tipo penal como regra e o problema da abertura interpretativa .....	168
5.1.2.2 A diferença entre regras e princípios: a narrativa principiológica como condição de legitimidade da interpretação penal.....	175
5.1.2.3 O ato de Decisão como uma reconstrução da história principiológica: a necessária diferença que existe entre decidir e escolher .....	181
5.2 UM OLHAR HERMENÊUTICO SOBRE A TIPICIDADE PENAL .....	183
<b>5.2.1 Acusar e defender: duas faces da moeda? .....</b>	<b>203</b>
<b>5.2.2 Juiz Hermeneuta: nem discricionário, nem ativista, nem arbitrário....</b>	<b>214</b>
5.3 TIPICIDADE E TEORIA DA DECISÃO: A RESPOSTA CORRETA EM DIREITO PENAL.....	221
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS: ENTRE O NÃO MAIS E O AINDA NÃO .....</b>	<b>228</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>246</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Tudo começa com uma dúvida parecida com aquela que invade a alma de quem entra num labirinto e precisa decidir para onde ir. Há um plano de trabalho estruturado, que não desiste de gerar uma tensão relativa à escolha do melhor caminho para conduzir o leitor, de forma segura e adequada, à compreensão de toda a problemática que se quer descortinar. Esta angústia das escolhas motiva a grande maioria dos pesquisadores a iniciar a jornada com explicações e ressalvas. Basta ver que todo o trabalho desta natureza, dito científico, começa pela introdução, que serve para indicar, como um mapa do labirinto, tudo o que será e o que não será visto durante a caminhada, objetivando, desde logo, justificar os caminhos abandonados e reforçar a opção que surgiu como apropriada para aquele momento do estudo.

Ao entrar neste labirinto, portanto, escolhas foram feitas. Caso fosse necessário entrar novamente, é provável que algumas fossem mantidas e outras modificadas. Ao ingressar mais uma vez pela vastidão dos corredores que cercam esta tese, certamente, um terceiro caminho seria vislumbrado. Por tudo isso, a trajetória adiante construída é fruto de um pensar decorrente das possibilidades que se apresentaram ao tempo da decisão. Assim, o texto a seguir, elaborado na forma de introdução, serve para traçar e firmar como base desta pesquisa, no limite do que é possível ser antecipado, os pressupostos teóricos que com o autor adentraram nesta jornada investigatória, bem como a estratégia metodológica escolhida para enfrentar a crise de substância pela qual passa a tipicidade.

### 1. Tipo, tipicidade e crise da legalidade

Na obra *La Lengua de los Derechos*, Eduardo García de Enterría trata da legalidade como uma passagem do Governo do Arbítrio (Estado absolutista) para o Governo das Leis (Estado de Direito). Dando ênfase ao papel estratégico exercido pela Revolução Francesa na constituição de um novo modelo de Estado, o autor refere que, até então, o direito era concebido como um instrumento a serviço do soberano, legitimador de sua vontade (e de seu arbítrio). Assim, a partir deste momento de ruptura (que, embora ocorrido na França, foi influente em grande parte do mundo ocidental), há uma significativa alteração na função que o direito passa a exercer em sua relação com o Estado: através do exercício de um controle sobre a

atuação estatal (e, assim, sobre o soberano), passa-se de uma gramática do poder para uma nova gramática dos direitos.<sup>1</sup>

Mas o que significa esta nova gramática dos direitos de que fala o autor? Evidentemente, a Revolução Francesa, objeto de estudo de grande parte da obra de Enterría, representou um marco para o direito (como já referido acima). Contudo, este acontecimento histórico faz parte de um grande movimento, patrocinado especialmente pela França, pela Inglaterra e pelos Estados Unidos,<sup>2</sup> que objetivava estabelecer uma limitação ao poder estatal, através da afirmação dos direitos de liberdade aos cidadãos (que passam a ser sujeitos de direitos), caracterizando o constitucionalismo moderno, na consolidação do que ficou conhecido como Estado de Direito.

Neste contexto, legalidade, separação dos poderes e proteção do indivíduo através da afirmação dos direitos de liberdade e de propriedade foram algumas das *marcas* de um Estado que se erigia pela primazia do espaço privado em detrimento do público. Na verdade, embora trouxesse a positivação de alguns direitos, o Estado de Direito deitava suas raízes muito mais numa questão estrutural, ou seja, de se *fixar margens*, ou melhor, *estabelecer o lugar* da intervenção estatal do que propriamente numa perspectiva de compromisso social. Isto é, no que pode se chamar de fase de *institucionalização constitucional* (constitucionalismo moderno), a preocupação estava voltada especificamente para a legitimação da interferência do Estado, que se dava por meio da legislação, resultando, portanto, numa centralização no Poder Legislativo.

Assim, na consolidação deste novo modelo estatal, é possível identificar quatro importantes experiências, a partir das quais se pode atribuir uma identidade teórica à noção de Estado de Direito, entendido como um Estado moderno no qual ao ordenamento jurídico – não a outros subsistemas funcionais – é atribuída a tarefa de ‘garantir’ os direitos individuais, refreando a natural tendência do poder político a

---

<sup>1</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de. **La lengua de los derechos**: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa. Madrid: Alianza, 1995.

<sup>2</sup> MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998. pp. 27-28. Para ressaltar a aproximação destas três experiências constitucionais na defesa das liberdades e no enfrentamento contra o exercício arbitrário do poder político, Matteucci afirma que, “[...] la historia constitucional de cada nación diverge de las otras y tiene características propias, aunque sobre el terreno de los grandes principios el constitucionalismo se presenta bastante unitario y fácilmente identificable, ya que los principios conquistados en esas crisis o en esas revoluciones se difunden y se convierten en patrimonio común. La historia del constitucionalismo moderno podría escribirse tomando la ‘difusión’ de estos principios legales de Francia a Inglaterra, de Inglaterra a América, de Inglaterra y América a Francia”.

expandir-se e a operar de maneira arbitrária: o *Rechtstaat* alemão, o *rule of law* inglês, o *rule of law* norte-americano e o *État de droit* francês.<sup>3</sup>

O direito alemão produziu uma noção de estado de direito fundada em uma concepção estatalista de direitos individuais, que reconhecia a autoridade soberana do Estado (em contraposição à ideia de soberania popular francesa). Por esse motivo, a fonte originária e positiva do direito é o poder legislador do Estado. Disso decorre o princípio da legalidade e o primado da lei, pelo qual o sistema de regras criado pelo Parlamento seria a condição de legitimidade para os atos tomados pelos demais poderes do Estado (Executivo e Judiciário). Neste momento, como afirma Zolo, o possível uso arbitrário do poder legislativo não é, obviamente, levado em consideração por essa teoria do Estado de Direito, já que se assume a perfeita correspondência entre vontade estatal, legalidade e legitimidade moral e se supõe como certa a confiança dos cidadãos nessa correspondência. Assim, na Alemanha, o *Rechtstaat* não teria sido senão o ‘direito do Estado’ (*Staatrecht*), caracterizado por um conceito de lei puramente técnico-formal (a generalidade e a abstração das normas).<sup>4</sup>

No *rule of law* inglês, a noção de soberania da lei aparece novamente reforçada, a partir da atuação do Parlamento (da Câmara dos Lordes e da Câmara dos Comuns), considerada uma “fonte jurídica formal”. Contudo, a experiência inglesa conta com o diferencial de possuir uma “fonte jurídica ‘efetiva’”, que se manifesta através do *common law*, tradição administrada por juízes ordinários, que, embora não possuíssem a atribuição de controlar os atos do Parlamento, estando as Cortes ordinárias vinculadas a uma aplicação rigorosa das leis, poderiam flexionar a relação entre o direito legislado e a decisão judicial pela via da interpretação. Assim, o *rule of law* inglês acaba se afastando do Estado de Direito alemão, no qual os juízes são funcionários públicos que aplicam a lei do Estado e os próprios direitos individuais são postos pelo Parlamento.<sup>5</sup>

Por sua vez, o direito norte-americano, influenciado pela experiência inglesa,

---

<sup>3</sup> ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: \_\_\_\_\_; COSTA, Pietro (orgs.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 11.

<sup>4</sup> ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: \_\_\_\_\_; COSTA, Pietro (orgs.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. pp. 12-14.

<sup>5</sup> ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: \_\_\_\_\_; COSTA, Pietro (orgs.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 19.

também enfatizou o papel das Cortes. Mas o fez a partir de algo inusitado: da defesa da supremacia da Constituição. Assim, a soberania da Constituição foi posta em direta oposição à função legislativa do Parlamento federal, considerada muito mais perigosa para as liberdades fundamentais e para o direito de propriedade (...).<sup>6</sup> Na verdade, a experiência do Estado de Direito estadunidense foi bastante peculiar porque tratou da ameaça que representava as maiorias parlamentares, numa defesa da Constituição.

Por último, na França, o Estado de Direito exprime uma forte ideia de supremacia parlamentar, derivada da vontade geral, que é limitada pela existência de uma Constituição, o que não necessariamente significa, a exemplo do direito norte-americano, a defesa de um controle de constitucionalidade exercido pelos juízes. Aliás, pelo contrário, a experiência francesa resultou numa das maiores influências no que diz respeito ao primado da lei, de tal modo que a atuação do Poder Judiciário ficou completamente reduzida à reprodução dos dispositivos legais.<sup>7</sup> É por isso que se diz que, na França, imperava a supremacia dos códigos, o reino das leis.<sup>8</sup>

Ressalvadas as experiências inglesa e norte-americana, que possuem peculiaridades, é possível observar que a noção de legalidade, a partir da instituição do Estado de Direito, esteve vinculada a uma ideia de lei promulgada por uma autoridade competente. Isto é, a legalidade era compreendida como direito posto por autoridade legítima, de modo que os aspectos substanciais da legislação pouco eram observados. Neste sentido, a lei era compreendida apenas como um comando que sai do corpo legislativo do Estado.

É por este motivo que Norberto Bobbio, ao tratar da legalidade, vai falar de três significações ao princípio da legalidade, de acordo com os diferentes níveis em que é considerada a relação entre lei e poder: a) *primeiro*: sob a perspectiva da relação entre lei e a pessoa do príncipe – significa que o príncipe deve governar em conformidade com as leis a ele superiores, mesmo não se tratando de leis positivas e sim consideradas de origem divina ou natural, ou se tratando das leis

---

<sup>6</sup> ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: \_\_\_\_\_; COSTA, Pietro (orgs.). **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 20.

<sup>7</sup> CAENEGEM, Raoul van. **Juízes, Legisladores e Professores**. Rio de Janeiro: ed. Elsevier, 2010. p. 63.

<sup>8</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de. **La lengua de los derechos**: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa. Madrid: Alianza, 1995. p. 88.

fundamentais do país, cuja validade depende da tradição ou do pacto constitutivo do Estado; b) *segundo*: na análise da relação entre príncipe e seus súditos – “a ideia de do Governo” das leis tem que ser interpretada no sentido de que os governantes devem exercer o próprio poder unicamente pela promulgação de leis, e só excepcionalmente através de ordenações e decretos, isto é, mediante normas que tenham validade para todos; e c) *terceiro*: no que diz respeito à aplicação da lei em casos particulares – trata-se da exigência de que os juízes decidam os casos submetidos para a sua apreciação através das leis, não com base em juízos casuísticos diferenciados.<sup>9</sup>

Apesar de a noção de legalidade ainda compreender as dimensões acima apontadas, esta noção, em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo,<sup>10</sup> torna-se insuficiente. A legalidade já não pode mais ser pensada apenas em termos de positividade, tampouco a lei pode ser compreendida de um modo reduzido à limitação do poder estatal. Como já referido, ainda que tais pressupostos persistam, em face do que hoje se conhece por Estado Democrático de Direito, o sentido de legalidade se expande na ideia concretização de direitos. Como afirma Rafael Tomaz de Oliveira, a legalidade não se constitui apenas pelo requisito formal, mas recebe atributos de legitimidade material na medida em que ela mensura qualitativamente os meios de institucionalização da democracia.<sup>11</sup> Ou seja, nas palavras de Elías Díaz,

Ahora bien – como inevitavelmente hay que recordar siempre al hablar del Derecho –, las normas constituyen realidades sociales y humanas, productos históricos que se originan en una colectividad para la protección de ciertos fines, valores o intereses reales y concretos. No son entidades metafísicas o simples proposiciones formales; existen las normas para ser aplicadas y realizadas en una determinada sociedad, con resultados y consecuencias también de carácter perfectamente real.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política (2 volumes)**. Trad. Carmen C. Varrialle, Gaetano Loiai Mônico, João Ferreira, Luis Guerreiro Pinto Cacais, Renzo Dini. Brasília: UnB, 2004. p. 674-5.

<sup>10</sup> Entende-se por Constitucionalismo Contemporâneo aquele movimento oriundo do segundo pós-guerra. Tal nomenclatura é utilizada por Lenio Streck, em sua obra Streck, Lenio. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, para indicar uma ruptura com o positivismo jurídico, a partir de uma nova teoria das fontes, da norma e da interpretação. Esta noção abrangente de constitucionalismo surge para o auto em contraposição às teses neoconstitucionalistas, que, apesar de reforçarem o papel da Constituição, apresentam-se problemáticas na medida em que apostam na discricionariedade judicial.

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 82.

<sup>12</sup> DÍAZ, Elías. **Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático**. Madrid: Editorial Civitas, 1978. p. 18.

No Brasil, esta noção de legalidade – voltada para a concretização de direitos e, portanto, compreendida sob a perspectiva de substancialidade – possui dificuldades em ser efetivada. Marcelo Neves, em obra que faz uma análise do Estado de Direito sob a ótica da teoria dos sistemas, afirma que, em comparação com as experiências europeias e norte-americana de Estado de Direito, o Brasil possui a peculiaridade de não ter conseguido implantar seu modelo. Isto é, ainda que o país possua uma densa carga legislativa de garantia de direitos, grande parte disso não é efetivado:

Há uma forte tendência a desrespeitar o modelo procedimental da Constituição, de acordo com conformações concretas de poder, conjunturas econômicas específicas e códigos relacionais. Isso está associado à persistência de privilégios e 'exclusões' que obstaculizam a construção de uma esfera pública universalista como espaço de comunicação de cidadãos iguais.<sup>13</sup>

Este cenário repercute no que o autor chama de “fetichismo legal unilateralista socialmente irresponsável”. Com esta terminologia, Marcelo Neves aponta que a legalidade, no contexto social brasileiro, assume contornos discriminatórios, isto é, não se apresenta como generalização da lei e acesso de todos aos direitos, mas, pelo contrário, a interpretação legalista do direito aparece em face daqueles que não podem exercer seus direitos, ainda que estes estejam previstos legislativamente e constitucionalmente, gerando, portanto, exclusão. Em outras palavras,

Em regra, as respectivas pessoas e os grupos sociais correspondentes só são considerados pelo legalismo unilateral quando entram em contato com o sistema a seu desfavor, ou seja, como culpados, réus, condenados, presos etc., não como detentores de direitos.

[...]

Nessas circunstâncias a cultura dominante é a da ilegalidade. Por conseguinte, em vez de alternativa à legalidade, cabe antes falar da legalidade como uma alternativa. Os obstáculos à realização do Estado de Direito no Brasil manifestam-se abertamente no plano constitucional.<sup>14</sup>

É justamente isto que pode ser entendido como *crise de legalidade* no Brasil: esta dificuldade em garantir os direitos assegurados constitucionalmente e

---

<sup>13</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 246.

<sup>14</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2008. pp. 255-256.

legislativamente. E isso ocorre em grande parte porque, sob a influência do que foi vivenciado pelo constitucionalismo francês (e também alemão), muitas vezes a legalidade ainda é compreendida como mero império da lei, excluídos (ou dispensados) os pressupostos constitucionais, dos quais derivam a materialidade da legislação. Isso repercute, inclusive, no modo de aplicação das leis, que em grande parte apresenta-se refratária a uma leitura constitucional.

Compreendida a legalidade (ou o princípio da legalidade) como um elemento que ganha contornos de substancialidade/materialidade sob os influxos do constitucionalismo democrático pela via de uma problematização do sentido de lei no contexto de um Estado Constitucional, que remete à existência de uma crise de legalidade, resta questionar: qual a relação de tudo isso com o direito penal? Por que é necessário fazer tal abordagem?

Não é nenhuma novidade que o princípio da legalidade constitui o cerne de tal ramo do direito. Através da afirmação das conhecidas máximas jurídicas *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*, *nullum crimen nulla poena sine lege scripta*, *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*, o direito penal procurou privilegiar o princípio da legalidade, oferecendo, assim, uma garantia dos cidadãos contra a discricionariedade e o abuso do Estado no plano da incriminação. Tudo isso, resta claro, apresenta-se como um grande avanço, na medida em que a necessidade de previsão da conduta como crime antes de que ela ocorra e seja imputada como tal revela-se como uma importante garantia aos cidadãos. Entretanto, a questão que se faz é se isso, por si só, assegura/resguarda o réu de arbitrariedades durante a incriminação.

Não se pretende, nesta introdução, responder a tal questionamento, mas tão-somente esclarecer alguns pontos, que servirão de guia para o enfrentamento deste problema. Neste sentido, é preciso esclarecer que o direito penal articula com a noção de legalidade de um modo muito particular, através de duas categorias que lhe são próprias: tipo e tipicidade. No plano da teoria do direito penal, a doutrina procura oferecer diferenças entre ambas, de modo que é possível afirmar que o tipo exerce uma função de prognose legislativa e a tipicidade, por sua vez, uma função concretizadora, isto é, de aplicação à conduta prevista ao caso concreto.

Ocorre que, apesar de acertada tal distinção e do fato de ser propagada no âmbito da doutrina penal, no plano da aplicação, tudo isso ainda gera certa confusão, na medida em que o juízo de tipicidade acaba sendo exercido como se

tratasse tão-somente da mera incidência do texto normativo que compõem o tipo, dispensado o elemento interpretativo. Em outras palavras, a caracterização típica (tipicidade) é compreendida como se fosse uma reprodução (linguística) do tipo, que, por sua vez, é compreendido como legalidade penal.

Desse modo, a questão que se coloca em face disso tudo é que, ainda que respeitada esta necessária distinção entre tipo e tipicidade, nenhuma delas encerra em si mesma, nem juntas, a noção de legalidade constitucional referida anteriormente. Como já mencionado, a legalidade diz respeito a uma questão muito maior, que não apenas indica a mera positivação ou previsão legislativa, mas, fundamentalmente, um juízo de constitucionalidade. Daí a necessidade desta introdução: para que seja estabelecida, como base para este estudo crítico, a distinção entre tipo e tipicidade, evidenciando que em nenhuma destas categorias pode se limitar o sentido de legalidade. O movimento, em verdade, é contrário: o tipo será compreendido como dentro dos parâmetros de legalidade se sua criação estiver de acordo com este caldo de cultura que pressupõe uma legalidade constitucional (caso contrário, por exemplo, ter-se-á um direito penal simbólico) e a tipicidade só ocorrerá em termos de uma legalidade se respeitados os pressupostos constitucionais que oferecem garantias aos cidadãos.

## **2. O “lugar da interpretação”: o que significa a tipicidade hermenêutica?**

O que se pretende indicar com a expressão “tipicidade hermenêutica” diz respeito ao caráter fundamentalmente interpretativo que envolve os problemas da chamada adequação típica.

Como será demonstrado por esta pesquisa, a tradição do Direito Penal brasileiro – e, até certo ponto, mesmo no tratamento dado pelo direito alienígena – tende a esconder nos porões da irracionalidade a dimensão da interpretação na configuração do que seja, de fato, um crime.

Na verdade, a chamada teoria analítica do crime, opera como se a adequação do fato à norma penal tivesse lugar a partir de um acesso direto, dispensando-se a interpretação. Trata-se da crença, já por diversas vezes combatida, de que a interpretação é um momento prévio que antecede logicamente a aplicação. Assim, descreve-se o momento interpretativo como um movimento *a priori* ligado ao esclarecimento de determinados descordos linguísticos. A função da hermenêutica, nesse contexto, é a de uma disciplina auxiliar, servil, que contribui apenas para se

evitar mal-entendidos.

Daí que, esclarecidos os sentidos possíveis do texto, o aplicador do direito penal deve submeter o caso a um exame fatiado – por isso, analítico – no interior do qual irá realizar a chamada adequação típica.

Ocorre que, como será demonstrado no capítulo 4 desta tese, o elemento interpretativo persegue o intérprete/aplicador do Direito Penal em todos os momentos da adequação típica, no decorrer de todo o procedimento estabelecido pela teoria analítica do crime.

Trata-se, então, de uma concepção que entende a interpretação como um elemento fundamental de toda a experiência jurídica. Assim, assumir essa radicalidade implica, para o direito penal, novos caminhos que devem ser trilhados a partir do enfrentamento da questão interpretativa.

Esse enfrentamento será realizado no contexto da defesa de uma teoria da decisão a ser observado no âmbito do direito penal. Essa teoria da decisão, no contexto da chamada crítica hermenêutica do direito, deve ser pensada através do *como* (“método”) fenomenológico-hermenêutico.

### **3. Indicações metodológicas**

Como fio condutor da pesquisa tem-se o “método” fenomenológico, visto – a partir de Heidegger – como *ontologia fundamental*.

De se consignar, com Rafael Tomaz de Oliveira, que a ideia de método se transformou no interior da modernidade, de modo que se pode perceber pelo menos duas significações para o termo método. Seguindo as premissas do referido autor, trata-se aqui de distinguir esses dois significados na perspectiva de tornar mais claro o caminho que a pesquisa seguiu. Desse modo, quando é utilizado o termo entre aspas, aponta-se para a própria fenomenologia hermenêutica, enquanto um *como* um *modo* de filosofar. Quando, por outro lado, se mencionar o termo método sem aspas, estar-se-á falando do método em seu sentido produzido no interior da modernidade, ou seja: ideia de certeza e segurança próprias da matematicidade do pensamento moderno. Assim, e de modo decisivo, pode-se estabelecer a diferença específica entre os dois modos em que é empregado o termo método afirmando que o método da modernidade é sempre acabado e definitivo. Na verdade, em sua acepção moderna, método significa um tipo específico de organização do pensamento que serve como fiador do conhecimento que, através dele, foi obtido. Já

o “método” (enquanto fenomenologia) é sempre precário e provisório e não permite sua total apreensão e domínio.<sup>15</sup>

A fenomenologia deve ser pensada, em termos gnoseológicos (teoria do conhecimento), como a proposta de um modo de filosofar que pretende atingir as “coisas elas mesmas”. Surge, pelas mãos de E. Hurssel, no contexto da chamada crise do fundamento e da cultura europeia. Nos termos sugeridos pelos integrantes do movimento, ao final do século XIX, a produção filosófica se concentrava na repetição – com algum colorido diferente – das chamadas filosofias clássicas. Assim, propunha-se uma grande revisão de autores consagrados a partir da fundação de um neoaritotelismo, neotomismo, neohegelianismo, neokantismo, etc.. A fenomenologia, por sua vez, se apresentava como um modelo filosófico que se propunha a acessar as coisas elas mesmas, sem intermediários ou intérpretes consagrados.

Hurssel consagrou aquilo que ele chamava de nova filosofia, a partir de uma reação contra o psicologismo predominante até então. Sua demonstração da idealidade dos números representou um capítulo final na disputa que se tinha até então, que já havia encontrado – no plano das filosofias analíticas – em Frege um primeiro contentor.

A proposta de Husserl, paradoxalmente, se mantinha aferrada a pressupostos do paradigma da filosofia da consciência: se pretendia como superadora do psicologismo, mas acabava reafirmando certos pressupostos desse paradigma consciencialista. De fato, o movimento proposto na chamada “redução eidética” – a *epoché* de Husserl – colocava o conhecimento entre parênteses, para oscilar entre o polo noético e noemático; entre o sujeito que conhece e o objeto que é conhecido. Portanto, acabava ainda prisioneira da relação Sujeito-Objeto (S-O).

Em Heidegger, assistimos uma transformação no interior da fenomenologia que supera, de certa forma, esses recalques do seu mestre. Em primeiro lugar, a fenomenologia deixa de ser encarada como verdadeira filosofia e passa a assumir um significado “metodológico”: a fenomenologia passa a ser o *como* que a investigação deverá pressupor. Nesse sentido, assume o caráter de uma metódica da compreensão em que se supera a concepção idealística da “Filosofia da consciência” (que separa, hermeticamente, o *sujeito* cognoscente do *objeto*

---

<sup>15</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 13.

cognoscível) a partir da preponderância que assume o fenômeno e sua mediação linguística como fator determinante para os resultados da investigação científico-filosófica. Desta maneira, como diz Ghoete, citado por Heidegger: que não se invente procurar nada atrás dos fenômenos: Estes mesmos são a doutrina.<sup>16</sup>

Assim, pode-se dizer, sucintamente, que o “método” fenomenológico visa ultrapassar o tecnicismo cientificista que caracteriza a consciência assujeitadora do mundo da Metafísica, estabelecendo um novo processo travado na estrutura do conhecimento em que sujeito e fenômeno estão inseridos numa mesma realidade de tempo e lugar e, a partir dela, devem ser pensados.

Calca-se a análise em uma relação sujeito-sujeito na qual tanto o “sujeito” cognoscente quanto o “objeto” cognoscível estão inseridos em uma mesma realidade histórico-temporal que condiciona a *existência* de ambos. Com efeito, o “método” heideggeriano ultrapassa o solipsismo metodológico tradicionalmente utilizado pela *filosofia da consciência*, quando demonstra a superação da ideia da supremacia do sujeito no desenrolar do processo de conhecimento, a partir da descoberta – ou “desentulhamento” – do ser. Assim, o homem e as coisas não estão soltos, desprendidos uns dos outros. O homem, como ente privilegiado dotado de *dasein* (pre-sença), é sempre ser-no-mundo; ser-em; ser-com, e nesta condição se relaciona com os demais entes intramundanos, segundo a historicidade e temporalidade nas quais estão inseridos.

Nessa medida, a “metodologia” heideggeriana se ajusta com perfeição aos objetivos pretendidos pela pesquisa, a qual pretende trazer à presença da teoria do direito penal um fenômeno que ela parece ignorar quando trata das questões ligadas à tipicidade: o caráter radicalmente interpretativo que a constitui e lhe dá conformação.

Trata-se de um trabalho multidisciplinar que tem como aportes teóricos máximos a evolução da Teoria do Estado – a partir do enquadramento histórico e do desenho institucional do modelo de Estado Democrático de Direito; e a fenomenologia hermenêutica e a hermenêutica filosófica como *praxis* capacitadora da concretização da principiologia constitucional no âmbito da concretização interpretativa do Direito Penal.

---

<sup>16</sup> HEIDEGGER, Martin. “O fim da filosofia e a Tarefa do pensamento”. In: **Conferências e Escritos filosóficos**. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 2005. p. 103.

## 2 O DISCURSO DA CIÊNCIA DO DIREITO PENAL

O primeiro capítulo objetiva trazer à discussão a consolidação da dogmática penal como ciência do direito penal, explicitando a questão sempre complexa da relação entre direito e filosofia. Além disto, será feita a uma leitura da tipicidade no contexto dogmático atual, abordando o enfoque dado pela doutrina aos tipos penais abertos e fechados.

### 2.1 CONSOLIDAÇÃO DA DOGMÁTICA PENAL COMO A CIÊNCIA DO DIREITO PENAL

Falar sobre o direito necessariamente demanda construções teóricas. Não há direito sem teoria. Todavia, a construção de uma teoria do direito passa por um percurso que engloba uma série de elementos filosóficos, políticos, sociológicos e, evidentemente, jurídicos.

O trabalho que aqui se inicia pretende mostrar como, na sua origem, a teoria do direito, mais especificamente a teoria do direito penal, foi construída e consolidada a partir de aportes filosóficos pensados, principalmente, pelos sistemas jusnaturalistas do século XVII e XVIII.<sup>17</sup>

Assim, tematizar sobre dogmática penal ou ciência do direito penal implica pressupor uma carga histórica de ordem filosófica. Na verdade, o que se quer aqui afirmar é que a partir de uma origem filosófica, a teoria do direito penal pretende se insular a própria filosofia.

Trata-se de abordar um paradoxo: de onde a ciência do direito penal retira a sua origem é o lugar que essa mesma ciência (teoria) tende a não assumi-la. Desse modo, é importante reconstruir uma narrativa histórica que possa apanhar esse movimento, apresentando de forma adequada o que vem a ser o fundamento do discurso científico atual sobre o direito penal.

---

<sup>17</sup> Esta abordagem pode ser encontrada em um dos textos da coluna “Senso Incomum”, escrita por Lenio Streck para o Consultor Jurídico (ConJur). No texto intitulado “O panprincipiologismo e o sorriso do lagarto”, Lenio Streck utiliza uma série de exemplos existentes no âmbito penal, que demonstram o quanto a teoria do direito (penal) ainda se encontra arraigada aos velhos paradigmas. STRECK, Lenio Luiz. **O panprincipiologismo e o sorriso do lagarto**. Consultor Jurídico, São Paulo, março de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>>. Acesso em: 15 mai. 2012.

Em outras palavras, a consolidação da dogmática penal como “a” ciência do direito penal, com a delimitação do horizonte, isolamento do objeto, definição do método e das suas funções, é algo que deve ser compreendido no cruzamento com os movimentos da filosofia. Este será um dos objetivos do presente capítulo, que inicia exatamente pelo desvelamento da relação entre filosofia e direito, passando pela demarcação do território da dogmática penal (teoria geral do delito), no bojo do qual será realizado o debate em torno da tipicidade, buscando, em seguida, (re)visitar a posição dos principais autores, desde o surgimento da ideia de tipo penal até a composição atual da noção de crime como ação, típica, ilícita/antijurídica e culpável.<sup>18</sup>

Para entender o atual momento da teoria geral do delito, no qual a dogmática penal é tomada como “a” ciência do direito penal, torna-se fundamental considerar que as grandes transformações do pensamento jurídico, ocorridas ao longo dos séculos XVIII, XIX e XX, acontecem no contexto de uma discussão mais ampla, a

---

<sup>18</sup> Para discutir as velhas e as novas crises da tipicidade no âmbito da teoria do delito é comum haver uma espécie de levantamento cronológico dos acontecimentos que marcaram o pensamento modernocientífico-ocidental, no que se convencionou chamar de evolução da teoria geral do delito. Entretanto, ainda que neste trabalho sejam estudados alguns dos autores mais conhecidos, respeitando a cronologia das transformações provocadas por suas obras, o objetivo principal será fazer mais do que reconstruir a noção de crime, o que deve acontecer pelo fato de a leitura estar permeada, desde sempre, por uma preocupação crítica de quem pensa filosoficamente o direito. Vale insistir: desde que o jurista compreenda as possibilidades abertas pela infiltração da filosofia no direito, isto é, tomando a filosofia como condição de possibilidade para o enfrentamento das crises do direito, ele deverá perceber, com clara nitidez, a transformação do seu modo de ser jurista e, conseqüentemente, do seu modo de atuar em direito. A opção de fazer uma apresentação de pontos significativos da noção de crime a partir dos manuais de direito penal não impede que já sejam feitas algumas intervenções críticas a respeito deste modo de fazer direito, especialmente no Brasil, de modo a permitir que, na seqüência, esteja preparado o terreno para a pesquisa em torno daquilo que será apontado como crise da tipicidade. Desde logo, vale dizer, não haverá neste levantamento teórico uma preocupação com a profundidade ou o esgotamento dos temas e seus autores, notadamente, pelo fato de este trabalho não ter a teoria do delito, especificamente, como foco, sendo indispensável apenas fazer um apanhado do estado da arte da dogmática penal a respeito da tipicidade a fim de tentar demonstrar algumas das possíveis causas da crise de paradigma vivida pelo direito na contemporaneidade. Para a boa compreensão do que se pretende com o recorte aqui apresentado, fica a ressalva de uma verificação nem tão profunda do tema, exatamente pela sua vastidão e pela impossibilidade de ser esgotado. Para o intuito do trabalho neste momento, portanto, importa fazer uma apresentação (ainda que perfunctória) do quadro geral da teoria do crime, com especial atenção para os conceitos e para a expectativa que é depositada pelos cientistas nessas estruturas no contexto da teoria analítica do crime. No âmbito do discurso da ciência do direito, resta evidente a falta de percepção dos juristas de que direito é linguagem e, por esta carência, não entendem que as palavras não carregam sentido desde sempre, que não há essências dentro das palavras que, por outro lado, também não são capas de sentido. O jurista deve adjudicar o drama da linguagem, admitindo as dificuldades advindas da universalidade e particularidade do sentido que reside no falar de modo universal a respeito de entes específicos (Manfredo de Oliveira). O direito deve ser percebido na linguagem e ela, que é condição de possibilidade para o acesso aos entes, possui uma dobra (Stein), ou seja, há algo que fica escondido no que vai revelado. Algumas percepções desse fenômeno serão demonstradas adiante na crítica às abstrações do direito penal que, em nome da preservação do método jurídico (lógico-matemático), afastam o jurista do contato com a complexidade do mundo da vida.

respeito da delimitação dos objetos de estudo da filosofia e da ciência jurídica.

Este processo de consolidação é um fenômeno que está submerso num ambiente em que se pode considerar como ponto de partida: 1) o momento em que a filosofia aparecia como reflexão voltada para a sustentação do direito natural (*Juris Naturalia Scientia*); 2) a fase em que a filosofia volta-se para a reflexão em torno das condições de possibilidade do conhecimento jurídico, num movimento de separação dos objetos de interesse dessa e do direito; 3) redundar na fase em que o direito, ao confundir-se com a lei, deixa de necessitar da filosofia como instância de reflexão.<sup>19</sup>

Para o objeto do presente trabalho é fundamental enfrentar a consolidação da dogmática penal centrada na análise da lei ao estudar a teoria do delito, ou seja, quando o direito passa de um direito-ser (direito natural) para se confundir com a lei positivada (direito=lei), momento em que ocorre o afastamento daquele em relação à filosofia.

É imprescindível, pois, observar como fica a relação entre direito e filosofia no momento da transição do jusracionalismo ao juspositivismo, no processo que vai culminar com a transformação da dogmática na própria ciência do direito penal e que, ao mesmo tempo, vai transformar a filosofia (quase que exclusivamente) numa epistemologia do direito.

Certamente, não é uma tarefa viável traçar, de forma aprofundada, aquilo que pode ser entendido por filosofia do direito, pois, num certo sentido, essa será uma questão sempre em aberto, sobretudo quando, sob esse rótulo, pretenda-se esgotar a temática relativa à relação entre filosofia e direito. Há, inclusive, uma descrença na possibilidade de estabelecer uma relação forte entre autores, seus textos e o que pode ser circunscrito como filosofia do direito, restando sempre um conjunto de reflexões, formas de conhecimento inscritas na história, com questões datadas e submetidas às exigências e condicionantes ligadas ao momento, assim como aos conflitos e desejos de transformação de cada período.<sup>20</sup>

Ademais, uma história da filosofia do direito não será, necessariamente, uma filosofia da história da filosofia do direito, pois não haveria como garantir uma

---

<sup>19</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 94. Sobre este enfoque: NEVES, Antônio Castanheira. **A crise atual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia**: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 24.

<sup>20</sup> WARAT, Luiz Alberto. **Epistemologia e Ensino do Direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004. p. 48.

neutralidade axiológica desde a necessidade da seleção de autores, de momentos, da exposição dos vínculos porventura existentes entre o pensador, seu pensamento e a repercussão disso tudo para a filosofia, para a história e para o direito.<sup>21</sup> Por outro lado, trabalhar com filósofos e correntes filosóficas marcantes não implica, necessariamente, ter que percorrer o fio do tempo de maneira horizontal, linear, nem de tomar a filosofia do direito como condicionante e condicionada pela história, que também não deve ser tomada numa perspectiva de evolução, de acumulação, de sucessão de acontecimentos, como se os fatos fossem fotos no álbum de uma viagem no tempo.

Ernildo Stein mostra que pode haver, sim, uma seleção de pensadores e de correntes de pensamento que se sucederam ao longo do tempo e que isto abre um horizonte muito rico para a fixação dos caracteres que tornam possível um olhar amplo sobre a relação entre filosofia, direito, filosofia do direito e ciência do direito.<sup>22</sup>

Antes dos gregos, a humanidade vivia o despotismo da parataxe, em que a linguagem (e o que dela emanava) vinha dos deuses e reis. Dessa forma, tudo era pensado de acordo com o “Então Deus disse...”. A partir daí, na Grécia, com os sinais alfabéticos formais, a palavra podia ser governada pelos homens, quando, então surge a hipotaxe, em que a linguagem como instrumento dos humanos permite decidir pela subordinação: “mas, contudo, poderia...”, ou seja, abre-se a possibilidade do debate, da troca, do juízo pelo discurso, da condenação por razões e da absolvição por argumentos.

Já nos gregos, merece destaque a situação de Sócrates e Aristóteles, que não sofreram por terem transgredido alguma lei determinada, mas porque seu modo de pensar poderia provocar ceticismo diante de um direito fundado no poder divino, ou seja, pensar filosoficamente o direito e a polis. Na Grécia antiga, colocava-se em cheque a lei positiva da própria polis. Ora, a lei e o direito regem-se pela palavra e

---

<sup>21</sup> BILLIER, Jean Cassien. MARYIOLI, Aglaé. **História da Filosofia do Direito**. Barueri: Manole, 2005, Introdução. p. XV.

<sup>22</sup> STEIN, Ernildo. **Pensar e Errar: um ajuste com Heidegger**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011. p. 195. No mesmo sentido: STEIN, Ernildo. **Breves Considerações Históricas Sobre as Origens da Filosofia no Direito**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, vol. 1, n. 5, p. 97-110, 2007. Nessa linha, em outro texto, Stein desenvolve a ideia de “princípios epocais”. Fazendo referência ao fato de que os diferentes momentos históricos são marcados pelo predomínio de certas posturas filosóficas. Como explica Stein: “Quando se fala em princípio epocal se quer dizer, e isto para Heidegger é muito importante, que cada época da história da metafísica é caracterizada por um princípio objetificado que marca todos os fenômenos da época. Esta é a bela ideia exposta no início do artigo de Heidegger: O Tempo da imagem do mundo, em que ele diz que todas as marcas da cultura provêm de um elemento metafísico que determina a História, a Ética, a Política, a Antropologia, a Psicologia.” STEIN, Ernildo. **Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2008. p. 74.

não pelo oráculo, de tal forma que é dando razões e trocando razões, interpretando a palavra escrita na lei que os humanos buscam a aproximação do justo.

Os pragmáticos romanos, por seu turno, conseguiram universalizar um sistema de direito, notável tanto na origem do *cives romanus*, quanto na contribuição de filósofos como Cícero e suas lições de dignidade que valem até os dias atuais.<sup>23</sup>

Foi, pois, na Idade Média que se desenvolveu uma das mais complexas relações entre filosofia e direito, exatamente quando o pragmatismo romano imperial dá lugar às duas cidades de Agostinho, ou seja, o modelo universal do *cives romanus* dá lugar ao habitante das duas cidades, o *cives christianus*.<sup>24</sup>

É neste momento que a filosofia medieval consegue o impossível (filosoficamente): a partir de uma interpretação cristã de Platão e Aristóteles promovem a aproximação entre parataxe e hipotaxe, emergindo a complexidade e a problemática da relação poder sacro e poder profano.

Na Grécia a tensão entre teologia política (deuses) e a descoberta do logos (razão) permanecia em suspense. Por outro lado, no período medieval, não eram mais os gestores da polis que precisavam se ocupar com a teologia necessária para o bom funcionamento das coisas sublunares, mas os gestores da igreja é que tinham que se adaptar a essa nova cultura e as formas pelas quais ela se apresentava. Esse aspecto gera uma situação complexa a qual pode ser descrita, de uma forma simples, como uma espécie de inversão, já que, primeiramente, os políticos cuidavam da teologia, mas, no medievo, os teólogos é que passam a tentar tratar com os políticos.<sup>25</sup>

Na verdade, os gregos desenvolviam sua filosofia longe do Olimpo. Veja-se que o Deus de Aristóteles não cuidava das coisas sublunares relacionadas à polis, havendo, no medievo, uma interpretação (apropriação) da filosofia grega para o propósito de fundamentar o uso do poder pela igreja na polis, de tal forma que o

---

<sup>23</sup> Sobre essa questão, ver a obra de Harold Berman, na qual é feita uma retomada, desde o período romano, da formação do sistema jurídico, a partir das codificações. BERMAN, Harold J. **Direito e revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. São Leopoldo: UNISINOS, 2006.

<sup>24</sup> Com Stein, percebe-se que na obra de Agostinho, pode-se observar, pela metáfora das duas cidades, a cidade de deus e a dos homens, a passagem deste universo romano de respeito pela lei de Roma, no qual se desenvolve toda uma moral pagã, para um contexto em que se desenvolve uma nova concepção de homem e de cidadania. No seio dela surge o cristianismo e a grande questão da relação do poder sacro e o direito no começo do medievo. STEIN, Ernildo. **Pensar e Errar**: um ajuste com Heidegger. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011. p. 197.

<sup>25</sup> Isso pode ser visto na abordagem que faz Dieter Grimm, em obra que trata da relação entre Constituição e política. Neste texto, o autor deixa claro que, no período medieval as instituições religiosas determinavam o direito, sendo que a manutenção destas decisões tomadas cabia às diversas esferas de poder. GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. pp. 3-6.

deus dos filósofos é transformado no deus dos teólogos (passam a ser um só deus), que passa a cuidar (como providência) das coisas sublunares, isto é, do complexo mundo medieval. Na filosofia, no período medieval, portanto, desenvolve-se uma nova interpretação do mesmo direito romano clássico, notadamente a respeito das relações entre igreja e estado, agora, a partir das novas cores trazidas pela escolástica.<sup>26</sup>

No final da Idade Média, surge o problema da linguagem. Ockham e Duns Scotus começaram a revolucionar todo o panorama filosófico com a questão dos universais, definindo-se três concepções de linguagem: 1) a lógica da linguagem (gregos); 2) a teologia da linguagem (medieval); 3) humanismo da linguagem (passagem para o Renascimento). Dessa terceira etapa surge a questão da hermenêutica, especialmente com a Reforma, momento no qual se torna livre a interpretação dos textos das Escrituras Sagradas. Nessa mesma época, tomam forma a hermenêutica teológica, a hermenêutica jurídica e a hermenêutica na filosofia.<sup>27</sup>

Para o escopo deste trabalho, é fundamental a percepção de que o discurso sobre o método de Descartes promove a vitória da matemática e sua infiltração nas ciências do espírito. É, pois, na modernidade, que se opera uma profunda transformação na relação da filosofia com a ciência.

Modernidade que pode ser caracterizada, num sentido amplo, como um projeto cultural e social, altamente inovador e complexo, além de substancialmente ambíguo. Grandioso, por certo, pela enormidade das promessas a serem cumpridas, notadamente em uma sociedade capitalista na qual sempre houve a busca (nunca alcançada) do equilíbrio entre regulação e emancipação humanas, dois grandes pilares em que sempre esteve assentado. Ambíguo e contraditório, porque essas mesmas exigências de regulação e emancipação apontam para incompatíveis processos de concentração, exclusão, ao lado das promessas de justiça, igualdade, solidariedade.

---

<sup>26</sup> Novamente Stein vai dizer que os dois mundos de Platão são lidos pelos interpretes da igreja medieval como dois mundos reais, a cidade de deus e a cidade dos homens, gerando uma gama extensa de discussões sobre a competência do direito da igreja e do direito do estado, porém, com submissão da interpretação, mesmo dos filósofos do direito, ao pensamento teológico reinante. Vigorava nesse período a filosofia de cunho eminentemente objetivista com efeito deste paradigma sobre todas as interpretações do direito. STEIN, Ernildo. **Pensar e Errar**: um ajuste com Heidegger. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011. p. 198.

<sup>27</sup> Sobre estas transformações pelas quais passou a hermenêutica, ver: GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

O estado moderno nasce, pois, levando a efeito este projeto como uma força missionária, de cruzada, empenhado em submeter e transformar as populações dominadas a um exame completo da sua cultura, de modo a se tornarem sociedades ordeiras e afinadas com os preceitos da razão moderna.<sup>28</sup>

Uma sociedade racionalmente planejada, cujos mecanismos internos de reprodução e equilíbrio deviam ser substituídos por um mecanismo de controle construído para indicar a direção do projeto racional.<sup>29</sup>

Depois de romper com o medievo, o estado moderno aparece como um grande avanço. Sem dúvida, é na modernidade que passa a haver a noção de sujeito, de Estado, de direito, com todas as instituições e aparelhos indispensáveis à sua manutenção e funcionamento. De absolutista a liberal, o estado moderno rompe o século XIX e ingressa no século XX às voltas com as suas insuperáveis contradições, a ponto de ser indispensável a mudança de rumo para um estado intervencionista, providência ou estado social<sup>30</sup>, que aparece com o objetivo de diminuir as enormes desigualdades socioeconômicas e, com isto, assegurar a continuidade do estado moderno no seio de um projeto eminentemente capitalista (o que, obviamente, não acontece em todos os países).<sup>31</sup>

Esta digressão é necessária, pois não há como falar em filosofia e em direito penal, sem destacar a condição deste último como mecanismo formal de busca do equilíbrio, dentro do estado moderno, entre a noção de *regulação* e a necessidade de reconhecimento do *homem como sujeito de direitos*, notadamente a partir da segunda metade do século XIX no bojo do estado intervencionista europeu.

É aqui que a dogmática penal impõe-se como grande paradigma científico incumbido da geração deste equilíbrio, a partir da garantia formal de segurança jurídica, decorrente da limitação da violência do estado contra os cidadãos. Com a

---

<sup>28</sup> Numa perspectiva abrangente, Anthony Giddens afirma que a modernidade caracteriza-se pelo processo ocorrido na Europa do século XVIII, que reorganizou as estruturas sociais. Por isso, o autor vai chamar de “um costume, um estilo de vida”. GIDDENS, Anthony. **As consequências da Modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991. Embora na obra *Epistemologia e crítica da modernidade* Ernildo Stein não pretenda apresentar conceitos, mas, sim, problematizar tal tema em tempos chamados pós-modernos, sob uma perspectiva filosófica, ele traz duas importantes abordagens: 1) que a modernidade coincide com a subjetividade (Hegel); e 2) que a modernidade é uma característica europeia ligada à racionalidade (Max Weber). STEIN, Ernildo. **Epistemologia e crítica da modernidade**. 3. ed. Ijuí: Unijuí, 2001. pp. 11-20.

<sup>29</sup> BAUMAN, Zigmunt. **Modernidade e Ambivalência**. São Paulo: Jorge Zahar Editor, 1999. p. 29.

<sup>30</sup> Sobre as diversas facetas que assumiu a noção de Estado, nas diversas tradições, ver a obra de Danilo Zolo e Pietro Costa. COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O Estado de Direito: História, teoria e crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

<sup>31</sup> STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 23.

consolidação na Europa e pelo processo de rápida transnacionalização, a dogmática acaba por se tornar “a” ciência do direito penal, tendo como objeto, o direito positivo vigente, e como tarefa, a construção de um sistema de conceitos elaborados a partir da interpretação desse direito posto, tudo isto para, em última análise, passar a mensagem de racionalização da aplicação judicial do direito penal, sempre com o discurso da busca de segurança jurídica.

Em outras palavras, a missão da elaboração técnico-jurídica da dogmática penal estaria voltada para o desenvolvimento de um sistema de teorias e conceitos, congruentes com a interpretação das leis penais, que garantissem a uniformização e a previsibilidade das decisões judiciais o que conferiria a chamada segurança jurídica. A dogmática - e sua arquitetura teórica e conceitual - consubstanciada em critérios objetivos de imputação de responsabilidade penal, visava vincular o horizonte decisório à noção de legalidade na expectativa de evitar a arbitrariedade, exatamente pela ligação da decisão judicial à lei.<sup>32</sup>

Paradoxalmente, como se verá adiante, a segurança jurídica a ser obtida pela consistência e congruência interna dos conceitos da dogmática penal acaba não sendo alcançada e, como decorrência, ocorre um distanciamento do discurso jurídico (reducionista) em relação à vida (complexa), além do fato de haver a obtenção de decisões acertadas, tanto por meio da aplicação correta do direito ao caso, como também (e isto é o mais grave) por *sorte* ou por *acaso*, graças ao espaço ocupado pela arbitrariedade, pela discricionariedade, pelo ativismo em matéria de interpretação.

Quanto ao ponto de interesse deste trabalho, vale referir que a crise da tipicidade ocorre no interior de uma dogmática com um altíssimo grau de especialização dos conceitos, com um complexo arcabouço técnico, numa analítica bastante avançada (que perdura ao longo de mais de um século de alentado debate doutrinário), ou seja, com todo o esforço científico-dogmático, não está sendo alcançada a tão almejada segurança jurídica. A ciência jurídico-penal não está cumprindo com a sua função primordial de *encontrar solução para os problemas*, estando a necessitar da filosofia para, com seus *standard de racionalidade*, criar as condições de possibilidade para pensar os problemas da solução.

Quando a ciência não soluciona os problemas, a filosofia pode (deve) ajudar a

---

<sup>32</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: 2003. p. 26.

pensar os problemas da solução. Fora daí, o jurista continuará a comportar-se como o homem que procura, embaixo do poste de luz, o objeto perdido na parte escura da rua.<sup>33</sup> É claro que esse déficit não apaga a importância da dogmática penal. Ao contrário, aumenta a importância do trabalho de criação de uma teoria do direito capaz de dar conta da garantia constitucional a uma resposta correta, sobretudo em direito penal, onde o erro judiciário (geralmente, fruto da abertura completa para a discricionariedade na interpretação) é quitado com a indevida condenação e privação da liberdade das pessoas.

Nesse dilema, entra em questão, o tema do método.

Sem dúvida, é na modernidade que esse aspecto passa a ser discutido com força no âmbito do conhecimento filosófico, quando, do ponto de vista histórico, os filósofos começam a se perguntar pelos procedimentos a serem utilizados na filosofia, entrando em cena a crise do fundamento.

Destaca-se toda a influência da revolução cartesiana para a reflexão em torno do método, a qual traz, conjuntamente, o problema da subjetividade, que vai servir de *suporte* para o desenvolvimento do debate. Para a filosofia, o método toma proporções verdadeiras em Kant, com a distinção entre as questões de fato e as questões de direito, introduzindo o problema fundamental.<sup>34</sup>

A partir daí, com a inauguração do método transcendental, a filosofia parou de analisar objetos para examinar as condições de possibilidade do conhecimento e dos objetos do conhecimento. Com tal procedimento, é realizada a distinção necessária entre sujeito e objeto, ou seja, abre-se o horizonte para a problematização do dualismo na filosofia ocidental e as condições para a sua superação.

Antes da revolução moderna do método, a filosofia se apresentava como conhecimento metafísico, passando a ser, a partir de Kant, uma metafísica do conhecimento.<sup>35</sup> O método, portanto, significa o modo para resolver o problema do

---

<sup>33</sup> Faz-se, alusão, aqui, a metáfora utilizada por Ernildo Stein na obra *Aproximações sobre hermenêutica*, que, mais tarde, será tematizada. STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre Hermenêutica**. Porto Alegre: Edipucrs, 2004. pp. 42-43.

<sup>34</sup> Kant, na *Crítica da Razão Pura*, traz a distinção entre o nómeno e o fenómeno, categorias criadas para tratar do “mundo do dever ser” e do “mundo do ser”. KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. pp. 283-299.

<sup>35</sup> Jean Grondin destaca que: “A crítica kantiana [...] significou, com eficácia histórica, a derrocada do racionalismo [...]. Em face de todo o destaque dado à capacidade naturalmente constitutiva da pura razão, era, sem sombra de dúvida, uma humilhação da razão, o que Kant propunha na *Crítica da Razão Pura*. Pois era pressuposição básica do racionalismo, que o espírito humano, embora mortal, tinha, não

conhecimento, desempenhando um papel na busca de solução para o dualismo da metafísica ocidental.<sup>36</sup>

Mas que dualismo é este? O que significa este dualismo metafísico para o e no direito? No sentido aristotélico (*zoon logon echon*) o homem aparece como um animal racional, como o ser vivo que possui linguagem. Surge, de forma eloquente, o dualismo que aparece em toda a tradição e que Heidegger chamará de Metafísica.

No interior da linguagem, geralmente ocorre uma espécie de operação pela qual se torna possível a transferência de significados não sensíveis para imagens ou de elementos sensíveis a esferas não sensíveis. Esta operação só pode ser realizada mediante a pressuposição (intuitiva) da existência de dois mundos: sensível e suprassensível, distinção que ocupa papel central na tradição metafísica.<sup>37</sup> Este dualismo está presente em todo o pensamento ocidental, exatamente nessas divisões entre o natural e espiritual, corpo e alma, sensível e suprassensível, consciência e mundo, corpo e mente. É pelo dualismo da metafísica, portanto, que sempre vem intuída ou pressuposta a divisão de dois mundos, um sensível e outro suprassensível, um do ser e outro do dever-ser, como se houvesse o mundo natural (ser) e uma espécie de mundo paralelo (dever ser).

Para o direito, este dualismo aparece na oposição entre *physis* e *nómos*, sendo a primeira, vista como a natureza, que corresponde ao animal, ao corpóreo, ao sensível e a segunda, a lei-direito, que se situa no âmbito do racional, do

---

obstante, condições de reconhecer, com ajuda de seu pensamento, a construção lógica e coerente do mundo. Representativo era aí o princípio da razão suficiente (*nihil est sine ratione*), que tem sua sede em nossa mente. Dele devem ser deduzidas a priori, isto é, de princípios de nossa razão, as 'Vernunftwahrheiten' (ou verdades racionais, *vérités de raison*, dizia Leibniz no alemão da época). Da circunstância de que o princípio de razão suficiente deriva da nossa razão, Kant tira a conclusão de que a ordem, por ela constituída ou descoberta, tem validade apenas para o mundo dos fenômenos, ou das coisas, no modo como elas se manifestam e são elaboradas por nós. O mundo das coisas em si mesmas desaparece, agora, em pura irreconhecibilidade." GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p. 119.

<sup>36</sup> Por isso Ernildo Stein vai dizer que a filosofia não investiga mais ao modo dos outros procedimentos científicos, pois ela constrói hipóteses, dentro de um paradigma, de como estabelecer um standard de racionalidade que possua um caráter de método filosófico específico. O autor afasta a afirmação simplista de que o método constitui mero caminho, especialmente a partir da problemática transcendental, ou seja, não basta pensar no estabelecimento de procedimentos para fundamentar o conhecimento filosófico. Por isso, também afirma que método e filosofia passam a se aproximar de tal maneira que, com relativo cuidado, pode-se dizer que a filosofia é uma questão de método. O autor quer dizer, e diz, que método e ocupação filosófica com standard de racionalidade de seu paradigma passam a coincidir. Em palavras bem simples, pode-se dizer que o filósofo só sobrevive com o seu método, quando incorporado à sua Filosofia. Exatamente por isso que uma posição filosófica toma seu verdadeiro contorno no contexto do método. STEIN, Ernildo. **Exercícios de Fenomenologia: limites de um paradigma**. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. p. 128-134.

<sup>37</sup> STEIN, Ernildo. **Exercícios de Fenomenologia: limites de um paradigma**. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. p. 109.

espiritual, do suprassensível.<sup>38</sup> A tradição metafísica toma esta distinção entre o animal e o racional para a constituição da clássica oposição entre natureza e direito. Esta tensão, mais do que interferir, vai condicionar o modo como o direito é conhecido.<sup>39</sup>

Depois de Kant é que se torna possível falar em filosofia do direito, embora a expressão tenha sido cunhada, posteriormente, por Hegel no topo do século XVIII e início do século XIX. Exatamente nesse período marcado pela transição do direito natural, jusnaturalismo ou jusracionalismo moderno-iluminista à positividade histórica do direito, que se dá, sobretudo, a partir da codificação, ou seja, no momento em que o direito passa a se confundir com a lei. Quando direito é o que está legislado, sobra, por evidente, muito pouco ou nenhum espaço para a filosofia como lugar de reflexão no qual o cientista poderia pensar o próprio pensamento. A partir daí, é que aparece a filosofia do direito, como título e como uma pretensão de fantástica amplitude e sistematicidade em Hegel.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> A distinção entre *physis* e *nomos* também pode ser compreendida sob a perspectiva da oposição entre natureza e norma, conforme expõe Liz Beatriz Sass: “[...] *nomos* e *physis* estão intrinsecamente relacionados no pensamento grego arcaico. O naturalismo emergente do pensamento dos primeiros filósofos pré-socráticos refere uma organização advinda do mundo da *physis*, no qual prevalecem as leis que o homem não formulou e nem pode alterar, mas cuja contemplação permite ao homem grego traçar um sistema normativo que constitui a base do seu ordenamento comunitário, revelado a partir do *nomos*. Portanto, a esfera do *nomos* não se opõe à esfera da *physis*, pois consiste na reelaboração das normas nela contempladas para o mundo da vida ativa, ou seja, da política”. SASS, Liz Beatriz. **Direito e natureza**: (re)construindo vínculos a partir de uma ecocidadania. Curitiba: Juruá, 2008. p. 89.

<sup>39</sup> Rafael Tomaz de Oliveira afirma que: “De algum modo, a descrição dos fundamentos do direito, sua justificação e correção, bem como os problemas relativos à justiça passaram a ser pensados de acordo com a *physis*, com a natureza, em detrimento do espírito e da ação humana livre que, embora influenciassem as investigações dos fundamentos, sempre esbarravam no discurso sobre certa ideia natureza. Temos aqui, portanto, outra importante cisão para o pensamento do direito: teoria e prática. A teoria, enquanto reflexão sobre a verdade ou falsidade de algo, sempre ancora seu fundamento numa ideia última e acabada de natureza; ao passo que a prática, enquanto pergunta e decisão pelo que é bom e pela correta ação, sempre levou a uma espécie de impossibilidade de justificação teórica, não obstante o pensamento jurídico preserve uma tendência de sempre se encaminhar a essa direção. As mais diversas manifestações do chamado direito natural mostram isso. Ou seja, são construções teóricas que procuram encontrar fundamentos no ser (entendido em seu sentido tradicional) daquilo que era explicado como um dever-ser: o *nómos* que se propõe a reger, pelo atributo da racionalidade, o agir humano livre.” OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 34.

<sup>40</sup> Ernildo Stein refere que, entretanto, por pensar o direito na filosofia, Hegel não consegue romper com a dificuldade de aproximação da filosofia no direito. O pensamento dialético tem como pretensão apresentar o sistema na história como efetivo, deve exibi-lo como absoluto. A linguagem, portanto, coincide com o objeto. Há uma superposição entre significado e objeto. O espírito vai se mostrando em seu desenvolvendo na progressiva supressão das diferenças até a identidade da identidade com a não identidade. A filosofia do direito é a exposição da efetividade do social e do político enquanto eticidade, isto é, enquanto realização da subjetividade dos costumes pela progressiva incorporação no movimento do espírito. Por isso, o Direito é exposto, e não interpretado. No idealismo especulativo, os conceitos são grãos ontológicos e, assim, eles dizem tudo; não há necessidade de uma hermenêutica do texto. Na exposição dos sistemas dialéticos a hermenêutica é apenas um apêndice. STEIN, Ernildo. **Pensar e Errar**: um ajuste com Heidegger. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011. p. 200.

Este momento, portanto, marca a passagem do *iuris naturalis scientia* para uma filosofia do direito, tomada como atividade crítico-filosófica do direito historicamente real, que passava a ser - diante da sua existência positiva - tomado como o único direito. Porém, se o direito natural preparou o caminho para o surgimento do movimento de codificação e acaba se consumando no direito positivo, então seria possível dizer que o *iuris naturalis scientia* teria já como consumada sua tarefa histórica e, também que, sendo direito apenas o direito positivo, estava já aberto o caminho para o pensamento jurídico converter-se em ciência do direito, assim como sua dimensão filosófica tenderia a dar lugar apenas à epistemologia. Isto acaba acontecendo, porém, mais à frente, pois, antes, opera-se uma autonomização da filosofia do direito *stricto sensu* em relação à *iuris naturalis scientia*, o que decorre fundamentalmente do pensamento de Hegel, marco final do pensamento. Antes de Hegel, a reflexão sobre o direito não era assim designada, sendo o direito um braço da filosofia prática, no interior do qual se apresentava, em primeiro plano, a reflexão sobre o problema da adequação do direito humano positivo a algo perfeito, transcendente, uma ordem tão coerente e tão certa quanto a natureza: o direito natural. Com Hegel, a reflexão filosófica sobre o direito deixa de ter esse fundo regulatório - adequação do direito positivo à natureza - e passa a ter como ponto de partida uma reflexão crítica do direito historicamente real. Exatamente pelo aparecimento da filosofia do direito como uma filosofia do direito positivo, historicamente real, torna-se inevitável a sua própria superação, ante o surgimento das teorias do direito que se firmaram com as epistemologias positivas do século XIX.<sup>41</sup>

É muito importante para o raciocínio que será adiante desenvolvido observar este aspecto de que a filosofia do direito surge exatamente na grande virada do direito natural para o positivismo jurídico<sup>42</sup>, num momento em que o direito passa ser

---

<sup>41</sup> NEVES, Antônio Castanheira. **A crise atual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia**: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 23.

<sup>42</sup> Importante a observação de Lenio Streck a respeito desta questão, quando assinala que: “A tradição apresenta, classicamente, dois modos para caracterização do conceito de Direito: o primeiro é chamado de jusnaturalismo e o segundo - que se constrói no decorrer da modernidade, como espécie de consequência do primeiro - é o positivismo jurídico. Inicialmente, é importante advertir que essa oposição só se apresenta de modo absolutamente determinado no contexto das teorias jurídicas experimentadas pela idade moderna. Isso significa que, quando se afirma, como também fazem Arthur Kaufmann (2002) e Castanheira Neves (2003), que o positivismo jurídico representa uma consequência ou a consagração dos ideais jusnaturalistas e fala-se do jusnaturalismo moderno e não do jusnaturalismo clássico (greco-medieval). Do mesmo modo, é preciso ressaltar que positivismo jurídico

considerado apenas e tão somente o direito posto, positivado, ou seja, ele não constitui mais uma forma de especulação normativamente regulativa do jurídico (própria do direito natural), mas se propõe a uma reflexão crítica do direito historicamente real (posto). A partir desta transformação, com Kant e Hegel, especialmente, à filosofia do direito não incumbia mais tratar da questão de como o estado e o direito deveriam ser, mas, sim, mostrar como o estado e o direito, deveriam ser conhecidos. Em outras palavras, a filosofia não deveria mais se ocupar com o direito da natureza, mas, agora sim, da natureza do direito (no plano da sua inteligibilidade). De superior ao estado, o direito passa a ser seu subordinado.<sup>43</sup>

Pode-se até considerar que a filosofia do direito, entendida a partir dos grandes sistemas filosóficos, compreendia uma filosofia da ciência do direito e uma filosofia do direito penal, responsáveis pela discussão dos temas jurídicos ditos fundamentais, mas apenas no passado, pois, em algum momento, a preponderância do pensamento filosófico sobre o pensamento científico deu lugar a uma sobreposição do jurídico ao filosófico, com a verificação de uma autonomia e independência da ciência jurídica em relação à filosofia.<sup>44</sup>

A filosofia do direito não seria diferente de outros ramos da filosofia por ser mais especial, mas por fazer a reflexão sobre questões jurídicas essenciais, sobre problemas jurídicos fundamentais, discutindo-os e dando-lhes, tanto quanto possível, uma resposta. Entretanto, o surgimento da filosofia do direito ocorre exatamente quando a legitimação do direito deixa de passar pelas altas indagações ligadas ao direito natural para ser legitimado pela simples positivação (direito válido é o direito posto). É certo que ela (a noção de filosofia do direito) surge quando não há mais necessidade e nem possibilidade de serem levantadas essas questões relativas aos grandes temas que sempre moveram a filosofia para o interior das

---

e Direito positivo são coisas distintas. Com efeito, o Direito positivo representa um conjunto de normas jurídicas que regem uma determinada realidade social, geográfica e historicamente determinada, ao passo que positivismo jurídico é uma postura teórico-metodológica acerca do Direito positivo. Todas as doutrinas clássicas do Direito Natural conviveram com um Direito positivo. A grande questão é que esse Direito positivo devia estar enquadrado numa ordem objetiva de coisas encontrada na natureza. Já no caso do positivismo jurídico que tem lugar na modernidade, sua característica individualizante - registre-se, herança do nominalismo medieval - e seu caráter de representação sistemática do mundo acabarão por se opor ou simplesmente desconsiderar a existência de um Direito Natural tal qual apresentado pelas doutrinas clássicas." STRECK, Lenio. O Direito como um conceito interpretativo. **Pensar**, Fortaleza, v. 15, n. 2, jul./dez. 2010. p. 502.

<sup>43</sup> KAUFMANN, Arthur. **Introdução à Filosofia do Direito e a Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 25.

<sup>44</sup> HASSEMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editores, 2008. p. 24.

discussões jurídicas. Neste contexto, passou a ser uma das questões obscuras da relação entre filosofia e direito: saber se o jurista formularia as perguntas e o filósofo daria as respostas ou se o jurista formularia as perguntas e ele mesmo responderia com a “ajuda” da filosofia. Em qualquer caso, ficou sempre a questão a respeito de qual das filosofias do direito seria a pior: a dos puros filósofos ou a dos puros juristas.<sup>45</sup>

Na verdade, esta questão envolvendo os diversos modos como a filosofia e o direito estabeleceram suas relações no curso do século XIX, tem como pano de fundo o isolamento do objeto da ciência do direito no estudo da lei. Isso redundou na formação de uma dogmática própria e exclusiva do direito, como requisito para a existência de uma verdadeira ciência jurídica (o que foi extremamente reforçado pelo positivismo jurídico, em especial de corte kelseniano).<sup>46</sup>

O positivismo jurídico que se desenvolve colado no movimento da codificação próprio do estado moderno oitocentista, provoca o agigantamento da ciência jurídica como estudo da lei, o que acontece exatamente no momento de apagamento (crise) da tarefa filosófica.<sup>47</sup>

De forma quase concomitante, dá-se a manifestação de um positivismo criminológico (também no século XIX) e a posterior afirmação, no âmbito penal, do juspositivismo ou positivismo jurídico (já dominante no direito privado), que vem com o objetivo declarado de purificar o objeto da ciência penal, especialmente para excluir os fatores antropológicos e sociológicos dos domínios do jurídico. A dogmática surge, pois, como uma reação tecnicista contra a herança jusracionalista da Escola Clássica e contra a herança criminológica da Escola Positiva, ou seja, como uma forma de insurgência contra um sincretismo metodológico oscilante entre o jusracionalismo (Carrara) e o positivismo criminológico (Lombroso, Ferri), situação

---

<sup>45</sup> Nesse ponto, vale citar a questão posta de maneira ácida por Arthur Kaufmann, sobre qual das filosofias do direito seria pior: se a dos “puros filósofos” ou a dos “puros juristas”, ao que responde serem igualmente más. KAUFMANN, Arthur. **Introdução à Filosofia do Direito e a Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 25.

<sup>46</sup> Sobre esta questão, Simone Goyard-Fabre, em sua obra *Os fundamentos da ordem jurídica*, menciona que “[...] a multiplicidade de relações que o direito mantém com outros campos da existência humana mostra a dimensão da dificuldade existente para circunscrever seu campo próprio [...]”. Neste sentido, a autora refere que a história do direito é, então, marcada por “três ondas emancipatórias” (dessacralização do direito; separação entre direito e moral e a busca pela neutralidade axiológica do direito), tendo o positivismo jurídico contribuído sobremaneira para tanto, através da afirmação de uma pureza do direito (de uma ciência jurídica), isto é, expulsando quaisquer elementos não jurídicos de seu conteúdo, o que, à evidência, também pode ser considerado um problema. GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. XVIII.

<sup>47</sup> STEIN, Ernildo. **Pensar e Errar**: um ajuste com Heidegger. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011. p. 202.

que era criticada por provocar uma forma de esvaziamento do conteúdo propriamente jurídico do direito e da ciência penal, pois continha antropologia, psicologia, estatística, sociologia, política e, especialmente, filosofia.<sup>48</sup>

Esse movimento de purificação do discurso jurídico acaba provocando o isolamento do direito em relação aos demais ramos do saber (como a filosofia, por exemplo). Primeiro, o direito fecha-se em si mesmo, ou seja, em torno do seu objeto (a lei). Depois disso, demarcado o território da ciência do direito, o encontro com as demais áreas passa a ocorrer pela transposição do conhecimento dessas demais áreas para o âmbito jurídico. Essa correlação de forças desiguais, notadamente entre direito e filosofia, faz com que o primeiro, como grande monumento do estado moderno, tome a filosofia e as demais áreas do conhecimento como suas auxiliares, pensamento que permanece íntegro até os dias atuais.<sup>49</sup>

A importância dessa questão reside no fato de o jurista em geral acreditar piamente na possibilidade de o direito aprisionar a filosofia (e outras ciências) no interior dos seus domínios, o que é facilmente detectável na questão da própria filosofia do direito, assim como nas conhecidas disciplinas jurídicas ditas auxiliares, como sociologia jurídica, psicologia jurídica, psiquiatria jurídica, antropologia jurídica, entre tantas outras.

Considerando tudo isso, não se pode deixar de referir que a filosofia do direito acabou repercutindo uma apropriação do discurso filosófico para o âmbito da fundamentação do direito. De fato, importa ver que o surgimento da noção de filosofia do direito acontece num momento em que o direito, pensado filosoficamente, toma a filosofia como *ciência* da ciência jurídica, ou seja, a filosofia do direito não necessitaria mais ser exercida por filósofos, mas sim por juristas, o que efetivamente acontece e culmina por gerar uma abordagem peculiar, exatamente diante da apropriação do conhecimento filosófico pelo direito, sem o devido respeito à diferença de níveis que há entre os dois tipos de discurso - filosófico e científico.<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: 2003. pp. 79-80.

<sup>49</sup> Por todos: DIAS, Jorge Figueiredo. **Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 22.

<sup>50</sup> Cumpre, desde logo, denunciar a impossibilidade de ser a filosofia tomada como ciência da ciência do direito, devendo ser destacada a importância da percepção de que a filosofia no direito (expressão cunhada por Lenio Streck e Ernildo Stein) pressupõe a existência de uma teoria do direito que não despreze as transformações e os avanços ocorridos no interior da filosofia (porque estruturantes de toda forma de conhecimento), o que necessariamente implica uma mudança de comportamento do

A importância da discussão sobre a consolidação da dogmática como ciência do direito penal, afastada da filosofia como instância de reflexão do modo de pensar o próprio direito, abre caminho para o entendimento de muitos aspectos da crise da tipicidade na contemporaneidade, sendo fundamental estudar a teoria do delito, a partir da percepção de que a dogmática penal, especialmente a partir da virada do oitocentos em diante, simplesmente “usa” o discurso filosófico como discurso de fundamentação do discurso feito no interior da ciência do direito.

## 2.2 A TIPICIDADE NO CONTEXTO DOGMÁTICO DA TEORIA GERAL DO DELITO

Com este levantamento prévio das transformações ocorridas no interior da relação entre direito e filosofia - até a consolidação da dogmática como ciência do direito penal -, torna-se indispensável verificar de que modo essas modificações atuaram sobre o pensamento jurídico a respeito da tipicidade, notadamente a partir da metade do século XIX.<sup>51</sup>

O objetivo deste capítulo não está voltado para o aprofundamento do estudo da tipicidade pelo viés da técnica jurídica, mas sim, apresentar as principais ideias dos autores mais importantes, notadamente do causalismo e finalismo, tendo como

---

jurista na observação do fenômeno jurídico. Não mais filosofia do direito (no sentido tradicional), mas filosofia no direito, entendido como o movimento, filosoficamente orientado, do cientista do direito no interior da ciência jurídica. STEIN, Ernildo. **Uma Breve Introdução à Filosofia**. Ijuí: Editora Unijuí, 2002. p. 117.

<sup>51</sup> Um trabalho comum no qual se pretenda fazer uma abordagem sobre a tipicidade penal no âmbito da teoria geral do delito, geralmente, começa pelo enfrentamento dos modelos de ação relevante para o direito penal, aborda as transformações da noção de crime no curso do tempo e da história e, entre outras coisas, faz um enfrentamento de todos aqueles caracteres que compõem a chamada dogmática penal, desde o surgimento da modernidade até nossos dias. Ao começar este projeto, marcado pela necessidade permanente de tomar decisões sobre os caminhos a seguir, uma situação será frequente: a busca por um enfrentamento que retire o trabalho daquele lugar comum, porque o mesmo caminho levará para o lugar aonde outros já chegaram – e isto não basta. Por tal razão, a busca de um novo olhar, uma nova crítica ao *status quo* da doutrina penal sobre o conceito de crime, algo que não seja o mesmo de sempre (ficar fazendo o cansativo levantamento do que se convencionou chamar de evolução histórica da teoria geral do delito, para, depois, apontar as possíveis razões dos insucessos práticos deste modo de resolver, teórica e previamente, os problemas da vida) é o que se apresenta como um imperioso desafio. Para emergir esse modo diferente de ver o fenômeno é que foi feito o enfrentamento prévio da relação entre filosofia, direito penal e filosofia do direito, porque, antes de falar do direito como algo que está (sempre e desde sempre) posto, deve-se enfrentar questão filosófica, a qual, exatamente por ser complicada, é deixada de lado pelos autores que assinam o discurso oficial da ciência do direito penal. Preliminarmente, pois, foi feito o revolvimento da água parada para que o barro adormecido e acomodado no fundo viesse à superfície, revelando, se possível de forma constrangedora, que a água só estava limpa porque parada, ou seja, revelando como certas afirmações chegam ao ponto de transformarem-se em verdades (jurídicas), dado o enorme espaço de tempo no qual têm permanecido intocadas. Tal percepção, por certo, aponta para a necessidade de construção de uma teoria do direito, que considere uma nova relação possível e adequada entre direito (penal) e filosofia. Eis o desafio.

pano de fundo a discussão (prévia) a respeito da relação (ou do afastamento) da filosofia com o direito penal.

Assim, ainda que esta abordagem seja feita seguindo os “moldes estruturais” nos quais tradicionalmente ela é realizada no âmbito da teoria do delito, o tópico pretende ser um processo descritivo filosoficamente guiado, no exato sentido de que, por mais que seja apresentada uma simples leitura dos autores mais citados pela dogmática penal, essa operação estará impregnada dos pressupostos filosóficos que orientam este trabalho, formando, portanto, um horizonte permeado pela crítica.

De qualquer modo, mesmo uma problematização que se considere crítica (como a que agora é construída sobre a tipicidade penal), não dispensa a tarefa de retomar os temas centrais apresentados pela tradição sobre o assunto. Contudo, uma proposta como esta exige um esforço maior, que é o de apresentar a posição crítica a partir de um diálogo com a filosofia, que instiga ao questionamento. A tradição científica contemporânea, de índole positivista (visão cientificista de ciência), geralmente exclui os postulados críticos e reflexivos que deveriam acompanhar todo o processo de produção do conhecimento (científico). A perspectiva da ciência do direito refere-se à descrição racional do discurso jurídico, através de operações próprias; já a perspectiva da filosofia é elaborada também de forma racional, com a diferença de que se faz a partir do questionamento do direito e da própria ciência jurídica. Importa, pois, verificar que a dogmática jurídico-penal excluiu a filosofia como instância que pode tratar reflexiva e criticamente as denominadas operações científicas da ciência do direito. Por isso, geralmente as transformações do pensamento dogmático são apresentados de forma linear e sem nenhum conteúdo crítico apreciável, sempre na perspectiva de evolução. Como antes visto, é comum tomar a filosofia como epistemologia ou filosofia da ciência – no sentido positivista, como estudo das formas e conteúdos científicos que sustentam o discurso jurídico em sua elaboração teórica e em sua aplicação prática.

O que realmente importa é o rigor científico do enunciado jurídico, de tal forma que ficam os efeitos sociais do fato jurídico resumidos à eficácia dos procedimentos. Nessa visão cientificista do direito, extremamente redutora e herdeira do legado positivista, o que importa realmente é a consistência lógica e

científica dos enunciados e sua eficácia de aplicação.<sup>52</sup>

Esse aspecto mostra-se bastante claro já no início do debate dogmático, a partir do enfrentamento dos modelos de ação e suas respectivas caracterizações. De fato, constitui uma das grandes pretensões da ciência penal, desde os primórdios da sistematização dogmática dos conceitos jurídicos, a elaboração de um conceito geral e unitário de ação, compreensivo das formas de manifestação delitiva, capaz de propiciar um elemento pré-típico, estruturante do sistema, sobre o qual recairiam as valorações específicas da teoria do delito.<sup>53</sup>

A adoção de um conceito geral e unitário de ação, tido como *pedra angular* de toda a possível reconstrução do delito, carrega como pressuposto o atendimento de algumas funções que esse conceito deveria reunir, próprios de uma dogmática que sempre procurou, obsessivamente, dotar as palavras jurídicas de um conteúdo tal, que fossem capazes de emprestarem sua significação (dada antes) para todos os fatos da vida (examinados *a posteriori*). Segundo esse modelo, a ação teria uma *função classificatória*, a partir da qual todas as formas do agir humano que fossem relevantes para o Direito Penal (comportamento culposos, doloso, ativo ou omissivo) estariam compreendidas no conceito. Ainda, uma *função definitória ou de união*, já que este conceito deveria possuir um conteúdo material tal que *permitisse* a união da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade. Finalmente, numa *função delimitadora*, pois o conceito deveria excluir todos os comportamentos que não

---

<sup>52</sup> Este modo de atuar, desvelando a relação entre filosofia e direito ao fazer o estudo da dogmática, decorre da compreensão de que a filosofia pode ajudar na busca das respostas para aquelas perguntas sobre a ciência jurídica que a própria ciência jurídica (de tradição positivista) não busca responder, por não corresponderem aos objetivos a que se propõe. De fato, os problemas lógicos, epistemológicos, metodológicos e axiológicos podem ser observados no processo normal de produção, aplicação, interpretação e funcionamento do direito em qualquer sociedade ancorada num estado de direito democrático, sendo que, de um modo geral, não incumbe à ciência (jurídico-penal) solucionar tais problemas, por seus limites auto-impostos. Esse aspecto provoca o isolamento do direito e o afastamento das complexidades do mundo da vida. Por isso, Luiz Alberto Warat vai dizer com razão que o jurista, protegido no seu habitat juspositivista (fechado), é um técnico do direito que rejeita de forma explícita qualquer contaminação do seu objeto de estudo pelas infinitas e perigosas possibilidades abertas pela filosofia que questiona o posto e o pressuposto. Filosofia é para filósofos. O direito é feito no dia a dia. Não há tempo e nem espaço para grandes indagações. Enquanto os filósofos pensam, o direito acontece na rua, com prisões e abusos. Os juristas práticos (que reduzem a noção de prática jurídica ao ato de litigar), em geral, pensam que os filósofos devem preocupar-se exclusivamente com a filosofia, mesmo porque não entendem da “técnica jurídica”. Ou seja, rejeitam as possibilidades desse tipo de saber, o considerando um conhecimento inútil para a prática do direito, o qual é buscado por pessoas sem conhecimento da dogmática e que escondem, no artifício da sofisticação do discurso, uma total incapacidade de atuar de forma “prática”. WARAT, Luiz Alberto. **Epistemologia e Ensino do Direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004. p. 48.

<sup>53</sup> D'ÁVILA, Fabio Roberto. A ação como conceito compreensivo do agir e omitir. In: FAYET JÚNIOR, Ney (org.). **Ensaio penais em homenagem ao professor Alberto Rufino Rodrigues de Souza**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003. p. 280.

possuísem, em qualquer caso, relevância penal.<sup>54</sup>

O interesse permanente na teoria da ação estaria justificado pelo insubstituível *valor sistemático* de um conceito com tais características, de tal forma que a renúncia a esta construção representaria o abandono da visão ordenada e sistemática do delito. Tal argumento, entretanto, é rebatido por aqueles que defendem o abandono desta pesada empreitada, sob o fundamento de que a ausência de importância prática deste conceito compreensivo seria a confirmação da possibilidade (e necessidade) de concentrar o estudo do delito diretamente nas categorias da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

Embora haja respeitáveis nomes que ainda defendam a pesquisa em torno de um conceito geral de ação penalmente relevante,<sup>55</sup> o certo é que, atualmente, encontram-se bastante escassos os defensores de tal hipótese, diante de tantos e tão insuperáveis obstáculos de ordem filosófica, metodológica, prática, mesmo dentro de um conceito analítico de crime.<sup>56</sup>

Vigora, com maior aceitação, o entendimento de ser preferível que a doutrina renuncie a encontrar um conceito pré-jurídico geral de ação nos resultados de uma *excessiva abstração generalizadora e classificatória*, pois está claro que tal busca está orientada pela noção, segundo a qual seria possível pensar que os fenômenos deste mundo devem, por força, reconduzir-se a conceitos de maior abstração para formarem uma ordem preestabelecida que só importaria conhecer.<sup>57</sup>

Ao tempo em que se mostra cada vez mais evidente a necessidade de abandono desta busca de um conceito compreensivo do agir humano, nas suas mais variadas formas, não se pode dizer que o estudo acerca da ação ou omissão seja completamente inútil ou despropositado, desde que feito sob outras bases.

De fato, a atribuição de tão pesadas funções e a ilusão da possibilidade de alcançar uma abstração tal que pudesse compreender todas as possibilidades de conduta são os principais aspectos que desmerecem a empreitada intelectual já na largada.

No plano lógico e metodológico, a dificuldade aparece e cresce desde o

---

<sup>54</sup> MARINUCCI, Giorgio. **El delito como “acción”**: crítica de um dogma. Madrid: Marcial Pons, 1998. p. 14.

<sup>55</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 1997. p. 194, nota 7.

<sup>56</sup> MARINUCCI, Giorgio. **El delito como “acción”**: crítica de um dogma. Madrid: Marcial Pons, 1998. pp. 19-20.

<sup>57</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**. Parte Geral - Tomo I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 259.

momento em que aumenta a exigência de que o conceito unitário de ação dê conta de todas as expectativas e objetivos sistemáticos de categoria autônoma na noção analítica de crime, pois, de um lado, deve ser tão abstrato que possa agrupar todos os comportamentos penalmente relevantes e, de outro, também deve ser concreto e rico em conteúdo material que possa sustentar os juízos de tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

Nesse particular, não pode ser tão concreto que se sobreponha à tipicidade, mas deve ser determinado e compreensivo a ponto de permitir a exclusão dos comportamentos penalmente desimportantes.<sup>58</sup>

Na sequência deste trabalho, será bastante referida a questão do modo como os autores encaram a ação penalmente relevante, o que não representa a aposta na viabilidade ou na necessidade de elaboração prévia de um conceito unitário de conduta relevante para o direito penal, como se tem debatido até o presente momento.

A discussão que envolve a conduta pode e deve ser feita sobre outras bases, como referido. Uma visão hermenêutica da tipicidade deve recolocar a questão da linguagem noutra plano, não mais como algo instrumental (como um repositório de conceitos jurídicos), tampouco como algo que está à disposição do sujeito da consciência, mas como condição de possibilidade de acesso ao mundo. Ou seja, por todos os motivos, está na hora de abandonar a ilusória busca de um conceito prévio de ação, hipotético, instrumental, completo, por já estar evidente nesta quadra da história o fato de não ser possível prever num conceito, desde antes, a multiplicidade de acontecimentos do mundo da vida.

A falta da percepção da viragem paradigmática que desloca o papel da linguagem de objeto à condição de possibilidade pode ser identificada como uma das respostas para a crise de fundamento presente neste tipo de discussão. A precisão e a abrangência dos conceitos, não eliminam o caráter interpretativo do direito.

Para o enfrentamento da dogmática penal tradicional, entretanto, esta questão - da definição prévia de um conceito unitário e geral - ainda hoje é referida

---

<sup>58</sup> Por esta razão, Giorgio Marinucci destaca o caráter centauresco e proteiforme do conceito, que faz duvidar, por tão desesperadoras dificuldades lógico-construtivas, da sua realizabilidade. Por certo é um equívoco lógico e metodológico buscar um conceito pré-jurídico e pré-constituído de ação, capaz de abarcar a essência da vida, do homem e da natureza das coisas, como um conceito único e geral de ação para o direito penal. MARINUCCI, Giorgio. **El delito como "acción"**: crítica de um dogma. Madrid: Marcial Pons, 1998. p. 27.

como critério de divisão dos pensadores, ou seja, é possível dividir os autores segundo o modelo de ação por eles defendido ou presente no modo de trabalhar a noção de crime em suas obras. Dessa forma, aproximadamente entre 1880 e 1930, destaca-se a chamada concepção clássica do fato punível, de notória influência naturalista e juspositiva, a partir do declínio da filosofia hegeliana e recepção da filosofia kantiana.<sup>59</sup> Do início do séc. XX até a década de 30 cresce em importância a concepção neoclássica, cujos fundamentos podem ser encontrados no normativismo jurídico de raiz neokantiana. De 1930 até 1970, o debate concentra-se na concepção finalista, orientada por uma visão ôntica ou regional-ontológica do direito, ligada à fenomenologia e a uma filosofia material dos valores.<sup>60</sup> A partir de 1970, destaca-se a doutrina pós-finalista conhecida por concepção funcionalista ou teleológica-funcional e racional de fato punível.<sup>61</sup>

Interessa ao presente trabalho, notadamente nesta revisão das transformações relativas à teoria do delito, chamar a atenção para a presença do dualismo metafísico residente na cisão entre objetivo (natureza) e subjetivo (espírito), o que aparece na preocupação dos autores quanto à determinação dos elementos componentes da noção de crime, desde a conduta até a tipicidade. Esta é a marca do modo de atuar próprio do modo de ser do jurista moderno, especialmente a partir dos anos oitocentos (até hoje), que se desvela por um pensamento ainda arraigado aos pressupostos da filosofia da consciência, na qual se instaura a relação sujeito-objeto.<sup>62</sup>

Sinteticamente, pode-se antecipar que a noção de tipo penal vai de uma fase

---

<sup>59</sup> ANTON, Tomas S. Vives. **Fundamentos del Sistema Penal**. Valência: Tirant do Blanc, 1996. p. 104.

<sup>60</sup> ROXIN, Claus. **Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del Delito en Alemania**. México: UBIJUS Editorial, 2008. p. 13.

<sup>61</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**. Parte Geral - Tomo I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 248.

<sup>62</sup> Sobre a filosofia e a relação sujeito-objeto, Manfredo de Oliveira traz uma interessante construção: "Na modernidade, a filosofia transcendental, como Kant a articulou, é o ponto de partida de uma forma de pensar paradigmática para o pensamento moderno. Kant já no prefácio à Crítica da Razão Pura (KrVB XVI) diferencia sua posição do que para ele constituía a postura fundamental da tradição metafísica ocidental consubstanciada em sua tese básica: nosso conhecimento se orienta de acordo com o objeto, uma postura que leva, segundo ele, a posições inadmissíveis. A crítica o conduz à formulação de um novo quadro teórico para a filosofia enquanto tal: os objetos é que se devem regular de acordo com o nosso conhecimento. A novidade do quadro teórico esboçado por Kant é que aqui tudo o que é formalmente necessário para a compreensão de algo vem da própria esfera da compreensão e não da coisa compreendida e isto significa a expressão da autonomia do sujeito que não está preso por objetividades pré-dadas." OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Apresentação: direito, democracia e racionalidade procedimental. In: MAUS, Ingeborg. **O Direito e a Política**: teoria da democracia. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009. pp. v-xviii.

puramente objetiva, ligada a uma visão natural-mecanicista própria da segunda metade do século XIX, passando pela fase da descoberta de elementos subjetivos no tipo, caracterizada pela vinculação do pensamento jurídico-penal ao neokantismo, nas primeiras três décadas do século XX, seguindo pela fase objetivo-subjetiva do tipo, que decorre do finalismo (deslocamento do dolo e da culpa da culpabilidade para o tipo penal nos anos 30), chegando à fase da tentativa de retorno ao objetivismo, com os pós-finalistas e sua crítica a Welzel, a partir dos anos 70 do século passado até hoje.

Assim, como é sabido, o tipo surge e passa a compor o conceito de crime como um elemento autônomo puramente objetivo. Lizst e Beling podem ser considerados os fundadores do *sistema clássico de delito* e os criadores do conceito natural de ação, que decorre do positivismo de base naturalista, fruto de um verdadeiro monismo científico da época (segunda metade do século XIX). Se na década de setenta do século XIX, a Alemanha vivia o apogeu do positivismo jurídico formalista, a partir dos anos oitenta se desenvolveu o positivismo naturalista, que apesar de ter sua origem no positivismo científico, conduzia a resultado totalmente opostos ao positivismo jurídico. E não poderia ser diferente, afinal, o positivismo naturalista se baseava em uma metodologia própria das ciências empíricas. Daí porque o causalismo não logrou êxito, porque lhe faltaria conteúdo axiológico suficiente para transitar satisfatoriamente entre o mundo do ser e do dever-ser da metafísica tradicional - pois uma concepção de crime não poderia estar baseada, inteira e exclusivamente, numa mera lógica formal, alheia a qualquer valoração.<sup>63</sup>

Embora seja atribuída a Karl Binding a primeira grande obra no sentido da construção de uma ciência do direito penal com tais características, foi Franz von Lizst, no final do século XIX, que cunhou a expressão *ciência conjunta do direito penal* para referir um modelo até hoje respeitado, no bojo do qual se dá a inter-relação da ciência estrita do direito penal (dogmática jurídico-penal) com a política criminal (conjunto sistemático dos princípios fundados na investigação científica das causas do crime e dos efeitos da pena, segundo o quais o Estado deve levar a cabo a luta contra o crime por meio da pena e das instituições com ela vinculadas) e com

---

<sup>63</sup> Sobre o tema, vide: MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**: concepto y método. 2. ed. Montevideo/Buenos Aires: Editorial Bdef, 2003. p. 196. COSTA, José de Faria. **Noções fundamentais de direito penal**: fragmenta iuris poenalis. 2. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2010. pp. 196-199. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**. Parte Geral - Tomo I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 239; ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General**. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 1997. p. 279.

a criminologia (ciência das causas do crime e da criminalidade). Von Liszt é tomado como ponto de partida para a análise da dogmática jurídico-penal relativa ao conceito de crime, dentro da qual a tipicidade vai ocupando diferentes caracterizações, posições e funções no quadro geral da teoria do delito. Para Liszt, crime era o injusto contra o qual o Estado comina pena, ou seja, a ação culposa e contrária ao Direito. Por ação, entendia como o fato que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referível à vontade do homem. Por direito penal, entendia como o conjunto das regras jurídicas através das quais a pena como consequência jurídica é unida ao crime como tipo legal, sendo a função da ciência do direito penal a reunião sistemática e o desenvolvimento dessas regras jurídicas e as normas jurídicas o seu objeto e a lógica o seu método.<sup>64</sup>

Apesar da importância da obra de Liszt, se hoje resta evidente que o *nulla poena sine lege poenali* obriga a raciocinar por meio de tipos de delito, numa enumeração taxativa de condutas, é importante lembrar que esta forma de pensar surge apenas em 1906, na obra de Ernst Beling, quando o tipo penal é tomado verdadeiramente como elemento autônomo no conceito de crime.

A *teoria do tipo objetivo* de Beling constituiu um marco doutrinário de alta relevância para a *evolução* do conceito de crime, dentro da teoria geral do fato punível, já que todo o pensamento técnico-jurídico passa a tomar o tipo como elemento indispensável para pensar a estrutura analítica do delito, encarado, a partir daí, na sua feição tridimensional, como fato típico, antijurídico e culpável. A rigor, esses elementos do crime se convertiam *em meros predicados do conceito de ação*. Antes desse modo de ver o delito, o fato punível era definido apenas como uma ação antijurídica, culpável e ameaçada com pena, estando o tipo escondido na expressão *ameaçada com pena*.<sup>65</sup>

Como a construção teórica apresentada por Beling é feita no bojo do

---

<sup>64</sup> Franz Von Liszt também é o responsável pela expressão “enciclopédia das ciências criminais”, utilizada para referir o conjunto das disciplinas científicas que tinham o crime por objeto de estudo (sociologia criminal, antropologia criminal, psicologia criminal, etc.), as quais eram consideradas, com a história e a filosofia, as ciências auxiliares ou disciplinas jurídicas auxiliares ao direito penal. LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal. Tomo I**. Trad. de José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003. p. 209 e 215. Sobre o tema, em especial sobre a relação entre política criminal, dogmática jurídico-penal e criminologia, ver DIAS, Jorge Figueiredo. **Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. pp. 22-49. Ainda: D’ÁVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 18.

<sup>65</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General**. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 1997. sp. 277.

chamado *modelo causal de ação*, o tipo apenas deveria cumprir a função de descrever neutra e objetivamente o desenvolvimento de uma conduta, com o respectivo resultado. No *causalismo*, incumbia ao tipo apenas descrever o comportamento humano, tomado como mero movimento corpóreo desencadeador de um processo causal capaz de determinar o resultado, também considerado em sentido naturalístico (transformação perceptível do mundo externo).<sup>66</sup>

A concepção da chamada escola clássica estava assentada nos pressupostos do naturalismo positivista que dominou a segunda metade do Século XIX, o que carregou para o direito uma visão ideal de exatidão científica a qual caracterizava as ciências da natureza, de tal forma que o sistema do fato punível haveria de ser apenas constituído por realidades mensuráveis e empiricamente comprováveis<sup>67</sup>, desdobrando-se o crime em duas partes: objetiva, pertencente aos fatos do mundo exterior (ação típica e ilícita) e subjetiva, relativa aos processos psíquicos internos (ação culposa). Mais uma vez a presença e repercussão da dualidade da metafísica da tradição no modo de pensar o direito.

A ação típica e ilícita tornar-se-ia culposa diante da existência de um nexo psicológico entre o agente e o fato objetivo. Sendo assim, a doutrina passou a considerar esse período como sendo a fase da concepção psicológica da culpabilidade, categoria na qual eram analisados o dolo e a culpa.<sup>68</sup> O tipo era, portanto, *objetivo*, com a exclusão total de quaisquer aspectos de natureza subjetiva (a serem avaliados apenas na culpabilidade) e *livre de valor*, pois era o próprio objeto sobre o qual recaía o juízo de valor a ser feito no momento da avaliação da antijuridicidade.

Assim, a comprovação do cumprimento de um tipo, por si só, era considerada de forma neutra, sem valorações jurídico-penais, o que só poderia ser feito no âmbito da categoria da antijuridicidade.<sup>69</sup> O tipo era encarado, pois, como *ratio cognoscendi* da ilicitude.

Em poucas linhas, o quadro sistemático delimitado por Beling tornava o tipo a pedra angular e fundamental da dogmática penal (*Tatbestand*), tomado como

---

<sup>66</sup> PUIG, Santiago Mir. **Nuevas tendencias en Política Criminal**: Uma auditoria al Código Penal español de 1995. Buenos Aires: Euros Editores, 2006. p. 207.

<sup>67</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. **Parte General**. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 1997. p. 236.

<sup>68</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**. Parte Geral - Tomo I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 239.

<sup>69</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 1997. p. 279

elemento neutro e livre de valor. Como o próprio autor admitia, surgia um conceito de ação sem sangue e incolor - fantasma sem sangue - pensado em sua função negativa, pois a existência de um delito era admitida apenas para a parcela da vida em que o homem fosse senhor do seu corpo, ou seja, afastando os estados de sono, de inconsciência, entre outros.<sup>70</sup> Esse aspecto nota-se com bastante clareza quando Beling, nos anos 30, destaca que a punição de um autor somente surge em virtude de suas próprias ações, devendo-se entender por ação um *comportamento corporal* (fase externa, objetiva da ação) produzido pelo domínio sobre o corpo (liberdade de inervação muscular, incitação, voluntariedade - fase interna, subjetiva da ação). Um *comportamento corporal voluntário* consistiria em um *fazer*, um movimento corporal (ação positiva) e em um *não-fazer* (omissão), distensão, afrouxamento dos músculos.<sup>71</sup>

A exagerada vinculação positivista-naturalista da conduta, da qual por muito se quis exigir um ideal de precisão próprio do rigor das ciências da natureza, conduziu a noção de crime para um modelo bastante criticado. Pois, baseado na existência de um ilícito descrito de forma totalmente mecanizada e, por isso mesmo, totalmente alheio a valores e sentidos sociais.<sup>72</sup> Não causa estranheza, portanto, a tentativa de Beling de encontrar no *conceito de ação causal* - enquanto *Oberbegriff* - uma forma comum de manifestação do delito que fosse capaz de abarcar comissão e omissão em âmbito pré-típico, tentativa essa que o levou a conceituar a omissão de um resultado penalmente relevante como *contenção dos nervos motores*. O exagero causalista levaria a consequências difíceis de aceitar, como na hipótese do crime de calúnia, que se constituiria na emissão de ondas sonoras ao aparelho receptivo da vítima.

Importa fazer ver a surpreendente atualidade desse modo de fazer tipicidade que surgiu no início do século passado, quando se percebe, ainda hoje, a tentativa de reduzir a tipicidade a um processo inteiramente formal de subsunção - como quiseram os causalistas -, situação presente no entendimento que não considera qualquer diferenciação entre um ato salvador e outro criminoso no âmbito da tipicidade, deixando a solução desse aspecto para o momento do juízo a respeito da

---

<sup>70</sup> MARINUCCI, Giorgio. **El delito como "acción"**: crítica de um dogma. Madrid: Marcial Pons, 1998. p. 45.

<sup>71</sup> BELING, Ernst von. **Esquema de Direito Penal**: A Doutrina do Delito-Tipo. Campinas: Servanda Editora, 2010. p. 30.

<sup>72</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**. Parte Geral - Tomo I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 226.

ilicitude ou da culpabilidade. Independentemente das considerações que possam ser feitas sobre o atual modelo analítico de crime, evidentemente que um retorno ao modo causalista de encarar a tipicidade constituiria um retrocesso, um equívoco lógico, metodológico e, como será adiante demonstrado, filosófico.<sup>73</sup>

No âmbito da ilicitude, a crítica foi dirigida ao fato de ter ficado reduzida à simples ausência ou não incidência de causa de justificação<sup>74</sup>, desde que Von Liszt defendeu a sua autonomia enquanto elemento autônomo da teoria do delito.<sup>75</sup>

A culpabilidade, como realidade meramente psicológica, seria incapaz de abarcar a culpa inconsciente, pois nesta não há, a rigor, relação psicológica entre o agente e o fato - senão a sua total ausência.<sup>76</sup>

Por outro lado, também já não se poderiam afirmar circunstâncias que mereçam excluir a culpabilidade - independentemente da ocorrência de dolo e culpa - nomeadamente a falta de consciência do ilícito não censurável e a inexigibilidade de comportamento diverso.

Apesar de todos os problemas, o causalismo teve grandes méritos, pois, naquele início do século XX, a tentativa de construção de um conceito pré-jurídico de ação assentado em uma rigorosa metodologia categorial-classificatória tornou possível a racionalização do atual conceito de crime e, por conseguinte, proporcionou o primeiro esboço daquilo que viria a ser a primeira noção de segurança jurídica a partir do princípio da legalidade.

O conceito causal de ação afastava da criminalização as condutas que escapavam ao controle do agente, como os atos involuntários ou reflexos, além dos meros pensamentos ou desejos e atos de animais (que, todavia, eram criminalizados na Idade Média).

A repercussão da primeira obra de Ernst Beling suscitou o debate em torno da proposta de um tipo meramente objetivo. No seio desta discussão, os aspectos

---

<sup>73</sup> Tomando-se os a priori da filosofia hermenêutica heideggeriana como vetores de racionalidade para pensar o pensamento jurídico, deverá abrir-se um novo horizonte para a compreensão do crime a partir da superação das dicotomias próprias do pensamento desenvolvido ainda no âmbito das dualidades da metafísica da tradição. Uma concepção de fato típico que considere a compreensão da diferença ontológica proposta por Heidegger, por exemplo, já demonstra o potencial destruidor (destruktion) da filosofia hermenêutica em relação às ficções presentes no cientificismo positivista que molda o atuar do penalista nesta quadra do tempo. Mais deste debate será desenvolvido adiante, em capítulo próprio.

<sup>74</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**. Parte Geral - Tomo I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 226.

<sup>75</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 149.

<sup>76</sup> Assim, também: COSTA, José de Faria. **Noções fundamentais de direito penal**: fragmenta iuris poenalis. 2. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2010. pp. 196-199.

puramente legalistas da concepção causal, próprios do positivismo jurídico reinante, não resistiram a uma alteração de perspectiva.

Desponta, então, a concepção do fato punível chamada *neoclássica*, que se apoiava essencialmente na filosofia dos valores neokantiana, desenvolvida nas primeiras décadas do séc. XX, notadamente pela chamada Escola de Baden, tendo como pretensão a exclusão do direito do mundo naturalista do *ser*, para, como ciência do espírito, situá-lo na zona intermediária entre aquele mundo e o do puro *dever ser* (mundo da axiologia).<sup>77</sup>

Em outras palavras, o objeto da norma incriminadora passa do resultado naturalístico, comprovável mediante um procedimento causal, para a própria conduta, desvinculada de seu substrato natural e tomada, então, sob enfoque normativo. Dogmaticamente, esta transformação decorre de dois movimentos importantes: a *descoberta* dos elementos normativos do tipo levado a efeito, principalmente, por Max Ernst Mayer, Mezger e Grünhut, e a *descoberta* dos elementos subjetivos do injusto, trabalhados por Hegler, Fischer, Nagler e, posteriormente, também por Mezger.<sup>78</sup>

O primeiro movimento, em resumo, está ligado à percepção de que, em alguns casos, não se poderia prescindir de critérios subjetivos para a determinação do injusto, isto é, em tais situações os neokantianos verificaram que a direção da vontade do agente deveria ser vista exatamente no injusto, fora da culpabilidade. O segundo movimento, em rápidas linhas, decorre da verificação da importância dos chamados elementos normativos encontrados em disposições dos tipos penais (como a “coisa alheia” do furto), que exigiriam um juízo de valor para a determinação do injusto.<sup>79</sup> Em tal contexto, a tipicidade passava a ser vista como *ratio essendi* da antijuridicidade e não apenas como *ratio cognoscendi*, como antes. Esta apreciação conjunta da tipicidade com a antijuridicidade amplia a linha de subjetivação do injusto introduzida pela descoberta dos elementos subjetivos.<sup>80</sup> Embora não haja uma grande transformação em relação ao pensamento clássico quanto ao conceito de ação, que continua a ser visto, no essencial, como comportamento humano causalmente determinante de uma modificação do mundo e ligada à vontade do

---

<sup>77</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**. Parte Geral - Tomo I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 242.

<sup>78</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 134.

<sup>79</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 1997. p. 281.

<sup>80</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 136.

agente, o ilícito penal passa a ser caracterizado como *danosidade social* e a culpa como *censurabilidade* do agente por ter agido como agiu, quando podia agir de outra forma. Este aspecto, aliás, fez com que os finalistas, mais tarde, tratassem os modelos clássico e neoclássico como concepções causais de ação.

Em termos de tipicidade, os neoclássicos rompem com a visão de que o tipo devesse ser tratado como uma mera descrição formal-externa de comportamentos, num plano exclusivamente objetivo, para ser apreciado no seu aspecto material, no plano da danosidade social, tomando o injusto como comportamento lesivo de bens juridicamente protegidos.<sup>81</sup> Com a descoberta da importância da vontade do agente para a determinação típica, tem início a fase mista ou complexa da tipicidade, momento em que o tipo passa a ser entendido tanto na sua feição objetiva como na subjetiva. Esta será a base sobre a qual se construirá o finalismo penal, modelo que sedimenta o modo complexo de ver o tipo penal, a partir da dicotomia objetivo-subjetivo.

Hans Welzel, nos anos 30, consolida a chamada concepção *finalista*, que confere ao tipo uma nova estrutura, a qual, entre avanços e retrocessos, com algumas mudanças, perdura até os dias de hoje. Em uma crítica contundente ao modelo natural-causalista, Welzel afirma que o defeito fundamental daquela teoria consistia em que, não só desconhecia a função constitutiva da vontade, como fator de direção do comportamento, como também convertia a ação em um mero processo causal desencadeado por um ato voluntário qualquer, ou seja, desconhecia que toda ação é uma obra mediante a qual a vontade humana dirige o acontecer causal.

O grande equívoco da teoria causal, segundo o finalismo, estaria no fato de converter o conteúdo da vontade, que antecipa mentalmente as consequências possíveis de um ato voluntário e que dirige o acontecer externo (conforme um plano e diante da base de um saber causal), em um mero reflexo do processo causal externo na alma do autor.<sup>82</sup>

A análise do *iter criminis*, desde a tentativa até a consumação, serve de elemento-chave para a formulação da crítica finalista ao modelo causal de ação, já que, segundo os finalistas, a tentativa não poderia ser vista como um mero processo

---

<sup>81</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**. Parte Geral - Tomo I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 242.

<sup>82</sup> WELZEL, Hans. **El nuevo sistema de derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Trad. José Cerezo Mir. Barcelona: Ediciones Ariel, 1964. p. 48.

causal, mas uma ação que aponta para um resultado previamente considerado, ou seja, uma ação em que o conteúdo da vontade aparece como um elemento constitutivo. E, ademais, se o conteúdo da vontade é uma parte integrante necessária da ação na tentativa, certamente seguirá sendo importante quando se produza o resultado. Com tal crítica, Welzel entende destruir completamente a base do pensamento causalista.

A grande transformação levada a efeito por Welzel advém do deslocamento do dolo e da culpa da culpabilidade para o tipo, afastando o caráter psicológico da concepção clássica e, também, o caráter psicológico-normativo proposto pelos neokantianos, passando a culpabilidade a ser pura reprovação. Isto acontece em função da ideia de que toda a ação humana pressupõe vontade de agir e que esta vontade está sempre orientada para a busca de uma determinada finalidade, ou seja, o agir humano é sempre finalístico.

Para o finalismo, ação humana é exercício de atividade final. A finalidade ou o caráter final da ação se baseia em que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis da sua atividade e mover-se, portanto, de acordo com os fins visados. A partir do saber causal prévio o homem pode dirigir seus atos de modo a orientar o acontecer causal exterior em direção a um fim. Atividade final é um obrar orientado conscientemente desde uma finalidade. Por isto, Welzel afirma que a finalidade é vidente e a causalidade é cega.<sup>83</sup>

A concepção finalista, ao tempo em que resolve a questão da vontade (com o deslocamento do dolo para o tipo), abre flanco a outro tipo de crítica, agora voltada para um campo de discussão bastante árido, em torno do crime culposos, uma vez que o agir imprudente não seria compatível com a ideia de uma conduta orientada pela vontade para a obtenção do fim, já que isto apenas pode ser dito do crime doloso. É da natureza do crime doloso o agir voltado para um fim, não sendo possível estabelecer o mesmo raciocínio para os atos culposos, pois, na culpa, a vontade é dirigida para um fim lícito, havendo a produção do evento danoso em razão da imprudência, ou seja, o resultado atingido é diferente do resultado querido. Welzel apresentou inúmeros argumentos, buscando afastar esta crítica, aduzindo, em síntese, que o agir continua a ser um agir determinado pela vontade nas duas

---

<sup>83</sup> WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Parte General. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yánes Pérez. 4. ed. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 39.

situações. A diferença entre dolo e culpa estaria no fato de que, no primeiro, o sujeito quer o próprio resultado danoso, o que não acontece no caso da negligência, que possui reprovabilidade em sentido puramente normativo.<sup>84</sup> Afirma que os tipos dolosos e culposos compreendem a ação final, porém, desde distintos raciocínios: nos primeiros, a vontade é dirigida para o resultado; nos culposos, a vontade também dirige a ação, mas para uma finalidade lícita, sendo que o resultado socialmente intolerável acontece por negligência.<sup>85</sup>

Certo é que o finalismo acabou fortalecido, de certo modo, pela tragédia da Segunda Guerra, que colocou em sérias dificuldades o normativismo das orientações de raiz neokantiana (pois não ofereceria, dentro do modo de fazer ciência da época, uma garantia da justiça dos conteúdos das normas validamente editadas, mesmo que estas obedecessem ao formalismo democraticamente imposto).

Atualmente, é possível dizer que a doutrina penal divide-se entre os que (ainda) defendem a atualidade do pensamento finalista e os que defendem uma concepção tida como pós-finalista, que teria superado o pensamento de Hans Welzel, com destaque, por todos, para o funcionalismo de Claus Roxin<sup>86</sup> e Günther Jacobs.<sup>87</sup>

Pelo que foi visto até aqui, a ação penalmente relevante seria a conduta humana significativa no mundo exterior, dominada ou dominável pela vontade. Deixada de lado a questão de um conceito universal de ação,<sup>88</sup> resta trabalhar com a ideia segundo a qual, para haver crime, esta ação há de ser típica, coincidir com uma das descrições de delitos, operação conhecida como subsunção. No imaginário da grande maioria dos penalistas (senso comum teórico), a subsunção representa a maneira pela qual ocorre a materialização do *nullum crimen sine lege*, na forma do

---

<sup>84</sup> LUISI, Luiz. **O Tipo Penal, a Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fábris Editor, 1987. p. 73.

<sup>85</sup> WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Parte General. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yánes Pérez. 4. ed. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 155.

<sup>86</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 1997.

<sup>87</sup> JAKOBS, Günther. **Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y teoría de la imputación**. 2ª edición. Madrid: Marcial Ponz: 1.997.

<sup>88</sup> Como já visto, diante da inconsistência da busca de um conceito pré-jurídico de ação, esta doutrina deve ceder à primazia da doutrina da ação típica, ou seja, como os juristas não conseguem renunciar ao pensamento categorial-classificatório, a conduta há de ser examinada no plano da tipicidade. Neste sentido: DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**. Parte Geral - Tomo I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 260; MARINUCCI, Giorgio. **El delito como “acción”**: crítica de um dogma. Madrid: Marcial Pons, 1998. p. 14. Em sentido diverso: ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 1997. p. 194, nota 7.

*enquadramento* do fato à norma, do ajuste de um a outro, movimento de encaixe, acoplamento.

A ação típica, por seu turno, há de ser antijurídica (proibida). No Brasil, a tipicidade, geralmente, ainda é tomada como um indício da antijuridicidade, ou seja, deve ser afastada por uma causa de justificação, dada a fraca penetração da teoria do injusto penal em solo brasileiro (apesar do esforço teórico de muitos abnegados).<sup>89</sup> No campo das justificantes ou excludentes de ilicitude, ocorre o mesmo processo mental de subsunção-acoplamento do fato à norma, porém, com o efeito de afastar o caráter ilícito do fato admitido como típico, tanto que são também designadas como tipos permissivos. Ao fazer o acoplamento do fato no tipo permissivo, ocorre uma espécie de desacoplamento do fato em relação ao tipo incriminador ou, dito de outra forma, a exclusão do aspecto criminoso do primeiro acoplamento. A incidência da excludente de ilicitude opera como uma correção de rumo, algo que salvaria o raciocínio metódico de um equívoco inicial, já que a tipicidade afirmada, agora passaria a ser infirmada.

Diante de uma ação típica e antijurídica, já é possível falar-se em um *injusto penal*, conceito que compreenderia as três primeiras categorias. Finalmente, a ação típica e antijurídica há de ser culpável, ou seja, reprovável ao autor, tendo como pressupostos, a imputabilidade ou capacidade de culpabilidade e a ausência de causas de exculpação. Alguns autores destacam, ainda, a punibilidade como quarto elemento do crime.<sup>90</sup>

Sem muitas variações, o conceito de tipo está relacionado a um modelo abstrato de conduta proibida pelo Estado e punida com a previsão de uma sanção penal. Em palavras mais simples, tipo seria a previsão legal do comportamento proibido e da sanção penal correspondente. Tipicidade, como é corrente na ciência penal, é o juízo de adequação/subsunção do fato à norma, à lei, ao tipo, à previsão legal. A tipicidade é vista como o próprio *acoplamento*. Vista no seu aspecto formal, é tida como juízo de adequação perfeita do fato à norma, enquadramento legal do fato ou subsunção do fato ao tipo.<sup>91</sup> No aspecto material, é tomada como violação de

---

<sup>89</sup> Por todos, um dos pioneiros: REALE JÚNIOR. Miguel. **Antijuridicidade Concreta**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1974.

<sup>90</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 1997. pp. 193-196.

<sup>91</sup> Desde o início do século passado difundiu-se no discurso científico o uso da palavra tipo, o que leva Zaffaroni a criticar a utilização generalizada do termo, afirmando que se tornou moda chamar tipo a qualquer tecnicismo penal, como acontece na expressão "tipo-garantia", para o princípio da legalidade

um bem jurídico digno da tutela/proteção penal.

Por essas considerações, o tipo seria um elemento logicamente necessário, dado seu aspecto descritivo da conduta proibida, sem o que haveria a incerteza quanto aos limites da proibição e, em muitos casos, seria averiguada a antijuridicidade e a culpabilidade de uma conduta sem relevância penal alguma. O aspecto descritivo do tipo seria uma de suas características mais importantes, por permitir a individualização da conduta.<sup>92</sup>

No Brasil, as ideias do positivismo-naturalista influenciaram a elaboração do Código penal de 1940, embora não se negue também a influência da escola neoclássica. É por isso que se afirma o caráter eclético deste diploma.<sup>93</sup> Com a Reforma da Parte Geral de 1984, o Código Penal passou a ter esta parte vinculada ao finalismo, mantida a parte especial com a inspiração inicial causalista, aspecto gerador de algumas incompreensões doutrinárias e jurisprudenciais. Na doutrina brasileira, pois, desde os anos quarenta do século passado, o tipo é tomado como a descrição exata das circunstâncias elementares do fato punível ou o conjunto dos elementos do fato punível descritos na lei penal à qual tem de ajustar-se o fato para constituir crime.<sup>94</sup> Atuar tipicamente é agir de acordo com o tipo, visto como a descrição da conduta humana pela lei e correspondente ao crime.<sup>95</sup> Tipo é a descrição da conduta paradigmática, que se sujeita a uma consequência penal, em razão de uma qualificação valorativa,<sup>96</sup> é a descrição objetiva do crime, realizada

---

em matéria penal; “tipo de injusto” para designar a conduta tipicamente antijurídica; “tipo de delito” para referir as concepções do delito em que se quer abarcar com o tipo quase todos os caracteres; “tipo de culpabilidade” para a exigência de que a culpabilidade obedeça à tipicidade da conduta; “tipo permissivo” para as causas de justificação. De todas estas referências, o penalista argentino aceita apenas a última, rechaçando o uso da palavra tipo nos demais casos. Para tratar do tipo propriamente dito, aceita apenas a expressão tipo fundamentador ou tipo sistemático. ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. V. 1 - Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 447.

<sup>92</sup> A doutrina, com pouca variação, atribui ao tipo uma tríplice função: a) função selecionadora de comportamentos humanos penalmente relevantes; b) função de garantia, na medida em que só os comportamentos a ela subsumíveis podem ser penalmente sancionados; c) função motivadora geral, porquanto, com a descrição dos comportamentos no tipo penal, o legislador indicaria aos cidadãos quais os comportamentos proibidos, para que, com a cominação penal contida nos tipos, esses cidadãos se abstivessem de realizar a conduta proibida.

<sup>93</sup> Sobre o tema: MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. p. 95. BRUNO, Aníbal. **Direito Penal** - parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 169-170. D’AVILA, Fabio Roberto. Antecedentes históricos do código penal brasileiro. **Revista de estudos criminais**. nº 43, p.117- 134. outubro-dezembro, 2011, p.117- 134. PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. pp. 77-81.

<sup>94</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito Penal** - parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1967. pp. 325 e 333-334.

<sup>95</sup> NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 5. ed. 1ª v. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 95.

<sup>96</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. **Antijuridicidade Concreta**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1974. p. 32.

pela norma penal.<sup>97</sup> É a descrição dos elementos materiais do delito, contidos na respectiva disposição legal incriminadora.<sup>98</sup> A lei deve especificar exatamente a matéria de suas proibições, os fatos que são proibidos sob ameaça de sanção penal, ou seja, o que é considerado crime e que isso é feito através dos tipos penais, sendo tipicidade a correspondência exata, a adequação perfeita entre o fato natural, concreto, e a descrição contida na lei.<sup>99</sup> Na doutrina brasileira,<sup>100</sup> portanto, o tipo também é tido como ponto de referência obrigatório para a apreciação jurídica do fato, considerado não apenas em sua realização objetiva, mas ainda no seu aspecto subjetivo, entendido como conteúdo da consciência e da vontade, tudo deve corresponder aos componentes do tipo. A sua função não se esgotaria na descrição das condições elementares do fato punível, mas é tomado como suporte à norma implícita, fundamento da antijuridicidade e da culpabilidade, elemento que distingue o que é típico de outros fatos que o acompanham, influenciando sobre o problema da unidade ou pluralidade de crimes, na marcação do *iter criminis*, da tentativa, enfim, na conformação do extenso e complexo quadro analítico-sistemático da teoria geral do delito, seria o responsável por instituir no Direito Penal, em vez do arbítrio, um regime de estabilidade e segurança.<sup>101</sup>

O tipo, dentro deste grande esquema, pode ser desdobrado em componentes ou elementos: conduta (verbo núcleo do tipo), pessoas que praticam a ação (sujeito ativo), que sofrem a consequência da ação (sujeito passivo), bem jurídico tutelado, elementos descritivos, elementos normativos, dentre outros aspectos menos comuns, como no exemplo dos elementos subjetivos especiais (diversos do dolo). Quanto à conduta, o tipo pode ser de ação ou de omissão, doloso ou culposos. Quanto ao sujeito, pode ser de mão própria ou comum. Quanto ao sujeito passivo, pode haver ou não uma especial condição da pessoa atingida, restando o estado,

---

<sup>97</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do Delito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. pp. 40-41.

<sup>98</sup> LUISI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: Fabris, 1987. p. 15.

<sup>99</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 9. ed. rev. e atual. 1<sup>o</sup> v. São Paulo: Atlas, 1995. pp. 98-112.

<sup>100</sup> Na década de oitenta e noventa, especialmente, chega ao ápice no Brasil um fenômeno (que se mantém até os dias atuais), relativo ao reconhecimento alcançado por alguns autores, graças ao sucesso de vendas das inúmeras edições de seus manuais de direito penal. Mesmo no meio desses autores, permaneceu inalterada a ideia de tipicidade como correspondência entre o fato praticado pelo agente e a descrição de cada espécie de infração contida na lei penal incriminadora ou conjunto dos elementos descritivos do crime contidos na lei penal. Por todos: JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: parte geral**. 19. ed. rev. e atual. 1<sup>o</sup> v. São Paulo: Saraiva, 1995. pp. 230-237.

<sup>101</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito Penal - parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1967. pp. 333-334.

pelo menos, como sujeito passivo indireto. O bem jurídico (geralmente não previsto de maneira explícita), abre espaço para muita discussão a respeito de qual seria o objeto da tutela ou da proteção penal. Os elementos objetivos, segundo a voz corrente da doutrina dos manuais, são aqueles cujo significado pode ser apreendido, sem a necessidade de avaliação jurídica, ao contrário dos elementos normativos, que teriam uma necessária conotação jurídica. O elemento subjetivo primordial do tipo é o dolo, sendo formado pela consciência atual (relativa aos elementos do tipo) e pela vontade (livre) de praticar a conduta. O dolo pode ser direto, eventual ou dolo de segundo grau. A culpa em sentido estrito, por outro lado, já que não é possível identificar um ânimo de causar o evento, mas a falta de cuidado, possui um lugar diferenciado no quadro geral, sendo considerada uma decorrência da pura normatividade do direito penal. A culpa pode ser consciente (com previsão do risco) ou inconsciente (sem previsão do risco), sendo dividida, quanto à forma de exteriorização no mundo dos fatos, em imperícia, imprudência ou negligência. Ainda, no plano do sujeito, pode ser encontrado o elemento subjetivo diverso do dolo, também chamado de especial fim de agir, conhecido no passado como dolo específico. Finalmente, há que se considerar, ainda hoje, a questão do nexo de causalidade entre ação e resultado, que pode ser tomado em sentido material ou natural, como transformação do mundo, ou em sentido jurídico, como ofensa a bem jurídico tutelado.<sup>102</sup>

A afirmação da subsunção ocorre, pois, pela identificação de uma “adequação” do fato ao tipo, o que aconteceria toda vez que o fato se ajustasse aos elementos acima destacados, num raciocínio de confirmação. Para afastar a subsunção, por outro lado, o raciocínio passa pela identificação de algumas causas de exclusão da tipicidade, que seriam negações à possibilidade do ajustamento entre o fato e o tipo. Este afastamento acontece, nos crimes dolosos de ação, pelos casos de involuntariedade, verificados nos estados de inconsciência, sonambulismo, atos reflexos; pela ruptura do nexo causal, provocado pela superveniência de causa absolutamente independente ou relativamente independente que por si só determine o resultado; pela desistência voluntária, arrependimento eficaz e crime impossível; pela ocorrência de erro sobre elemento do tipo (art. 20 do CP). Nos crimes dolosos

---

<sup>102</sup> Por todos: JESCHECK, Has-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Editorial Comares, 2002. pp. 275-295. No Brasil, por todos: REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. pp. 135-147.

de omissão, o afastamento da subsunção acontece por ausência de dever ou possibilidade de agir. Nos crimes culposos, pela ausência de um dos elementos: falta do dever de cuidado, produção do resultado, nexos entre a falta de cuidado e a produção do resultado e previsibilidade.

Com esta análise, estará confirmada a primeira etapa da operação, ou seja, o fato será declarado típico, caso o acoplamento seja perfeito em cada um dos itens, sendo possível ir adiante para o exame das causas de justificação ou excludentes de antijuricidade.

Na sequência do raciocínio sistemático, cumpre verificar se o fato, tido como ajustado ao tipo incriminador, pode ser subsumido a um tipo permissivo ou causa excludente de antijuricidade: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de um direito.

No caso de haver uma excludente, ocorre um fenômeno bastante curioso na operação de afirmação e negação das etapas, dentro daquele modo linear de pensamento antes referido. É que a afirmação da tipicidade pode ser confrontada pela afirmação da licitude da conduta.

Diante da aparente contradição existente entre a declaração de tipicidade e, ao mesmo tempo, de licitude de uma conduta, surge a noção de tipo de injusto, a contemplar a reunião dos caracteres da tipicidade já com o juízo a respeito da ilicitude da conduta. Como não seria razoável acrescentar a todos os tipos a referência de que a conduta corresponde a um crime, somente quando não acobertada por uma causa excludente, o tipo de injusto representa a certeza da tipicidade material, ou seja, da ilicitude da conduta típica. A excludente de ilicitude pode ser real, quando efetivamente existente ou putativa, quando existente apenas no imaginário do agente (erro). A legislação brasileira dispõe como causa de exclusão da culpabilidade pelo fato doloso a atitude daquele que, pelas circunstâncias do fato, supõe estar diante de situação inexistente que, caso existisse, tornaria a ação legítima (art. 20, Parágrafo 1º do CP). Nas discriminantes putativas, o erro pode ser escusável, situação em que fica excluído o crime, ou inescusável, situação na qual o agente responderá por erro derivado de culpa, fazendo-se a subsunção na modalidade culposa, caso haja esta previsão.<sup>103</sup> Presente uma causa de exclusão da ilicitude, o fato típico será considerado lícito.

---

<sup>103</sup> CONDE, Francisco Muñoz. **El Error em Derecho Penal**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003. p. 19.

Ausentes as excludentes, passa-se ao exame da culpabilidade.

Depois de confirmadas a tipicidade e a ilicitude da conduta, chega o momento de avaliar a possibilidade de reprovabilidade do agente.<sup>104</sup> Este juízo abarca, primeiramente, a averiguação da capacidade de culpabilidade ou imputabilidade, que se confirma pela capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de se comportar conforme este entendimento (art. 26 do CP); pela maioridade penal que se dá aos 18 anos (art. 27); pela consciência potencial da ilicitude (art. 21 do CP); e pela exigibilidade de outra conduta. Em sentido negativo, afastam a culpabilidade: a inimputabilidade etária e a patológica; a embriaguez completa accidental ou forçada, a inexigibilidade de outra conduta e o erro de proibição.

Como será visto adiante, a afirmação de que o fato é típico, ao contrário do que professa a quase totalidade da doutrina, não representa garantia contra o abuso de poder, contra o erro de interpretação, contra a má-fé, na medida na qual o intérprete continua livre para dizer o que quiser a respeito da tipicidade. Ou seja, a teoria do delito projeta uma falsa ideia de objetividade pela aplicação do método analítico, sustentada na confusão entre tipo e tipicidade, excluindo a necessidade de uma teoria da decisão que faça frente à discricionariedade na interpretação, caminho que pode ser desvendado, conforme o esforço aqui apresentado, com o auxílio da construção de uma teoria da decisão que, respeitos os diferentes níveis discursivos, incorpore os pressupostos da ontologia fundamental e da hermenêutica filosófica.<sup>105</sup>

Em qualquer das escolas (clássica, neoclássica, finalista ou teológico-funcional) é indiscutível que o tipo constitui o primeiro degrau valorativo da doutrina do crime, ou seja, tudo começa pela comprovação de correspondência da ação concreta a um tipo (primeiro degrau), para só depois eventualmente negar a sua ilicitude (segundo degrau) se no caso intervier uma causa de justificação.<sup>106</sup>

Sem dúvida, este ponto suscita grandes discussões de ordem teórica, centradas nas buscas de solução para a melhor interpretação pela questão metódica, ou seja, há um enorme gasto de energia para o acertamento do enfoque

---

<sup>104</sup> FRANCK, Reinhard. **Sobre la Estructura Del Concepto de Culpabilidad**. Buenos Aires: Euros Editores, 2011. p. 25.

<sup>105</sup> Nesse ponto reside um aspecto de enorme importância para este trabalho: a possibilidade de um novo modo de trabalhar com o texto legal, de tal forma que sejam superados os artificialismos interpretativos, dando-se primazia para o modo como a compreensão acontece no único ser que faz a pergunta a respeito do ser dos entes, o qual é o homem.

<sup>106</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**. Parte Geral - Tomo I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 265.

teórico que melhor ajuste o modo de pensar do intérprete ao método, ignorando a impossibilidade de ajustar o “ser que faz a pergunta”, artificialmente, ao melhor modo de pensar, como se fosse possível, para resolver as questões da teoria do delito, submeter o ser humano a um modo diferente de ser no mundo. Esse tipo de discussão, em torno da concepção mais adequada quanto à relação entre tipo e ilícito ou entre tipicidade e ilicitude, demonstra com clareza como o debate não enfrenta aquele que deveria ser o ponto principal, para ficar exclusivamente centrado na questão da correção do procedimento, com a interpretação inteiramente “acondicionada” no método. Mais adiante este ponto será enfrentado dentro da perspectiva hermenêutica da tipicidade.

O estudo até agora realizado demonstra que a doutrina penal pensa a relação entre tipo e tipicidade de modo afastado da perspectiva hermenêutica, tomando a interpretação como um fazer metódico (acoplamento), que decorre da vontade (discricionariedade) do intérprete. Sob esta perspectiva, tipo e tipicidade acabam sendo confundidos, na medida em que o juízo de tipicidade é compreendido como mera reprodução da textualidade do tipo (como se isso fosse possível). Um posicionamento como este revela a crença de que a legalidade penal, entendida como mera positividade, seria capaz de, por si só, proporcionar a segurança jurídica. Aliás, justamente por esta forte aposta na legalidade (como previsão legislativa) é que os chamados tipos penais abertos são considerados um problema para o direito penal. Grosso modo, esta modalidade de tipo representa, no fundo, uma espécie de “legalidade penal imperfeita”. Como se pode perceber, portanto, este imaginário despreza a dimensão hermenêutica do tipo (de qualquer tipo), o que se pretende denunciar com a abordagem a seguir.

### 2.3 TIPOS FECHADOS E ABERTOS NA TIPICIDADE POR SUBSUNÇÃO

No tópico anterior foi realizada uma rápida passagem pelos principais momentos da evolução da teoria do delito, destacando-se o desejo de alcançar, pela ciência do direito, um grau matemático de certeza a partir da aplicação universal do método dogmático. Do causalismo naturalista, passando pelo neokantismo e pelo modelo finalista, chega-se ao final do século passado com uma noção de crime que expõe, em linhas gerais, o *estado da arte* da tipicidade no seio da teoria do delito, dentro da qual está cristalizado o modelo tripartido de crime – como fato típico,

antijurídico e culpável.

Feito este levantamento inicial, é importante para este estudo que seja enfrentada a crítica dos penalistas à questão da vagueza na construção dos tipos penais, situação que pode ser vista no estudo dos chamados tipos abertos. Este esforço tem o objetivo expor a obsessão do penalista pela diminuição/eliminação dos espaços de interpretação e a relação equivocada desta visão com a sonhada segurança jurídica advinda da noção de interpretação literal da lei, o que deve demonstrar a sua vinculação (ainda hoje) ao positivismo exegético da primeira fase do positivismo jurídico, fenômeno verificado com surpreendente vigor no Brasil contemporâneo.<sup>107</sup>

A dogmática dos manuais de direito penal reproduz aquilo que está plantado no senso comum teórico dos juristas a respeito desta aposta na necessidade de precisão e clareza das palavras.<sup>108</sup> Sem perceber a abertura interpretativa decorrente da porosidade do tipo, enquanto regra, a discussão fica centrada, quase

---

<sup>107</sup> Mesmo o setor da dogmática que superou o exegetismo mostra-se impermeável aos efeitos do giro linguístico e à superação da metafísica da tradição, o que provoca ainda a crença na metódica moderna da subsunção de algo a algo, tomada a linguagem como terceira coisa e não como condição de possibilidade. Lenio Streck adverte: "Mas isso não apaga o fato de que ainda vivemos em um mundo jurídico que busca exorcizar os fatos e conflitos tratados pelo direito. Isto é, em um mundo no qual a metodologia jurídica continua com a função de promover a desvinculação do caráter historicamente individualizado do caso que esteja na sua base, para atingir o abstrato generalizável e comum, como bem alerta Castanheira Neves. Para tanto, basta um rápido olhar na operacionalidade do direito no Brasil para constatar a resistência exegetico-positivista, calcada muito mais em decisionismos e discricionariedades do que em discursos que procurem efetivamente colocar o direito como uma ciência prática, destinada a resolver problemas (sociais), mormente nesta fase da história, em que lemos, por exemplo, na Constituição, que o Brasil é uma República cujos objetivos são, dentre outros, a redução da pobreza, a justiça social etc." STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 67.

<sup>108</sup> Luiz Alberto Warat, ao falar do positivismo de Augusto Comte, destaca a sua importância para a compreensão do pensamento contemporâneo e para um melhor entendimento de alguns discursos elaborados, especialmente nas faculdades de direito, mas com ampla aplicação a todas as áreas do direito. A visão cientificista do Direito está ligada ao legado positivista de sua filosofia, já que a tradição positivista considera a ciência como o único tipo de conhecimento válido, que só admite os chamados conhecimentos objetivos, num conceito de racionalidade dominante na modernidade. Sendo essa uma racionalidade científica, normalmente orientada para a realização de fins; racionalidade tomada como "cálculo", "calculabilidade", sendo que os princípios de organização do conhecimento permitem calcular os fins a serem atingidos através de uma causalidade própria dos meios. Em outras palavras, uma racionalidade capaz de tomar possível o cálculo da realização dos fins por ter conseguido transformar o natural e o socialmente existente em meio para ações que controlam e utilizam objetivamente seus objetos. No positivismo, as questões relativas ao conhecimento já se encontram definidas pela própria realidade das ciências, ou seja, as condições do conhecimento só podem ser entendidas sob a forma de uma investigação das regras de constituição e comprovação das teorias no interior de um modelo já consagrado pela comunidade científica. Por isso, Warat vai dizer que o "real" está limitado ao âmbito dos enunciados comprovados como verdadeiros por essa mesma comunidade científica, isto é, no universo dessa "moldura férrea" não cabem postulações morais, políticas ou sociais, visto que os vínculos do positivismo com o "mundo da vida" são orquestrados pela concepção de uma razão instrumental orientada pelas relações meio-fim. WARAT, Luiz Alberto. **Epistemologia e Ensino do Direito: o sonho acabou**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004. p. 496.

que exclusivamente, na questão da vagueza e ambiguidade, como se tudo estivesse ligado à qualidade da redação típica, como se a escolha da melhor redação das leis incriminadoras fosse capaz de afastar a necessidade de interpretação. Ou seja, mesmo diante da evidência de que a melhor construção típica não resolve o problema da interpretação, não segura todas as hipóteses de aplicação do tipo penal, não elimina a necessidade de controle da decisão, a maioria dos penalistas (ainda) aposta todas as suas fichas na busca incansável da melhor semântica típica.<sup>109</sup>

Desde Beving até os dias atuais, o tipo é visto como a materialização do princípio da legalidade, na medida em que apenas uma lei anterior pode declarar delito a uma ação (*nullum crimen sine lege*) e somente uma lei anterior pode impor pena (*nulla poena sine lege*). Esta ligação entre tipo e princípio da legalidade é um dogma visto como garantia das pessoas em face do poder de punir do Estado, que estará limitado a só castigar aquele comportamento já previsto em um tipo penal incriminador, prévio, certo, determinado. Por este modo de ver, tornou-se voz corrente na doutrina tradicional que, para cumprir sua função de garantia, o tipo deve possuir uma redação de tal modo clara e objetiva que de seu texto se possa deduzir com clareza a conduta proibida. Para que isso aconteça, é imprescindível observar o princípio da taxatividade, considerado um desdobramento do princípio da legalidade. No dizer da doutrina (tradicional), o legislador deve utilizar uma linguagem clara e precisa, acessível ao nível cultural médio da população, devendo ser evitado o uso de elementos normativos que implicam sempre uma valoração e, por isso, certo grau de subjetivismo.<sup>110</sup> Em qualquer dos casos, esta forma de encarar a linguagem dos textos legais pela dogmática tradicional, abre o debate a respeito dos chamados tipos fechados e tipos abertos.

Francisco de Assis Toledo, sobre o princípio da taxatividade, afirma que a exigência de lei certa diz com a clareza dos tipos, que não devem deixar margens a dúvidas nem abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores

---

<sup>109</sup> É óbvio que se deve exigir uma redação adequada dos textos legais, situação bastante prejudicada no atual contexto de expansão do estado penal, no qual se acredita que as casas legislativas possam tudo em matéria de edição de novas incriminações. Sem dúvida, é evidente a necessidade de uma adequada redação da lei incriminadora. Entretanto, deve-se ter claro que esta questão não constitui, por certo, um problema para a hermenêutica, como será demonstrado adiante.

<sup>110</sup> CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 43.

genéricos, vazios.<sup>111</sup>

Maurício Antônio Ribeiro Lopes assinala que o princípio indica o dever imposto ao legislador de proceder, quando elabora a norma, de maneira precisa na determinação dos tipos legais de ilicitude, a fim de se saber, de modo taxativo, o que é penalmente ilícito ou proibido.<sup>112</sup>

Luiz Regis Prado, na mesma linha, destaca a função do princípio da taxatividade é evitar o arbitrium judicis através da certeza da lei, com a proibição da utilização excessiva e incorreta de elementos normativos, de casuísmos, cláusulas gerais e de conceitos indeterminados ou vagos. Para Régis Prado, o princípio da taxatividade significa que o legislador deve redigir a disposição legal de modo suficientemente determinado para uma mais perfeita descrição do fato típico (lex certa), pois, assim, no entender do autor, realiza-se a função garantista do princípio, na medida em que o vínculo do juiz a uma lei taxativa o bastante constitui autolimitação do poder punitivo-judiciário e uma garantia de igualdade.<sup>113</sup>

Para Francisco Muñoz Conde, a imagem conceitual do tipo é formulada em expressões linguísticas que, com maior ou menor acerto, tentam descrever, com as devidas notas de abstração e generalidade, a conduta proibida. O autor entende que a função de garantia do tipo está vinculada à forma de redação, ou seja, do texto deve ser possível deduzir, com clareza, a conduta proibida, sendo imprescindível, para tanto, a utilização de uma linguagem clara e precisa, acessível ao nível cultural médio, evitando-se o uso de 'elementos normativos' ('credor', 'insolvência', 'alheio', etc.) que implicam sempre uma valoração e, por isso, certo grau de subjetivismo. A solução seria empregar elementos linguísticos descritivos que qualquer um pode apreciar ou conhecer em seu significado, sem maior esforço: 'matar', 'danos', 'lesões', etc.<sup>114</sup>

O raciocínio remete para o dever de o “legislador” fazer a escolha daquela formulação mais clara entre todas, da mais ampla e, ao mesmo tempo, mais certa para servir de molde ao posterior acoplamento, encaixe, subsunção, como se o processo legislativo não fosse caótico, imprevisível, e como se a palavra possuísse

---

<sup>111</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. Saraiva: São Paulo, 1994. p. 29.

<sup>112</sup> LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios Penais Constitucionais: O Sistema das Constantes Constitucionais**. Fascículos Penais, São Paulo, Ano 89, v. 779, 2000. p. 426.

<sup>113</sup> PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 35.

<sup>114</sup> CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988. p. 46.

desde sempre um sentido determinado capaz de abranger todos os casos possíveis. A escolha das palavras certas é que permitiria, a partir da descrição completa do modelo de conduta proibida, a simples constatação da correspondência entre a conduta concreta e a descrição típica, sem deixar ao intérprete qualquer outra tarefa, ou seja, tornando desnecessária a interpretação.

A amarração da decisão, portanto, ainda é feita com base na ideia de controle do julgador pela noção de literalidade dos dispositivos, num aposta exegética incompatível com o estado da arte do direito nesta quadra do tempo.

Pelo que se depreende das posições acima, pode-se dizer que o princípio da taxatividade, no plano do senso comum teórico dos juristas, é tomado num contexto em que a interpretação, por força da melhor redação dos tipos, ficaria apenas destinada para os casos difíceis (onde há dúvida na aplicação - da letra “fria” - da lei).<sup>115</sup> Por isso a afirmação de que o raciocínio em matéria de tipicidade (ainda) está apoiado no paradigma do positivismo jurídico exegético, na medida em que se acredita na possibilidade de eliminar os espaços de interpretação pela correta construção da incriminação, situação que conduziria o jurista, pelo respeito à taxatividade, para a segurança da aplicação da literalidade da lei, como se aplicar a lei não fosse, inexoravelmente, o produto de uma interpretação. Mas não é só isso. Na verdade, há uma mixagem desta expectativa de exegese, a um só tempo, com o reconhecimento da abertura interpretativa da regra a ser resolvida pela discricionariedade, o que opera um verdadeiro sincretismo, naquilo que Lenio Streck trabalha como postura decorrente do “eu decido conforme a minha consciência”.<sup>116</sup>

A questão da taxatividade está na base da discussão a respeito da teoria dos tipos fechados e abertos, que é um dos pontos da dogmática tradicional que deixa bastante evidente esta questão da importância sintática/semântica da construção típica e que, no ponto que interessa ao presente trabalho, pode ser muito útil para a demonstração da pouca ou nenhuma importância deste debate, quando encarada a tipicidade desde uma perspectiva hermenêutica.

Francisco de Assis Toledo, por todos, afirma que o legislador, na criação dos tipos penais, pode adotar dois critérios: fazer a descrição completa do modelo de conduta proibida, sem deixar ao intérprete, para verificação da antijuridicidade, outra

---

<sup>115</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Volume I. Tomo I. Rio de Janeiro Forense, 1977. p. 65.

<sup>116</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

tarefa além da constatação da correspondência entre a conduta concreta e a descrição típica, o que significa trabalhar com a construção dos denominados tipo fechados (ex.: homicídio); ou fazer uma descrição incompleta do modelo de conduta proibida, transferindo para o intérprete o encargo de completar o tipo, trabalhando, neste caso, com os denominados “tipos abertos” (ex.: delitos culposos).<sup>117</sup>

Eugenio Raúl Zaffaroni, na mesma linha, destaca que seria inconstitucional, por afronta ao princípio da legalidade, uma disposição do legislador brasileiro que dissesse: são proibidas todas as condutas que afetam os interesses comuns. Ressalta o penalista argentino, que, em tal caso, o juiz teria o encargo de individualizar a conduta proibida, o que não seria autorizado pelo legislador, ressaltando os casos em que o tipo não individualiza totalmente a conduta proibida, exigindo que o juiz o faça, recorrendo a normas ou regras gerais, que estão fora do tipo penal (ex.: homicídio culposo). Para o autor, em tal circunstância, o juiz deve determinar qual o dever de cuidado que o agente tinha a seu cargo e, com base nele, deve “fechar” o tipo. Assim, seriam abertos os tipos em que se necessita recorrer a uma norma de caráter geral e, fechados, aqueles nos quais a conduta proibida pode ser perfeitamente individualizada, sem que haja necessidade de recorrer a outros elementos além daqueles fornecidos pela própria lei penal no tipo.<sup>118</sup>

Conforme a doutrina tradicional, portanto, os tipos penais são considerados abertos ou fechados, havendo uma crítica veemente à produção legislativa pautada na utilização de palavras vagas, diante da lesão ao ideal da taxatividade penal. Repete-se (e muito) que os tipos penais não podem deixar espaço para a atuação do intérprete, ou seja, a lei deve tornar certa a incriminação, sem deixar qualquer margem à subjetividade. Nesse contexto, é corrente a noção de que o legislador, na criação dos tipos penais, deve fazer a descrição completa do modelo de conduta proibida, sem deixar ao intérprete, para verificação da antijuridicidade, outra tarefa além da constatação da correspondência entre a conduta concreta e a descrição típica, o que significa trabalhar com a construção dos denominados tipo fechados. Já os tipos abertos seriam aqueles nos quais faltaria uma exaustiva descrição do comportamento proibido, ou seja, seriam aqueles para os quais haveria a

---

<sup>117</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. Saraiva: São Paulo, 1994. p. 190.

<sup>118</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. V. 1 - Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 442.

necessidade de complementação judicial (subjetividade) dos elementos que o integram para que a lei fosse corretamente aplicada. Daí se depreende que apenas nos tipos abertos haveria necessidade de interpretação, já que, pela forma como são redigidos os tipos fechados, não haveria necessidade de o intérprete fazer outra coisa que não fosse a subsunção.

Para trabalhar com esta suposta diferenciação, a dogmática divide os elementos do tipo em normativos (que necessitam da atuação interpretativa do jurista) e descritivos (que não carecem de interpretação). Como exemplos de elementos que causariam esta suposta indeterminação do tipo penal, com prejuízo para a correta subsunção da norma aos casos, seriam as expressões como indevidamente (art. 151 e § 1º, II, e art. 162 do CP), sem justa causa (arts. 153 e 154 do CP), dentre outras. Nos tipos abertos haveria a necessidade de uma complementação judicial para o estabelecimento das normas pressupostas pela incriminação que teriam sido transgredidas, como se somente houvesse interpretação no caso de vagueza ou imprecisão das palavras.<sup>119</sup>

É presente a ideia de que os tipos abertos seriam inconvenientes à noção de subsunção do fato à norma, pois dependeriam de certa dose de subjetividade do intérprete.<sup>120</sup>

Porém, algo fica escondido na discussão a respeito da taxatividade e na busca de tipos fechados que estejam aptos à subsunção, ou seja, que eliminem ou restrinjam os espaços de interpretação. Veja-se o exemplo de *tipo fechado* mais utilizado pelos doutrinadores: o claro e preciso tipo de homicídio simples do art. 121 do Código Penal, com a descrição “matar alguém”, que, por ser completa, não exigiria do intérprete qualquer trabalho de “complementação”, pois a imensa variedade da ação de matar um ser humano cairia facilmente sob o domínio desse tipo; a antijuricidade, por seu turno, resultaria da simples verificação da incidência ou não de normas permissivas. A doutrina tradicional trata este crime como uma

---

<sup>119</sup> CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do princípio da legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979. p. 69.

<sup>120</sup> Para trabalhar com essas questões, a doutrina encarregou-se de elaborar a chamada teoria dos tipos abertos, cindindo com o juízo, uma parte recaindo apenas parcialmente sobre elementos identificadores da tipicidade e o restante a ser analisado mediante um juízo positivo de antijuricidade (fora do tipo). Assim, segundo esta teoria, o tipo perderia a sua característica indiciária da ilicitude (*ratio cognoscendi*), de modo que apenas com o texto legal, na ausência de um elemento objetivo para completar o tipo, não seria capaz de distinguir uma conduta típica de uma atípica. As objeções contra esta construção teórica giram em torno do argumento de não ser compatível com a moderna dogmática jurídico-penal, no plano declarado do tecnicismo e legalismo. D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Crime Culposo e a Teoria da Imputação Objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. pp. 111-113.

hipótese de tipo penal fechado, porque caberia ao juiz apenas fazer a subsunção do fato à norma, sem qualquer esforço interpretativo. Para aqueles que concebem alguns tipos como mais bem escritos do que outros, por não possuírem palavras vagas ou indeterminadas, o que não deixaria dúvida quanto aos limites da imputação, bastaria fazer o mero acoplamento. Já os culposos, por outro lado, são aqueles considerados os *tipos abertos* por excelência, diante da descrição incompleta do modelo de conduta proibida, o que transfere para o intérprete o encargo de completar o tipo, dentro dos limites e das indicações contidas no texto, ou seja, vigora o entendimento de que possuem uma peculiar característica de necessitarem, para a subsunção, de um juízo que fica a cargo do julgador.

O debate, principalmente no tocante aos tipos abertos e elementos do dever jurídico, foi alvo de alentados estudos, desenvolvidos por grandes penalistas alemães do final do século passado.<sup>121</sup> Para trabalhar com estas questões, a doutrina encarregou-se de elaborar a chamada teoria dos tipos abertos, cindindo o juízo, uma parte recaindo apenas parcialmente sobre elementos identificadores da tipicidade e o restante a ser analisado mediante um juízo positivo de antijuridicidade (fora do tipo). Assim, segundo esta teoria, o tipo perderia a sua característica indiciária da ilicitude (*ratio cognoscendi*), de modo que apenas com o texto legal, na ausência de um elemento objetivo para completar o tipo, não seria capaz de distinguir uma conduta típica de uma atípica. As objeções contra esta construção teórica giram em torno do argumento de não ser compatível com a moderna dogmática jurídico-penal, no plano declarado do tecnicismo e legalismo.<sup>122</sup>

---

<sup>121</sup> Sobre o tema: ROXIN, Claus. **Teoría del Tipo Penal: Tipos Abertos y Elementos del Deber Jurídico**. Buenos Aires: Depalma, 1979.

<sup>122</sup> Fábio D'Ávila refere a posição de Has-Heinrich Jescheck, para quem o tipo culposo é tido como classe de injusto (Unrechtstypus), sendo, assim, concebido como fechado. Deve, por sua vez, conter, sem exceção, todos os elementos caracterizadores do injusto de sua classe de delito, relegando à ilicitude, uma apreciação negativa, mediante unicamente a análise das causas de justificação. O autor também refere a postura de Juarez Tavares, para quem, ao entender o tipo de injusto como a descrição definitiva dos elementos caracterizadores da conduta proibida, é necessário concebê-lo como fechado, sob pena de clara afronta à segurança jurídica e à função de garantia da previsão legal. Nesse pensar, a complementação realizada pelo julgador, em relação aos elementos normativos do tipo (infração do dever jurídico de cuidado), mediante um juízo de valor ou sistemático, é, na verdade, tarefa relativa ao tipo de injusto e não um juízo positivo de antijuridicidade. Por isso, a ilicitude é juízo de valor que envolve todo o ordenamento jurídico, não se restringindo à aferição típica. Finalmente, Eugenio Zaffaroni e José Henrique Pierangeli solucionam a questão por outro enfoque, segundo Fábio D'Ávila, quando afirmam que o tipo culposo apresentar-se-ia indeterminado, acarretando, conseqüentemente, a característica de tipo aberto. Para estes dois autores, a falta de determinação do tipo aberto culposo não implicaria, de forma alguma, reflexos no âmbito da ilicitude, pois a determinação da tipicidade em duas etapas nada tem a ver com a antijuridicidade da conduta, mesmo ao nível de mero indício ou presunção, como no tipo doloso, em que a tipicidade é um indício ou presunção de antijuridicidade. Fábio D'Ávila afirma que essas duas posições, aparentemente dicotômicas, em realidade são muito próximas,

A discussão posta nesses termos traz para os tipos culposos o questionamento sobre sua harmonia em relação ao princípio da legalidade no contexto da estrutura dogmática jurídico-penal.<sup>123</sup>

A aposta na questão meramente semântica do tipo penal revela a ausência da percepção do caráter hermenêutico do direito.

Veja que, mesmo no sistema jurídico norte-americano, também é possível encontrar referência a uma antiga prática judicial dos tribunais, de não aplicação de leis penais consideradas muito imprecisas, o que, atualmente, encontra-se no estágio de reconhecimento da existência de bases constitucionais para a doutrina da nulidade por vagueza (*void-for-vagueness doctrine*), que tem como fundamento a cláusula do devido processo legal da Quinta ou da Décima Quarta Emendas da Constituição norte-americana. Embora não tenha aplicação exclusiva no campo penal, destaca-se aqui esta questão, por traduzir a grande preocupação dos juristas com a vagueza das palavras no campo de aplicação dos tipos. A questão da indeterminação da lei penal está ligada à exigência de que todo o homem deve ser capaz de saber com certeza quando está cometendo um crime, de modo que uma lei que proíbe ou obriga a uma ação em termos tão vagos que um homem de inteligência comum deve necessariamente adivinhar o seu significado viola a essência básica do devido processo. Assim, sem desconsiderar um grau de indeterminação inevitável, nem procurar estabelecer uma certeza matemática para as normas penais - reconhecendo, ao oposto, que a indeterminação não é conceito quantitativo ou que a vagueza inconstitucional é em si um conceito indeterminado -, a teoria da nulidade por vagueza objetiva regular o grau de ductilidade constitucionalmente admissível das palavras que integram as normas penais, sempre orientada por um princípio de necessidade, segundo o qual a Constituição não impõe padrões impossíveis. A clareza do texto legal (*fair notice*) seria, portanto,

---

na medida em que ambas afirmam que a complementação normativa realizada pelo julgador é tarefa claramente restrita à tipicidade, sem qualquer efeito sobre a antijuridicidade da conduta, que permanece numa apreciação negativa em relação a possíveis excludentes. Em verdade, Eugenio Zaffaroni e José Henrique Pierangeli parecem redefinir o conceito de tipo aberto, desvinculando-o definitivamente da ilicitude, da qual oriunda; afinal, a teoria dos tipos abertos é originariamente uma teoria da antijuridicidade. D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Crime Culposo e a Teoria da Imputação Objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. pp. 111-113.

<sup>123</sup> D'Ávila afirma que o injusto típico, na estrutura dos crimes culposos, é efetivamente fechado, sem qualquer reflexo no âmbito da ilicitude, O trabalho de complementação valorativa não tem qualquer efeito prático ou teórico sobre a antijuridicidade da conduta culposa, mas meramente na apreciação da subsunção típica. Por isso, entende que se não há que falar em ausência da *ratio cognoscendi* no tipo de injusto negligente. D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Crime Culposo e a Teoria da Imputação Objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. pp. 111-113.

um mandamento ético presente em todas as dimensões do princípio da legalidade, mas especialmente importante ao postulado da lei determinada. Seria uma exigência mínima que um potencial autor de um delito tivesse a oportunidade de descobrir a proibição da conduta que está contida no texto, o que só pode ser garantido pela inteligibilidade da norma. Em tal modelo, pela via de discussão em torno da vagueza, destaca-se o uso de palavras ou expressões tais como "vadiagem", "vagabundagem", "andarilhos noturnos", "conduta desordeira", ou designação vaga de condutas como "membro de uma gangue de rua", "estar reunido com outras pessoas sem propósito aparente" (Morales). A doutrina da anulação de leis penais vagas tem o escopo de combater a indeterminação das normas legais que permitam a instauração de um modelo de justiça criminal com julgamentos estabelecidos com base em "inconveniência", "maldade", "gravidade", "imoralidade" ou "repercussão" do ato ou da pessoa e que façam parte do tipo penal por obra da perspectiva ideológica ou do ponto de vista do indivíduo responsável pela sua aplicação. Como é possível observar, tanto na questão da discussão em torno dos tipos penais abertos, como também nas considerações da teoria da nulidade por vagueza do sistema norte-americano, o ponto central do debate está na aposta (equivocada) de que seria possível, pela simples escolha das palavras certas, evitar a necessidade de interpretação.<sup>124</sup>

Esta crença mostra o quanto tais autores ainda não perceberam o caráter hermenêutico da tipicidade, sendo que, neste contexto, a solução encontrada para resolver a existências destes "espaços de indeterminação" é a discricionariedade, concebida como algo inevitável e, até mesmo, necessário. Ou seja, não preocupa tanto a possibilidade de que haja julgamentos totalmente diferentes sobre uma mesma matéria, porque isto seria parte da ("necessária") discricionariedade que

---

<sup>124</sup> Eduardo Pitrez de Aguiar Correa explica que a doutrina frequentemente surge associada a controvérsias sociais, econômicas e políticas cuja indeterminação da norma potencializa o surgimento de ações estatais violadoras de direitos fundamentais. Por isso, a arguição da nulidade por vagueza esteve presente - nem sempre merecendo acolhida - quando, v.g., empresas suscitaram a vagueza de leis antitruste, no início do século 20; quando leis estabeleciam juramentos de lealdade visando a comunistas, após a Segunda Guerra Mundial; quando manifestações de direitos civis ou contrárias à Guerra do Vietnam eram reprimidas por intervenções penais; quando o tema do aborto esteve envolvido em manifestações e na prática médica; quando leis penais criminalizavam gangues de rua em nome de uma redução geral da criminalidade supostamente a elas associada; em fraude contábil de repercussão internacional (caso Enron) ou diante de leis visando ao terrorismo. [...] Com base nesse fundamento, desde *United States v. Reese*, a Suprema Corte americana tem avaliado afirmações de réus de que leis criminais são inconstitucionalmente vagas, desenvolvendo uma doutrina aclamada como dentre as mais importantes garantias de liberdade perante a lei. CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. A doutrina da nulidade por vagueza da suprema corte norte-americana - the void-for-vagueness doctrine. **Revista de estudos criminais** - Nº 41 ABR/JUN. 2011. pp. 69-90.

pressupõe os tipos abertos, já que cada um tem a sua opinião a respeito das coisas, tudo é relativo, não há verdades absolutas, tudo depende de quem está julgando, da sua base de valores, seus filtros. Ledo engano.

Ingressa, pois, a discussão de tipo-garantia na seara do discricionário poder do juiz em “preencher” o tipo aberto sem abrir mão da “garantia” advinda da tipificação. E mais, ao “preencher” o tipo aberto, não estaria o juiz interpretando? E no tipo fechado, não há interpretação?

Conforme será bastante destacado neste trabalho, o positivismo jurídico traz, como consequência inevitável, o “fechamento” interpretativo pela discricionariedade judicial. Por todos, vale destacar Hans Kelsen<sup>125</sup> e Herbert Hart<sup>126</sup>. Nos dois autores fica evidente a ideia de que, diante de uma textura aberta, o juiz não decide, mas *escolhe* uma interpretação que preencha os termos de eventual juízo de tipicidade. Diante da textura aberta (Hart), que permite várias interpretações possíveis, surge um problema político (Kelsen) quanto à escolha de uma interpretação, levada a cabo

---

<sup>125</sup> Neste ponto, vale referir o pensamento de Hans Kelsen, no ponto em que trabalha com a figura da moldura, dentro da qual haveria várias possibilidades interpretativas. O resultado de uma interpretação ocorreria, pois, pela fixação da moldura, ou seja, a fixação da moldura que representa o direito a ser interpretado e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existissem. Nesse passo, a interpretação de uma lei não deveria necessariamente conduzir a uma solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções. Sustenta Hans Kelsen que não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura possa ser preferida a outra. Vale reproduzir a passagem da Teoria Pura do Direito: “Apenas de todos os esforços da jurisprudência tradicional, não se conseguiu até hoje decidir o conflito entre vontade e expressão a favor de uma ou da outra, por uma forma objetivamente válida. Todos os métodos de interpretação até o presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca um resultado que seja o único correcto. Fixar-se na vontade presumida do legislador desprezando o teor verbal ou observar estritamente o teor verbal sem se importar com a vontade - do ponto de vista do Direito positivo - valor absolutamente igual.” KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Coimbra: Arménio Amado, 1979. p. 468. Como, pois, Hans Kelsen resolve esse paradoxo? Segundo o autor, a interpretação e pincelamento, de dentro da moldura, da única interpretação que servirá à construção de uma sentença justa, não é um problema da Teoria do Direito. Segundo o autor: “A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a <<correta>>, não é sequer - segundo o próprio pressuposto de que se parte - uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema da teoria do Direito, mas um problema da política do Direito.” KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1979. p. 469.

<sup>126</sup> Por este caminho também, ao dispor sobre o Conceito do Direito, Herbert Hart faz uma análise sobre o poder discricionário, trabalhando a questão dos conceitos indeterminados que, em sua obra, denominou textura aberta: “O poder discricionário que assim lhe é deixado pela linguagem pode ser muito amplo; de tal forma que, se ela aplicar a regra, a conclusão constitui na verdade uma escolha, ainda que possa não ser arbitrária ou irracional. A pessoa opta por acrescentar a uma série de casos um caso novo, por causa das semelhanças que podem razoavelmente ser consideradas, quer como juridicamente relevantes, quer como suficientemente próximas. No caso das regras jurídicas, os critérios de relevância e de proximidade da semelhança dependem de factores muito complexos que atravessam o sistema jurídico e das finalidades ou intenção que possam ser atribuídos a regra. Seja qual for o processo escolhido, precedente ou legislação, para a comunicação de padrões de comportamento, estes, não obstante a facilidade com que actuam sobre a grande massa de casos correntes, revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que a sua aplicação esteja em questão; possuirão aquilo que foi designado como textura aberta.” HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1961. p. 170.

por critérios de decidibilidade advindos da subjetividade do juiz.

A discussão acaba, então, centrada na noção de que uma lei penal “vaga” afeta a tentativa de conhecimento prévio das possibilidades futuras de subsunção, o caráter matemático da ciência jurídica, a estabilidade e a determinação da interpretação. Palavras vagas teriam o condão de ampliar demasiadamente o horizonte de possibilidade de subsunção, tornando o direito mais incerto e menos estável.<sup>127</sup>

Este aspecto, como será visto adiante, constitui a grande ilusão sobre a qual está erguida toda a estrutura da dogmática penal tradicional e em nome deste ideal de certeza é que são envidados os esforços intelectuais de grande parte dos doutrinadores. É aqui que reside, pois, o nó cego da crise da tipicidade penal, ou seja, na busca incansável pela pureza semântica, metódica, sistemática do direito, sem perceber o seu caráter essencialmente hermenêutico.

Resta saber se, dentro desta noção de vagueza, ambiguidade, abertura, o juiz teria carta branca para decidir como quisesse? Haveria uma legitimidade (procedimental) advinda do fato de ser o juiz? O papel de decidir por uma ou outra interpretação, diante da ambiguidade dos tipos penais, poderia acontecer de maneira totalmente aleatória, por vontade ou por sentimento do juiz?

---

<sup>127</sup> Tércio Sampaio Ferraz Júnior, nesse sentido, trata a questão da decidibilidade como problema central do Direito: Note-se, inicialmente, que não falamos em objeto, mas em problema. Com isso, queremos dizer que, seja qual for o objeto que determinemos para a Ciência do Direito, ele envolve a questão da decidibilidade. Toda a ciência tem um objeto, mas seja quais forem os objetos e as ciências, uma preocupação máxima os envolve, a qual se caracteriza com sua questão peculiar. Referimo-nos à alternativa verdadeiro ou falso. Uma investigação científica sempre faz frente ao problema da verdade. Admitimos, assim, que toda a ciência pretende obter enunciados independentes da situação em que são feitos á medida que aspiram a uma validade erga omnes. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1980. pp. 42-43.

### 3 PONTO DE PARTIDA DA CRÍTICA: A IDENTIFICAÇÃO DO CARÁTER RETÓRICO DA LEGALIDADE PENAL

Uma vez enfrentados os aspectos ligados à relação entre direito penal e filosofia e observado o estado da arte da dogmática penal a respeito da tipicidade no interior da teoria geral do delito, emprestando-se um olhar atento aos denominados tipos fechados e abertos, deve-se, agora, reconhecer o caráter retórico da tipicidade, a ponto de ser possível demonstrar os reflexos da crise da legalidade para um estado que pretende ser democrático e de direitos.

#### 3.1 TIPICIDADE E SENSO COMUM TEÓRICO

Rosa Maria Cardoso da Cunha inicia seu pioneiro estudo sobre o caráter retórico do princípio da legalidade, afirmando que o princípio não constitui uma garantia efetiva do cidadão em face do poder punitivo do Estado, não determina precisamente a esfera da ilicitude penal e, diversamente do que afirma a doutrina, não assegura a irretroatividade da lei penal que prejudica os direitos do acusado. Além disso, o tipo não estabelece que a lei escrita é a única fonte de incriminações e penas, não impede o emprego da analogia em relação às normas incriminadoras e não evita a criação de normas penais postas em linguagem vaga e indeterminada.<sup>128</sup>

Como será visto neste tópico, sem considerar a abertura proporcionada pela filosofia (hermenêutica) para o enfrentamento dos problemas da ciência, a crítica fica centrada em questões metodológicas, ideológicas, sociológicas, ou seja, sem pensar o próprio pensamento jurídico, a tentativa de superação da crise da dogmática jurídica (crise do discurso científico) acaba sendo realizada desde o interior da própria ciência, já esgotada nas possibilidades de resposta.<sup>129</sup>

Neste sentido, destaca-se o olhar feito por Rosa Maria Cardoso da Cunha sobre o dogma da legalidade, ou seja, a partir do descumprimento ou não

---

<sup>128</sup> Este é o primeiro trecho da obra de Rosa Maria Cardoso da Cunha que serviu de inspiração para a elaboração do projeto de tese de doutoramento apresentado como requisito para ingresso no Programa da Unisinos, em razão da colocação do problema relativo à linguagem no âmbito da legalidade. CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do princípio da legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979. p. 17.

<sup>129</sup> STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre Hermenêutica**. Porto Alegre: Edipucrs, 2004. pp. 10-11.

cumprimento das funções a ele atribuídas pela dogmática tradicional, num contexto no qual esta mesma dogmática transmite a ilusão de integridade e coerência do sistema, de segurança jurídica, de funcionalidade. Para a superação da crise, o jurista é chamado a fazer a discussão a respeito da teoria do tipo. Questionar o sentido de sua difração em relação ao juízo de antijuridicidade (e de culpabilidade). Examinar se cumpre as funções que a dogmática lhe assinala, o que implica questionar a significação mesma do princípio da legalidade, ou seja, perguntar pela conexão do conceito de tipicidade com o de antijuridicidade (e com o de culpabilidade), buscando responder se este modelo atende à noção primária de garantia que a dogmática lhe atribui. Para tanto, a autora enfrenta a questão a partir do que chama de *caráter retórico do princípio da legalidade*, apontando para os sinais demonstrativos da pouca ou nenhuma efetividade do dogma da legalidade penal na sua função de garantia.<sup>130</sup>

Desde a crítica da dogmática, a superação da crise formal da legalidade pode ocorrer pela formação de uma contra-ideologia ou uma contra-dogmática. O *caráter mitificador* do direito pode ser tomado com algo que incide sobre a realidade, determinando modos de estabelecimento da verdade, formas específicas de reconstituí-la e de ocultá-la, fazendo com que alguns conceitos como os de tipicidade, causas de justificação, exculpantes ou princípios como os da legalidade e da culpabilidade, neutralizem ou evitem a discussão sobre as determinações sociais do delito, sobre a quantificação política da transgressão ou sobre as razões estruturais e de conjuntura que condicionam a pena. Neste contexto, os dogmáticos (o juiz e as partes), quando argumentam com este arsenal analítico, deslocam o eixo de uma discussão efetivamente plantada em condições de existência de uma sociedade particular e a situam no plano imaginário das teorias dogmáticas, de tal forma a se manter em pleno vigor a noção de que o direito positivo só pode ser cientificamente analisado mediante a descrição acrítica das normas positivas, quer

---

<sup>130</sup> Deve ser feita a ressalva de que a abordagem trazida no presente trabalho distancia-se do roteiro intelectual traçado por Rosa Maria Cardoso da Cunha, diante da opção aqui engendrada de imbricar direito e filosofia, ao invés de buscar respostas pelos caminhos da teoria de Saussure ou enfocando a questão da ideologia, dentre outros pontos levados originalmente pela autora. Aqui serão enfrentadas as questões postas no plano do caráter meramente formal ou retórico da legalidade, retomando as possibilidades de superação desta crise a partir da filosofia hermenêutica tomada como vetor de racionalidade para pensar o pensamento jurídico, o que será feito com a perspectiva de abrir um novo horizonte de possibilidades para a compreensão e superação do problema do direito como sistema de regras, que é, sem dúvida, uma questão vinculada ao modelo positivista (objetificante), também tratado por Rosa Maria. CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do princípio da legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979. p. 23.

dizer, através de uma estrutura teórica formal e invariável, expressa em conceitos universais, neutro e estritamente jurídicos. Esta crítica é muito importante para o objetivo deste trabalho, na medida em que se busca o estabelecimento de uma nova forma de ver a legalidade (e com ela a noção de crime) até o limite de ser possível pensar um novo modo de atuar em direito penal.<sup>131</sup>

Ainda que discutida a questão apenas no plano da ideologia ou da política, sem dúvida, a análise dos modos pelos quais se constituem os sentidos da lei penal coloca em xeque os princípios e as teorias estruturantes do pensamento dogmático, assim como revela ser a doutrina uma imensa fábrica de argumentos retóricos e, na particular perspectiva do princípio da legalidade, demonstra que o mesmo não possui a eficácia política, hermenêutica e sistemática apresentada pela dogmática.<sup>132</sup>

Embora seja evidente o aspecto meramente formal do dogma da legalidade, o certo é que as legislações modernas, quase sem exceção, admitem-no como um princípio fundamental, com relevância constitucional. Em sua acepção mais divulgada, refere-se ao compromisso dos órgãos do Estado de tornarem a lei penal escrita a única fonte de incriminações e penas (*nullum crimen nulla poena, sine lege*). A concepção teórica de legalidade aparece na Declaração dos Direitos do Homem da Revolução Francesa e nos 1º e 2º Códigos revolucionários franceses, onde se reclama sejam previamente estabelecidos os crimes e as penas pelo legislador, numa perspectiva em que a lei penal é tomada como instrumento de defesa da sociedade, num contexto de segurança e certeza jurídicas. Destaca-se, então, que o significado de legalidade preconizado pelo Iluminismo e pela Revolução Francesa não corresponde ao modelo da legalidade difundido pelas reformas europeias e pelo direito penal dos séculos XIX e XX, sendo que, numa classificação bastante ampla, haveria três concepções de legalidade, articuladas com suas práticas respectivas: a primeira, de Beccaria; a segunda, dos clássicos retribucionistas e, a terceira, do positivismo penal, mais tarde temperado pelas

---

<sup>131</sup> CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do princípio da legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979. p. 23.

<sup>132</sup> Rosa Maria Cardoso da Cunha alerta para a necessidade de não reduzir a discussão do crime ao ambíguo “quebra-cabeças” da atual teoria do delito, na medida em que, sob o neutro instrumental teórico da dogmática, são contrabandeadas teses ideológicas que apesar de não ficarem explícitas acarretam obscurantistas consequências. CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do princípio da legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979. p. 25.

soluções das escolas ecléticas.<sup>133</sup>

Uma importante distinção, ordinariamente omitida pelos textos dogmáticos, reside na leitura do princípio da legalidade a partir da sua identificação como norma, princípio doutrinário e enunciado meta-jurídico. No primeiro aspecto, a dogmática penal não avança na discussão sobre a natureza deôntica da norma da legalidade, não a reconstrói no plano lógico formal, para dizer se corresponde a uma norma de obrigação, proibição ou permissão. No segundo ponto, em que a regra da legalidade é tomada como princípio doutrinário, há duas funções fundamentais a serem desveladas: uma função hermenêutica, relacionada com o modo de interpretação da lei penal e, outra, metodológica (ou sistemática), referida à produção de conceitos jurídico-penais. Quanto à função hermenêutica do princípio da legalidade, é questão que ainda está bastante imprecisa na doutrina, aparecendo, quase sempre, associada à explicitação de seu valor de garantia jurídica e política e fundamentada mais extensamente no capítulo da interpretação da lei penal. Sem grandes discrepâncias, figuram incólumes na doutrina, pelo menos quatro princípios dogmáticos relativos à interpretação da lei penal: 1) proibição da retroatividade da lei penal que prejudique os direitos do acusado; 2) proibição de recorrer ao direito costumeiro para a identificação de práticas criminosas (só a lei escrita pode ser fonte de normas incriminadoras); 3) proibição do uso de analogia em relação às normas incriminadoras; 4) proibição da existência de normas penais que se expressem por linguagem vaga ou indeterminada. No plano da função metodológica do princípio da legalidade, destaca-se a sua relação com a teoria do tipo, pois a doutrina penal é unânime em afirmar que a tipicidade é a categoria jurídico-penal racionalizadora do princípio da legalidade, de tal forma que o *nullum crimen nulla poena sine lege* corresponderia à formula de que não há delito sem tipificação, ou seja, a regra da legalidade passa a ser um princípio reitor de toda a produção teórica relativa à conceituação do delito, fundamentando os conceitos da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade e sintetizando o suposto funcionamento destas categorias analíticas.<sup>134</sup>

Neste ponto, como visto acima, o princípio da legalidade reproduz a exigência fundamental que o conceito de tipicidade encerra no contexto atual da dogmática penal (com a raiz fincada no positivismo jurídico), no sentido de ser uma

---

<sup>133</sup> Sobre o tema: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: 2003. p. 49.

<sup>134</sup> CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do princípio da legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979. pp. 55-58.

correspondência perfeita entre o fato antijurídico e a descrição legal, reiterando o conteúdo da antijuridicidade, vinculando a existência do crime à violação do direito contido na lei e assegurando o conceito tradicional de culpabilidade, relacionando a culpa com a prática de um ato previamente estabelecido em um tipo.

O princípio da legalidade, como postulado meta-jurídico, por outro lado, está ligado à afirmação dogmática de seu valor de garantia política de caráter liberal, numa relação de sobreposição em relação às outras funções exercidas pela regra, numa espécie de consenso de que a regra da legalidade, antes de ser um princípio jurídico seria, isto sim, um anteparo da liberdade individual, no sentido de limitação do *jus puniendi* do Estado. Em iguais palavras, seria uma garantia do cidadão em face dos poderes do Estado, impedindo o arbítrio na aplicação da lei penal e assegurando o exercício regular e democrático da justiça. No geral, a dogmática tradicional faz a especial ligação entre tipo e legalidade como uma garantia dos cidadãos em face do poder de punir do Estado, limitado a só castigar aqueles comportamentos previstos em um tipo penal (incriminador) certo e determinado. Com poucas variações, os manuais de direito penal enfrentam da mesma maneira a questão do papel garantidor do princípio da legalidade, a partir da ideia de adequação perfeita do fato à norma, enquadramento legal do fato ou subsunção do fato ao tipo.<sup>135</sup>

Neste contexto, cumpre demonstrar que, desde o surgimento da noção de legalidade como tipificação, passando por todas as transformações até hoje, a dogmática tradicional tem mal cumprido com sua função normativa, diante da ilusão de atribuição prévia de significado aos textos legais, com o que revela, isto sim, uma clara função ideológica de homogeneização dos valores sociais e jurídicos, assim como uma função retórica, já que carrega uma gama de argumentos voltados à sustentação (abstrata) do raciocínio jurídico. Tudo isto acarreta, finalmente, a manutenção das relações de poder a partir da consagração da função política da dogmática, entendida como senso comum teórico.<sup>136</sup>

---

<sup>135</sup> CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do princípio da legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979. p. 62.

<sup>136</sup> Luiz Alberto Warat cunhou a expressão senso comum teórico dos juristas para designar as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do direito. O neologismo é apresentado com a função de mencionar exatamente a dimensão ideológica das verdades jurídicas, na medida em que os juristas, nas suas atividades cotidianas, encontram-se fortemente influenciados por uma constelação de representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáfora, estereótipos e normas éticas que presidem (anonimamente) seus atos de decisão e enunciação. WARAT, Luiz Alberto. **Introdução**

Neste palco, o tipo acaba cumprindo uma função retórica de legitimação do uso ou do afastamento do poder repressivo estatal, ou seja, num espaço marcado pela arbitrariedade, discricionariedade, voluntarismo, o tipo penal é instrumento de ampliação e de restrição/controle do estado penal, sendo manipulado tanto para condenar, quanto para absolver. Em tal modelo, considerando as possibilidades advindas pela abertura proporcionada pela filosofia, impõe-se a construção de um novo olhar sobre o tipo penal e, por consequência, sobre a forma de construir a tipicidade.

Em suma, é urgente enfrentar a crise da tipicidade, diante da decisão (necessidade) de superar o estado da arte da teoria do delito, aceitando o desafio de buscar a construção de uma nova teoria do direito, que não seja articulada apenas a partir do (superado) *modelo subsuntivo*, calcado na arbitrariedade e/ou no ativismo das partes atuantes na cena jurídica. A partir da percepção de que o humano está sempre jogado numa filosofia, que ela molda a sua forma de ver o mundo (ser no mundo) e que, assim, determina seu comportamento enquanto cientista, a filosofia passa a ser o elemento possibilitador de uma transformação que será, antes, do próprio cientista, mais do que da ciência (do direito penal). A percepção da ruptura provocada na filosofia do século passado pela obra heideggeriana opera uma verdadeira revolução paradigmática capaz de abalar profundamente toda a estrutura sobre a qual se construiu/constrói o modo de pensar o direito nesta quadra do tempo, ou seja, a assimilação da superação da metafísica da tradição, com o fim da cisão promovida entre sujeito/objeto, fundamentação/aplicação, texto/fato, tudo isso torna inevitável a (re)descoberta do verdadeiro sentido do atuar em direito.

Um olhar no modo tradicional de fazer tipicidade em matéria penal demonstra com clareza a crise de paradigma antes referida. A partir deste novo olhar deve surgir um novo jurista, capaz de repensar seu modo de atuar em direito penal, quando, então, será necessário reescrever a doutrina que tanto discute se os tipos penais são abertos ou fechados, se são completos ou incompletos, vagos ou determinados. Os juristas, alheios à quebra de paradigma provocada pela invasão da filosofia pela linguagem, ainda não entendem que todas as palavras, mesmo as mais claras, não afastam a possibilidade de dúvidas e dificuldades na hora da

verificação da tipicidade. E veja-se que, mesmo autores positivistas, como Hans Kelsen e Herbert Hart já haviam disso se dado conta.

Não é por acaso que os cientistas do direito entendem que os tipos abertos seriam aqueles nos quais faltaria uma exaustiva descrição do comportamento proibido, ou seja, seriam aqueles para os quais haveria a necessidade de complementação judicial dos elementos que o integram para que a lei fosse corretamente aplicada.

Nilo Batista, ao tecer considerações sobre o princípio da legalidade, fala de quatro funções vistas sob o prisma de garantia individual: a) proibir a retroatividade da lei; b) proibir a criação de crimes e penas pelo costume; c) proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas; d) proibir incriminações vagas e indeterminadas.<sup>137</sup>

As mais claras palavras, o mais singelo tipo penal, não dispensa interpretação, como será adiante demonstrado com base na filosofia (hermenêutica).<sup>138</sup> A doutrina tradicional os crimes como *fechado e abertos*, como se coubesse ao jurista apenas fazer a subsunção do fato à norma nos fechados, e fazer um esforço interpretativo apenas nos abertos.

Um aspecto interessante desta discussão acontece quando os cientistas adéquam a vida aos exemplos, como forma de testar a coerência sistêmica, a adequação interna de algum elemento da teoria do delito, num momento em que a

---

<sup>137</sup> No que se refere à proibição de incriminações vagas e indeterminadas, consigna: “Tipicidades abertas e exemplificativas. Adverte com propriedade Everaldo da Cunha Luna que ‘o maior perigo atual para o princípio da legalidade, em virtude da forma como se apresenta, são os chamados tipos penais abertos ou amplos’, que se alçaram nos crimes culposos um nível de caracterização orgânica bastante seguro, têm, como lembra Zaffaroni ‘limites muito perigosos nos crimes dolosos de perigo. BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan. 2001. p. 82.

<sup>138</sup> Esse ponto pode ser remetido a um posicionamento de Ronald Dworkin, quando da discussão sobre direitos enumerados e não enumerados. Como é de conhecimento, a Constituição norte-americana é bastante enxuta, com conteúdo bastante reduzido de previsão de direitos. Por esse motivo, criou-se na doutrina estadunidense uma divisão entre direitos enumerados (previstos no texto constitucional) e não enumerados (não previstos, mas decorrentes desses). Dworkin afirma que esta distinção é pífia, porque os direitos não decorrem da grafia de seu texto, mas, sim, de sua interpretação. Ou seja, mesmo diante de um direito considerado enumerado, como a liberdade de expressão, a controvérsia surge quando é questionado se esse direito é aplicável a determinada situação, como, por exemplo, se ele pode dar guarida ao ato de queimar a bandeira de seu país, o que depende de uma postura interpretativa. Do mesmo modo, adaptando a tese de Dworkin para a proposta deste trabalho, a existência de um tipo penal só constituirá crime através de uma análise hermenêutica, que faça uma fusão entre a previsão legislativa da conduta criminosa com os elementos do caso concreto. Como afirma Dworkin: “I must be clear. I am not arguing that the Supreme Court should enforce unenumerated as well as enumerated constitutional rights, anymore than I meant to argue, in my remarks about a speaker’s meaning, that the Court is right to ignore or modify what the framers said. I meant that the distinction between enumerated and unenumerated rights, as it is commonly used in constitutional theory, makes no sense, because it confuses reference with interpretation”. DWORKIN, Ronald. **Freedom’s law: the moral reading of the American constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 80.

subsunção aos tipos ocorre com hipóteses absurdas, alienadas dos acontecimentos que marcam a cotidianidade do mundo da vida, ou seja, a afirmação da adequação do tipo à ideia da taxatividade é feita sem referência a um fato ou a um caso (concreto).

O panorama apresentado, então, demonstra que mesmo o direito penal crítico volta-se ainda para questões que desprezam o nível interpretativo pressuposto à tipicidade (com a distinção entre tipos abertos e fechados), compreendo a imputação criminal como um processo de acoplagem. Esse posicionamento merece uma dupla crítica: 1) primeiro, pelo equívoco que sustenta a ideia de tipicidade como subsunção; 2) segundo, ao compreender tipos abertos como um problema interpretativo, a solução é a aposta no poder (discricionário) do juiz.

Veja-se que isso reflete não apenas no âmbito da decisão judicial. Há uma tendência de pensarmos os problemas que a ausência de uma leitura hermenêutica da tipicidade causam apenas na atuação de juízes e tribunais, quando, na verdade, a crítica deve ser pensada em termos de todos aqueles envolvidos no processo criminal (Ministério Público, atuação policial etc.). Esta distinção entre tipos abertos e fechados é artificial. E justamente é assim porque renega a dimensão interpretativa do fenômeno jurídico, consolidando, assim, o principal ponto da crise da tipicidade.

### 3.2 A QUESTÃO DA TIPICIDADE NO CONTEXTO DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL: TUTELA DE BENS JURÍDICOS NA SOCIEDADE DE NOVOS RISCOS

O direito penal passa por um momento marcado pelo redimensionamento de seu papel. As transformações ocorridas na sociedade e as dificuldades em lidar com os problemas delas decorrentes acabaram deslocando para as leis penais a atribuição de controle social. Em outras palavras, isso significa o aumento de sua incidência, através de um movimento de crescente criminalização. Assim, o objetivo das páginas seguintes é demonstrar que, no contexto da tutela dos novos riscos e do surgimento de um direito penal simbólico, mais do que nunca é indispensável denunciar a dimensão hermenêutica do direito e a necessidade de estabelecer limites materiais à tipicidade.<sup>139</sup>

---

<sup>139</sup> André Luís Callegari conceitua os riscos da contemporaneidade, definidos por Beck (1998) como “riscos de modernização”, que se diferenciam dos riscos e perigos da Idade Média justamente pela globalidade de sua ameaça e por serem produto da maquinaria do progresso industrial. Ademais, é

Talvez não haja, nesta quadra do tempo, assunto mais discutido em direito penal do que a questão da sua própria expansão. No centro do debate, a necessidade de superação do chamado direito penal tradicional ou *clássico* (da supremacia da proteção de bens jurídicos individuais), em face de uma nova criminalidade, advinda da revolução tecnológica e/ou da globalização (bens jurídicos transindividuais).<sup>140</sup>

A discussão envolve um conjunto de fenômenos sociais, jurídicos e políticos que estariam a gerar uma forte pressão sobre o poder público, especialmente sobre o legislativo, no sentido da tomada de medidas que aumentem a sensação subjetiva de segurança da população, o que acaba redundando, invariavelmente, na criação de novas leis penais, dentro de uma espécie de *estado permanente de emergência*. A discussão sobre a expansão do direito penal é, portanto, um debate sobre a expansão *do uso* do direito penal como tentativa de controle, tanto do desviante, quanto dos níveis de insegurança da população não desviante. A celeuma é antiga: o estado deve conter “os que não têm”, diante do medo “dos que têm”, de que os “que não têm” queiram ter.

Além da ampliação da quantidade de tipos penais incriminadores, esta tal situação emergencial provoca, ainda, o incremento das figuras já existentes, com criação de qualificadoras, agravantes, causas de aumento de penas, assim como altera significativamente a interpretação dos tipos penais, com a ampliação da incidência para casos antes não atingidos.

O debate sobre a legitimidade do direito penal como instrumento de tutela e/ou de proteção de bens jurídicos reúne inúmeros argumentos favoráveis e desfavoráveis, num ambiente de discussão bastante complexo e indefinido, ou seja, é um tema que, sozinho, constitui matéria-prima para muita divergência. Acontece

---

intrínseco a esses “novos riscos” um componente futuro, ou seja, relacionado com uma previsão de uma destruição/catástrofe que ainda não ocorreu, mas que se revela iminente. CALLEGARI, André Luiz. WERMUTH, Maiquel Ângelo Dexordi. **Sistema Penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.14

<sup>140</sup> Lenio Streck adverte que: O conteúdo do debate acerca de qual sentido que deve tomar, no interior do Estado Democrático (e Social) de Direito, o modelo penal e processual penal brasileiro vem mantendo acesa uma celeuma filosófica - ainda que não explícita -, a partir de dissensos que envolvem concepções de vida e modos-de-ser-no-mundo centrados nas mais diversas justificações materiais e espirituais. O substrato de fundo desses embates, entre tradições de pensamento tão diversas e, em grande parte dos assuntos, antagônicas, revela uma contraposição ainda mais fundamental consistente em um conflito quanto aos bens jurídico penais que efetivamente merecem proteção penal nesta quadra da história. STRECK, Lenio. **O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht)**: O lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes”? Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/08/Vers%C3%A3o-final-da-Untermassverbot-08-07-art-33-1.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2012.

que este debate, quando feito pela janela da expansão do direito penal para cobertura de novos riscos, abre ainda mais a discussão, sendo possível observar a questão da crise da tipicidade penal, já que a ampliação do estado penal ocorre, numa das frentes possíveis, pela edição de novos tipos e releitura de outros existentes, tudo em detrimento da ideia de garantia que deveria cercar a noção de tipicidade.

Na doutrina de Claus Roxin, falando em nome dos defensores do critério do bem jurídico, percebe-se uma inicial preocupação com a fixação do que se entende por bem jurídico e de onde se deduz uma restrição do direito penal à proteção de ditos bens. O autor parte da ideia de que as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do direito penal e o que estiver além desta função não deve ser logicamente seu objeto de interesse. Neste caminho, considera que incumbe ao direito penal a garantia aos cidadãos de uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos. Conforme o autor, esta concepção estaria legitimada historicamente desde o pensamento jurídico-racional da ilustração que serve de base à forma de estado democrático. Ou seja, desde a noção do contrato social, os cidadãos, como possuidores do poder estatal, transferem ao legislador somente as atribuições de intervenção jurídico-penais que sejam necessárias para o gozo de uma vida em comunidade livre e pacífica, e eles fazem isto somente na medida em que este objeto não se possa alcançar por outros meios mais leves. Com tais aportes, Claus Roxin entende que, em um estado democrático de Direito, as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos, o que traz para o Estado a obrigação de garantir, com os instrumentos jurídico-penais, não só as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade etc.), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de imposto saudáveis, uma administração livre de corrupção etc.). Para o penalista alemão, todos estes objetos legítimos de proteção das normas que subjazem a

estas condições são denominados bens jurídicos.<sup>141</sup>

Num contexto de expansão do uso do direito penal, torna-se bastante difícil trabalhar com a proposta de um direito penal voltado para a proteção de bens jurídicos, sem que, neste plano de discussão, sejam trabalhadas algumas questões da cotidianidade.

Os riscos da contemporaneidade ou riscos da modernização diferenciam-se dos riscos e perigos da Idade Média, justamente pela globalidade de sua ameaça e por serem produtos da maquinaria do progresso industrial. Por outro lado, destaca-se o fato de ser intrínseco a esses *novos riscos* um componente futuro, relacionado com a previsão de uma destruição/catástrofe iminente. É clara a mudança de perspectiva, notadamente quando a doutrina assinala a passagem de um direito penal dito tradicional, dogmaticamente voltado à proteção de bens jurídicos individuais (como a vida e o patrimônio), para um direito penal ligado à proteção da própria existência humana na terra (danos de grande monta ao meio ambiente e desastres nucleares de consequências mundiais).

Jesús-María Silva Sánchez, tratando da problemática das causas da expansão do direito penal, relaciona o fenômeno: 1) aos novos interesses, 2) ao aparecimento de novos riscos, 3) à institucionalização da insegurança, 4) à sensação social de insegurança, 5) à configuração de uma sociedade de “sujeitos passivos” e 6) à identificação da maioria com a vítima do delito, 7) ao descrédito de outras instâncias de proteção, 8) à atuação dos chamados gestores atípicos da moral e, finalmente, 9) à atitude da esquerda política na Europa. O autor, ao mesmo tempo em que aceita a ideia da existência efetiva de um espaço razoável para a expansão do direito penal, especialmente em face de realidades novas, ressalva, com convicção, que o processo de expansão está baseado, muitas vezes, em manifestações completamente destituídas de fundamento.<sup>142</sup>

A noção de um direito penal tomado como um instrumento qualificado de proteção de *bens jurídicos* justificaria a expansão, no ritmo e na frequência da aparição de novos bens jurídicos, assim como autorizaria novas valorações a respeito de bens jurídicos já existentes, diante das chamadas *novas realidades*, fenômenos que não tinham tanta incidência e que são agora considerados de alta

---

<sup>141</sup> ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 16.

<sup>142</sup> SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **Política Criminal y Persona**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000. p. 21.

relevância (meio ambiente e patrimônio histórico artístico, para ficar nestes).<sup>143</sup>

No confronto entre o direito penal clássico e o direito penal da globalização, deve-se questionar quais são, efetivamente, os novos interesses, as novas situações produzidas no seio deste novo tipo de sociedade que surge no período dito pós-industrial? Este esclarecimento ganha relevância, na medida em que o movimento de expansão do direito penal, apoiado no discurso do medo e da insegurança, tem um efeito *tissunâmico* sobre a ideia de legalidade, criando um ambiente belicoso dentro do qual o discurso racionalista, pacificador, defensor de garantias e de direitos humanos é tido como obstáculo à possibilidade de imposição da ordem e da segurança, pela aplicação da pena criminal.

Quais são, afinal, esses novos interesses? De onde surgem? A qual setor da sociedade eles pertencem? Qual seu grau de importância para a vida comunitária? Buscar a resposta a estas perguntas significa evitar a possibilidade de que o discurso do medo, que impulsiona esta onda expansionista, possa provocar a mais perigosa das armadilhas que é a generalização, no sentido de que a ampliação do direito penal, seja como for, serve para resolver o problema da insegurança, manifestação a qual legitima atos de criminalização (novos tipos, aumento de penas, endurecimento dos regimes), mesmo que isto aconteça em relação a velhos interesses, requeitados pela *agenda setting* ou pelas novas cartilhas dos novos e velhos políticos de plantão.<sup>144</sup>

O alerta trazido por Luiz Eduardo Soares em relação à busca das causas do crime e da violência é importantíssimo, quando afirma ser fundamental o cuidado com este tema, sobretudo, para evitar exatamente a armadilha da generalização. De fato, não existe o crime, no singular, mas uma diversidade imensa de práticas

---

<sup>143</sup> SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luíz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002. p. 28.

<sup>144</sup> A questão de que, por vezes, o âmbito estatal é marcado por uma fragilidade, ensejada pelo surgimento de vias alternativas ao Estado e, por outras, por uma postura mais incisiva, é retratada por José Eduardo Faria como “tendências no Direito”. No capítulo sexto da obra *Sociologia Jurídica*, o autor aborda nove tendências que caracterizam o Direito, sendo que, dentre estas, está: a) uma desformalização legislativa, em que cresce a participação de grupos de interesse não vinculados ao Estado no processo legislativo; b) a redução do caráter imperativo do direito, com o surgimento de novas esferas de poder e do pluralismo; c) a prevalência da regulação privada em face da estatal, que resulta em um direito civil à margem do Estado, em razão da existência de uma economia globalizada, influenciada pelo transnacionalismo; d) o enfraquecimento dos direitos sociais, motivado pela perda da soberania do Estado, que cede espaço aos “mercados comuns”, regulados pela *lex mercatoria*; e) o fortalecimento do direito penal, com uma maior criminalização, bem como com o endurecimento de penas para crimes de menor potencial ofensivo. FÁRIA, José Eduardo. **Sociologia Jurídica**: direito e conjuntura. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. cap. 6. p. 73-112.

criminosas, associadas a dinâmicas sociais muito diferentes, ou seja, não faz sentido imaginar que seria possível identificar apenas uma causa para o universo heterogêneo da criminalidade. O grande equívoco, repetido milhares de vezes, de que a pobreza é condicionante da criminalidade, é uma prova eloquente desta prática reducionista, já que, em cada caso, tudo depende do tipo de crime, do contexto intersubjetivo e do horizonte cultural em questão.<sup>145</sup>

Este fenômeno do aumento do uso do direito penal, portanto, do incremento da quantidade de novos tipos penais, é perpassado por inúmeros fatores que conduzem à generalização das causas da criminalidade e da violência, tudo levando ao depauperamento da proposta de legitimação do direito penal na proteção de bens jurídicos, já que a pretensa instabilidade provocada pelo complexo cenário de insegurança subjetiva da população (diante dos novos riscos) acaba justificando toda e qualquer política de endurecimento do sistema penal. Em tal quadro, sempre complexo, é muito importante olhar com cuidado para as várias dimensões que compõem a trama social estudada, pois o pretexto da necessidade de regulação de novos interesses, como já se disse, acaba provocando a busca de novas incriminações, independentemente de haver ou não espaço para a ampliação da regulação penal. Esse aspecto expõe a fragilidade do critério do bem jurídico e demonstra que o discurso da ciência do direito penal tem servido para fazer a amarração teórico-sistemática das novas incriminações, ou seja, resolve, argumentativamente, todas as questões que se poderiam levantar em relação ao novo tipo penal (vide legislação do desarmamento).<sup>146</sup>

---

<sup>145</sup> SOARES, Luiz Eduardo. Segurança pública: presente e futuro. **Estudos Avançados**, São Paulo, vol. 20 (ano 56), jan./abr. 2006. p. 91.

<sup>146</sup> Sobre o caso do desarmamento, Lenio Streck apresenta posicionamento que aponta para a necessidade de uma leitura constitucional do dispositivo, nos seguintes termos: “Veja-se, nesse sentido, o art. 16 da Lei n. 10.826/2003, que especifica que os atos de ‘portar’, ‘transportar’ ou ‘guardar’ (para referir apenas alguns verbos do extenso tipo penal) arma sem registro e sem licença constituem crime punível com pena de dois a quatro anos de prisão. A rasa aplicação do dispositivo (raciocínio causal-explicativo) acarreta problemas de índole constitucional. [...] No caso sob comento, exsurtem, pois, várias indagações, como: a garantia (se se quiser, princípio) da presunção da inocência permite que outras condutas delituosas (outros crimes) sejam punidas sem a necessidade de comprovação de efetiva violação de bem jurídico? É lícito que o Estado puna alguém que esteja portando uma arma sem munição ou que tenha uma arma guardada em sua casa, sem que esteja demonstrada a violação de um bem jurídico específico? O que fazer na hipótese de um campesino preso portando uma velha espingarda (de caça ou não), no caminho entre sua casa e a lavoura?” STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 312-314. Tal posição foi reproduzida por em parecer perante à 5a. Câmara Criminal do TJRS, no qual foi aplicada a nulidade parcial sem redução de texto: “Porte (ilegal) de arma. - Caso de vigilante que transportava arma de fogo em seu automóvel, como o objetivo de verificar a ocorrência de possível ilícito em área de sua responsabilidade. Ausência de porte e registro da arma. Ausência de danosidade social na conduta. Atividade lícita, em que pese o caráter informal. Aplicação da técnica da nulidade

Em tal conjuntura, cabe perguntar se o direito penal serviria para resolver todos os problemas, de tal sorte que o poder legislativo pode tudo em matéria de criação de leis penais? Na base do discurso, da argumentação, do jogo de palavras em torno da necessidade de tutela de bens jurídicos, o poder legislativo pode tudo? Há limites para o legislativo em matéria criminal? E o judiciário, pode tudo?

É evidente que este trabalho não se propõe a resolver essas questões. Não é este o foco aqui. Entretanto, a ampliação e endurecimento do estado penal pela criação de novos tipos, mesmo sem a indicação de qualquer elemento ou dado capaz de comprovar a eficácia das medidas de controle/proteção utilizadas, mostram o nível de alienação do penalista contemporâneo, fruto, sem dúvida, do longo período de imersão no paradigma dogmático positivista, segundo o qual, não há diferença entre vigência e validade. A falta da consolidação do papel constituinte da Constituição vem provocando um distanciamento do jurista quanto à necessária discussão dos limites do legislador em relação à criação de novos tipos penais. Em um estado constitucional e democrático de direito, todo o poder deve sofrer limitação.

Não é o que acontece. O direito penal vem sendo utilizado como plataforma para a obtenção de votos; é feito para demonstrar aos eleitores que não há a estagnação do estado diante dos fatores que contribuem para gerar toda esta pretensa inquietação social. Novas leis penais e aumento das penas continuam a ser a pauta dos discursos político-partidários e político-institucionais, em período de tempo no qual não é possível saber se as respostas anteriormente dadas surtiram algum efeito. Para tentar aplacar esta angústia coletiva por segurança subjetiva são propostas novas incriminações, não sendo necessário estabelecer-se uma correlação específica entre o discurso legitimador da expansão e o que efetivamente é feito em matéria legislativa. É como se o argumento da necessidade de maior utilização do direito penal carregasse sempre todas as variáveis que militam no sentido da expansão. Em outras palavras, o conjunto dos argumentos em favor da ampliação do estado penal justifica cada específica nova criação de lei penal.<sup>147</sup>

---

parcial sem redução de texto (Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung)” (Processo n. 70009228594).

<sup>147</sup> A este respeito, Jesus Maria Silva Sánchez refere que: O resultado é desalentador. Por um lado, porque a visão do Direito Penal como único instrumento eficaz de pedagogia político-social, como mecanismo de socialização, de civilização, supõe uma expansão ad absurdum da outrora ultima ratio. Mas, principalmente, porque tal expansão é em parte inútil, na medida em que transfere ao Direito Penal um fardo que ele não pode carregar. O debate acerca da Zukunftssicherung, isto é, da atribuição

O critério do bem jurídico, pensado dentro do esquema sujeito-objeto da filosofia da consciência, na amarração pretendida pela atual teoria do delito, constitui uma explicitação da crise da tipicidade. O discurso da ampliação do uso da incriminação para fazer frente a novos desafios apresentados pela contemporaneidade passa incólume, uma vez que não é feita a pergunta pela constitucionalidade, pela legitimação, enfim, desde o afastamento da filosofia, como instância de reflexão.

Os novos riscos provenientes de uma *sociedade do risco* justificariam o modo de pensar o direito penal como sistema de proteção de bens jurídicos, porém, desde um sentido de prevenção de danos, ou melhor, de evitação de resultados, o que é absolutamente equivocado. A aposta continua a ser na capacidade de o estado, por algum instrumento legal, evitar a prática e a ocorrência de acontecimentos danosos, mesmo depois de o direito penal dar claras demonstrações de que não é capaz de cumprir esta missão hercúlea de solucionar os problemas que os outros ramos do direito e setores do estado não conseguem resolver. A sociedade do risco vive uma autêntica *cultura preventiva*, na qual a prevenção acompanha o risco como uma sombra, desde os âmbitos mais cotidianos até os de maior escala, cujos exemplos são as guerras preventivas. Neste contexto, não basta punir, porque é imprescindível evitar o acontecimento danoso ou perigoso.<sup>148</sup>

Por isso, o recurso aos crimes de dano acaba sendo insatisfatório como técnica da abordagem do problema, porque o estrago aconteceu e o direito penal não estava lá para evitar. De que adianta, agora, punir? O direito penal da pena como retribuição do mal causado é ineficiente, por ser tido como ineficaz para a prevenção de danos. A saída passa a ser o uso de tipos de perigo, nos quais prevalece o entendimento de sua configuração, inclusive, à míngua de qualquer prova.

É inegável o fato de estarmos destinados a viver em uma sociedade complexa, com uma inevitável gama de relações e de interações entre as pessoas, por necessidade, por cooperação, por divisão do trabalho e de classe, enfim, numa situação que aumenta as possibilidades de acontecimentos danosos. É impossível

---

ao Direito penal da responsabilidade de proteger os interesses fundamentais das gerações futuras sobre a terra, é um exemplo suficientemente ilustrativo a esse respeito. SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. **A expansão do direito penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luís Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002. p. 62.

<sup>148</sup> QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal:** legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 53.

pensar que o uso da incriminação poderá evitar a ocorrência de eventos lesivos ou perigosos aos bens jurídicos.

Mesmo assim, a doutrina refere uma indemonstrável sensação de insegurança que, aliás, independe dos índices de violência comunitária, da classe social, enfim, da curva tempo e espaço.

Jesus Maria Silva Sanches destaca três aspectos motivadores desta situação de insegurança: 1) a atual revolução das comunicações dá lugar a uma perplexidade derivada da falta - sentida e possivelmente real - de domínio do curso dos acontecimentos; 2) as pessoas se acham confusas ante a dificuldade de obter uma autentica informação fidedigna em uma sociedade - a da economia do conhecimento - caracterizada pela avalanche de informações; 3) as novas realidades econômicas vêm dando lugar a uma instabilidade emocional-familiar que produz uma perplexidade adicional no âmbito das relações humanas; perplexidade da relatividade ou perplexidade do relativismo. Esta vivência do medo advém, também, em outro plano, da insegurança referente às questões internacionais, como na delicada questão das guerras nacionalistas do Oriente Médio e dos Bálcãs, assim como no caso do terrorismo, fatos que alimentam a intranquilidade subjetiva.<sup>149</sup> Encaradas todas essas razões e tomadas tais como postas, torna-se razoável sustentar que a vivência subjetiva dos riscos seria claramente superior a própria existência objetiva destes, demonstrando uma elevadíssima sensibilidade ao risco.

De fato, é corrente a afirmação de que as pessoas estão com medo da violência, assim como é frequente ouvir-se que a sociedade está em guerra contra a impunidade. Mais legislação penal, menos impunidade. Menos impunidade, menos violência. Menos violência, menos insegurança. Eis a lógica da expansão.

E este discurso, que propaga a função de proteção de bens jurídicos como evitação do dano, é feito por setores da imprensa, por alguns políticos interessados nos dividendos eleitorais decorrentes deste tipo de fala e por membros de agências estatais de controle, especialmente aqueles que utilizam o discurso da luta do bem contra o mal, do mocinho contra o bandido, do *nós contra eles*.

A opinião pública, mediada pelos meios de comunicação, torna-se opinião publicada, sendo que, a partir daí, o medo comunitário propagado pela imprensa

---

<sup>149</sup> SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luíz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002. pp. 35-37.

acaba gerando o ambiente ideal para as propostas de criação emergencial de novas leis penais, naquilo que José Luis Diéz Ripollés descreve como uma nova *aceleración del tempo legiferante*.<sup>150</sup> Obviamente, o medo não é criado pelos meios de comunicação ou por instituições públicas, mas é razoável admitir, isto sim, que tais agências contribuem, propositadamente ou não, para reforçar ou estabilizar a intranquilidade existente.<sup>151</sup>

De qualquer sorte, a pretensão à segurança acaba convertendo-se em uma demanda em relação à qual se supõe que o estado, utilizando-se do direito penal, deve oferecer resposta (solução). Tanto assim, que alguns movimentos sociais reconhecidos por atuarem no sentido da restrição do estado criminalizante, atualmente, aparecem ao lado de outros setores, em relação aos quais mantinham distância.

Para o tema desta pesquisa, importa fazer ver que a crise da tipicidade advém de fatores que colocam em cheque a visão sistemática ou analítica de crime, na medida em que desafiam a capacidade da dogmática penal de sustentar o caráter de garantia do tipo penal. Longe da filosofia, como instância de reflexão, o direito penal perde-se na superficialidade da sua tentativa de autossustentação.

A partir de discursos alarmistas de expansão de riscos, constrói-se um discurso - até o momento bastante inconsistente - no qual o direito penal é tomado como instância de proteção de bens jurídicos, o que acaba sendo, a míngua de qualquer amparo constitucional, a fundamentação para qualquer interpretação. A defesa da sociedade ou a defesa do individual mesclam-se num cenário bastante confuso, no qual é possível construir qualquer tipo de alegoria para prender, soltar, condenar e absolver.

### 3.3 POLÍTICA CRIMINAL COMO POLÍTICA DE GOVERNO: TUTELA DA POBREZA E TUTELA DO MEDO

Importante demonstrar que não passa de retórica a argumentação em torno da possibilidade/necessidade de tomar o tipo como garantia da cidadania contra o abuso da autoridade. Este aspecto pode ficar bastante claro, por exemplo, na

---

<sup>150</sup> RIPOLLÉS, José Luis Diéz. **La Política Criminal en la Encrucijada**. Buenos Aires: Euros Editores, 2007, p. 80.

<sup>151</sup> SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luíz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002. p. 40.

questão do discurso da orientação político-criminal da noção de crime, o que deixa evidente a seletividade do estado penal - pelo critério étnico-econômico-social - o que se realiza pela incidência dos tipos penais para alguns tipos sociais.

O direito penal, por certo, tem sido amplamente utilizado como plataforma de governo de muitos partidos políticos, já não sendo possível diferenciar os partidos da direita daqueles ditos de esquerda e estes dois, daqueles pertencentes ao centro. Uma vez convertido o discurso de combate ao crime em plano de governo, cresce o uso do direito penal no combate às populações menos privilegiadas, situação que, invariavelmente, transforma o modo de o penalista trabalhar com a tipicidade, o que coloca em xeque a pretensa rigidez do pensamento científico apoiado no positivismo jurídico (normativo-normativista).

O direito penal responde a uma determinada política criminal e esta depende da política geral própria do Estado no qual está inserido.<sup>152</sup> É por este caminho de verificação que também podem ser expostos os contornos da crise da legalidade em matéria penal.

A denúncia da estratégia americana de abandono do estado caritativo e passagem para um estado penal controlador e neutralizante de determinada parcela da população, definida pela cor da pele e pela origem sócio-político-econômica: negros e pobres moradores dos guetos, especialmente das metrópoles industriais do norte, como de resto em todo o País, será aqui tomada como fio condutor da crítica ao caráter formal de garantia dos tipos penais, notadamente, quando verificada a possibilidade de seleção dos autores de fatos típicos, tomando-se como parâmetro a condição social ou a capacidade econômica, assim como etnia, cor da pele, entre outros aspectos. A situação americana desencadeada nas últimas décadas do século passado representa um fenômeno que se espalhou pela Europa e América e que é marcado por este duplo movimento das políticas de governo: abandono da função assistencial (estado de bem-estar) e ampliação da função penal (estado penal). Para o trabalho aqui desenvolvido, importa destacar a retórica do argumento de que a dogmática penal deveria estar amarrada à noção de política criminal, notadamente em tempos de expansão do uso do direito penal, já que o estado joga com a tipicidade penal em suas estratégias e planos de governo, geralmente nos esforços de contenção da pobreza pela substituição de políticas públicas (mais

---

<sup>152</sup> PUIG, Santiago Mir. **Nuevas tendencias en Política Criminal**: Uma auditoria al Código Penal español de 1995. Buenos Aires: Euros Editores, 2006. p. 116.

caras) por políticas de ampliação dos crimes (direito penal simbólico).<sup>153</sup>

A política criminal de ampliação da incidência do direito penal nos Estados Unidos apresentou-se como verdadeira política de estado, no sentido de uma *política de governo*. Ademais, o estudo apresenta um traço criminológico, deixando claro uma opção governamental voltada para o uso da pena de prisão como estratégia de dominação/neutralização.

Acontece que, respeitadas as características e diferenças de cada País, o modelo político-institucional de expansão do estado penal serve como ponto de partida para a compreensão de muitas questões vinculadas ao aparecimento do mesmo fenômeno, especialmente nos países chamados “emergentes” ou “em desenvolvimento”, nos quais, geralmente, não houve o desenvolvimento de um estado social e de bem-estar, com as características que este modelo teve nos países desenvolvidos. Em muitos deles, como é o caso do Brasil, sequer se pode falar em um modelo caritativo.<sup>154</sup>

Nos Estados Unidos, nas décadas de setenta a noventa, depois dos confrontos raciais que abalaram os grandes guetos de suas metrópoles, lançou-se numa experiência social sem precedentes nem paralelos nas sociedades ocidentais do pós-guerra, mediante a substituição progressiva do estado providência por um estado penal e policial, com ênfase na criminalização e *retenção punitiva* das pessoas marginalizadas, no lugar de políticas de cunho social.<sup>155</sup> E tudo isto acontece com um estado penal, ocupando o espaço do estado social de forma incompleta, incoerente e incompetente, ou seja, incapaz de dar conta das demandas para as quais fora chamado a intervir.<sup>156</sup>

Esse processo acontece no bojo de uma grande bifurcação institucional e

<sup>153</sup> Com o sugestivo título *Punir os pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos*, lançado no Brasil em 2001 e 2003, Loïc Wacquant apresenta suas armas em uma vigorosa crítica à seletividade do estado, quando o direito penal é posto a serviço da institucionalização da exclusão social. Do gueto (como clausura social) para a prisão (como clausura institucionalizada). WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

<sup>154</sup> Lenio Streck destaca a crise do direito brasileiro, afirmando nossa condição de país de modernidade tardia, dada a ausência histórica de um estado de bem-estar. STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 112 e segs.

<sup>155</sup> O autor, ao referir-se ao Estado-providência norte-americano, prefere afirmar seu caráter de mero Estado caritativo, já que os programas voltados para as populações vulneráveis sempre ocorreram de forma limitada, fragmentária e isolada das demais atividades estatais, especialmente por uma concepção moralista de que a pobreza decorre das carências individuais dos pobres. WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 20.

<sup>156</sup> WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 20.

ideológica que marca a ação social do estado americano desde o New Deal, com uma vertente chamada *social insurance*, responsável pela gestão coletiva dos riscos de vida dos assalariados, e outra chamada *welfare*, que diz respeito às pessoas dependentes ou na miséria. Nesse contexto, o estado americano pode ser considerado um protótipo do *estado-providência residual*, pois só outorga seu apoio em consequência da carência acumulada do mercado de trabalho e da família, intervindo caso a caso: *a caridade tem como objetivo primeiro reforçar os mecanismos do mercado e, sobretudo, impor às populações marginais a rude disciplina do salariado desqualificado.*

O estado caritativo sofre um declínio considerável desde a década de 70, a tal ponto que a guerra contra a pobreza dá lugar a uma guerra contra os pobres, tomados como bodes expiatórios de todos os males do país. Este quadro agrava-se com a eleição de Reagan em 1980, a partir do discurso da diminuição da destinação de verbas para os referidos programas sociais, estratégia que se desenvolve pelo corte de recursos e pela imposição de barreiras burocráticas à obtenção dos direitos, havendo, por exemplo, a redução de 81% de crianças cobertas por programas sociais em 1981, para a 40% ao longo de 15 anos. Este quadro já desolador recebe um golpe mortal na década de 90, quando os estados cortam definitivamente as verbas destinadas às famílias em estado de pobreza, sob o argumento de que haveria uma *dependência patológica dos pobres* e isto resultaria de seu *desamparo moral*.<sup>157</sup>

O avanço do estado penal até a hipertrofia foi a resposta encontrada pelas autoridades americanas para conter o fluxo crescente das famílias deserdadas, dos marginais de rua, dos desocupados, enfim, dos marginalizados, num desmantelamento da rede de segurança (*safety net*) do estado caritativo, que deu lugar ao estado disciplinar (*dragnet*), numa política estatal de criminalização das consequências da miséria.

O desdobramento dessa política acontece de duas formas: pela transformação dos serviços sociais em formas de vigilância das novas classes perigosas; e pelo recurso maciço e sistemático ao encarceramento, mediante uma

---

<sup>157</sup> As consequências desse modelo, não tardaram a aparecer com bastante eloquência: em 1994, o Bureau de Recenseamento americano anunciou que o número de pobres ultrapassava a marca de 40 milhões de pessoas - 15% da população - uma família branca para cada dez e uma família negra para cada três. WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos.** Rio de Janeiro: Revan, 2003. pp. 22-27.

falsa política de “guerra às drogas”, que, na verdade, significa uma forma de perseguição de jovens moradores de guetos, num momento em que o uso de estupefacientes estava em queda, mas que foi capaz de *entupir* e *escurecer* as cadeias americanas. Toda esta parafernália governamental foi colocada em movimento, sem qualquer objetivo de “reabilitação”, mas com declarado propósito de gerenciar custos e controlar populações perigosas.<sup>158</sup>

Tudo isso acontece, não para dar conta de um aumento de criminalidade, já que os índices, neste período, mantiveram-se estáveis. Resta evidente que tudo decorre do deslocamento social provocado pelo desengajamento do estado caritativo com a adoção de políticas públicas voltadas especificamente para o controle/neutralização dos marginalizados, notadamente afro-americanos.<sup>159</sup>

Em primeiro lugar, o processo de controle e neutralização ocorre pela escravidão da época colonial americana. Num segundo momento, apresenta o sistema legal de discriminação e de segregação racial, presente por mais de um século na sociedade agrária do sul do país. Em terceiro lugar, o “gueto” aparece como um dispositivo especial de contenção dos descendentes de escravos nas metrópoles do norte industrial, produto do cruzamento da urbanização e proletarização dos negros e seus descendentes.

Finalmente, surge na América a prisão como a quarta instituição peculiar de neutralização social de negros e pobres, ligando-se ao gueto numa simbiose estrutural e de suplência funcional. Gueto e prisão são duas faces da mesma moeda. Um e outro são organizações que pertencem à mesma classe: são instituições de confinamento forçado, sendo o gueto um modo de prisão social e a prisão um gueto judicializado, mas ambos têm a mesma função de confinar uma população estigmatizada de maneira a neutralizar a ameaça material e/ou simbólica que ela faz pesar sobre a sociedade da qual foi extirpada. O gueto apresenta-se como prisão etno-racial e a prisão como gueto judicial.<sup>160</sup>

Importante observar que o gueto e a prisão são compostos dos mesmos quatro elementos: estigma, coação, confinamento territorial e segregação

---

<sup>158</sup> Delmas-Marty trabalha com as categorias de “redes de autodisciplina”, hipótese em que instituições secundárias, pertencentes ou não ao Estado são chamadas a participar do processo de regulação e disciplina de comportamentos da sociedade em geral. DELMAS-MARTY, Mireille. **Os Grandes Sistemas de Política Criminal**. São Paulo: Manole, 2004. p. 190.

<sup>159</sup> WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2003. pp. 30-32.

<sup>160</sup> WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 108.

institucional. O gueto e a prisão protegem os habitantes da cidade da contaminação que implica o contato físico com os corpos corrompidos de um grupo pária, como se fosse uma espécie de “preservativo urbano”.<sup>161</sup>

A utilização da prisão dentro do modelo neoliberal apresenta-se a partir de um paradoxo: remediar com um “mais estado” policial e penitenciário o “menos estado” econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países, tanto do Primeiro como do Segundo Mundo.<sup>162</sup>

Há, efetivamente, uma opção a ser feita, entre o tratamento social da miséria e de seus correlatos (numa visão de longo prazo guiada por valores de justiça social e de solidariedade) e o tratamento penal, ligado ao controle de massas do subproletariado, num processo que se concentra, especialmente, no curto prazo dos períodos eleitorais, a partir de máquina midiática sem qualquer controle (que vende a insegurança como mercadoria).<sup>163</sup>

Ainda que essa situação seja evidente, isto é, que esteja em curso uma política de neutralização e dominação da pobreza, cresce mundialmente a popularidade das doutrinas ligadas à matriz americana da “tolerância zero”. De Nova York, ela propagou-se pelo globo com uma velocidade alucinante, juntamente com a retórica militar do combate, da guerra ao crime e da reconquista do terreno perdido, do espaço público invadido pela pobreza descontrolada. Neste plano, ocorre um nivelamento que coloca os delinquentes (reais ou imaginários), sem-teto, mendigos e outros marginais na condição de invasores estrangeiros (o que facilita o amálgama com a imigração, sempre rendoso eleitoralmente). Esta política constitui, portanto, um instrumento de legitimação da gestão policial e judiciária da pobreza que incomoda - a que se vê, a que causa incidentes e desordens no espaço público, alimentando, por conseguinte, uma difusa sensação de insegurança, ou simplesmente de incômodo tenaz e de inconveniência.<sup>164</sup>

<sup>161</sup> Wacquant lembra os guetos da Europa do início da era moderna, cercados por altos muros e atravessados por várias portas fechadas à noite, no interior dos quais os judeus eram obrigados a estarem, sob pena de severos castigos. WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 117.

<sup>162</sup> WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

<sup>163</sup> Essa é a situação da Europa, a qual se vê atualmente na esteira dos Estados Unidos, assim como nos países recentemente industrializados da América do Sul, tais como o Brasil e seus principais vizinhos, Argentina, Chile, Paraguai e Peru. WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. p. 7.

<sup>164</sup> WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. p. 30.

A adoção (importação) das medidas norte-americanas de limpeza policial das ruas e de aprisionamento maciço dos pobres, dos inúteis e dos insubmissos à ditadura do mercado desregulamentado serve para agravar os males de que já sofre a sociedade brasileira, em seu difícil caminho rumo ao estabelecimento de uma democracia que não seja de fachada. Este modelo, como é evidente, provoca a deslegitimação das instituições legais e judiciárias, a escalada da criminalidade violenta e dos abusos policiais, a criminalização dos pobres, o crescimento significativo da defesa das práticas ilegais de repressão, a distribuição desigual e não equitativa dos direitos do cidadão.

Há, sem dúvida, uma política bem estruturada e organizada nos Estados Unidos, com o claro e evidente sentido de promover a dominação e o controle da pobreza negra dos bairros afastados. Esta política, como resta evidente, ganhou o mundo, a partir da disseminação de informações positivas a respeito de resultados obtidos na Prefeitura de Nova York (especialmente).<sup>165</sup>

Já nessa primeira abordagem, fica evidente a crise da legalidade penal, quando, sob o pálio do mesmo arcabouço legal/legislativo, é possível implantar uma política completamente diferente de incriminação de uma determinada camada da população. Como ficará evidente mais adiante, o tipo penal não segura o caráter de garantia atribuído pela dogmática, sendo difícil admitir que o mero atrelamento da dogmática à política criminal (Claus Roxin) seria a solução para a crise da legalidade.

Outra abordagem sobre este mesmo aspecto, pode ser feita a partir da noção trazida por Zigmunt Bauman sobre o “refugo humano”, ou “seres refugados”, considerados os “excessivos” e “redundantes”, os que não puderam ou não

---

<sup>165</sup> Wacquant afirma que compreender as especificidades da experiência americana não consiste em relegá-la à condição de particularidade. E é preciso, segundo o autor, evitar atribuir em bloco a súbita escalada da pujança de seu sistema penitenciário a esse caráter “excepcional” que os próprios Estados unidos gostam de invocar sob qualquer pretexto, e por trás do qual os bajuladores e os detratores do “modelo americano” escondem muito frequentemente a indigência de seus argumentos, defesas ou acusações. De fato, se a ascensão do Estado penal é particularmente espetacular e brutal nos Estados Unidos, pelas razões historicamente imbricadas que conhecem - estreiteza de um Estado “categorial” fundado sobre uma cesura racial e dedicado a reforçar a disciplina do mercado -, a tentação de ter apoio das instituições judiciária e penitenciária para eliminar os efeitos da insegurança social engendrada pela imposição do trabalho assalariado precário e pelo retraimento correlato da proteção social também se faz sentir em toda a parte na Europa, e peculiarmente na França, à medida que é manifestada a ideologia neoliberal e as políticas por ela inspiradas, tanto em matéria de trabalho como de justiça. O autor aponta que, embora sua convocação não resida nisso e ela não tenha nem competência nem meios para isso, a polícia deve daqui em diante fazer a tarefa que o trabalho social não faz ou já não faz mais desde que se admite que não há (verá) trabalho para todos. À regulamentação da pobreza permanente pelo trabalho assalariado sucede sua regulamentação pelas forças da ordem e pelos tribunais. WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. p. 129.

quiseram ser reconhecidos ou obter permissão para ficar, tomados como um “produto inevitável” da modernização, acompanhante inseparável da modernidade, que deve ser tomado como um inescapável efeito colateral da *construção da ordem*.<sup>166</sup>

Todas as localidades (incluindo, de modo mais notável, aquelas com elevado grau de modernização) têm de suportar consequências do triunfo global da modernidade e agora se veem em face de necessidade de procurar (em vão, ao que parece) soluções *locais* para problemas produzidos *globalmente*. O fato é que, para resumir uma longa história: a nova plenitude do planeta significa, essencialmente, *uma crise aguda da indústria de remoção de refugo humano*. Enquanto a produção de refugo humano prossegue inquebrantável e atinge novos ápices, o planeta passa rapidamente a precisar de locais de despejo e de ferramentas que a reciclem do lixo. É impressionante a possibilidade de interligação do pensamento a respeito da gestão do lixo com a política criminal de contenção, pelo uso da incriminação, da massa de pessoas desprovidas de qualquer meio de subsistência, habitam os locais mais miseráveis da sociedade, sobrevivendo a custa de pequenos e grandes crimes. Aqui, não é a pobreza ou a discriminação pela cor da pele que condicionam a exclusão, mas sim, a falta de capacidade de produtividade e de consumo, ou seja, sem dinheiro e sem trabalho, o ser humano perde seu valor intrínseco, passando, a partir disto, a constituir a faixa dos refugos, dos descartáveis. A natureza desregulada e politicamente incontrolada dos processos de globalização resultou na fundação de novas condições do tipo *terra de fronteira* e *espaço de fluxos* planetários, para a qual se tem transferido grande parte da capacidade de poder que se aloja nos estados soberanos modernos. O equilíbrio frágil, inapelavelmente precário, dos ambientes das terras de fronteiras, que se baseiam na *vulnerabilidade mutuamente assegurada*, ao mesmo tempo em que conduzem as preocupações do público e os escoadouros da ansiedade individual para longe das raízes econômicas e sociais do problema, na direção de preocupações com a segurança pessoal (corporal). E não há como separar este medo, como fato gerador de demanda por segurança, das consequências diretas do projeto moderno de escoamento e

---

<sup>166</sup> Zigmunt Bauman, no livro *Vidas Desperdiçadas*, traça um impressionante e dramático paralelo entre o lixo que é produzido pela sociedade pós-industrial tecnologicamente avançada e a quantidade de seres humanos que, da mesma forma, são encarados como o refugo, a sobra, o resto, de uma sociedade voltada para a produção e o consumo. BAUMAN, Zygmunt. **Vidas Desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.

controle do refugio. Ora, é assim que florescente a *indústria da segurança*, que se torna rapidamente um dos principais ramos da produção de refugio e fator fundamental no problema de sua remoção. Esse é, em linhas bem gerais, o ambiente da vida contemporânea: os *problemas do refugio (humano) e da remoção de lixo (humano)* pesam ainda mais fortemente sobre a moderna e consumista cultura da individualização.<sup>167</sup>

Resta evidente a questão da dicotomia entre Estado de Bem-estar e Estado Recolhedor de Lixo (humano). Nesta linha, note-se que na área do planeta comumente compreendida pela ideia de “sociedade”, não há um compartimento reservado ao “refugio humano” (mais exatamente, pessoas refugadas). A pessoa refugada, na melhor das hipóteses, é tolerada, firmemente assentada do lado receptor da ação socialmente recomendada ou aceita, tratada nos casos mais positivos como objeto de benevolência, caridade e piedade, mas não de ajuda fraterna. Estas pessoas, como é comum no discurso da ordem e do progresso, geralmente são acusadas de indolência e suspeita de intenção iníquas e inclinações criminosas.

Na tutela penal do refugio, este modo de pensar o uso da tipicidade penal é esclarecedor, sobretudo como estratégia de estado resolver o problema da exclusão pela via do depósito nas cadeias, verdadeiros depósitos de lixo da modernidade. No projeto moderno, na sociedade líquida, pessoas têm sido destinadas ao lixo. A metáfora ajusta-se perfeitamente aos enfoques anteriores, na medida em que, excluídas do processo produtivo, do mercado de consumo, da configuração do que seja a “sociedade”, estas pessoas passam a constituir um fator de risco para as demais, um fator desencadeante de constrangimento, notadamente, nos Shoppings Centers que ajudaram a construir, mas que não devem frequentar.

A dogmática penal, especialmente em países periféricos como o Brasil, não está preocupada com a questão do lixo humano e seus depósitos. Os juristas, em geral, só pensam neste assunto nas ocasiões em que uma avalanche de dejetos desce pela montanha de refugos e quebra as cercas destinadas a proteger seus quintais. A dogmática penal não visita as montanhas de lixo, da mesma forma como não há exemplos de direito penal envolvendo bairros problemáticos, ruas perigosas, guetos urbanos, campos de refugiados em busca de asilo e outras áreas

---

<sup>167</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Vidas Desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005. pp. 12-18.

interditadas, que são cuidadosamente evitadas. Remover os dejetos da maneira mais radical e efetiva: tornando-os invisíveis. Eis, aqui, a questão das prisões como depósitos de lixo humano. O preso é o segredo vergonhoso de uma sociedade desigual, assim como o refugio e o segredo sombrio e vergonhoso de todo processo de produção. De preferência permaneceria como segredo. Como o volume de lixo não permitiria que ele fosse encoberto e tivesse sua existência negada, surge a indústria de remoção do lixo, ramo da produção moderna que nunca ficará sem emprego. A sobrevivência moderna depende da destreza e da proficiência na remoção do lixo.<sup>168</sup>

Mais uma vez, num paralelo bastante constrangedor, fica evidente o papel da Polícia, do Ministério Público, do Judiciário, das Defesas (pública e privada) como indústria penal de remoção de lixo humano, formado por seres descartáveis e que devem ser descartados do conjunto da sociedade.

E como a modernidade é um estado de perpétua emergência inspirado e alimentado por um senso de alguém tem de dar ordens para que o todo não se perca, a alternativa a um futuro pré-planejado é o domínio do caos. Não se pode deixar que as coisas humanas sigam o seu próprio curso. A modernidade é uma condição da produção compulsiva e viciosa de projetos e, onde há projeto, há refugio. Neste estado de emergência, é indispensável que sejam tomadas novas iniciativas penais a cada momento, antes mesmo que uma anterior iniciativa em matéria penal possa demonstrar seus efeitos (sabidamente pífios ou inexistentes). A fábrica moderna de novas incriminações deve gerar novos projetos, mantendo o estado (omisso no campo social) e os cidadãos, sempre a espera de que o mais novo projeto venha resolver aquilo que se não alcançou com o ainda novo, mas já descartado, projeto anterior. Tudo isso é assistido por um penalista ainda incapaz de perceber que não há, por certo, qualquer possibilidade de estancar os fenômenos, pará-los, fotografá-los para que possam ser observados, para que se tornem tangíveis, na perspectiva do ideal moderno do método (Descartes). Para o jurista, só é possível pensar o direito penal num ambiente ordenado, metódico, matematicamente pensado. Ordem que pode ser tomada a condição em que tudo se encontra em seu espaço adequado e executa suas funções apropriadas. Ordenar é colocar ou manter em ordem ou condição adequada.<sup>169</sup>

---

<sup>168</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Vidas Desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005. pp. 38-39.

<sup>169</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Vida Líquida**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2009. pp. 42-43.

Assim, enquanto não houver limite ao poder de decisão, o direito penal será aplicado ao sabor da vontade do juiz, sob os argumentos de proteção de bens jurídicos expostos a novos riscos, de aplicação de política criminal de contenção da população marginalizada e de resguardo da sociedade sadia em relação ao restante refugado.

Há um genocídio provocado pelo uso do direito penal nas camadas mais baixas da população, via política criminal transformada em política governamental, como substituto das plataformas sociais vinculadas ao Welfare State. Esta mesma percepção pode ser encontrada na atuação do estado penal diante da tutela das pessoas refugadas pelo esquema de produção moderno-capitalista-individualista baseado no binômio capacidade de venda da força de produção e capacidade de consumo.

Há, sem dúvida alguma, uma constante situação de incerteza que governa o acirramento do estado de medo da população, não sendo possível, de modo algum, atribuir apenas aos índices de criminalidade a causa deste *estado de espírito*. Cada sociedade gera suas fantasias a partir da sua forma de viver, e elas tendem a ser imagens espelhadas da sociedade que as gera, portanto, uma sociedade insegura e com medos ocultos, acabará por incorporar esses fatores em suas fantasias.<sup>170</sup>

Finalmente, a metáfora do medo cósmico serve para explicar um pouco do que seria o medo líquido moderno. O medo cósmico é aquele que reside na ideia de impotência diante da enormidade do universo imperecível, a fraqueza, a incapacidade, a *vulnerabilidade* do corpo humano, frágil e mole, que a visão do céu estrelado ou da massa física das montanhas revela, assim como a percepção de que não está ao alcance do poder humano apreender, entender, assimilar mentalmente aquela força apavorante a qual se manifesta na pura grandiosidade do universo, esse universo que escapa a toda compreensão, suas intenções desconhecidas, seus próximos passos, imprevisíveis, sem um plano preconcebido ou uma lógica em sua ação. O medo cósmico é o horror do desconhecimento: o terror da *incerteza*. Vulnerabilidade e incerteza são as duas qualidades da condição humana a partir das quais se molda o medo oficial: o medo do poder humano, do

---

<sup>170</sup> O autor afirma que há uma Vida Líquida própria de uma Modernidade Líquida, ou seja, uma forma de vida que tende a ser levada em condições sob as quais os membros da sociedade mudam num espaço de tempo mais curto do que seria necessário para que as formas de agir pudessem consolidar-se em hábitos e rotinas. BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-estar da Pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998. p. 52.

poder criado e manipulado pelo homem. Esse medo oficial é constituído segundo o padrão do poder inumano que emana do medo cósmico.<sup>171</sup>

É possível fazer um inventário dos medos que assombram os indivíduos imersos na modernidade líquida, mais uma vez destacando o aspecto de se estar em uma época extremamente carente de certezas, proteção e segurança, na qual os medos são muitos e praticamente indissociáveis da vida humana.<sup>172</sup>

Numa *vida líquida* é comum o sentimento de medo diante da violência urbana, das catástrofes naturais, do desemprego, das epidemias, do terrorismo, da exclusão e, como consequência deste fenômeno, acontece uma busca incansável de atualização, de acúmulo de conhecimento, com as pessoas ficando cada vez mais enclausuradas em suas casas (equipadas com sofisticados sistemas de segurança), tudo isso em vão, porque nada é capaz de propiciar alívio ou conforto diante de tantos temores. Neste contexto, o outro aparece como um estranho, cada vez mais ameaçador e aterrorizante. Neste contexto, as esperanças de um maior controle e domínio sobre o mundo social e natural depositadas nos tempos modernos teriam se esvaído completamente. No ambiente líquido-moderno, as incertezas, perigos e ameaças são uma constante.<sup>173</sup>

Todos querem fugir da morte. A ideia de que a morte pode acontecer é sempre tomada como algo que, ao menos, precisa ser natural, algo como morrer dormindo aos 95 anos de idade. O medo da morte é o arquétipo de todos os medos. As culturas humanas, de alguma forma, criam estratégias para tornar suportável a vida com a consciência da morte.

Há, ainda, o medo associado à ideia de mal, fenômeno que decorre, da não concretização da crença moderna na racionalidade humana, pela qual haveria um maior controle do mundo natural e social, ou seja, os males produzidos por seres humanos são tão inesperados, incalculáveis e imprevisíveis quanto qualquer catástrofe natural, de tal forma que, na modernidade líquida, não existem sinais ou limites claramente definidos os quais nos permitam separar ou identificar o bem do

---

<sup>171</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Vida Líquida**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2009. p. 61.

<sup>172</sup> Neste particular, André Callegari fala do conflito de posições entre Beck e Bauman, já que este último considera o conceito de risco, cunhado pelo primeiro, como sendo insuficiente. Em suma, como bem refere Callegari, o autor contrapõe-se a Beck, demonstrando que a vida líquida é precária, porque vivida em condições de incerteza constante, ou seja, propõe a substituição da expressão “sociedade do risco” para “sociedade da incerteza”. CALLEGARI, André Luiz. WERMUTH, Maiquel Ângelo Dexordi. **Sistema Penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 15.

<sup>173</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

mal, situação que traz, como consequência, a aterrorizante crise de confiança que se vivencia hoje, quando a incerteza e o medo ameaçam as relações humanas e os vínculos sociais, a ponto de as pessoas encontrarem sensação de segurança apenas no distanciamento. As cidades, que eram símbolos de proteção, se transformaram em fontes de ameaça e de perigo permanentes.<sup>174</sup> Os encontros no espaço urbano tendem a ser evitados ou marcados pela suspeita, mediados por guaritas, grades, câmeras e o que mais as modernas empresas de segurança possam oferecer para os habitantes aterrorizados e economicamente privilegiados. Nesse cenário, a confiança não se fortalece e o medo não se dissipa, antes ele encontra um ambiente favorável a sua autorreprodução.

Há, também, o medo que advém da frustração da ideia de um mundo melhor, mais seguro, mais previsível e controlável a partir da tecnologia. Quando a luta moderna incessante para tornar o mundo mais previsível e controlável falha, as catástrofes sociais passam a ser tomadas como se fossem verdadeiros desastres naturais, imprevisíveis e incontroláveis. Quando a crença na razão e na capacidade dos meios tecnológicos de propiciarem maior controle e segurança é abalada, a incerteza e a ansiedade se tornam crescentes.

Não se pode olvidar, o medo ligado à globalização. Vive-se em um mundo 'negativamente globalizado', o que torna os efeitos das ações fora do controle e não calculáveis. Por assim ser, a irregularidade e a anormalidade tornam-se a regra e não há a possibilidade sequer de se falar em termos de 'riscos', uma vez que estes podem, de acordo com sua definição ser calculados e, assim, minimizados ou evitados.

Desses medos surge, pois, a 'paixão securitária', que alimenta a ansiedade e o medo. De fato, as próprias ações defensivas estimuladas pela insegurança e incerteza fazem com que as ameaças sejam percebidas como próximas e tangíveis. Cada muro construído, cada novo instrumento de proteção e segurança instalado como resposta aos rumores da iminência dos perigos, faz o mundo parecer e ser cada vez mais aterrorizante. Isto, por certo, acaba instigando a tomada de novas medidas defensivas e, conseqüentemente, gerando ainda mais medo, num verdadeiro círculo vicioso. O medo passa a ter, então, a capacidade de

---

<sup>174</sup> Bauman destaca: As cidades contemporâneas são os campos de batalhas nos quais os poderes globais e os sentidos e identidades tenazmente locais se encontram, se confrontam e lutam [...]. BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009. p. 35.

autopropulsão.<sup>175</sup>

Alguns outros aspectos deste tema merecem reflexão, para que se tenha alguma possibilidade de atacar as origens do medo no mundo líquido. Dentre eles, a esperança e a oportunidade de atingir um equilíbrio estável entre liberdade e segurança, o que deve antes de qualquer coisa ser imaginado em escala global. Não se pode mais pensar apenas na 'globalização negativa', ora com liberdade sem segurança, ora com segurança sem liberdade. Caso isto não seja efetivamente enfrentado, prevê o autor uma catástrofe inevitável. A tarefa que resta a todos, porém, é a de compreender o medo em sua forma mais ampla possível, assim como suas implicações no atual contexto.<sup>176</sup>

A busca por segurança, e o direito penal oferece a ilusão de segurança, é uma tarefa que, desde o início, o estado moderno teve de enfrentar, numa tarefa desencorajada de administrar o medo. Foi obrigado a tecer de novo a rede de proteção que a revolução moderna havia destruído, e repará-la repetidas vezes, à medida que a modernização, promovida por ele mesmo, só a deformava e desgastava. Ao contrario do que se é levado a pensar, no coração do estado social havia mais *proteção* (garantia coletiva contra as desventuras individuais) que *redistribuição da riqueza*. Assim, as pessoas desprovidas de recursos econômicos, culturais ou sociais (de todos os recursos, exceto da capacidade de realizar trabalhos manuais), só podem contar com proteção coletiva.<sup>177</sup>

---

<sup>175</sup> Bauman refere que: tendo assolado o mundo dos humanos, o medo se torna capaz de se impulsionar e se intensificar por si mesmo. BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 172.

<sup>176</sup> Bauman afirma, ainda, que, diferentemente dos temores que têm acompanhado as pessoas por toda a humanidade, o que distingue os medos atuais é o desacoplamento entre os medos e ações inspiradas por estes. De modo que, as reações destinadas a combater os anseios e inquietações, podem ser dirigidas para alvos realmente distantes dos perigos de fato responsáveis pela insegurança dos indivíduos. BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 173. Em outra obra na qual o autor também trata do medo, Bauman, apoiado em Castel, chega à conclusão de que a insegurança moderna não deriva da perda da segurança, mas da nebulosidade (ombre portée) de seu objetivo, num mundo social que foi organizado em função da contínua e laboriosa busca de proteção e segurança. Para o autor, a aguda e crônica experiência da insegurança é um efeito colateral da convicção de que, com as capacidades adequadas e os esforços necessários, é possível obter uma segurança completa. Quando percebemos que não iremos alcançá-la, só conseguimos explicar o fracasso imaginando que ele se deve um ato mau e premeditado, o que implica a existência de algum delinquente. BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009. p. 16.

<sup>177</sup> É evidente para o autor que a dissolução da solidariedade representa o fim do universo no qual a modernidade sólida administrava o medo. Agora é a vez de se desmantelarem ou destruírem as proteções modernas - artificiais concedidas. Ora, quando a solidariedade é substituída pela competição, os indivíduos se sentem abandonados a si mesmo, entregues a seus próprios recursos - escassos e claramente inadequados. BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009. p. 17.

As “classes perigosas” originais, eram constituídas por gente em excesso, temporariamente excluída e ainda não reintegrada, que a aceleração do progresso econômico havia privado de utilidade funcional, e de quem a rápida pulverização das redes de vínculos retirava, ao mesmo tempo, qualquer proteção. O tema acaba voltando para o refugio, porém, agora considerando que as novas classes perigosas são aquelas consideradas incapacitadas para a reintegração e classificadas como *não assimiláveis*, porque não saberiam se tornar úteis nem depois de uma reabilitação. Não é correto dizer que estejam em excesso: são *supérfluas* e excluídas de modo *permanente* (trata-se de um dos poucos casos permitidos de “permanência” e também dos mais ativamente encorajados pela sociedade “liquida”). Essa exclusão irrevogável é a consequência direta, embora imprevista, da decomposição do estado social, que hoje se assemelha a uma rede de poderes construídos, ou melhor, a um ideal, a um projeto abstrato.<sup>178</sup>

A partir desta nova perspectiva, as pessoas não são mais encaradas como alguém que seria “reeducado”, “reabilitado” e “restituído à comunidade” na primeira ocasião, mas como seres definitivamente afastados para as margens, inaptas para serem “socialmente recicladas”: indivíduos que precisam ser impedidos de criar problemas e mantidos a distância da comunidade respeitosa das leis.<sup>179</sup>

Qual o papel do direito penal neste estado de coisas? Mais uma vez: neutralização; asepsia. Qual o elemento norteador das decisões neste contexto de incertezas e inseguranças? Nenhum. Por incrível que pareça, diante da possibilidade de manejar discricionariamente com a tipicidade, tudo passa a ser possível em termos de incriminação, não sendo raras as hipóteses em que o estado penal atribui responsabilidade por ocorrências danosas, sejam elas quais forem, a quem não evitou, a quem não agiu antes, a quem deixou de prever, como se fosse sempre possível evitar o mal, como se fosse sempre necessário aplacar o sentimento de impotência ou o sofrimento das pessoas diante da finitude humana.

---

<sup>178</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009. p. 22.

<sup>179</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009. pp. 24-25.

## **4 A TIPICIDADE COMO ELEMENTO HERMENÊUTICO DO TIPO: UMA APROXIMAÇÃO FILOSÓFICA DO DIREITO PENAL ATRAVÉS DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO**

### **4.1 HERMENÊUTICA E FILOSOFIA**

O caminho até agora percorrido demonstra, por um lado, como o discurso da ciência do direito penal *tradicionalmente* apresenta a questão da tipicidade e, por outro, as crises que assolam este modelo. Por sua vez, tudo isso conduz à existência de um posicionamento doutrinário e de uma atuação jurisdicional passíveis de críticas, na medida em que o tipo penal, por uma atuação por vezes descomprometida, acaba sendo afetado por um problema de substância, consistente na ausência da percepção pelos juristas de que o juízo de tipicidade é, fundamentalmente (e necessariamente), também um juízo de constitucionalidade, no sentido de que o enunciado jurídico penal (isto é, o tipo), demanda, portanto, em sua incidência, uma preocupação com sua delimitação material (caso contrário, especialmente no âmbito das ciências criminais, ter-se-á uma acusação injustamente processada). Ocorre que, preponderantemente, a tipicidade aparece sob um duplo viés: ou como tentativa de “amarrar linguisticamente” a incidência do tipo (e, então, uma “excelente técnica redacional do dispositivo” resolveria as “imprecisões” acerca do juízo de tipicidade) ou como reconhecimento da abertura de um espaço privilegiado para o exercício da discricionariedade, desconsiderando completamente os limites linguísticos para a caracterização típica.

Resta agora perceber como esse fenômeno está intrinsecamente ligado com o problema interpretativo que perpassa a experiência jurídica. Com efeito, por todo o aduzido, conclui-se que o campo jurídico no Brasil ainda se serve - majoritariamente - dos postulados positivistas liberais emanados do início do século para lidar com problemas oriundos de uma sociedade em vias de transnacionalização exurgente do novo milênio. Esse fator impede o “aparecimento” (ou desvelamento) da Constituição em seu todo dirigente e compromissário, tendo em vista que (ainda) se encontra preso aos padrões individuais-privados de solução dos conflitos.

Isso porque, as formas de pensar e fazer hermenêutica continuam atreladas aos padrões positivistas-clássicos e em sua pretensão de aproximar a metodologia

jurídica à lógica das Ciências naturais<sup>180</sup>. Desse modo, calcados na filosofia da consciência, os juristas se entregam às armadilhas engendradas pelos grilhões da metafísica e enxergam a interpretação dos textos jurídicos segundo uma metodologia dedutivo-subsuntiva de “acoplagem” de textos legais inferiores a textos legais superiores, praticando (ainda) uma forma de interpretação pautada em cânones hermenêuticos que permita encontrar o correto sentido (oculto) do texto da lei.

No que tange à filosofia da consciência e seu legado para a hermenêutica jurídica (clássica)<sup>181</sup>, interessa anotar que, em seu seio, a interpretação se dá segundo uma relação sujeito-objeto, em que o conjunto normativo é tido como algo totalmente despido de sentido o qual irá receber da nossa compreensão subjetiva determinada significação, como se essa significação fosse determinada pelo sujeito<sup>182</sup>. Este solipsismo metódico da certeza de si do pensamento pensante, própria do *cogito* cartesiano, do *a priori* kantiano e do idealismo hegeliano, relega a linguagem a um *tertium*, um meio posto à disposição do sujeito para conhecer o

---

<sup>180</sup> Vem a calhar, aqui, as críticas de Azevedo: “o conteúdo de uma norma legislativa não é uma proposição válida em si e por si, como se sucede, por exemplo, com as proposições da lógica ou da matemática. Um princípio matemático é válido sejam quais forem as consequências que venha a produzir sobre a realidade. Já os preceitos jurídicos não se pode atribuir validade imanente, independentemente dos casos a que se apliquem. A índole do direito positivo não está em construir um reino de ideias puras, válidas por si sós, abstraindo-se toda aplicação real a situações concretas da vida e a validade das normas jurídicas positivas está necessariamente condicionada pelo contexto situacional em que e para que se produziram”. AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à Dogmática e Hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1989. p. 16.

<sup>181</sup> É preciso consignar aqui que desde o romantismo alemão de Schleiermacher o fenômeno hermenêutico já se apresenta com um caráter de universalidade, voltado para o problema da compreensão. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II: complementos e índices**. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2004. pp. 111-142. Dessa forma, toda investigação hermenêutica deverá se preocupar com o problema do conhecimento. A abordagem relativa à filosofia da consciência desenvolvida aqui será realizada segundo esse pano de fundo gnoseológico.

<sup>182</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 77. Segundo o professor paulista, Kant opera uma verdadeira revolução copernicana no eixo da filosofia moderna, quando coloca o sujeito no centro do processo gnoseológico. Nas palavras de Reale: “Antes de Kant, a filosofia clássica vivia girando em torno de objetos, aos quais se subordinava essencialmente; enquanto que, no dizer de Kant, quem deve ficar fixo é o sujeito, em torno do qual deve girar o objeto, que somente é tal porque ‘posto’ pelo sujeito [...] Em lugar de se conceber o sujeito cognoscente como planeta a girar em torno do objeto, pretende Kant serem os objetos dependentes da posição central e primordial do sujeito cognoscente. Essa referencia ao criticismo de Kant visa mostrar a correlação essencial que existe entre o problema do objeto e o método, até o ponto de subordinar-se um ao problema do outro: - uma ciência viria a ser o seu método, porque o sujeito que conhece, ao seguir um método, criaria, de certa maneira, o objeto, como momento de seu pensar” (grifou-se). Neste ponto, é importante anotar que o giro linguístico-pragmático representa uma nova “revolução copernicana” na filosofia, a partir do momento em que rompe com esta concepção metodológica da filosofia da consciência colocando a linguagem como condição de acesso ao mundo (e as coisas do mundo) lapidadamente estampada na máxima gadameriana: “ser que pode ser compreendido é linguagem”, colocando o problema do conhecimento em uma relação sujeito-sujeito. STEIN, Ernildo. A Consciência da história: Gadamer e a Hermenêutica. **Folha de São Paulo**, Caderno Mais 24.03.2002.

sentido dos textos e auxiliá-lo na tarefa de perquirir esse seu exato significado, de forma que a atividade do intérprete será sempre de cunho *reprodutivo*, buscando-se uma significância que - como dito - já está presente no texto, sendo sua tarefa apenas revelá-la.

A interpretação, assim, é *ato de conhecimento* e toda preocupação está voltada para que seja garantida a *objetividade* da interpretação ou um caráter de neutralidade do interprete em relação à lei (ou à “vontade do legislador”).

Nestes termos, Inocêncio Mártires Coelho aduz:

Acreditamos que o problema da objetividade ou da neutralidade na interpretação resume-se em encontrarmos aquilo que na Teoria do Conhecimento se denomina **critério de verdade**, graças a cuja utilização pode-se distinguir uma interpretação falsa de uma interpretação verdadeira, independentemente se sabermos que em toda interpretação - enquanto construído hermenêutico - não é possível eliminar a participação do intérprete, já que **o dualismo sujeito-objeto é da essência do conhecimento e, na relação subjetivo-objetiva, um termo só é o que é enquanto é para o outro**. Pela mesma razão, sob pena de decretar a morte do conhecimento, é inadmissível que, a pretexto de não se posicionar passivamente perante o objeto - como se fora um espelho - o sujeito venha a ocupar os dois pólos daquela relação, criando a realidade ao invés de **apreendê-la**, mesmo que essa apreensão se faça **ativamente**. (grifei)<sup>183</sup>

Essa objetividade/neutralidade na *apreensão* da realidade é (*deveria ser*) garantida por métodos que condicionam a atividade do sujeito perante seu objeto (o texto jurídico no caso). Essa primazia metodológico-normativa é tida, dentro desse paradigma, como inegável em relação ao *sujeito* ao realizar sua investigação ao *objeto*.<sup>184</sup>

Ícone maior da hermenêutica clássica (metodológica/normativa), o mestre italiano Emilio Betti diz que para não comprometer a objetividade da interpretação, quaisquer formas significativas, enquanto objeto de mente de um outro, têm que ser compreendidas em relação a essa mente, que nelas foi objetivada, e não com referência a qualquer sentido que a própria forma possa adquirir uma vez abstraída da função representativa que possuía para aquela mente ou aquele pensamento. Desta forma, Betti irá dizer que as formas têm que ser consideradas autônomas e compreendidas de acordo com sua própria lógica de desenvolvimento, conforme à sua necessidade interior, coerência e racionalidade; *que não de ser avaliadas de*

<sup>183</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Fabris, 1997. p. 22.

<sup>184</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. Racionalidade Hermenêutica: Acertos e Equívocos. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). **As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: América Jurídica, 2002. pp. 353-377.

*acordo com os parâmetros imanentes na intenção inicial a que deveriam corresponder*, do ponto de vista do autor e do seu impulso formativo no processo de criação.<sup>185</sup>

Dois pontos merecem destaque a partir desta sumária exposição: o primeiro diz respeito à pretensão de *totalidade* de apreensão de sentidos do texto<sup>186</sup>; o segundo, já diversas vezes referido, no que atina aos métodos que garantam a objetividade e preservem o sentido do texto atribuído por seu autor.

Nesse sentido, Carlos Maximiliano, em obra clássica sobre a hermenêutica jurídica, irá dizer que interpretar é

explicar, esclarecer; dar significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de uma frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém.<sup>187</sup>

Depois de sofisticada argumentação, Maximiliano apresenta os processos de interpretação que oferecem regras para esse “mostrar o sentido verdadeiro” de frases, leis e sentenças.

O primeiro seria um esforço filológico de exegese do texto através do processo (ou método) *gramatical*, que exige a posse de requisitos como: a) conhecimento perfeito da língua empregada no texto; b) informação relativamente segura, minuciosa quanto possível, sobre a vida, profissão, hábitos pelo menos intelectuais do autor; c) notícia completa do assunto que se trata; d) certeza da autenticidade do texto, tanto em conjunto como em cada uma das partes.<sup>188</sup>

Alem do método gramatical, Maximiliano apresenta o que chama de processo (método) *lógico* que consiste em:

procurar descobrir o sentido e o alcance de expressões do Direito sem o auxílio de nenhum elemento exterior, como aplicar ao dispositivo em apreço

<sup>185</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. Racionalidade Hermenêutica: Acertos e Equívocos. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). **As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: América Jurídica, 2002. pp. 370-371.

<sup>186</sup> Neste particular, conforme será explicitado mais adiante, é preciso ter presente que - em termos heideggerianos - é impossível acessar o ente em sua totalidade (no caso, o ente é o texto normativo). Com efeito, Heidegger irá dizer que somente o ser do ente é que pode ser compreendido, o ente como ente é inacessível.

<sup>187</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 7.

<sup>188</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. pp. 87-100.

um conjunto de regras tradicionais e precisas, tomadas de empréstimo à lógica geral.<sup>189</sup>

Mais adiante, assevera que o processo (ou método) lógico tem mais valor que o simplesmente verbal (gramatical), uma vez que estuda as normas em si ou em conjunto e, por meio de um raciocínio dedutivo, busca obter a interpretação correta.

Expõe, por fim, o processo (método) *sistemático*, que consiste em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto<sup>190</sup>. Além desses *processos de interpretação*, Maximiliano coloca ainda elementos que incidem na atividade do hermeneuta de forma a conduzi-lo ao correto sentido do texto interpretado. Desse modo traça regras para solução de *disposições contraditórias* (antinomias)<sup>191</sup>; ressalta a importância do elemento histórico<sup>192</sup>; e, por fim, elenca o elemento *teleológico*, segundo o qual

a norma enfeixa um conjunto de providências, protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse para a qual foi redigida.<sup>193</sup>

Emilio Betti também formula um cânon completo dos princípios hermenêuticos, cujo ponto culminante é a autonomia de sentido do texto. Em conformidade com essa autonomia, há que se apreender o sentido, ou seja, a opinião do autor, a partir do próprio texto. Ponderando, ele acentua o *princípio da atualidade da compreensão*, da adequação deste ao objeto, ou seja, a vinculação do interprete com sua própria posição representa um momento integrante da verdade hermenêutica<sup>194</sup>. Porém, como lembra Gadamer, na defesa da autonomia do texto, Betti não escapa da malha da filosofia da consciência e acaba resvalando na “interpretação psicológica” de Schleiermacher.<sup>195</sup>

<sup>189</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 100.

<sup>190</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 104.

<sup>191</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 110.

<sup>192</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 112.

<sup>193</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. pp. 124-125.

<sup>194</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II: complementos e índices**. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 455.

<sup>195</sup> Como diz Gadamer: “(Betti) mantém-se tão fiel à “interpretação psicológica” de Schleiermacher que sua posição hermenêutica está constantemente ameaçada de afundar e desaparecer. Por mais que se

Desse modo, para ele a interpretação é um reconhecimento e uma reconstrução do sentido

E do espírito que, através das formas de sua objetivação, fala ao espírito pensante, espírito que se sente aparentado àquele em humanidade comum: trata-se de um reconduzir reunitivamente e de um religar aquelas formas com o todo interior que as gerou e do qual elas se separaram. Uma interiorização dessas formas; só que o conteúdo deslocado para uma subjetividade diversa da originária. Trata-se, segundo isso, de uma inversão, em consequência da qual o interprete precisa percorrer, em seu caminho hermenêutico, o caminho criador na direção inversa; deve levar a cabo esse pensar dentro de si.<sup>196</sup>

Para Betti, portanto, a interpretação deve buscar averiguar o que o autor quis dizer sobre algo e para isso - de modo parecido ao que pensa Maximiliano - estabelece cânones/princípios hermenêuticos, para que, kantianamente, estejam assegurados os valores e sentidos estabelecidos pelo autor do texto interpretado<sup>197</sup>.

De uma forma ou de outra, o paradigma hermenêutico clássico não escapa daquilo que Eros Grau apropriadamente chamou de “calcanhar de Aquiles” da interpretação:

quando interpretamos, o fazemos sem que exista norma a respeito de como interpretar normas. Quer dizer, não existem aquelas que seriam metanormas ou meta-regras. Temos inúmeros métodos, ao gosto de cada

---

esforce para superar o reducionismo psicológico e conceber sua tarefa como a reconstrução do nexa espiritual de valores e conteúdos de sentido, só consegue fundamentar a proposição dessa autêntica tarefa hermenêutica através de uma espécie de analogia com a interpretação psicológica” (grifos do original) GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II: complementos e índices**. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 456.

<sup>196</sup> BETTI, Emílio. **Teoria generale della interpretazione**. Vol II, Milão, edição alemã de 1967. p. 93 e segs. Apud GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II: complementos e índices**. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p 456.

<sup>197</sup> Quanto aos cânones hermenêuticos propostos por Betti, tem-se a descrição de Lamego: “Como já dito, a hermenêutica de Betti é normativa. Para o labor interpretativo, especifica diversos cânones (regras): o primeiro deles é o ‘cânone da autonomia hermenêutica, que é o cânone da imanência do critério hermenêutico ou cânone da autonomia hermenêutica do objeto. Esta regra de interpretação determina que todo significante de ser entendido em conformidade com o espírito nela objetivado, isto é, a sua [...] necessidade, coerência e racionalidade. O segundo cânone é o cânone da totalidade, segundo o qual haveria um intercâmbio de sentido entre a parte e o todo, ou, segundo dito corrente da hermenêutica, que o texto deve ser compreendido pelo contexto. Betti exemplifica exatamente o alcance deste cânone com a remissão para a regra da interpretação dos negócios jurídicos contida no Código Civil italiano (art. 1.363<sup>o</sup>). O terceiro cânone refere-se já ao intérprete, e não ao objeto da interpretação, e Betti o denomina de cânone da atualidade da compreensão. Betti vê na subjetividade da reconstrução interna uma condição imprescindível da possibilidade da interpretação (no sentido da teoria Kantiana do conhecimento). O Quarto cânone estreitamente conexionado com o anterior, é o cânone da correspondência (da adequação do sentido) da interpretação, segundo o qual o intérprete deverá procurar a compatibilização e harmonia entre a sua atualidade vivencial e o estímulo que recebe do objeto” (grifos do original) LAMEGO, José. **Hermenêutica e Jurisprudência**. Lisboa: Editorial Fragmentos, 1990. p. 194.

um. Interpretar gramaticalmente? Analiticamente? Finalisticamente? Isso quer dizer pouco, pois as regras metodológicas de interpretação só teriam real significação se efetivamente definissem em que situações o intérprete deve usar este ou aquele cânone hermenêutico, este ou aquele outro método de interpretar. Mas acontece que essas normas nada dizem a respeito disso; não existem essas regras.<sup>198</sup>

Nessa medida, cabe recordar a contundente crítica de Dalmo Dallari para quem o juiz/interprete, ao utilizar tantos modelos de interpretação da lei, considera-se exonerado de responsabilidade, atribuindo ao legislador as injustiças que decorrem de suas sentenças.<sup>199</sup>

Sem contar que, como assevera Lenio Streck, na ausência de um “método dos métodos”, seu uso será fatalmente arbitrário, propiciando interpretações *ad hoc* (quando não voluntaristas).<sup>200</sup> Na melhor das hipóteses, a resposta dada pelos partidários desta hermenêutica normativa/metódica a esta problemática é o caráter de complementaridade presente em todos os métodos disponíveis, como se pode notar nesta passagem de Maximiliano: No meio está a virtude: os *vários processos completam-se* reciprocamente, todos elementos contribuem para a descoberta da verdade e maior aproximação do ideal de justiça.<sup>201</sup>

<sup>198</sup> GRAU, Eros Roberto. A Jurisprudência dos interesses e a interpretação do Direito. In: ADEODATO, João Maurício (org.). **Jhering e o Direito no Brasil**. Recife: Editora Universitária, 1996. p. 79. Essa impossibilidade de se encontrar um “método dos métodos” é a demonstração maior da objetificação metafísica presente na hermenêutica clássica (filosofia da consciência). Isto porque, na medida da Grundnorm kelseniana, a busca por um método fundante resvala em um regressum ad infinitum, representado pela pergunta: o quê fundamenta o fundamento? Um exemplo pode ilustrar melhor a questão: Suponha-se que um juiz ao aplicar determinada regra processual versando sobre competência, justifique sua interpretação pela utilização do método gramatical, dizendo que lei processual que disponha sobre competência deve ser interpretada literalmente. Neste caso, qual regra ou meta-regra de interpretação serviria de fundamento para opção do julgador na utilização do método gramatical para interpretação da disposição processual? A resposta é: Nenhuma! E esta perplexidade não é exclusiva do método gramatical! O mesmo raciocínio serve para o método teleológico, para o método lógico, etc.. Daí que se diz que a escolha/adequação destes métodos de interpretação se dá ou de maneira dogmática (ou seja, “autoritariamente”) como no caso do art. 111 do Código Tributário Nacional; ou de maneira *ad hoc* segundo a conveniência do ato, que quase sempre resvala em um posicionamento político, ideologicamente camuflado pela penumbra judicial. Esta problemática desaparece a partir de uma fundamentação antimetafísica, em que a questão da interpretação é colocada na antecipação de sentido presente na noção de círculo hermenêutico e que é determinada pela tradição.

<sup>199</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 95.

<sup>200</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 248. E continua o citado autor dizendo: “Afim, toda interpretação sempre será gramatical (porque, à evidência, deve partir de um texto jurídico); será inexoravelmente teleológica (seria viável pensar em uma interpretação que não fosse voltada à finalidade da lei, com a consequente violação à firme determinação do art. 5º da Lei de introdução ao Código Civil, que determina que o juiz, na aplicação da lei, atenderá aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum?); será, obrigatoriamente sistemática (porque é impossível que um texto normativo represente a si mesmo, sem se relacionar com o todo), e assim por diante”.

<sup>201</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 104. Não obstante, é possível encontrar na legislação tentativas de doutrinar a interpretação

Há ainda que se anotar, que, no interior da hermenêutica clássica, a interpretação se dá por partes/fases que devem ser obedecidas pelo intérprete, resultando na seguinte equação: o interprete (sujeito) deve contemplar o dispositivo legal aplicado (objeto) interpretando-o por etapas, em que primeiro ele conhece (*subtilitas intelligendi*) - utilizando-se dos cânones hermenêuticos disponíveis -, depois compreende (*subtilitas explicandi*) e só então o aplica à situação concreta a qual lhe foi submetida (*subtilitas applicandi*).

Percebe-se, portanto, uma separação entre interpretação e aplicação do Direito, o que leva ao entendimento de que a interpretação é *ato de conhecimento*, do qual (se espera que) o sujeito *reproduzirá* o sentido exato extraído do texto legal. Repita-se, *o interprete primeiro interpreta* (*subtilitas intelligendi*) *para só depois compreender o sentido do texto submetido a sua interpretação* (*subtilitas explicandi*) *e, assim, o aplica* (*subtilitas applicandi*).<sup>202</sup>

Além das questões até aqui expostas que, recordando, são: *a*) (pretensão de) totalidade da compreensão; *b*) (in)determinação de cânones/métodos hermenêuticos para a atividade interpretativa; *c*) e da separação (metafísica) entre interpretação e aplicação, a hermenêutica jurídica clássica consagra ainda uma forma de interpretar a Constituição destacada das regras comuns atinentes aos demais ramos do Direito (o que, por si, demonstra a fragilidade da hermenêutica clássica frente ao texto de uma Constituição como a brasileira de 1988).

Maximiliano, por exemplo, entendia que os “processos convencionais” da exegese jurídica podem auxiliar na interpretação da Constituição, porém, tais métodos são adequados a leis minuciosas, relativamente mais perfeitas e destinadas a fins particulares, menos efêmeros. Em virtude disso, há preceitos hermenêuticos que servem apenas para o Direito Público (constitucional), como é o

---

dos textos normativos a partir da adoção de um método específico de interpretação, buscando limitar a intervenção do interprete na construção da norma. O que dizer, por exemplo, da napoleônica disposição contida no art. 111 do Código Tributário Nacional, que determina, expressamente, que a interpretação em casos de extinção, suspensão, isenção ou dispensa de cumprimento de obrigações tributárias acessórias será sempre literal (gramatical). Dentre as muitas críticas existentes na doutrina, pode-se acrescentar o fato de que, em muitos casos, a própria redação dos dispositivos constantes do Código levam ao chão o disposto no art. 111, como se pode perceber na redação do art. 171 do CTN.

<sup>202</sup> Importante ressaltar, desde já, que para Gadamer a interpretação se dá em um único momento que é a *applicatio*. Não se interpreta por fases, uma vez que a interpretação é apenas a explicitação da compreensão do texto realizada pelo interprete. Esse fator, aliás, é outra revolução marcante presente na obra de Gadamer. Com efeito, seguindo o caminho trilhado por Heidegger, Gadamer irá dizer que não se interprete para compreender, mas sim se compreende para interpretar, por isso que interpretação é uma coisa só, um momento só, que explicita a compreensão do interprete: *applicatio!* GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**: complementos e índices. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 459 e segs.

caso do princípio da presunção da constitucionalidade dos atos do poder público, entre outros.<sup>203</sup>

Assim, a problemática da interpretação (e aplicação) da Constituição, nesse paradigma, gira em torno da “abstração” ou generalidade ínsita a seus preceitos.

Dessa forma, numa perspectiva mais contemporânea que a de Maximiliano, Inocência Coelho entende que:

A Constituição - enquanto objeto - determina a escolha do método adequado ao seu conhecimento, o qual, por sua vez, manejado pelo intérprete, vai ‘criando’ os objetos hermenêuticos, num processo aberto e infinito, cuja consistência e validade são controladas submetendo-se o seu resultado a um critério de verdade que se assenta na justiça da decisão produzida em cada caso concreto. [...] Então, aquilo que se chama interpretação especificamente constitucional vem a ser, a rigor, apenas um entre os possíveis resultados finais alcançados a cada corte ou interrupção que se opera no processo de interpretação e aplicação da Constituição [...] A peculiaridade reside em que enquanto os preceitos legais possuem um grau relativamente elevado de determinação material, de precisão de sentido e de conformação normativo-conceitual, as normas constitucionais, em sua quase totalidade, apresentam uma conformação normativo-material fragmentária e fracionária. [...] Como aplicar diretamente - sem mediação, densificação ou concretização dos operadores constitucionais -, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, que aparece logo no artigo de abertura da Constituição do Brasil como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito? Como dizer, abstratamente e de forma apriorística, o que significa um princípio desta natureza?<sup>204</sup>

Portanto, como a Constituição se apresenta no formato de um sistema aberto de regras e princípios, e sua parte dogmática é essencialmente *principiológica*, Coelho irá dizer que sua normatividade difere da normatividade infraconstitucional, inclusive em sua “interpretação e aplicação”, o que justifica um(a) método(logia) distinta para o exercício hermenêutico-constitucional. Dessa forma, na parte final de sua obra, propõe uma série de métodos e princípios voltados para a “interpretação e aplicação” da Constituição, dentre os quais pode-se destacar: *Método Hermenêutico-concretizador* em que o autor trabalha com a noção de “circulo hermenêutico”<sup>205</sup>; *método científico-espiritual* segundo o qual a interpretação

<sup>203</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. pp. 248-256.

<sup>204</sup> COELHO, Inocência Mártires. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Fabris, 1997. pp. 76-78.

<sup>205</sup> Apesar de esta investigação ter como um dos marcos teóricos a ideia de “circulo hermenêutico” gadameriano, e se aproximar de certa forma do método hermenêutico-concretizador proposto por Coelho, é preciso consignar que as noções de circulo hermenêutico estão inseridas na ideia de antecipação de sentido e estrutura prévia da compreensão que levará Gadamer a enxergar um projeto hermenêutico em toda compreensão de um texto. Assim, todo interprete projeta de antemão um sentido do todo, uma vez que ao ler o texto ele o faz com certas expectativas na perspectiva de um determinado sentido. A compreensão daquilo que está no texto consiste na elaboração deste projeto

constitucional deve levar em conta a ordem ou sistema de valores subjacente à Constituição; e *método normativo-estruturante* através do qual o interprete deve considerar, concomitantemente a norma propriamente dita e a situação normanda, o texto e a realidade social que intenta conformar.<sup>206</sup>

Desde logo, é preciso rechaçar qualquer pretensão de construção de uma hermenêutica “puramente” ou “exclusivamente” constitucional. Isso significaria objetificar a Constituição, através da pretensão de apreensão do ente como presença constante e como generalidade abstrata, propiciando, assim, interpretações *ad hoc* da Constituição, perdendo-se o núcleo político da Lei Fundamental.

Para excluir qualquer pretensão voluntarista envolvendo a Constituição, é conveniente trazer à baila as lições de Lenio Streck, para quem:

O Direito Constitucional não deve(ria) ser uma disciplina autônoma, isto porque sempre se corre o risco de objetificar o sentido da Constituição, ao separá-la das demais disciplinas, que passam, também - e assim tem sido - a ser estudadas autonomamente. É evidente que - em face da crise paradigmática por que passa o Direito - é (ainda) absolutamente necessário que se estude o Direito Constitucional a partir de reflexões extremamente rigorosas a partir de um plano de pesquisa institucionalizado em disciplina específica. A preocupação aqui exposta é semelhante ao problema da hermenêutica jurídica entendida como “método”, isto porque o método objetifica o Direito. [...] Não há um Direito Penal autônomo e tampouco é aconselhável falar em um Direito Civil Constitucional; o Direito penal deve ser sempre Direito Penal compreendido a partir da Constituição, assim como qualquer texto do Código Civil somente será válido se estiver filtrado/compreendido a partir de uma adequada análise à luz do fundamento de validade que é a Constituição, sob pena de incorrerem em outro problema metafísico, que é a ‘equiparação’ da (mera) vigência com a validade. Direito Constitucional, mais do que disciplina autônoma, é modo de ser, é modo de agir; é uma construção como bem diz Hesse; mais do que isto, é condição de possibilidade do processo interpretativo. Nenhum texto poderá ter sentido válido se esse sentido não estiver de acordo com a Constituição. Do mesmo modo hermenêutica também não é método; é modo-de-ser-no-mundo.<sup>207</sup>

---

prévio, que sofre uma constante revisão à medida que aprofunda e amplia o sentido do texto. Desta forma, entende-se que não há que se falar em um “movimento de ir e vir” - como fala Betti em seu cânone da totalidade, segundo o qual o texto deve ser compreendido pelo contexto. Isso seria cair novamente na objetificação metafísica da filosofia da consciência! Como diz Heidegger, o círculo hermenêutico não é um “circulo vicioso”. É muito mais um “circulo virtuoso”, uma vez que se encontra em constante evolução, dado que o frequente projetar da compreensão e seu confronto com o texto sempre ampliará o “diâmetro” deste círculo. A referência a um movimento de “ir e vir” (texto e contexto) leva a uma ideia de estagnação, incidindo novamente nos problemas lógico dedutivos aqui já mencionados. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II: complementos e índices**. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 77.

<sup>206</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Fabris, 1997. pp. 89-93.

<sup>207</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica ao direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. pp. 236-237.

Dessa maneira, é possível notar que para os padrões clássicos hermenêutica é método(logia) e sua finalidade se exaure com o estabelecimento de uma técnica de interpretação que permita ao intérprete chegar a um resultado interpretativo com o máximo de objetividade possível - apesar de autores como Inocêncio Coelho admitir um insuprimível “coeficiente de voluntarismo”, como remanescente incomodo de todo ato de aplicação do Direito<sup>208</sup>.

Sem embargo, a hermenêutica clássica se perde na técnica<sup>209</sup> construindo métodos, deduções e outros esquemas sofisticados que pretendem/pretendiam dar respostas a questões de cunho interindividual emanadas dos Códigos oitocentistas de Direito privado.

Toda essa construção teórica, no fundo, mascara uma realidade existente como pano de fundo: *interpretar é sempre um ato criativo*. O jurista ao interpretar um texto normativo atribui sentidos a ele a partir de seus pré-juízos, de suas expectativas, enfim, de sua pré-compreensão - que é guiada/determinada pela *tradição*. Ademais, esta forma de pensar hermenêutica asfixia o sentido de uma Constituição dirigente como é a brasileira de 1988, na medida em que pensa em conflitos emanados de sociedades pouco complexas, relativamente organizadas em

---

<sup>208</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Fabris, 1997. p. 76.

<sup>209</sup> Aliás é bastante comum os juristas das mais diversas especialidades se perderem em divagações técnico-teóricas deixando de lado a finalidade primordial do Direito que é dar resposta aos conflitos emanados da sociedade que pretende reger. Dessa maneira, juizes, advogados e promotores se saem muito bem quando está em pauta questões envolvendo conflitos lógico-formais que influenciam no deslinde da causa sub judice. Porém, uma perplexidade geral toma conta quando suas ações são necessárias para resolver conflitos de cunho transindividual principalmente quando o foco é a questão da terra ou da criminalidade. Nesse sentido, o civilista francês Georges Ripert ao seu tempo já asseverava: “Expulsos da política e até da filosofia, os juristas refugiaram-se no estudo da técnica. Nesse campo deixaram-lhes toda liberdade e receberam todos os incitamentos, porque semelhantes estudos são inofensivos”. RIPERT, Georges. **O Regime Democrático e do Direito Civil Moderno**. São Paulo: Saraiva e Livraria Acadêmica, 1937. p. 13. Tal apego à técnica foi também agudamente detectado por Sergio Buarque de Holanda, que tratando do problema da vida intelectual brasileira desde os tempos do império assevera: “Todo nosso pensamento revela a mesma fragilidade, a mesma inconsistência íntima, a mesma indiferença, no fundo, ao conjunto social; qualquer pretexto estético serve-lhe de conteúdo. Pode-se aplicar a ele o que disse da filosofia Junqueira Freire, em sua autobiografia: ‘era uma nova linguagem igualmente luxuriosa para dizer a mesma coisa. Nada verdadeiro, tudo belo, mais arte que ciência; mais cúpula que alicerce’. Ainda quando se punham a legiferar ou a cuidar da organização e coisas práticas, os nossos homens de idéias eram, em geral, puros homens de palavras e livros; não saiam de si mesmos, de seus sonhos e imaginações. Tudo assim conspirava para a fabricação de uma realidade artificiosa e livresca, onde nossa vida verdadeira morria asfixiada. Comparsas desatentos do mundo que habitávamos, quisemos recriar outro mundo mais dócil aos nossos desejos e devaneios. Era o modo de não rebaixarmos, de não sacrificarmos nossa personalidade no contato de coisas mesquinhas e desprezíveis. Como Plótino de Alexandria, que tinha vergonha do próprio corpo, acabaríamos, assim, por esquecer os fatos prosaicos que fazem a verdadeira trama da existência diária, para nos dedicarmos a motivos mais nobilitantes: à palavra escrita, à retórica, à gramática, ao Direito Formal”. HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 10. ed. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1976. pp. 122 e segs.

que o reconhecimento e exercício dos direitos fundamentais eram escassos ou inexistentes. Dessa forma, uma demanda civil versando sobre questões envolvendo posse ou propriedade, por exemplo, pode(ria) ser resolvida mediante a *subsunção* do fato da vida às leis civis que disciplinam o exercício do direito de propriedade. Tudo é fácil de identificar: as partes individualizadas (autor e réu - Tício e Mévio; José e João; Pedro e Paulo, etc.); o objeto está definido (a disputa pela posse ou propriedade - no âmbito das pretensões deduzidas pelas partes); e a lei a ser aplicada se encontra lapidada nos Códigos ou nas leis civis pertinentes (é necessário lembrar que, no “modo de produção de direito” liberal-individualista, a Constituição é mero pano de fundo e o que impera é a *legalidade* em detrimento da *constitucionalidade*).

Nessa medida, este modo de fazer, pensar e interpretar o Direito (que ainda pode ser notado na maioria dos manuais adotados pela imensa maioria dos estudantes e profissionais do Direito). pensa o fenômeno social-político-constitucional de uma forma “microscópica”, de modo a recortar da realidade social questões individuais sem pensar na ressonância produzida no interior da sociedade e do próprio “mundo jurídico”.

Na outra margem do rio, tem-se a teoria constitucional do segundo pós-guerra, com as noções de Constituição Dirigente e compromissária, potencializada pela ideia de força normativa da Constituição. Essas formam, junto com o Estado Democrático de Direito o núcleo daquilo que Jorge Miranda chama de “revolução copernicana”, em que as normas constitucionais não dependem mais da *interposito legislatoris* para produzirem efeitos nas situações concretas da vida.

Esse é o ponto em que a convivência entre hermenêutica clássica e o Constitucionalismo Contemporâneo (e todas suas conquistas) se apresenta paradoxal. Ora, na perspectiva constitucionalista do pós-guerra, as normas constitucionais se aplicam diretamente nas situações da vida. Portanto, deve haver, no momento da aplicação do Direito, uma verdadeira “fusão” da norma ordinária (no exemplo citado acima, a civil) e a disposição constitucional.

É claro que os padrões clássicos subsuntivo-dedutivistas não são eficazes no interior da perspectiva do novo constitucionalismo. Porém, não é a única dificuldade. Há ainda outro problema, esse ainda maior do que o detalhe técnico-interpretativo da impossibilidade de subsunção.

Se a hermenêutica clássica está inserida num modo de fazer e pensar o

Direito “microsocial” (microscópico-individual); As Constituições dirigentes/compromissárias do Constitucionalismo Contemporâneo estão voltadas para uma perspectiva “macrossocial” (macroscópica-socializante), preocupada com as questões multicomplexas emanadas de uma sociedade díspar, excludente e extremamente segregatória, como é a nossa.

Assim, voltando à ilustração envolvendo a posse e a propriedade seja de uma área rural ou urbana, tem-se que, na atual conjuntura, não há mais como pensar individualmente o problema. O dilema da reforma agrária no campo e a segregação que se encontra institucionalizada nas grandes cidades brasileiras<sup>210</sup> exige uma resposta macrossocial e não micro. As partes de uma ação possessória, por exemplo, em suma, na maioria das vezes não envolvem João e José, Pedro e Paulo ou Tício e Mévio. Por vezes, tais ações são propostas contra grupos de centenas de pessoas, como nos casos envolvendo a questão da reforma agrária (que continua a caminhar a lentos passos, ao alvedrio dos dispositivos constitucionais pertinentes: arts. 184 a 187 da Constituição Federal). O objeto já não pode ser delimitado facilmente. As pretensões das partes são extremamente divergentes: enquanto os proprietários se valem das leis civis que garantem (patrimonialisticamente) o direito

---

<sup>210</sup> Em “Amor Líquido” Bauman aborda o problema segregacionista que se instalou na cidade de São Paulo. Segundo o sociólogo polonês, a tendência segregacionista e exclusivista não é exclusiva da cidade de São Paulo, mas é nesta metrópole que tal tendência se apresenta da forma mais brutal e desavergonhada. As Elites se alojam em condomínios que visam construir comunidades fechadas em que, o medo gerado pela violência crescente e a busca por uma “melhor qualidade de vida”, escondem uma fina patologia do mundo moderno-líquido que ele chama de “dificuldade de amar o próximo”. Assim, esses condomínios são planejados como se fossem uma ermida: fisicamente dentro, mas social e espiritualmente fora da cidade. Segundo Bauman “um traço muito importante do condomínio é seu isolamento e distância da cidade. Isolamento significa separação daqueles considerados inferiores e, como insistem os construtores e seus agentes imobiliários, o fator-chave para garanti-lo é a segurança. Isso significa cercas e muros rodeando o condomínio, guardas trabalhando 24 horas por dia no controle das entradas e um conjunto de instalações e serviços destinado a manter os outros do lado de fora. [...] A cerca separa o ‘gueto voluntário’ dos ricos e poderosos dos muitos guetos forçados que os despossuídos habitam. Para eles, a área a que estão confinados (por serem excluídos de todas as outras) é o espaço do qual não tem permissão de sair”. BAUMAN, Zygmunt. **Amor Líquido, Sobre a Fragilidade dos laços humanos**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. pp. 130-131. Para frisar o problema agudamente detectado por Bauman, pode-se citar uma reportagem veiculada no jornal “O Estado de São Paulo”, no caderno “Aliás”. p. J8, no dia 12.06.2005, na qual se faz um paradoxal contraste entre uma famosa rede de lojas de São Paulo, a Daslu; e seus vizinhos - separados apenas por um muro gigantesco - habitantes de um dos milhares de “guetos forçados” existentes naquela metrópole. Dentre vários aspectos levantados pela reportagem, impressiona o fato de que a renda bruta de todos os moradores do referido “gueto”, não é suficiente para comprar uma calça jeans de uma das grifes vendidas na loja! Eis aí, um retrato cruel da realidade que a dogmática jurídica deve(ria) dar resposta: De um lado um “gueto voluntário” cercado de seguranças fortemente aparelhados para impedir terminantemente a entrada de “indivíduos socialmente inferiores”; de outro um “gueto forçado” constituído por milhares de pessoas que, sofrem constantemente o risco de serem expulsas de suas residências, pois lhes falta o “título” de propriedade do imóvel. Mesmo com norma constitucional que tutele a função social da propriedade e institucionalize o usucapião especial, para fins de moradia.

de propriedade e se valem da tradição do direito brasileiro em reconhecer a propriedade a partir do título devidamente registrado em cartório (Código Civil, art. 1.245); os manifestantes (sempre réus das ações) se baseiam nos princípios constitucionais da função social da propriedade; solidariedade, dignidade humana etc.; e o dispositivo a ser aplicado não se apresenta mais com clareza solar diante do hermeneuta. Há uma previsão constitucional que precisa ser aplicada. Mas o instrumentário jurídico civil-processual, em muitas vezes se encontra defasado em relação à Constituição e o Poder Judiciário, quando instado a se pronunciar sobre tais assuntos, aliena sua responsabilidade, mediante a furtiva justificativa de que estas são questões políticas e não jurídicas.

Estabelecida, está, portanto a problemática. Destarte, em face deste “mal-estar” causado pela crise que se instalou em nossa modernidade (que leva a tantos a falar em uma pós-modernidade, uma sobremodernidade ou uma modernidade “líquida”), os métodos de interpretação clássicos atestaram sua fragilidade. Com efeito, a dificuldade de determinar o(s) método(s) (mais) adequado(s); a impossibilidade de “assenhoramento” da totalidade da compreensão, a inexistência de partes ou fases no processo interpretativo, bem como a impossibilidade de se falar em uma hermenêutica “puramente” ou “exclusivamente” constitucional, leva à forçosa conclusão de que, definitivamente, o modo interpretativo técnico-metodológico da hermenêutica clássica está esgotado. Seus esquemas e programas normativos não conseguem mais dar respostas à sociedade contemporânea e, de modo especial, não é suficiente para conferir à Constituição sua necessária força normativa.

É necessário, portanto, buscar novos ares para a hermenêutica jurídica. Procurar novas alternativas que permitam ou confirmem ao intérprete possibilidades concretas de tornar efetiva a principiologia constitucional.

#### **4.1.1 A fenomenologia hermenêutica de Heidegger e Gadamer: bases para pensar a tipicidade a partir da radicalidade da interpretação**

Esse solipsismo metódico da filosofia da consciência, colacionado nos tópicos anteriores, construiu uma racionalidade cientificista em que o primado da técnica

determina o conteúdo racional do pensamento que apenas representa e calcula<sup>211</sup>. Assim, a racionalidade hermenêutica - desenvolvida segundo padrões metafísicos que se arrastam desde Platão, Aristóteles, Santo Thomas de Aquino, Descartes, Kant e Hegel - constitui-se sob este pano de fundo técnico estampado na concepção de métodos e cânones que visam conduzir a atividade do intérprete até o (correto) resultado da interpretação. Dessa forma, a realidade é colocada diante do jurista/intérprete e se estende à espera de uma rede de recursos metodológicos que a aprisionem.

Os resultados até aqui mencionados apontam sempre em direção de uma insuficiência metodológica do paradigma clássico em relação à funcionalidade do Direito em face dos dilemas da sociedade contemporânea, uma vez que não consegue lidar com uma Constituição a qual preveja o resgate das promessas da modernidade continuando a (só)negar seu pleno reconhecimento.

Isso porque, conforme diz Gadamer, ao invés de se preocupar com o que “é”, com a *coisa em si*, o pensamento jurídico (ainda) dominante, prefere imaginar/idealizar o que poderia ser ou o gostaria que fosse.<sup>212</sup> Dito de outro modo - ainda em termos gadamerianos -, é negada a inevitabilidade do fator criativo presente em toda interpretação e se busca, por meio de uma hermenêutica normativa/metodológica aquilo que se tem por ideal, ou seja, uma *interpretação objetiva(da)*, que *reproduza* o sentido (correto/unívoco) do texto interpretado, o que só pode ser alcançada mediante a concepção de métodos/cânones hermenêuticos. É possível afirmar, assim, que esta estrutura normativa da interpretação presente na hermenêutica clássica é uma espécie de Panóptico Hermenêutico (Bentham/Foucault)<sup>213</sup>, por intermédio do qual se torna possível “controlar” por meio de uma

---

<sup>211</sup> Daí a crítica de Heidegger, para quem: “Aquilo que a Filosofia, no transcurso de sua história, tentou em etapas, e mesmo nestas de maneira insuficiente, isto é, expor as ontologias das diversas regiões do ente (natureza, história, direito, arte), as ciências o assumem como tarefa sua. Seu interesse dirige-se para teoria dos, em cada caso necessário, conceitos estruturais do campo de objetividade aí integrado. ‘Teoria’ significa agora: suposição de categorias a que se reconhece apenas uma função cibernética, sendo-lhe negado todo sentido ontológico. Passa a imperar o elemento racional e os modelos próprios do pensamento que apenas representa e calcula. [...] O fim da filosofia revela-se como o triunfo do equipamento controlável de um mundo técnico-científico e da ordem social que lhe corresponde”. HEIDEGGER, Martin. O fim da filosofia e a tarefa do pensamento. Trad. Ernildo Stein. In: **Conferências e escritos filosóficos** - Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 2005. pp. 97-98.

<sup>212</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**: complementos e índices. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 457.

<sup>213</sup> Explicando o Panóptico de Michel Foucault, Bauman preleciona, in verbis: “Michel Foucault utilizou o projeto do Panóptico de Jeremy Bentham como arquimetáfora do poder moderno. No Panóptico, os internos estavam presos ao lugar e impedidos de qualquer movimento, confinados entre muros grossos, densos e bem-guardados, e fixados a suas camas, celas ou bancadas. Eles não podiam se mover

“violência simbólica”<sup>214</sup> a atividade do intérprete/jurista que, para se alforriar de seu dever de objetividade interpretativa, deve fazer uso dos métodos hermenêuticos disponíveis.

A fenomenologia hermenêutica (ou hermenêutica da faticidade) de Heidegger e Gadamer vem destruir esta estrutura panóptica que caracteriza a hermenêutica clássica. Não só porque tem como ponto de partida o caráter criativo presente na atividade do intérprete, mas também, e principalmente, porque estabelece um rompimento com o reducionismo cientificista daquela racionalidade metódica. Com efeito, como ressalta Reginaldo da Costa citando Karl-Otto Apel,

a fenomenologia hermenêutica pode reivindicar para si, antes de tudo, o mérito de enlaçar a emancipação da experiência em relação à metafísica dogmática e às cosmovisões filosóficas, com sua emancipação em relação às restrições cientificistas.<sup>215</sup>

O “método” fenomenológico (ou ontologia fundamental) pode ser traduzido pela *busca da coisa em si*, ou o estudo do que “é”. Heidegger o explica dizendo que:

a palavra ‘fenomenologia’ exprime uma máxima que se pode formular na expressão: ‘às coisas em si mesmas!’ - por oposição às construções soltas no ar, às descobertas acidentais, à admissão de conceitos só aparentemente verificados, por oposição às pseudoquestões que se apresentam, muitas vezes, como ‘problemas’, ao longo de muitas gerações.<sup>216</sup>

Nota-se, de plano, que, muito mais do que um apontamento sobre o método fenomenológico, essa passagem evidencia também uma crítica de Heidegger àquela

porque estavam sob vigilância; tinham que se ater aos lugares indicados sempre porque não sabiam, e nem tinham como saber; onde estavam no momento seus vigias, livres para mover-se à vontade. As instalações e a facilidade de movimento dos vigias eram a garantia de sua dominação; dos múltiplos laços de sua subordinação, a ‘fixação’ dos internos ao lugar era o mais seguro e difícil de romper”. BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2000. p. 16. Não há exagero em comparar o Panóptico foucaultiniano com os métodos de interpretação cunhados pela hermenêutica clássica. Desta forma, tal qual na estrutura panóptica descrita por Foucault, no panóptico hermenêutico os métodos são os administradores e os intérpretes os internos; os intérpretes também não podem se mover, senão sob a vigilância invisível dos métodos/cânones hermenêuticos. Os métodos interpretativos, por sua vez, são invisíveis porque se movem à vontade na indeterminação própria de seu regressum ad infinitum e se perdem nas escaladas metafísicas da filosofia da consciência, o que garante, enfim, a esterilização da interpretação pela “dominação” do interprete através das manobras metodológicas realizadas pelo senso comum teórico: a fala autorizada e os repositórios jurisprudenciais. Daí sua característica de violência simbólica, tal qual descreve Pierre Bourdieu.

<sup>214</sup> BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Rio de Janeiro: DIFEL, 1989.

<sup>215</sup> COSTA, Reginaldo da. **Ética do Discurso e Verdade em Apel**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 23.

<sup>216</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 56.

tradição do pensamento metafísico já aqui referida de se preocupar com o que *poderia ser* ou o que *gostaria que fosse*. Em face disso, na maioria das vezes, o resultado de tais investigações são “pseudoproblemas” que escondem, na espécie, o problema fundamental<sup>217</sup>. Para o filósofo, a tarefa da fenomenologia é desvelar estas obviedades que ocultam o ser dos entes (sentido).

Heidegger parte da assertiva de que a metafísica, radicalizando a preocupação com o *ente*, se esqueceu do *ser*. A metafísica confunde o *ser* com o *ente*, nadificando o *ser*.<sup>218</sup> É esse *velamento* do *ser* presente na racionalidade cientificista que leva ao primado da técnica (lógica-formal) no ocidente. Dessa maneira, todo pensamento que deixe de lado a questão da verdade do *ser* é metafísico, pois confunde o *ente* com *ser*, impossibilitando que a *verdade do ser* seja desvelada. A ‘questão do ser’ permanece sempre a questão do ente, irá dizer Heidegger. Rompendo com essa tradição metafísica, o filósofo estabelece uma diferenciação (ontológica) entre *ser* e *ente*:

O ser é mais amplo que todo ente e é contudo mais próximo do homem que qualquer ente, seja isto uma rocha, um animal, uma obra de arte, uma máquina, seja isto um anjo ou Deus. O ser é o mais próximo.<sup>219</sup>

Na medida dessa diferenciação entre *ser* e *ente* estabelecida por Heidegger, aquele que interroga o *ente*, (somente) tem acesso ao seu sentido pelo seu *ser*.

A capacidade de interrogar os entes é própria do ser humano como uma das possibilidades que possui em seu ser e que se constitui em um ente denominado

---

<sup>217</sup> No caso específico da hermenêutica jurídica, por exemplo, a problemática em torno dos métodos de interpretação relega a um papel coadjuvante a faceta primordial da questão que é a discussão da funcionalidade/efetividade do Direito (e dos direitos) em nossa sociedade.

<sup>218</sup> Para melhor compreender a questão do ser “nadificado” pela metafísica, HEIDEGGER, Martin. *Que é Metafísica?* In: **Conferências e Escritos Filosóficos**. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 2005. pp. 43-88.

<sup>219</sup> No início de “Ser e Tempo”, Heidegger expõe: “O questionamento da questão a ser elaborada é o ser, o que determina o ente como ente, como o ente já é sempre compreendido, em qualquer discussão que seja. O ser dos entes não ‘é’ em si mesmo outro ente. [...] Na medida em que o ser constitui o questionado e ser diz sempre ser de um ente, o que resulta como interrogado na questão do ser é o próprio ente. Este é como que interrogado em seu ser” (grifou-se) HEIDEGGER, Martin. “Sobre o Humanismo”. In: **Os Pensadores** - Conferências e escritos filosóficos. Vol. XLV. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 32. Quanto ao ente, diz o filósofo que: “Ente é tudo de que falamos, tudo que entendemos, com que nos comportamos desta ou daquela maneira, ente é também o que e como nós mesmos somos”. No que tange ao ser, diz Heidegger que “o conceito de ‘ser’ é indefinível. Essa é a conclusão tirada de sua máxima universalidade”. [...] a impossibilidade de se definir o ser não dispensa a questão de seu sentido, ao contrário, justamente por isso a exige. O ‘ser’ é conceito evidente por si mesmo. Em todo conhecimento, proposição ou comportamento com o ente e em todo relacionamento consigo mesmo, faz-se uso do ‘ser”. (grifou-se). HEIDEGGER, Martin. “Sobre o Humanismo”. In: **Os Pensadores** - Conferências e escritos filosóficos. Vol. XLV. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 29.

*pre-sença (Dasein)*<sup>220</sup>. É por meio da abertura do ser da *pre-sença (Dasein)* que o homem tem acesso ao sentido do ser do ente, isto é, o ser do ente é que determina seu sentido (o sentido é sempre o ser de um ente!), que é *compreendido* na abertura do ser da *pre-sença (Dasein)*. A compreensão é o “modo de ser” da pré-sença (*Dasein*) e ela se dá nesta estrutura circular descrita aqui simplificada - correndo (e assumindo) os riscos gerados por simplificações ao desenvolvimento de uma pesquisa científica: Primeiro é preciso determinar o *ente em seu ser* e, nessa base, colocar a questão do ser. A partir disso, Heidegger se auto-questiona: Mas será que tal empresa não cai num círculo vicioso evidente? A resposta é negativa. Diz Heidegger. Isso porque

essa visualização do ser, orientadora do questionamento, nasce da compreensão cotidiana do ser em que nos movemos desde sempre e que, *em última instância, pertence à própria constituição essencial da pré-sença*. Tal ‘pressuposição’ nada tem a ver com o estabelecimento de um princípio do qual se deriva, por dedução, uma conclusão. Não pode haver ‘círculo vicioso’ na questão do ser porque não está em jogo, na resposta, uma fundamentação dedutiva, mas uma exposição de-monstrativa das fundações. Na questão sobre o sentido do ser não há ‘círculo vicioso’ e sim uma curiosa ‘repercussão ou percussão prévia’ do questionado (ser) sobre o próprio questionar, enquanto modo de ser de um ente determinado.<sup>221</sup>

Aqui já se pode indicar um primeiro contraponto: o paradigma hermenêutico da filosofia da consciência embebido nos mares da metafísica tem o texto normativo como algo *dado* e que já contém a norma, ou seja, um ente a espera de apreensão, do qual o intérprete irá retirar/reproduzir, através do estabelecimento de princípios (métodos/cânones) dos quais, por dedução, deriva uma conclusão: os sentidos ali existentes; vale dizer, *irá reproduzir os sentidos em sua totalidade* a partir do conhecimento do texto (interpretação) que culminará, posteriormente, na *compreensão*. Dito de outro modo: o pensamento metafísico equipara o texto normativo à norma, ignorando assim o universo da diferenciação ontológica heideggeriana. Ocorre que, trilhando os caminhos de Heidegger, *ser* e *ente* são ontologicamente diferentes: *O ser é sempre ser de um ente*<sup>222</sup>. Disso decorre que somente o sentido do ser pode ser captado pela abertura da *pré-sença (Dasein)*; como já dito, *o ente como ente é inacessível*. Desta forma, a norma sempre exurgirá do sentido (ser do ente) do texto que é determinado pelo intérprete no ato

<sup>220</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 33.

<sup>221</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 34.

<sup>222</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 35.

da interpretação.

Esta pretensão de apreender o ente como ente, ou o ente em sua totalidade, talvez seja o maior equívoco da hermenêutica clássica que ignora a *coisa em si*, aquilo que “é”. Ou seja, a finitude da compreensão humana (própria de sua constituição linguística) e as múltiplas possibilidades de determinação dos significados do ser dos entes. Prefere idealizar, pensar o que *poderia ser* ou *gostaria que fosse*, isto é o *sujeito* (no interior da subjetividade da certeza de si do pensamento pensante) buscando a essência dos textos (*objetos*) a partir de uma operação lógico-dedutiva totalizante, própria do processo do conhecimento estabelecido em uma relação sujeito-objeto (S-O).

Eis outro ponto em que a filosofia heideggeriana desafia a tradição metafísica da filosofia da consciência abalando os pilares da hermenêutica jurídica clássica. Com efeito, o pensamento de Heidegger - inserido no que se convencionou a chamar de viragem linguística<sup>223</sup> - (re)valoriza o papel da linguagem para o processo de compreensão, na medida em que ela deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto (próprio do caráter “instrumental” de que se reveste no interior do paradigma metafísico da filosofia da consciência)<sup>224</sup> e é alçada à categoria de condição de possibilidade para o acesso às coisas e ao mundo.

É sob este pano de fundo que em “Sobre o Humanismo”, Heidegger irá dizer que A linguagem é a casa do ser. Nesta habitação do ser mora o homem. Os pensadores e os poetas são os guardas desta habitação.<sup>225</sup>

Nessa medida, todo o aduzido no que tange à estruturação do pensamento heideggeriano, deve ser pensado na perspectiva da linguagem como “advento iluminador-velador” do ser.<sup>226</sup> Heidegger irá dizer, ainda, que o homem não é o senhor do ente. O homem é o pastor do ser. E o ser chega, iluminando-se, à

<sup>223</sup> STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. pp. 175 e segs.

<sup>224</sup> Convém aqui anotar a crítica de Gadamer, para quem “a linguagem não é nenhum instrumento, nenhuma ferramenta. Pois uma das características essenciais do instrumento é dominarmos seu uso, e isso significa que lançamos mão e nos desfazemos dele assim que prestou seu serviço. Não acontece o mesmo quando pronunciamos as palavras disponíveis de um idioma e depois de utilizadas deixamos que retornem ao vocabulário comum de que dispomos. Esse tipo de analogia é falso porque jamais nos encontramos como consciência diante do mundo para um estado desprovido de linguagem lançarmos mão do instrumental do entendimento. Pelo contrário, em todo conhecimento de nós mesmos e do mundo, sempre já fomos tomados pela nossa própria linguagem” GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**: complementos e índices. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 176.

<sup>225</sup> HEIDEGGER, Martin. Sobre o Humanismo. In: **Conferências e escritos filosóficos**. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Ed. Abril Cultural, 1973. p. 346 (Coleção Os pensadores).

<sup>226</sup> HEIDEGGER, Martin. Sobre o Humanismo. In: **Conferências e escritos filosóficos**. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Ed. Abril Cultural, 1973. p. 354.

linguagem.<sup>227</sup>

Esta aparente obviedade des-velada por Heidegger (por sinal este é um dos escopos do “método” fenomenológico heideggeriano: des-velar/des-vendar as obviedades do óbvio) apresenta uma nova ruptura com o paradigma metafísico, na medida em que retira a consciência humana daquela posição de “assenhramento” de coisas e sentidos - própria da filosofia da consciência -, e coloca o homem e a linguagem como desde-sempre jogados na mundanidade<sup>228</sup> do mundo.

Trazendo esta lição para o campo da hermenêutica jurídica pode-se dizer que sendo o Direito linguagem o intérprete sempre está inserido em uma situação hermenêutica. Em outras palavras: intérprete e linguagem estão desde-sempre, jogados no mundo; ou ainda, intérprete e Direito estão sempre juntos no mundo através da linguagem.

O acesso ao mundo só é possível através da linguagem. A linguagem, então é totalidade; é abertura para o mundo e constituinte do próprio saber. Isso porque é pela linguagem que se chega ao mundo. Sem linguagem não há mundo enquanto mundo, porque sequer se chega a ele.

A morada do homem contém e conserva o advento daquilo que o homem pertence em sua essência. Somente quando se encontra a palavra para a coisa, é esta uma coisa; somente então é, uma vez que a palavra é o que proporciona ser à coisa. Sem palavra, sem linguagem, não há existência. Não falamos sobre aquilo que vemos, mas sim o contrário; vemos o que se fala sobre as coisas.<sup>229</sup>

Nessa medida, Lenio Streck, citando Vattimo, assevera:

---

<sup>227</sup> Heidegger in verbis: “O homem não é senhor do ente. O homem é o pastor do ser. Neste ‘menos’ o homem nada perde, mas ganha, porquanto atinge a verdade do ser. Ele ganha a essencial pobreza do pastor, cuja dignidade reside no fato de ter sido chamado pelo próprio ser para guardar a sua verdade. Este chamado vem como o lance do qual se origina a condição de ser-jogado do ser-aí (Dasein/pre-sença)”. HEIDEGGER, Martin. Sobre o Humanismo. In: **Conferências e escritos filosóficos**. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Ed. Abril Cultural, 1973. pp. 361-362. Ao final, conclui: “O ser chega, iluminando-se, à linguagem. [...] O pensar recolhe a linguagem para junto do simples dizer. A linguagem é assim a linguagem do ser, como as nuvens são as nuvens do céu. Com seu dizer, o pensar abre sulcos invisíveis na linguagem. Eles são mais invisíveis que os sulcos que o camponês, a passo lento, traça pelo campo” HEIDEGGER, Martin. Sobre o Humanismo. In: **Conferências e escritos filosóficos**. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Ed. Abril Cultural, 1973. pp. 372-373.

<sup>228</sup> Heidegger explica que “mundanidade” é um conceito ontológico e significa a estrutura de um momento constitutivo do ser-no-mundo (modo de compreensão prévia da pre-sença). Nós o conhecemos como uma determinação existencial da pre-sença. Assim, a mundanidade já é em si mesma um existencial. Quando investigamos ontologicamente o ‘mundo’, não abandonamos, de forma alguma, o campo temático da analítica da pre-sença”. HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. pp. 104-105.

<sup>229</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica ao direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p 205.

A linguagem como totalidade não implica dizer que ela - linguagem - cria o mundo; este existe independente de nós. As coisas do mundo só existem se compreendidas, interpretadas. A linguagem sempre nos precede; ela nos é anterior. Estamos sempre e desde sempre, nela. A centralidade da linguagem, é dizer, sua importância de ser condição de possibilidade, reside justamente no fato de que o mundo somente será mundo como mundo se o nomearmos, é dizer, se lhe dermos sentido como mundo.<sup>230</sup>

Dessa forma, a Constituição, a realidade social, os textos jurídicos infraconstitucionais e intérprete estão inseridos em uma mesma realidade; não há um sujeito que se coloca diante de um objeto (relação S-O). Há sim uma relação de intersubjetividade entre intérprete e Direito (entendido como linguagem) e o processo de conhecimento/compreensão se dá segundo uma relação sujeito-sujeito (S-S).

Esse fato implica dizer que a fenomenologia hermenêutica afasta de vez o solipsismo metodológico da filosofia da consciência - que ignora as relações do sujeito com o mundo, pois se perde a entificação do objeto - na medida em que pensa o ser-com, o ser-em, ou seja, uma relação entre os seres que estão jogados no mundo pela linguagem.

Como lembra Ernildo Stein, citando Gadamer,

O ser acessível à compreensão é linguagem, importava ver, nessa fórmula, que o que é não pode jamais ser compreendido em sua totalidade. Em tudo o que uma linguagem desencadeia consigo mesma, ela remete sempre para além do enunciado como tal.<sup>231</sup>

Encerrando essas breves reflexões a respeito da viragem linguística, é de bom alvitre trazer a baila a lapidar sentença de Gadamer: Ser que pode ser compreendido é linguagem<sup>232</sup>

<sup>230</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica ao direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 206.

<sup>231</sup> STEIN, Ernildo. A Consciência da história: Gadamer e a Hermenêutica. **Folha de São Paulo**, Caderno Mais 24.03.2002.

<sup>232</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**: complementos e índices. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 687. O pensamento do filósofo é decisivo nesta questão: "Creio que a linguagem desempenha a função de uma síntese constante entre o horizonte do passado e o do presente. Compreendemo-nos uns aos outros, à medida que conversamos, também quando nos desentendemos, e por fim, à medida que utilizamos as palavras que expõem diante de nós, compartilhadas, as coisas por elas referidas. A linguagem tem sua própria historicidade. Cada um de nós tem sua própria linguagem. Não existe, em absoluto, o problema de uma linguagem comum para todos. Existe apenas a maravilha de que, apesar de termos todos uma linguagem diferente, podemos nos compreender além dos limites dos indivíduos, dos povos e dos tempos. Essa maravilha não pode certamente ser dissociada do fato de que também as coisas, sobre que falamos, apresentam-se diante de nós como algo comum, quando falamos sobre

Assim, didaticamente, pode-se fixar dois resultados: a) o ente como ente é inacessível, sendo ilusória a pretensão de totalidade de apreensão de seu sentido. O sentido dos textos jurídicos e da Constituição propriamente dita surge do desvelamento do ser destes entes que se revela na abertura da *pre-sença* (*Dasein*) (portanto, o texto não se equipara à norma) e são produzidos numa circunstância definida de *tempo* e *espaço*; b) A linguagem é condição de possibilidade de acesso ao ser da Constituição e demais textos jurídicos e se coloca em uma relação intersubjetiva com o intérprete, culminando em um processo de conhecimento/compreensão realizado através de uma relação sujeito-sujeito.

O terceiro resultado, e não menos importante, tem a ver com o modo-de-ser da *pre-sença*: o compreender. Cabe agora, então, analisá-lo.

4.1.1.1 A (pré)compreensão como condição de possibilidade da interpretação: o círculo hermenêutico e o projetar da compreensão *ou* de como não há métodos que prescrevem a interpretação

O ser humano tem acesso ao ser dos entes através da *pre-sença* (*Dasein*). A *pre-sença* é um ente privilegiado, uma vez que a abertura de seu ser propicia a interrogação e a compreensão do ser dos entes, mergulhados dentro de um universo histórico (temporal)<sup>233</sup> e linguístico. Por isso é que se diz que o modo-de-ser da *pre-sença* é a compreensão. Daí que, em Heidegger, compreender não é um modo de conhecer, mas é um modo de ser.

---

ela. O modo de ser de uma coisa só se expressa quando falamos sobre ela". GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**: complementos e índices. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 71. O trecho transcrito reflete um ponto de vista inerente à filosofia de Gadamer: o homem não se depara com uma realidade e um mundo, mas sempre com interpretações da realidade e do mundo e, assim, com a realidade e o mundo da interpretação. Esta constatação invade o pensamento jurídico e abre caminho para um (novo) questionamento. Em verdade, não se fala do Direito, mas sim das interpretações que lhe são dadas pela doutrina e pela jurisprudência.

<sup>233</sup> É necessário destacar que a dinâmica de Ser e Tempo se desenvolve colocando o problema da compreensão (do ser) nos limites de uma realidade histórico-temporal (ou seja, impõe uma reflexividade nas condições de tempo, lugar e da própria tradição para o desenrolar da compreensão - somente se compreende o ser através do tempo). Esta constatação é de fundamental importância na medida em que rompe com qualquer pretensão de a historicidade ou atemporalidade de sentidos presentes no processo de interpretação de qualquer texto jurídico. Deste modo, a partir de Heidegger, é impossível pensar que o texto do Código de Processo Civil, por exemplo, conserva o mesmo sentido desde o ano em que foi promulgado, ou seja, em 1973. Tal concepção levaria ao absurdo de se desconsiderar as rupturas paradigmáticas que ocorreram de 1973 até os dias correntes, como a promulgação da Constituição de 1988, a adoção do modelo de Estado Democrático de Direito, etc.. O mesmo se diz em relação à teoria da separação dos poderes. Significa desconsiderar por completo o fator temporal desvelado por Heidegger, pretender inculcar no interior da referida teoria um sentido único, unívoco, verdadeiro, construído ainda no século XVIII.

Como visto, a questão do ser se dá através de um movimento circular, em que aquele que interroga (*pre-sença*) sofre uma repercussão ou percussão do próprio interrogado (Ser).

Assim, tendo em vista que a *pre-sença* está sempre inserida em uma linguagem, e que esta linguagem antecede o ser da *pre-sença* (é um desde-já-sempre); e que o sujeito é lançado nessa linguagem e sempre falará dela e a partir dela; pode-se notar, já ai, uma estrutura prévia da compreensão, representada exatamente pelo fato de que o sujeito (no caso o interprete) já interroga o ser do ente (texto normativo) mergulhado nesta dimensão linguística. Ressaltando a relação sujeito-sujeito que se instala no processo (projeto) de compreensão, Heidegger diz que a *pre-sença* é um ente que, como ser-no-mundo, ele próprio está em jogo.<sup>234</sup>

Dado o papel que exerce a linguagem no pensamento heideggeriano, todo problema do conhecimento será um problema hermenêutico, uma questão de interpretação.<sup>235</sup> Daí que Heidegger irá dizer que: *a)* não se interpreta para compreender, mas sim se compreende para interpretar<sup>236</sup>; *b)* A interpretação sempre se move numa *posição prévia*, se funda numa *visão prévia* e se decide, definitiva ou provisoriamente, fundada numa *concepção prévia*.<sup>237</sup>

<sup>234</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 198.

<sup>235</sup> Apesar de em Ser e Tempo a interpretação a ser posta como uma questão secundária, é possível defender essa irresistível dimensão hermenêutica do pensamento de Heidegger, em face do papel que ele defere a linguagem. Ora, não há como negar a inevitabilidade da hermenêutica diante da linguagem, uma vez que a interpretação é condição de possibilidade para se efetuar a comunicação, a concordância, enfim, o próprio modo de ser da *pre-sença*.

<sup>236</sup> Desta forma, na interpretação, “a compreensão se apropria do que compreende. Na interpretação, a compreensão se torna ela mesma e não outra coisa. A interpretação se funda existencialmente na compreensão e não vice-versa. Interpretar não é tomar conhecimento de que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas na compreensão”. HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 204.

<sup>237</sup> Em Heidegger, a análise da estrutura da interpretação revela uma integração de três momentos fundamentais. Tanto os momentos integrantes como a unidade de integração, ao possibilitarem a interpretação, a precedem. O primeiro momento indica que a interpretação já tem uma posição, que possibilita o horizonte das articulações. O primeiro momento exprime uma posição prévia (*Vorhabe*); o segundo momento designa a perspectiva em que se encara e vê o conjunto das articulações, *visão prévia* (*Vorsicht*); e o terceiro momento consiste numa apreensão desse conjunto de posições e visões prévias consubstanciando uma *concepção prévia* (*Vorgriff*). Nessa medida o filósofo irá dizer: “Ao apropriar-se da compreensão, a interpretação se move em sendo uma totalidade conjuntural já compreendida. A apropriação do compreendido, embora ainda entranhado, sempre cumpre o desentranhamento guiada por uma visão que fixa o parâmetro em função do qual o compreendido será interpretado. A interpretação sempre se funda numa *visão prévia* que recorta o que foi assumido na *posição prévia*, segundo uma possibilidade determinada de interpretação. O compreendido estabelece uma *posição prévia* e encarando uma ‘*visão prévia* previdente’ (*vorsichtig*) torna-se conceito através da interpretação. A interpretação pode haurir conceitos pertencentes ao ente a ser interpretado a partir dele próprio, ou então forçar conceitos contra os quais o ente pode resistir em seu modo de ser. Como quer que seja, a interpretação sempre já se decidiu, definitiva ou provisoriamente, por uma determinada

Dessa forma, o processo hermenêutico ganha aqui uma estrutura circular (círculo hermenêutico) - na medida do movimento circular da *pre-sença* - cujo projetar se desenvolve nesta pré-estrutura da compreensão.

Partindo da descoberta heideggeriana da pré-estrutura da compreensão e da ideia de círculo hermenêutico, Gadamer aduz que quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido, o intérprete prelineia um sentido do todo.<sup>238</sup>

Há, portanto, na base desse círculo hermenêutico, sempre uma *antecipação de sentido* que aparece tão logo se mostre um primeiro sentido no texto. Esse primeiro sentido se mostra porque quando o intérprete/jurista lê o texto constitucional, por exemplo, não o faz como uma *tábula rasa*, despido de seus pré-juízos e de sua pré-compreensão. Pelo contrário, sempre o faz dentro daquela estrutura circular descrita por Heidegger, com certas expectativas, na perspectiva de um determinado sentido. A compreensão do texto constitucional (e de todos demais textos normativos) dependerá sempre da elaboração desse projeto prévio (permeado pela pré-compreensão do intérprete)<sup>239</sup>, o qual sofre uma constante revisão na medida em que amplia e aprofunda o sentido do texto.<sup>240</sup>

Explicando (e explicitando) melhor tudo que foi colacionado, têm-se, as lições do próprio Gadamer:

O processo descrito por Heidegger de que cada revisão do projeto prévio pode lançar um outro projeto de sentido; que projetos conflitantes podem posicionar-se lado a lado na elaboração, até que se confirme de modo mais unívoco a unidade de sentido; que a interpretação começa com conceitos prévios substituídos depois por conceitos mais adequados. Em suma, esse constante projetar de novo é o que perfaz o movimento semântico de compreender e interpretar. Quem procura compreender está sujeito a errar por causa das opiniões prévias, que não se confirmam nas coisas elas mesmas. Dessa forma, **a constante tarefa do compreender consiste em elaborar projetos corretos, adequados às coisas, isto é, ousar hipóteses que só devem ser confirmadas 'nas coisas elas mesmas'**. Aqui não há outra 'objetividade' além da elaboração da opinião prévia a ser confirmada. Faz sentido afirmar que o intérprete não vai diretamente ao

---

conceituação, pois está fundada numa concepção prévia". HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. pp. 206-207.

<sup>238</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II: complementos e índices**. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 402.

<sup>239</sup> No caso da interpretação do texto da Constituição, os resultados/sentidos atribuídos pelo intérprete ao preceito interpretado dependerão (prescinde) de uma prévia teoria da Constituição, do Estado Democrático de Direito, enfim dos conceitos fundamentais para que o texto constitucional apareça para ele como texto constitucional.

<sup>240</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II: complementos e índices**. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 75.

'texto', a partir da opinião prévia pronta e instalada nele. Ao contrário, **põe à prova, de maneira expressa, a opinião prévia instalada a fim de comprovar sua legitimidade, o que significa, sua origem e sua validade** (grifei).<sup>241</sup>

Nessa ordem de ideias, Gadamer ainda vai dizer que o esforço hermenêutico deve proporcionar um questionamento das *coisas elas mesmas*, para construir uma empresa sólida. Quem quiser compreender não pode se abandonar cegamente à casualidade de suas próprias opiniões, para em consequência e de maneira autoritária, não “dar ouvidos” à opinião do texto, até chegar ao ponto dessa opinião ser sufocada pela arbitrariedade do intérprete. *Quem quiser compreender um texto deve estar disposto a escutá-lo; a deixar que ele lhe diga alguma coisa.*<sup>242</sup> É dessa alteridade presente no texto que flui a interpretação.

Diante disso, Eros Grau assevera o seguinte:

A pré-compreensão - note-se bem - não é conceito metodológico. Expressa a antecipação de resultado própria de toda atividade prática. Desde a pré-compreensão - momento inicial do processo de compreensão jurídica - até o instante da determinação da regra determinante da decisão estende-se uma complexa rede de novas antecipações de resultado (novos projetos de sentido).<sup>243</sup>

De suma importância salientar que todo esse projetar da interpretação que se dá a partir da antecipação de sentido presente na pré-compreensão do intérprete, é guiado por sua carga de pré-juízos emergentes da *tradição*. Em Gadamer a *tradição* assume especial relevo na medida em que há uma preocupação do filósofo em encontrar um caminho da consciência histórica para mostrar como a razão deve ser recuperada na historicidade do sentido, e essa tarefa se constitui na autocompreensão que o ser humano alcança como participante e intérprete da *tradição* histórica.<sup>244</sup>

<sup>241</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II: complementos e índices**. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 75.

<sup>242</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II: complementos e índices**. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 76.

<sup>243</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 107.

<sup>244</sup> Com maior clareza, Lenio Streck assim estabelece o papel da tradição em Gadamer: “Vê-se, assim, a importância que Gadamer atribui à tradição, entendida como o objeto de nossa (pré)compreensão. O legado da tradição vem a nós através da linguagem, cujo papel, como já se viu, é central/primordial na teoria gadameriana. A linguagem não é somente mais um meio entre outros, diz ele, senão o que guarda uma relação especial com a comunidade potencial da razão; é a razão o que se atualiza comunicativamente na linguagem (R. Hönlswald): a linguagem não é um mero fato, e sim um princípio no qual descansa a universalidade da dimensão hermenêutica. Por evidente, destarte, que a tradição

Assim, não há uma estrutura metodológica rígida que prescreve a interpretação. Esta é sim desde sempre condicionada pelos pré-juízos e pela pré-compreensão do intérprete que são legados pela *tradição* histórica na qual ele - intérprete - está linguisticamente mergulhado. Não são métodos/cânones que guiam o intérprete em sua empresa hermenêutica, mas sim seus projetos de sentido que emanam do confronto de seus pré-juízos/pré-compreensão com o texto. Os sentidos produzidos pelo intérprete adquirem validade na medida em que são compatíveis com a “coisa ela mesma” ou com a “coisa em si” presente no texto. Se essa alteridade entre texto e intérprete se mostrar incompatível com a “coisa em si”, há a substituição dos sentidos atribuídos pelo intérprete por outros mais autênticos e assim sucessivamente.

Com Heidegger e Gadamer, então, a hermenêutica deixa de ser normativa/metodológica, constituída a partir de metafísicos esquemas dedutivos-subsumtivos em que o objeto é construído pelo *cogito* ou refletido na consciência; e passa a ser filosófica, na medida em que está estruturada na *antecipação de sentido* presente na base do círculo hermenêutico acima descrito. Dessa forma, o caráter da interpretação será sempre *produtivo*. É impossível reproduzir um sentido. A atividade criativa/produzida do intérprete no trabalho hermenêutico é parte inexorável do sentido da compreensão e de sua estrutura prévia.

Por isso hermenêutica não é (e não pode ser) método(logia). É, sim, filosofia<sup>245</sup>, e seu problema central reside na pré-compreensão, ou na antecipação

---

terá uma dimensão lingüística. Tradição é transmissão. A experiência hermenêutica, diz o mestre, tem direta relação com a tradição. É esta que deve anuir à experiência. A tradição não é um simples acontecer que se possa conhecer e dominar pela experiência, senão que é linguagem, isto é, a tradição fala por si mesma. O transmitido continua, mostra novos aspectos significativos em virtude da continuação histórica do acontecer. Através de sua atualização na compreensão, os textos integram-se em um autêntico acontecer. Toda atualização na compreensão pode entender a si mesma como uma possibilidade histórica do compreendido. Na finitude histórica de nossa existência, devemos ter consciência de que, depois de nós, outros entenderão cada vez de maneira diferente. Para nossa experiência hermenêutica, é inquestionável que a obra mesma é a que desdobra a sua plenitude de sentido na medida em que se vai transformando a sua compreensão. Por outro lado, a história é somente uma; seu significado é que segue se autodeterminando de forma incessante. Por isso, alerta Gadamer, “a redução hermenêutica à opinião do autor é tão inadequada como a redução dos acontecimentos históricos à intenção dos que neles atuam”. STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 265.

<sup>245</sup> Explicando o caráter filosófico da hermenêutica de Gadamer, Ernildo Stein preleciona: “Portando ‘Verdade e Método’ fala-nos de um acontecer da verdade no qual já estamos embarcados pela tradição. Gadamer vê a possibilidade de explicitar fenomenologicamente esse acontecer em três esferas da tradição: o acontecer na obra de arte, o acontecer na história e o acontecer na linguagem. A hermenêutica que cuida dessa verdade não se submete a regras metódicas das ciências humanas, por isso ela é chamada de hermenêutica filosófica. É desse modo que Gadamer inaugura um lugar para a

de sentido própria do círculo hermenêutico.

Enfim, para afastar a ilusão de objetividade dos métodos de interpretação, calham as palavras de Gadamer proferidas já no apagar das luzes de seu *Verdade e Método*:

Assim, é certo que não existe compreensão que seja livre de todo preconceito, por mais que a vontade do nosso conhecimento tenha de estar sempre dirigida, no sentido de escapar de nossos preconceitos. No conjunto desta investigação evidencia-se que, para garantir a verdade, não basta o gênero de certeza, que o uso dos métodos científicos proporciona. Isso vale especialmente para as ciências do espírito, mas não significa, de modo algum, uma diminuição de sua cientificidade, mas, antes, a legitimação da pretensão de um significado humano especial, que elas vêm reivindicando desde antigamente. O fato de que, em seu conhecimento, opere também o ser próprio daquele que conhece, designa certamente o limite do 'método', mas não da ciência. **O que a ferramenta do 'método' não alcança tem de ser conseguido e pode realmente sê-lo através de uma disciplina do perguntar e do investigar, que garante a verdade.**<sup>246</sup> (grifei)

4.1.1.2 De como não se interpreta por parte/camadas. A interpretação como momento único: *Applicatio*

Da mesma forma, o processo hermenêutico não se realiza por partes ou camadas. Não há uma *subtilitas intelligendi* que conhece; uma *subtilitas explicandi* que interpreta; e uma *subtilitas applicandi* que aplica o resultado da interpretação. Daí decorre outro inconveniente da hermenêutica jurídica clássica que separa interpretação de aplicação. O sujeito (intérprete/jurista) primeiro conhece, depois aplica o objeto (texto jurídico-norma) construído pelo *cogito* ou refletido na consciência.

A hermenêutica filosófica de Gadamer avança neste sentido e concebe a interpretação como um processo unitário, a aplicação (*applicatio*). Com efeito, sendo a interpretação apenas a exteriorização da compreensão - como diz Heidegger em passagem já citada, *interpretar é elaborar as possibilidades projetadas na*

---

atividade da razão, fora das disciplinas da filosofia clássica e num contexto em que a metafísica foi superada. [...] Gadamer nos deu, com sua hermenêutica filosófica, uma lição nova e definitiva: uma coisa é estabelecer uma práxis de interpretação opaca como princípio, e outra coisa bem diferente é inserir a interpretação num contexto - ou de caráter existencial, ou com as características do acontecer da tradição na história do ser - em que interpretar permite ser compreendido progressivamente como uma autocompreensão de quem interpreta. E, de outro lado, a hermenêutica filosófica nos ensina que o ser não pode ser compreendido em sua totalidade, não podendo assim, haver uma pretensão de totalidade da interpretação". STEIN, Ernildo. A Consciência da história: Gadamer e a Hermenêutica. **Folha de São Paulo**, Caderno Mais 24.03.2002.

<sup>246</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**: complementos e índices. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 709.

*compreensão* - interpretar já é aplicar.

Com Eros Grau, pode-se novamente dizer que:

O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado; a interpretação do direito consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação. Assim, existe uma equação entre interpretação e aplicação: não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a uma só operação. Interpretação e aplicação consubstanciam um processo unitário, superpondo-se.<sup>247</sup>

Assim, há um salto para além das separações metafísicas do tipo texto e norma, vigência e validade<sup>248</sup>, palavra e coisa etc., tratando unitariamente interpretação e aplicação. Do mesmo modo, não há também uma questão de Direito à espera de ser “acoplada” a uma questão de fato à moda dedutivista da hermenêutica clássica. Não existe uma autonomia entre questão de fato e questão de Direito. Por isso diz Gadamer, o conhecimento do sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso jurídico concreto não são atos separados, mas um processo unitário<sup>249</sup>. De fato, o intérprete não se depara com o texto constitucional separado da realidade social e dos demais textos infraconstitucionais. Daí Castanheira Neves dizer, em seu “Metodologia Jurídica - Problemas fundamentais” que uma questão de direito é sempre uma questão de fato, e uma questão de fato, será sempre uma questão de direito.<sup>250</sup>

Tais constatações desmi(s)tificam conceitos tradicionais da metódica jurídica e abre caminho para uma hermenêutica de cunho produtivo, em que a interpretação da lei é uma tarefa eminentemente criativa. Sem dúvida, com Heidegger e Gadamer

<sup>247</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 31.

<sup>248</sup> Conforme já observado, a investigação em tela trabalha com a diferenciação entre texto e norma e entre vigência e validade. Porém, esta diferenciação não é metafísica. Esta afirmação faz toda a diferença no momento em que não se postula a existência metafisicamente autônoma do texto em relação à norma ou da vigência da lei em relação à sua validade. Que tal diferença existe é evidente. Todavia, esta diferença é ontológica, vale dizer uma realidade não está desvinculada da outra, não existe sem a outra. Como o ser é sempre ser de um ente, a norma é sempre norma de um texto e a vigência de uma lei é sempre vigência de uma lei válida!

<sup>249</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II: complementos e índices**. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 463.

<sup>250</sup> NEVES, António Castanheira. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 1993. Acrescenta-se, ainda, as lições de Eros Grau: “Sendo concomitantemente aplicação do direito, a interpretação deve ser entendida como produção prática do direito, precisamente como a toma Friedrich Müller: não existe um terreno composto de elementos normativos (= direito), de um lado, e de elementos reais ou empíricos (= realidade), do outro. [...] a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos colhidos no texto normativo (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será aplicada, isto é, a partir de dados da realidade (mundo do ser)”. GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 31.

há um rompimento com a possibilidade de saberes reprodutivos e, principalmente a partir desse último, fica claro que interpretar uma lei passa a ser uma atividade criativa de atribuição de sentido (e não de reprodução do sentido unívoco presente no texto normativo).

No plano destas observações é preciso ainda analisar o universo da diferenciação ontológica entre *texto* e *norma* e entre *vigência* e *validade*, no intuito de possibilitar que a interpretação conforme a Constituição seja vista através de um prisma que torne nítida sua função corretiva e integradora do ordenamento jurídico, o que será feito no item que segue.

#### 4.1.1.3 A superação das equiparações e ou separações metafísicas a partir da diferenciação ontológica (Heidegger/Streck): o exemplo paradigmático da distinção entre texto e norma e entre vigência e validade

Foi ressaltado que a tradição metafísica da filosofia da consciência, a qual permeia a hermenêutica jurídica clássica, entulha de diferenciações ou equiparações dualísticas a dogmática jurídica. Esse tipo de dualismo equipara ser e ente, objetificando o sentido das categorias diferenciadas. A título ilustrativo é possível elencar a separação entre prática e teoria<sup>251</sup> (sufragada no próprio ensino jurídico); Questão de fato e questão de direito; vigência e validade. Isso se dá na contramão

---

<sup>251</sup> A ressalva, aqui, é inevitável. Com efeito, em sendo o Direito uma ciência eminentemente teórica (a atividade do jurista é essencialmente teórica, pois voltada para prática de um conjunto de atos descrito nos textos normativos) a concepção de dois mundos separados: um mundo da prática, definido como o plano em que se desenvolvem efetivamente as atividades jurídicas; e outro da teoria, como sendo o “lugar” da definição legal, a forma como é traçada nos códigos as atividades a serem desempenhadas pelos operadores do direito, etc. leva ao equívoco muitas vezes despercebido de se conceber e admitir uma metateoria; ou seja, uma regulamentação teórica à margem da já existente. Assim, quando um professor de direito, ou um profissional do mundo jurídico se vale de expressões do tipo “na prática é diferente” (assim se referindo ao fato de que muitas vezes a Constituição não é cumprida pelos agentes do Poder Público; ou porque a atividade das polícias não é exatamente correspondente ao que prescreve as Garantias Constitucionais pertinentes e ao próprio Código de Processo Penal; ou até porque a práxis forense destoa das prescrições do Código de Processo Civil) o que se está a afirmar e admitir é uma inconstitucionalidade ou uma ilegalidade institucionalizada, porque tolerada pelos atores sociais que têm a precípua função de combatê-las. E mais, é impossível pensar em teoria e prática de modo estanque porque, aquilo que se tem como “diferente” no mundo da “prática”, exige uma teoria para sua execução, ainda que não seja a teoria institucionalizada (oficial). É certo que há uma atividade prática dos juristas/operadores do direito que leva em conta a atividade forense de cada área/carreira jurídica. Assim, refere-se à “prática” quando se tem em mente qual o tipo de ação cabível para remediar uma lesão a um direito fundamental, qual o procedimento a ser seguido e qual o órgão competente para decidir sobre tal ato. Todavia, também neste caso é preciso ter em mente o universo da diferenciação ontológica. Com efeito, essa atividade “prática” será sempre a prática de uma teoria. Não é admissível que, a pretexto de que “na prática é diferente” se aceite desvios no procedimento ou no não reconhecimento de um direito.

de uma hermenêutica jurídica trabalhada no paradigma heideggeriano-gadameriano, pois esta perspectiva rejeita de plano os dualismos metafísicos próprios das objetificações da realidade a partir de uma consciência assujeitadora do mundo. Com efeito, uma hermenêutica jurídica embasada no paradigma fenomenológico é existência, é faticidade. É preciso, então, ter em mente que a linguagem é tirada da margem e trazida para o centro da investigação filosófico-científica. A linguagem constitui mundo, é condição de possibilidade; não é algo que se encontra à disposição do intérprete. Ao contrário, é o intérprete que depende da linguagem; é dizer, o intérprete pertence à linguisticidade do mundo.

No plano hermenêutico, como já relatado em linhas anteriores, a dogmática jurídica (mesmo setores ligados ao pensamento jurídico crítico) historicamente equipara *texto* e *norma* de forma que a doutrina e a jurisprudência passam a ideia de que o texto “carrega” o sentido da norma, assim como se na vigência do texto já estivesse contida a validade da norma. Essa pregação ahistórica e atemporal cai numa espécie de *fetichismo* da lei (o sentido está desde-sempre impregnado no texto da lei) e ignora o universo da diferenciação ontológica, bem como as condições de tempo e espaço que condicionam a interpretação.

No entanto, o texto não pode ser equiparado à norma. Assim demonstra Friedrich Müller em seu “Métodos de trabalho de Direito Constitucional” quando diz que a norma é sempre produto da interpretação de um texto.<sup>252</sup>

Nesse sentido, também Eros Grau diz:

O direito é alográfico. E alográfico é porque o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A ‘completude’ do texto somente é atingida quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete.<sup>253</sup>

Para Grau, portanto, o texto é a potência do qual a norma é o ato, e esta diferença se dá porque

o “sentido expressado pelo texto” já é algo novo, distinto do texto. É a norma. As normas resultam da interpretação, que se pode descrever como um processo intelectualivo através do qual, partindo de fórmulas lingüísticas

<sup>252</sup> MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

<sup>253</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 26

contidas nos textos, enunciados, preceitos, disposições, alcançamos a determinação de um conteúdo normativo.<sup>254</sup>

Isto quer dizer: o mesmo texto pode dar azo a diferentes normas. Exemplificando, basta lembrar do texto da Constituição norte-americana que na década de 50 produziu uma norma que legitimava a prática do racismo, décadas após oportuniza o surgimento de outra norma, com sentido diametralmente oposto, dando pela inconstitucionalidade da discriminação racial. Neste sentido, basta lembrar Heidegger e a temporalidade que condiciona o sentido do ser (o *Ser* é interpretado numa condição de *tempo*).

Todavia, a aceitação dessa diferença entre as categorias *texto* e *norma* não significa que haja uma independência entre ambas. Isto seria cair, novamente, na malha da metafísica. Texto e norma não existem separados um do outro. A diferenciação aqui levantada é ontológica, no mesmo sentido que Heidegger coloca em relação à questão do ser. Isto quer dizer que, da mesma forma que não há ser sem ente, também não há norma sem texto.

Esclarecendo a questão, Lenio Streck assevera:

Quando quero dizer que a norma é sempre o resultado da interpretação de um texto, quero dizer que estou falando do sentido que este texto vem a assumir no processo compreensivo. *A norma de que falo é o sentido do ser do ente (texto)*. O texto só ex-surge na sua “normação”.<sup>255</sup>

Ou seja, o ser (sentido) do texto, não significa outro ente, disperso e desacoplado do primeiro. É produto hermenêutico de seu sentido situado histórico e temporalmente (novamente: *ser e tempo*). Porém, insista-se, a norma é sempre norma de um texto. Diferença há, mas texto e norma não existem separados, autonomamente. Sempre que o intérprete produz a norma (ser) ele o faz tendo em vista o texto (ente). O mesmo vale para a dicotomia *vigência/validade*.<sup>256</sup>

<sup>254</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 26.

<sup>255</sup> STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 278.

<sup>256</sup> É preciso salientar que aqui se trabalha as noções de vigência e validade segundo uma perspectiva garantista que não se confunde com a ideia positivista que identifica validade com existência jurídica. Neste sentido, tem-se o que escreve Sérgio Cademartori: “Para muitos dos mais reputados autores, a noção de validade corresponde a uma noção simplificada oriunda da tradição positivista que a identifica com sua existência jurídica, ou seja, como produto de procedimento previsto em norma superior. Mas esse arcabouço conceitual não leva em conta o fato de que o moderno Estado constitucional de Direito incorporou diversos princípios ético-políticos a seus estatutos fundamentais, os quais determinam valorações ético-políticas e de justiça das normas por ele e nele produzidas, agindo como critérios de

Por certo, no interior de um Estado Democrático de Direito já não se admite a equiparação da validade à mera vigência de uma lei. Isso porque uma norma pode ser vigente pelo simples fato de existir despida de vícios formais; emanada ou promulgada pelo sujeito ou órgão competente, de acordo com o procedimento prescrito na Constituição. Por outro lado, uma norma é válida apenas quando está imunizada contra vícios materiais; isto é, não está em contradição substancial com a Constituição.

Dessa forma, uma lei pode ser vigente, porém inválida. E pode na medida em que é possível que a lei tenha sido votada, sancionada e promulgada segundo estabelece as disposições constitucionais pertinentes ao processo legislativo. Porém, será invalidada se, a despeito de tudo isso, contrariar, *v.g.*, um direito fundamental, seja ele individual, social, econômico etc.

Também aqui não é possível equiparar estas duas categorias que, na medida do que foi dito em relação ao texto e a norma, devem ser pensadas a partir da diferenciação ontológica.

#### 4.1.2 Analítica e Hermenêutica

Tudo isso se deu porque toda filosofia contemporânea se assenta numa revolução que concentra na linguagem todos os seus esforços reflexivos. Esse movimento é conhecido como *linguistic turn* (giro-lingüístico).<sup>257</sup> Na verdade, com

---

legitimidade ou ilegitimidade não mais externos ou jusnaturalistas, mas agora internos ou positivistas. [...] Se uma norma entrar em vigor respeitando os procedimentos previstos para sua criação, mas não os conteúdos previstos nesses parâmetros supracitados (os Direitos Fundamentais, por exemplo), à obviada, ela existirá até ser declarada sua inconstitucionalidade pela corte competente. Ou seja, ela será válida (a terminologia positivista tradicional) até que o referido tribunal declare que ela é inválida. Então, para evitar tais confusões, o garantismo propõe uma redefinição das categorias tradicionais, passando a entender como vigentes (ou de validade meramente formal) as normas postas pelo legislador ordinário em conformidade com os procedimentos previstos em normas superiores, reservando a palavra validade à validade também substancial dos atos normativos inferiores". CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade: uma Abordagem Garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. pp. 77-78.

<sup>257</sup> Sobre o giro linguístico, ou reviravolta linguística, afirma Manfredo Araújo de Oliveira: "Pouco a pouco se tornou claro que se tratava, no caso da 'reviravolta linguística' (linguistic turn) de um novo paradigma para a filosofia enquanto tal, o que significa dizer que a linguagem passa de objeto da reflexão filosófica para a 'esfera dos fundamentos' de todo pensar, e a filosofia da linguagem passa a poder levantar a pretensão de ser a 'filosofia primeira' à altura do nível de consciência crítica de nossos dias" OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea**. 2 ed. São Paulo, Loyola, 2001. pp. 12-13. Também mencionamos o problema das teorias realistas e idealistas na compreensão da filosofia e sua superação pelo giro linguístico. Na verdade - e é importante compreender este fator - o idealismo moderno, principalmente em sua vertente kantiana que se chamará idealismo transcendental, já representa a superação de uma representação

Lenio Streck, pode-se falar em um giro ontológico linguístico: primeiro a viragem da reflexão em direção ao caráter radicalmente linguístico do pensamento; depois o deslocamento ontológico realizado por Heidegger em sua analítica existencial.<sup>258</sup> A partir de então, a filosofia apercebeu-se de que é impossível chegar aos objetos *diretamente*. O acesso ao objeto - independente do que se entenda por objeto, seja ele um elemento químico, uma ação humana, uma lei ou um julgado - se dá a partir de um *médium* universal: a linguagem. Ter acesso às coisas e chegar a conhecê-las acontece porque se tem palavras para mencioná-las.

É possível dizer que todo pensamento desenvolvido no século XX teve, como grande mote, o problema da linguagem e seu inevitável papel no processo de conhecimento no qual está envolvido o ser humano.

Diante do problema da linguagem, é possível determinar dois grandes grupos que englobam diversas posições acerca da tarefa da filosofia e de seu papel no processo de conhecimento: *a)* um analítico; *b)* um continental.<sup>259</sup>

ingênua do mundo presente nas posturas realistas que procuravam pensá-lo como algo dado cujo trabalho do pensamento era apurar as essências dessa informação. Isso faz com que alguns autores denominem este período da Filosofia como Metafísica Objetivista, porque é orientada por objetos). O idealismo de Kant supera esta concepção na medida em que problematiza decisivamente o papel do sujeito na atividade cognoscente (Como contraponto ao objetivismo, fala-se aqui em Metafísica Subjetivista, por que coloca em jogo o papel do sujeito sob o prisma da subjetividade que se afirma a partir de Descartes). No entanto, em ambas as hipóteses, há uma vala entre o sujeito que conhece e o objeto que é conhecido. O problema que se instaura e permanece aberto é encontrar uma ponte entre consciência e mundo. Já em Hegel o problema se terá por solucionado a partir do chamado idealismo absoluto cuja característica central é tomar como objeto do pensamento o próprio pensamento na perspectiva de constituição de um sistema filosófico acabado. HEIDEGGER, Martin. A Tese de Kant Sobre o Ser. In: **Conferências e Escritos Filosóficos**. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 2005. HEIDEGGER, Martin. A Constituição Onto-Teo-Lógica da Metafísica. In: **Conferências e Escritos Filosóficos**. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 2005. De todo modo, o que precisa ficar claro que é o giro linguístico representa uma transformação decisiva em relação aos dois paradigmas filosóficos anteriores. A indicação de um vínculo indissolúvel entre pensamento e linguagem propicia uma nova leitura da história da filosofia e abre um novo horizonte para a reflexão filosófica. Por certo que, a linha de frente é o combate à subjetividade presente nas teorias idealistas. Isto fica claro em Gadamer quando assevera: "Quem pensa a 'linguagem' já se movimenta para além da subjetividade". GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em Retrospectiva**. Vol. I. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 27.

<sup>258</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. pp. 14-16.

<sup>259</sup> D'AGOSTINI, Franca. **Analíticos e Continentais**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003. pp. 175 e segs. A referência a esta obra não é aleatória ou casual. A autora desenvolve nela um guia enciclopédico de toda Filosofia produzida nos últimos trinta anos, procurando pontuar as principais diferenças e divergências entre os modos de fazer Filosofia: *a)* Analítico - mais próximo aos autores da tradição anglo-saxã; e *b)* continental - que se expressa principalmente nos filósofos oriundos da Europa continental. Existem pontos de convergência que em algum momento aproximam as duas tradições que se dá nos temas da superação da metafísica e da colocação da reflexão filosófica no âmbito da linguagem de modo a não admitir mais a dissociação entre pensamento e linguagem (movimento conhecido como linguistic turn - giro linguístico). Contudo, cada uma delas apontará caminhos diferentes tanto no que atina à questão da linguagem, ou ao papel da Filosofia em

O grupo analítico, mais próximo à tradição filosófica anglo-saxônica (Estados Unidos e Inglaterra), pode também ser mencionado como *semântico*, tendo em vista a estrutura da reflexão por eles desenvolvida. Superada a ideia da pura *sintática* - no interior da qual acreditava-se que os signos linguísticos e as palavras produziam um sentido unívoco, independente do contexto em que era utilizada - a analítica ou semântica, reconhece a polissemia dos significados produzidos pela linguagem, mas acredita que essa polissemia pode ser reduzida por uma espécie de terapia conceitual, que tem lugar na própria estrutura lógica do enunciado linguístico (sujeito + predicado). Ou seja, é possível determinar a “pureza” linguística dos enunciados a partir de sua análise lógica, mas tendo em conta seu uso denotativo.

Já o grupo continental, que recebe esse nome porque as posições filosóficas desenvolvidas no seu bojo são provenientes - em grande maioria - da Europa *continental*, possuiu um modo de pensar a linguagem bem diferente. É no interior da chamada *filosofia continental* que está situada a *hermenêutica*. Pode-se dizer que ela é a corrente filosófica de maior privilégio nesse contexto. Para a hermenêutica, o papel e a tarefa da filosofia vai muito além da mera análise lógica dos enunciados linguísticos. Embora não desconsidere a importância da enunciação lógica, a hermenêutica procura apontar para uma dimensão mais profunda que a linguagem humana comporta. Ou seja, a hermenêutica toma por fundamento o fato de que a linguagem nos remete tanto para além dela mesma como para além da expressividade que ela apresenta. Não se esgota no que diz, ou seja, no que nela vem à fala<sup>260</sup>. Isso significa que para a hermenêutica a linguagem não está em jogo apenas em seu aspecto *teórico*, mas também no seu sentido *prático*: o que é significado pela linguagem aparece a partir dos contextos históricos-concretos a partir do qual estão envolvidos o sujeito que conhece e o objeto que é conhecido.

Assim, o ponto convergente que faz encontrar a *analítica* e a *hermenêutica* é o *giro-linguístico*. Todavia, entre elas há diferenças consideráveis quando abordam a questão do fundamento e o papel da história, e o problema da relação sujeito-objeto. Essas diferenças apareceram com clareza no decorrer do curso.

No momento, é importante ter claro que, atualmente, quando se fala em Teoria do Direito, é inevitável que se faça uma opção: ou somos analíticos ou somos

---

relação à linguagem, quanto em relação à superação da metafísica. Este curso se aproxima e acompanha a tradição que D'agostini chama de continental.

<sup>260</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**: complementos e índices. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 209.

hermenêutas - não há meio termo possível nessa questão.

Porém, se é certa essa afirmação, também é certo que uma volta para trás do *linguistic turn* não é possível. Como afirma Castanheira Neves:

O direito é linguagem, e terá de ser considerado em tudo e por tudo como uma linguagem. O que quer que seja e como quer que seja, o que quer que ele se proponha e como quer que nos toque, o direito é-o numa linguagem e como linguagem - propõe-se sê-lo numa linguagem (nas significações linguísticas em que se constitui e exprime) e atinge-nos através dessa linguagem, que é.<sup>261</sup>

A opção - paradigmática - entre *analítica* e *hermenêutica* deverá ficar clara no decorrer deste curso. Para a perspectiva deste trabalho, o direito se apresenta como uma experiência exemplar onde o elemento hermenêutico acontece. No direito, o caráter sintomático da linguagem - que aparece em todas as teorias hermenêuticas - fica claro no momento em que, como juristas, nunca é possível mencionar totalmente, de forma transparente, o que se deseja - algo sempre escapa.

Nesse sentido, são as palavras de Emílio Betti: o encontro do intérprete com o texto da lei nunca é um contato direto que prescindia da mediação de elos intermediários.<sup>262</sup>

#### 4.1.3 Tipicidade Hermenêutica

Neste trabalho pretende-se demonstrar como a tipicidade se reveste de um caráter hermenêutico. Ela é, vale dizer, uma experiência interpretativa, sendo possível se falar em uma *tipicidade hermenêutica*.

De se consignar que este aparente óbvio não é percebido pela teoria do direito penal predominante. Assentada na analítica, a teoria predominante do direito penal continua atrelada aos parâmetros da lógica e daquilo que pode ser considerado, tradicionalmente, como filosofia analítica.

Na verdade, a própria teoria analítica do crime é exemplo disso, na medida em que estrutura o crime em três etapas que se querem superadas - passa-a-passo - pelo intérprete. Vale dizer, tal qual na filosofia analítica (pode ser citado como

<sup>261</sup> NEVES, António Castanheira. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 90.

<sup>262</sup> BETTI, Emilio. **Interpretação da Lei e dos Atos Jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. CIV.

exemplo o primeiro Wittgenstein, para quem a filosofia possuía uma função terapêutica, que, quando atingia os resultados pretendidos, poderia ser deixada de lado), a análise conceitual-penal utiliza cada uma dessas fases conceituais como uma escada, que, depois de utilizada, pode simplesmente ser descartada pelo intérprete.

Ademais, o modo como se lida tradicionalmente com o direito penal implica certa crença na transparência do sentido. Como afirma Lenio Streck, acredita-se - tal qual se acreditava ao tempo da metafísica clássica - que o intérprete tem acesso direto ao sentido do tipo penal. Há uma espécie de essência a ser exalada pelo tipo que torna não problemático o seu conteúdo, salvo nas hipóteses de falhas na “comunicação” linguística, vinculada pela redação do tipo penal.

Por tudo o que foi dito acima, está claro que esse acesso é sempre mediado por algo que demanda interpretação. Acesso direto aos conteúdos do tipo ou, até mesmo, dos fatos descritos como criminosos e objeto de prova no processo penal, simplesmente não existe. Eles precisam, necessariamente, serem compreendidos e interpretados.

O ponto principal da tese que aqui se encaminha procura pensar essa radicalidade interpretativa a partir de uma retomada do conceito de tipicidade, de modo a incluir nele esse elemento interpretativo. No lugar de estratégias analíticas que não são capazes de segurar efetivamente o intérprete (haja vista toda complexidade do fenômeno hermenêutico, descrita acima), é preciso encontrar um outro caminho, capaz de tornar mais efetiva a aderência do intérprete à legalidade penal (que, convém sempre ressaltar, desde logo, deve ser pensada como uma legalidade constitucional, no sentido que lhe dá Elías Díaz).

Assim, esse modo de “segurar” o intérprete, oferecendo-lhe anteparos interpretativos é aqui pensado a partir da Teoria da Decisão, descrita por Lenio Streck em sua Crítica Hermenêutica do Direito. Se a interpretação não pode ser segurada por recursos simplesmente analíticos, não se pode, em contrapartida, acreditar que qualquer interpretação serve. A teoria da decisão visa, então, a demonstrar como é possível pensar em respostas adequadas aos problemas penais e que, em sua solução, eles apareçam acordes com o nosso modelo constitucional.

Trata-se, portanto, de um trabalho que se apresenta, concomitantemente, como uma crítica à visão tradicional da tipicidade e oferece uma resposta à chamada crise da legalidade que, olhada desde a perspectiva do direito penal, pode

causar sérios problemas democráticos.

Desse modo, é importante passarmos ainda em revista o modo como essa teoria da decisão pode ser aproximada do direito penal. Em um primeiro momento, é preciso saber, ainda, de que modo a filosofia está inserida nessa seara discursiva.

#### 4.2 A FILOSOFIA NO DIREITO (STRECK) E A SUA PROJEÇÃO NO CAMPO PENAL

Como já referido na introdução deste trabalho, seu objetivo é desempenhar um estudo crítico acerca da tipicidade, que se articule através de uma (necessária) aproximação entre filosofia e direito. Contudo, perceber este caminho como indispensável para a construção de um posicionamento crítico sobre o tema não significa simplesmente realizar “interpretações filosóficas” do direito. Isto é, não se trata de instrumentalizar o pensamento filosófico para a resolução de problemas jurídicos, mas do reconhecimento de que as grandes discussões no âmbito do direito não passam ao largo dos debates filosóficos que, ao longo dos anos, estruturaram e condicionaram o modo de compreender o mundo,<sup>263264</sup> sem que, com isso, confunda-se o discurso da filosofia com o do direito.

O discurso da filosofia e discurso do direito estão em níveis distintos. O discurso da filosofia é de outra ordem, está num outro nível, nem melhor, nem mais importante, mas diferente. O discurso da filosofia é sobre o mundo e o discurso do direito é feito no mundo, o que torna um equívoco transformar em discurso filosófico - ou entender como tal - o debate crítico-reflexivo sobre os temas que são caros para o direito, pois, no interior do direito, discute-se a solução dos problemas, ao passo que na filosofia são discutidos os problemas da solução.<sup>265</sup>

<sup>263</sup> HEIDEGGER, Martin. O Tempo da Imagem do Mundo. In: **Caminhos da floresta**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002. pp. 145 e segs.

<sup>264</sup> Na conferência Tempo e Ser, proferida em 1962 e que recebe o título da não publicada Terceira Seção da primeira parte de Ser e Tempo, o filósofo faz referência aos princípios epocais. Heidegger afirma que época se refere a uma espécie de retenção. Há uma retenção do Ser efetuada pelo próprio pensamento que permanece explorando o ente. Princípios epocais, portanto, nada tem a ver com um lapso de tempo na seqüências de fatos e pensamentos que compõem a história da Metafísica. Deriva da palavra grega epoché que significa reter-se. Assim, epocal diz aqui “um traço fundamental do destinar, a constante retenção de si mesmo em favor da possibilidade de perceber o dom, isto é, o ser em vista da fundamentação do ente” (Grifou-se). HEIDEGGER, Martin. **Tempo e Ser**. Conferencias e Escritos Filosóficos. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 2005. pp. 256-257. Quanto a questão do destino do ser, voltaremos a tratar adiante.

<sup>265</sup> STEIN, Ernildo. **Exercícios de Fenomenologia**: limites de um paradigma. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. p. 151 e segs.

Nesta linha, Ernildo Stein adverte para a necessidade de distinguir o discurso filosófico do discurso científico, pois as ciências não tratam de si mesmas, mas de um objeto que é de alguma maneira exterior ao seu próprio discurso, ou seja, falam de dentro do próprio mundo. As ciências, portanto, não podem falar sobre o mundo, na medida em que elas se dão dentro de um mundo, elas se movimentam ocupando-se de objetos dentro do mundo. Isto não acontece com a filosofia, que fala “desde uma perspectiva sobre o mundo”. A filosofia, entretanto, tem como tarefa fundamental desenvolver um discurso sobre a totalidade e essa totalidade é o mundo que envolve, como condição de possibilidade, todos os discursos científicos. A filosofia fala sobre o mundo e as ciências falam dentro do mundo.<sup>266</sup>

A questão chave, aqui, será determinar até que ponto a crise do discurso da ciência do direito (e neste particular entra a questão da legalidade penal) é reflexo da não assimilação pela teoria do direito da mudança paradigmática provocada pela viragem linguístico-pragmática representada pela *ontologia fundamental heideggeriana*. Nesse sentido, cumpre não olvidar o que assinala Ernildo Stein, quando afirma que, em geral, pedimos auxílio à filosofia mediante uma discussão epistemológica, na esperança de que ela seja capaz de nos orientar. Porém, em grande parte das discussões jurídicas, o recurso a uma filosofia terminou sendo incorporado ao próprio edifício jurídico, absolutizando, desse modo, uma filosofia, de tal sorte que essas aplicações da filosofia no direito ou são consideradas sempre um corpo estranho ou então são assimiladas como algo que é do próprio direito. O importante, para encontrar um caminho que não leve a esses impasses repetidos, é ter presente a necessidade de rever o modo como é pensada a filosofia como um corretivo para o positivismo e o dogmatismo no direito, ou seja, esta-se diante da alternativa de encontrar um modo de pensar a relação entre filosofia e direito a partir de uma nova dimensão ou permanecer na busca de um direito que se especializa para esconder o impasse de seu vazio.<sup>267</sup>

O autor afirma não ser possível falar de uma posição filosófica sem conhecer a história da filosofia, o que implica uma situação bastante incomum, mas verdadeira, dentro da qual, diante das inúmeras posições filosóficas, o ato de assumir uma posição será sempre feito na *diferença*. Além disso, não se escolhe um

---

<sup>266</sup> STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre Hermenêutica**. Porto Alegre: Edipucrs, 2004. pp. 10-11.

<sup>267</sup> STEIN, Ernildo. **Exercícios de Fenomenologia**: limites de um paradigma. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. pp. 153-154.

autor sem ser antes iniciado nele, já que nele se busca, invariavelmente, o que já se encontrou, ou seja, “para filosofar de verdade, é preciso já estar filosofando”.<sup>268</sup>

Escolher um autor, pois, significa já estar ciente de que com essa seleção se está abandonando convicções ingênuas sobre a realidade e o conhecimento, o que implica, portanto, assumir um nível diferente do conhecimento em geral. E para identificar nos textos a posição do autor é preciso ter uma ideia do que é determinante na posição filosófica (paradigma filosófico), de modo a ser possível uma identificação.

É muito importante perceber nesta aproximação que a linguagem filosófica nunca é a descrição de uma realidade, e que ela possui um espaço autônomo que se situa para além das diferenças estabelecidas pela representação ingênua do mundo. Por isso, ao buscar a aproximação com a filosofia, torna-se fundamental ter presente que a construção da linguagem filosófica de um autor ocorre mediante a utilização de expressões linguísticas vinculadas a certos pressupostos geralmente explícitos, que são os chamados *a priori*.

O *a priori* na filosofia não se esgota na linguagem, ou seja, ainda que se possa falar do *a priori*, ele, contudo, transcende a relação linguagem-mundo, não podendo ser reduzido simplesmente a um ponto de vista lógico (ou conceitual). Esse aspecto suscita muitas confusões, especialmente na hora em que, mesmo o *iniciado* pretende utilizar o discurso filosófico para amparar um raciocínio feito no campo das ciências, tomando o *a priori* como um objeto. Acontece que este *priori* deve ser tomado como um dado, e assim sendo, não é um objeto, mas *uma condição de possibilidade de se falar em objetos na Filosofia*.<sup>269</sup>

Com estes elementos, busca-se introduzir aquelas questões que especificam a posição de um filósofo, de modo a ficar explícita a afirmação de que estudar um filósofo *significa assumir o paradigma o qual gerou a sua linguagem e que sustenta as principais áreas que são próprias de sua Filosofia*. Conhecer um filósofo, portanto, significa ter alguma compreensão a respeito das expressões linguísticas próprias daquele pensador, o que significa *ter aprendido o uso que o filósofo faz quando fala do significado de uma palavra ou mesmo de um enunciado*. A ligação correta deste “uso” com o *a priori* demonstra ter sido assimilada uma determinada

<sup>268</sup> STEIN, Ernildo. **Exercícios de Fenomenologia**: limites de um paradigma. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. p. 123.

<sup>269</sup> STEIN, Ernildo. **Exercícios de Fenomenologia**: limites de um paradigma. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. p. 125.

posição filosófica.

A partir desta compreensão, surge o questionamento a respeito de qual relação é possível estabelecer entre um paradigma filosófico e o conhecimento empírico (ciência).

Antes de responder a pergunta, Ernildo Stein vai dizer que

essa relação não pode consistir na transferência da linguagem filosófica para o campo científico, assim como também não pode a correção da linguagem filosófica com o conhecimento científico.

Isso ocorre pelo fato de ser o discurso científico construído para resolver problemas, ao passo que o conhecimento filosófico busca dar resposta aos problemas da solução, que são atinentes ao problema do conhecimento, ou seja, na filosofia, o que se busca resolver é o problema do conhecimento.<sup>270</sup> O primeiro se dirige à solução de problemas e o outro à busca dos problemas da solução, o que acontece nas posições filosóficas determinadas a partir de um *a priori* ou de um *transcendental*.

Com esta percepção, este transcendental tomado como um *princípio organizador* pode exercer uma função *no* conhecimento científico. Há uma sutileza evidente nesse enfoque, ou seja, no sentido de não ser possível fazer simplesmente o transporte, puro e simples, da linguagem filosófica como se fosse possível ou adequada para a solução de problemas. É possível sim, que esse princípio organizador seja *considerado como um vetor da racionalidade científica*, desde que algum elemento de mediação faça a passagem ao campo empírico. A este vetor, Ernildo Stein dá o nome de *standard de racionalidade*, havendo, em nosso tempo, paradigmas filosóficos que se prestam mais plenamente, com seus *standards de racionalidade*, a auxiliarem a pensar a filosofia em relação ao conhecimento científico.

Deve-se reafirmar, aqui, portanto, que o método em filosofia não assume as mesmas características que possui na ciência, por se ter criado uma distância entre

---

<sup>270</sup> Stein refere que: “A filosofia, portanto, projeta a luz num horizonte em que as coisas tomam suas verdadeiras formas. O real, assim iluminado, é deixado para a ciência. Esta o manipula e opera sobre ele, sem jamais poder habitá-lo com seu sentido profundo (Merlau-Ponty). A filosofia não explicará, portanto, o mundo, o homem e Deus. Sua tarefa será estabelecer criticamente as condições de possibilidade de seu conhecimento e explicação. Um filósofo afirmará ou negará a existência de Deus, por exemplo, se puder, ou não, fixar as condições de possibilidade da afirmação da sua existência”. STEIN, Ernildo. **Uma breve introdução à filosofia**. Ijuí: UNIJUÍ, 2002. p. 25

o conhecimento filosófico e os outros tipos de conhecimento, pois, mesmo que conheça metodicamente, a filosofia não pode saber mais do que a ciência sabe.

Por isso Ernildo Stein vai dizer *que a filosofia não investiga mais ao modo dos outros procedimentos científicos*, pois ela constrói hipóteses, dentro de um paradigma, de como estabelecer um *standard* de racionalidade que possua um caráter de método filosófico específico.<sup>271</sup> O autor afasta a afirmação simplista de que o método constitui mero caminho, especialmente a partir da problemática transcendental, ou seja, não basta pensar no estabelecimento de procedimentos para fundamentar o conhecimento filosófico. Por isso, também afirma que *método e filosofia passam a se aproximar de tal maneira que, com relativo cuidado, pode-se dizer que a filosofia é uma questão de método*. O autor quer dizer, e diz, que *método e ocupação filosófica com standard de racionalidade de seu paradigma passam a coincidir*. Em palavras bem simples, pode-se dizer que o filósofo só sobrevive com o seu método, quando incorporado à sua Filosofia. Exatamente por isso que *uma posição filosófica toma seu verdadeiro contorno no contexto do método*.<sup>272</sup>

Essas considerações preliminares permitem a adequada aproximação entre filosofia e direito, sendo certo que, embora os discursos tenham lugares de fala diferentes, a filosofia introduz na ciência justamente algo a mais, ou seja, ciência e filosofia se juntam na discussão dos fundamentos da primeira.

No campo jurídico, interesse deste trabalho, a percepção dessas questões essenciais assume uma dimensão bastante significativa para a compreensão do grande nó que acaba sendo criado pela confusão entre solução dos problemas e problemas da solução, na medida em que a superposição desses dois aspectos torna o debate jurídico inacabável no exame de casos e cada vez mais retórico na definição do campo das razões.

Ora, por esta linha de pensamento, a presença da filosofia no direito é que deverá tornar explícita esta situação, mostrando o quanto o direito *se dilui num superfatualismo, numa sucessão de respostas historicistas ou numa analiticidade esterilizadora*.<sup>273</sup> Qualquer campo teórico do direito poderá esperar respostas

---

<sup>271</sup> STEIN, Ernildo. **Uma breve introdução à filosofia**. Ijuí: UNIJUÍ, 2002.

<sup>272</sup> STEIN, Ernildo. **Exercícios de Fenomenologia: limites de um paradigma**. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. pp. 128-134.

<sup>273</sup> Stein vai dizer, nesse particular, que: "Há uma tendência danosa e onipresente nas Filosofias do Direito que constroem novas Filosofias, fazendo dos Filósofos do Direito autores exclusivos de uma certa linha teórica ou representantes de pseudofilosofias construídas com recursos imanentes ao

importantes de um *standard* de racionalidade filosófico, *desde que haja vinculação com o paradigma que lhe dá sustento no método e na argumentação*. Desde que não confunda a busca de solução de problemas com a questão dos problemas das soluções, os paradigmas filosóficos *possuem um poder de sobrevida* maior do que os paradigmas das ciências ou, com outras palavras, quando o direito esgota suas possibilidades de resolução dos problemas, a filosofia passa a agir com sua presença na articulação de novos modelos teóricos no Direito.<sup>274</sup>

Desse modo, o encontro entre a Filosofia e o Direito pressupõe a atenção para não caminhar na busca de uma filosofia da ciência, mas sim, estudar a presença da filosofia *no* conhecimento científico, ou seja, é preciso haver clareza no papel que o conhecimento filosófico pode/deve desempenhar no seu encontro com o conhecimento empírico.

Desde logo, diga-se que não resta dúvida quanto à possibilidade do encontro e do encadeamento desses dois níveis do pensamento. Apenas deve-se deixar claro que está presente neste texto, quanto à função da filosofia no encontro com o direito, a ideia de uma junção que é feita para resolver os *problemas das soluções* enfrentados no direito a partir da filosofia.

Mas, de que forma é possível aproximar essa discussão do modo como se trabalha cotidianamente com o Direito Penal?

Como já referido, a discussão sobre a legalidade penal implica a percepção de que a caracterização típica traz como elemento nuclear uma questão hermenêutica (interpretativa), então, está-se reconhecendo a importância do papel da linguagem para o direito. Nesse sentido, o século XX proporcionou uma importante transformação no âmbito da filosofia: com o que ficou conhecido como viragem linguística (giro linguístico, na expressão de Rorty, guinada linguística, na expressão de Habermas, ou, ainda, reviravolta linguística, na acepção de Manoel de Oliveira), a linguagem passa a assumir um papel estratégico, constitutivo de todo e qualquer saber humano. Ou seja, a partir disso há o reconhecimento de que é

---

discurso jurídico". STEIN, Ernildo. **Exercícios de Fenomenologia**: limites de um paradigma. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. p. 136.

<sup>274</sup> Aqui, Stein observa a importância de não procedermos a um rearranjo de filósofos ou filosofias para salvar modelos teóricos em extinção, ao mesmo tempo em que é fundamental entender que o conhecimento filosófico envelhecido ou obsoleto não torna inútil ou desprezível as ideias produzidas naquele contexto; tais ideias ficam como camadas históricas e podem, muitas vezes, ser usadas no contexto de novos paradigmas; desde que não haja troca de filósofos no mesmo contexto paradigmático. STEIN, Ernildo. **Exercícios de Fenomenologia**: limites de um paradigma. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. p. 138.

impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem,<sup>275</sup> o que é impulsionado por três frentes, segundo Lenio Streck.

Primeiro, pelo que ficou conhecido como neopositivismo lógico ou empirismo lógico (Círculo de Viena da década de 20), com a afirmação de que o conhecimento pode ser obstaculizado por certas perplexidades de natureza estritamente linguística, o que levaria ao reconhecimento de que a missão mais importante da filosofia deve realizar-se à margem das especulações metafísicas, numa busca de questionamentos estritamente lingüísticos. Aqui, o rigor discursivo passa ser o paradigma da ciência. A segunda frente destacada por ele está relacionada com a filosofia de Wittgenstein (na “segunda fase”), especialmente a partir da obra *Investigações Filosóficas*, que constitui uma ruptura com as concepções do *Tractatus*, que os neopositivistas elegeram como suporte de sua teoria. Para aquele filósofo, sendo a linguagem uma cópia do mundo, o decisivo é a estrutura ontológica do mundo que a linguagem deve anunciar. Por isso ele vai afirmar que partir das *Investigações*, Wittgenstein coloca-se ao lado de Heidegger, na crítica contra a “filosofia da subjetividade (filosofia da consciência)”, partindo da ideia de que não existe um mundo em si, que independa da linguagem; somente se chega ao mundo na linguagem. Por fim, a terceira frente acontece com o “desenvolvimento da filosofia da linguagem ordinária”, que rompe com o neopositivismo a partir da valoração à tríade sintaxe, semântica e pragmática, pois, se este privilegiava a sintaxe e a semântica, aquela passa a valorar com maior ênfase a pragmática.<sup>276</sup>

A partir daí, acontece a generalização do giro linguístico, quando o filosofar é colocado sobre uma base metódica mais segura e liberto das aporias das teorias da consciência (Habermas). Lenio Streck, citando Blanco, assinala que o giro linguístico generalizou-se no conjunto das demais tradições filosóficas deste século, propiciando, desse modo, conceituar (e localizar) o movimento que se tem produzido na filosofia nos últimos anos, para o qual o tema da linguagem se põe como tema de reflexão comum às diferentes tradições de pensamento, tendo tido impacto dentro do campo de algumas ciências humanas e sociais.<sup>277</sup>

Resumindo o quadro apresentado por Blanco, na obra de Lenio Streck, tem-

<sup>275</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea**. 2 ed. São Paulo, Loyola, 2001. p. 20.

<sup>276</sup> STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. pp. 213 e ss.

<sup>277</sup> STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 178.

se que: a) o conhecimento ocorre na linguagem; b) é na linguagem que há a surgência no mundo; c) é na linguagem que o sujeito surge-aparece-ocorre; d) é na linguagem que ocorre a ação; e) é na linguagem que se dá o sentido.<sup>278</sup>

Diante desse encaminhamento, entra em questão a colocação da hermenêutica (e, assim, da linguagem) como o estabelecimento das condições do mundo. Nesta linha, a filosofia hermenêutica (de Martin Heidegger), a partir da ontologia fundamental, que privilegiou a linguagem como condição de ser no mundo, e da ideia de que o horizonte do sentido é dado pela compreensão,<sup>279</sup> assim como a hermenêutica filosófica (de Hans-Georg Gadamer), com a noção de interpretação e aplicação como um ato unitário,<sup>280</sup> possibilitam uma nova perspectiva para a hermenêutica jurídica.

Streck aponta para a importância de Heidegger e Gadamer, afirmando que, se Schleiermacher havia liberado a hermenêutica de suas amarras com a leitura bíblica, e Dilthey, da dependência das ciências naturais, Gadamer pretende liberar a hermenêutica da alienação estética e histórica, para estudá-la em seu elemento puro de experiência da existência humana. E Heidegger será o corifeu dessa postura que se caracterizará por explicar a compreensão como forma de definir o *Dasein* (ser-aí).<sup>281</sup>

Ernildo Stein, por seu turno, destaca três grandes livros que revolucionaram a Filosofia nos anos 20 do século passado e impulsionaram as obras posteriores na Europa: *Tractatus lógico-philosophicus* (1921), de Wittgenstein, que propõe suprimir

<sup>278</sup> STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

<sup>279</sup> Como afirma Heidegger, já no parágrafo primeiro de sua obra: El “ser” es un concepto evidente por sí mismo. En todo conocimiento, en todo enunciado, en todo comportamiento respecto de un ente, en todo comportarse respecto de sí mismo, se hace uso del “ser”, y esta expresión resulta comprensible “sin más”. Cualquiera comprende: “el cielo es azul”; “soy feliz”, y otras cosas semejantes. Sin embargo, esta comprensibilidad de término medio no hace más que demostrar una incomprendibilidad. Esta incomprendibilidad pone de manifiesto que en todo comportarse y habérselas respecto del ente en cuanto ente, subyace a priori un enigma. El hecho de que ya siempre vivamos en una comprensión del ser y que, al mismo tiempo, el sentido del ser esté envuelto en oscuridad, demuestra la principal necesidad de repetir la pregunta por el sentido del “ser”. HEIDEGGER, Martin. **Ser y Tiempo**. Traducción, prólogo y notas de Jorge Eduardo Rivera Edición digital. Disponible em: <<http://espanol.free-ebooks.net/ebook/Ser-y-el-Tiempo/html/15>>. Acesso em: 15 ago. 2011. p. 15.

<sup>280</sup> Conforme afirma Gadamer: “La interpretación no es un acto complementario y posterior al de la comprensión, sino que comprender es siempre interpretar, y en consecuencia la interpretación es la forma explícita de la comprensión. [...] En este sentido nos vemos obligado a dar un paso más allá de la hermenéutica romántica considerando como un proceso unitario no sólo el de comprensión y interpretación, sino también el de la aplicación. [...] la aplicación es un momento del proceso hermenéutico tan esencial y integral como la comprensión y la interpretación”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método**. 12. ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 2007. pp. 378-379.

<sup>281</sup> STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 248.

a teoria do conhecimento (neokantismo), por não ser mais do que “uma filosofia da psicologia”; *História e Consciência de Classes* (1923), de Lukács, com marcas inconfundíveis de Marx e Weber, tentando recuperar o sujeito no marxismo por meio de Hegel, desenvolvendo a teoria da reificação; e *Ser e tempo* (1927), de Heidegger, com as influências contemporâneas de Kierkegaard, Dilthey, Lask, Brentano, Kant e Hegel, além de toda a tradição metafísica de Aristóteles, Descartes, Kant e Hegel, com a pretensão exatamente de “destruir” (revisar) esta tradição por meio da sua “hermenêutica da faticidade”, de seu novo conceito de tempo. Para Ernildo Stein, entretanto, há uma posição singular de *Ser e Tempo* em relação às duas outras obras, o que se expressa no fato de haver uma verdadeira e significativa mudança de paradigma na filosofia.<sup>282</sup> Todas as filosofias que se desenvolviam no mesmo horizonte histórico de Heidegger, de uma forma ou de outra, se ocuparam com os problemas levantados desde Platão a Aristóteles. O filósofo, no entanto, dera um passo a mais do que todos os seus contemporâneos.<sup>283</sup>

O autor retrata o estado da arte da crise da filosofia até Heidegger: ocorria com a filosofia o que conta a anedota do senhor que sai às 11 horas da noite para passear com seu cachorro na praça e perde as chaves. Só há um poste de luz e ele começa a procurar as chaves ali, nas luzes. Passa um outro solitário da noite e pergunta: O que o senhor está procurando? Estou procurando as chaves. O senhor sabe que as perdeu aqui? Não, não sei se as perdi aqui, mas, aqui tem luz, responde o senhor. A investigação se fazia sempre assim. Não se investigava no escuro. Só se investigava a partir de parâmetros previamente estabelecidos. Foi esse o estranhamento que, de certo modo, a tradição produziu na filosofia. O indivíduo na reflexão filosófica perdia-se em campos em que talvez não rendesse nada - mais ele estava procurando.<sup>284</sup>

Conforme Ernildo Stein, muito mais do que uma simples obra ou um tratado de filosofia, o que se gestava nos anos 20, era uma virada paradigmática na filosofia, a inauguração de um novo paradigma. E refere: em *Ser e Tempo* se concentrou um conjunto de questões, um método, um estilo de argumentação, um modo de resolver problemas, uma crítica a estilos de filosofar concorrenciais, que podem ser apresentados como características de paradigma filosófico com

<sup>282</sup> STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre 'ser e tempo'**. Petrópolis: Vozes, 1988. pp. 15-16.

<sup>283</sup> STEIN, Ernildo. **Diferença e metafísica**: ensaios sobre a desconstrução. Ijuí: Ed. Unijuí, 2008. p. 44.

<sup>284</sup> STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre Hermenêutica**. Porto Alegre: Edipucrs, 2004. pp. 42-43.

contornos bastante definidos e independentes.

Certamente o esforço empreendido por Heidegger ao estudo da filosofia grega, especialmente Aristóteles, ao pensamento medieval e aos filósofos da modernidade, a partir de um olhar fenomenológico, demonstra que talvez não tenha sido tão simples e direto o caminho para a questão do sentido do ser que marcou sua grandiosa obra.<sup>285</sup>

Rüdiger Safranski afirma que Heidegger vem de longe, considerando sua investigação em relação ao pensamento dos longínquos Heráclito, Platão e Kant, a quem tratou como se fossem contemporâneos. Surpreendentemente, foi um filósofo católico no princípio dos seus estudos, que, posteriormente, aceitou o desafio de encarar a modernidade. Diz Safranski que Heidegger desenvolveu a filosofia do *Dasein* (ser-aí) que existe sob um céu vazio e sob a força de um tempo o qual tudo devora, e que é dotado do talento de esboçar a sua própria vida. Uma filosofia a qual interpela o indivíduo em sua liberdade e responsabilidade, e leva a morte a sério.<sup>286</sup>

Até Heidegger, todos os filósofos, cristãos ou não, movimentavam-se dentro de um horizonte de temas e linguagem filosóficos marcados pela *ontoteologia*.<sup>287</sup> Em nenhum desses filósofos, adverte Ernildo Stein, observou-se uma atitude consciente, buscando a libertação de cargas da tradição filosófica típicas da metafísica: Deus, causalidade, intuição-abstração, intelecto agente, finito-infinito, etc. A ideia-eixo do pensamento de Heidegger parte do homem e o toma como único pressuposto, expurgando os elementos heterônomos e expulsando as evidências impostas pelo pensamento da tradição.<sup>288</sup>

De fato, o filósofo abre *Ser e Tempo* com a questão do ser, buscando

<sup>285</sup> STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre 'ser e tempo'**. Petrópolis: Vozes, 1988. pp. 9-10.

<sup>286</sup> SAFRANSKI, Rüdiger. **HEIDEGGER: um mestre da Alemanha entre o bem e o mal**. São Paulo: Geração Editorial, 2005. p. 17.

<sup>287</sup> Stein afirma que: “Surgindo no horizonte concreto da ontoteologia que caracteriza a essência da metafísica ocidental, foram levantadas as especulações em torno das relações entre o ser de Heidegger e Deus. De um lado, a ‘interpretação ateística’ se afirmou porque o apelo de Deus, como solução do problema do ser, não acompanhara o desdobramento de ‘Ser e Tempo’. Pelo contrário, havia em ‘Ser e Tempo’ afirmações como esta: “A afirmação de ‘verdades eternas’, bem como a mistura de ‘idealidade’ do ser-aí, fenomenalmente fundada, com um idealizado sujeito absoluto, pertencem aos restos da teologia cristã ainda não expulsas com suficiente radicalidade que perduram em meio à problemática filosófica”. Heidegger, portanto, era pensador ateu. Esta a conclusão para quem Deus era o ‘álibi’ garantido que defendia muitos metafísicos contra a anemia especulativa. Mas a ‘afirmação teísta’ também medrou ainda que no outro polo. Heidegger identifica o ser com Deus. “O ser é sem os entes” que vinha como afirmação em ‘Que é Metafísica?’ parecia apontar para isso. Tanto que, na segunda edição, Heidegger afirma, com a mesma razão e coerência total, que “o ser nunca é sem os entes”, para impedir que hipostasiassem sua afirmação com um sentido ontoteológico”. STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. pp. 145-146.

<sup>288</sup> STEIN, Ernildo. **Uma Breve Introdução à Filosofia**. Ijuí: Editora Unijuí, 2002. pp. 177-178.

promover uma refundação de todo o conhecimento da história da Filosofia.<sup>289</sup> Já no pórtico da obra, com a citação do Sofista de Platão, Heidegger traz a questão ainda da aporia a respeito do sentido do ser, recolocando este tema no centro do pensamento filosófico, porém, desde uma perspectiva completamente nova.<sup>290</sup>

Segundo Lenio Streck, *o primeiro filósofo a combater o irracionalismo foi, exatamente, Martin Heidegger, bastando, para tanto, examinar o contexto da crise dos anos 20 do século passado*. Aquele afirma que a obra *Ser e Tempo* é um grande combate ao irracionalismo, no sentido de querer encontrar um lugar a partir de onde funciona a razão humana como uma razão hermenêutica, o que não significa, de modo algum, eliminar a dimensão lógica e racional do discurso, mas, apenas, que o discurso sempre é 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.<sup>291</sup>

Para ele, Heidegger enxergava esses elementos novos na filosofia, a qual não deveria simplesmente se ocupar com objetos, mas a partir daí poder construir, pela primeira vez, o fundamento do conhecimento, o qual não fosse mais um fundamento absoluto próprio das teorias metafísicas (*fundamentum inconcussum absolutum veritatis*) e que não implicasse mais uma teoria de dois mundos. No fundo, Heidegger surgia desde o início como um antiplatônico.<sup>292</sup>

Ainda, *Heidegger libera a Filosofia de Deus e do Mundo (natural), temas introduzidos pelas teorias da representação e da subjetividade em função do sistema*. A “ontologia fundamental” é a verdadeira intenção programática de Heidegger, sendo que sua pretensão metodológica visa à validade transcendental. Diante disso, Ernildo Stein vai dizer que: *a realização de seu programa acontece fenomenológica e existencial-antropologicamente*.<sup>293</sup>

A utilização da “ontologia fundamental” vem como crítica da “ontologia tradicional”. Neste caminho, supera Kant, com Kant, mas mais radical que ele.

<sup>289</sup> STEIN, Ernildo. **Diferença e metafísica**: ensaios sobre a desconstrução. Ijuí: Ed. Unijuí, 2008. p. 42.

<sup>290</sup> “Porque manifiestamente vosotros estáis familiarizados desde hace mucho tiempo con lo que propiamente queréis decir cuando usáis la expresión ‘ente’; em cambio, nosotros creíamos otrora comprenderlo, pero ahora nos encontramos en aporía” HEIDEGGER, Martin. **Ser y Tiempo**. Traducción, prólogo y notas de Jorge Eduardo Rivera Edición digital. Disponível em: <<http://espanol.free-ebooks.net/ebook/Ser-y-el-Tiempo/html/15>>. Acesso em: 15 ago. 2011. p. 12.

<sup>291</sup> STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 51.

<sup>292</sup> STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>293</sup> STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre ‘ser e tempo’**. Petrópolis: Vozes, 1988. p. 11.

Dedica-se à fenomenologia de Husserl, com a ideia da *volta às coisas mesmas*, para, logo em seguida, romper definitivamente com a fenomenologia e com o programa da fenomenologia, fazendo da questão existencial um projeto contra toda a tradição antropológica da época. Em Dilthey, Heidegger encontra a importante preocupação com a questão da historicidade, da vida, da faticidade.

Para ele, Dilthey e Husserl desembocaram em aporias, porque tentavam explicar a vida, a historicidade, dentro da resposta que a metafísica dera ao problema do ser e por isso mesmo a compreensão da vida fáctica, da existência, era realizada dentro da ontologia da coisa.<sup>294</sup>

A analítica existencial heideggeriana é desenvolvida, também, como uma rígida distinção da biologia, etnologia e da psicologia. Heidegger foge da solução dada por Husserl ao problema do conhecimento (redução transcendental), assim como da resposta para a questão da historicidade do homem (hermenêutica dos fatos históricos), tendências presas ao paradigma das teorias da consciência e da representação, e do modelo da relação sujeito-objeto, da ontologia da coisa. Isso acontece porque Heidegger seria escolado no combate ao psicologismo na escola de Husserl e, ao mesmo tempo, estimulado para valorizar a historicidade, a partir da tradição do Kairós (cristianismo) e da Escola Histórica (Dilthey, Droysen, Graf York etc.).

As teses lançadas em *Ser e Tempo*: tese do “sentido do ser”, tese do “estar-aí que compreende o ser”, tese do “ser-no-mundo”, tese do “cuidado”, tese da “temporalidade” (morte) e tese da “temporalidade ecstática” aparecem como base para a superação das teorias da consciência e da representação. O que diferencia o projeto heideggeriano é a tentativa de fundir a historicidade com a transcendentalidade, indo para além das teorias da alienação e da reificação e das teorias da representação e da consciência.<sup>295</sup>

Em termos mais simples, pode-se dizer que o filósofo parte em busca do sentido do ser, embrenhando-se na história da filosofia, munido do método fenomenológico e partindo de uma nova concepção de tempo. O ser torna-se uma

<sup>294</sup> Por isso Stein vai dizer que: “Não se compreende a verdadeira dimensão que separa a fenomenologia transcendental de Husserl da fenomenologia hermenêutica de Heidegger, quando não se desvela o modo como este rompeu toda a tradição ocidental, em pondo o homem, com sua vida concreta, na prévia compreensão do ser. A fenomenologia hermenêutica se separa da fenomenologia transcendental no ponto da intersecção em que a vida assume o espírito e o espírito assume a vida. STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. p. 50.

<sup>295</sup> STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre 'ser e tempo'**. Petrópolis: Vozes, 1988. p. 16.

questão essencialmente ligada ao tempo “humano”, isto é, ligado à finitude. Para Heidegger, o ser sempre foi compreendido como ligado ao tempo, tendo o filósofo percebido que a tradição, no entanto, não pensou devidamente este vínculo, por considerar apenas o tempo no seu aspecto físico. Por isso a assunção, como tarefa primeira, de pensar corretamente a questão do ser a partir do tempo, empreitada que se realiza desde o homem, mas não aquele pensado pela tradição moderna, pois não há mais espaço para um homem tomado com um sujeito absoluto, desligado da história e do tempo concreto. Daí a afirmação de Ernildo Stein de que *o homem na condição de ser-aí acontece já sempre como transcendência*. Nesse caminho, deve-se perceber que a compreensão de ser possui uma dimensão cotidiana, sendo o ponto de partida de toda a ontologia esta compreensão que, primeiro, é de seu ser e, ao mesmo tempo, é compreensão do ser em geral. Heidegger propõe uma analítica do homem para revelar como é nele que está situada a questão do ser, rejeitando qualquer referência ao absoluto e infinito da problemática filosófica clássica.<sup>296</sup>

A pergunta pelo sentido do ser não se dissocia dos entes, pois o ser é ser dos entes (*ser es siempre el ser de un ente*<sup>297</sup>). Heidegger questiona: a partir de que ente deve ser feita a clarificação do sentido do ser? Ora, há um ente entre os outros que tem uma primazia: o homem, que se distingue de todos os outros entes e não há como encarar de maneira diferente, porque apenas ele é o único entre os entes que tem um relacionamento com o ser e, por isso mesmo, uma compreensão do ser”. O filósofo coloca, então, como primado essencial da sua fenomenologia, a questão da “diferença ontológica”.<sup>298</sup>

<sup>296</sup> STEIN, Ernildo. **Uma Breve Introdução à Filosofia**. Ijuí: Editora Unijuí, 2002. p. 188.

<sup>297</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser y Tiempo**. Traducción, prólogo y notas de Jorge Eduardo Rivera Edición digital. Disponível em: <<http://espanol.free-ebooks.net/ebook/Ser-y-el-Tiempo/html/15>>. Acesso em: 15 ago. 2011. p. 19.

<sup>298</sup> Gadamer cita, na sua obra *Hermenêutica em Retrospectiva*, trecho de um elucidativo diálogo mantido com o mestre Heidegger a respeito da diferença ontológica: “Para ilustrar o caráter enigmático desta distinção, gostaria de contar uma história. Ela aconteceu em Marburgo. Juntamente com o meu amigo Gehard Krüger, estava acompanhando Heidegger até a sua casa depois da preleção. Com certeza, ele ainda morava na Schwanallee. Por isso, posso estabelecer exatamente a data - esse evento precisa ter acontecido no início do ano de 1924. Outrora, já tínhamos sido habilmente tratados com a “diferença ontológica”, e, assim, perguntamos a Heidegger como é que se fazia propriamente, como é que se chegava ao ponto de fazer uma tal diferenciação ontológica. É bem provável que quiséssemos chegar ao conceito de reflexão que formava no idealismo alemão o começo do pensamento. Heidegger, porém, olhou para nós bastante pensativo e disse: “Mas não! Essa distinção não é de modo algum feita por nós”. Ele disse isso em 1924 - muito antes da assim chamada “viragem” (Kehre). Os expertos no segundo Heidegger sabem há muito tempo que a diferença não é algo feito por alguém, mas que somos colocados nessa diferenciação, nessa diferença. “Ser” mostra-se “no” ente e

O homem é, no sentido próprio, aquele que compreende o ser (ontológico). Somente o homem pode perguntar pelo ser do ente.<sup>299</sup> Para Heidegger, vale dizer, este que pergunta é designado *Dasein*.<sup>300</sup> *Dasein* é considerado um ente privilegiado. E esta primazia, portanto, é tríplice, na medida em que: 1) dentre todos os entes, é o único que tem um relacionamento com o ser, pois ele próprio é “existência” (primazia ôntica); 2) por assim ser, é ele quem compreende o ser; é, em si mesmo, “ontológico”; 3) como *compreendedor* do ser, possui uma compreensão não só do seu ser, mas do ser dos demais entes intramundanos.<sup>301</sup>

O grande salto reside na percepção de que o sentido do ser acompanha o ser-no-mundo, mas que isto não acontece como questão a ser resolvida, ou seja, muito antes disso, como forma que se torna condição de possibilidade da compreensão que o estar-aí tem de si, dos utensílios que maneja e dos entes simplesmente intramundanos. Assim, Martin Heidegger vai afirmar que:

El Dasein en cuanto comprender proyecta su ser hacia posibilidades. Este comprensor estar vuelto hacia posibilidades, por la repercusión que tienen sobre el Dasein esas mismas posibilidades en tanto que abiertas, es también un poder-ser. El proyectarse del comprender tiene su propia posibilidad de desarrollo. A este desarrollo del comprender lo llamamos

---

nisso já reside a questão sobre o que significa o fato de o ente se “dar”. GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em Retrospectiva**. Vol. I. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 92.

<sup>299</sup> Manfredo Araújo de Oliveira afirma que: “A pergunta pelo ser do homem significa a pergunta pelas estruturas da existência, que Heidegger chama de ‘existencial’. A ‘analítica existencial’ (pergunta pelo ser do homem) tem como finalidade revelar os existenciais. Porém, como é que a pergunta pelo ser do homem, a analítica existencial, se integra à elaboração da resposta à pergunta pelo sentido do ser? O homem é, justamente, o ente que põe a pergunta pelo sentido do ser e que tem primazia sobre todos os entes na execução da tarefa da ontologia fundamental”. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **A filosofia na crise da modernidade**. São Paulo: Edições Loyola, 1989. pp. 121-122.

<sup>300</sup> Por consiguiente, elaborar la pregunta por el ser significa hacer que un ente - el que pregunta - se vuelva transparente en su ser. El planteamiento de esta pregunta, como modo de ser de un ente, está, él mismo, determinado esencialmente por aquello por lo que en él se pregunta - por el ser. A este ente que somos en cada caso nosotros mismos, y que, entre otras cosas, tiene esa posibilidad de ser que es el preguntar, lo designamos con el término Dasein. HEIDEGGER, Martin. **Ser y Tiempo**. Traducción, prólogo y notas de Jorge Eduardo Rivera Edición digital. Disponível em: <<http://espanol.free-ebooks.net/ebook/Ser-y-el-Tiempo/html/15>>. Acesso em: 15 ago. 2011. p. 18.

<sup>301</sup> O próprio Heidegger afirma a primazia da ontologia fundamental sobre todas as outras ontologias: “De ahí que la ontología fundamental, que está a la base de todas las otras ontologías, deba ser buscada en la analítica existencial del Dasein. El Dasein tiene, por consiguiente, en varios sentidos, una primacía sobre todo otro ente. En primer lugar, una primacía ôntica: el Dasein está determinado en su ser por la existencia. En segundo lugar, una primacía ontológica: en virtud de su determinación por la existencia, el Dasein es “ontológico” en sí mismo. Ahora bien, al Dasein le pertenece con igual originariedad - como constitutivo de la comprensión de la existencia - una comprensión del ser de todo ente que no tiene el modo de ser del Dasein. Por consiguiente, el Dasein tiene una tercera primacía: la de ser la condición de posibilidad ôntico-ontológica de todas las ontologías. El Dasein se ha revelado, pues, como aquello que, desde un punto de vista ontológico, debe ser interrogado con prioridad a todo otro ente”. HEIDEGGER, Martin. **Ser y Tiempo**. Traducción, prólogo y notas de Jorge Eduardo Rivera Edición digital. Disponível em: <<http://espanol.free-ebooks.net/ebook/Ser-y-el-Tiempo/html/15>>. Acesso em: 15 ago. 2011. p. 23-24.

interpretación [Auslegung]. En la interpretación el comprender se apropia comprensoramente de lo comprendido por él. En la interpretación el comprender no se convierte en otra cosa, sino que llega a ser él mismo. La interpretación se funda existencialmente en el comprender, y no es este el que llega a ser por medio de aquélla. La interpretación no consiste en tomar conocimiento de lo comprendido, sino en la elaboración de las posibilidades proyectadas en el comprender.<sup>302</sup>

Neste particular, surge a grande percepção que vai representar a superação dos pensadores que o antecederam, ou seja, não procurar resolver a questão do ser dentro do esquema sujeito-objeto. Novamente com Ernildo Stein, pode-se dizer que antes que o Dasein teorize ou exponha no discurso o mundo, ele já possui uma compreensão de si, dos utensílios com que lida. Esta estrutura que Heidegger chama de “como hermenêutico” que é mais originária que o “como apofântico” do dizer.

A marca de *Ser e Tempo* é a substituição da relação com o mundo através da consciência e da representação - que sempre chegam tarde.<sup>303</sup> A mudança de paradigma, portanto, decorre do enfrentamento do modo de ver próprio das teorias ligadas à tradição (paradigma da subjetividade e da representação), por meio de uma crítica dirigida à metafísica como um todo e da propositura de uma analítica existencial, que toma o modo do *ser-no-mundo prático* como uma alternativa para resolver o problema da ontologia (realidade) e da verdade (conhecimento).<sup>304</sup>

Partindo de Heráclito, passando por Platão e Aristóteles, assim como nos contemporâneos, Heidegger supera aquela eterna aporia da metafísica, que era exatamente a questão do ser, colocando o homem, com sua faticidade e historicidade, já sempre para fora de si mesmo, para dentro da compreensão do ser, como ek-sistência. Somente a partir da compreensão de que o homem já sempre se ultrapassa e transcende, e essa ultrapassagem e transcendência já é a própria compreensão, compreensão do ser e, assim, de si.<sup>305</sup>

Para Heidegger o compreender não é, simplesmente, um modo de conhecer,

<sup>302</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser y Tiempo**. Traducción, prólogo y notas de Jorge Eduardo Rivera Edición digital. Disponível em: <<http://espanol.free-ebooks.net/ebook/Ser-y-el-Tiempo/html/15>>. Acesso em: 15 ago. 2011. p. 151.

<sup>303</sup> STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre 'ser e tempo'**. Petrópolis: Vozes, 1988. p. 17.

<sup>304</sup> STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre 'ser e tempo'**. Petrópolis: Vozes, 1988. p. 19.

<sup>305</sup> STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. pp. 49-50.

é um modo de ser<sup>306</sup>, ou seja, a fenomenologia não será um método que conduz à compreensão, mas a descrição desse homem concreto em sua estrutura global. A fenomenologia será analítica existencial. Ele afirma que Heidegger substitui a epistemologia da interpretação pela ontologia da compreensão, na medida em que, exatamente, o homem já sempre compreende o ser. Desse modo abre-se o lugar em que se revela o ser, que já sempre se manifesta na pré-compreensão. A fenomenologia é hermenêutica enquanto ontologia da compreensão. Encontram-se fenomenologia-vida-ser.<sup>307</sup>

No § 7 de *Ser e Tempo*, Heidegger faz a apresentação do que entende por fenomenologia:

Con la pregunta conductora por el sentido del ser, la investigación se encuentra ante la cuestión fundamental de toda filosofía. La forma de tratar esta pregunta es la fenomenológica. Lo que no quiere decir que este tratado se adscriba a um “punto de vista” ni a una “corriente” filosófica, ya que la fenomenología no es ninguna de estas cosas, ni podrá serlo jamás, mientras se comprenda a sí misma. La expresión “fenomenología” significa primariamente una concepción metodológica. No caracteriza el qué de los objetos de la investigación filosófica, sino el cómo de ésta. Cuanto más genuinamente opere una concepción metodológica y cuanto más ampliamente determine el cauce fundamental de una ciencia, tanto más originariamente estará arraigada en la confrontación con las cosas mismas, y más se alejará de lo que llamamos una manipulación técnica, como las que abundan también en las disciplinas teóricas.<sup>308</sup>

E arremata:

---

<sup>306</sup> “La apertura - implicada en el coestar - de la coexistencia de otros, significa: en la comprensión de ser del Dasein ya está dada, puesto que su ser es coestar, la comprensión de otros. Esta comprensión, como, en general, todo comprender, no es un dato del conocimiento, sino un modo de ser originario y existencial, sin el cual ningún dato ni conocimiento es posible. El conocimiento recíproco se funda en el coestar comprensor originario. Se mueve primeramente, de acuerdo con el inmediato modo de ser del

estar-en-el-mundo con otros, en el conocimiento comprensor de aquello que el Dasein, junto con los

otros, circunspectivamente encuentra y hace objeto de ocupación en el mundo circundante. El ocuparse solícito queda comprendido desde aquello que es objeto de ocupación y mediante su comprensión. El otro queda de esta manera abierto primeramente en la solicitud ocupada”. HEIDEGGER. Martin. **Ser y Tiempo**. Traducción, prólogo y notas de Jorge Eduardo Rivera Edición digital. Disponible em: <<http://espanol.free-ebooks.net/ebook/Ser-y-el-Tiempo/html/15>>. Acesso em: 15 ago. 2011. p. 128.

<sup>307</sup> STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. p. 51.

<sup>308</sup> HEIDEGGER. Martin. **Ser y Tiempo**. Traducción, prólogo y notas de Jorge Eduardo Rivera Edición digital. Disponible em: <<http://espanol.free-ebooks.net/ebook/Ser-y-el-Tiempo/html/15>>. Acesso em: 15 ago. 2011. p. 37.

El término “fenomenología” expresa una máxima que puede ser formulada así: “(a las cosas mismas)” - frente a todas las construcciones en el aire, a los hallazgos fortuitos, frente a la recepción de conceptos sólo aparentemente legitimados, frente a las pseudopreguntas que con frecuencia se propagan como “problemas” a través de generaciones.<sup>309</sup>

A meta de Heidegger com a fenomenologia é a busca do sentido unitário do ser na multiplicidade de seus sentidos. A fenomenologia é tomada como o método para tratar a questão fundamental, ou seja, não caracteriza o conteúdo real, mas a maneira como se procede para o acesso ao objeto.

Sobre o uso da palavra fenômeno, Ernildo Stein vai dizer que é aquilo que se mostra a partir de si mesmo. Distingue entre conceito vulgar de fenômeno e conceito fenomenológico de fenômeno. No sentido vulgar: é o ente que se manifesta. O conceito fenomenológico de fenômeno no sentido vulgar. É o que está implícito, não tematizado, mas que pode ser levado à manifestação e assim se mostrar a partir de si mesmo. Fenômeno, no sentido fenomenológico, não é o que se dá à experiência, mas que a constitui como fundamento. A fenomenologia não terá, portanto, a função de descrever o que se manifesta, mas de desvelar aquilo que por si vem oculto.<sup>310</sup>

Manfredo Araújo de Oliveira, nesse sentido, vai dizer que a partir da publicação de ‘Sein und Zeit’, em 1927, o pensamento de Heidegger se situou no centro mesmo das preocupações filosóficas da atualidade. Segundo ele, contatar Heidegger significa contatar toda a tradição de pensamento do Ocidente, já que sua filosofia nada mais é do que um profundo diálogo com o tipo de pensamento que sempre permanece o horizonte, a partir do qual nossas perguntas encontram sentido. Refere o autor que já que compreender o ser é uma determinação do próprio ser do homem, isto significa que é o homem que se transcende a si mesmo, ou seja, que ele se projeta o ser. A analítica existencial mostra esse projeto em sua faticidade, ou seja, mostra o homem essencialmente como ser no mundo. Esse aspecto deve servir de base para a percepção da obsolescência do esquema

<sup>309</sup> HEIDEGGER. Martin. **Ser y Tiempo**. Traducción, prólogo y notas de Jorge Eduardo Rivera Edición digital. Disponível em: <<http://espanol.free-ebooks.net/ebook/Ser-y-el-Tiempo/html/15>>. Acesso em: 15 ago. 2011. p. 37.

<sup>310</sup> Ainda: “O fenômeno, portanto, em seu sentido original, será o ser, que se mostra em si mesmo ocultando-se no ente. Será, portanto, o objeto temático da fenomenologia. Será o caminho de acesso ao que deve ser objeto da ontologia. “A ontologia só é possível como fenomenologia”. A fenomenologia terá como tema o ser do ente, seu sentido, suas modificações”. STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. pp. 54-55.

sujeito-objeto, na direção da uma intersubjetividade.<sup>311</sup>

E veja que as considerações de Gadamer referentes ao significado da tradição na consciência histórica engatam na análise heideggeriana da hermenêutica da facticidade, procurando torná-la fecunda para uma hermenêutica das ciências do espírito. Gadamer insiste que a

compreensão é menos um método através do qual a consciência histórica se aproximaria do objeto eleito para alcançar seu conhecimento objetivo do que um processo que tem como pressuposição estar dentro de um acontecer da tradição.<sup>312</sup>

Todas as transformações ocorridas na filosofia através do pensamento de Heidegger - o desenvolvimento de uma analítica existencial, a introdução das noções de diferença ontológica, *Dasein*, círculo hermenêutico - ensejaram um enfrentamento (destruição fenomenológica) das ontologias da tradição metafísica<sup>313</sup>. Os posicionamentos assumidos por Heidegger e Gadamer possibilitam um novo sentido à filosofia, cuja dedicação passa a ser compreendida como a busca do/pelo saber,<sup>314</sup> estando imersos nestes filosofar como seres humanos finitos (como diz Heidegger, “não se está de forma alguma ‘fora’ da filosofia [...]”<sup>315</sup>; já se está na filosofia porque a filosofia está em cada um e pertence a cada um; e, em verdade, no sentido de que já sempre se filosofa.<sup>316</sup>

Tudo isso representa para o direito um vetor de racionalidade capaz de auxiliar na busca de respostas para a questão das soluções. A aproximação da

<sup>311</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **A filosofia na crise da modernidade**. São Paulo: Edições Loyola, 1989. p. 123.

<sup>312</sup> GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 8 ed. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 408.

<sup>313</sup> STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre 'ser e tempo'**. Petrópolis: Vozes, 1988. p. 42.

<sup>314</sup> STEIN, Ernildo. **Uma Breve Introdução à Filosofia**. Ijuí: Editora Unijuí, 2002. pp.117-121.

<sup>315</sup> HEIDEGGER, Martin. **Introdução à Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. pp. 3-4.

<sup>316</sup> Sobre o papel da filosofia, Heidegger afirma que o problema, pois as obras sempre buscaram formular uma introdução à filosofia, isto é, “não fazem outra coisa senão conduzir para fora da filosofia - e não apenas isso, mas também despertam a opinião de que se foi conduzido para o interior da filosofia”. Para o autor, é justamente esta a causa do fracasso das propostas, porque, em seu ponto de partida, repousam em uma ilusão fundamental: de que nós, que devemos ser introduzidos à filosofia inicialmente, temos nosso lugar fora dela, e a própria filosofia seria um âmbito para o interior do qual devemos nos encaminhar. Por considerar essa compreensão equivocada, alerta para o fato de que mesmo que não saibamos expressamente nada sobre filosofia, já estamos na filosofia, porque a filosofia está em nós e nos pertence; e, em verdade, no sentido de que já sempre filosofamos. Mas como filosofar, sem a consciência do estar filosofando? Heidegger afirma que “filosofamos mesmo quando não sabemos nada sobre isso, mesmo que não “façamos filosofia”. Não filosofamos apenas vez por outra, mas de modo constante e necessário, porquanto existimos como homens. Ser-aí como homem significa filosofar”. HEIDEGGER, Martin. **Introdução à Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

filosofia (hermenêutica) como condição de possibilidade para pensar o problema das soluções em direito, coloca o pensamento jurídico num horizonte completamente novo. A descrição da fenomenologia hermenêutica heideggeriana (e os contributos posteriores da hermenêutica filosófica de Gadamer), constituem uma nova matriz para pensar os fenômenos jurídicos, considerando e aceitando a diferença essencial-existencial que cada fenômeno nesse âmbito possui.<sup>317</sup>

Assim, se depois “*Ser e Tempo*”, não há mais “dentro” ou “fora” da filosofia, incumbe fazer ver aos juristas que o edifício positivista ruiu completamente, desmoronou por não conseguir suportar o peso exercido pelo mundo do ser sobre suas (frágeis) estruturas. A invasão da filosofia (hermenêutica) no direito representa a possibilidade de superação das aporias e dicotomias decorrentes do apego ao pensamento metafísico (clássico e moderno), o que deverá proporcionar o rompimento com o atual modo-de-ser do jurista e permitir um novo olhar sobre os fenômenos e seus significados.

---

<sup>317</sup> HEIDEGGER, Martin. **Introdução à Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. pp. 3-4.

## 5 DA SUBSUNÇÃO PARA A TIPICIDADE HERMENÊUTICA

### 5.1 HERMENÊUTICA E TEORIA DA DECISÃO: O CAMINHO DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

#### 5.1.1 Considerações Preparatórias

Por muito tempo, as tentativas de se estabelecer relações entre direito e filosofia eram compreendidas como problemáticas. Especialmente a partir do surgimento dos movimentos codificadores, que deram azo ao positivismo exegético, o direito acabou criando um isolamento teórico dos demais campos do saber. Havia uma preocupação em não se “filosofar o direito” ou de não se “juridicizar a filosofia”, que, por sua vez, acabou resultando na negação por parte dos juristas de compreender os laços existentes entre estes dois âmbitos.<sup>318</sup>

Nesse contexto, o direito era reduzido à legislação e, assim, como já referido neste trabalho, muitas das questões atinentes à tipicidade penal eram entendidas de um modo que resultava numa imputação injustamente processada. Isso porque a interpretação jurídica era percebida de forma apartada das discussões filosóficas, sendo produzida uma metodologia interpretativa que procurava se estruturar a partir de uma sistematicidade interna (jurídica). Ou seja, a interpretação de textos jurídicos era preponderantemente relegada a um segundo plano, porque havia uma noção de que o raciocínio jurídico, por si só, seria capaz de dar conta das questões hermenêuticas (que, portanto, à época, não apareciam), na medida em que o ato aplicativo do Direito era compreendido como mera reprodução (incidência) dos dispositivos legais.<sup>319</sup>

A passagem do positivismo legalista para o normativista modificou esse

---

<sup>318</sup> Essa espécie de “isolamento do direito” rendeu severas críticas já com Tobias Barreto: “Um médico filósofo parece coisa mais tolerável aos olhos da gente sensata do que um bacharel em direito. Parece que este só deve se ocupar do que diz respeito ao Corpus Iuris. Se ousa um instante olhar por cima dos muros destas velhas e hediondas prisões, chamadas Côrrea Telles, Lobão, Gouveia Pinto, etc., ai dele, que vai ser punido por tamanho desatino! [...] Como quer que seja, a verdade é que o pobre bacharel limitado aos seus chamados conhecimentos jurídicos sabe menos das necessidades e tendências do mundo moderno, sente menos a infinitude dos progressos humanos, do que pode ver de céu azul um preso através das grades do calabouço”. BARRETO, Tobias. **Estudos de filosofia**. 2. ed. São Paulo: Grijalbo, 1977. pp. 287-289.

<sup>319</sup> LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2010. v. 2. pp. 25 e ss.

cenário, pois, ao trazer o conceito de norma para a ciência do direito, apontou para a sua dimensão linguística. A partir deste momento, então, especialmente através de Kelsen e Hart, despertou-se para o papel da linguagem na interpretação do direito, denunciando o caráter de ambiguidade e de vagueza das palavras (que compunham os dispositivos legais). O problema é que estes autores, na tentativa de resolver a indeterminação linguística do direito, acabaram encontrando “solução” para isso apostando na discricionariedade do aplicador e, assim, mais uma vez, a questão hermenêutica acabava sendo relegada a um segundo plano, no sentido da ausência de uma teoria a qual respondesse à pergunta: como decidir?<sup>320</sup>

Pelo que foi acima exposto, é possível perceber que a teoria do direito oscilou entre duas posturas que influíram sobremaneira no modo como compreender a legalidade penal: primeiro, sob a égide do positivismo exegético, a caracterização típica era compreendida como mera incidência do dispositivo legal; depois, através do positivismo normativista, o problema interpretativo é jogado para a discricionariedade judicial ou, então, a partir de uma analítica, são feitas tentativas linguísticas, através de conceitos, de resolver os problemas da indeterminação do direito. De um modo ou de outro, isso repercutiu negativamente no âmbito penal, pois a questão da tipicidade ou ficava afastada do nível hermenêutico (e, neste sentido, o tipo penal já conteria o seu sentido previamente determinado, a sua essência) ou, então, esta “abertura” interpretativa significava uma imputação arbitrariamente (discricionariamente) realizada.

A partir de uma tomada de posição filosófica como a retratada no item anterior deste trabalho (sob os aportes de Heidegger e Gadamer), pode-se identificar tais modos de compreender a aplicação do direito ainda atrelados às metafísicas clássica e moderna (filosofia da consciência). Ou seja, estas duas vias de pensar a tipicidade penal passa ao largo dos avanços ocorridos especialmente no âmbito da filosofia da linguagem. E isso ocorre porque a teoria do direito, em um amplo espectro, apresenta-se resistente a tais transformações, tratando da legalidade penal (e de tantas outras questões) como se nenhuma relação tivesse com os movimentos filosóficos.

É neste contexto que pode ser caracterizado por uma “resistência filosófica”

---

<sup>320</sup> Sobre os positivismos, ver o texto de STRECK, Lenio. **Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?** Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, vol. 15, n. 1. pp. 158-173, jan./abr. 2010. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>. Acesso em: 12 jun. 2012.

que Lenio Streck funda a Crítica Hermenêutica do Direito (também chamada de Nova Crítica do Direito). Fazendo uma imbricação entre a filosofia hermenêutica, de Heidegger, e a hermenêutica filosófica, de Gadamer (e, posteriormente, agregando a teoria integrativa de Dworkin), a proposta dele é, fomentando um pensamento crítico, aberto às transformações filosóficas, repensar o fenômeno jurídico como um todo. Assim, por intermédio de seu posicionamento teórico, o pensamento filosófico ganha espaço no interior da teoria do direito, possibilitando, portanto, a construção de uma hermenêutica jurídica preocupada com os limites interpretativos, o que, por consequência, reflete na defesa de uma decisão judicial (ou, na especificidade, de uma caracterização típica) comprometida com a legalidade e com a constitucionalidade.

Streck propõe a interessante questão: à semelhança da Grundnorm kelseniana, é possível construir um Grundmethode? Ele afirma que a defesa da tese da existência de um metacritério ou uma regra que estabelece a aplicação dos métodos insere-se no esquema subsuntivo-dedutivo, com clara inserção no paradigma metafísico-objetificante. E esclarece que isso acontece porque o processo de subsunção no Direito reproduz metafisicamente a “divisão” ser-ente, opondo o ser ao ente.<sup>321</sup>

Nesse ponto específico, diga-se desde logo, repousa a problemática do caráter retórico do princípio da legalidade, ou seja, se o tipo não cumpre a promessa de proporcionar segurança jurídica aos cidadãos, isto acontece porque os intérpretes (juízes, promotores, advogados etc.) ainda pensam que as definições jurídicas perfazem os significantes e o “caso concreto” o significado e que, desse modo, mediante uma metodologia aplicativa, seja possível fazer um acoplamento entre ambos.<sup>322</sup>

Para Lenio Streck, o processo subsuntivo ocorre mediante o uso dos assim denominados métodos de interpretação, objetificando os fenômenos. A questão é que os juristas esforçam-se em obter, “lexicograficamente”, sentidos universais e universalizantes para posterior “acoplagem” aos entes diversos no “mundo”. O autor

---

<sup>321</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica ao direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 238.

<sup>322</sup> Lenio Streck vai dizer que, em tal contexto: 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 significado é o elemento universal, e o significando é o elemento singular. Com isso, não mais se separa o significante do objeto. STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica ao direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 239.

chama a atenção para o conteúdo dos manuais jurídicos através dos quais pretendem os juristas construir um corpo doutrinário repleto de conceitos com sentidos definitivos, espécies de repertório (universalizante), prêt-à-porter, como se fosse possível colocar à disposição da comunidade jurídica definições a priori, “aptas” a servirem para a “acoplagem” da premissa menor à premissa maior, processo que decorre da produção/utilização de conceitos estandardizados, lexicográficos.<sup>323</sup>

Essa é a chave para o entendimento da crise que afeta o princípio da legalidade penal. O acoplamento do fato à norma penal (como sinônimo de tipo) faz parte de um paradigma de ciência e de filosofia que não mais encontra sustentáculo nesta quadra da história. É fundamental redescobrir o papel da linguagem, o lugar da linguagem e, mais do que isso, o papel e o lugar do intérprete diante desse contexto (novo).

A partir desse modo de ver o fenômeno, a crise decorre da maneira como opera o jurista, ou seja, como se “existisse um fato “cru”, que receberia uma “roupagem” jurídico-conceitual (previamente elaborada, com pretensão de universalização). O autor destaca que, em suma, o raciocínio é feito, considerando um ente que existiria como ente, à espera do “respectivo” ser (sentido), de tal forma que, em nome da construção de uma universalidade-essencialista/conceitual, o trabalho dos juristas oculta o aparecer da singularidade, (esconde) o aparecer da coisa mesma (Sache selbst). E por “coisa mesma” deve-se entender como o caso concreto nas suas mais detalhadas especificidades.

A falácia do discurso de exaltação do caso concreto vai exposta por Lenio Streck, a partir da constatação de que o pensamento dogmático do Direito (sentido comum teórico ou habitus), embora faça a defesa da prevalência do caso concreto e sustente que cada caso tem as suas particularidades (tese que pode ser encontrada em quase todos os âmbitos da literatura jurídica), não encontra comprovação no “mundo da vida”, já que, as assim denominadas “pautas gerais” (conceitos lexicográficos, súmulas, verbetes jurisprudenciais e ementários desindexados do contexto que recheiam o universo das obras jurídicas e das decisões judiciais)

---

<sup>323</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica ao direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

escondem a singularidades dos casos.<sup>324</sup>

Não impressiona que o jurista, em tal contexto, trabalhe como se tivesse resposta para todas as questões, sentindo-se apto para tratar de todos os temas, para trabalhar com todos os problemas, já que, de acordo com o senso comum teórico, de índole positivista, o direito efetivamente oferece, desde antes (do caso), todas as respostas. Isso acontece pelo fato de o jurista, imerso num *habitus dogmaticus*, não se dar conta das contradições do sistema jurídico, ou seja, por mais evidentes que sejam estas contradições (na dogmática jurídica), elas não “aparecem” aos seus olhos, exatamente por haver um processo de justificação/fundamentação da “coerência” do seu próprio discurso.<sup>325</sup>

Realmente, um olhar atento sobre a dogmática jurídica a respeito do princípio da legalidade em matéria penal demonstra, de uma forma constrangedora, a impressionante capacidade que possuem os juristas de convivência com gravíssimas contradições. No direito penal isso ocorre quando os juristas atribuem ao tipo penal a tarefa de aprisionamento de todas as hipóteses (de fato) possíveis e imaginárias, como se a lei fosse capaz de abrigar (desde antes e desde sempre) todas as (futuras) condutas, dentro de um sistema de acoplagem, que, em verdade, tem como resultado, diante da impossibilidade de aprisionamentos de sentidos, a manipulação interpretativa de um sujeito (solipsista).

As condições de possibilidade para operar o discurso jurídico a partir da aproximação com o paradigma hermenêutico-filosófico de Heidegger e Gadamer são, de modo original, apresentadas por Lenio Streck, que, com suas reflexões, pretende desmi(s)tificar as concepções tradicionais da interpretação jurídica.<sup>326</sup>

Já de início ele coloca para o direito a questão da interpretação em Heidegger e Gadamer, fazendo ver a superação da *filosofia da consciência* e sua pretensão de *assujeitar* o objeto. É indispensável, na visão do autor, como tem sido aqui repetido, superar os dualismos próprios da metafísica, como essência-aparência, teoria-prática, palavra-coisa, questão de facto-questão de direito, ser-ente, buscando ir

---

<sup>324</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica ao direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 240.

<sup>325</sup> STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 67-69.

<sup>326</sup> STRECK, Lenio. Hermenêutica e applicatio jurídica: A concreta realização normativa do direito como superação da interpretação jurídico-metafísico-objetificante. **Revista da Faculdade de Direito - studia iuridica** 90, Coimbra, 2008. pp. 1103-1155.

além do metafísico realismo platônico-aristotélico e (muito) mais além do transcendental idealismo cartesiano e kantiano.

Percebe-se no texto, facilmente, a apropriação dos elementos próprios da fenomenologia hermenêutica heideggeriana-gadameriana, que é colocada como elemento determinante da *destruição* (também no sentido heideggeriano) do paradigma da metafísica objetificante. Com efeito, o autor vai dizer expressamente que:

No centro dessa superação está a viragem lingüístico-ontológica, no interior da qual a linguagem deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, para tornar-se condição de possibilidade. E mais, coloca que a superação do modelo interpretativo lingüístico-textual (que separa/distingue a interpretação da aplicação) não prescinde da assunção do “ponto de vista lingüístico”, condição de possibilidade para o processo de compreensão, o que se tornou possível com a revolução copernicana representada pela superação da relação objetificante sujeito-objeto.<sup>327</sup>

É preciso entender que textos não são apenas textos, são eventos. Mais do que isso, o que há são normas (porque a norma é o resultado da interpretação do texto). Lenio Streck pretende a aproximação dos pressupostos gadamerianos-heideggerianos com a ideia de que o problema da interpretação jurídica, como problema normativo, é um problema da concreta realização normativa do Direito, o que constitui algo inteiramente novo no direito.<sup>328</sup>

O autor critica a ideia reinante, ilusória, de que seria possível extrair o exato sentido da norma, como se a norma pudesse ser *isolada da sua concretização*. Daí a necessária percepção de *que* não há pura interpretação; não há hermenêutica “pura”. Hermenêutica é faticidade; é vida; é existência. É condição de ser no mundo. ‘A interpretação não se autonomiza da aplicação’.<sup>329</sup>

Streck afirma, exatamente com apoio em Gadamer, que a *hermenêutica*

<sup>327</sup> STRECK, Lenio. Hermenêutica e applicatio jurídica: A concreta realização normativa do direito como superação da interpretação jurídico-metafísico-objetificante. **Revista da Faculdade de Direito - studia iuridica 90**, Coimbra, 2008. p. 1104.

<sup>328</sup> STRECK, Lenio. Hermenêutica e applicatio jurídica: A concreta realização normativa do direito como superação da interpretação jurídico-metafísico-objetificante. **Revista da Faculdade de Direito - studia iuridica 90**, Coimbra, 2008. pp. 1104-1105.

<sup>329</sup> STRECK, Lenio. Hermenêutica e applicatio jurídica: A concreta realização normativa do direito como superação da interpretação jurídico-metafísico-objetificante. **Revista da Faculdade de Direito - studia iuridica 90**, Coimbra, 2008. pp. 1104-1105.

*filosófica (fenomenologia hermenêutica) superou a problemática do método*<sup>330</sup>, já que, desde sempre, *interpretar é aplicar*. Assim considerando, a invasão da filosofia no mundo do direito provoca o desvelamento de algumas questões até então encobertas pelo modo de pensar o direito dentro do paradigma metafísico da tradição (filosofia da consciência, esquema sujeito-objeto).

Streck destaca o caso paradigmático dos juízes que costumam jactar-se do fato de que, primeiro decidem e só depois justificam/fundamentam, ou seja, pensam ter encontrado uma espécie de atalho no processo do conhecimento. E não há qualquer dúvida que este pensamento domina completamente o *sentido comum teórico dos juristas* (no sentido trazido por Warat<sup>331</sup>). Isso seria admissível, caso fosse possível alcançar a outra margem do “abismo e só depois “construir” a ponte que possibilitou essa travessia”. Nesse contexto, a linguagem continua sendo tratada como uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito (o intérprete do direito) e um objeto (a “realidade”).

O autor continua destacando que:

Na verdade, no plano do que se pode entender como senso comum teórico, tais questões aparecem de forma difusa, a partir de uma amálgama dos mais distintos métodos e “teorias”, ‘na sua maioria calcados em inconfessáveis procedimentos abstrato-classificatórios e lógico-subsuntivos, onde o papel da doutrina resume-se, no mais das vezes, na elaboração de um constructo de cunho conceptualizante, caudatário das decisões tribunalícias; já a jurisprudência passa a ser reproduzida a partir de ementários - transformados em “significantes primordiais-fundantes - que, exatamente pela pretensão de universalidade, escondem a singularidade dos casos”.’ Em síntese, trata-se de um conjunto de procedimentos

---

<sup>330</sup> Afirma Lenio Streck quanto à perturbadora questão do método em direito: Problema semelhante tem perturbado a mente dos juristas, na ‘busca incansável por uma espécie de método dos métodos ou metacritérios que possam fornecer o fundamento último do processo hermenêutico-interpretativo’. Neste ponto, o próprio Kelsen, exatamente por ter tido consciência da circunstância de que ‘não é possível levar ao infinito a cadeia indagativa pelo fundamento’, deixou bem claro, no oitavo capítulo de sua obra maior, que não há qualquer critério ou “metacritério” que possa estabelecer que uma interpretação é melhor (ou mais acertada) que a outra. Ainda, referindo novamente Kelsen, revela o autor que: A assertiva de Kelsen serve para demonstrar que a questão do fundamento deita raízes nas profundezas da filosofia, atravessando milênios nas diversas concepções que assumiram os princípios epocais na determinação da concepção da ciência, da moral, da arte e da religião’. Cada época organizou sua concepção de fundamento a partir da vigência de cada princípio. O rompimento com as concepções metodológicas próprias da filosofia da consciência não alcançou a necessária recepção no campo jurídico. STRECK, Lenio. *Hermenêutica e applicatio jurídica: A concreta realização normativa do direito como superação da interpretação jurídico-metafísico-objetificante*. **Revista da Faculdade de Direito - studia iuridica** 90, Coimbra, 2008, Coimbra, 2008. p. 1120.

<sup>331</sup> WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito I**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

metodológicos que buscam “garantias de objetividade” no processo interpretativo.<sup>332</sup>

Há, sem dúvida, um *universo metafísico*, no qual os conceitos passam a ser coercitivos, “amarrando” o intérprete a categorias e pautas gerais, que nada mais são do que “conceitos coletivos indiferenciados” utilizados pela linguagem corrente. O ser é tomado como *‘um ser em geral’*.<sup>333</sup> Voltando ao papel que a hermenêutica filosófica pode desempenhar em sua aproximação com o direito, calha destacar a necessidade urgente de assimilação da diferença ontológica heideggeriana.

Realizando a pergunta: *O que é uma coisa?* Heidegger estabelece um diálogo profundo com Kant, sendo apropriada a referência ao §5, onde trata da “Singularidade e <<istidade>>. Espaço e tempo como determinações da coisa. Diz o filósofo:

As coisas são singulares. Antes de mais, isto significa que a pedra, o lagarto, a vergôntea e a faca são, cada um deles, para si. Além disso, significa que a pedra é, precisamente, esta pedra totalmente determinada. [...] Não há uma coisa em geral, mas apenas estas coisas singulares e as singulares, antes de mais, são <<esta coisa>>. Cada coisa é esta coisa e nenhuma outra.<sup>334</sup>

A assimilação da diferença ontológica, na qual se está imerso ou jogado, queira ou não, apesar de não ser algo assim tão simples, sobretudo em Heidegger, muda completamente o horizonte no qual o *mundo se dá* para o *ser-aí*.

Esta compreensão tem permitido que Streck formule, de maneira original, sua crítica ao modelo positivista metafísico ainda agarrado ao paradigma da consciência (vide, por todos: *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*).

O autor ataca, de forma eloquente, a cansada discussão presente em vários textos, no sentido

de que ‘interpretar é descobrir o sentido e o alcance da norma; fazer hermenêutica jurídica é procurar a significação dos conceitos jurídicos;

<sup>332</sup> STRECK, Lenio. *Hermenêutica e applicatio jurídica: A concreta realização normativa do direito como superação da interpretação jurídico-metafísico-objetificante*. **Revista da Faculdade de Direito - studia iuridica** 90, Coimbra, 2008. pp. 1106-1107.

<sup>333</sup> STRECK, Lenio. *Hermenêutica e applicatio jurídica: A concreta realização normativa do direito como superação da interpretação jurídico-metafísico-objetificante*. **Revista da Faculdade de Direito - studia iuridica** 90, Coimbra, 2008. p. 1108.

<sup>334</sup> HEIDEGGER, Martin. **O que é uma coisa?** Doutrina de Kant dos Princípios Transcendentais. Lisboa: Portugal: Edições 70, 1987. p. 25.

enfim, interpretar é explicar, esclarecer, dar o verdadeiro (sic) significado ao vocábulo; extrair, da norma, tudo o que nela se contém'.<sup>335</sup>

Streck, mais uma vez, demonstra a força do paradigma da tradição metafísica, dentro da dicotomia sujeito-objeto.<sup>336</sup>

Cumprido advertir, por outro lado, para o equívoco da defesa formulada por algumas posturas críticas que procuram romper com o formalismo normativista e, sem perceber, acabam passando para o subjetivismo, situação que, do mesmo modo, mantém a discussão num horizonte em que a linguagem atua como terceiro elemento, entre sujeito e objeto. A percepção da viragem linguística provocada pela fenomenologia hermenêutica é a condição de possibilidade para que a linguagem deixe de ser o terceiro elemento ou mero veículo de conceitos, para ser condição de possibilidade.

A compreensão do *círculo hermenêutico* proposto por Heidegger é suficiente para demonstrar aos juristas que o ato de interpretar não pode ser desdobrado em duas partes, em decisão e fundamentação, ou em três partes, em compreensão (*subtilitas intelligendi*), interpretação (*subtilitas explicandi*) e aplicação (*subtilitas applicandi*). Lenio Streck adverte que

pensar na interpretação jurídica como produto de método(s), é pensar que o conjunto normativo (ou o sistema jurídico e tudo o que o cerca) é, inicialmente, algo nu/carente de sentido, que irá receber, da nossa compreensão 'subjetiva', determinada significação, como se essa significação fosse dada pelo sujeito (do conhecimento) a um objeto, quando com ele "confrontado"... Pensar assim é pensar a interpretação como sendo um instrumento de conhecimento! Ora, isso é um equívoco, porque [...] o que existe de início, é precisamente nossa relação com o mundo (com o Direito, os textos normativos, Constituição etc.), "no 'modus' de pré-esboços da compreensão".<sup>337</sup>

E continua dizendo, de maneira mais simples, que é necessário ter claro que o sentido não é algo que pode ser imposto a um objeto, nem é um objeto de

<sup>335</sup> STRECK, Lenio. Hermenêutica e applicatio jurídica: A concreta realização normativa do direito como superação da interpretação jurídico-metafísico-objetificante. **Revista da Faculdade de Direito - studia iuridica 90**, Coimbra, 2008. p. 1108.

<sup>336</sup> STRECK, Lenio. Hermenêutica e applicatio jurídica: A concreta realização normativa do direito como superação da interpretação jurídico-metafísico-objetificante. **Revista da Faculdade de Direito - studia iuridica 90**, Coimbra, 2008.

<sup>337</sup> STRECK, Lenio. Hermenêutica e applicatio jurídica: A concreta realização normativa do direito como superação da interpretação jurídico-metafísico-objetificante. **Revista da Faculdade de Direito - studia iuridica 90**, Coimbra, 2008. p. 1125.

percepção distinto, nem sequer um intermediário entre o sujeito e o objeto.<sup>338</sup>

A hermenêutica filosófica, ao romper com a relação sujeito-objeto, coloca a questão da ausência de método ou procedimento para ter acesso ao conhecimento.

Streck afirma, ainda, que a

questão fundamental no Direito será, assim, conseguir compreender que ‘fundamentar não é um problema de metodologia ou de procedimento argumentativo’, mas, sim, um modo de ser, pela simples razão da que hermenêutica é filosofia e não normatização de “procedimentos metodológicos” que sustentariam o raciocínio dos juristas.<sup>339</sup>

Ernilo Stein ataca a necessidade da descoberta da radical precariedade do Direito e a sua insuperável fragilidade em face da política. Para o autor,

todo o trabalho do Direito, uma vez que fomos atingidos pela fenomenologia hermenêutica, passa a ser realizado sob os cuidados de uma dupla interpretação. E quando fazemos Filosofia do Direito estamos basicamente chamando a atenção para a dimensão hermenêutica. Como ela nunca se dá separada do discurso apofântico, explicitador do Direito, todo o exercício deste como hermenêutica jurídica opera com a hermenêutica como pré-compreensão.<sup>340</sup>

### 5.1.2 A proposta de Lenio Streck: a teoria da decisão e a resposta adequada à Constituição

De tudo o que foi dito, é importante consignar que, em sua proposta teórica, Lenio Streck apresenta uma Teoria da Decisão construída a partir de uma imbricação entre Gadamer e Dworkin. Tal proposta está inserida no contexto do Constitucionalismo Contemporâneo<sup>341</sup> que redefiniu o Direito Público a partir de uma

<sup>338</sup> STRECK, Lenio. *Hermenêutica e applicatio jurídica: A concreta realização normativa do direito como superação da interpretação jurídico-metafísico-objetificante*. **Revista da Faculdade de Direito - studia iuridica 90**, Coimbra, 2008.

<sup>339</sup> STRECK, Lenio. *Hermenêutica e applicatio jurídica: A concreta realização normativa do direito como superação da interpretação jurídico-metafísico-objetificante*. **Revista da Faculdade de Direito - studia iuridica 90**, Coimbra, 2008. p. 1130.

<sup>340</sup> STEIN, Ernildo. **Exercícios de Fenomenologia: limites de um paradigma**. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. pp. 168-170.

<sup>341</sup> O conceito de Constitucionalismo Contemporâneo e sua diferença com relação ao chamado neoconstitucionalismo é explorado em STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva, 2012, introdução, n. 2. pp. 35 e segs. Nos termos propostos pelo autor: “é possível dizer que, nos termos em que o neoconstitucionalismo vem sendo utilizado, ele representa uma clara contradição, isto é, se ele expressa um movimento teórico para lidar com um direito ‘novo’ (poder-se-ia dizer, um direito ‘pós Auschwitz’ ou ‘pós-bélico’ como quer Mário Losano), fica sem sentido depositar todas as esperanças de realização desse direito na loteria do protagonismo judicial (mormente levando em conta a prevalência, no campo jurídico, do paradigma epistemológico da filosofia da consciência). Assim, reconheço que não faz mais sentido continuar a fazer uso da expressão ‘neoconstitucionalismo’ para

reconstrução de todo fenômeno jurídico na senda do Direito Constitucional. Assim, procura-se estabelecer o horizonte teórico adequado para que as decisões judiciais construam respostas adequadas à Constituição. Enfatiza o autor que a obtenção de repostas adequadas à Constituição manifesta-se como *direito fundamental* do cidadão na medida em que o inciso IX do art. 93 da CF/1988 estabelece o dever de fundamentação das decisões judiciais.

Assim, seguindo a advertência de Dworkin de que se não conseguirá encontrar uma fórmula para garantir que todos os juízes cheguem à mesma resposta em processos constitucionais complexos, inéditos ou importantes<sup>342</sup>, Lenio Streck realiza uma *Teoria da Decisão de modelo construtivista*. Vale dizer, uma teoria que onera o intérprete no momento de construir seu argumento de modo a apresentar uma justificação adequada à constituição do ajuste por ele realizado entre as circunstâncias concretas do caso e o contexto normativo do direito da comunidade política.

Nesse sentido, teorias procedimentais - que procuram estabelecer critérios prévios para correção da decisão judicial - como a de Robert Alexy, são, de plano, rechaçadas. Na defesa de sua tese, o autor insiste na importância paradigmática da noção de *applicatio* que aparece em Gadamer (tal como antes apresentado). Com ela, o direito se liberta da velha armadilha presente nas teorias tradicionais sobre a hermenêutica que acreditavam na possibilidade de separar o fenômeno interpretativo - e, no limite, o decisional - em partes. Na verdade, no campo do conhecimento do direito é preciso ter presente que nenhum processo lógico-argumentativo pode 'acontecer' sem a pré-compreensão.<sup>343</sup>

Por outro lado, ele acentua que a hermenêutica, ao ampliar o espaço de legitimação dos processos cognitivos, estabelece as condições necessárias para dar conta desse complexo pré-compreensivo, determinando seus limites e sua pretensão de universalidade, possibilitando, assim, determinar a validade daquilo que foi obtido através da interpretação.<sup>344</sup>

De Dworkin - e da sua noção de direito como integridade - retira-se os

---

mencionar aquilo que essa obra pretende apontar: a construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma constituição normativa e da integridade da jurisdição”.

<sup>342</sup> No original: “Of course, we cannot find a formula which will guarantee that judges will all reach the same answer in complex or novel or crucial constitutional cases”. DWORKIN, Ronald. **Freedom’s law: the moral reading of the American constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 82.

<sup>343</sup> STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva, 2012, postfácio, n. 3.2.. p. 476.

<sup>344</sup> STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 477.

elementos necessários para compor os padrões mínimos que devem estar presentes em toda decisão. Esses padrões compõem algo que pode ser nomeado como *história institucional do direito* e têm nos princípios os marcos definidores de seu caminho. Assim, quando Dworkin diz que o juiz deve decidir lançando mão de argumentos de princípio e não de políticas, não é porque esses princípios sejam ou estejam elaborados previamente, à disposição da “comunidade jurídica” como enunciados assertóricos ou categorias (significantes primordiais-fundantes). Na verdade, quando sustenta essa necessidade, apenas aponta para os limites que devem haver no ato de aplicação judicial (por isso, ao direito não importa as convicções pessoais/morais do juiz acerca da política, sociedade, esportes, etc.; ele deve decidir por princípios).<sup>345</sup>

Esse compromisso passa pela reconstrução da história institucional do direito e pelo momento de colocação do caso julgado dentro da cadeia da integridade do direito. Portanto, a decisão jurídica não se apresenta como um processo de escolha do julgador das diversas possibilidades de solução da demanda. Mas, sim, como um processo em que o julgador deve estruturar sua interpretação - como a melhor, a mais adequada - de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política.<sup>346</sup>

A exortação desse compromisso (pré-compreendido) pode ser acessada pelo investigador do direito a partir de uma determinada estratégia metodológica. É preciso salientar que, quando se fala em princípios e em decidir por princípios, o movimento acontece na ordem do *a priori* e, portanto, num esforço de explicitação de algo que, com algumas ressalvas, pode-se chamar de *transcendentalidade jurídica*. Os princípios são, de algum modo, os marcos dessa transcendentalidade. Isso significa que há um plano, materialmente válido, no qual as decisões jurídicas se assentam e que não depende da escolha isolada de uma única pessoa. Trata-se de uma espécie de “tecido básico” - na expressão de Norbert Elias<sup>347</sup> - que acarreta um elo de interdependência entre as pessoas e que é encontrado nos mais diversos movimentos da sociedade (no caso de Elias, aquilo que ele chamou de *processo civilizador*) e que pode ser percebido de um modo privilegiado no direito a partir da experiência dos princípios jurídicos (constitucionais).

---

<sup>345</sup> STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva, 2012, posfácio, n. 3.2. p. 485.

<sup>346</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. passim.

<sup>347</sup> ELIAS, Norbert. **O Processo Civilizador**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993, v. 2. p.194.

Nessa perspectiva, a teoria propõe um redimensionamento do papel da doutrina que, além das clássicas atribuições de sistematização do conhecimento jurídico, deveria efetuar um efetivo papel de “censora” das decisões dos Tribunais: uma verdadeira censura epistemológica das decisões.<sup>348</sup>

Por fim, o autor oferece um rol de seis hipóteses que tornariam possível ao julgador deixar de aplicar uma lei:

O acentuado grau de autonomia alcançado pelo direito e o respeito à produção democrática das normas faz com que se possa afirmar que o *Poder Judiciário somente pode deixar de aplicar uma lei ou dispositivo de lei nas seguintes hipóteses*:

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

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

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

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

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

**f)** quando uma regra contrariar um princípio, no caso em que, a regra cederá em face do princípio.<sup>349</sup>

Fora dessas hipóteses, estaria o julgador necessariamente vinculado à obra do poder legislativo, devendo aplicá-la ao caso. Nestes termos, a Teoria da Decisão representa o âmbito discursivo no interior do qual se busca encontrar anteparos para o exercício da atividade jurisdicional - que o polo privilegiado para discussões envolvendo a interpretação do direito - de modo a adequar tal atividade aos contornos democráticos que o constitucionalismo Contemporâneo impõe. Vale dizer, a fundamentação - mais do que dever do órgão judicante - é um direito fundamental

<sup>348</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. passim.

<sup>349</sup> STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 605-606.

de todo cidadão.

### 5.1.2.1 O tipo penal como regra e o problema da abertura interpretativa

O apontamento de ambiguidades/vaguezas dos termos jurídicos e da linguagem ordinária que formam os tipos é tomado como um dos principais problemas da hermenêutica jurídico-penal contemporânea.<sup>350</sup>

A ambiguidade e a vagueza são tomadas como fatores determinantes de incerteza quanto ao âmbito da tipicidade, pela ideia de imprecisão das palavras, seja diante de um dos termos do texto ou diante da combinação deles, os quais, quando somados, acabam tornando a sentença vaga, indeterminada. Nesse caminho, vale lembrar a consideração de Genaro Carrió, estudioso da filosofia analítica, para quem:

Respecto de todas ellas vale la siguiente metáfora esclarecedora. Hay un foco de intensidad luminosa donde se agrupan los ejemplos típicos, aquellos frente a los cuales no se duda que la palabra es aplicable. Hay una mediata zona de oscuridad circundante donde caen todos los casos en los que no se duda que no lo es. El tránsito de una zona a otra es gradual; entre la total luminosidad y la oscuridad total hay una zona de penumbra sin límites precisos. Paradójicamente ella no empieza ni termina en ninguna parte, y sin embargo existe. Las palabras que diariamente usamos para aludir al mundo en que vivimos y a nosotros mismos llevan consigo esa imprecisa aura de imprecisión. [...] Esta característica de vaguedad potencial que los lenguajes naturales necesariamente exhiben ha sido llamada por Waismann 'la textura abierta del lenguaje'.<sup>351</sup>

E, mais adiante:

Las palabras que aparecen en las normas jurídicas para aludir a hechos, sucesos o actividades humanas, y proporcionar pautas o criterios para guiar o juzgar estas últimas, tienen, pues, una zona de penumbra, es decir, son actual o potencialmente vagas.<sup>352</sup>

Nesta altura da argumentação, importa questionar se seria possível afastar completamente a ambiguidade, imprecisão, vagueza das palavras que formam o tipo penal (regra). Além disso, caso fosse possível, estaria resolvido o problema da crise

<sup>350</sup> NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. Barcelona: Editorial, 1999. p. 261.

<sup>351</sup> CARRIÓ, Genaro R. **Notas Sobre Derecho y Lenguaje**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1979. pp. 33-35.

<sup>352</sup> CARRIÓ, Genaro R. **Notas Sobre Derecho y Lenguaje**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1979. p. 55.

da tipicidade penal?

Sem medo de ser repetitivo: o tipo penal é uma regra e as regras são abertas ou porosas (Streck), isto é, importa fazer ver que se não trata de fazer a escolha das palavras corretas para a criação do tipo, mas, muito antes, de aceitar o caráter interpretativo do direito, desvelando os pontos obscuros desta porosidade existente na regra que não é percebida pelos juristas.

A crise da tipicidade penal decorre da ausência de uma teoria da decisão que imponha limites ao intérprete na tarefa de dizer a incriminação, restando bastante claro que a regra não pode segurar todas as hipóteses de aplicação, não sendo a crise, pois, um problema meramente de sintática ou de semântica, mas de ser a discricionariedade tomada como solução para a abertura/porosidade da regra. Há um paradoxo. Aquilo que é pensado como solução para a incerteza que decorre da vagueza/imprecisão das palavras, acaba trazendo ainda mais incerteza, diante das múltiplas decisões possíveis a respeito de uma única matéria.<sup>353</sup>

A partir da diferença ontológica (Heidegger e Gadamer) entre regra e princípio e da noção de integridade (Dworkin), é inadiável a tarefa da criação de uma *Teoria da Decisão* que afaste a discricionariedade, admitindo a abertura interpretativa das regras diante de uma correta articulação destas com os princípios (constitucionais), a proporcionar uma situação hermenêutica na qual o ônus pela fundamentação da decisão tenha como verdadeiro correlato o direito de cada um a uma resposta constitucionalmente correta/adequada. Esta perspectiva ainda não foi assimilada pelos penalistas, os quais, em sua grande maioria, mantêm-se atrelados aos pressupostos do positivismo jurídico,<sup>354</sup> ou seja, continuam pensando que o problema da tipicidade é apenas de ordem sintática/semântica e continuam acreditando que a discricionariedade judicial é inevitável. O juiz fecha a interpretação

---

<sup>353</sup> Como será visto adiante, decidir não é escolher, sentir, ter vontade, optar, simplesmente. Decidir é um ônus. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. pp. 105-106.

<sup>354</sup> Vale recordar que, de acordo com o positivismo exegético ou legalista (da Escola da Exegese Francesa ou da Jurisprudência dos Conceitos na Alemanha, ainda no século XIX), o problema da interpretação era, por assim dizer, de ordem sintática (semântica), isto é, neste primeiro momento, o problema da interpretação seria resolvido pela simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõe o texto sagrado (código). Diante dos problemas enfrentados pela indeterminação do sentido do direito (desgaste do modelo sintático-semântico), surge o positivismo chamado normativo, a partir da TPD de Hans Kelsen, quando, então, o problema da interpretação passa ser mais semântico do que sintático, dentro do claro objetivo de reforçar o método analítico dos conceitualistas frente ao crescimento da Jurisprudência dos Interesses e da Escola do Direito Livre. Em síntese, no exegetismo, acreditava-se que incumbia ao juiz, simplesmente, aplicar a lei ao caso; no positivismo normativista, admitindo-se que as regras não cobrem todas as hipóteses de aplicação e que sempre há espaço para o subjetivismo, o problema da interpretação passa a ser resolvido pela discricionariedade.

(a porosidade da regra) com sua subjetividade.<sup>355</sup>

Esta noção de que em alguns tipos o juiz subsume com facilidade e noutras com dificuldade ou nos primeiros sem “juízo de valor” e nos outros com “juízo de valor”, está calcada na pretensão de que seria possível, nos casos de tipicidade fechada, não haver interpretação.<sup>356</sup>

Partindo desse ponto da discussão, tem-se que o homicídio simples (*matar alguém*) é considerado um tipo penal fechado (dispensa “juízo de valor”) e o crime culposo de homicídio (*se o homicídio é culposo*) é considerado um tipo aberto, porque necessita do “fechamento” a ser feito pelo juiz.

Este raciocínio merece reflexão.

Veja-se, para tanto, o controvertido tema do dolo eventual nos acidentes de trânsito, tópico que abriga exatamente o debate entre o crime de homicídio simples e o crime de homicídio culposo.

No plano doutrinário, há o reconhecimento explícito da enorme dificuldade de delimitação das hipóteses nas quais o crime é doloso (na modalidade do dolo eventual) ou culposo (na modalidade da culpa consciente).<sup>357</sup> O debate gira,

<sup>355</sup> Nas palavras de Hungria: Como toda norma jurídica, a norma penal não pode prescindir do processo exegético, tendente a explicar-lhe o verdadeiro sentido, o justo pensamento, a real vontade, a exata razão finalística, quase nunca devidamente expressos com todas as letras. HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Volume I. Tomo I. Rio de Janeiro Forense, 1977. p. 70.

<sup>356</sup> Para grande parte dos penalistas brasileiros, ainda vigora o pensamento segundo o qual a interpretação se divide em gramatical e lógica (ou teleológica, porque se propõe, principalmente, a pesquisa da razão finalística da lei). Na primeira, o intérprete vale-se da letra e sintaxe da norma legal para deduzir o seu sentido, sendo a considerada a mais simples e a menos subjetiva das formas de interpretação e, por isto mesmo, deve preceder a qualquer outra, pois parte da presunção que o legislador tenha sabido traduzir devidamente seu pensamento, até porque, segundo defendem esses autores, trata-se de princípio elementar de hermenêutica que, no texto das leis, nenhuma palavra se deve considerar supérflua, a não ser quando sua desnecessidade seja evidente. Já a interpretação lógica ou teleológica consiste na indagação da vontade ou intenção realmente objetivada na lei e para cuja revelação é muitas vezes insuficiente a interpretação gramatical, cumprindo ter em mira, antes de tudo, o escopo prático, a razão finalística da lei (*ratio legis*), que é alcançada ou reconhecível pela consideração do interesse ou bem jurídico que a lei visa a tutelar (vida, patrimônio, liberdade, fé pública, etc.), perquirindo-se toda a respectiva disciplina jurídica, a fim de que se possa descobrir e entender com exatidão a *voluntas legis*. HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Volume I. Tomo I. Rio de Janeiro Forense, 1977. pp. 68-72.

<sup>357</sup> No artigo O dolo eventual nos homicídios de trânsito: uma tentativa frustrada, publicado originalmente na Revista dos Tribunais nº 754, volume 461, Alexandre Wunderlich analisa profundamente o tema, mergulhando nesta difícil tarefa de estabelecer a diferenciação entre o dolo eventual e a culpa consciente. O artigo também pode ser encontrado em: WUNDERLICH, Alexandre Lima. **Crime e Sociedade**. Org. Cezar Roberto Bitencourt. Curitiba: Juruá Editora, 1998. pp. 15-42. Sobre a controvérsia na dogmática nacional, ver também: HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Volume I. Tomo I. Rio de Janeiro Forense, 1977. p. 116; FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense Editora, 1994. p. 173; MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. p. 260; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria geral do delito**. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 112; COSTA JR., Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 75; DELMANTO, Celso. **Código Penal**

basicamente, em torno da questão da aceitação do resultado (teoria da anuência) e da questão da probabilidade de ocorrência do resultado (teoria da probabilidade), destacando-se, porém, a existência de inúmeros critérios para a determinação da ocorrência ou não do dolo eventual.<sup>358</sup>

No plano jurisprudencial, de outra parte, a questão está vinculada, quase que exclusivamente, ao binômio: álcool-velocidade. Em recente decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida nos autos do Habeas Corpus nº 107801,<sup>359</sup> de relatoria

**Comentado.** Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 30; FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 205; ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** V. 1 - Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 434; PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 35.

<sup>358</sup> Nereu Giacomolli, desembargador integrante da Terceira Câmara Criminal do TJRS, em voto recente sobre a matéria, destaca o acirrado debate entre inúmeras teorias: O nosso Código Penal estabelece a dicotomia entre dolo direto e eventual (assumir o risco de produzir o resultado). Em todas elas, é imprescindível o “querer” e o “conhecer” a realização do tipo (concepção clássica). Como é de difícil delimitação o querer, este passou a ser relacionado com estados emocionais: consentimento na realização típica. Também há os que defendem os denominados “sucedâneos da vontade”. Além da teoria do consentimento, a teoria da probabilidade explica a diferenciação entre o dolo e a culpa pelo grau de representação do agente (grau de probabilidade), no momento da realização típica. Não há uma valoração motivacional ou intencional. Segundo essa teoria (critério quantitativo), deveríamos analisar as possibilidades de causar o resultado: quando elevadas - dolo; quando escassas - culpa. O que mais é aceitável na doutrina é a teoria do consentimento, sem a vinculação ao componente volitivo ou volitivo-emocional. Assim, age com dolo o agente que “considerar como seriamente possível a realização do tipo e se conforma com a mesma” (Jescheck. p. 268). Portanto, quando o agente confia que o resultado não ocorra, não há dolo, mas culpa. Porém há doutrinadores que restringem o consentimento (Luzón Peña - Curso de Derecho Penal). Segundo o formulado por Frisch (relevância da confiança - Comportamiento Típico e Imputación del Resultado), quando o agente, mesmo conhecendo o perigo de sua conduta, confia que o resultado não ocorra ou mesmo quando não levar a sério o risco, a conduta é culposa e não dolosa. A teoria da evitação idônea (Tatmäßige Vermeidwille) de Mezger/Kaufmann (El Dolo Eventual em la Estructura del Delito), afasta o dolo quando o agente, após sua conduta, intervém para evitar o resultado. A teoria de Roxin (Derecho Penal, parte general), vincula o resultado ao bem jurídico (sujeito conta, seriamente com a realização do tipo e, mesmo assim, continua agindo), a qual foi remodelada por Díaz Pita (Los Límites del Dolo eventual), delimitando-a no plano cognitivo, no sentido da correta apreensão situacional pelo agente - significado e extensão; relevância do risco ao bem jurídico e a vontade de evitação. Mas recentemente, Jakobs (Derecho Penal, parte general), afastando-se do “conhecer” e “querer”, defende a existência do dolo eventual quando o agente, no momento da ação, julgar que a realização do tipo, em razão de seu atuar, é provável. Nessa linha de Jakobs, se faz mister verificar a criação de riscos não tolerados, para si e para terceiros. Para Herzberg, é o perigo descoberto (sorte ou causalidade interferem no resultado) que caracterizaria do dolo eventual quando o agente conhece o perigo que deveria levar considerar com seriedade. Também Puppe (Distinção entre Dolo e Culpa) formulou a teoria do perigo doloso, afastada os aspectos subjetivos do sujeito (pois de difícil comprovação), motivo por que haveria necessidade de normatização: merece ser considerada pelo direito a confiança do autor na não realização do resultado?; haverá perigo doloso quando o atuar for idôneo (quando o é?) ao resultado; qual a chance de o resultado ocorrer? (quando a chance de causar o resultado for elevada, há perigo de dolo - isso depende da metodologia fundada na experiência). (BRASIL, RS. Tribunal de Justiça. Apelação Crime nº 70042122309, Terceira Câmara Criminal. Relator Nereu Giacomolli. Julgamento: 10/11/2011. DJ: 05/12/2011).

<sup>359</sup> Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. PRONÚNCIA POR HOMICÍDIO QUALIFICADO A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. EMBRIAGUEZ ALCOÓLICA. ACTIO LIBERA IN CAUSA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO VOLITIVO. REVALORAÇÃO DOS FATOS QUE NÃO SE CONFUNDE COM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO.

da Min. Cármen Lúcia, relator para acórdão o Min. Luiz Fux, da Primeira Turma, feito julgado em 06/09/2011, foi afastada a questão da ingestão de bebida alcoólica e do excesso de velocidade, tomados isoladamente, como suficientes para configurar o dolo eventual.

Antes de ser julgado pelo STF, o caso foi apreciado pela Quinta Turma do STJ (HC nº 94.916 - SP 2007/0273960-4), sendo relator o Ministro Jorge Mussi. O HC foi impetrado perante o STJ sob a alegação de constrangimento ilegal decorrente de pronúncia por homicídio qualificado a título de dolo eventual, já que o paciente teria agido com culpa. Da análise dos autos, o Ministro Relator entendeu que estava correta a pronúncia que deu o paciente como incurso nas sanções do crime de homicídio qualificado com dolo eventual, porque em 19-5-2002, agindo com ânimo homicida e mediante o emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima, produziu em E. A. O. os ferimentos descritos no laudo necroscópico de fls. 31, os quais foram a causa eficiente de sua morte. Houve a interposição de recurso em sentido estrito visando a desclassificação do delito para homicídio culposo, o que não foi acolhido. Contra o acórdão, o paciente impetrou o HC, pleiteando a desclassificação da figura típica prevista no art. 121, § 2º, inciso IV c/c

---

ORDEM CONCEDIDA. 1. A classificação do delito como doloso, implicando pena sobremodo onerosa e influyendo na liberdade de ir e vir, mercê de alterar o procedimento da persecução penal em lesão à cláusula do due process of law, é reformável pela via do habeas corpus. 2. O homicídio na forma culposa na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB) prevalece se a capitulação atribuída ao fato como homicídio doloso decorre de mera presunção ante a embriaguez alcoólica eventual. 3. A embriaguez alcoólica que conduz à responsabilização a título doloso é apenas a preordenada, comprovando-se que o agente se embebedou para praticar o ilícito ou assumir o risco de produzi-lo. 4. In casu, do exame da descrição dos fatos empregada nas razões de decidir da sentença e do acórdão do TJ/SP, não restou demonstrado que o paciente tenha ingerido bebidas alcoólicas no afã de produzir o resultado morte. 5. A doutrina clássica revela a virtude da sua justeza ao asseverar que “O anteprojeto Hungria e os modelos em que se inspirava resolviam muito melhor o assunto. O art. 31 e §§ 1º e 2º estabeleciam: 'A embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, ainda quando completa, não exclui a responsabilidade, salvo quando fortuita ou involuntária. § 1º. Se a embriaguez foi intencionalmente procurada para a prática do crime, o agente é punível a título de dolo; § 2º. Se, embora não preordenada, a embriaguez é voluntária e completa e o agente previu e podia prever que, em tal estado, poderia vir a cometer crime, a pena é aplicável a título de culpa, se a este título é punível o fato”. (Guilherme Souza Nucci, Código Penal Comentado, 5. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: RT, 2005. p. 243) 6. A revalorização jurídica dos fatos postos nas instâncias inferiores não se confunde com o revolvimento do conjunto fático-probatório. Precedentes: HC 96.820/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 28/6/2011; RE 99.590, Rel. Min. Alfredo Buzaid, DJ de 6/4/1984; RE 122.011, relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 17/8/1990. 7. A Lei nº 11.275/06 não se aplica ao caso em exame, porquanto não se revela lex mitior, mas, ao revés, previu causa de aumento de pena para o crime sub iudice e em tese praticado, configurado como homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB). 8. Concessão da ordem para desclassificar a conduta imputada ao paciente para homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB), determinando a remessa dos autos à Vara Criminal da Comarca de Guariba/SP. (BRASIL, DF. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 107801, Primeira Turma. Relatora: Cármen Lúcia, Relator p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX. Julgamento: 06/09/2011. DJe: 13/10/2011).

art. 18, inciso I, segunda parte, todos do Código Penal, para o tipo constante do art. 302, caput, da Lei nº 9.503/97 (homicídio culposo na direção de veículo automotor). A alegação foi de ausência de anuência do motorista em relação ao evento morte (teoria da anuência), acrescentando que o suposto estado de embriaguez do paciente, em ultima ratio, poderia levar a incidência da causa de aumento prevista no artigo 302, parágrafo único, inciso V da Lei nº 9.503/97, mas nunca ensejar o reconhecimento de dolo eventual. O Relator destacou trecho da pronúncia, onde constou não haver provas de que o réu tivesse a intenção de matar a vítima, mas, por outro lado, ressaltou que a decisão refere estar o acusado conduzindo o veículo em velocidade incompatível com a localidade, ou seja, encaminha o voto no sentido de ser mantida a pronúncia. Destaca, ainda, não ser o HC um instrumento hábil para o exame da matéria. A Quinta Turma denegou a ordem.

Houve a impetração de novo HC, agora para o STF, tendo então, sido proferido o voto acima destacado, desta vez, afastando a possibilidade de ser o acusado julgado pelo Tribunal do Júri pela imputação de homicídio doloso qualificado.

A Ministra Carmen Lúcia, relatora do HC, votou vencida pela denegação da ordem, por dois argumentos: primeiro, por não ser o habeas corpus uma via adequada para o revolvimento da prova dos autos, necessário no caso da determinação da ocorrência de dolo ou culpa; segundo, por haver doutrina e jurisprudência no sentido da admissibilidade da tese acusatória de homicídio com dolo eventual em *acidentes mais graves*.

Conforme consta no voto vitorioso do Ministro Luiz Fux, entretanto, foi admitida a possibilidade de concessão da ordem de habeas corpus para desclassificar a conduta imputada ao paciente para homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302 do Código de Trânsito), já que não restou demonstrado que o paciente tenha ingerido bebidas alcoólicas consentindo em que produziria o resultado, o qual pode até ter previsto, mas não assentiu que ocorresse.

A discussão sobre o dolo eventual no trânsito, como se pode perceber, desloca completamente a questão do plano da construção típica para o plano interpretativo, deixando à mostra exatamente a abertura (porosidade) sempre presente nas regras, ou seja, não há tipos fechados ou abertos (assim como não há casos fáceis ou difíceis) para a hermenêutica. Em primeiro lugar, cumpre assinalar que não há um homicídio doloso no trânsito, sem um veículo, sem um motorista,

sem uma vítima. Em segundo lugar, a regra fechada e clara do art. 121 do CP torna-se ambígua, incerta, difícil, quando concerne ao simples acoplamento, dadas as inúmeras questões a serem verificadas para a *correta adequação do fato ao tipo*.

O que se pode constatar, a partir deste rápido olhar sobre a celeuma do dolo eventual, é que mesmo o tipo de homicídio simples, o qual até poucas linhas atrás era tido como fechado, claro, preciso, passa a ser objeto de uma grande discussão, revelando que não há como evitar a abertura interpretativa das regras. Não há certeza típica.<sup>360</sup>

A discussão acaba centrada na noção de que uma lei penal vaga afeta a possibilidade de conhecimento prévio das possibilidades futuras de subsunção, afeta o caráter matemático da ciência jurídica, a estabilidade e a determinação da interpretação. Palavras vagas teriam o condão de ampliar demasiadamente o horizonte de possibilidade de subsunção, tornando o direito mais incerto e menos estável. A taxatividade constitui, portanto, a base sobre a qual está erguida a noção atual de legalidade penal por subsunção.

Importante observar, diante de tudo o que foi até aqui apresentado, que a busca da taxatividade, como ideal de certeza da tipicidade por subsunção, pode ser explicada pela amarração da dogmática, como ciência do direito penal, ao positivismo jurídico (exegético e normativista), no qual a metafísica dualista ainda faz com que o jurista trabalhe com o plano do dever ser, no qual as palavras devem ser exatas, determinadas, unívocas quanto ao sentido, e com o plano do ser, no qual, diante da impossibilidade da univocidade, torna-se aceitável e indispensável a manifestação da discricionariedade na interpretação.

---

<sup>360</sup> Nilo Batista, a respeito do princípio da legalidade, disserta sobre o emprego de elementos do tipo sem precisão semântica como sendo uma hipótese de violação ao princípio da legalidade, pois tais elementos (normativos) não dispõem de um sistema de referência que permita um nível aceitável de certeza típica. BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan. 2001. p. 81.

### 5.1.2.2 A diferença entre regras e princípios: a narrativa principiológica como condição de legitimidade da interpretação penal

A problemática da relação entre regras e princípios é ponto fulcral da teoria do direito e elemento central da Teoria da Decisão. Desse modo, também no campo da interpretação do direito penal, mais especificamente no campo da concretização típica, não se pode descuidar das questões que dela se projetam.

Embora não seja objeto da tese o enfrentamento do conceito de princípio e de suas (possíveis) configurações teóricas, é fundamental esclarecermos alguns elementos em torno dessa temática para que a aproximação da teoria da decisão com o direito penal possa se estabelecer adequadamente.

Nesse sentido, é necessário termos presente ao menos duas advertências críticas com relação as formas tradicionais de representação do conceito de princípio e de sua conseqüente distinção com relação a outras figuras normativas, no caso, das regras.

Assim, é possível identificar pelo menos três modos através dos quais o conceito de princípio foi tematizado pela tradição jurídica: *a)* como princípios gerais do direito; *b)* como princípios epistemológicos; e *c)* como princípios pragmáticos ou problemáticos. A noção de princípios gerais do direito surgiu no contexto do movimento positivista, como elementos capazes de assegurar a completude da codificação. Já os princípios epistemológicos são aqueles que possibilitam o conhecimento de uma determinada disciplina, dando-lhe coerência e unidade. Por fim, a ideia de princípios problemáticos, retirada da obra de Josef Esser e engendrada a partir da metade do século XX, emerge a partir de uma mudança radical na intencionalidade do Direito, cujas propostas se voltam a pensar o sentido do direito e seus vínculos com o comportamento humano direto.<sup>361</sup>

A partir disso, então, deve ser esclarecido, em primeiro lugar, que, no âmbito dessas reflexões, cita-se princípio na condição de *princípios constitucionais* e não no

---

<sup>361</sup> Essa abordagem é feita por Rafael Tomaz de Oliveira, cuja obra justamente tem como objetivo problematizar o conceito de princípio, sob os aportes da fenomenologia hermenêutica. Convém mencionar que o autor deixa claro que estes significados dados aos princípios não indicam uma evolução no conceito de princípio, na linha de um raciocínio histórico linear. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. pp. 45-64.

modo como são tradicionalmente retratados, os chamados *princípios gerais do direito*. Lenio Streck afirma essa separação entre essas duas possibilidades conceituais a partir da construção da *tese da descontinuidade*.<sup>362</sup> Para o autor não é possível encarar os princípios constitucionais da mesma maneira que a doutrina se relacionava com os chamados princípios gerais do direito.

No contexto tradicional, os princípios gerais do direito - enquadrados nos termos da experiência do privatismo do século XIX - representam axiomas de justiça que compõem de forma implícita o sistema de direito codificado. Nesse sentido, a função de tais axiomas seria cobrir eventual insuficiência das regras do direito codificado: no momento em que não pudesse ser encontrada nas fórmulas dos códigos a solução para o caso concreto, os princípios gerais do direito apareceriam como reminiscências dos grandes sistemas jusnaturalistas, para oferecer a solução para o caso. Daí que, em grande maioria, os princípios gerais se confundem com os *brocardia*, ferramentas interpretativas que tiveram lugar entre os glosadores e comentadores para o estudo do texto o *Corpus Juris Civilis* de Justiniano.<sup>363</sup>

Já os princípios constitucionais representam o *novum* que advém com o fenômeno do constitucionalismo contemporâneo, na esteira de ideias como o dirigismo constitucional; da força normativa das constituições; e do fortalecimento da jurisdição constitucional no ambiente da Europa pós-bélica.<sup>364</sup>

---

<sup>362</sup> Sobre a tese da descontinuidade, que constitui esta parte do trabalho, a obra STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva, 2012, possui o capítulo específico: Elementos para a (pré)compreensão dos pontos centrais da obra, item 5. pp. 56-57.

<sup>363</sup> Como refere António Manuel Hespanha, a escola dos glosadores possui um método cujas características desdobram-se em dois aspectos: na fidelidade ao texto de Justiniano e em seu caráter analítico. Ou seja, a função do jurista era esclarecer e captar os sentidos das palavras (interpretação anotativa), a partir de uma metodologia analítica, isto é, tratando da interpretação de um texto independente do outro, do que resultava a glosa. De acordo com Hespanha, “a ‘glosa’ - explicação breve de um passo do Corpus Iuris Obscuro ou que suscitasse dificuldades - era, portanto, o modelo básico de trabalho desta escola”. Nesta linha, os *brocardia* tratavam-se de tipos literários consistentes na formulação de regras doutrinárias utilizadas para interpretar. Para aprofundar o tema, ver: HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. pp. 197-209.

<sup>364</sup> Neste ambiente teve grande importância a proposta teórica de José Joaquim Gomes Canotilho, consubstanciada no livro “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador”, no qual, adaptando e aprofundando a tese do jurista alemão Peter Lerche (“dirigierende Verfassung”) de 1961, o constitucionalista português consagrou o que ficou conhecido como “constitucionalismo dirigente”. Com isso, Canotilho visou a demonstrar o papel estratégico assumido pelas constituições, no sentido de que, ao “utilizar-se da expressão ‘constituição dirigente’, pretendeu-se [...] afirmar a força actuante do direito constitucional”. 42 Assim, à concepção de Estado de Direito foi agregado um conteúdo extraído do próprio texto constitucional, de forma que a constituição passa a ser “um meio de direção social” e “uma forma ‘racionalizada’ de política”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e**

Nesse caso, os princípios passam a ser revestidos de uma dimensão deontológica que lhes confere status de verdadeira norma jurídica. Princípios, assim, são normativos. E são normativos porque obrigam efetivamente, tanto ao poder público quanto aos particulares, vinculando, assim, as relações sociais.<sup>365</sup>

Assim, mais do que uma função de colmatação do sistema abstrato dos códigos do direito privado; os princípios constitucionais se apresentam como constituidores da normatividade de modo que, no limite, é possível afirmar que apenas os atos estatais assentados em princípios é que são constitucionalmente legítimos.<sup>366</sup> Como o ato privilegiado de aplicação do direito é a decisão judicial, não é possível que haja decisão judicial legítima sem que exista um princípio que a sustente.<sup>367</sup>

Outro ponto que merece destaque diz respeito ao recorte teórico operado para se realizar a distinção/diferença entre regra e princípio. Há pelo menos duas possibilidades de realizar a referida distinção/diferenciação: uma analítica/estrutural e outra fenomenológica.

Os adeptos da distinção estrutural efetuam uma separação artificial entre os dois padrões normativos realizando essa distinção sob os seguintes argumentos:

1. princípios e regras são padrões normativos que participam do gênero *norma* (ou seja, conferem uma permissão, competência ou uma obrigação a um particular ou órgão do Estado;
2. o modo de realização de cada uma desses padrões, contudo, são distintos: os princípios são mandados de otimização, valem absolutamente *prima facie*, mas, nos casos concretos devem ser aplicados segundo a máxima realização possível; Já as regras são mandados de definição e devem ser

---

**vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. pp. 27-48.

<sup>365</sup> STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 57.

<sup>366</sup> Esta ideia de princípios é retirada da obra de Ronald Dworkin, a partir da distinção que faz entre princípios e políticas. Para o autor, há uma sensível diferença entre argumentos de princípio e de política, na medida em que os últimos instituem metas, ao passo que os primeiros descrevem direitos. Indo mais além, Dworkin diz o que ele considera um princípio: "I call a 'principle' a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality". DWORIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1978. p. 22.

<sup>367</sup> "A resposta apresenta um delineamento do significado assumido pelos princípios neste novo paradigma: a legitimidade de uma decisão será auferida no momento em que se demonstra que a regra/norma por ela concretizada é instituída por um princípio. Desse modo, tem-se o seguinte: não há regra sem um princípio instituidor. Sem um princípio instituinte, a regra não pode ser aplicada, posto que não será portadora do caráter de legitimidade democrática". STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 546.

aplicadas ao modo do tudo-ou-nada;

3. Desse modo, a aplicação das regras se faz por subsunção; ao passo que os princípios são aplicados segundo as regras de uma fórmula: a ponderação.

Já os autores que professam a diferença fenomenológica entre regras e princípios (Dworkin e Lenio Streck, por exemplo) afirmam que a distinção se realiza muito mais por uma operação interpretativa do que por um problema procedimental. Os princípios, neste caso, são os marcos definidores da história institucional do direito e, nesse sentido, realizam um fechamento interpretativo, na medida em que funcionam como uma blindagem hermenêutica à discricionariedade judicial, inevitável para aqueles que retratam o direito como um sistema de regras.<sup>368</sup>

Esse fator acarreta outra consequência, correlata a essa diferença de postura: para os adeptos da distinção estrutural, os princípios efetuariam uma “correção” do discurso jurídico, na medida em que seu caráter otimizador abriria o discurso jurídico para o discurso moral.<sup>369</sup> Por outro lado, a diferença fenomenológica entre regras e princípios enxerga nos princípios, exatamente, o ponto de estofamento entre o direito e a moral, pregando, assim, uma cooriginariedade ou uma interconexão entre o direito e a moral.<sup>370</sup> Em resumo, isso significa que os princípios representam o significado

---

<sup>368</sup> É isso que constitui a tese da descontinuidade, proposta por Lenio Streck: “[...] os princípios constitucionais instituem o mundo prático no direito (que, como já referi alhures, é distinto da razão prática stricto sensu). Essa institucionalização representa um ganho qualitativo para o direito, na medida em que, a partir dessa revolução paradigmática, o juiz tem um dever (have a duty to, como diz Dworkin) de decidir de forma correta. Trata-se do dever de resposta correta, correlato ao direito fundamental de resposta correta que venho defendendo. Isso é assim porque, em Dworkin, a normatividade assumida pelos princípios possibilita um “fechamento interpretativo” próprio da blindagem hermenêutica contra discricionarismos judiciais. Essa normatividade não é oriunda de uma operação semântica ficcional, como se dá com a teoria dos princípios de Alexy. Ao contrário, ela retira seu conteúdo normativo de uma convivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade. Os princípios, nesta perspectiva, são vivenciados (“faticizados”) por aqueles que participam da comunidade política e que determinam a formação comum de uma sociedade. É exatamente por esse motivo que tais princípios são elevados ao status da constitucionalidade. Por isso, os princípios são deontológicos”. STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 540.

<sup>369</sup> É este, por exemplo, o posicionamento de Robert Alexy, para quem, em linhas gerais, a ideia de complementariedade da moral está vinculada à concepção de direito como um “caso especial” do discurso moral. Isso significa dizer que somente é necessário se recorrer a “valorações adicionais”, quando se estiver diante de um caso difícil, ou seja, quando “lei, dogmática e precedente não determinam a resposta a uma questão jurídica”. Assim, o discurso moral corretivo somente é utilizado na insuficiência do que foi legislativamente proposto. ALEXY, Robert. **Contitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 39. Nessa obra, ver, especialmente no item “Tese do caso especial” (p. 39-40), quando Alexy afirma: “[...] a pretensão de correção funda, também, no plano da aplicação do direito, uma união necessária de direito e moral”

<sup>370</sup> Conforme Ronald Dworkin, a leitura moral da constituição é um modo particular de ler e fazer cumprir uma constituição política. Nas palavras do autor: “The moral reading proposes that we all - judges, lawyers and citizens - interpret and apply these abstract clauses on the understanding that they invoke moral principles about political decency and justice. [...] The moral reading therefore brings political morality into the heart of constitutional law.” DWORKIN, Ronald. **Freedom’s law: the moral reading of**

maior da moralidade de uma comunidade política. É justamente por isso que os princípios funcionam como padrões que legitimam a ação do Estado e a imposição de sua força física.

Tudo isso é desenvolvido em um contexto que se pode chamar pós-positivista, compreendido como uma postura que visa a enfrentar os pressupostos do positivismo jurídico, em especial a concepção do direito como um sistema de regras e o afastamento entre direito e moral.<sup>371</sup> De fato, sob os aportes da proposta positivista, especialmente de cunho hartiano e kelseniano, o papel dos princípios desaparecem, exatamente porque o direito é concebido como composto por regras, que predominantemente atribuem completude ao sistema jurídico, mas que, em face de sua insuficiência - das regras -, reconhecida tanto por Kelsen como por Hart a partir da ambiguidade e vagueza da linguagem do texto legal, ganha espaço a discricionariedade do juiz, como já referido acima. Não é por outro motivo que as teorias conhecidas como *neoconstitucionalistas*<sup>372</sup>, capitaneadas especialmente pelos espanhóis e pretensamente forjadas neste ambiente de enfrentamento ao positivismo, justamente trazem a marca de um direito principiologicamente concebido e da vinculação entre direito e moral.

Ocorre que os diversos neoconstitucionalismos incorporam estes elementos (princípios e moral) reforçando aquilo que pode ser considerada a principal característica do positivismo: a aposta na discricionariedade. Aliás, é justamente isso

---

the American constitution. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 2. Destaca-se que não apenas Dworkin propõe a tese da cooriginariedade entre direito e moral. Também Jürgen Habermas, embora sob outros pressupostos, também possui tal entendimento: “A moral pode irradiar-se a todos os campos de ação, através de um sistema de direitos com o qual ela mantém um vínculo interno, atingindo inclusive as esferas sistematicamente autonomizadas das interações dirigidas por meios que aliviam os atores de todas as exigências morais, com uma única exceção: a da obediência geral ao direito [...] Só poderemos avaliar a propagação dos conteúdos morais pelos canais das regulamentações jurídicas, quando encarmos o sistema do direito como um todo.” HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia I: Entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 154.

<sup>371</sup> Herbert Hart é considerado um positivista moderado por aceitar a relação entre direito e moral sob certa perspectiva. No capítulo que intitula de O Direito e moral, Herbert Hart expõe a ideia de uma inevitável sobreposição entre o direito e a moral, ou seja, ele reconhece que o Direito possa a ser influenciado pela Moral, entretanto, ressalta que isso não ocorre necessariamente. Ou seja, ele não nega a possibilidade de ligação entre direito e moral, mas apenas afirma que dessa relação não depende a validade das regras jurídicas. O que isto significa? Primeiro, que o direito não apresenta - de novo, necessariamente - conformidade com a Moral; segundo, que não existe uma obrigação Moral de obedecer à lei. HART, Herbert. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fonte, 2009. pp. 239-240.

<sup>372</sup> Para Prieto Sanchís, as principais características do neoconstitucionalismo são: “mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; mais Constituição que lei; mais juiz que legislador”. SANCHÍS, Luis Prieto. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones. In: **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003. p. 101.

que levou Luigi Ferrajoli a se posicionar contrariamente aos neoconstitucionalismo<sup>373</sup>, por afirmar que suas propostas favoreciam o ativismo judicial, o que é por ele refutado a partir de seu positivismo garantista. Para o autor,

[...] pode-se registrar uma singular convergência do constitucionalismo principialista ou argumentativo com o realismo e com aquilo que podemos chamar de neopandectismo quando ameaçam a normatividade do direitonos confrontos dos operadores jurídicos: o direito, segundo todas estas orientações, é aquilo que, na realidade, dizem os tribunais [...].<sup>374</sup>

Por esse motivo, Ferrajoli mantém a tese da separação entre direito e moral, o que, dentre outros temas, é colocado em debate por diversos juristas na obra *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*. Lenio Streck, que participa de tal discussão com o jurista italiano, embora concorde com as críticas de Ferrajoli ao neoconstitucionalismo, especialmente no que diz respeito à criação judicial arbitrária de princípios (que aquele chama de panpricipiologismo) e à utilização da ponderação como metodologia aplicativa, afirma, em discordância com a proposta de Ferrajoli, a possibilidade de construção de uma teoria constitucional pós-positivista, que incorpore princípios e a cooriginariedade entre direito e moral.<sup>375</sup> Isso porque, conforme Lenio Streck e Tomaz de Oliveira:

[...] é preciso ter presente que a intersecção entre direito e moral (ou sua cooriginariedade) vem à tona a partir de Dworkin, não pela defesa de moralismos ou de jusnaturalismos, mas em virtude da identificação em sua teoria de uma ‘responsabilidade política de cada juiz [...].’<sup>376</sup>

Isso repercute diretamente para o tema aqui proposto, afinal, a tipicidade não

<sup>373</sup> Segundo Ferrajoli, “este constitucionalismo principialista e argumentativo, de nítida matriz anglo-saxônica, caracteriza-se, portanto, (a) pelo ataque ao positivismo jurídico e à tese da separação entre direito e moral; (b) pelo papel central à argumentação a partir da tese de que os direitos constitucionalmente estabelecidos não são regras, mas princípios, entre eles em virtual conflito, que são objetos de ponderação, e não de subsunção; e (c) pela conseqüente concepção de direito ‘como uma prática jurídica’, confiada, sobretudo, à atividade dos juizes”. FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. Tradução de André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 21.

<sup>374</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. Tradução de André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 21.

<sup>375</sup> STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: \_\_\_\_\_; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. pp. 59-94.

<sup>376</sup> STRECK, Lenio Luiz; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **O que é isto - as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 86.

pode ser compreendida fora desse novo paradigma constitucional, consubstanciado pelo Constitucionalismo Contemporâneo. Como já referido, tipos penais são regras e, como tais, sua aplicação exige um exercício interpretativo. E essa exigência não se dá apenas em termos da decisão judicial, mas também de todos aqueles que participam do processo incriminatório.

#### 5.1.2.3 O ato de Decisão como uma reconstrução da história principiológica: a necessária diferença que existe entre decidir e escolher

Pelas razões apresentadas acima, pode-se perceber que há um profundo vínculo entre decisão e princípios. Na verdade, em cada decisão deve existir um princípio subjacente que lhe ofereça legitimidade. Assim também deve ocorrer nas decisões penais que concretizam os tipos abstratos previstos pelo ordenamento. No momento da decisão o juiz deve reconstruir a cadeia principiológica da história institucional do direito e modo a demonstrar como a sua interpretação é a melhor no contexto das interpretações possíveis para aquele caso concreto.

Nesse sentido, a decisão não se apresenta como um ato de escolha. Na verdade, o momento de decisão indica um comprometimento maior por parte do órgão julgante com uma série de fatores que compõem a moralidade da comunidade política. Evidente que esse caldo de cultura é, desde sempre, pré-compreendido pelo intérprete. O ato de decidir implica sempre um ônus que é a justificação dos motivos que lhe levaram aquela decisão para o caso concreto.

Ou seja, há uma diferença entre decidir e escolher, que é fundamental para que se entenda o que se pretende com a afirmação de que também no âmbito da tipicidade há a exigência de uma resposta correta (Dworkin/Streck). Com efeito, diante de um caso concreto, o juiz/intérprete/aplicador não pode tomar a decisão como uma escolha dentre as várias consideradas possíveis, dando espaço para a manifestação de sua subjetividade. Segundo ele, o ato de escolher pressupõe um processo de eleição que obedece a critérios subjetivos, e, assim sendo, é circunstancial, no sentido de que não vincula de maneira alguma: nem em relação ao que foi decidido anteriormente, tampouco no que diz respeito aos seus efeitos para decisões futuras. Ou seja, trata-se, na verdade, de um ato discricionário, sendo essa a expressão técnica que o direito utiliza para tratar de escolhas.

Por outro lado, a decisão pressupõe um compromisso. Um compromisso com

o passado, mas também com o futuro.<sup>377</sup> Trata-se de perceber que o direito possui uma historicidade, uma tradição, construída intersubjetivamente, e que uma escolha, evitada de solipsismo, desconstrói todo esse caldo de cultura historicamente condicionado. Isso é fundamental, especialmente considerando a noção de integridade do direito, reforçada por Lenio Streck, a partir de Dworkin: quando um pronunciamento jurisdicional revela uma escolha, então, resta subjugada a ideia de direito como um todo coeso e integrado.<sup>378</sup>

A percepção dessa diferença entre decidir e escolher pode ser desdobrada em dois outros aspectos fundamentais: no dever de fundamentar as decisões (Streck) e na afirmação da responsabilidade política dos juízes (Dworkin). Esses três elementos compõem o núcleo do que pode ser considerado uma teoria da decisão judicial, a qual não tem relação com fixar ótimos procedimentos para a obtenção de resultados, mas afirmar que o melhor resultado seja garantido em termos de cumprimento dos compromissos constitucionais.

No que diz respeito ao dever de fundamentar, trata-se de ir além do que está previsto no art. 93, IX da Constituição brasileira. Com isso, o autor pretende radicalizar a interpretação de tal dispositivo, referindo que, mais do que a mera explicitação dos motivos pelos quais a decisão foi tomada, é preciso que haja um comprometimento de que esta fundamentação se dê em termos de defesa de uma legalidade constitucional. Em outras palavras, não é suficiente que seja dada uma resposta e que ela seja justificada, é preciso que seja constitucionalmente adequada (correta).<sup>379</sup>

Junto a isso, tem-se a ideia de responsabilidade política dos juízes. Trata-se da noção de que, no exercício da atividade jurisdicional, os intérpretes devem estar condicionados a um todo coerente, que é o direito. Isso vai refletir na busca pela melhor justificação das práticas jurídicas, nascem justamente a partir desta noção de sociedade como comunidade de princípios. Assim, a ideia de integridade do Direito perpassa uma noção de resgate principiológico da história institucional do Direito (de

---

<sup>377</sup> Esta noção é retirada da obra de Dworkin, quando trata da integridade do direito: “Law as integrity denies that statements of law are either the backward-looking factual reports of conventionalism or the forward-looking instrumental programs of legal pragmatism. It insists that legal claims are interpretative judgments and therefore combine backward- and forward-looking elements; they interpret contemporary legal practices seen as an unfolding political narrative. DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 1986. p. 225.

<sup>378</sup> Toda a construção aqui realizada foi retirada da obra de STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. pp. 105-106.

<sup>379</sup> STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 411.

sua moralidade política), condiciona o intérprete.<sup>380</sup>

Para tratar desta busca pelo melhor sentido que se pode extrair do direito, Dworkin utiliza o exemplo da obra de arte, o que constitui sua tese da hipótese estética.<sup>381</sup> Como afirma Stephen Guest, na introdução de sua obra que trata exclusivamente da proposta de Dworkin, para o jurista norte-americano,

[...] as controvérsias que podem surgir quando interpretamos um empreendimento artístico são inevitáveis e raramente encontramos um consenso em torno de qual delas seria a melhor interpretação. Isto, contudo, não equivale a afirmar que todas possíveis interpretações são igualmente boas ou válidas.<sup>382</sup>

Assim ocorre com o direito: é preciso que se concentrem esforços para encontrar a melhor interpretação judicial, que é aquela que melhor reflita os parâmetros constitucionais.

O direito penal não pode ser compreendido fora desses pressupostos. Denunciada a dimensão hermenêutica da tipicidade, é preciso estabelecer limites à decisão, o que somente se torna possível a partir de uma teoria da decisão.

## 5.2 UM OLHAR HERMENÊUTICO SOBRE A TIPICIDADE PENAL

O tipo penal surge como garantia aos cidadãos contra o abuso do Estado, como delimitação/descrição das condutas que são passíveis de gerar punição ao cidadão. Contudo, apenas a tipificação penal não é suficiente para assegurar arbitrariedades, tendo em vista o caráter interpretativo do fenômeno jurídico.

Nesse sentido, é preciso, em primeiro lugar, reconhecer que a legalidade

<sup>380</sup> Como afirma Francisco José Borges Motta, a noção de integridade do direito “[...] supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado. Trata-se de compreender o Direito como ‘totalidade’ - ou como ‘completeza’ -, sustentando que as pessoas têm como pretensões juridicamente protegidas todos os direitos que são patrocinados pelos princípios que proporcionam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo”. MOTTA, Francisco José Borges. Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. pp. 103-104. Maurício Ramires, por seu turno, pela leitura crítica da forma como se faz a aplicação de precedentes no Brasil, alinha inúmeros argumentos no sentido da observar-se a ideia de integridade e coerência do direito. (RAMIRES, Maurício. **Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

<sup>381</sup> DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. New York: Oxford University Press, 2001. p. 149. “My apparently ba suggestion (which I shall call the ‘aesthetic hypothesis’) is this: an interpretation of a piece of literature attempts to show which way of reading (or speaking or directing or acting) detects reveals it as the best work of art”.

<sup>382</sup> GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

penal não pode ser reduzida à previsão legislativa. É evidente que esse é um elemento o qual necessariamente a compõe, mas, entendido de forma autônoma, é insuficiente, na medida em que a aplicação do tipo não exclui a atividade hermenêutica. Por muito tempo, isso foi negado pela ciência do direito penal, que, por esse motivo, passou a “confundir” tipo (previsão) e tipicidade (concreção). Acreditando que a incidência típica era concretizada mediante uma reprodução do texto legislativo ou pela ideia de subsunção.<sup>383</sup>

A tipicidade é o acontecer da interpretação.

Essa nova percepção do fenômeno jurídico decorre da assimilação da reviravolta proporcionada pela filosofia heideggeriana e pela hermenêutica filosófica gadameriana quanto ao que significa interpretar.<sup>384</sup> E é exatamente a partir deste reencontro entre filosofia e direito que a interpretação passa a ser a condição de possibilidade - de modo de conhecer (método) para modo de ser (ontologia).

Assim, denunciada a dimensão hermenêutica da tipicidade, é necessário estabelecer limite ao ato de decidir, o que somente se torna possível a partir de uma teoria da decisão. Nem causalismo, nem finalismo, nem funcionalismo. Todas as teorias penais, imersas no paradigma do positivismo jurídico,<sup>385</sup> falharam na tentativa comum de aprisionarem o direito no interior dos conceitos. A pureza do

---

<sup>383</sup> “A tipicidade”, sofre também de “anemia significativa”, assim como referido por Lenio Streck em relação às expressões “caso concreto”, “hermenêutica”, “interpretação”, “discurso”, “argumentação” e “concretização”.

<sup>384</sup> Mais uma vez com Lenio Streck, importa dizer que uma hermenêutica jurídica a qual se pretenda crítica, hoje, deve, fundamentada nessa revolução copernicana, procurar corrigir o equívoco das teorias da interpretação, que, embora reconheçam que o direito se caracteriza por um processo de aplicação a casos particulares (concretude), incorrem no paradigma metafísico, ao elaborarem um processo de subsunção a partir de conceitualizações (veja-se o paradigmático caso das súmulas vinculantes no Brasil), que se transformam em “significantes-primordiais-fundantes” ou “universais jurídicos”, “acopláveis” a um determinado “caso jurídico”. Isto ocorre nas mais variadas formas no modus interpretativo vigorante na doutrina e na jurisprudência, como o estabelecimento de topoi ou de meta-critérios para a resolução de conflitos entre princípios, além das fórmulas para “regrar” a interpretação, propostas pelas diversas teorias da argumentação jurídica. STRECK, Lenio. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. **Revista Sequência**, nº 54, jul. 2007. p. 33.

<sup>385</sup> Como antes visto, a tradição apresenta, basicamente, dois modos de caracterização do conceito de direito: o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. Importante perceber que não há uma passagem de um modo a outro, representada por uma ruptura ou por marcos definidos, podendo ser referido, com Castanheira Neves e Arthur Kaufmann, que o positivismo jurídico pode ser visto como uma consequência ou como a realização dos ideais jusnaturalistas na modernidade. O positivismo jurídico, que se não confunde com o direito positivo (que é o conjunto de normas jurídicas que regem determinada realidade social, geográfica e historicamente marcada), é uma postura teórico-metodológica acerca do Direito positivo. STRECK, Lenio. O Direito como um conceito interpretativo. **Pensar**, Fortaleza, v. 15, n. 2, jul./dez. 2010. p. 502; STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 31.

direito fracassou.<sup>386</sup> O mundo entra no direito com seus pés sujos, sua falta de modos e métodos, sua complexidade, seu ineditismo e estraga todas as pretensões de pureza, cientificidade, previsibilidade. O fracasso da pureza do direito levou de arrasto a possibilidade de estabelecer-se um modo republicano de controle das decisões pela purificação (científica) dos conceitos.

O direito é, pois, um fenômeno interpretativo, entre tantos motivos, porque as regras são sempre abertas (porosas). E, se não há conceitos, sem mundo prático, da mesma forma, não há como pensar o mundo das regras, sem o elemento que representa a possibilidade de inserção do mundo prático no direito: os princípios.<sup>387</sup>

Em tempos pós-positivistas, resta ao penalista assumir a responsabilidade pela criação de uma teoria da decisão capaz de limitar o poder do julgador (discricionariedade), admitindo a necessidade de respostas corretas em direito penal como garantia estruturante do estado constitucional e democrático de direito.<sup>388</sup> Decidir corretamente, não pode ser fruto de uma boa escolha, do acaso, nem será o produto da aplicação (matemática) do método. Como sustenta Dworkin: *o juiz tem o dever de decidir, de uma maneira específica, pela expressa razão de que o direito exige tal decisão.*<sup>389</sup> Nesse sentido, como vem sendo trabalhado ao longo deste estudo, há uma moral instituidora da comunidade política que obriga o julgador a obedecer a uma cadeia de coerência e integridade em suas decisões. Este deve ser, enfim, o grande salto para a superação da crise da tipicidade nesta quadra da

<sup>386</sup> Com Lenio Streck, vale repetir: Autoritarismos, duas grandes guerras e ditaduras: esses foram o resultado da “pureza do direito”. Conceitos sem mundo prático: definitivamente, o positivismo fracassou. STRECK, Lenio Luiz. Novo Código de Processo Penal. O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório). **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 46, nº 183, edição especial, jul./set. 2009.

<sup>387</sup> Sobre o conceito de princípio, por todos, vide: OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. Lenio Streck deixa evidente em todos os seus textos, que a cisão entre casos fáceis (easy cases) e casos difíceis (hard cases) é uma ficção, assim como deixa claro que não existem regras “claras”, pois uma regra só é clara o intérprete está de acordo com o seu sentido; se discordar, já não é mais “tão clara assim”. Por isto, a necessidade de entender a crítica que faz à distinção estrutural entre regras e princípios: princípios não “abrem” a interpretação, ao contrário do que se diz no senso comum; princípios “fecham” a interpretação. STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 573.

<sup>388</sup> Com Streck: Dito de outro modo, se houve a diminuição do espaço de poder da vontade geral e se aumenta o espaço da jurisdição (contramajoritarismo), parece evidente que, para a preservação dessa autonomização do direito, torna-se necessário implementar mecanismos de controle daquilo que é o repositório do deslocamento do pólo de tensão da legislação para a jurisdição: as decisões judiciais. E isso implica discutir o cerne da teoria do direito, isto é, o problema da discricionariedade na interpretação, é dizer, das decisões dos juízes e tribunais. STRECK, Lenio. **Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?** Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, vol. 15, n. 1. pp. 158-173, jan./abr. 2010. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>. Acesso em: 12 jun. 2012.

<sup>389</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 210.

história.

De fato, juntamente com o positivismo jurídico, o modelo analítico de ciência penal, baseado na subsunção do fato ao tipo, mostra seu fracasso retumbante. O atraso da dogmática jurídico-penal em relação ao riquíssimo debate travado no âmbito da filosofia e a impermeabilidade em relação aos ganhos possíveis advindos do adequado (re)encontro desta com o direito, são alguns dos pontos que mantêm o jurista num estado de constrangedora alienação, havendo, com poucas exceções, ainda a ferrenha aposta no vetusto direito criminal (direito penal e processual penal) que foi gestado ainda no alvorecer do século XIX.<sup>390</sup> Esse modelo de direito criminal ainda vigente, depois dos inúmeros e inegáveis avanços no terreno dos conceitos, deve ser arejado, revisto, repensado a partir do seu encontro com as grandes questões filosóficas que invadiram o século XXI.<sup>391</sup>

A amarração teórica que orienta a proposta deste trabalho segue a linha da Nova Crítica do Direito, apresentada por Lenio Streck, diante da originalidade e radicalidade com que se promove o rompimento com a tradição filosófica e jurídica. Isso constitui, depois de tantas tentativas metódicas, argumentativas, etc., uma aposta teórica sintonizada com a indispensável condição de resistência em torno do constitucionalismo contemporâneo (dirigente), no sentido da busca de efetividade para direitos básicos ainda (so)negados de grande parte da população, notadamente nos países de modernidade atrasada. Dentre tantos direitos solapados, está a garantia da resposta correta em direito. Esta tese representa a insistência no resgate das promessas (não cumpridas) da modernidade, notadamente em países como o

---

<sup>390</sup> Basta uma simples leitura do Projeto do Novo Código Penal e esta afirmação resta completa e integralmente confirmada. O PL 236/2012 representa, ainda, a aposta dos penalistas na sintaxe e semântica, na subsunção do fato à norma, conforme consta expressamente no art. 12, §1º: Quando um fato aparentemente se subsume a mais de um tipo penal, é afastada a incidência: a) do tipo penal genérico pelo tipo penal específico. b) dos tipos penais que constituem ou qualificam outro tipo.

<sup>391</sup> A respeito da(s) crise(s) da(s) filosofia(s) e a relação com o direito, Castanheira Neves vai dizer que: Dúvidas profundas sobre o sentido do direito no nosso contexto histórico-social e cultural, com quebra do modelo tradicional e dominante da normatividade jurídica, e a provocarem forte perplexidade pela opção necessária entre perspectivas divergentes da juridicidade que se oferecem como actualmente possíveis - é esta uma situação que bem se reconhecerá num diagnóstico generalizável. [...] Com efeito, sendo assim o direito gravemente problemático - pois que já não só objecto de problemas, mas em si mesmo problema, quer no seu próprio sentido, quer na índole da sua normatividade - a filosofia (a filosofia do direito, especificamente) como que se tornou uma sua necessária "última instância", seja de compreensão ou de reflexão crítica, seja de possível recuperação ou reconstrução de sentido, seja mesmo de eventual diagnóstico de superação ou de epitáfio. E última instância que os termos da situação presente nos levará a convocar não simplesmente no domínio da tranquilidade teórica, mas ainda no domínio da vital urgência prática: assim o impõe a auto-responsabilidade do homem neste nosso actual universo de dúvidas e problemas. NEVES, Castanheira. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia** - Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 7.

Brasil, onde a discricionariedade em matéria de tipicidade penal continua a representar a submissão dos pobres, pretos, marginalizados, ao império do eu decido conforme a minha consciência, ou seja, em direito penal: neutralização, assepsia, esquecimento, tortura, abuso, prepotência. Para as camadas mais elevadas, tudo acaba sendo resolvido com o pagamento do tributo antes e depois do recebimento da denúncia, assim como depois da sentença, ainda não transitada em julgado. Conforme exposto no segundo capítulo, há uma tendência muito clara, não apenas no Brasil, mas com muita força aqui, de “interpretar-se” o direito penal da maneira mais “dura” possível quando o acusado integra o rol dos moradores do andar de baixo.

Os exemplos desta diferenciação no tratamento da tipicidade em relação aos membros de um ou outro estamento social mostram a necessidade de uma teoria da decisão baseada na noção de resposta correta, porque o direito penal não pode continuar a ser a instância de repressão/neutralização da pobreza, do estrangeiro, do diferente, num constante movimento de seletividade pela cor da conta bancária ou da pele do sujeito ativo do delito.

Veja-se que o pagamento integral do débito oriundo da sonegação de tributos é considerado causa de extinção da punibilidade, conforme artigo 9º da Lei 10.684/2003.<sup>392</sup>

No STF, o Ministro Cezar Peluzo afirma, no voto proferido nos autos do HC nº 81.929, julgado em 27.02.04, que o pagamento do tributo representa causa extintiva da punibilidade, não importando o momento.<sup>393</sup> Da mesma forma, no STJ, o Ministro Arnaldo Esteve Lima, nos autos do HC 123969, julgado em 08/03/10.<sup>394</sup> Nos

---

<sup>392</sup> Fora do objetivo deste trabalho, Lenio Streck discute a questão pela ótica da proibição de proteção penal deficiente. Vide: STRECK, Lenio. **BEM JURÍDICO E CONSTITUIÇÃO: DA PROIBIÇÃO DE EXCESSO (ÜBERMASSVERBOT) À PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DÉFICIENTE (UNTERMASS VERBOT) OU DE COMO NÃO HÁ BLINDAGEM CONTRA NORMAS PENAIIS INCONSTITUCIONAIS.** Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/2.pdf>>. Acesso em: 29 jul.2012.

<sup>393</sup> Crime tributário. Tributo. Pagamento após o recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Decretação. HC concedido de ofício para tal efeito. Aplicação retroativa do art. 9º da Lei federal nº 10.684/03, cc. art. 5º, XL, da CF, e art. 61 do CPP. O pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que após o recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário. STF. HC 81929 RJ. DJU 27.02.2004. RDDT nº103.

<sup>394</sup> PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO FISCAL. PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO NA FASE DE EXECUÇÃO PENAL. EFEITOS PENAIIS REGIDOS PELO ART. 9º, § 2º, DA LEI 10.684/2003. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. Com a edição da Lei 10.684/03, deu-se nova disciplina aos efeitos penais do pagamento do tributo, nos casos dos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90, e 168-A e 337-A do Código Penal. 2. Comprovado o pagamento integral dos débitos oriundos de sonegação fiscal, ainda que efetuado posteriormente ao recebimento da denúncia, mas anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória, extingue-se a

Tribunais Estaduais este posicionamento resta plenamente consolidado.<sup>395</sup>

Hugo de Brito Machado, pela doutrina, assinala que alguns ainda supõem que o pagamento do tributo somente extingue a punibilidade se feito antes do recebimento da denúncia, mas, adverte que não é assim, desde que o Supremo Tribunal Federal fincou sua jurisprudência no sentido de que o efeito extintivo da punibilidade opera-se pelo pagamento, seja qual for o momento em que este seja efetuado, mesmo depois da sentença penal condenatória.

Assim, é corrente que o pagamento do débito, mesmo depois do recebimento da denúncia ou depois da sentença condenatória, acarreta a extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária.

Por outro lado, embora seja bastante antiga a tese de aplicação deste mesmo raciocínio aos crimes patrimoniais não violentos, a situação não recebe o mesmo tratamento de parte dos tribunais. A Súmula nº 554 do STF espelha com bastante clareza esta situação, quando dispõe que: O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal.

Nos autos do RHC 21.489/RS,<sup>396</sup> o Relator Ministro Nilson Naves votou vencido pela concessão da ordem, destacando trecho do parecer do Procurador de Justiça Lenio Streck apresentado no HC impetrado na origem (HC 70018494013):

Entendo, em verdade, que existe uma isonomia no plano dos fatos. E, por isso, insisto: se é justo/legal/constitucional que o sonegador de impostos beneficie-se da mesma ratio que deu origem à Súmula 554 do Supremo Tribunal Federal, então que se estenda o mesmo benefício aos demais delitos contra o patrimônio, em clara obediência ao artigo 5º, da Constituição Federal, que estabelece o princípio da igualdade de tratamento dos cidadãos perante a lei. Dito de outro modo, se é dado ao legislador ordinário fazer leis absolutamente discriminatórias, cai por terra o princípio da isonomia. Agregue-se, por fim, que a aplicação analógica do

---

punibilidade, independentemente de ter se iniciado a execução penal, nos termos do art. 9º, § 2º, da Lei 10.684/03. 3. Ordem concedida para determinar o trancamento da execução penal e declarar extinta a punibilidade da paciente. BRASIL, DF. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 123969, Quinta Turma. Relator Arnaldo Esteves Lima. DJe 08/03/2010.

<sup>395</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Crimes contra a ordem tributária**. Atlas. São Paulo. 2009. p. 377.

<sup>396</sup> Estelionato (Cód. Penal, art. 171). Denúncia (defeito/impropriedade formal). Prejuízo (pagamento). Punibilidade (extinção). 1. É defeituosa a denúncia em que se não expõem, às claras, as diversas participações no fato - estelionato. 2. Caso em que, quanto à formalidade, decidiu a Turma unanimemente. 3. O pagamento da denominada vantagem ilícita antes do recebimento da denúncia é causa de extinção da punibilidade. Inteligência e aplicação analógica de textos como os dos arts. 34 da Lei nº 9.249/95 e 9º a ei nº 10.684/03, bem como o da Súmula 554/STF. 4. Caso em que, quanto à extinção a unibilidade, o Relator ficou vencido. 5. Recurso ordinário provido em parte - imperfeição formal da denúncia -, com extensão da ordem. RHC 21.489 / RS. Min. Nilson Naves, publicado em 24.03.2008.

artigo 9º da Lei nº 10.684 é exatamente a aplicação da principiologia constitucional ao caso concreto, proporcionando, desse modo, que se alcance, no caso sub judice, a resposta correta (the right answer). A interpretação e reconstrução do direito (a integridade e a coerência de que fala Dworkin, imbricadas com a fenomenologia hermenêutica), em uma filtragem hermenêutico-constitucional, aponta para isso. O sistema jurídico não pode tratar esigualmente situações idênticas. Mais do que isto, o sistema não pode tratar com mais rigor o cidadão que emitiu cheques alheios ou que furtou do que o cidadão que sonegou tributo, delito de índole transindividual. Impõe-se, pois, a aplicação (analgica) dos já mencionados artigos 34 da Lei nº 9.249/95 e 9º da Lei nº 10.684/03 e, ainda, da inteligência da Súmula 554 do Supremo Tribunal Federal, que traz a análise também para os delitos de feição individual: condenação alguma poderia ser lançada, visto que a punibilidade estaria extinta.<sup>397</sup>

O recurso foi provido por unanimidade pela inépcia da denúncia. Quanto à extinção da punibilidade pelo pagamento, votaram vencidos o Relator e a Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Contra, votaram os Ministros Hamilton Carvalho, Paulo Gallotti e Carlos Mathias.

Já nos autos do HC 93.893/SP, o Ministro Paulo Galotti e a Ministra Jane Silva votaram pela denegação da ordem e o Ministro Hamilton Carvalho, Nilson Naves e a Ministra Maria Thereza Assis Moura votaram pela concessão da ordem para uma pessoa processada pela prática de delito previsto no art. 171, § 2º, inciso VI do Código Penal, por ter emitido cheque no valor de R\$ 140,00 para a compra de objetos pertencentes à empresa vítima, tendo havido, posteriormente, o pagamento integral do valor. No voto do Ministro Paulo Galotti, pela denegação da ordem, foi ressaltado ser irrelevante, na espécie, o ressarcimento posterior do dano, diante da Súmula nº 554 do STF. Para o Ministro, não prospera a alegação de extinção da punibilidade pelo pagamento da dívida, em analogia ao disposto no § 2º do art. 9º da Lei nº 10.684/2003, pois a analogia *é recurso de integração das normas e, portanto, só pode ser usada quando caracterizada alguma lacuna legal*, o que seria inexistente no caso. Pelo entendimento do voto-vista, o dispositivo de lei seria aplicável aos crimes tributários e não aos delitos contra o patrimônio, previstos no Código Penal, para os quais, em caso de reparação do dano, incidiria o art. 16 do Código Penal (causa de diminuição e não de extinção da punibilidade).

Sem coerência e integridade, resta apenas a discricionariedade. Para os crimes tributários, sabidamente os crimes do andar de cima, extinção da punibilidade

<sup>397</sup> Habeas corpus. Trancamento da ação penal. Inépcia da denúncia: não descreve pormenorizadamente o fato imputado ao paciente, o que impõe o trancamento da ação penal respectiva. Ordem concedida (unânime). (BRASIL, RS. Tribunal de Justiça. HC Nº 70018494013, Quinta Câmara Criminal. Relator Des. Amilton Bueno de Carvalho. Julgamento 28/02/2007. DJ: 16/03/2007).

pelo pagamento do valor do tributo e em qualquer fase do andamento processual, geralmente em casos onde o valor da lesão ao bem jurídico pode ser representado por valores altíssimos. Para os crimes patrimoniais (não violentos), praticados pela gente do andar de baixo - leia-se: valores que beiram a insignificância penal - aplica-se a causa de diminuição da pena do art. 16 do CP.

E por falar em insignificância, veja-se o tratamento dado a esta questão no tocante ao crime de descaminho.

O STF, em inúmeros julgados, posicionou-se no sentido de trancar a ação penal, por ausência de justa causa, nos crimes de descaminho, quando o valor do tributo não pago fosse inferior ao valor estabelecido para a cobrança dos débitos na órbita civil.<sup>398</sup> Neste sentido, o julgamento no STF da Questão de Ordem em Agravo de Instrumento nº 559.904-1/RS, na qual o Ministro Sepúlveda Pertence, em 07.07.05, admitiu a tese da insignificância pelo critério objetivo (valor do tributo menor que o limite de R\$ 1.000,00 previsto para cobrança pela União). No mesmo sentido: RE 550.761/RS, Rel. Min. Menezes Direito, em 27/11/2007; HC 92.740/PR, Rel. Min. Carmen Lúcia, em 19/02/2008; RE 536.486/RS, Rel. Ellen Gracie, em 26/08/08.

O STJ, por seu turno, enquanto vigorava a Lei nº 9.469/97, manifestava-se no sentido de que o parâmetro para afastar a relevância penal da conduta seria aquele utilizado pela Administração Fazendária para cobrança do débito fiscal, ou seja, o valor de R\$ 1.000,00. Nesse sentido, o REsp 224392/PR, julgado em 16/03/00, relatoria do Ministro Jorge Scartezini. Também: REsp 229542, Rel. Min. Felix Fischer, em 16/03/00; REsp 221489, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, em 16/03/00, e outros que seguiram até a mudança de posição, que ocorreu com o advento da Lei n.º 10.522/2002, a partir do REsp nº 685.135/PR, da relatoria do Ministro Felix Fischer, em DJ 2/5/2005, passou a ser admitido o valor de R\$ 100,00 (cem reais) como limite para a insignificância, com base no art. 18, §1º, da lei (que determina o cancelamento - leia-se: extinção - do crédito fiscal), afastando o limite de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), previsto no art. 20 da mesma lei (pois previu apenas o não ajuizamento da ação de execução ou o arquivamento sem baixa na distribuição, não ocorrendo, pois, a extinção do crédito). Este argumento passa a ser encontrado em inúmeros julgados: RHC nº 21379, relator o Ministro

---

<sup>398</sup> Este valor já foi de R\$ 1.000,00 (Lei nº 9.469/97); R\$ 2.500,00 (Lei nº 10.522/02); R\$ 10.000,00 (Lei nº 11.033/04).

Napoleão Nunes Maia Filho, da Quinta Turma, em 06 de agosto de 2007; REsp nº 775882/PR, relatoria da Ministra Laurita Vaz, da Quinta Turma, julgado em 27 de fevereiro de 2008.<sup>399</sup>

Nova mudança na posição do STJ, quando a Terceira Seção, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.112.748/TO, da relatoria do Ministro Relator Felix Fischer, em 13.10.09, decidiu voltar a aplicar o entendimento em vigor no STF, tomando o patamar previsto no art. 20 da Lei 10.522/02 como determinante para o julgamento da insignificância. O Recurso Especial Repetitivo citado ressalta que, embora a decisão não seja a orientação majoritária da Corte (conforme EREsp 966077/GO, Terceira Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 20/08/2009), é necessária a mudança para a otimização do sistema e buscando evitar sucessiva interposição de recursos ao Supremo Tribunal Federal, em sintonia com os objetivos da Lei nº 11.672/08, que estabelece o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Por esses motivos, houve a decisão de seguir, na matéria, o entendimento jurisprudencial da Suprema Corte.<sup>400</sup> Atualmente, os dois Tribunais Superiores aplicam o princípio da insignificância no crime de descaminho quando o valor do tributo incidente seja inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Esse raciocínio é aplicado aos crimes de apropriação indébita de contribuições previdenciárias, por força do disposto na Lei nº 11.457/07.

O debate em torno da insignificância nos crimes de descaminho, crime da competência da Justiça Federal, abre flanco a inúmeras considerações.

Em primeiro lugar, destaca-se a discrepância de tratamento em relação aos crimes da competência da Justiça Estadual, onde mal se consegue discutir, como critério de insignificância, o valor equivalente a um salário mínimo. Em inúmeros acórdãos do TJRS esta constatação pode ser facilmente comprovada. Na apelação

---

<sup>399</sup> De referir, por ser interessante ao debate aqui posto, a fundamentação do improvimento do recurso na Súmula 83 do STF (Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida): RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. VALOR SONEGADO SUPERIOR AO LIMITE PREVISTO PARA EXTINÇÃO DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. SÚMULA N.º 83 DESTA CORTE. 1. Na hipótese, o montante do tributo incidente sobre as mercadorias estrangeiras apreendidas é superior ao valor estabelecido na norma legal, que rege a extinção dos créditos tributários (art. 18, § 1.º, da Lei n.º 10.522/02), não sendo possível aplicar o Princípio da Insignificância. Precedentes. 2. Aplicação do verbete sumular n.º 83 desta Corte. 3. Recurso não conhecido.

<sup>400</sup> O STJ, portanto, volta a tomar o valor de R\$ 10.000,00 para determinação da insignificância. BRASIL, DF. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 992.756, Sexta Turma. Relator Min. Hamilton Carvalhido, Relator p/ Acórdão: Paulo Gallotti. Julgamento: 14/10/08. DJe:03/11/2008.

criminal nº 70049645336,<sup>401</sup> foi afastada a insignificância em crime de furto simples, diante do valor de R\$ 500,00. Na apelação criminal nº 70048856397,<sup>402</sup> crime de roubo, o valor não alcançava metade do salário mínimo. Na apelação criminal nº 70049027766,<sup>403</sup> não houve o acatamento da tese da insignificância em crime de

---

<sup>401</sup> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO RECURSO DEFENSIVO. FURTO SIMPLES. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA AFASTADA. DESCABIMENTO DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSITIVA A REDUÇÃO DA PENA-BASE E DA PENA DE MULTA. MATERIALIDADE E AUTORIA. Prova cabal da autoria a materialidade. Autos que contemplam elementos autorizadores da manutenção da condenação. O réu confessou o delito na esfera policial, corroborado pelo depoimento das testemunhas na polícia e em juízo. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. Não há falar em aplicação do Princípio da Insignificância na hipótese, porquanto de relevo a ofensa ao bem jurídico protegido. O prejuízo econômico (cerca de R\$ 500,00) experimentado pela vítima não pode ser desprezado. DOSIMETRIA DA PENA. Presença de duas circunstâncias judiciais negativas, o que autoriza o distanciamento do mínimo legal, sem, contudo, atingir o termo médio. A valoração de dois vetores contidos no art. 59 do Código Penal (maus antecedentes e consequências do crime), considerada, in casu, para exasperação da pena-base, merece redução, a fim de adequar-se à necessária reprimenda do crime. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. Não merece prosperar o pedido de afastamento da prestação pecuniária aplicada em sede de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, na medida em que imposta justamente para beneficiar o réu, evitando-lhe a segregação. PENA DE MULTA. ISENÇÃO. Descabe o afastamento da pena de multa por figurar como sanção cumulativa prevista no preceito secundário do tipo penal. Eventual pleito deve ser formulado no juízo da execução penal. Redução do quantum da pena pecuniária para 10 (dez) dias-multa, no patamar mínimo unitário, em razão do estado de pobreza do réu. POR MAIORIA, VENCIDO O REVISOR NO TOCANTE À DOSIMETRIA DA PENA-BASE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. (BRASIL, RS. Tribunal de Justiça. Apelação Crime nº 70049645336, Sétima Câmara Criminal. Relator: Laura Louzada Jaccottet. Julgamento: 19/07/2012. DJ: 25/07/2012).

<sup>402</sup> APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE PESSOAS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUE NÃO SE APLICA AO CASO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE LESÃO CORPORAL LEVE. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENA REDIMENSIONADA. Caso em que a materialidade e a autoria delitivas restaram evidenciadas pela prova colhida nos autos, principalmente pela palavra da vítima que reconheceu o réu quando da perpetração do crime. O caso dos autos não admite a aplicação do princípio da insignificância, tendo em vista que o valor da res furtivae equivale a quase metade do salário mínimo vigente à época do fato, mas, particularmente, por tratar-se de crime de roubo, que traz em seu tipo penal a violência e/ou grave ameaça. Não há falar em desclassificação para o crime de lesão corporal leve, uma vez que as agressões perpetradas contra a vítima foram motivadas pela intenção de subtrair os pertences do ofendido, conduta típica prevista no crime de roubo (art. 157 do CP). No tangente à personalidade, na dicção de Kaplan, Sadock & Grebb, é "a totalidade dos traços emocionais e comportamentais que caracterizam o indivíduo em sua vida cotidiana, sob condições normais". No caso, porém, não há subsídios que permitam a emissão de juízo crítico sobre a personalidade do réu, devendo ser redimensionada a pena-base com o afastamento da valoração negativa do referido vetor (art. 59 do CP). Apelação Provida, em Parte. (BRASIL, RS. Tribunal de Justiça. Apelação Crime Nº 70048856397, Sétima Câmara Criminal. Relator: José Conrado Kurtz de Souza. Julgamento: 19/07/2012. DJ: 25/07/2012).

<sup>403</sup> APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECLARADA. Caso em que o valor da res furtivae afasta a hipótese de aplicação do princípio da insignificância. Não prevalece a alegação de carência probatória para a manutenção da condenação, tendo em vista que o réu foi preso em flagrante após ter sido visto pelas polícias empreendendo fuga do local onde intentava subtrair uma pia de cozinha de inox (que inclusive já havia sido arrancada) e duas caixas de cerâmica. Considerando que o réu era menor de 21 anos à época do fato, e que a pena aplicada em sentença foi de 01 ano e 15 dias de reclusão, tendo em vista que esta transitou em julgado para a acusação ante a ausência de recurso, transcorrido lapso temporal superior a 02 (dois) anos entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença, resta concretizada a prescrição. APELAÇÃO DESPROVIDA. DECLARADA, DE OFÍCIO, A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO RÉU EM RAZÃO DA PRESCRIÇÃO. (BRASIL, RS. Tribunal de Justiça. Apelação Crime Nº

furto de uma pia de inox e duas caixas de cerâmica. Na apelação nº 70048499164,<sup>404</sup> o valor da coisa furtada não alcançou 25% do salário mínimo. Finalmente, na apelação nº 70048958532,<sup>405</sup> crime de furto, o princípio não foi aplicado, pois, embora a vítima tivesse obtido a restituição integral de seus bens, restou comprovado um prejuízo de R\$ 50,00 pelo rompimento dos cadeados do estabelecimento.<sup>406</sup>

Em segundo lugar, interessante perceber que o raciocínio que vale para afastar a acusação no crime de descaminho (o interesse da vítima na cobrança do valor do dano sofrido), não tem qualquer importância no caso dos crimes

70049027766, Sétima Câmara Criminal. Relator: José Conrado Kurtz de Souza. Julgamento: 19/07/2012: DJ: 25/07/2012).

<sup>404</sup> APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO. PRINCÍPIO DAINSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENAS REDIMENSIONADAS. Os elementos de convicção colhidos durante a instrução demonstram a materialidade e a autoria do crime de furto simples. Inviável a absolvição fundada na incidência do princípio da insignificância, considerando que os objetos subtraídos foram avaliados em quantia equivalente a 25% do valor do salário-mínimo vigente ao tempo do fato. Da mesma forma, o réu é reincidente em crimes diversos. Tais informações, analisadas em conjunto, não permitem a aplicação da benesse. Penas redimensionadas. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (BRASIL, RS. Tribunal de Justiça. Apelação Crime Nº 70048499164, Sétima Câmara Criminal. Relator: Naele Ochoa Piazzeta. Julgamento: 19/07/2012. DJ: 25/07/2012).

<sup>405</sup> APELAÇÃO CRIME. FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE PESSOAS E ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. PEDIDOS DE ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE OU INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO DA PRÁTICA DO CRIME NA FORMA TENTADA. INVIABILIDADE. QUALIFICADORAS DO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E DO CONCURSO DE PESSOAS AMPARADA NOS ELEMENTOS COLHIDOS AOS AUTOS. APENAMENTOS. REDUÇÃO. I - Diante do considerável valor da res furtivae, que supera trinta mil reais, descabido o pleito de aplicação do princípio da insignificância. Impende salientar que o fato de a vítima ter obtido a restituição de seus bens, com prejuízo material de R\$ 50,00 pela inutilização dos cadeados de seu estabelecimento comercial, não elide o crime nem altera o valor dos objetos subtraídos. II - Comprovadas, estreme de dúvidas, a materialidade e a autoria do crime, não prospera o requerimento de absolvição por insuficiência probante. III - Uma vez evidenciando os dados coligidos aos autos que o crime foi praticado em Taquara, enquanto os apelantes foram presos em flagrante na RS-020, quando viajavam em direção a Gravataí na Kombi utilizada para a prática criminosa, já na posse mansa e pacífica dos bens subtraídos, não há falar em desclassificação do crime para a forma tentada. IV - Encontrando-se as qualificadoras do rompimento de obstáculo e do concurso de pessoas (art. 155, § 4º, incs. I e IV, d o CP) amparadas nos subsídios contidos no processo, escorreita sua aplicação pelo julgador monocrático. Conforme entendimento pacificado no STJ, nos crimes em que há pluralidade de agentes, desnecessário ofereça a exordial uma minuciosa descrição da atuação de cada um deles no crime, bastando que aponte o fato criminoso, lastreando-se em indícios mínimos de autoria e materialidade comprovada. V - Apenamento. a) Desfavorecendo os réus somente as circunstâncias do crime, pois que cometido durante a madrugada, durante o repouso noturno, imperiosa a redução de suas penas-base. b) Na esteira do que já restou decidido nesta Corte, descabida, aqui, a discussão acerca da constitucionalidade da duplicação da pena na configuração da qualificadora do concurso de pessoas no crime de furto, tomando como referência o quantum de aumento considerado na majorante do concurso de pessoas, no crime de roubo. c) Constatada a escassez de recursos por parte dos réus, impositiva a redução das penas de multa a eles infligidas para o mínimo legal. DERAM PROVIMENTO, EM PARTE, ÀS APELAÇÕES. (BRASIL, RS. Tribunal de Justiça. Apelação Crime Nº 70048958532, Sétima Câmara Criminal. Relator: José Conrado Kurtz de Souza. Julgamento: 19/07/2012. DJ: 25/07/2012).

<sup>406</sup> Ainda do TJRS: Apelação Crime Nº 70048491757 - afastada a insignificância no caso da perda de um par de tênis. Nas apelações onde foi reconhecida a insignificância, surpreende a atuação do Ministério Público, fazendo chegar tais casos à segunda instância, via recurso: AC 70048670624 (R\$ 110,00); AC 70048286660 (R\$ 190,00); AC 70049281090 (R\$ 200,00); AC 70048791883 (R\$ 80,00).

patrimoniais aqui retratados. Em nenhum dos casos acima, do Tribunal Estadual, foi sequer cogitado o interesse da vítima na recuperação do valor relativo à perda patrimonial sofrida.

Em terceiro lugar, certamente o ponto de maior relevância para o objeto deste estudo, resta chamar a atenção para o critério norteador das decisões a respeito de todas as matérias: discricionariedade. Cada juiz decide de acordo com aquilo que, na sua subjetividade, entende como bom, justo, certo, o melhor para o caso. Cada juiz decide “conforme a sua consciência”.

Essa situação acontece em muitos casos, para demonstrar que a regra não é segura, que não há como conter a discricionariedade pela depuração das regras, o que acontece nos tipos fechados e nos tipos abertos. O direito, ainda amarrado ao paradigma do positivismo jurídico, não é visto como integridade.<sup>407</sup>

A crença positivista de que existem tipos fechados, não resiste a um olhar superficial sobre a doutrina e sobre os julgados. No homicídio, por exemplo, o tipo penal preferido da doutrina tradicional (por sua simplicidade), além da difícil questão do dolo eventual acima enfrentada, pode-se fazer referência a inúmeras outras situações que deixam à mostra as tentativas semânticas de produção de segurança jurídica.

Tudo parece tão simples com um tipo formado apenas por duas palavras: matar alguém. Eliminando qualquer dúvida, dirá o *manualista* do direito penal que matar alguém significa *eliminar a vida de uma pessoa*.<sup>408</sup> Simples até alguém perguntar: o que é morrer? Apenas em relação a esta situação, da morte, a doutrina fará classificações, trabalhará com as mais diversas situações, serão referidas ementas, enfim, muitas questões serão levantadas até que se chegue à final constatação do que significa, simplesmente, morrer para o direito penal.<sup>409</sup> E se, por outro lado, alguém perguntar o que é viver? Novamente, os doutrinadores farão inúmeras incursões em legislações extravagantes e em doutrinas médicas para chegar ao conceito da chamada vida extrauterina, a fim de estabelecer um critério fixo de separação do tipo de homicídio daqueles referentes ao infanticídio e ao

<sup>407</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>408</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. Volume 2. São Paulo: Atlas, 2003. p. 64.

<sup>409</sup> Fernando Capez, autor de diversos manuais, refere que: Distinguem-se a morte clínica - que ocorre com a paralisação da função cardíaca e respiratória -, a morte biológica - que resulta da destruição molecular - e a morte cerebral - que ocorre com a paralisação das funções cerebrais. CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal** - Volume. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p. 16. Até mesmo a questão dos transplantes passa a ser relevante para o conceito de morte, diante do disposto no art. 3º. da Lei nº 9.434/97.

aborto.<sup>410</sup> O art. 131º do Código Penal português, na mesma linha, apresenta redação bastante simples: *Quem matar outra pessoa é punido com pena de prisão de 8 a 16 anos*. As dificuldades dogmáticas se repetem no plano da determinação do conceito de morte, do bem jurídico tutelado, entre outras questões, a demonstrar o que se está aqui a afirmar desde o início a respeito da porosidade da regra.<sup>411</sup> Essa redação simples (e, certamente, os complicados temas) também está presente: no Código Penal argentino,<sup>412</sup> no Código Penal do Uruguai,<sup>413</sup> no Código Penal do Chile,<sup>414</sup> no Código Penal francês,<sup>415</sup> Código Penal espanhol,<sup>416</sup> entre tantos outros. Embora seja tão fácil perceber que a questão principal não está na redação do tipo penal, mas na complexidade da vida, que nunca cabe na regra, o “penalista-positivista” não abandona a incansável ideia de *regrar o mundo*.

A pesquisa em torno do “tipo fechado” de homicídio simples provoca o levantamento de dezenas de situações, todas elas demonstrando não ser cabível, nesta quadra da história, atribuir a crise da tipicidade à questão da vagueza e ambiguidade, dos tipos aberto, da imperfeição legislativa.

Comparando o art. 121 do Código Penal (matar alguém) com o art. 311 do Código de Trânsito (trafegar em velocidade incompatível com a segurança nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas, gerando perigo de dano) resta perquirir qual dos tipos penais seria *fechado*, dispensando a necessidade de interpretação, e qual seria *aberto*? Qual seria mais vago ou menos ambíguo?

A crise da tipicidade que se está aqui a abordar passa, portanto, pela resistência dos cientistas do direito penal quanto à superação do paradigma do positivismo jurídico. E a gravidade desta situação talvez não seja percebida pelos operadores do direito (advogados, juízes, promotores, delegados, para ficar nestes)

<sup>410</sup> JESUS, Damásio. **Direito Penal** - 2º. Volume. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. p. 105; . CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal** - Volume. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p. 16.

<sup>411</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Comentário Conimbricense do Código Penal**. Parte Especial. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 3.

<sup>412</sup> ARTICULO 79. - Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro siempre que en este código no se estableciere otra pena.

<sup>413</sup> Art. 310. Homicidio. El que, con intención de matar, diere muerte a alguna persona, será castigado con veinte meses de prisión a doce años de penitenciaría.

<sup>414</sup> Art. 391 El que mate a otro y no esté comprendido en el artículo anterior, será penado:

<sup>415</sup> Art. 221-1 - Le fait de donner la mort volontairement à autrui constitue un meurtre. Il est Puni de trente ans de reclusão Criminelle.

<sup>416</sup> Artículo 138.- El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años.

ainda submersos neste modo de ser jurista.

Acontece que, a cada variação do “decido conforme a minha consciência”, em casos tratando da mesma matéria, uma pessoa é condenada criminalmente e outra não. Isto é bastante sério, pois afronta a exigência do primado da igualdade (equanimidade, *fairness* ou ao *right to equal concern and respect*),<sup>417</sup> no sentido de que todos recebam tratamento igualitário diante da atividade jurisdicional.

Ora, pelos poucos exemplos acima destacados, fica evidente que a regra “não segura”. Ou seja, por mais que os juristas (ainda) trabalhem com a noção de pureza semântica, não há como evitar a insurgência do paradigma da intersubjetividade. Há que interpretar e assumir as consequências, isto é, desincumbindo-se do ônus jurídico, político e ético de explicitar as razões da decisão.

Do acima exposto e por tantos outros exemplos, é muito importante observar uma postura altamente nociva para o propósito de superação do estado da arte da crise da tipicidade aqui enfrentado, representada pela atitude do cientista do direito penal que se esconde atrás de álibis interpretativos<sup>418</sup> (ementas tomadas fora de qualquer contexto, esquemas, modelos, fórmulas, dogmas), para, com eles, desbordar a responsabilidade quanto à fundamentação da sua decisão, deixando, pois, de enfrentar a particularidade do caso.

Neste sentido, utilizando novamente o homicídio (*tipo fechado*), vale observar um verdadeiro dogma da jurisprudência e da doutrina, no sentido de que haveria (sempre) uma incompatibilidade intransponível entre as minorantes e as qualificadoras objetivas. Pelo dogma, o homicídio minorado (art. 121, §1º) apenas pode ser qualificado pelo meio (art. 121, §2º, inc. III) e/ou pelo modo (art. 121, §2º,

---

<sup>417</sup> Vale a transcrição da noção de igualdade como direito à consideração e respeito proposta por Dworkin: O governo deve tratar aqueles a quem governa com consideração, isto é, como seres humanos capazes de sofrimento e de frustração, e com respeito, isto é, como seres humanos capazes de formar concepções inteligentes sobre o modo como suas vidas devem ser vividas, e de agir de acordo com elas. O governo deve não somente tratar as pessoas com consideração e respeito, mas com igual consideração e igual respeito. Não deve distribuir bens ou oportunidades de maneira desigual, com base no pressuposto de que alguns cidadãos têm direito a mais, por serem merecedores de maior consideração. O governo não deve restringir a liberdade, partindo do pressuposto de que a concepção de um cidadão sobre a forma de vida mais adequada para um grupo é mais nobre ou superior do que a de outro cidadão. Considerados em conjunto, esses postulados expressam aquilo que se poderia chamar de concepção liberal da igualdade; mas o que expressam é uma concepção de igualdade e não uma concepção de liberdade como licença. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. pp. 419-420.

<sup>418</sup> A crise do direito é a crise do ensino do direito (e vice-versa, mas não necessariamente nesta mesma ordem). Por todos: STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 95-110.

inc. IV), pois as demais qualificadoras - do motivo torpe (art. 121, §2º, I), do motivo fútil (art. 121, §2º, II) - teriam um caráter subjetivo incompatível com as minorantes. Por este raciocínio, um homicídio não pode ser minorado pela violenta emoção e qualificado pelo motivo torpe, por exemplo. Foi criado o dogma e, a partir dele, praticamente desapareceu a possibilidade de enfrentamento do caso, já que prevalece a postura dos julgadores que, simplesmente, não verificam as condições concretas.

No julgamento do Recurso Especial (Resp.) 1060902/SP, interposto pelo Ministério Público Estadual paulista, a Ministra Laurita Vaz (STJ) trata exatamente da controvérsia de ser a forma privilegiada do crime de homicídio (agir sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima) compatível com a qualificadora do emprego de meio cruel.<sup>419</sup> Para afirmar a possibilidade, a Ministra destacou que a tese esposada no recurso encontra respaldo na jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, que tem reiterado seu entendimento no sentido de que há compatibilidade entre as qualificadoras de ordem objetiva e as causas de diminuição de pena do § 1.º do art. 121 do Código Penal, que, por sua vez, têm natureza subjetiva. Para tanto, transcreve inúmeras ementas, praticamente com o texto do “dogma”.<sup>420</sup>

No TJSP, contrariando a postura dominante, a decisão foi no sentido de haver incompatibilidade entre a violenta emoção e o meio cruel pelas circunstâncias do caso, pois, conforme o voto:

No mérito, todas as provas carreadas para os autos justificam e reclamam exatamente o que os jurados decidiram: privilégio. Segundo se pode depreender das provas dos autos, a vítima vinha insistindo em discutir com o réu o fato de ser acusado do furto de seus bens.

---

<sup>419</sup> RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. DOMÍNIO DE VIOLENTA EMOÇÃO. TESE ACUSATÓRIA RELATIVA À COMPATIBILIDADE ENTRE O PRIVILÉGIO E A QUALIFICADORA DO MEIO CRUEL. ARGUIDA NULIDADE NA QUESITAÇÃO. RECURSO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal tem reiterado entendimento no sentido de que há compatibilidade entre as qualificadoras de ordem objetiva e as causas de diminuição de pena do § 1.º do art. 121 do Código Penal, que, por sua vez, têm natureza subjetiva. 2. O entendimento sufragado pelas instâncias ordinárias consideraram que o acolhimento, pelo Conselho de Sentença, da tese segundo a qual o Réu agiu sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima, prejudicava a quesitação acerca da qualificadora do emprego de meio cruel, contraria a jurisprudência do STF e desta Corte. 3. Recurso provido. (BRASIL, DF. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1060902, Quinta Turma. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Julgamento: 21/06/2012. DJe: 29/06/2012).

<sup>420</sup> Acórdãos citados no REsp 1060902/SP: HC 89.921/PR; HC 76.196/GO; HC 129.726/MG; HC 74.362/MG; REsp 326.118/MS; RHC 4.268/ES.

Não satisfeita em furtar, ainda queria obrigar a vítima a admitir que era inocente, apesar das fortes evidências demonstrando que fora ele mesmo o ladrão dos bens do réu.

Logo, considerando o que um homem comum faria nessas circunstâncias, penso que os jurados decidiram de forma razoável e adequada, quando admitiram que o réu tinha motivos de sobra para reagir como reagiu.

Assim sendo, estou rejeitando as preliminares e negando provimento ao apelo do Ministério Público.<sup>421</sup>

Fácil perceber o esquecimento da concretude do caso. Seria compatível a coexistência da causa de diminuição de pena da violenta emoção de alguém que, tomado de incontida fúria (que é o fundamento da diminuição), mata aquele que o provocava injustamente, por meio de esganadura (asfixia mecânica), portanto, meio cruel? Aquilo que *causa* a diminuição da pena pode ser também a *causa* do aumento?

A Turma do STJ deu provimento ao Recurso Especial (REsp) proposto pelo Ministério Público, fazendo preponderar o dogma da compatibilidade antes referido sobre a verificação do caso. Esse exemplo, dentre tantos outros, mostra o abismo existente entre a decisão e a faticidade (mundo). Diante de uma pauta genérica, a singularidade do acontecimento foi deixada de lado, sendo eliminada a sempre difícil verificação da multiplicidade e complexidade do caso.<sup>422</sup>

O controle hermenêutico das decisões traz a exigência de consistência, integridade e coerência. Não é possível que haja a condenação de uma pessoa, afastando-se a hipótese de insignificância penal, num caso de furto simples de 25% do salário mínimo ou de uma pia de inox, ao mesmo tempo em que se determine, com base na mesma tese, o trancamento de uma ação penal, em um crime de descaminho envolvendo valores de milhares de reais, assim como também acontece em relação à sonegação de tributos de valores de milhões de reais.

Não resta dúvida que o problema da crise da tipicidade no âmbito do direito penal é um problema de interpretação. Decidir, no plano jurídico, não é o mesmo que fazer escolhas simples, como quem escolhe tomar café sem açúcar, ter um partido político, torcer por um time de futebol, andar descalço ou vestir amarelo. Há um peso político inegável em cada decisão jurídica e ele recai sobre os agentes públicos, não como uma concessão de poder, não como dádiva, como graça, como decorrência natural da investidura a permitir qualquer tipo de interpretação; antes de

---

<sup>421</sup> TJSP - Apelação Criminal n.º 481.825.3/5-00

<sup>422</sup> Atitude não menos perniciososa, está ligada à tentativa de justificar a decisão (discricionária) no ineditismo do caso, que, por ser único, justificaria qualquer tipo de decisão.

ser uma prerrogativa, a decisão é um ônus da autoridade e há que ser encarada com a responsabilidade política que é intrínseca ao ato de decidir.

Por isso mesmo, não há opções a fazer ou aplicar a “fórmula”. Interpretar não é um processo reprodutivo, mas produtivo, no qual o intérprete é responsável por esta “produção de sentido” e, por consequência, é também responsável pela explicitação do compreendido. A correta compreensão da situação hermenêutica, desde uma pré-compreensão, terá indicado ao agente a resposta certa. Em tal contexto, o princípio da legalidade deve ser tomado na sua maior dimensão, além da noção de proibição/garantia, o princípio deve ser entendido como algo que está para lá da subsunção, mais do que a regulação da ordem civil, para ser aquele componente indispensável na e para a formação de um espaço público de tomada de decisões, como forma de constituir esse espaço público, de tal maneira que ele seja tomado por ela, legalidade como garantia constitucional de cidadania, democracia, estado de direito, como espaço público não colonizado pelo interesse privado.<sup>423</sup> Princípio da legalidade, portanto, que não pode ser tomado como sinônimo de tipicidade, mas que seja, exatamente, a concretização da resposta adequada no interior de um estado constitucional.

O tipo penal é uma regra e as regras são porosas. Por esta razão, torna-se fundamental resolver o problema da arbitrariedade da interpretação, já que, não é admissível que o fechamento interpretativo aconteça por uma opção a ser tomada pelo sujeito da modernidade que, mergulhado no paradigma da filosofia da consciência, escolhe uma resposta, dentre tantas.

A primeira coisa a ser dita é que a tipicidade não é o resultado de uma operação metódica de acoplamento. A tensão entre o texto e o sentido do texto na sua aplicação a uma situação. É algo que está ligado às condições do homem ter acesso ao conhecimento sobre as coisas. É, portanto, um problema hermenêutico. Por isso, a busca de uma teoria da decisão que não deixe de lado o direito de cada um a uma resposta correta pressupõe a assimilação do caráter hermenêutico do direito pelo qual é indispensável a superação do positivismo jurídico oitocentista e novecentista, tudo pela assimilação do papel (ainda) dirigente da Constituição Federal.

O caráter hermenêutico do direito e a importância da jurisdição nessa etapa

---

<sup>423</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. pp. 80-81.

da história devem representar uma barreira para o “eu decido conforme a minha consciência”. Esse é o ponto central do presente trabalho, ou seja, demonstrar que a questão da tipicidade passa pela superação do modo como a interpretação é considerada pela dogmática penal contemporânea, como se o intérprete estivesse autorizado a fazer interpretações discricionárias, porque no direito “tudo é relativo”. Num ambiente marcado por posturas arraigadas ao positivismo normativista, quando não apegadas ao velho positivismo exegético,<sup>424</sup> o constitucionalismo contemporâneo, desde uma noção adequada do papel dos princípios,<sup>425</sup> passa a ser o modo de fazer frente à discricionariedade interpretativa.

A grande questão está em acreditar que é possível “resposta correta”,<sup>426</sup> “resposta hermeneuticamente adequada”<sup>427</sup> ou “boa resposta”<sup>428</sup> em termos de tipicidade. Francisco José Borges Motta, fazendo as perguntas mais importantes, mostra a necessidade de aceitação da tese da resposta. Ora, se não há respostas (em Direito) melhores umas do que as outras, por que afinal haveria o esforço em argumentar juridicamente quanto aos casos ditos “controversos”? Ainda, se há apenas “respostas”, por que exigir do juiz o dever de fundamentar suas decisões? Ainda: por que permitir a fala das partes, submetê-las ao contraditório? E se tudo se resolve pela “discrição” do juiz, por que a garantia do segundo grau de jurisdição? Não seria substituir uma discrição por outra? Tomando os casos ditos “fáceis”, aqueles em que há “consenso” da “comunidade jurídica” a respeito da resposta jurisdicional acertada: não terá o juiz o dever de dar “esta” resposta e não qualquer outra? E se não der esta resposta? Finalmente, o fato de que os juízes “erram” é o suficiente para “desonerar-lhes” de tentar acertar?<sup>429</sup>

---

<sup>424</sup> Enfrentar a crise da tipicidade para o presente trabalho, portanto, significa trabalhar pela superação do vetusto positivismo exegético (no qual não há necessidade/possibilidade de interpretação), do positivismo normativo (no qual o juiz é chamado a resolver subjetivamente os “casos difíceis”), assim como da postura contemporânea do “eu decido como eu quero” (e, por isso, sem fundamentação), buscando, a partir da hermenêutica e do constitucionalismo contemporâneo, a construção de uma teoria da decisão que atue sobre a discricionariedade interpretativa.

<sup>425</sup> Lembrando que princípio é tomado, aqui, como um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 90.

<sup>426</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>427</sup> STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>428</sup> MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

<sup>429</sup> Conforme Motta: Esses questionamentos todos têm respostas que nos parecem intuitivas para qualquer um que creia na produção democrática do Direito, e que aceite a noção de que as pessoas têm direitos “contra” o Estado, em especial, o de serem tratadas com igual consideração e respeito. Lembremos, aliás, que o juiz “integra” essa comunidade de livres e iguais, não é um outsider em

Francisco Motta refere, com acerto, que

Sendo assim, é preciso ter presente que a objeção segundo a qual os juízes frequentemente “errarão”, de modo que não se justifica apostar na necessidade de que produza uma “resposta correta” é perversa: isso equivale a dizer que, já que os juízes tomarão decisões injustas, eles não devem esforçar-se para chegar a decisões justas. Mas, como é óbvio, eles devem, sim, procurar construir decisões qualitativamente melhores, e que tenham nexos argumentativamente adequados à materialidade da Constituição. Devemos cobrar dos juízes essa responsabilidade.<sup>430</sup>

Este é o ponto: há que se cobrar dos juízes essa responsabilidade, porque, como bem diz Dworkin:

Se não podemos exigir que o governo chegue a respostas sobre os direitos de seus cidadãos, podemos ao menos exigir que o tente. Podemos exigir que leve os direitos a sério, que siga uma teoria coerente sobre a natureza desses direitos, e que aja de maneira consistente com suas próprias convicções.<sup>431</sup>

Efetivamente, não há justificativa razoável para deixar de exigir do juiz uma postura que concilie o caráter hermenêutico do direito com a exigência de uma decisão de acordo com a participação das partes, da história institucional do direito *produzida com sucesso*, do caráter dirigente da Constituição. Quando se fala aqui em juiz, evidentemente que se está a falar também de uma responsabilidade do intérprete em geral.

A segunda coisa a ser dita é que a tipicidade não é aquilo que o intérprete quer que ela seja. Não é aquilo que o delegado, o promotor, o juiz ou o advogado querem ou acham que ela deve ser. O direito não é o resultado daquilo que pensam os operadores. Em palavras simples e diretas: não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa em termos de incriminação, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos (tipos). Texto e norma não podem ser cindidos, como se tivessem possibilidade de existência autônoma. A partir daí, é fundamental insistir na construção de uma teoria da decisão em matéria de interpretação dos tipos penais que tenha como horizonte a possibilidade/necessidade de respostas corretas em

---

relação a ela (quanto mais que, insistamos nisso, não haja oposição entre Estado e sociedade). E que, portanto, a sua jurisdição tem de ser justificada perante essas exigências. MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 77.

<sup>430</sup> MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 79

<sup>431</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 286.

direito penal, considerando a noção de coerência e integridade e procurando afastar a noção de que o relativismo seria da “essência” da tipicidade, como se tudo dependesse da posição do intérprete, se pertencente à acusação, defesa, se juiz, delegado ou outro.

Cada operador, no seu âmbito, vivencia a tipicidade a partir de algumas características que são próprias do *lugar de fala*. Entretanto, é um grande equívoco (repetido muitas vezes) pensar que haveria “a” interpretação dos juízes, “a” interpretação dos promotores, “a” interpretação dos advogados, entre outras. E no interior dessas, a interpretação dos juízes mais duros e dos juízes mais liberais, e de tal modo a dos promotores, dos delegados, dos advogados com este ou com aquele *perfil*. Acreditar na “boa resposta” em direito, a partir do encontro desse com a filosofia e tomando-se a noção de integridade e coerência proposta por Dworkin, significa romper com o ranço dos relativismos ligados à posição de cada um dos agentes diante dos fatos, evitando os maniqueísmos, as polarizações, enfim, significa admitir que a interpretação não deve estar condicionada pelo cargo ocupado pela pessoa.

Uma das demonstrações mais eloquentes da crise da tipicidade aqui estudada, como demonstram os casos acima, reside no fato de uma determinada matéria ser tratada de uma forma por alguns juízes, câmaras ou turmas de tribunais e de outra forma por outros, sendo possível verificar situações em que a condenação ou a absolvição dependem, quase que exclusivamente, de como será a distribuição processual. Se cair no juiz beltrano, será assim; se cair no juiz cicrano será assado; ou ainda, certo promotor é mais intolerante; tal delegado é mais liberal. Nesse aspecto, cabe perguntar: quem nos protegerá dos bons?<sup>432</sup>

---

<sup>432</sup> No seu artigo semanal do site CONJUR, Lenio Streck levanta a questão da “grenalização” do debate jurídico, diante do mais importante julgamento do STF nos últimos anos. Diz o articulista: Na semana em que o Supremo Tribunal Federal inicia aquele que pode ser apontado como um dos maiores e mais importantes de sua história, tenho acompanhado, com tristeza, pelos jornais e demais mídias, a espetacularização do julgamento. Pior: muitos argumentos — para não dizer, a maioria — são visivelmente ideologizados. Ou se é a favor ou contra. A CUT exige (sic) julgamento técnico. Já FHC diz que o Supremo deve ouvir o povo. Já escrevi sobre o mensalão aqui na **ConJur**. Aproveito, então, para contar uma estorinha (estava guardando-a para outro momento; mas a circunstância me obriga). Há vários modos de contá-la. Hermeneuticamente, sistemicamente (Günther Teubner faz uso dela) e outros modos que não vem o caso falar agora. Lá vai. Estavam os rabinos reunidos para discutir o Talmud, o livro sagrado. Três rabinos sustentavam determinada tese sobre o significado de um dispositivo (ou versículo). O rabino mais velho, Eliezer, sustentava tese contrária. Dias e dias de discussão (quase um mês). Ao que o velho Eliezer disse: “Se a minha tese estiver correta, aquela árvore vai se mexer”; e a árvore se mexeu. Os três, com seus ternos Hugo Boss, entreolharam-se e, sem mostrarem surpresa, disseram: “Ótimo, oh grande Eliezer, mas nós achamos que a nossa interpretação é a melhor”. O velho tentou uma vez mais: “Se a minha interpretação estiver correta,

Importa, pois, perceber que a leitura hermenêutica da tipicidade penal impõe, verdadeiramente, uma nova postura aos operadores do direito.

### 5.2.1 Acusar e defender: duas faces da moeda?

Por certo, não cabe fazer aqui um levantamento a respeito da instituição Ministério Público ou das Polícias, na atividade acusatória ou investigativa, assim como também não cabe fazer qualquer ensaio sobre a instituição defesa ou sobre o comportamento dos defensores. Importa mostrar, isto sim, a partir da leitura hermenêutica da tipicidade penal, que o direito não é aquilo que as pessoas querem que ele seja e isto está relacionado com o modo como as partes agem diante dos casos.

Para ilustrar essa discussão, tomando a realidade brasileira, vem a calhar o caso de uma senhora de 87 anos que matou um cidadão que invadira sua residência, na cidade gaúcha de Caixas do Sul. Conforme o noticioso, a senhora teria matado o sujeito com três tiros de revólver 38. O arrombador teria entrado pelos fundos do prédio, depois de pular do telhado para o poço de luz, possivelmente, com a intenção de furtar objetos da residência, sendo que, quando tentava destrancar um portão que daria acesso às escadas, foi alvejado.<sup>433</sup>

Diz a manchete do jornal local:

Idosa que matou assaltante em Caxias será indiciada por homicídio e porte ilegal de arma.

A idosa de 87 anos que matou o assaltante Márcio Nadal Machado, na noite de sábado, em Caxias do Sul, será indiciada pela Polícia Civil por homicídio e posse ilegal de arma. A tese de legítima defesa não é analisada pela polícia, que tem a obrigação de indiciar a mulher como autora de um homicídio, já que houve crime. A aposentada deverá ser levada a júri e

---

aquele rio mudará de curso”; e o rio mudou de curso. Pois os três nem se “tocaram”. Então Eliezer apelou: “Se a minha interpretação estiver correta, Deus vai se manifestar; afinal, é a Sua Palavra que está em jogo. E Deus, chateado já com aquela “ronha”, anunciou, de forma tonitruante: “O rabino Eliezer está certo!” Os três jovens rabinos se entreolharam e, simplesmente, disseram: “Ótimo, antes, estava 3 a 1; agora, está 3 a 2...”. Vencemos! Moral da “estória”: interpretação não se faz por maioria e nem com torcida organizada; tampouco atendendo eventual maioria de um lado ou de outro. Interpretação não é Gre-Nal, Fla-Flu, San-São, Pal-Cor, Ba-Vi, Atle-Tiba, etc. STRECK, Lenio Luiz. **O rabino Eliezer, os garimpeiros e os juristas**. Revista Consultor Jurídico, 2 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-02/senso-incomum-rabino-eliezer-garimpeiros-aplicados-direito>>. Acesso em: 02 ago. 2012.

<sup>433</sup> PIONEIRO. **Mulher de 87 anos mata homem a tiros no centro de Caxias do Sul**. Atualizada em 10/06/2012. Disponível em: <<http://pioneiro.clicrbs.com.br/rs/geral/policia/noticia/2012/06/mulher-de-87-anos-mata-homem-a-tiros-no-centro-de-caxias-do-sul-3785649.html>>. Acesso em: 02 ago. 2012.

somente na Justiça poderá ser absolvida por legítima defesa, que é uma das excludentes de ilicitude previstas em lei.<sup>434</sup>

Independentemente do que conste nos autos do processo, o senso comum teórico dos juristas, marcado pela não assimilação do caráter hermenêutico do direito e, conseqüentemente, da posição do jurista na atividade criativa ou produtiva que decorre da interpretação, provoca uma enorme distorção quanto ao papel das partes diante da tipicidade penal.

Veja-se o tópico veiculado na notícia, onde consta que a senhora será indiciada pela Polícia Civil por homicídio e posse ilegal de arma. Além disso, consta que a tese de legítima defesa não é analisada pela polícia, que tem a obrigação de indiciar a mulher como autora de um homicídio, já que houve crime. Como se sabe, é bastante comum o cometimento de equívocos técnicos por jornalistas, quando escrevem matérias sobre situações que possuam algum enfoque jurídico. O mais impressionante nesse caso é ver aquilo que deveria ser um erro do jornalista, como algo que está entranhado na prática jurídica, ou seja, a notícia faz uma demonstração constrangedora da maneira como a dogmática jurídico-penal, calcada modelo analítico de crime (positivismo jurídico), ainda mantém o jurista conectado a práticas absolutamente incompatíveis com o paradigma de um estado democrático e constitucional de direito. Na situação, pode-se afirmar, com grande chance de acerto, que o jornalista, ao redigir a matéria, questionou a autoridade policial sobre qual seria a sua atitude diante do caso (se isso não aconteceu, que se tome a entrevista como realizada no plano imaginário). A resposta está no texto: indicar por homicídio e porte ilegal de arma.

Em uma palavra: acusadores e defensores estão diante da mesma situação hermenêutica. Só há uma tipicidade. Por assim ser, torna-se importante retirar da leitura hermenêutica da tipicidade algumas considerações sobre o agir das partes.<sup>435</sup>

O caso do indiciamento feito pela autoridade policial é paradigmático. Eis uma

---

<sup>434</sup> PIONEIRO. **Idosa que matou assaltante em Caxias será indiciada por homicídio e porte ilegal de arma**. Atualizada em 12/06/2012. Disponível em: <<http://pioneiro.clicrbs.com.br/rs/geral/policia/noticia/2012/06/idosa-que-matou-assaltante-em-caxias-sera-indiciada-por-homicidio-e-porte-ilegal-de-arma-3786866.html>>. Acesso em: 02 ago.2012.

<sup>435</sup> Quanto ao assunto, poucos dias depois do fato, foram veiculadas, no jornal Zero Hora, as manifestações de uma professora e de uma juíza de direito, tendo, a primeira, elogiado a atitude da senhora e a outra, chamando a atenção para a necessidade de não transformar a insegurança social em motivo de regozijo diante da morte de um ser humano. Desde logo, o debate restou polarizado entre aqueles que elogiaram a atitude da senhora (por ser a vítima um assaltante) e aqueles que repreenderam a atitude (Zero Hora, 19 de junho de 2012. p. 19).

situação jurídica que revela, aos gritos, toda a crise da tipicidade que se quer aqui enfrentar. O CPP dispõe, em seu artigo 6º, inciso V, que a autoridade policial deverá ouvir o indiciado. Ponto. Não fala na ação de “indiciar”.<sup>436</sup> A doutrina, por sua vez, refere que o indiciamento é o ato pelo qual a autoridade policial imputa a alguém a prática de um delito.<sup>437</sup>

Porém, se o indiciamento é um ato de coação (tanto que pode ser atacado por habeas corpus),<sup>438</sup> recai sobre os ombros da autoridade policial todo o peso que a tipicidade possui, enquanto compreensão de um acontecimento como criminoso, de uma conduta como ilícita, de um comportamento como legalmente censurável por meio de uma sanção de natureza penal. Dizer a tipicidade de um fato, mesmo na fase do inquérito, tem o peso de uma decisão e, para toda a decisão, há uma responsabilidade política correspondente.

Na prática jurídica brasileira, tomando o modelo analítico-sistemático de crime (fato típico, ilícito e culpável), vigora o entendimento (equivocado) de que caberia ao Delegado de Polícia fazer apenas o juízo de subsunção do fato ao tipo - que

<sup>436</sup> O indiciamento policial é expressamente citado em diversos artigos do Código de Processo Penal (art. 5º, parágrafo 1º, alínea b, art. 6º, incisos V, VIII e IX, art. 10º, caput e parágrafo 3º, art. 14, art. 15, art. 21, art. 23 e art. 125). Não há, contudo, um contorno definido de seus limites e momento preciso de sua efetivação. O Projeto de Lei nº 156/2009 do Senado Federal, do novo Código de Processo Penal brasileiro, traz no capítulo III, a Seção IV, intitulada "Do indiciamento", especialmente dedicada ao instituto e onde consta a definição a ser dada pelo futuro diploma: Art. 30. Reunidos elementos suficientes que apontem para a autoria da infração penal, o delegado de polícia cientificará o investigado, atribuindo-lhe, fundamentadamente, a condição jurídica de indiciado, respeitadas todas as garantias constitucionais e legais. §1º A condição de indiciado poderá ser atribuída já no auto de prisão em flagrante ou até o relatório final do delegado de polícia. §2º. O delegado de polícia deverá colher informações sobre os antecedentes, a conduta social e a condição econômica do indiciado, assim como acerca das conseqüências do crime. §3º. O indiciado será advertido da necessidade de fornecer corretamente o seu endereço, para fins de citação e intimações futuras e sobre o dever de comunicar a eventual mudança do local onde possa ser encontrado. (BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei 156/09, [200], s.p.)

<sup>437</sup> Luis Fernando Moraes Manzano, de sua parte, afirma que o indiciamento é um aviso de garantia, que se resume à prática de cinco atos: identificação (civil ou criminal) com observância da Lei 12.037/2009, qualificação (direta ou indireta), tomada de informações sobre a vida pregressa, interrogatório e inclusão do nome do indiciado em cadastro próprio da Polícia Judiciária. MANZANO, Luis Fernando de Moraes. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Ed. Atlas, 2010. p. 143. Conforme Távora e Alencar, pelo indiciamento de alguém, a situação passa do juízo de possibilidade para o de probabilidade e as investigações são centradas em pessoa determinada. Ressalvam os autores, que o indiciamento não pode se consubstanciar em ato de arbítrio. Se feito sem lastro mínimo, é ilegal, dando ensejo à impetração de habeas corpus para ilidi-lo ou até mesmo para trancar o inquérito policial iniciado. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3. ed. Salvador: Ed Juspodivm, 2009. p. 94. Aury Lopes Júnior dispõe que a situação de indiciado supõe um maior grau de sujeição à investigação preliminar e aos atos que compõem o inquérito policial. Também representa uma concreção da autoria, que será de grande importância para o exercício da ação penal. Logo, é inegável que o indiciamento produz relevantes conseqüências jurídicas. LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. 2010. pp. 316-317.

<sup>438</sup> (BRASIL, DF. Superior Tribunal de Justiça. RHC 20805, Quinta Turma. Relatora Ministra Jane Silva. Julgamento: 02/10/2007. DJU 22/10/2007).

significa “fazer tipicidade” para a grande maioria dos penalistas contemporâneos, ainda não atingidos pelas transformações provocadas pela invasão da hermenêutica filosófica no direito.<sup>439</sup> A divisão didática do crime em três partes: tipicidade, ilicitude e culpabilidade (conceito analítico de crime) leva os intérpretes, não raro, ao pensamento de que esses elementos seriam verdadeiros compartimentos estanques, separados. Sendo comum o ensino do crime a partir da análise de cada uma das partes, uma a uma, desde a tipicidade até chegar à culpabilidade. Esse modo de trabalhar com a noção de crime, o qual já deveria estar superado há bastante tempo, conduz ao entendimento de que, havendo a “subsunção” do fato ao tipo, já é possível acusar alguém da prática de um crime, para que se defenda da imputação no curso do processo. A tipicidade, assim considerada, bastaria para o indiciamento e, também, para o início da ação penal.

Uma leitura hermenêutica da tipicidade penal como a que se está aqui a defender provocar, como antes referido, uma necessária mudança no modo de ser jurista. Em primeiro lugar, no plano da interpretação, importante entender que não é admissível fazer qualquer tipo de diferenciação, pelo cargo ocupado, pela posição diante do caso, se acusação ou defesa. A autoridade policial não possui um papel subalterno, menor, menos importante ou menos comprometido com a *decisão* que tem o ônus e a responsabilidade de tomar, ou seja, deve desincumbir-se da responsabilidade de dizer a tipicidade, com tudo o que isso encerra, fornecendo a devida fundamentação, nos termos da Constituição Federal.

A proposta aqui lançada, certamente encontrará muita resistência, notadamente, sobretudo quando se verifica, que o próprio Supremo Tribunal Federal, em julgado do ano de 2002, ou seja, pós Constituição Federal, afirma que, conquanto razoável a pretensão do paciente ao sustentar a necessidade de fundamentação de seu indiciamento formal, o silêncio da legislação vigente sobre o tema não permite caracterizar como ilegal o despacho da autoridade policial que se limita a determinar essa providência.<sup>440</sup>

---

<sup>439</sup> Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, ao caracterizar o sistema inquisitório, dispõe que o sistema inquisitivo, regido pelo princípio inquisitivo, tem como principal característica a extra concentração dos poderes nas mãos do órgão julgador, o qual detém a gestão da prova. Aqui, o acusado é mero objeto de investigação e tido como detentor da verdade de um crime, da qual deverá dar contas ao inquisidor. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais de Direito Processual Penal Brasileiro. **Revista ITEC**, Sapucaia do Sul, n. 1, 2001, p. 26-51.

<sup>440</sup> Voto do Ministro Ilmar Galvão, nos autos do HC nº 81.648-7. Quanto ao argumento de não estar o indiciamento previsto expressamente no CPP, há que salientar a possibilidade de ser ilegal a sua realização no inquérito policial, diante da vigência do princípio da legalidade (estrita) relativamente ao

O indiciamento, a partir de uma leitura hermenêutica da tipicidade, ao representar a imputação da ocorrência de um delito pela autoridade policial contra o suspeito, reclama, como consequência do ato interpretativo emanado de uma autoridade pública, a exposição formal da devida e completa fundamentação, por imperativo constitucional.

Assim, um novo olhar sobre a tipicidade provoca uma necessária revisão da atuação da autoridade policial em relação ao principal ato do inquérito, fazendo prevalecer a evolução do pensamento dogmático em torno do caráter de garantia da tipicidade penal, ou seja, no sentido de evitar-se as imputações frágeis, destituídas de um mínimo de coerência, que não apresentem, desde o início, os caracteres necessários à instauração de uma ação penal. E isso, vale repetir, não depende da posição da autoridade ou, diga-se, não deveria depender dessa situação. Quando a autoridade indicia, está afirmando que uma pessoa praticou um crime e isso representa tomar uma decisão, ou seja, aplica-se a este ato tudo o que até aqui foi dito a respeito de uma teoria da decisão conectada com um estado republicano, democrático e constitucional (ainda dirigente) de direito.

Ainda tratando da acusação, deve-se ver como a crise da tipicidade está presente no modo de atuar do Ministério Público, especificamente no momento do oferecer a denúncia, ou seja, quando fica determinada a imputação do Estado contra o cidadão e que será estudada na futura ação penal.

Evidentemente, vive-se no Brasil o reflexo de uma cultura jurídica que aliena a interpretação pela adjudicação do método, ficando a linguagem como terceira coisa entre o sujeito e o objeto, no interior do paradigma da consciência (S-O). Por isso, na maioria dos manuais de processo penal é possível ler que a presença de prova da materialidade e de indícios de autoria são elementos que bastam para acusar formalmente alguém da prática de crime. Esse modo bastante simplista de ver a imputação de crime merece reflexão à luz dos aportes feitos a respeito da crise da tipicidade, notadamente na busca de simetria quanto à responsabilidade das partes pela interpretação e exposição/explicitação dos respectivos fundamentos. Assim considerado, o inquérito policial é tomado como lugar da investigação (completa) do fato, no qual, respeitadas as garantias das pessoas, serão apurados todos os

---

ato administrativo, ou seja, não havendo previsão legal específica, não poderia a autoridade praticar o ato, já que sua atividade é sempre vinculada. De toda a forma, não sendo este o objeto do presente estudo e diante da previsão do inciso V do art. 6º do CPP, vai a questão analisada apenas no que diz respeito à questão da tipicidade penal.

elementos necessários para o oferecimento da denúncia, entenda-se: mais do que simples prova da materialidade e indícios de autoria.

Partindo deste raciocínio, de que o inquérito apura todos os elementos que tragam certeza ao acusador da prática de crime por determinada pessoa, cabe ao autor da ação penal apenas oferecer a denúncia quando estiver indubitavelmente certo da acusação que formula contra uma pessoa, ou seja, é inconcebível que invoque, a favor da sua dúvida, o chamado “princípio do *in dubio pro societate*”, de duvidosa constitucionalidade. Tanto assim, que no HC 175.639/AC, a Sexta Turma do STJ afirma expressamente a ilegalidade desse entendimento.<sup>441</sup>

De fato, a maioria das denúncias, simplesmente reproduz a situação fática pela mera transcrição do texto legal, corporificando aquela confusão antes referida entre tipo (regra) e tipicidade (concreção). Como acontece no indiciamento, basta ao autor da ação penal fazer a demonstração do acoplamento do fato ao tipo (subsunção) e tudo se resolve na instrução processual.

É que, sem a certeza da imputação, a acusação passa a ser temerária para quem a propõe, e a denúncia acaba se revertendo na possível prática de crime de denunciação caluniosa. Caso o autor da ação penal venha a oferecer uma denúncia contra uma pessoa, ciente de que não há provas suficientes para formular-se um juízo de tipicidade (certeza da existência de crime) estará decidindo, de forma intencional, processar alguém, mesmo diante da dúvida, ou seja, fazendo o raciocínio do aconteça o que acontecer, eu sigo em frente com minha duvidosa acusação (dolo eventual). Basta ver que uma inicial do processo civil que não exponha com clareza o pedido, seu fundamento e as provas, será declarada inepta e extinta a ação sem julgamento do mérito. O autor de um pedido de natureza civil deve mostrar, desde o início, a viabilidade do bem da vida buscado. No processo

---

<sup>441</sup> PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E QUADRILHA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PROVIMENTO PELO TRIBUNAL A QUO. REMISSÃO AO CHAMADO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE. ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. 1. A acusação, no seio do Estado Democrático de Direito, deve ser edificada em bases sólidas, corporificando a justa causa, sendo abominável a concepção de um chamado princípio *in dubio pro societate*. In casu, não tendo sido a denúncia amparada em hígida prova da materialidade e autoria, mas em delação, posteriormente tida por viciada, é patente a carência de justa causa. Encontrando-se os corréus Gualberto Gonçalves de Queiroz e Aroldo Ishii em situação objetivamente assemelhada à dos pacientes, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal, devem eles receber o mesmo tratamento dispensado a estes. 2. Ordem concedida para cassar o acórdão atacado, restabelecendo a decisão de primeiro grau, que rejeitou a denúncia em relação aos pacientes e os corréus Gualberto Gonçalves de Queiroz e Aroldo Ishii, nos autos da ação penal n. 0008955-43.2005.8.01.0001, da 1.ª Vara Criminal da Comarca de Rio Branco/AC. (BRASIL, DF. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 175639, Sexta Turma. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgamento: 20/03/2012. DJe:11/04/2012).

penal isto não importa?<sup>442</sup>

Um exemplo bastante claro dessa situação aparece nas chamadas “denúncias genéricas” formuladas contra todas as pessoas que constam como sócios no contrato da empresa, ficando, a atividade ou a participação de cada um, a ser apurada no curso da instrução. Assim, todos são denunciados pelo delito principal em concurso de agentes, sem que a denúncia faça a individualização das condutas. Discute-se nesses casos, se a não individualização da conduta dos agentes - denúncia genérica - deveria gerar a decretação de inépcia, por lesão ao art. 41 do CPP.

Sobre o tema, há julgados nos dois sentidos, ora afastando a necessidade de descrição pormenorizada da conduta de cada um dos acusados<sup>443</sup>, ora exigindo a narrativa do fato com todas as circunstâncias (art. 41 do CPP).<sup>444</sup>

---

<sup>442</sup> Em grande parte dos casos, apura-se o que é possível apurar no inquérito policial e joga-se tudo para a ação penal. Sem que o inquérito cumpra sua função investigativa de todas as circunstâncias do fato delituoso, ele se torna um instrumento de coação ilegal, de violência contra a pessoa (mal) acusada. O autor da ação penal, por outro lado, não está autorizado a oferecer denúncia, simplesmente fazendo a transcrição do texto da lei. Pois os inquéritos, no Brasil, geralmente são amontoados de papel com cheiro de suor e mofo. Papéis que mal contam histórias (ou seriam estórias) e que chegam daquele lugar distante, diferente, no qual os trabalhadores são pessoas que ardem no calor e congelam no inverno, usam máquinas antigas de escrever e de imprimir, armas que emperram, coletes que não salvam. O inquérito continua a ser, quase sempre, um amontoado desorganizado de papéis. Distante da delegacia, o promotor quer fazer seu próprio inquérito. Na maioria das vezes, porém, já que não pode ficar investigando, anexa o inquérito a uma denúncia e, chamando alguém de criminoso, convoca-o a participar de uma violência inquisitiva chamada ação penal, na qual os reduzidos espaços de poder fazem ver que o passado é presente. Vive-se, hoje, um medievo com avião, celular, internet e música sertaneja.

<sup>443</sup> Na consulta das palavras “denuncia genérica” no site do STJ, aparecem mais de quinhentos casos. Para ilustrar, segue um caso em que foi aceita a imputação genérica do fato, sem a particularização das condutas dos agentes, deixando esta verificação para a instrução processual: HABEAS CORPUS. USO DE DOCUMENTO FALSO. DENÚNCIA. CRIME SOCIETÁRIO. ALEGAÇÃO DE FALTA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA DOS PACIENTES. CONDIÇÃO DE SÓCIOS. PEÇA INAUGURAL QUE ATENDE AOS REQUISITOS LEGAIS EXIGIDOS E DESCREVE CRIME EM TESE. AMPLA DEFESA GARANTIDA. INÉPCIA NÃO EVIDENCIADA. 1. Não pode ser acoimada de inepta a denúncia formulada em obediência aos requisitos traçados no artigo 41 do Código de Processo Penal, descrevendo perfeitamente as condutas típicas, cuja autoria é atribuída aos pacientes, devidamente qualificados, circunstâncias que permitem o exercício da ampla defesa no seio da persecução penal, na qual se observará o devido processo legal. 2. Nos chamados crimes societários, embora a vestibular acusatória não possa ser de todo genérica, é válida quando, apesar de não descrever minuciosamente as atuações individuais dos acusados, demonstra um liame entre o seu agir e a suposta prática delituosa, caracterizado pela condição de sócios ou administradores da empresa, estabelecendo a plausibilidade da imputação e possibilitando o exercício da ampla defesa, caso em que se consideram preenchidos os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal. 3. Se eventualmente demonstrado que um dos sócios denunciados não teria exercido função de gerência, administração ou provado que não detinha poder decisório dentro da pessoa jurídica relacionado com o fato delituoso, seria hipótese de absolvição, e não de inépcia da denúncia, tratando-se de questão a ser dirimida durante a instrução processual, e não na via estreita do presente writ, como pretende a impetração. 4. Ordem denegada. (BRASIL, DF. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 220164, Quinta Turma. Relator: Ministro Jorge Mussi. Julgamento: 12/06/2012. DJe: 20/06/2012).

<sup>444</sup> Considerando inepta a denúncia genérica: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE INDEVIDA DE LICITAÇÃO. ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993.

No HC nº 88.875, publicado em 12 de março de 2012, o Ministro Celso Mello destaca os pontos da discussão, deixando bem marcada a necessidade de a denúncia conter uma acusação com a narrativa completa da participação de cada acusado nos fatos. No corpo do acórdão, o Ministro afirma que se impõe ao Estado, no plano da persecução penal, o dever de definir, com precisão, a participação individual dos autores de quaisquer delitos, sob pena de consagrar-se uma inaceitável hipótese de responsabilização objetiva, com todas as gravíssimas consequências daí advindas. No que concerne mais especificamente ao objeto do presente estudo, afirma o Ministro Celso de Mello que *a imputação penal não pode ser o resultado da vontade pessoal e arbitrária do acusador.*<sup>445</sup>

---

DENÚNCIA. NATUREZA GENÉRICA. INÉPCIA CARACTERIZADA. JUSTA CAUSA. EXISTÊNCIA DE LASTRO PROBATÓRIO MÍNIMO. CRIME DE MERA CONDUTA. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO E DOLO ESPECÍFICO. DESNECESSIDADE. 1. É inepta a denúncia que tem caráter genérico e não descreve a conduta criminosa praticada pelos pacientes, mas apenas menciona a posição por eles ocupada na hierarquia de uma empresa que, ao integrar uma coleta simulada de preços, teria contribuído para a prática delitiva. 2. A peça acusatória deve especificar, ao menos sucintamente, fatos concretos, de modo a possibilitar ao acusado a sua defesa, não podendo se limitar a afirmações de cunho vago. 3. O crime tipificado no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 não é de mera conduta, sendo imprescindível a demonstração de prejuízo ou de dolo específico. Precedentes desta Corte. 4. Ordem concedida. (BRASIL, DF. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 164172, Sexta Turma. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Julgamento: 12/04/2012. DJe: 21/05/2012).

<sup>445</sup> EMENTA: “HABEAS CORPUS” - CRIME DE DESCAMINHO NA SUA FORMA TENTADA (CP, ART. 334, “CAPUT”, C/C O ART. 14, II) - RESPONSABILIDADE PENAL DOS SÓCIOS-ADMINISTRADORES - DENÚNCIA QUE NÃO ATRIBUI, AO PACIENTE (SÓCIO), COMPORTAMENTO ESPECÍFICO E INDIVIDUALIZADO QUE O VINCULE, COM APOIO EM DADOS PROBATÓRIOS MÍNIMOS, AO EVENTO DELITUOSO - INÉPCIA DA DENÚNCIA - PEDIDO DEFERIDO, ESTENDENDO-SE, DE OFÍCIO, POR IDENTIDADE DE SITUAÇÕES, OS EFEITOS DA DECISÃO CONCESSIVA DE “HABEAS CORPUS” AOS DEMAIS LITISCONSORTES PENALIS PASSIVOS. PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO - OBRIGAÇÃO DE O MINISTÉRIO PÚBLICO FORMULAR DENÚNCIA JURIDICAMENTE APTA. - O sistema jurídico vigente no Brasil - tendo presente a natureza dialógica do processo penal acusatório, hoje impregnado, em sua estrutura formal, de caráter essencialmente democrático - impõe, ao Ministério Público, notadamente no denominado “reato societário”, a obrigação de expor, na denúncia, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a participação de cada acusado na suposta prática delituosa. - O ordenamento positivo brasileiro - cujos fundamentos repousam, dentre outros expressivos vetores condicionantes da atividade de persecução estatal, no postulado essencial do direito penal da culpa e no princípio constitucional do “due process of law” (com todos os consectários que dele resultam) - repudia as imputações criminais genéricas e não tolera, porque ineptas, as acusações que não individualizam nem especificam, de maneira concreta, a conduta penal atribuída ao denunciado. Precedentes. A PESSOA SOB INVESTIGAÇÃO PENAL TEM O DIREITO DE NÃO SER ACUSADA COM BASE EM DENÚNCIA INEPTA. - A denúncia deve conter a exposição do fato delituoso, descrito em toda a sua essência e narrado com todas as suas circunstâncias fundamentais. Essa narração, ainda que sucinta, impõe-se, ao acusador, como exigência derivada do postulado constitucional que assegura, ao réu, o exercício, em plenitude, do direito de defesa. Denúncia que deixa de estabelecer a necessária vinculação da conduta individual de cada agente aos eventos delituosos qualifica-se como denúncia inepta. Precedentes. CRIME DE DESCAMINHO - PEÇA ACUSATÓRIA QUE NÃO DESCREVE, QUANTO AO PACIENTE, SÓCIO-ADMINISTRADOR DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA, QUALQUER CONDUTA ESPECÍFICA QUE O VINCULE, CONCRETAMENTE, AOS EVENTOS DELITUOSOS - INÉPCIA DA DENÚNCIA. - A mera invocação da condição de sócio ou de administrador de sociedade empresária, sem a correspondente e objetiva descrição de determinado comportamento típico que o vincule, concretamente, à prática criminosa, não constitui fator suficiente apto a legitimar a formulação de acusação estatal ou a autorizar a prolação de decreto judicial condenatório. - A

Acusar alguém de praticar um crime é um fazer que não pode estar cercado de dúvida. O acusador deve ter certeza do que afirma para não ser intencionalmente temerário. Pedir a absolvição ao final, não terá o efeito de apagar o dano causado pelos anos de constrangimento. Caso o autor da ação penal tenha dúvida quanto à tipicidade, deve fazer o inquérito voltar para a delegacia com o devido pedido de diligências e fazer isso quantas vezes for necessário.<sup>446</sup> Um inquérito que apure, sem deixar espaço para dúvida, os elementos indispensáveis a uma certeza quanto à tipicidade penal? Sim. Um indiciamento e uma denúncia que contenham a explicitação do que foi compreendido? Sim.

Finalmente, qual deve ser a postura de quem defende, diante da crítica hermenêutica do direito que tem como pressuposto a noção de resposta correta ou boa resposta em termos de tipicidade?

Afrânio Jardim escreve sobre o ônus da prova em relação à defesa:

E o réu, nada teria que alegar e provar no processo penal? A resposta é que, na realidade, não tem a defesa tais ônus para lograr a absolvição autorizada pelo inciso VI do art. 386 do Código de Processo Penal. O réu apenas nega os fatos alegados pela acusação. Ou melhor, apenas tem a faculdade de negá-los, pois a não impugnação destes ou mesmo a confissão não leva a presumi-los como verdadeiros, continuando eles como

---

circunstância objetiva de alguém ser meramente sócio ou de exercer cargo de direção ou de administração em sociedade empresária não se revela suficiente, só por si, para autorizar qualquer presunção de culpa (inexistente em nosso sistema jurídico-penal) e, menos ainda, para justificar, como efeito derivado dessa particular qualificação formal, a correspondente persecução criminal. - Não existe, no ordenamento positivo brasileiro, ainda que se trate de práticas configuradoras de macrodelinquência ou caracterizadoras de delinquência econômica, a possibilidade constitucional de incidência da responsabilidade penal objetiva. Prevalece, sempre, em sede criminal, como princípio dominante do sistema normativo, o dogma da responsabilidade com culpa (“nullum crimen sine culpa”), absolutamente incompatível com a velha concepção medieval do “versari in re illicita”, banida do domínio do direito penal da culpa. Precedentes. AS ACUSAÇÕES PENAIS NÃO SE PRESUMEM PROVADAS: O ÔNUS DA PROVA INCUMBE, EXCLUSIVAMENTE, A QUEM ACUSA. - Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). Precedentes. - Para o acusado exercer, em plenitude, a garantia do contraditório, torna-se indispensável que o órgão da acusação descreva, de modo preciso, os elementos estruturais (“essentialia delicti”) que compõem o tipo penal, sob pena de se devolver, ilegitimamente, ao réu, o ônus (que sobre ele não incide) de provar que é inocente. - Em matéria de responsabilidade penal, não se registra, no modelo constitucional brasileiro, qualquer possibilidade de o Judiciário, por simples presunção ou com fundamento em meras suspeitas, reconhecer a culpa do réu. Os princípios democráticos que informam o sistema jurídico nacional repelem qualquer ato estatal que transgrida o dogma de que não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita. (BRASIL, DF. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 88875, Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento 07/12/2010. DJe: 12/03/2012).

<sup>446</sup> Finalmente, o juiz criminal não deve receber denúncia fraca, fundada em inquérito inacabado ou deve assumir seu papel de (co)responsável pelo abuso de autoridade decorrente da acusação insegura.

objeto de prova da acusação. Em poucas palavras: a dúvida sobre os chamados “fatos da acusação” leva à improcedência da pretensão punitiva, independentemente do comportamento processual do réu. Na verdade, o réu não formula qualquer pedido no processo penal, tratando-se de ação condenatória. Não manifesta qualquer pretensão própria. Apenas pode se opor à pretensão punitiva do Estado, procurando afastar o acolhimento do pedido do autor.<sup>447</sup>

Por certo, a atuação dos defensores é diferenciada, porque atuam em nome de outrem, mas também, porque essa representação é feita em relação a alguém que, por si, também exerce atos de defesa, dita pessoal. Ou seja, esse aspecto deve ser considerado na avaliação de como tese da resposta correta apresenta-se para a defesa.

É muito importante perceber que a busca da boa resposta em direito tem estreitíssima relação com a atuação defensiva, sendo importante acabar com a noção de que a defesa pode dizer qualquer coisa a respeito de qualquer coisa, na defesa do acusado. O direito de defesa pessoal estabelece alguns limites importantes e que devem ser observados. De outra parte, esta situação não representa a imunidade da defesa quanto à tese da resposta correta como garantia do próprio réu, que tem direito a um julgamento de acordo com a integridade e coerência do direito. Como se sabe, há casos de conflito entre defesa pessoal e técnica, sendo indispensável acabar com essa máxima - que faz parte do senso comum teórico dos juristas -, segundo a qual, para defender alguém, tudo é admissível.

Resta saber se um defensor pode, diante de tais reflexões, pedir a condenação do réu confesso nos exatos termos da denúncia (provada em juízo)?

É incorreto dizer que o defensor tem a obrigação de pedir a absolvição do réu em qualquer circunstância,<sup>448</sup> como também é incorreto pensar<sup>448</sup> que tem o dever de

---

<sup>447</sup> JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 212.

<sup>448</sup> HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO (ARTIGO 157, § 2º, INCISOS I, II E V, DO CÓDIGO PENAL). PEDIDO DE CONDENAÇÃO DO RÉU POR CRIME MENOS GRAVE EM ALEGAÇÕES FINAIS. CONFISSÃO EM JUÍZO. NULIDADE NÃO CARACTERIZADA.

1. Não configura nulidade por ausência de defesa o fato de o defensor, em alegações finais, pedir a condenação do réu por crime menos grave do que aquele pelo qual foi denunciado, na hipótese deste ter confessado judicialmente os fatos. DOSIMETRIA. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. DUAS MAJORANTES. ACRÉSCIMO DA REPRIMENDA EM 5/12 SEM MOTIVAÇÃO CONCRETA. EXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. É possível o aumento da pena em patamar superior ao mínimo de 1/3 quando há a presença de duas causas de aumento previstas no § 2º do artigo 157 do Código Penal, desde que as circunstâncias do caso autorizem. 2. Há constrangimento ilegal quando a pena é aumentada em metade apenas diante da quantidade de majorantes, sem qualquer fundamentação concreta (Precedentes). PENA. REGIME DE EXECUÇÃO. MODO FECHADO DETERMINADO COM BASE NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE.

sempre argumentar em busca de algum “benefício”, ainda que não seja o caso. O defensor, diante da confissão do acusado, confortada pelas demais provas dos autos, deve pedir a condenação do réu, nos exatos termos da denúncia.

No RE nº 205.260, acórdão publicado em 4 de fevereiro de 2005, o Ministro Sepúlveda Pertence, do STF, asseverou que

Ante a evidência da responsabilidade do acusado, a postulação no vazio da absolvição pode configurar temeridade tática da defesa, da qual será lícito ao defensor furtar-se, de modo a resguardar a credibilidade da pretensão de uma penalidade menos rigorosa. Essa opção tática do defensor não ultrapassa os limites de sua discricionariedade no exercício do mister e não basta à caracterização de ausência de defesa, de modo a viciar de nulidade o processo.<sup>449</sup>

Com esse enfoque, há que ser feita uma reflexão em torno da atuação das partes, para que a polícia seja o aparelho do Estado responsável pela investigação e apuração das circunstâncias do fato, sem submissão ou subserviência. O inquérito não é o local onde se apuram indícios para o oferecimento da denúncia, mas sim, onde se apuram todas as circunstâncias do evento. O relatório de conclusão do inquérito, com o indiciamento do acusado, deve conter a devida fundamentação em torno da tipicidade. No mesmo sentido e partindo desta postura, a acusação posta na denúncia deve ser a explicitação de todos os motivos que levaram o acusador a

---

ARTIGO 33, §§ 2º E 3º DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 718 E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ALTERAÇÃO PARA A FORMA SEMIABERTA. 1. O art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal estabelece que o condenado à pena superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) poderá iniciar o cumprimento da reprimenda no regime semiaberto, observando-se os critérios do art. 59 do aludido diploma legal. 2. Não se admite a fixação do regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso quando a pena-base é fixada no mínimo legal, e o acusado é primário e detentor de bons antecedentes. 3. O Supremo Tribunal Federal, nos verbetes 718 e 719, sumulou o entendimento de que a opinião do julgador acerca da gravidade genérica do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado. 4. Na hipótese dos autos, o regime fechado foi firmado unicamente com base na reprovabilidade abstrata do tipo penal. 5. Ordem parcialmente concedida para alterar o patamar de aumento da pena de 5/12 (cinco doze avos) para o mínimo legal, qual seja, 1/3 (um terço), reduzindo-se a reprimenda do paciente para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 dias-multa, bem como para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda. (BRASIL, DF. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 117878, Quinta Turma. Relator: Ministro Jorge Mussi. Julgamento: 04/05/2010. DJe: 28/06/2010).

<sup>449</sup> EMENTA: Policial militar: processo administrativo disciplinar: validade: ampla defesa assegurada. No caso, o Defensor dativo - malgrado sem contestar a materialidade do ilícito disciplinar -, extrai dos testemunhos acerca das qualidades pessoais do acusado a base de sustentação do pedido de que lhe fosse imposta pena menos severa que a exclusão. Ante a evidência da responsabilidade do acusado, a postulação no vazio da absolvição pode configurar temeridade tática da defesa, da qual será lícito ao defensor furtar-se, de modo a resguardar a credibilidade da pretensão de uma penalidade menos rigorosa. Essa opção tática do defensor não ultrapassa os limites de sua discricionariedade no exercício do mister e não basta à caracterização de ausência de defesa, de modo a viciar de nulidade o processo. (BRASIL, DF. Supremo Tribunal Federal. RE nº 205260, Primeira Turma. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento: 23/11/2004. DJ: 04/02/2005).

entender pela tipicidade da situação, inclusive, afastando entendimento diverso que tenha sido apresentado pela polícia ou pela defesa. Finalmente, a defesa também deve atuar com a responsabilidade de quem pede a boa resposta para o réu.

Observadas as devidas diferenças, a superação da crise da tipicidade penal depende, não resta dúvida, partindo da retomada da relação do direito com a filosofia, de uma reflexão bastante profunda a respeito de como se devem pautar os juristas nesta quadra da história. E o mais importante a destacar nesta cruzada contra a discricionariedade é que, quando se fala em jurista, intérprete, julgador e, até mesmo, em juiz, o raciocínio estende-se a todos os demais profissionais do direito, sem distinção de qualquer natureza.

Esses aspectos procedimentais acima destacados, não fazem parte do objeto do presente estudo, diretamente, mas são muito importantes como demonstração eloquente da relação possível da crise da tipicidade com a balbúrdia inquisitorial que marca a persecução penal brasileira.

Repita-se: não há uma tipicidade na visão dos acusadores e outra na visão dos defensores.

Com este quadro, que foi pintado de forma livre e sem preocupação com generalizações e/ou universalidades, mas respeitando as exceções, quer-se afirmar que a crise da tipicidade está presente no modo de ser dos juristas em todos os âmbitos, sendo necessário demonstrar a necessidade de discussão de um novo modelo, integralmente perpassado por uma crítica hermenêutica (filosófica) e preocupado com a coerência e integridade do direito.

A superação da crise da tipicidade penal passa pela assimilação da diferença (ontológica) que existe entre tipicidade e tipificação, como será demonstrado adiante.

### **5.2.2 Juiz Hermeneuta: nem discricionário, nem ativista, nem arbitrário**

O juiz que julga conforme a sua consciência é o sujeito egoísta da modernidade, é sujeito solipsista (*deselbstsüchtiger*), é o "proprietário dos sentidos", é o juiz que "escolhe", é o juiz do "*sentire*", é o juiz da "consciência individual", juiz da decisão como ato de vontade, é o juiz da filosofia da consciência, é o juiz que

primeiro decide, depois fundamenta.<sup>450</sup>

Conforme foi destacado em vários momentos deste trabalho, as decisões não podem ser fruto da vontade, da consciência, da ideologia, do sentimento, enfim, da subjetividade do julgador. Um estado democrático reclama do juiz a capacidade de julgar conforme o direito, afastando-se do julgamento fruto da “consciência individual”. É indispensável, pela recepção da filosofia no direito, o salto da subjetividade para a intersubjetividade. O julgamento depende de “padrões interpretativos” e não da “vontade”, como pretendia Kelsen.

Como bem destaca Lenio Streck, não se vá pensar que o *juiz é uma alface*.<sup>451</sup> Entretanto, como bem assevera Francisco José Borges Motta, o direito é que deve ser o protagonista da dinâmica instaurada num Estado Democrático que reconheça a autonomia do direito (relacionado com a política e com a moral, conforme antes exposto) e da Constituição (enquanto topo normativo), e não o juiz individualmente considerado.<sup>452</sup>

O Poder Judiciário de um país deve estar preparado para dar a resposta correta aos cidadãos, especialmente em Direito Penal, quando a decisão afeta diretamente a liberdade, porque o Estado tem o dever de buscar - de boa-fé - tratar a todos com a mesma consideração (*equal concern* - Dworkin).

Por tudo isso, há que se insistir numa teoria do direito que não seja condescendente com o protagonismo judicial (discricionariedade), que afaste a ideia do - tão propalado e tranquilamente aceito - livre convencimento, noção segundo a

<sup>450</sup> Por todos: STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

<sup>451</sup> A afirmação foi feita por Lenio Streck, em comentário à pesquisa realizada pela Universidade Federal do Paraná, na qual é apresentada conclusão no sentido de que a ideologia pessoal define as decisões dos juízes. Na sua manifestação, destaca: Quem disse que a interpretação era um ato de vontade foi Kelsen. E todos sabem que ali, em Kelsen, estava o ovo da serpente do decisionismo e do subjetivismo. Juiz não escolhe, quem escolhe é o cidadão, na sua razão prática cotidiana. Juiz tem responsabilidade política. Ele decide. A consciência do juiz não é um ponto cego ou isolado da cultura. Quando o desembargador diz que não dá para esperar que o juiz se separe de seus conceitos políticos e religiosos etc, tem um problema: ninguém nessa altura da campeonato acha que o juiz é uma alface ou que esteja amarrado aos textos como no iluminismo. Desde há muito que a hermenêutica, principalmente a filosófica, superou isso, na medida em que a carga de pré-conceitos não é um mal em si, mas é uma aliada. Interpretar não é atribuir sentidos de forma arbitrária, mas é fazê-lo a partir do confronto com a tradição, que depende da suspensão dos pré-conceitos. Se o juiz não consegue fazer isso, não pode e não deve ser juiz. São os dois corpos do rei, como diria Kantorovicz. Dworkin diz muito bem que não importa o que o juiz pensa; não importa a sua subjetividade. Suas decisões devem obedecer à integridade e a coerência do Direito. Consultor Jurídico. **Ideologia pessoal define decisões de juízes, diz estudo**. Revista Consultor Jurídico, 6 de julho de 2012. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-06/ideologia-pessoal-define-decisoes-juizes-estudo-ufpr>>. Acesso em: 3 ago. 2012.

<sup>452</sup> MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 29.

qual o juiz decide (e o faz única e exclusivamente conforme a sua consciência) e depois fundamenta.

Embora a crise da tipicidade penal esteja ligada ao modo como os juristas em geral trabalham com a interpretação, no Brasil este aspecto possui uma caracterização bastante específica, já que o CPP prevê expressamente a figura do livre convencimento no seu art. 155:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.<sup>453</sup>

A leitura feita pela doutrina tradicional a respeito do dispositivo merece reflexão, na medida em que se aceita, de forma bastante acrítica, que o julgador examine o caso com inteira liberdade, valorando as provas como bem quiser, desde que, depois disso, apresente a devida fundamentação.<sup>454</sup>

Nos Tribunais, por certo, a situação não é diferente, o que se pode ilustrar pelo voto proferido nos autos do HC nº 111.666, da relatoria do Ministro Luiz Fux, no qual ficou determinado, de forma expressa, a vinculação do sistema judicial

---

<sup>453</sup> O PLS 156/2099 (projeto do novo CPP) mantém a redação no art. 168: O juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, indicando na fundamentação todos os elementos utilizados e os critérios adotados, resguardadas as provas cautelares, as não repetíveis e as antecipadas.

<sup>454</sup> Tourinho Filho, afirma: O princípio da persuasão racional ou do livre convencimento. Esse princípio, consagrado no art. 157 do CPP, impede que o Juiz possa julgar com o conhecimento que eventualmente tenha extra-autos. Quod non est in actis non est in hoc mundo. O que não estiver dentro no processo é como se não existisse. E, nesse caso, o processo é o mundo para o Juiz. Trata-se de excelente garantia para impedir julgamentos parciais. A sentença, dizia Florian, não é um ato de fé, mas a exteriorização do convencimento do Juiz diante das provas produzidas. O Juiz, em face das provas existentes nos autos, tem inteira liberdade na sua apreciação. Pode desprezar o depoimento de quatro testemunhas, por exemplo, e respaldar sua decisão num único depoimento. Este é o princípio do livre convencimento. Confere-se ao Juiz inteira liberdade na apreciação das provas, conquanto fundamente sua decisão. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. Vol. 1 - 30 Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 44. Fernando Capez, na questão da busca da prova, assevera: É dever do magistrado superar a desidiosa iniciativa das partes na colheita do material probatório, esgotando todas as possibilidades para alcançar a verdade real dos fatos, como fundamento da sentença. CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 23. Eugênio Paceli de Oliveira também segue o mesmo pensamento: Por tal sistema, o juiz é livre na formação de seu convencimento, não estando comprometido por qualquer critério de valoração prévia da prova, podendo optar livremente por aquela que lhe parecer mais convincente. Um único testemunho, por exemplo, poderá ser levado em consideração pelo juiz, ainda que em sentido contrário a dois ou mais testemunhos, desde que em consonância com outras provas. A liberdade quanto ao convencimento não dispensa, porém, a sua fundamentação, ou a sua explicitação. É dizer: embora livre para formar o seu convencimento, o juiz deverá declinar as razões que o levaram a optar por tal ou qual prova, fazendo-o com base em argumentação racional, para que as partes, eventualmente insatisfeitas, possam confrontar a decisão nas mesmas bases argumentativas. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 8 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 286.

brasileiro ao modelo do livre conhecimento, afirmando, quanto ao caso, que:

Ora, os criminosos não circulam com uma “carteira de identificação de pessoa dedicada a atividades criminosas”. É sabido que a criminalidade dedicada ao tráfico de drogas organiza-se em sistema altamente complexo, motivo pelo qual a exigência de prova direta da dedicação a esse tipo de atividade, além de violar o sistema do livre convencimento motivado previsto no art. 155 do CPP e no art. 93, IX, da Carta Magna, praticamente impossibilita a efetividade da repressão a essa espécie delitiva.<sup>455</sup>

Pelo raciocínio, diante da dificuldade de comprovar a vinculação dos réus a atividades delitivas relacionadas ao tráfico, há que se admitir a prolação de condenações com base no livre convencimento? E qual a relação do livre convencimento com o art. 93, inc. IX da Constituição Federal?

No STJ, HC nº 230.922, o Ministro Gilson Dipp afirma que:

---

<sup>455</sup> Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA, MAUS ANTECEDENTES E DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO. PRESUNÇÃO HOMINIS. POSSIBILIDADE. INDÍCIOS. APTIDÃO PARA LASTREAR DECRETO CONDENATÓRIO. SISTEMA DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. REAPRECIÇÃO DE PROVAS. DESCABIMENTO NA VIA ELEITA. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA APTA A AFASTAR A MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06, ANTE A DEDICAÇÃO DO AGENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ORDEM DENEGADA. 1. O § 4º do artigo 33 da Lei de Entorpecentes dispõe a respeito da causa de diminuição da pena nas frações de 1/6 a 2/3 e arrola os requisitos necessários para tanto: primariedade, bons antecedentes, não dedicação à atividades criminosas e não à organização criminosa. 2. Conseqüentemente, ainda que se tratasse de presunção de que o paciente é dedicado à atividade criminosa, esse elemento probatório seria passível de ser utilizado mercê de, como visto, haver elementos fáticos conducentes a conclusão de que o paciente era dado à atividade delituosa. 3. O princípio processual penal do favor rei não ilide a possibilidade de utilização de presunções hominis ou facti, pelo juiz, para decidir sobre a procedência do ius puniendi, máxime porque o Código de Processo Penal prevê expressamente a prova indiciária, definindo-a no art. 239 como “a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. Doutrina (LEONE, Giovanni. Trattato di Diritto Processuale Penale. v. II. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961. p. 161-162). Precedente (HC 96062, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009, DJe-213 DIVULG 12-11-2009 PUBLIC 13-11-2009 EMENT VOL-02382-02 PP-00336). 4. Deveras, o julgador pode, mediante um fato devidamente provado que não constitui elemento do tipo penal, utilizando raciocínio engendrado com supedâneo nas suas experiências empíricas, concluir pela ocorrência de circunstância relevante para a qualificação penal da conduta. 5. A criminalidade dedicada ao tráfico de drogas organiza-se em sistema altamente complexo, motivo pelo qual a exigência de prova direta da dedicação a esse tipo de atividade, além de violar o sistema do livre convencimento motivado previsto no art. 155 do CPP e no art. 93, IX, da Carta Magna, praticamente impossibilita a efetividade da repressão a essa espécie delitiva. 6. O juízo de origem procedeu a atividade intelectual irrepreensível, porquanto a apreensão de grande quantidade de droga é fato que permite concluir, mediante raciocínio dedutivo, pela dedicação do agente a atividades delitivas, sendo certo que, além disso, outras circunstâncias motivaram o afastamento da minorante. 7. In casu, o Juízo de origem ponderou a quantidade e a variedade das drogas apreendidas (1,82g de cocaína pura, 8,35g de crack e 20,18g de maconha), destacando a forma como estavam acondicionadas, o local em que o paciente foi preso em flagrante (bar de fachada que, na verdade, era ponto de tráfico de entorpecentes), e os péssimos antecedentes criminais, circunstâncias concretas obstativas da aplicação da referida minorante. 8. Ordem denegada. (BRASIL, DF. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 111666, Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento: 08/05/2012. DJe: 23/05/2012).

Vige em nosso ordenamento jurídico o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual o magistrado pode livremente apreciar as provas, adotá-las ou recusá-las mediante convicção motivada.<sup>456</sup>

No referido HC, vale dizer, o Ministro concede a ordem ao paciente, uma vez que o magistrado havia baseado sua convicção apenas nas provas do inquérito, ou seja, violando a disposição do art. 155 do CPP. Pelo disposto no acórdão, é possível concluir que o juiz poderia ter chegado à mesma solução, porém, deveria ter fundamentado na prova judicial. Uma vez que o juiz pode adotar ou recusar as provas pelo sistema da livre convicção, poderia ter atribuído valor à prova judicial e tudo estaria resolvido.

Como admitir que a decisão, num estado democrático, esteja vinculada ao livre convencimento do juiz? Como acreditar que a apresentação de uma "motivação" possa resolver o problema?

A leitura do dispositivo só pode ser outra.

Com boa vontade, salvando o texto legal, há que se admitir que o juiz é livre para formar a sua convicção a partir da prova, podendo apreciá-la com liberdade,

---

<sup>456</sup> PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA EXCLUSIVAMENTE EM ELEMENTOS INFORMATIVOS COLHIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA. I. Conquanto o uso do habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo, crescentemente fora de sua inspiração originária - tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do habeas corpus. II. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no Mandado de Segurança 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes e HC 104.767/BA, DJ 17/08/2011, Rel. Min. Luiz Fux), nos quais se firmou o entendimento da "inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal". III. Na hipótese, o impetrante interpôs recurso especial, instrumento ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte Superior analise eventual ofensa à legislação federal nos fundamentos da condenação criminal, não podendo ser substituído pelo habeas corpus, exceção que se liga necessariamente à violência, à coação, à ilegalidade ou ao abuso - circunstâncias que obviamente não constituem a regra senão a exceção - donde seu uso reclama naturalmente as restrições da exceção. IV. Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento no sentido de ser inadmissível a prolação de decreto condenatório exclusivamente com base em notícias colhidas durante investigações preliminares, que não tenham sido submetidas ao crivo do devido processo legal, em seus consectários do contraditório e da ampla defesa. V. Vige em nosso ordenamento jurídico o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual o magistrado pode livremente apreciar as provas, adotá-las ou recusá-las mediante convicção motivada. Contudo, há proibição expressa de fundamentação exclusiva nos elementos do inquérito, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Inteligência do art. 155 do Código de Processo Penal. VI. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (BRASIL, DF. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 230922, Quinta Turma. Relator: Ministro Gilson Dipp. Julgamento: 26/06/2012. DJe: 01/08/2012).

porém, à liberdade de apreciação, não corresponde a liberdade de deliberação, resolução, decisão. É inadmissível que o juiz tenha total liberdade para decidir conforme queira, de acordo com sua consciência, com sua vontade, com seus caprichos, com sua tábua de valores, com suas crenças, seus medos, suas fobias, enfim, que sua subjetividade se sobreponha, por algum motivo, ao direito, considerado na sua dupla dimensão de integridade e coerência.

Ainda que se pense que *as coisas são assim, porque os juízes sempre julgam antes e depois é que fundamentam*, certo é que este modo de ver as coisas não é compatível com um estado democrático fundado na força (normativa) de uma constituição, que necessita ser, ainda, dirigente nesta quadra da história (especialmente em países atrasados).

Na verdade, o penalista brasileiro, por esta leitura ultrapassada do dispositivo, submete a Constituição ao Código, fazendo com que a leitura do dever constitucional de fundamentação das decisões, seja tomada a partir da ideia de livre convencimento, ou seja, como é comum acontecer em países de baixa constitucionalidade, a Lei Maior do País é interpretada de acordo com a Lei Ordinária.

Neste sentido, com razão Lenio Streck, quando discute abertamente a questão:

Vamos falar claro: é isso que é o LC. Pensar na possibilidade de um LC racional (sic) seria, no fundo, aceitar que o objetivo da instrução processual seria o de gerar "certeza" no julgador com relação a uma decisão que ele já traz consigo (que ele já tomou), no íntimo de sua subjetividade - algo que, poderíamos dizer, escapa até mesmo a Descartes.<sup>457</sup>

Incumbe aos juízes, portanto, fazer um julgamento em que importa, verdadeiramente, não a visão pessoal, mas o ajuste (fit) e a justificação (justification) da interpretação que eles oferecem das práticas jurídicas em relação ao Direito da

---

<sup>457</sup> Lenio Streck destaca, ainda, que: ...não se produz prova para, a partir de uma pesquisa da tradição jurídica afirmar o "acerto" ou o "erro" da decisão, mas, sim, para compreender - corretamente - aquilo que a tradição produziu como direito e, com isso, oferecer uma interpretação coerente (e íntegra) para o conjunto de provas que são apresentadas pelas partes. Ou seja, o juiz não deve "explicar" aquilo que o "convenceu"... Deve, sim, explicitar os motivos de sua compreensão, oferecendo uma justificação (fundamentação) de sua interpretação, na perspectiva de demonstrar como a interpretação oferecida por ele é a melhor para aquele caso (mais adequada à Constituição ou, em termos dworkinianos, correta), num contexto de unidade, integridade e coerência com relação ao Direito da Comunidade Política. Quem não consegue suspender seus pré-juízos, acaba produzindo um prejuízo ao direito. STRECK, Lenio. O "Novo" Código de Processo Penal e as Ameaças do Velho Inquisitorialismo: Nas So(m)bras da Filosofia da Consciência. In: BONATO, Gilson (organizador). **Processo penal, constituição e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 454.

comunidade política.<sup>458</sup> Coerência e integridade, enquanto princípios garantidores do *equal concern and respect*, a partir da complexa amarração teórica feita por ele, da Filosofia de Heidegger e da Hermenêutica de Gadamer com os aportes de Ronald Dworkin, representam um padrão do que é possível entender por decisão correta, adequada, boa, levando-se em consideração a doutrina e a jurisprudência.

Nesse sentido, mais uma vez:

Caso jurídico, caso concreto, decisão, validade: tudo isso está umbilicalmente ligado e dependente da integridade, e da coerência, que se constituem na condição de possibilidade do significado da jurisprudência e da doutrina em um Estado Democrático. Decidir adequadamente é tarefa da *jurisdictio*; apontar o modo adequado de decidir é tarefa da doutrina. Não há jurisprudência sem doutrina e a doutrina tem a tarefa de censura significativa das decisões (podemos chamar a essa tarefa também de "constrangimento epistemológico").<sup>459</sup>

A noção de integridade e coerência fica bastante clara na ideia de romance-em-cadeia proposta por Dworkin, segundo a qual *cada juiz é como um romancista na corrente*. O juiz deve ler tudo o que foi escrito por outros juizes no passado, com o objetivo de ter presente o que eles fizeram coletivamente, ou seja, como cada um dos "romancistas" formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até ali. Com isso Dworkin quer dizer, com correção, que qualquer juiz com a responsabilidade de decidir uma demanda, deve olhar os livros adequados, os registros de casos similares (mesmo que decididos há décadas ou séculos), examinar as filosofias judiciais e políticas diferentes. Para decidir o novo caso sob sua responsabilidade naquele momento, o juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, no qual a história é formada pelo conjunto dessas decisões, estruturas, convenções e práticas. Cada juiz, portanto, continua a história com sua decisão proferida agora, entendendo a necessidade de interpretar o que aconteceu antes, como responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos. Para Dworkin, o juiz deve determinar, segundo seu julgamento, qual é (tomado como um todo) o propósito ou o tema da prática até então.<sup>460</sup>

Tomando essas considerações e voltando aos exemplos acima, importa ver

<sup>458</sup> STRECK, Lenio. O "Novo" Código de Processo Penal e as Ameaças do Velho Inquisitorialismo: Nas So(m)bras da Filosofia da Consciência. In: BONATO, Gilson (organizador). **Processo penal, constituição e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 454.

<sup>459</sup> STRECK, Lenio. O "Novo" Código de Processo Penal e as Ameaças do Velho Inquisitorialismo: Nas So(m)bras da Filosofia da Consciência. In: BONATO, Gilson (organizador). **Processo penal, constituição e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 454.

<sup>460</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 238.

como cada decisão desconsidera completamente a coerência e a integridade do direito. Ao contrário do juiz “romancista”, cada julgador faz o seu “conto” particular, sem as noções de continuidade, sequência, cadeia, assim como, sem considerar a inteireza e a completude do direito, observando-se o que foi decidido no passado, ou seja, havendo uma desconexão do ato de julgar com o todo que constitui o direito.

### 5.3 TIPICIDADE E TEORIA DA DECISÃO: A RESPOSTA CORRETA EM DIREITO PENAL

Da teoria causal, passando pelo finalismo e chegando ao funcionalismo, desde sempre, o estudo da tipicidade - tratada no interior da teoria do delito - tem sido feito a partir de concepções metafísicas sobre o direito, as quais, por apostarem na possibilidade de atribuição de sentidos em abstrato, trabalham com a existência de várias respostas possíveis (múltiplas respostas). Neste modo de ver o direito, pela cisão entre interpretar e aplicar, a interpretação ocorre em etapas. A regra, no entanto, não segura todas as hipóteses de aplicação, diante da sua abertura interpretativa. Surge, então, a discricionariedade como solução.

Neste contexto, no qual estão imersas todas as teorias do direito penal, a tipicidade, entendida como subsunção, passa a depender da vontade, do sentimento, do desejo ou da posição do intérprete (juiz, acusação ou defesa), seguidos de argumentos os mais diversos, declarados ou não, como a posição do réu (rico, pobre, empresário, político, traficante, refugiado), como a proteção de bens jurídicos, como a luta contra a impunidade, com base na ementa tal ou no doutrinador fulano.<sup>461</sup>

Tipicidade é concreção e, por isso mesmo, não deve ser confundida com o tipo e nem com a tipificação (subsunção), que estão no plano da regra, do texto, no âmbito do “mínimo é”. Por ser concreção, não há tipicidade sem caso. Não há tipicidade antes, tipicidade prévia, tipicidade geral, porque não há falar em interpretações *in abstracto*. A tipicidade é o acontecer da interpretação. E como da

---

<sup>461</sup> As teorias jurídicas contemporâneas, mesmo com todo o desgaste do positivismo jurídico, continuam a apostar na possibilidade de esgotamento das possibilidades no nível sintático-semântico. A regra segura o que puder; o que sobrar, fica para o juiz decidir, segundo o “princípio” do livre convencimento motivado. Neste sentido, vale destacar o esforço das sucessivas comissões de reforma da legislação penal brasileira. Em todos os trabalhos, fica a nítida tentativa de “aperfeiçoamento” da regra, com o escopo de resolver os “problemas” da interpretação (metódica). Por todos, vide: Projeto de Código de Processo Penal (PLS 156/2009) e Projeto de Código Penal (PLS 236/2012).

tipicidade decorre a drástica consequência de alguém ser acusado da prática de crime, ela não pode depender apenas da subjetividade do julgador (juiz, promotor, delegado, advogado, etc.).

Ao contrário do que se tem visto, não é possível admitir que algumas pessoas sejam condenadas por determinadas práticas lesivas a bens jurídicos penalmente tutelados e outras sequer sejam processadas, ainda que a conduta seja muito mais lesiva do que a primeira; ou duas pessoas sejam processadas e apenas uma condenada, porque caiu com o juiz mais linha dura; ou que determinado instituto sirva para extinguir a punibilidade para alguns colarinhos, não tendo o mesmo efeito para as golas puídas das velhas camisetas sujas. Exige-se, para a tipicidade, uma teoria da decisão que tenha a resposta correta como garantia da igualdade de todos perante a lei penal, sem distinção de qualquer natureza.

Não é apenas possível, é necessário trabalhar com a noção de resposta correta em termos de tipicidade. Deve-se admitir, sim, a possibilidade de interpretações corretas.<sup>462</sup> A resposta correta - à luz da crítica hermenêutica do direito que aqui vai exposta - é a resposta hermeneuticamente correta para o caso.

Como já foi dito, vale insistir, a coerência e a integridade, como princípios garantidores da igualdade e da equanimidade da tipicidade (enquanto applicatio), estabelecem um padrão do que se deva entender por decisão adequada, a partir da doutrina e da jurisprudência. Como referido acima, decidir adequadamente é a incumbência da jurisdição; à doutrina, por seu turno, cabe apontar o modo adequado de decidir, de tal modo que não há jurisprudência, sem doutrina, que passa a desempenhar a tarefa de censura significativa das decisões (constrangimentos epistemológicos).

---

<sup>462</sup> Nesse sentido, Lenio Streck afirma que: É possível dizer, sim, que uma interpretação é correta e a outra é incorreta. Movemo-nos no mundo exatamente porque podemos fazer afirmações dessa ordem. E disso nem nos damos conta. Ou seja, na compreensão, os conceitos interpretativos não resultam temáticos enquanto tais, como bem lembra Gadamer; ao contrário, determinam-se pelo fato de que desaparecem atrás daquilo que eles fizeram falar/aparecer na e pela interpretação. Aquilo que as teorias da argumentação ou qualquer outra concepção teórico-filosófica (ainda) chamam de “raciocínios subsuntivo” ou “raciocínio dedutivo”, nada mais é do que esse “paradoxo hermenêutico”, que se dá exatamente porque a compreensão é um existencial (ou seja, por ele eu não me pergunto porque compreendi, pela simples razão de que já compreendi, o que faz com que minha pergunta sempre chegue tarde). [...] Uma interpretação é correta quando desaparece, ou seja, quando fica “objetivada” através dos “existenciais positivos”, em que não mais nos perguntamos sobre como compreendemos algo ou por que interpretamos dessa maneira e não de outra: simplesmente, o sentido se deu (manifestou-se), do mesmo modo como nos movemos no mundo através de “nossos acertos cotidianos”, conformados pelo nosso modo prático de ser no mundo. STRECK, Lenio Luiz. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. vol 1, n 6. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008. pp. 299-300.

Dworkin, ao trabalhar com a figura do juiz Hércules acaba pressupondo que todo o juiz está obrigado (onerado) a justificar sua fundamentação em um argumento de princípio, ou seja, há uma clara preocupação com o resultado da decisão. Conforme Rafael Tomaz de Oliveira, os princípios estão situados num âmbito compartilhado de crenças e decisões que são tomadas no passado e que possibilitam a abertura de um projeto decisional futuro, o que não significa conformismo ou conservadorismo.<sup>463</sup> Além disso, é importante destacar que este projeto, aberto pela dimensão prática que um princípio comporta, não autoriza discricionariedades por parte daquele que decide, pois, como destaca o autor, ou se é histórico e, assim, se age dentro do sentido da história, ou se é supra-histórico e, então, enfrenta-se o “beco” da Metafísica e as armadilhas da matemática que caracterizam a modernidade (Heidegger). Numa palavra: a historicidade do ser-aí limita os projetos de sentido. Por isto Rafael Tomaz de Oliveira destaca que:

Desse modo, a própria idéia de história institucional que aparece constantemente em Dworkin e na sua teoria dos precedentes - que reverbera de modo determinante em seu conceito de princípios - fica muito melhor compreendida. Isto porque, essa história institucional não é sem o ser-aí e, portanto, os limites que ela oferece aos próximos capítulos do romance em cadeia não derivam dela simplesmente, como se fosse uma realidade autônoma, independente do ser-aí humano. Só há limite porque o ser-aí é histórico.<sup>464</sup>

Uma decisão estará justificada quando, além de observada a equidade dos procedimentos, também respeite a coerência de princípios que compõem a integridade moral da comunidade. Por isso que a noção de princípio em Dworkin não é materializável em um texto ou enunciado emanado de um precede, lei ou na Constituição, mas é um argumento de princípio remete à totalidade referencial dos significados destes instrumentos jurídicos. Por assim ser, Dworkin trabalha, no

---

<sup>463</sup> Com Gadamer, Rafael lembra que isto representa a dignidade do ser-próprio e da autocompreensão humanos. Lembra, ainda, com base no mesmo autor: A pessoa que não é associal acolhe sempre o outro e aceita o intercâmbio com ele e a construção de um mundo comum de convenções. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito**. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 204.

<sup>464</sup> Destaca o autor que: Desse modo, toda reflexão sobre o conceito de princípio e as possibilidades de sua determinação precisam atentar para o fato de que eles são construídos no interior de uma comunidade histórica que desde sempre é compreendida antecipadamente na historicidade do ser-aí. Todo princípio possibilita uma decisão - no sentido de abrir um espaço para que o juiz decida, de forma correta, a demanda que lhe é apresentada - mas, ao mesmo tempo, a comum-idade dos princípios limita esta mesma decisão uma vez que impõe que ela seja tomada ao modo de padrões já estabelecidos e compreendidos historicamente. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito**. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 204.

Império do Direito, com o juiz Hercules, e o direito como integridade aparece na dimensões antes referidas: precedentes, leis e na Constituição. Rafael destaca, ainda que a juridicidade do princípio somente poderá ser determinada efetivamente no momento de sua interpretação, que não necessariamente será realizada pelo juiz em sua decisão, mas que - por motivos metodológicos - é na decisão judicial que os princípios devem ser analisados. Mas se o direito, tomado como integridade, significa a reconstrução da história jurídica de uma determinada comunidade, então o caso (concreto) deve ser resolvido por um argumento de princípio que considere o contexto e a repercussão no todo. É isto que fará com que este argumento fique assentado como precedente e fará com que ele esteja comprometido com uma nova decisão que venha a ser tomada em casos semelhantes. Acusar, defender ou condenar alguém por alguma tipicidade (fazer valer a atividade coativa do Estado - que é realizada sob o signo do direito), exige uma resposta a um conjunto coerente de princípios. Por isto, no caso de rompimento com essa cadeia de significados, a necessidade de justificação onera ainda mais o intérprete e a remissão ao contexto conjuntural dos princípios se faz de maneira ainda mais delicada. Entretanto, uma vez operada a modificação, ocorre a sua aderência à integridade do direito de modo que sua modificação exigirá o mesmo processo, em um momento subsequente.<sup>465</sup>

Pensando desta maneira, importa ver que, em tipicidade penal, não está o juiz apenas julgando um furto, um roubo, uma sonegação de impostos ou uma falsidade. A decisão de cada caso não pode ser tomada de forma isolada, como se não existissem inúmeros outros julgados no passado e como se o julgamento não importasse para os futuros casos. Este é o sentido do romance-em-cadeia, pois cada julgador deve ter a noção do que foi escrito até aquele momento e assumir o compromisso de proferir sua decisão de modo a não romper com a integridade e a coerência do que até ali foi construído.

Por este modo de decidir, fica afastada a discricionariedade, já que o intérprete está, desde sempre, onerado pela responsabilidade de decidir de acordo com a integridade e coerência, segundo um argumento de princípio.

Finalmente, resta considerar, ainda, a importância do Constitucionalismo contemporâneo para a demarcação do campo principiológico no interior do qual se moverá o intérprete na busca da resposta correta ou, dito de outra forma, há que se

---

<sup>465</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. pp. 216-217.

buscar a solução do problema das respostas incorretas via controle de constitucionalidade concentrado e difuso, assunto bastante delicado, sobretudo, quando se trata do direito penal, sabidamente um campo especial do direito.

Obviamente que, no atual estágio da civilização ocidental e diante do grau de autonomia atingido pelo direito, há que se considerar a possibilidade de uma co-responsabilidade entre legislativo e judiciário, o que deve abrir espaço para o controle da compatibilidade formal e material da legislação ordinária com as constituições. Ora, os “equívocos” cometidos pelo legislador em relação à derrogação ou criação de leis penais, como os equívocos cometidos pelos intérpretes nos casos (concretos) levados à espera da persecução penal são situações que devem passar pelo filtro da constitucionalidade. Tanto no plano da legislação, quando no plano da decisão, portanto, não pode haver a violação aos princípios da integridade e coerência, porque o direito deve ser decidido a partir de argumentos de princípio, e não de políticas.

Assim, conforme acima foi referido, torna-se fundamental exercer o controle de constitucionalidade em relação à matéria penal, fazendo com que, no plano legislativo e no plano da tomada de decisões, haja a filtragem constitucional do direito.

Em sede de controle concentrado, deve-se declarar a inconstitucionalidade dos tipos penais violadores dos princípios escritos na Carta Política. Em sede de controle difuso, o juiz de direito poderá deixar de aplicar o dispositivo sob o fundamento de sua inconstitucionalidade, o que também pode ser feito pelo Tribunal. Sendo caso de Tribunal, por seu órgão fracionário, optar pela nulidade de algum tipo penal, terá que suscitar o incidente de inconstitucionalidade, nos termos do art. 97 da Constituição. Pode-se, ainda, dependendo do caso, optar-se pela elaboração de uma decisão redutiva (inconstitucionalidade parcial sem redução de texto) por juízes e tribunais. Finalmente, em sede de controle concentrado, pode-se provocar de imediato, através de ADIn, o Supremo Tribunal Federal para resolver problemas concretos, incentivando que juízes singulares e órgãos fracionários elaborem sentenças redutivas, a partir do mecanismo da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, o que pode ser feito a partir da própria jurisprudência do STF.

Lenio Streck, a respeito do controle de constitucionalidade, afirma que:

Com efeito, do direito alemão aprendemos que, por vezes, podemos salvar um texto jurídico, não o declarando inconstitucional, a partir de uma adição de sentido. É o caso da *verfassungsgkonforme Auslegung* (Interpretação Conforme a Constituição). Em outros, retira-se uma das incidências da norma, isto é, na hipótese de se querer expungir da norma um dos sentidos que são contrários à Constituição. Neste caso, estar-se-á em face de uma *Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung* (Nulidade Parcial sem Redução de Texto). Em ambos os casos, não há mutilação formal do texto. Altera-se, apenas, o seu sentido.<sup>466</sup>

O autor afirma que, tanto a nulidade parcial sem redução de texto, como a interpretação conforme a Constituição podem ser aplicadas pelo juízo singular e pelos demais Tribunais, sem haver violação ao *full bench* (art. 97 da CF), pois não há expunção de texto ou parte de texto normativo, mas apenas o afastamento de uma das incidências do texto. Há, em verdade, uma adição de sentido na Interpretação Conforme, sendo que, na nulidade parcial qualitativa o resultado hermenêutico faz com que o texto permaneça com um *minus*.

Nos autos da Apelação Criminal nº 70004388724, julgada pela Quinta Câmara Criminal do TJRS, relatoria do Desembargador Amilton Bueno de Carvalho, como ficou assentado na ementa, compete ao julgador fiscalizar a constitucionalidade da lei, suprimindo, dentre seus sentidos possíveis, aqueles incompatíveis com os preceitos constitucionais, utilizando-se da técnica da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (Lenio Streck).<sup>467</sup> No corpo do

---

<sup>466</sup> Com o sugestivo título O DEVER DE PROTEÇÃO DO ESTADO (SCHUTZPFLICHT): O LADO ESQUECIDO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS OU “QUAL A SEMELHANÇA ENTRE OS CRIMES DE FURTO PRIVILEGIADO E O TRÁFICO DE ENTORPECENTES”?, Lenio Streck ataca a situação de o legislador tomar certas decisões em matéria de *abolitio criminis*, expondo de maneira bastante didática a questão do controle de constitucionalidade, aduzindo, inclusive, que: Refira-se que em nada fica maculado esse entendimento em face da recente edição da Súmula Vinculante n.º 10 (“Viola a cláusula de reserva de plenário [CF, artigo 97] a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte.”) do Supremo Tribunal Federal. Ela não se aplica à Interpretação Conforme e nem à Nulidade Parcial de Redução de Texto. STRECK, Lenio Luiz. **O DEVER DE PROTEÇÃO DO ESTADO (SCHUTZPFLICHT): O LADO ESQUECIDO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS OU “QUAL A SEMELHANÇA ENTRE OS CRIMES DE FURTO PRIVILEGIADO E O TRÁFICO DE ENTORPECENTES”?**, 11.07.2008. Disponível em: <[http://leniostreck.com.br/index.php?option=com\\_docman%20&Itemid=40](http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman%20&Itemid=40)>. Acesso em: 05 ago. 2012.

<sup>467</sup> Penal. ROUBO majorado. circunstância agravante. crime cometido contra irmã. controle da constitucionalidade. agressão aos princípios da igualdade, secularização e racionalidade. inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do ARTIGO 61, INC. ii, “E”, DO CÓDIGO PENAL. - O patrimônio e a integridade da irmã do denunciado, enquanto bens jurídicos, merecem a mesma proteção que é alcançada a qualquer do povo, sob pena de violação ao princípio constitucional da igualdade. - Se a condição parental não facilitou a consumação do crime, tampouco revestiu descumprimento de dever jurídico assistencial ou causou dano psicológico à vítima, não há razão alguma para o acréscimo de pena, pois a valoração de circunstância que em nada altera o juízo de reprovação agride o princípio da racionalidade. - A exasperação da pena, calcada tão-somente no descumprimento de um dever moral de fidelidade de um irmão para com o outro, agride o princípio constitucional da secularização. - Compete ao julgador fiscalizar a constitucionalidade da lei,

acórdão, verifica-se que houve o afastamento da aplicação da agravante do inciso II do art. 61 do Código Penal, sob o fundamento de que, *no caso dos autos, a incidência da referida circunstância assume um sentido inconstitucional*. Pelo entendimento esposado no voto, o afastamento da agravante foi motivado pela falta de demonstração de que tivesse ocorrido abuso de confiança ou que o parentesco tivesse facilitado a consumação do delito. Pela prova dos autos, ficou evidente que a relação de parentesco em nada contribuiu para a ocorrência do crime, não sendo admissível, por esta razão, que a agressão ao patrimônio e a integridade da irmã do denunciado pudesse constituir maior agressão ao bem jurídico protegido do que a mesma lesão a qualquer do povo. Assim, a valoração de circunstância pessoal não modifica o juízo de reprovação, não devendo ser aplicada a agravante.

Outros tantos casos como este demonstram a possibilidade de haver a necessária filtragem constitucional, não apenas das regras, mas principalmente, da interpretação feita em desacordo com um argumento de princípio, em confronto com a noção de integridade e coerência, conforme aqui destacado.

---

suprimindo, dentre seus sentidos possíveis, aqueles incompatíveis com os preceitos constitucionais, utilizando-se da técnica da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (lição do Prof. Lenio Luiz Streck). À unanimidade, deram parcial provimento ao apelo. (BRASIL, RS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal Nº 70004388724, Quinta Câmara Criminal Relator: Des. Amilton Bueno de Carvalho. Julgamento 26/06/2002. DJ: 05/08/2002).

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS: ENTRE O NÃO MAIS E O AINDA NÃO

[...] estamos postos entre um não-mais e um ainda-não e nem a natureza e nem Deus nos darão a resposta última. Somos navegantes de alto-mar e temos de assumir o conhecimento sem saber de que porto viemos ou para que porto viajamos. Somos náufragos sem espectadores. Não há ser sem o ser-aí e não existem leis naturais sem o ser-aí que as formule. Não devemos, no entanto, pensar que isto nos liberta da lógica, da racionalidade, do dizer responsável, da verdade. Heidegger mostra apenas que nós queríamos tudo de modo absoluto com fundamento último. É preciso partir do que já sempre somos, do fato de que já sempre nos compreendemos, de que falamos e não houve um antes que nisto nos desse apoio, que inaugurasse o nosso começo.

Ernildo Stein

Colocar o ponto final neste trabalho significa, simplesmente, o encerramento de um ciclo da pesquisa, um período do estudo, um tempo privilegiado de dedicação ao tema. O ponto final representa, neste trabalho, que chegou o momento de submeter o esforço aqui empreendido, pelo cronograma institucional, ao crivo de uma banca examinadora. O ponto final marca, pois, o final de uma etapa significativa da pesquisa, mas, de maneira alguma, significa de trabalho esteja verdadeiramente concluído. Não está. Muito ainda é necessário fazer.

O trabalho recebe, aqui, portanto, um ponto final simbólico, que caracteriza e marca um dever de recomeço. Esta é, aliás, a parte mais difícil que marca este momento da entrega do texto, pois a cada nova leitura do trabalho ou de algum outro texto vinculado ao tema, reabre-se completamente o horizonte da pesquisa a novos influxos, que geram novos insights, na angústia de uma nova abordagem ainda não experimentada ou da mudança de algum enfoque já apresentado, enfim, pela continuação da pesquisa, permanece esta condição de estar debruçado sobre o tema, aprofundando o exame das questões a ele interligadas, fazendo as leituras e as releituras necessárias, sendo presente a noção de um verdadeiro círculo hermenêutico, na ânsia de que os prejuízos resultem autênticos.

Até aqui foram enfrentados alguns pontos tomados como necessários para uma abordagem reflexiva sobre a crise de substância da tipicidade penal, conforme os seguintes tópicos:

- 1) Para entender o estado da arte da tipicidade, torna-se fundamental pensar que a teoria geral do delito aparece num contexto histórico-filosófico no qual a dogmática penal passa a ser “a” ciência do direito penal, ou seja, a moderna teoria

do direito penal foi construída e consolidada a partir dos aportes filosóficos pensados, principalmente, pelos sistemas jusnaturalistas do século XVII e XVIII. Esta abordagem foi feita pela crença de que é importante reconstruir uma narrativa histórica que possa apanhar o movimento de consolidação da dogmática penal, apresentando de forma adequada o que vem a ser o fundamento do discurso científico atual sobre o direito penal. Em outras palavras, a consolidação da dogmática penal como “a” ciência do direito penal, com a delimitação do horizonte, isolamento do objeto, definição do método e das suas funções, é algo que deve ser compreendido no cruzamento com os movimentos da filosofia.

2) A Filosofia do Direito aparece, como título, em Hegel, no topo do século XVIII e início do século XIX, no período marcado pela transição do direito natural, jusnaturalismo ou jusracionalismo moderno-iluminista à positividade histórica do direito, que se dá, sobretudo, a partir dos movimentos de codificação, ou seja, no momento em que o direito passa a se confundir com a lei; direito é o que está legislado. É o momento no qual o *iuris naturalis scientia* se resolve numa filosofia do direito, tomada como atividade crítico-filosófica do direito historicamente real, que passava a ser – diante da sua existência positiva – tomado como o único direito. Neste contexto, a relação entre filosofia e direito fica marcada pelo pouco ou nenhum espaço para a filosofia como lugar de reflexão no qual o cientista do direito pudesse pensar o próprio pensamento. Este aspecto demonstra como ficou a relação entre direito e filosofia no momento da transição do jusracionalismo ao juspositivismo, no processo que culminou com a transformação da dogmática na própria ciência do direito penal e que, ao mesmo tempo, transformou a filosofia (quase que exclusivamente) numa epistemologia do direito.

3) A questão filosófica é afastada da abordagem comum sobre o estado da arte da dogmática penal, pela tradição científica contemporânea, de índole positivista (visão cientificista de ciência), que geralmente exclui os postulados críticos e reflexivos que deveriam acompanhar todo o processo de produção do conhecimento (científico). A perspectiva da ciência do direito refere-se à descrição racional do discurso jurídico, através de operações próprias; já a perspectiva da filosofia é elaborada também de forma racional, com a diferença de que se faz a partir do questionamento do direito e da própria ciência jurídica. Importa, pois, verificar que a dogmática jurídico-penal excluiu a filosofia como instância que pode tratar reflexiva e criticamente as denominadas operações científicas da ciência do

direito. Importa apenas o rigor científico do enunciado jurídico, de tal forma que ficam os efeitos sociais do fato jurídico resumidos à eficácia dos procedimentos, ou seja, nessa visão cientificista do direito, herdeira do legado positivista, o que importa realmente é a consistência lógica e científica dos enunciados e sua eficácia de aplicação.

4) Assim, no plano da chamada evolução da teoria do delito, verifica-se que a noção de tipo penal principia numa perspectiva puramente objetiva, ligada à visão natural-mecanicista da segunda metade do século XIX, passando pela fase da descoberta de elementos subjetivos no tipo, caracterizada pela vinculação do pensamento jurídico-penal ao neokantismo das primeiras três décadas do século XX, seguindo pela fase objetivo-subjetiva do tipo, que decorre do finalismo nos anos 30, chegando, finalmente, à fase da tentativa de retorno ao objetivismo, com os pós-finalistas e sua crítica a Welzel, a partir dos anos 70 do século passado. No curso de todas essas transformações, resta um quadro teórico-sistemático no qual a tipicidade é confundida com a operação de subsunção do fato à norma (tipo), ou seja, vigora o entendimento de que a subsunção representa a maneira pela qual ocorre a materialização do *nullum crimen sine lege*, na forma do enquadramento do fato à norma, do ajuste de um a outro, movimento de encaixe, acoplamento. Havendo a tipicidade, num raciocínio por etapas, avalia-se a ilicitude e a culpabilidade até chegar-se, no final deste procedimento metódico, ao entendimento de que se está diante de um crime.

5) Para a garantia de acerto na aplicação do método, torna-se imprescindível que os tipos penais tenham uma estrutura redacional que lhes confira clareza e precisão. A dogmática dos manuais de direito penal reproduz aquilo que está plantado no senso comum teórico dos juristas a respeito desta aposta na necessidade de clareza das palavras, isto por não haver a percepção da abertura interpretativa decorrente da porosidade do tipo, enquanto regra, o que faz com que a discussão fique centrada, quase que exclusivamente, na tensão entre vagueza/precisão e ambigüidade/certeza, como se tudo estivesse ligado à qualidade da redação típica, como se a escolha da melhor redação das leis incriminadoras fosse capaz de afastar a necessidade de interpretação. O penalista não trabalha com a noção de que a melhor construção típica não resolve o problema da interpretação, não segura todas as hipóteses de aplicação do tipo penal, não elimina a necessidade de controle da decisão.

6) A maioria dos penalistas (ainda) aposta todas as suas fichas na busca incansável da melhor semântica típica. Para demonstrar a precariedade deste raciocínio, basta notar que a afirmação de ser o fato é típico, não representa qualquer garantia contra o abuso de poder, contra o erro, contra a má-fé, na medida em que o intérprete continua livre para dizer o que quiser a respeito da tipicidade, ou seja, a teoria do delito projeta uma falsa ideia de objetividade pela aplicação do método analítico. Assim, nem causalismo, nem finalismo, nem funcionalismo. As teorias penais, imersas no paradigma do positivismo jurídico, falharam na tentativa comum de aprisionarem o direito no interior dos conceitos. A visão tradicional da teoria do delito ignora que o direito seja um fenômeno interpretativo (positivismo exegético) ou, quando aceita esta situação (positivismo normativo), entende que o intérprete decide fazendo a escolha da melhor resposta, segundo sua vontade, interesse, visão de mundo, sentimento, intuição, etc. Neste contexto, a tipicidade continua a ser aquilo que o intérprete deseja.

7) A discussão sobre os tipos penais abertos e fechados demonstra como alguns penalistas ainda não perceberam o caráter hermenêutico da tipicidade. Basta ver que, bem ao gosto do positivismo jurídico proposto, entre todos, por Kelsen e Hart, a solução encontrada para resolver a existências dos “espaços de indeterminação” dos tipos abertos seria a discricionariedade, concebida como algo inevitável e, até mesmo, necessário. A possibilidade de julgamentos totalmente diferentes sobre uma mesma matéria seria parte da (“necessária”) discricionariedade que pressupõe os tipos abertos, já que cada um tem a sua opinião a respeito das coisas, tudo é relativo, não há verdades absolutas, tudo depende de quem está julgando, da sua base de valores, seus filtros. O pensamento jurídico, vinculado aos pressupostos do positivismo jurídico, convive com a discricionariedade na interpretação, como um preço a pagar inexorável, diante da vagueza das palavras.

8) A perspectiva de um caráter eminentemente retórico da legalidade penal, ainda mais evidente pela admissão da discricionariedade na interpretação, faz com que o tipo penal não cumpra sua função de garantia efetiva do cidadão em face do poder punitivo do Estado, não determine precisamente a esfera da ilicitude penal e, diversamente do que afirma a doutrina, não assegure a irretroatividade da lei penal que prejudica os direitos do acusado. Além disso, o tipo não estabelece que a lei escrita é a única fonte de incriminações e penas, não impede o emprego da analogia em relação às normas incriminadoras e não evita a criação de normas penais postas

em linguagem vaga e indeterminada.

9) Também o visível incremento do uso do direito penal, com o redimensionamento do seu papel diante das transformações ocorridas na sociedade dos “novos riscos”, desloca para as leis penais a atribuição de controle social. O aumento do uso do direito penal, no contexto da tutela dos novos riscos e do surgimento de um direito penal simbólico, é um fenômeno que torna indispensável denunciar a dimensão hermenêutica do direito e a necessidade de estabelecer limites materiais à tipicidade. A discussão sobre a expansão do direito penal é, portanto, um debate sobre a expansão *do uso* do direito penal como tentativa de controle, tanto do desviante, quanto dos níveis de insegurança da população não desviante. A questão é conter, pela lei penal, “os que não têm”, diante do medo “dos que têm”, de que os “que não têm” queiram ter. Para o tema desta pesquisa, importa fazer ver que a crise da tipicidade advém de fatores que colocam em cheque a visão sistemática ou analítica de crime, na medida em que desafiam a capacidade da dogmática penal de sustentar o caráter de garantia do tipo penal. Longe da filosofia, o direito penal perde-se na superficialidade da sua tentativa de autossustentação. A partir de discursos alarmistas de expansão de riscos, constrói-se um discurso no qual o direito penal é tomado como instância de proteção de bens jurídicos, o que acaba sendo fundamentação para qualquer interpretação. A defesa da sociedade amedrontada autoriza construir qualquer tipo de alegoria para prender, soltar, condenar e absolver.

10) A defesa de um direito penal orientado pela política criminal tomada como política de governo, sem qualquer embasamento de ordem constitucional, deixa evidente a seletividade do estado penal - pelo critério étnico-econômico-social - o que se realiza pela incidência dos tipos penais para alguns tipos sociais. Uma jurídica (normativo-normativista). A denúncia da estratégia americana de abandono vez convertido o discurso de combate ao crime em plano de governo, cresce o uso do direito penal no combate às populações menos privilegiadas, situação que, invariavelmente, transforma o modo de o penalista trabalhar com a tipicidade, o que coloca em xeque a pretensa rigidez do pensamento científico apoiado no positivismo do estado caritativo e passagem para um estado penal controlador e neutralizante de determinada parcela da população é tomada como fio condutor da crítica ao caráter formal de garantia dos tipos penais, notadamente, quando verificada a possibilidade de seleção dos autores de fatos típicos, tomando-se como parâmetro a

condição social ou a capacidade econômica, assim como etnia, cor da pele, entre outros aspectos.

11) A busca de uma saída para a crise da tipicidade passa pela sua compreensão como elemento hermenêutico do tipo, o qual, tradicionalmente, por uma atuação por vezes descomprometida, acaba sendo afetado por um problema de substância. O juízo de tipicidade é, fundamentalmente (e necessariamente), também um juízo de constitucionalidade, no sentido de que o enunciado jurídico penal (isto é, o tipo), demanda, portanto, em sua incidência, uma preocupação com sua delimitação material (caso contrário, especialmente no âmbito das ciências criminais, ter-se-á uma acusação injustamente processada). Como é sabido, a tipicidade aparece sob um duplo viés: como tentativa de “amarrar linguisticamente” a incidência do tipo (e, então, uma excelente técnica redacional do dispositivo resolveria as “imprecisões” acerca do juízo de tipicidade) ou como reconhecimento da abertura de um espaço privilegiado para o exercício da discricionariedade, desconsiderando completamente os limites linguísticos para a caracterização típica. Por assim ser, o campo jurídico ainda se serve dos postulados positivistas liberais emanados do início do século para lidar com problemas oriundos de uma sociedade em vias de transnacionalização, fator que impede o “aparecimento” (ou desvelamento) da Constituição em seu todo dirigente e compromissário, notadamente no Brasil, tendo em vista que (ainda) se encontra preso aos padrões individuais-privados de solução dos conflitos.

12) Agarrados à filosofia da consciência, os juristas se entregam às armadilhas engendradas pelos grilhões da metafísica e enxergam a interpretação dos textos jurídicos segundo uma metodologia dedutivo-subsuntiva de “acoplagem” de textos legais inferiores a textos legais superiores, praticando (ainda) uma forma de interpretação pautada em cânones hermenêuticos que permita encontrar o correto sentido (oculto) do texto da lei. No que tange à filosofia da consciência e seu legado para a hermenêutica jurídica (clássica), interessa anotar que, em seu seio, a interpretação se dá segundo uma relação sujeito-objeto, em que o conjunto normativo é tido como algo totalmente despido de sentido o qual irá receber da nossa compreensão subjetiva determinada significação, como se essa significação fosse determinada pelo sujeito. A interpretação, assim, é *ato de conhecimento* e toda preocupação está voltada para que seja garantida a *objetividade* da interpretação ou um caráter de neutralidade do interprete em relação à lei (ou à

“vontade do legislador”).

13) Interpretar é sempre um ato criativo. O jurista, ao interpretar um texto normativo, atribui sentidos a ele a partir de seus pré-juízos, de suas expectativas, enfim, de sua pré-compreensão - que é guiada/determinada pela *tradição*. Neste sentido, é necessário buscar novos ares para a hermenêutica jurídica, procurando novas alternativas que confirmem ao intérprete possibilidades concretas de tornar efetiva a principiologia constitucional.

14) O paradigma hermenêutico da filosofia da consciência embebedado nos mares da metafísica tem o texto normativo como algo *dado* e que já contém a norma, ou seja, um ente a espera de apreensão, do qual o intérprete irá retirar/reproduzir, através do estabelecimento de princípios (métodos/cânones) dos quais, por dedução, deriva uma conclusão: os sentidos ali existentes. O pensamento metafísico equipara o texto normativo à norma, ignorando assim o universo da diferenciação ontológica heideggeriana. Ocorre que, trilhando os caminhos de Heidegger, *ser* e *ente* são ontologicamente diferentes: o ser é sempre ser de um ente. Disso decorre que somente o sentido do ser pode ser captado pela abertura da *pré-sença (Dasein)*; como já dito, *o ente como ente é inacessível*. Desta forma, a norma sempre exsurgirá do sentido (ser do ente) do texto que é determinado pelo intérprete no ato da interpretação. O pensamento de Heidegger - inserido no que se convencionou a chamar de viragem linguística - desafia a tradição metafísica da filosofia da consciência abalando os pilares da hermenêutica jurídica clássica e (re)valoriza o papel da linguagem para o processo de compreensão, na medida em que ela deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto para ser alçada à categoria de condição de possibilidade para o acesso às coisas e ao mundo. Isto representa um ruptura com o paradigma metafísico, na medida em que retira a consciência humana da posição de “assenhramento” de coisas e sentidos - própria da filosofia da consciência -, e coloca o homem e a linguagem como desde-sempre jogados na mundanidade do mundo. No campo da hermenêutica jurídica, isto quer dizer que o intérprete está sempre inserido em uma situação hermenêutica, ou seja, intérprete e linguagem estão desde-sempre, jogados no mundo; ou ainda, intérprete e Direito estão sempre juntos no mundo através da linguagem. Dessa forma, a Constituição, a realidade social, os textos jurídicos infraconstitucionais e o intérprete estão inseridos em uma mesma realidade, na qual não há um sujeito que se coloca diante de um objeto (relação S-

O), mas onde acontece uma relação de intersubjetividade entre intérprete e Direito (entendido como linguagem), sendo o processo de conhecimento/compreensão decorrente de uma relação sujeito-sujeito (S-S).

15) Com efeito, diante do papel que exerce a linguagem no pensamento heideggeriano, todo problema do conhecimento será um problema hermenêutico, uma questão de interpretação, o que levou Heidegger a dizer que não se interpreta para compreender, mas sim se compreende para interpretar e que a interpretação sempre se move numa posição prévia, se funda numa visão prévia e se decide, definitiva ou provisoriamente, fundada numa concepção prévia. O processo hermenêutico é visto, pois, desde uma estrutura circular (círculo hermenêutico) - na medida do movimento circular da *pre-sença* - cujo projetar se desenvolve nesta pré-estrutura da compreensão. Partindo da pré-estrutura da compreensão e da ideia de círculo hermenêutico, chega-se à conclusão de que a compreensão de um texto é realizada no sentido de um projetar, de tal forma que, tão logo apareça um primeiro sentido, o intérprete prelineia um sentido do todo. Na base do círculo hermenêutico, há sempre uma *antecipação de sentido* que aparece tão logo se mostre um primeiro sentido no texto, que se mostra porque quando o intérprete/jurista lê o texto constitucional, por exemplo, não o faz como uma *tábula rasa*, despido de seus pré-juízos e de sua pré-compreensão, mas, ao contrário, sempre o faz dentro daquela estrutura circular descrita por Heidegger, com certas expectativas, na perspectiva de um determinado sentido. Assim, a compreensão do texto constitucional (e de todos demais textos normativos) dependerá sempre da elaboração desse projeto prévio (permeado pela pré-compreensão do intérprete), o qual sofre uma constante revisão na medida em que amplia e aprofunda o sentido do texto. Com Gadamer, assume-se que a *constante tarefa do compreender consiste em elaborar projetos corretos, adequados às coisas, isto é, ousar hipóteses que só devem ser confirmadas 'nas coisas elas mesmas'*.

16) Por que a interpretação de textos (jurídicos) não é apenas o resultado da opinião do intérprete? Porque, quem quiser compreender, não pode se atirar cegamente à casualidade de suas próprias opiniões, para, em consequência e de maneira autoritária, não “dar ouvidos” à opinião do texto, até chegar ao ponto dessa opinião ser sufocada pela arbitrariedade. *Quem quiser compreender um texto deve estar disposto a escutá-lo; a deixar que ele lhe diga alguma coisa* (Gadamer).

17) Este projetar da interpretação (que se dá a partir da antecipação de

sentido presente na pré-compreensão do intérprete) é guiado por sua carga de pré-juízos emergentes da *tradição*, que assume especial relevo em Gadamer, pois há uma preocupação do filósofo em encontrar um caminho da consciência histórica para mostrar como a razão deve ser recuperada na historicidade do sentido (autocompreensão que o ser humano alcança como participante e intérprete da *tradição* histórica). Não há, pois, uma estrutura metodológica rígida que prescreve a interpretação, mas ela está, sim, desde sempre condicionada pelos pré-juízos e pela pré-compreensão do intérprete que são legados pela *tradição* histórica na qual ele está linguisticamente mergulhado, de tal forma que não são métodos/cânones que guiam o intérprete em sua empresa hermenêutica, mas seus projetos de sentido que emanam do confronto de seus pré-juízos/pré-compreensão com o texto. Os sentidos produzidos pelo intérprete adquirem validade na medida em que são compatíveis com a “coisa ela mesma” ou com a “coisa em si” presente no texto, ou seja, se essa alteridade entre texto e intérprete se mostrar incompatível com a “coisa em si”, há a substituição dos sentidos atribuídos pelo intérprete por outros mais autênticos e assim sucessivamente. A hermenêutica, assim, deixa de ser normativa/metodológica e passa a ser filosófica, na medida em que está estruturada na *antecipação de sentido* presente na base do círculo hermenêutico acima descrito.

18) Outro aspecto a ser destacado é que o processo hermenêutico não se realiza por partes ou camadas: não há uma *subtilitas intelligendi* que conhece; uma *subtilitas explicandi* que interpreta; e uma *subtilitas applicandi* que aplica o resultado da interpretação. A partir da hermenêutica filosófica de Gadamer, a interpretação deve ser tomada como um processo unitário: a aplicação (*applicatio*), ou seja, a interpretação é a exteriorização da compreensão. *Interpretar é elaborar as possibilidades projetadas na compreensão* (Heidegger). Interpretar já é aplicar.

19) Com esses aportes, resta ainda desmistificar a indevida equiparação feita pela dogmática jurídica entre *texto* e *norma*. Historicamente, a doutrina e a jurisprudência passam a ideia de que o texto “carrega” o sentido da norma, assim como se na vigência do texto já estivesse contida a validade da norma, o que representa uma espécie de *fetichismo* da lei, como se o sentido estivesse desde sempre impregnado no texto da lei, ou seja, ignora-se o universo da diferenciação ontológica (ser e ente), bem como as condições de tempo e espaço que condicionam a interpretação. Texto não pode ser equiparado à norma. *Norma é sempre produto da interpretação de um texto* (Friedrich Müller). *Texto é a potência*

do qual a norma é o ato (Eros Grau). Assim: Quando quero dizer que a norma é sempre o resultado da interpretação de um texto, quero dizer que estou falando do sentido que este texto vem a assumir no processo compreensivo. A norma de que falo é o sentido do ser do ente (texto). O texto só ex-surge na sua “normação” (Lenio Streck). Por esta razão, texto e norma não existem separados um do outro.

20) Pode-se dizer que todo pensamento desenvolvido no século XX teve como grande mote o problema da linguagem e seu inevitável papel no processo de conhecimento no qual está envolvido o ser humano (*linguist turn*). Diante do problema, dois grandes grupos englobam as diversas posições acerca da tarefa da filosofia e de seu papel no processo de conhecimento: a) um analítico; b) um continental. O primeiro, próximo à tradição filosófica anglo-saxônica (Estados Unidos e Inglaterra), pode também ser mencionado como *semântico*, tendo em vista a estrutura da reflexão por eles desenvolvida, já que, depois de superada a ideia da pura *sintática* (no interior da qual se acreditava que os signos linguísticos e as palavras produziam um sentido unívoco, independente do contexto em que era utilizada) a analítica ou semântica, reconhece a polissemia dos significados produzidos pela linguagem, mas acredita que essa polissemia pode ser reduzida por uma espécie de terapia conceitual, que tem lugar na própria estrutura lógica do enunciado linguístico (sujeito + predicado), como se fosse possível determinar a “pureza” linguística dos enunciados a partir de sua análise lógica (tendo em conta seu uso denotativo). O grupo continental possuiu um modo de pensar a linguagem bem diferente, pois é nele que está situada a *hermenêutica*, para a qual o papel e a tarefa da filosofia vai muito além da mera análise lógica dos enunciados linguísticos, ou seja, procura apontar para uma dimensão mais profunda que a linguagem humana comporta: para a hermenêutica a linguagem não está em jogo apenas em seu aspecto *teórico*, mas também no seu sentido *prático* (o que é significado pela linguagem aparece a partir dos contextos históricos-concretos a partir do qual estão envolvidos o sujeito que conhece e o objeto que é conhecido). Esta diferenciação é feita, pois é importante ter claro, ao falar em Teoria do Direito, o fato de ser inevitável fazer a opção entre analíticos ou hermeneutas, já que não há meio termo possível nessa questão.

21) O que foi até aqui escrito, aponta para a grande afirmação deste trabalho: a tipicidade reveste-se de um caráter hermenêutico. Ela é, vale dizer, uma experiência interpretativa, sendo possível falar em *tipicidade hermenêutica*, como

contraponto ao modo como este tema é tratado pela teoria do direito penal predominante, atrelada aos parâmetros da lógica e daquilo que pode ser considerado, tradicionalmente, como filosofia analítica. A teoria analítica do crime é exemplo disso, quando estrutura o crime em três etapas a serem superadas - passa-a-passo - pelo intérprete. Tal qual na filosofia analítica (como exemplo o primeiro Wittgenstein, para quem a filosofia possuía uma função terapêutica, que, quando atingia os resultados pretendidos, poderia ser deixada de lado), a análise conceitual-penal utiliza cada uma dessas fases conceituais como uma escada, que, depois de utilizada, pode simplesmente ser descartada pelo intérprete. Ademais, o modo como se lida tradicionalmente com o direito penal implica certa crença na transparência do sentido, como se acreditava ao tempo da metafísica clássica: que o intérprete teria acesso direto ao sentido do tipo penal. O tipo teria uma espécie de essência que afastaria o caráter problemático do seu conteúdo. O trabalho quer mostrar o óbvio: o acesso é sempre mediado por algo que demanda interpretação, ou seja, não há o acesso direto aos conteúdos do tipo ou dos fatos descritos como criminosos e objeto de prova no processo penal. Isto não existe. Há, necessariamente, que serem compreendidos e interpretados.

22) O ponto principal desta tese, pois, reside na proposta de pensar essa radicalidade interpretativa a partir da retomada do conceito de tipicidade, de modo a incluir nele esse elemento interpretativo, o que representa abrir mão das estratégias analíticas que não são capazes de segurar efetivamente o intérprete. É necessário encontrar outro caminho, que torne mais efetiva a aderência do intérprete à legalidade penal (pensada como legalidade constitucional). Esta retomada pressupõe uma Teoria da Decisão, que aqui vem apoiada na Crítica Hermenêutica do Direito apresentada por Lenio Streck. A Teoria da Decisão visa demonstrar como é possível pensar em respostas adequadas aos problemas penais e que, em sua solução, eles apareçam consentâneos com o modelo constitucional vigente. O trabalho quer ser uma crítica à visão tradicional da tipicidade e oferecer uma resposta à chamada crise da legalidade.

23) A exigência de uma teoria da decisão advém do fato de que a teoria do direito oscilou entre duas posturas que influíram sobremaneira no modo como se compreende a legalidade penal. Primeiro, sob a égide do positivismo exegético, no qual a caracterização típica era compreendida como mera incidência do dispositivo legal. Segundo, através do positivismo normativista, onde o problema interpretativo é

jogado para a discricionariedade (judicial) ou, então, a partir de uma analítica, são feitas tentativas linguísticas, através de conceitos, de resolver os problemas da indeterminação do direito. Nos dois casos, houve uma repercussão negativa para o âmbito penal, pois a questão da tipicidade ou ficava afastada do nível hermenêutico ou, então, esta “abertura” interpretativa significava uma imputação arbitrariamente (discricionariamente) realizada. Diante deste estado de coisas, Lenio Streck funda a Crítica Hermenêutica do Direito (também chamada de Nova Crítica do Direito) como uma “resistência filosófica”, fazendo uma imbricação entre a filosofia hermenêutica, de Heidegger, e a hermenêutica filosófica, de Gadamer (e, posteriormente, agregando a teoria integrativa de Dworkin). Desde um pensamento crítico e aberto às transformações filosóficas, há que ser repensado o fenômeno jurídico como um todo, no sentido da construção de uma hermenêutica jurídica preocupada com os limites interpretativos, com a defesa de uma caracterização típica comprometida com a legalidade e com a constitucionalidade.

24) A problemática do caráter retórico do princípio da legalidade, já que tipo não cumpre a promessa de proporcionar segurança jurídica aos cidadãos, decorre da crença dos intérpretes (juizes, promotores, advogados etc.) de que as definições jurídicas perfazem os significantes e o “caso concreto” o significado, havendo, mediante uma metodologia aplicativa, um acoplamento entre ambos. Este processo subsuntivo ocorre mediante o uso dos assim denominados métodos de interpretação. Os juristas esforçam-se em obter, “lexicograficamente”, sentidos universais e universalizantes para posterior “acoplagem” aos entes diversos no “mundo”, fenômeno facilmente encontrado nos manuais jurídicos repletos de conceitos com sentidos definitivos, espécies de repertório (universalizante), prêt-à-porter, como se fosse possível colocar à disposição da comunidade jurídica definições a priori, “aptas” a servirem para a “acoplagem” da premissa menor à premissa maior, processo que decorre da produção/utilização de conceitos estandardizados, lexicográficos (Lenio Streck). O acoplamento do fato à norma penal (como sinônimo de tipo) faz parte de um paradigma de ciência e de filosofia que não mais encontra sustentáculo nesta quadra da história, sendo a chave para o entendimento da crise que afeta o princípio da legalidade penal.

25) Com tais bases, a Teoria da Decisão aqui apresentada é construída a partir de uma imbricação entre Gadamer e Dworkin, considerando o contexto do Constitucionalismo Contemporâneo que redefiniu o Direito Público a partir de uma

reconstrução de todo fenômeno jurídico na senda do Direito Constitucional, ou seja, com os olhos voltados a um horizonte teórico propício para que as decisões judiciais construam respostas adequadas à Constituição. Com Gadamer (e Heidegger), a teoria da decisão leva em conta, primeiramente, que a hermenêutica, ao ampliar o espaço de legitimação dos processos cognitivos, estabelece as condições necessárias para dar conta desse complexo pré-compreensivo, determinando seus limites e sua pretensão de universalidade, possibilitando, assim, determinar a validade daquilo que foi obtido através da interpretação. Com Dworkin, a teoria da decisão ganha o reforço da noção de direito como integridade, de onde se retiram os elementos necessários para compor os padrões mínimos que devem estar presentes em toda decisão. Esses padrões compõem algo que pode ser nomeado como *história institucional do direito* e têm, nos princípios, os marcos definidores de seu caminho. Nessa perspectiva, a teoria gera um redimensionamento do papel da doutrina que, além das clássicas atribuições de sistematização do conhecimento jurídico, deveria efetuar um efetivo papel de “censora” das decisões dos Tribunais: uma verdadeira censura epistemológica das decisões.

26) Nesta altura da argumentação, importa questionar: seria possível afastar completamente a ambiguidade, imprecisão, vagueza das palavras que formam o tipo penal (regra)? Além disso, caso fosse possível, estaria resolvido o problema da crise da tipicidade penal? O tipo penal é uma regra e as regras são abertas ou porosas (Streck), isto é, não se trata de fazer a escolha das palavras corretas para a criação do tipo, mas, muito antes, de aceitar o caráter interpretativo do direito, desvelando os pontos obscuros desta porosidade existente na regra que não é percebida pelos juristas. A crise da tipicidade penal decorre, portanto, da ausência de uma teoria da decisão que imponha limites ao intérprete na tarefa de dizer a incriminação, restando bastante claro que a regra não pode segurar todas as hipóteses de aplicação, não sendo a crise, pois, um problema meramente de sintática ou de semântica, mas de ser a discricionariedade tomada como solução para a abertura/porosidade da regra.

27) A partir da diferença ontológica (Heidegger e Gadamer) entre regra e princípio e da noção de integridade (Dworkin), é possível (e inadiável) a tarefa da criação de uma *Teoria da Decisão* que afaste a discricionariedade, admitindo a abertura interpretativa das regras diante de uma correta articulação destas com os princípios (constitucionais), a proporcionar uma situação hermenêutica na qual o ônus pela fundamentação da decisão tenha como verdadeiro correlato o direito de

cada um a uma resposta constitucionalmente correta/adequada.

28) A diferença fenomenológica entre regras e princípios coloca os princípios como o ponto de estofa entre o direito e a moral, pregando, assim, uma cooriginariedade ou uma interconexão entre o direito e a moral, ou seja, os princípios representam o significado maior da moralidade de uma comunidade política, funcionando como padrões que legitimam a ação do Estado e a imposição de sua força física.

29) No âmbito deste trabalho, cita-se princípio na condição de *princípios constitucionais* e não no modo como são tradicionalmente retratados (como *princípios gerais do direito*). Os princípios constitucionais representam o *novum* que advém com o fenômeno do constitucionalismo contemporâneo, quando passam a ser revestidos de uma dimensão deôntica que lhes confere status de verdadeira norma jurídica; são, pois, normativos, porque obrigam efetivamente, tanto ao poder público quanto aos particulares. Ultrapassam a mera função de colmatação do sistema abstrato dos códigos do direito privado para serem constituidores da normatividade, de modo que, no limite, é possível afirmar que apenas os atos estatais assentados em princípios é que são constitucionalmente legítimos. Como o ato privilegiado de aplicação do direito é a decisão judicial, não é possível que haja decisão judicial legítima sem que exista um princípio que a sustente.

30) Decisões penais que concretizam os tipos abstratos previstos pelo ordenamento devem conter a reconstrução da cadeia principiológica da história institucional do direito de modo a demonstrar como a interpretação feita é a melhor para aquele caso concreto. A decisão não é um ato de escolha. Decidir implica sempre um ônus que é a justificação dos motivos que lhe levaram aquela decisão para o caso concreto. Há uma diferença entre decidir e escolher e isto é fundamental para que se entenda o que se pretende com a afirmação de que, também no âmbito da tipicidade, há a exigência de uma resposta correta (Dworkin/Streck). Diante de um caso, o intérprete (juiz/aplicador) não pode tomar a decisão como uma escolha dentre as várias consideradas possíveis, na medida em que o ato de escolher pressupõe um processo de eleição que obedece a critérios subjetivos, e, assim sendo, é circunstancial, no sentido de que não vincula de maneira alguma: nem em relação ao que foi decidido anteriormente, tampouco no que diz respeito aos seus efeitos para decisões futuras. Decisão pressupõe um compromisso: com o passado e com o futuro, quando se perceber que o direito possui uma historicidade, uma

tradição, construída intersubjetivamente e que uma escolha, evitada de solipsismo, desconstrói todo esse caldo de cultura historicamente condicionado. Por assim ser, a amarração teórica desta tese vai encontrar amparo na noção de integridade do direito (Dworkin). O intérprete deve estar condicionado a um todo coerente, que é o direito.

31) O tipo penal deve ser uma garantia aos cidadãos contra o abuso do Estado, como delimitação/descrição das condutas que são passíveis de gerar punição. Contudo, a tipificação penal não é suficiente para assegurar arbitrariedades, tendo em vista o caráter interpretativo do fenômeno jurídico. Reconheça-se, pois, que a legalidade penal não pode ser reduzida à previsão legislativa. A ciência do direito penal “confunde” tipo (previsão) e tipicidade (concreção), pela ideia de que a incidência típica era concretizada mediante uma reprodução do texto legislativo ou pela ideia de subsunção. A tipicidade é o acontecer da interpretação. Denunciada a dimensão hermenêutica da tipicidade (a partir deste reencontro entre filosofia e direito, no qual a interpretação passa a ser condição de possibilidade), é necessário estabelecer limite ao ato de decidir, o que somente se torna possível a partir de uma teoria da decisão que incorpore a busca por respostas corretas em direito.

32) Esta aposta teórica, depois de tantas tentativas metódicas, argumentativas, etc., está sintonizada com a indispensável condição de resistência em torno do constitucionalismo contemporâneo (dirigente), no sentido da busca de efetividade para direitos básicos ainda (so)negados de grande parte da população, notadamente nos países de modernidade atrasada. Dentre tantos direitos solapados, está a garantia da resposta correta em direito. Esta tese representa a insistência no resgate das promessas (não cumpridas) da modernidade, notadamente em países como o Brasil, onde a discricionariedade em matéria de tipicidade penal continua a representar a submissão dos pobres, pretos, marginalizados, ao império do eu decido conforme a minha consciência, ou seja, vigora na contemporânea ciência do direito penal as noções de neutralização, assepsia, esquecimento, tortura, abuso, prepotência. Para ver a gravidade deste quadro, basta pensar que, a cada variação do “eu decido conforme a minha consciência”, em casos tratando da mesma matéria, uma pessoa é condenada criminalmente e outra não. Esta situação afronta a exigência do primado da

igualdade (equanimidade, *fairness* ou ao *right to equal concern and respect*),<sup>468</sup> no sentido de que todos recebam tratamento igualitário diante da atividade jurisdicional.

33) A grande questão está em acreditar que é possível uma resposta correta, resposta hermeneuticamente adequada ou boa resposta em termos de tipicidade penal, pois, se assim não fosse, qual a razão de despender-se tanto esforço em argumentar juridicamente quanto aos casos ditos "controversos"? Por que exigir do juiz o dever de fundamentar suas decisões? Por que permitir a fala das partes, submetê-las ao contraditório? Por que a garantia do segundo grau de jurisdição? Não seria substituir uma discricionariedade por outra? Tomando os casos ditos "fáceis", aqueles em que há "consenso" da "comunidade jurídica" a respeito da resposta jurisdicional acertada: não terá o juiz o dever de dar "esta" resposta e não qualquer outra? E se não der esta resposta? Finalmente, o fato de que os juízes "erram" é o suficiente para "desonerar-lhes" de tentar acertar? Ora, a objeção segundo a qual os juízes frequentemente "errarão" é perversa, como se, por esse motivo, não devem esforçar-se para chegar a decisões justas. O estado tem a obrigação de procurar construir decisões qualitativamente melhores, e que tenham nexos argumentativamente adequados à materialidade da Constituição. É necessário cobrar dos juízes essa responsabilidade (Francisco Motta). *Se não podemos exigir que o governo chegue a respostas sobre os direitos de seus cidadãos, podemos ao menos exigir que o tente. Podemos exigir que leve os direitos a sério, que siga uma teoria coerente sobre a natureza desses direitos, e que aja de maneira consistente com suas próprias convicções* (Ronald Dworkin).

34) Com base na exigência de resposta correta em direito, deve-se ressaltar que a tipicidade não é aquilo que o intérprete quer que ela seja. Não é aquilo que o delegado, o promotor, o juiz ou o advogado querem ou acham que ela deve ser. O direito não é o resultado daquilo que pensam os operadores. Em palavras simples e

---

<sup>468</sup> Vale a transcrição da noção de igualdade como direito à consideração e respeito proposta por Dworkin: O governo deve tratar aqueles a quem governa com consideração, isto é, como seres humanos capazes de sofrimento e de frustração, e com respeito, isto é, como seres humanos capazes de formar concepções inteligentes sobre o modo como suas vidas devem ser vividas, e de agir de acordo com elas. O governo deve não somente tratar as pessoas com consideração e respeito, mas com igual consideração e igual respeito. Não deve distribuir bens ou oportunidades de maneira desigual, com base no pressuposto de que alguns cidadãos têm direito a mais, por serem merecedores de maior consideração. O governo não deve restringir a liberdade, partindo do pressuposto de que a concepção de um cidadão sobre a forma de vida mais adequada para um grupo é mais nobre ou superior do que a de outro cidadão. Considerados em conjunto, esses postulados expressam aquilo que se poderia chamar de concepção liberal da igualdade; mas o que expressam é uma concepção de igualdade e não uma concepção de liberdade como licença. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. pp. 419-420.

diretas: não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa em termos de incriminação, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos (tipos). A partir daí, é fundamental insistir na construção de uma teoria da decisão em matéria de interpretação dos tipos penais que tenha como horizonte a possibilidade/necessidade de respostas corretas em direito penal, considerando a noção de coerência e integridade e procurando afastar a noção de que o relativismo seria da “essência” da tipicidade, como se tudo dependesse da posição do intérprete, se pertencente à acusação, defesa, se juiz, delegado ou outro.

35) Uma leitura hermenêutica da tipicidade penal como a que se está aqui a defender provocar, como antes referido, uma necessária mudança no modo de ser jurista, ou seja, no plano da interpretação, importante entender que não é admissível fazer qualquer tipo de diferenciação da responsabilidade das pessoas, pelo cargo ocupado, pela posição diante do caso (se acusação ou defesa). Acusar alguém de praticar um crime é um fazer que não pode estar cercado de dúvida, ou seja, o acusador deve ter certeza do que afirma (para não ser intencionalmente temerário), já que pedir a absolvição ao final, não terá o efeito de apagar o dano causado pelos anos de constrangimento. É fundamental repensar o modo como são atualmente formulados os institutos indiciamento policial e denúncia, diante da absoluta falta de respeito à imperiosa demonstração das razões que levaram a autoridade a fazer tal ou qual interpretação. No plano da defesa, a boa resposta em direito deve acabar com a noção de que o defensor pode dizer qualquer coisa a respeito de qualquer coisa, sendo indispensável acabar com a ideia de que, para defender alguém, tudo é admissível, ou seja, é incorreto dizer que o defensor tem a obrigação de pedir a absolvição do réu em qualquer circunstância, como também é incorreto pensar que tem o dever de sempre argumentar em busca de algum “benefício”, ainda que não seja o caso. O defensor, diante da confissão do acusado, confortada pelas demais provas dos autos, pode e deve pedir a condenação do réu, nos exatos termos da denúncia.

36) O juiz que julga conforme a sua consciência é o sujeito egoísta da modernidade, é sujeito solipsista (*deselbstsüchtiger*), é o “proprietário dos sentidos”, é o juiz que “escolhe”, é o juiz do “*sentire*”, é o juiz da “consciência individual”, juiz da decisão como ato de vontade, é o juiz da filosofia da consciência, é o juiz que primeiro decide, depois fundamenta. A proposta deste trabalho segue noção de integridade e coerência que fica bastante clara na ideia de romance-em-cadeia

proposta por Dworkin, segundo a qual *cada juiz é como um romancista na corrente*. O juiz deve ler tudo o que foi escrito por outros juízes no passado, com o objetivo de ter presente o que eles fizeram coletivamente, ou seja, como cada um dos “romancistas” formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até ali. Com isso, qualquer juiz com a responsabilidade de decidir uma demanda, deve olhar os livros adequados, os registros de casos similares (mesmo que decididos há décadas ou séculos), examinar as filosofias judiciais e políticas diferentes, de tal forma que, para decidir o novo caso sob sua responsabilidade naquele momento, o juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, no qual a história é formada pelo conjunto dessas decisões, estruturas, convenções e práticas. Cada juiz, portanto, continua a história com sua decisão proferida agora, entendendo a necessidade de interpretar o que aconteceu antes, como responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos. Pensando desta maneira, importa ver que, em tipicidade penal, não está o juiz apenas julgando um furto, um roubo, uma sonegação de impostos ou uma falsidade. A decisão de cada caso não pode ser tomada de forma isolada, como se não existissem inúmeros outros julgados no passado e como se o julgamento não importasse para os futuros casos. Este é o sentido do romance-em-cadeia, pois cada julgador deve ter a noção do que foi escrito até aquele momento e assumir o compromisso de proferir sua decisão de modo a não romper com a integridade e a coerência do que até ali foi construído.

37) Finalmente, resta considerar, diante da importância do Constitucionalismo contemporâneo para a demarcação do campo principiológico no interior do qual se moverá o intérprete na busca da resposta, que é fundamental exercer o controle de constitucionalidade em relação à matéria penal (nulidade parcial sem redução de texto e interpretação conforme a Constituição), fazendo com que, no plano da tomada de decisões (e no plano legislativo) haja a filtragem constitucional do direito.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Contitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: 2003.

ANTON, Tomas S. Vives. **Fundamentos del Sistema Penal**. Valência: Tirant do Blanc, 1996.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à Dogmática e Hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1989.

BARRETO, Tobias. **Estudos de filosofia**. 2. ed. São Paulo: Grijalbo, 1977.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan. 2001.

BAUMAN, Zigmunt. **Modernidade e Ambivalência**. São Paulo: Jorge Zahar Editor, 1999.

\_\_\_\_\_. **Amor Líquido, Sobre a Fragilidade dos laços humanos**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

\_\_\_\_\_. **Confiança e medo na cidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009.

\_\_\_\_\_. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

\_\_\_\_\_. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2000.

\_\_\_\_\_. **O Mal-estar da Pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

\_\_\_\_\_. **Vida Líquida**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2009.

\_\_\_\_\_. **Vidas Desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.

BELING, Ernst von. **Esquema de Direito Penal: A Doutrina do Delito-Tipo**. Campinas: Servanda Editora, 2010.

BERMAN, Harold J. **Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006.

BETTI, Emilio. **Interpretação da Lei e dos Atos Jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria generale della interpretazione**. Vol II, Milão, edição alemã de 1967.

BILLIER, Jean Cassien. MARYIOLI, Aglaé. **História da Filosofia do Direito**. Barueri: Manole, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria geral do delito**. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política (2 volumes)**. Trad. Carmen C. Varrialle, Gaetano Loiaí Mônico, João Ferreira, Luis Guerreiro Pinto Cacaís, Renzo Dini. Brasília: UnB, 2004

BONATO, Gilson (organizador). **Processo penal, constituição e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Rio de Janeiro: DIFEL, 1989.

BRASIL, DF. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 1021805, Sexta Turma. Relator: Min. Hamilton Carvalho, Relator p/ Acórdão: Min. Paulo Gallotti. Julgamento: 28/10/2008 . DJe: 17/11/2008.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 220164, Quinta Turma. Relator: Ministro Jorge Mussi. Julgamento: 12/06/2012. DJe: 20/06/2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 110404, Quinta Turma. Relator: Min. Arnaldo Esteves. Julgamento: 07/10/2008. DJe: 01/12/2008.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 117878, Quinta Turma. Relator: Ministro Jorge Mussi. Julgamento: 04/05/2010. DJe: 28/06/2010.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 123969, Quinta Turma. Relator Arnaldo Esteves Lima. DJe 08/03/2010.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 164172, Sexta Turma. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Julgamento: 12/04/2012. DJe: 21/05/2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 175639, Sexta Turma. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgamento: 20/03/2012. DJe:11/04/2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 230922, Quinta Turma. Relator: Ministro Gilson Dipp. Julgamento: 26/06/2012. DJe: 01/08/2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1060902, Quinta Turma. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Julgamento: 21/06/2012. DJe: 29/06/2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 966077, Sexta Turma. Relator: Min. Nilson Naves. Julgamento: 14/10/08. DJe: 15/12/2008.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 992.756, Sexta Turma. Relator Min. Hamiltom Carvalhido, Relator p/ Acórdão: Paulo Gallotti. Julgamento: 14/10/08. DJe:03/11/2008.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. RHC 20805, Quinta Turma. Relatora Ministra Jane Silva. Julgamento: 02/10/2007. DJU 22/10/2007.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. RHC nº 20780, Quinta Turma. Relatora Ministra Laurita Vaz. Julgamento: 24/04/2007. DJU 28/05/2007.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 107801, Primeira Turma. Relatora: Cármen Lúcia, Relator p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX. Julgamento: 06/09/2011. DJe: 13/10/2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 111666, Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento: 08/05/2012. DJe: 23/05/2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 88875, Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento 07/12/2010. DJe: 12/03/2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE nº 205260, Primeira Turma. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento: 23/11/2004. DJ: 04/02/2005.

BRASIL, RS. Tribunal de Justiça. Apelação Crime nº 70042122309, Terceira Câmara Criminal. Relator Nereu Giacomolli. Julgamento: 10/11/2011. DJ: 05/12/2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Apelação Crime Nº 70048499164, Sétima Câmara Criminal. Relator: Naele Ochoa Piazzeta. Julgamento: 19/07/2012. DJ: 25/07/2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Apelação Crime Nº 70048856397, Sétima Câmara Criminal. Relator: José Conrado Kurtz de Souza. Julgamento: 19/07/2012. DJ: 25/07/2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Apelação Crime Nº 70048958532, Sétima Câmara Criminal. Relator: José Conrado Kurtz de Souza. Julgamento: 19/07/2012. DJ: 25/07/2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Apelação Crime Nº 70049027766, Sétima Câmara Criminal. Relator: José Conrado Kurtz de Souza. Julgamento: 19/07/2012. DJ: 25/07/2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Apelação Crime nº 70049645336, Sétima Câmara Criminal. Relator: Laura Louzada Jaccottet. Julgamento: 19/07/2012. DJ: 25/07/2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal Nº 70004388724, Quinta Câmara Criminal. Relator: Des. Amilton Bueno de Carvalho. Julgamento 26/06/2002. DJ: 05/08/2002.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. HC Nº 70018494013, Quinta Câmara Criminal. Relator Des. Amilton Bueno de Carvalho. Julgamento 28/02/2007. DJ: 16/03/2007

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal** - parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma Abordagem Garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CAENEGEM, Raoul van. **Juízes, Legisladores e Professores**. Rio de Janeiro: ed. Elsevier, 2010.

CALLEGARI, André Luiz. WERMUTH, Maiquel Ângelo Dexordi. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal** - Volume. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Curso de processo penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas Sobre Derecho y Lenguaje**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1979.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Fabris, 1997.

\_\_\_\_\_. Racionalidade Hermenêutica: Acertos e Equívocos. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). **As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: América Jurídica, 2002.

CONDE, Francisco Muñoz. **El Error em Derecho Penal**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Delito**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

Consultor Jurídico. **Ideologia pessoal define decisões de juízes, diz estudo**. Revista Consultor Jurídico, 6 de julho de 2012. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-06/ideologia-pessoal-define-decisoes-juizes-estudo-ufpr>>. Acesso em: 3 ago. 2012.

CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. A doutrina da nulidade por vagueza da suprema corte norte-americana - the void-for-vagueness doctrine. **Revista de estudos criminais** - Nº 41 ABR/JUN. 2011.

COSTA JR., Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. São Paulo: Saraiva, 1996.

COSTA, José de Faria. **Noções fundamentais de direito penal**: fragmenta iuris poenalis. 2. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2010.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O Estado de Direito**: História, teoria e crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COSTA, Reginaldo da. **Ética do Discurso e Verdade em Apel**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais de Direito Processual Penal Brasileiro. Revista ITEC, Sapucaia do Sul, n. 1, 2001.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do princípio da legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979.

D'AGOSTINI, Franca. **Analíticos e Continentais**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

D'ÁVILA, Fabio Roberto. A ação como conceito compreensivo do agir e omitir. In: FAYET JÚNIOR, Ney (org.). **Ensaio penais em homenagem ao professor Alberto Rufino Rodrigues de Souza**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003.

\_\_\_\_\_. Antecedentes históricos do código penal brasileiro. **Revista de estudos criminais**. nº 43, p.117- 134. outubro-dezembro, 2011.

\_\_\_\_\_. **Crime Culposo e a Teoria da Imputação Objetiva.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. **Ofensividade em direito penal:** escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado.** Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Os Grandes Sistemas de Política Criminal.** São Paulo: Manole, 2004.

DÍAZ, Elías. **Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático.** Madrid: Editorial Civitas, 1978.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Comentário Conimbricense do Código Penal.** Parte Especial. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal.** Parte Geral - Tomo I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle.** New York: Oxford University Press, 2001.

\_\_\_\_\_. **Freedom's law:** the moral reading of the American constitution. Oxford: Oxford University Press, 2005.

\_\_\_\_\_. **Law's empire.** Cambridge/ Massachusetts: Harvard University Press, 1986.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **Taking rights seriously.** Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1978.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELIAS, Norbert. **O Processo Civilizador.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993, v. 2.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La lengua de los derechos:** la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa. Madrid: Alianza, 1995

FARIA, José Eduardo. As novas formas e funções do direito: nove tendências. In: FARIA, José Eduardo. **Sociologia Jurídica: direito e conjuntura**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução de André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1980.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense Editora, 1994.

FRANCK, Reinhard. **Sobre la Estructura Del Concepto de Culpabilidad**. Buenos Aires: Euros Editores, 2011. p. 25.

FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 8 ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica em Retrospectiva**. Vol. I. Petrópolis: Vozes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Verdad y método**. 12. ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 2007.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Método II: complementos e índices**. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da Modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. A Jurisprudência dos interesses e a interpretação do Direito. In: ADEODATO, João Maurício (org.). **Jhering e o Direito no Brasil**. Recife: Editora Universitária, 1996.

\_\_\_\_\_. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia I: Entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1961.

\_\_\_\_\_. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fonte, 2009.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editores, 2008.

HEIDEGGER, Martin. A Constituição Onto-Teo-Lógica da Metafísica. In: **Conferências e Escritos Filosóficos**. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

\_\_\_\_\_. "Sobre o Humanismo". In: **Os Pensadores** - Conferências e escritos filosóficos. Vol. XLV. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

\_\_\_\_\_. A Tese de Kant Sobre o Ser. In: **Conferências e Escritos Filosóficos**. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

HEIDEGGER, Martin. **Introdução à Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

\_\_\_\_\_. **O fim da filosofia e a tarefa do pensamento**. Trad. Ernildo Stein. In: Conferências e escritos filosóficos - Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 2005.

\_\_\_\_\_. **O que é uma coisa?** Doutrina de Kant dos Princípios Transcendentais. Lisboa: Portugal: Edições 70, 1987.

\_\_\_\_\_. O Tempo da Imagem do Mundo. In: **Caminhos da floresta**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

\_\_\_\_\_. Que é Metafísica? In: **Conferências e Escritos Filosóficos**. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

\_\_\_\_\_. **Ser e Tempo**. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

\_\_\_\_\_. Sobre o Humanismo. In: **Conferências e escritos filosóficos**. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Ed. Abril Cultural, 1973.

\_\_\_\_\_. **Tempo e Ser**. Conferencias e Escritos Filosóficos. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

\_\_\_\_\_. **Ser y Tiempo**. Traducción, prólogo y notas de Jorge Eduardo Rivera Edición digital. Disponível em: <<http://espanol.free-ebooks.net/ebook/Ser-y-el-Tiempo/html/15>>. Acesso em: 15 ago. 2011.

HESPAÑA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 10. ed. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1976.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Volume I. Tomo I. Rio de Janeiro Forense, 1977.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JAKOBS, Günther. Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y teoría de la imputación. 2ª edición. Madrid: Marcial Ponz: 1.997.

JESCHECK, Has-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Editorial Comares, 2002. pp. 275-295. No Brasil, por todos: REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**: parte geral. 19. ed. rev. e atual. 1º v. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal** - 2º. Volume. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KAUFMANN, Arthur. **Introdução à Filosofia do Direito e a Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

LAMEGO, José. **Hermenêutica e Jurisprudência**. Lisboa: Editorial Fragmentos, 1990.

LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal. Tomo I**. Trad. de José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. 2010.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios Penais Constitucionais: O Sistema das Constantes Constitucionais**. Fascículos Penais, São Paulo, Ano 89, v. 779, 2000.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2010. v. 2.

LUIZI, Luiz. **O Tipo Penal, a Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fábris Editor, 1987.

MACHADO, Hugo de Brito. **Crimes contra a ordem tributária**. Atlas. São Paulo. 2009.

MANZANO, Luis Fernando de Moraes. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Ed. Atlas, 2010.

MARINUCCI, Giorgio. **El delito como “acción”**: crítica de um dogma. Madrid: Marcial Pons, 1998.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Bookseller, 1997.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**: concepto y método. 2. ed. Montevideo/Buenos Aires: Editorial Bdef, 2003.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. Volume 2. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 9. ed. rev. e atual. 1<sup>o</sup> v. São Paulo: Atlas, 1995.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

NEVES, Antônio Castanheira. **A crise atual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia**: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

\_\_\_\_\_. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1993.

\_\_\_\_\_. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia** - Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. Barcelona: Editorial, 1999.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 5. ed. 1<sup>ª</sup> v. São Paulo: Saraiva, 1968.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 8 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **A filosofia na crise da modernidade**. São Paulo: Edições Loyola, 1989.

\_\_\_\_\_. Apresentação: direito, democracia e racionalidade procedimental. In: MAUS, Ingeborg. **O Direito e a Política**: teoria da democracia. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009.

\_\_\_\_\_. **Reviravolta Lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea**. 2 ed. São Paulo, Loyola, 2001.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil**: evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PIONEIRO. **Idosa que matou assaltante em Caxias será indiciada por homicídio e porte ilegal de arma**. Atualizada em 12/06/2012. Disponível em: <<http://pioneiro.clicrbs.com.br/rs/geral/policia/noticia/2012/06/idosa-que-matou-assaltante-em-caxias-sera-indiciada-por-homicidio-e-porte-ilegal-de-arma-3786866.html>>. Acesso em: 02 ago.2012.

\_\_\_\_\_. **Mulher de 87 anos mata homem a tiros no centro de Caxias do Sul**. Atualizada em 10/06/2012. Disponível em: <<http://pioneiro.clicrbs.com.br/rs/geral/>

policia/noticia/2012/06/mulher-de-87-anos-mata-homem-a-tiros-no-centro-de-caxias-do-sul-3785649.html>. Acesso em: 02 ago. 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PUIG, Santiago Mir. **Nuevas tendencias en Política Criminal**: Uma auditoria al Código Penal español de 1995. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE JÚNIOR. Miguel. **Antijuridicidade Concreta**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1974.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Delito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

RIPERT, Georges. **O Regime Democrático e do Direito Civil Moderno**. São Paulo: Saraiva e Livraria Acadêmica, 1937.

RIPOLLÉS, José Luis Diéz. **La Política Criminal en la Encrucijada**. Buenos Aires: Euros Editores, 2007.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 1997.

\_\_\_\_\_. **Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del Delito en Alemania**. México: UBIJUS Editorial, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoría del Tipo Penal**: Tipos Abertos y Elementos del Deber Jurídico. Buenos Aires: Depalma, 1979.

SAFRANSKI, Rüdiger. **HEIDEGGER**: um mestre da Alemanha entre o bem e o mal. São Paulo: Geração Editorial, 2005.

SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luís Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. **Política Criminal y Persona**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000

SANCHÍS, Luis Prieto. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones. In: **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003.

SASS, Liz Beatriz. **Direito e natureza**: (re)construindo vínculos a partir de uma ecocidadania. Curitiba: Juruá, 2008.

SOARES, Luiz Eduardo. Segurança pública: presente e futuro. **Estudos Avançados**, São Paulo, vol. 20 (ano 56), jan./abr. 2006.

STEIN, Ernildo. A Consciência da história: Gadamer e a Hermenêutica. **Folha de São Paulo**, Caderno Mais 24.03.2002.

\_\_\_\_\_. **Aproximações sobre Hermenêutica**. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.

\_\_\_\_\_. **Breves Considerações Históricas Sobre as Origens da Filosofia no Direito**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, vol. 1, n. 5, p. 97-110, 2007.

\_\_\_\_\_. **Diferença e metafísica**: ensaios sobre a desconstrução. Ijuí: Ed. Unijuí, 2008.

\_\_\_\_\_. **Epistemologia e crítica da modernidade**. 3. ed. Ijuí: Unijuí, 2001.

\_\_\_\_\_. **Exercícios de Fenomenologia**: limites de um paradigma. Ijuí: Editora Unijuí, 2004.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

\_\_\_\_\_. **Pensar e Errar**: um ajuste com Heidegger. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011.

\_\_\_\_\_. **Seis estudos sobre 'ser e tempo'**. Petrópolis: Vozes, 1988.

\_\_\_\_\_. **Uma Breve Introdução à Filosofia**. Ijuí: Editora Unijuí, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: \_\_\_\_\_; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

\_\_\_\_\_. Novo Código de Processo Penal. O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório). **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 46, nº 183, edição especial, jul./set. 2009.

\_\_\_\_\_. **O DEVER DE PROTEÇÃO DO ESTADO (SCHUTZPFLICHT): O LADO ESQUECIDO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS OU “QUAL A SEMELHANÇA ENTRE OS CRIMES DE FURTO PRIVILEGIADO E O TRÁFICO DE ENTORPECENTES”?**, 11.07.2008. Disponível em: <[http://leniostreck.com.br/index.php?option=com\\_docman&Itemid=40](http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40)>. Acesso em: 05 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. **O panpricipiologismo e o sorriso do lagarto**. Consultor Jurídico, São Paulo, março de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>>. Acesso em: 15 mai. 2012.

\_\_\_\_\_. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. **O rabino Eliezer, os garimpeiros e os juristas**. Revista Consultor Jurídico, 2 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-02/senso-incomum-rabino-eliezer-garimpeiros-aplicados-direito>>. Acesso em: 02 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. vol 1, n 6. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008.

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **O que é isto - as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. **Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?** Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, vol. 15, n. 1. pp. 158-173, jan./abr. 2010. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>. Acesso em: 12 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. **Revista Sequência**, nº 54, jul. 2007.

\_\_\_\_\_. **BEM JURÍDICO E CONSTITUIÇÃO: DA PROIBIÇÃO DE EXCESSO (ÜBERMASSVERBOT) À PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE (UNTERMASSVERBOT) OU DE COMO NÃO HÁ BLINDAGEM CONTRA NORMAS PENAS INCONSTITUCIONAIS**. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/2.pdf>>. Acesso em: 29 jul.2012.

\_\_\_\_\_. Hermenêutica e applicatio jurídica: A concreta realização normativa do direito como superação da interpretação jurídico-metafísico-objetificante. **Revista da Faculdade de Direito - studia iuridica 90**, Coimbra, 2008.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. O “Novo” Código de Processo Penal e as Ameaças do Velho Inquisitorialismo: Nas So(m)bras da Filosofia da Consciência. In: BONATO, Gilson (organizador). **Processo penal, constituição e crítica.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. **O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht):** O lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes”? Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/08/Vers%C3%A3o-final-da-Untermassverbot-08-07-art-33-1.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. O Direito como um conceito interpretativo. **Pensar**, Fortaleza, v. 15, n. 2, jul./dez. 2010.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso.** São Paulo: Saraiva, 2012

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 3. ed. Salvador: Ed Juspodivm, 2009.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal.** 5. ed. Saraiva: São Paulo, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal.** Vol. 1 - 30 Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

\_\_\_\_\_. **Punir os pobres:** a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WARAT, Luiz Alberto. **Epistemologia e Ensino do Direito:** o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004.

\_\_\_\_\_. **Introdução Geral ao Direito I.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán.** Parte General. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yánes Pérez. 4. ed. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

\_\_\_\_\_. **El nuevo sistema de derecho penal:** una introducción a la doctrina de la acción finalista. Trad. José Cerezo Mir. Barcelona: Ediciones Ariel, 1964.

WUNDERLICH, Alexandre Lima. **Crime e Sociedade.** Org. Cezar Roberto Bitencourt. Curitiba: Juruá Editora, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** V. 1 - Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: \_\_\_\_\_; COSTA, Pietro (orgs.). **O Estado de Direito:** história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.