

A HERMENÊUTICA DA JUSTIÇA PENAL



RODRIGO LARIZZATTI: Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA, em Buenos Aires. Delegado de Polícia Civil do Distrito Federal, desde 1999, e professor de Direito Criminal da Escola Superior de Polícia Judiciária do DF - ESUP/ADEPOL, da Academia de Polícia Civil do DF - APC/PCDF, do Grancursos e do IMPCursos. Graduado Bacharel em Direito pela Universidade Paulista - SP em 1995, pós-graduado Especialista em Metodologia do Ensino Superior pela Universidade Católica de Brasília - UCB em 2001 e Especialista em Gestão Policial Judiciária pela Academia de Polícia Civil do Distrito Federal - APC/PCDF e Faculdade Fortium em 2008. Autor do livro COMPÊNDIO DE DIREITO PENAL, publicado pela Editora Grancursos e destinado à preparação para concursos públicos.

ÍNDICE

Introdução	2
Capítulo 1 – Hermenêutica jurídica	
Definição	4
Escolas de interpretação	5
Classificação	9

TEORÍA DEL DERECHO - A HERMENÊUTICA DA JUSTIÇA PENAL

Capítulo 2 – Justiça	
O conceito de Justiça	14
Escolas Grego-filosóficas	15
O trinômio Justiça, Direito e Moral no Positivismo Jurídico	16
Capítulo 3 – Justiça Penal	
O <i>jus puniendi</i>	23
Legitimidade punitiva	24
Instrumento de controle social	28
Conclusão	31
Bibliografia	34

INTRODUÇÃO

Na incessante busca do almejado objetivo de satisfação dos interesses coletivos, equilibrados que devem ser pela Ciência Jurídica em uma de suas principais virtudes, especialmente em matéria penal, o Estado não raramente peca na produção, na interpretação e na aplicação das normas que compõem o ordenamento jurídico.

A prática de um delito viola severamente a paz social, ocasionando uma intranquilidade pela sensação do não cumprimento das regras de convívio a que todos estamos obrigados, seja no plano valorativo dos interesses por elas protegidos, seja no plano institucional-legal que vincula os comportamentos humanos. Surge então para o Estado o pressuposto fático de aplicação concreta da sua pretensão punitiva, através da qual busca-se restabelecer a harmonia nas relações sociais, retornando-se ao *status quo ante*, em especial por intermédio da finalidade preventiva da sanção penal, tanto no âmbito especial quanto no geral.

Todavia, este exercício punitivo não é ilimitado e deve respeitar alguns dogmas e preceitos absolutos de Direito, para que possa efetivamente servir à finalidade estatal, pois é instrumento de harmonização e não do desequilíbrio que procura justamente corrigir. Assim, o *jus puniendi* precisa respeitar princípios estatais auto-limitadores, descritos principalmente nas cartas constitucionais, que servem de substrato para a criação, estruturação e funcionamento regular do próprio ente estatal.

Analisando detalhadamente o litígio penal, é possível concluir que inicialmente o indivíduo a quem se atribui o cometimento do ilícito se encontra em posição desvantajosa quando comparado ao Estado punitivo, eis que isoladamente não possui força coercitiva e impositiva dos seus interesses confrontados. Com o intuito de equilibrar esta disparidade, as cartas constitucionais dos Estados Democráticos de Direito comumente conferem ao cidadão social pressupostos e garantias de segurança jurídica inabaláveis e inatingíveis pela auto-executoriedade dos interesses públicos, que em regra são preponderantes.

Modernamente, os princípios limitadores da incidência do Direito Penal se alastram no mundo jurídico e acadêmico, esculpindo um modelo não raro ineficiente. É fato que o cidadão deve ser protegido de toda e qualquer ação indiscriminada do Estado, principalmente se esta visa atingir o seu *jus libertatis*, inerente à condição humana

TEORÍA DEL DERECHO - A HERMENÊUTICA DA JUSTIÇA PENAL

natural. Assim se justifica a criação de núcleos jurídicos constitucionais fundamentais de garantia, que sequer podem ser objetos de propostas tendentes à sua mitigação e neste ambiente se insere, em primeiro plano, o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, que interpretado de maneira irrestrita inviabilizaria quase que em absoluto a aplicação das normas de carga penal.

Entretanto, em que pese a comum e crescente defesa do Direito Penal mínimo, existem conflitos sociais específicos que demandam uma ação estatal de repressão dura e plena, como única forma de se alcançar as almejadas e exigidas harmonização e pacificação. Caso contrário, a própria existência do Estado se veria ameaçada e passível de extinção.

É justamente com esse propósito que se faz importante o estudo da hermenêutica jurídica, enquanto ramo da ciência e da filosofia, através do qual se procura saber o real valor do Direito e das normas positivadas, e sua relação com a noção de Justiça, como instrumento de compreensão do seu significado, permitindo que seja efetivamente alcançada pelas ações repressivas do Estado Social.

A Justiça Penal, por exercer inquestionável coação, é dotada de particulares características que merecem especial atenção no mundo jurídico, exigindo por isso um acertado e equalizado ajuste hermenêutico, respeitadas as premissas fundamentais do convívio em sociedade.

Assim entendendo, é necessária a descoberta dos valores fundamentais para o pacífico convívio social, que exigem comportamentos adequados conforme o interesse coletivo e justificam a criação das normas criminais.

CAPÍTULO 1 – A HERMENÊUTICA JURÍDICA

DEFINIÇÃO

A *hermenêutica* é considerada um ramo da filosofia que se debate com a compreensão humana e a interpretação de textos escritos. Mitologicamente, o termo deriva do nome do deus grego Hermes, considerado o mensageiro dos deuses, a quem os gregos atribuíam a origem da linguagem e da escrita, patrono da comunicação e do entendimento humano.

Tratando-se da hermenêutica *jurídica*, obrigatoriamente nos remete à interpretação do Direito, em seu objeto, que pode – e deve – passar por uma leitura Constitucional e Política.

A doutrina de Marcus Cláudio Acquaviva¹ considera a hermenêutica jurídica como sendo um conjunto de premissas básicas que o intérprete precisa seguir para encontrar o sentido da norma em cada caso concreto, tendo por objetivo o estudo e a sistematização de todos os procedimentos passíveis a determinar a noção e o alcance dos termos jurídicos².

No trilho de Acquaviva, o conhecimento humano possui duas finalidades, contemplar a verdade e realizar uma operação mental buscando uma finalidade prática. Kant já afirmava, no século XVIII, que o intelecto podia ser especulativo ou prático, permitindo decidirmos *se* devemos fazer isto ou aquilo e *como* fazê-lo, respectivamente. Assim, o Direito é uma ciência *especulativa* quanto ao modo de saber e *prática* quanto ao fim amejado. Serve para ser aplicado aos casos particulares e comuns à vida, sendo que a lei escrita, insculpida no silêncio dos códigos, é inerte e estática, tomando vida apenas quando é interpretada e aplicada concretamente. Por isso, pode-se dizer que a interpretação e a aplicação do Direito constituem sua dinâmica, revelando o seu conteúdo finalístico³.

¹ MARCUS CLÁUDIO ACQUAVIVA é um relevante jurista brasileiro, professor na Universidade Presbiteriana Mackenzie e autor de grande influência no estudo de Teoria Geral do Estado e Ética jurídica.

² ACQUAVIVA Marcus Cláudio. *Dicionário jurídico brasileiro*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 8ª edição, 1995, p. 738.

³ ACQUAVIVA Marcus Cláudio. Op. cit., p. 788.

TEORÍA DEL DERECHO - A HERMENÊUTICA DA JUSTIÇA PENAL

Referindo-se à característica inexorável da sua inexatidão, a obra de Rubens Limongi França⁴ ensina que a hermenêutica ou a interpretação não podem se restringir apenas aos estreitos termos da lei, que possuem conhecidas limitações para bem expressar o direito, em especial por conta da generalidade das formas que o revestem. Por isso, é ao *direito* que a norma exprime que devem se endereçar a hermenêutica e a interpretação, esforçando-se para alcançar aquilo que nem sempre o legislador manifesta com a necessária clareza e segurança⁵.

Hans Kelsen⁶, principal representante da Escola Positivista do Direito, ao formular sua Teoria Pura do Direito indicou existirem basicamente duas formas de interpretação: aquela que é feita pelos organismos jurisdicionais e a que é realizada pelas pessoas em geral e pela ciência jurídica. Neste sentido, quando o Direito é concretizado por um organismo jurídico, este precisa fixar o entendimento das normas que vai de fato aplicar, exigindo assim sua interpretação, numa operação mental que acompanha o procedimento de aplicação, de um escalão superior a um inferior. Mas não só os órgãos judiciais, pois os indivíduos em geral, apesar de não agirem em sua aplicação fática, também devem observar o Direito de forma a regularem suas condutas conforme o determinado, para o que precisam compreender o sentido das normas. Da mesma forma, a Ciência Jurídica, ao descrever um Direito positivo, necessita interpretar suas normas⁷.

ESCOLAS DE INTERPRETAÇÃO⁸

Com a evolução do pensamento humano e a necessidade de se buscar o mais adequado entendimento dos dogmas jurídicos, surgiram teorias escolásticas que

⁴ RUBENS LIMONGI FRANÇA (♣ Tremembé, 1927 - † São Paulo, 1999) foi um jurista brasileiro professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, autor de obras jurídicas inovadoras cujas idéias influenciaram uma importante geração de civilistas.

⁵ LIMONGI FRANÇA Rubens. *Hermenêutica jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 10ª edição, 2010, p. 19.

⁶ HANS KELSEN (♣ Praga, 1881 — † Berkeley, 1973) jurista austro-americano, um dos mais importantes e influentes do século XX. Lecionou em Viena, Colônia e na Universidade de Harvard, dentre outras. Buscou tratar as bases da Ciência do Direito excluindo do seu conceito qualquer referência alheia, como as de cunho axiológico e sociológico, que estariam por princípio vinculadas a outros ramos do saber científico.

⁷ KELSEN Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 5ª edição, 1996 (tr. João Baptista Machado), pp. 387 e 388.

⁸ As referências às escolas de interpretação e escolas filosóficas gregas foram colacionadas especialmente das anotações das aulas de Teoria do Direito, no 1º módulo do Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais, ministradas pelo Prof. Dr. Dante Cracogna, na sede da Universidad del Museo Social Argentino – UMSA, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, entre os dias 05 (cinco) e 16 (dezesesseis) de julho de 2010, bem como de enciclopédias e indexadores livres encontrados na rede mundial de computadores, como www.britannica.com; www.wikipedia.org; www.webartigos.com e www.direitonet.com.br.

TEORÍA DEL DERECHO - A HERMENÊUTICA DA JUSTIÇA PENAL

buscaram expressar o significado das normas, como forma de melhor aplicá-las seguindo as tendências filosóficas e culturais de cada época.

A *Escola Exegética*, também denominada Escola Legalista e Escola Racionalista, tem como base apenas o uso da letra da lei como forma de aplicação do Direito, de maneira que todo o Direito está contido na lei e apenas nesta. Seus adeptos entendem que a lei é absoluta, devendo o juiz tão somente extrair o significado puro dos textos normativos para assim aplicá-los aos casos concretos que lhes são submetidos.

O termo exegese deriva do grego *exegeomai*, *exegesis*, e tem o sentido de ex-trair, ex-ternar, ex-teriorizar, ex-por. Significa ater-se à obra minuciosamente.

Assim, os exegéticos defendem que o Direito é o conjunto de normas emanadas e positivadas pelo Estado, e qualquer outra norma de uso social ou costume deve ser absolutamente ignorada. O magistrado deve exercer apenas a sua função de aplicador da lei, sempre de acordo com a estrita vontade do legislador, em detrimento dos seus conceitos pessoais e valorativos.

Seguindo Miguel Reale⁹ os mestres que obedeceram essa teoria entendiam que os usos e costumes não poderiam valer, salvo se fossem expressamente referenciados pela lei. O dever do jurista era de ater-se ao texto legal, não procurando qualquer solução que lhe fosse estranha, dando surgimento à denominada *jurisprudência conceitual*, mais atenta aos preceitos jurídicos existentes na norma, do que aos seus aspectos sociais e campos de interesse¹⁰.

Limongi França define a escola exegética como escola *dogmática*, possuindo duas orientações, a *extremada* e a *moderada*. Na primeira vertente, entende-se que a letra da lei é a fórmula do pensamento do legislador e é sempre clara. Doutro lado, haveria casos duvidosos para os quais seria recomendada a utilização de uma interpretação sistemática mediante a consulta das fontes que propiciaram o texto, através do exame dos trabalhos preparatórios à criação normativa, da ponderação das consequências das interpretações possíveis e da indagação da *mens legis*¹¹.

⁹ MIGUEL REALE (♣ São Bento do Sapucaí, 1910 - † São Paulo, 2006) foi filósofo e jurista brasileiro, autor de inúmeras obras de singular importância. Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e ex-Reitor da Universidade de São Paulo, supervisionou a comissão elaboradora do Código Civil brasileiro de 2002 e formulou a Teoria Tridimensional do Direito, na qual os elementos *fato*, *valor* e *norma jurídica* compõem o conceito de Direito.

¹⁰ REALE Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 21ª edição, p. 274.

¹¹ LIMONGI FRANÇA Rubens. Op. cit., p. 28.

TEORÍA DEL DERECHO - A HERMENÊUTICA DA JUSTIÇA PENAL

A *Escola da Livre Investigação Científica*, proposta no século XIX por François Géný¹² através de sua clássica obra *Método de interpretação e fontes em direito positivo privado*, defende que efetivamente a lei só tem uma intenção, aquela que ditou sua criação. Mas quando se perceber que a norma não mais reflete a realidade atual, o intérprete precisará fazer uma análise com bases científicas envolvendo os novos fatos sociais.

Neste sentido, a interpretação visa extrair do texto legal a plenitude das normas jurídicas nele contidas, com o fim de alcançar-se a adaptação mais perfeita possível às circunstâncias da vida social e o juiz não deve se apegar unicamente à letra da lei na hora de aplicar o Direito, possuindo certa independência do texto legal, e por isso podendo utilizar-se dos costumes e da analogia para solucionar os conflitos. Nessa proposição, o magistrado exerce uma função de *investigador*, e não apenas de aplicador, como proposto pela Escola Exegética.

A idéia não deve ser vista como renovadora, mas conciliadora, eis que não cria novos métodos de hermenêutica, unindo princípios da Escola Exegética com as exigências do mundo contemporâneo. Reale informa que num primeiro momento, a teoria de Géný se atém à pureza exegética para, em seguida, libertar-se desse apego para dar ao julgador uma dose de independência. Assim, quando a interpretação pura da lei não permite uma solução, cabe ao juiz buscar nos costumes e na analogia os meios necessários à solução do caso concreto¹³.

A *Escola Sociológica Americana*, propugnada no Século XX, especialmente por Roscoe Pound¹⁴ e baseada nos princípios do Bem-Estar Social – *Welfare State*¹⁵, é uma reação às frustrações liberais da época, que introduziu os processos subconscientes na atividade decisória do juiz.

Pound advertia que a ciência jurídica deveria ser uma forma de engenharia social para o desenvolvimento de ferramentas inclinadas a permitir o progresso da sociedade. Assim, o Direito deve servir a um processo de construção da realidade social

¹² FRANÇOIS GÉNY (♣ Baccarat, 1861 - † Nancy, 1959) foi jurista francês, professor de Direito e reitor da Universidade de Nancy, titulado Doutor *honoris causa* por nove universidades européias. Sua defesa da discricionariedade judicial na interpretação da norma positiva teve grande influência em toda a Europa.

¹³ REALE Miguel. Op. cit., p. 280.

¹⁴ NATHAN ROSCOE POUND (♣ Lincoln, 1870 - † Cambridge 1964), jurista americano, foi reitor da Faculdade de Direito da Universidade de Nebraska e reitor da Faculdade de Direito de Harvard.

¹⁵ Expressão inglesa para o denominado *Estado de bem-estar social*, também conhecido como *Estado-providência*, originado no período da Grande Depressão. É um tipo de estruturação política e econômica que confere ao Estado a condição de agente da promoção social e organizador da economia, a quem é atribuído o dever de regulamentar toda a vida e saúde social, política e econômica do país, com a colaboração dos setores privado, devendo garantir todos os serviços públicos e proteção à população.

TEORÍA DEL DERECHO - A HERMENÊUTICA DA JUSTIÇA PENAL

e por isso não pode limitar-se aos princípios lógicos, aos silogismos e às tradicionais construções técnico-teóricas. Assim, o magistrado deve construir o direito, com base na análise científica desenvolvida para o estudo da realidade contemporânea, seguindo as tendências da sua época. O Direito é alimentado pela força da experiência, refletindo uma realidade mutável.

É evidente que as normas positivadas devem ser respeitadas, entretanto a obrigação do hermenauta é assegurar os limites da análise normativa, garantindo sua *efetividade social*. Isto porque a produção normativa subsiste para a realização dos fins sociais, dos quais o Direito é subserviente, devendo ser considerados os elementos conscientes e inconscientes, bem como absorvidas as atribuições valorativas e os preconceitos, para a efetivação da atividade decisória.

A escola sociológica entende haver uma contraposição dos princípios pelos efeitos que produzem, devendo a análise ser focada nas conseqüências, priorizando as situações concretas, de forma que o operador do direito precisa relacionar os preceitos acadêmicos com a solução concreta para os problemas, as *leis dos livros* com as *leis em ação*.

A *Escola Realista Americana* é uma vertente mais extremada da Escola Sociológica, entendendo que o Direito é construído por meio de processos psicológicos e de amplidão emocional, sendo assim desmistificado como instituto geral, igual, puro, uniforme e linear para todos. Para os defensores da idéia, o juiz cria o Direito, sem construir ou mesmo obedecer a qualquer ordem.

Nesse aspecto, a dinâmica social e a personalidade do juiz são fundamentais para a solução dos conflitos, pois inexitem juízes iguais, sendo impensável uma comunidade de valores fixos e inalteráveis. Nem mesmo a sentença proferida constitui Direito, pois cada caso particular tem uma visão diferenciada. A justiça, em si mesma, está atribuída aos fatores pertinentes à vivência do juiz e a personalidade do mesmo.

A *Escola Ecológica*, proposta por Carlos Cossio¹⁶ defende a tese que o juiz, ao aplicar a lei, põe ou retira sentido na conduta considerada pela norma, interpretando-a de acordo com a ciência e a consciência, movidas pela vocação para os valores jurídicos.

Assim, o juiz não é um ser distante da realidade jurídica, eis que seu poder de ação o conduz a construir também o próprio Direito, se inserindo no ordenamento e

¹⁶ CARLOS CÓSSIO († Tucumán, 1903 - † Buenos Aires, 1987) jurista argentino, foi militante universitário reformista, advogado, filósofo do Direito e professor Catedrático de Filosofia do Direito na Universidade de Buenos Aires, que definiu o Direito como um conjunto de *condutas em interferências intersubjetivas*.

TEORÍA DEL DERECHO - A HERMENÊUTICA DA JUSTIÇA PENAL

por ele estando condicionado. A sentença não é o Direito concluso, mas é obra vinculada a um processo de conhecimento, pelo qual o substrato empírico – conduta humana, é posto à prova pela dialética.

A finalidade precípua é a de proferir-se a sentença com conhecimento que compreende a realidade do objeto e sua manifestação normativa. Isto caracteriza o Egologismo Existencial, no qual a norma é construção de juízos hipotéticos que refletem o objeto do Direito.

Interessante anotar, por fim, a *Escola da Argumentação Jurídica*, de Robert Alexy¹⁷, que informa que o silogismo judicial não exaure o raciocínio jurídico e são inevitáveis juízos de valor pelo julgador. Para tanto é necessário criar formas de se justificar racionalmente esses juízos de valor, o que pode ser alcançado através de uma reconstrução das regras pragmáticas e das formas de argumento utilizados na discussão jurídica. A justificação racional é *interna* quando se refere à subsunção dos elementos fáticos aos elementos normativos, e é *externa* ao tratar da verdade fática ou da validade dos elementos normativos.

A teoria de Alexy denota uma espécie de mistura do normativismo de Hans Kelsen e o jusnaturalismo de Gustav Radbruch¹⁸. Entretanto, a idéia da argumentação o aproximou inexoravelmente da hermenêutica jurídica.

CLASSIFICAÇÃO

As espécies de interpretação jurídica são classificadas considerando basicamente dois aspectos distintos, o sujeito que a realiza e os meios empregados.

Quanto ao sujeito

Em um primeiro momento, considerando quem interpreta a norma, esta poderá ser *autêntica*, *doutrinária* e *jurisprudencial*. A *autêntica* se caracteriza quando provém do próprio legislador que redigiu a regra a ser aplicada, possuindo força obrigatória, vinculante, podendo ser *contextual* ou *posterior*. Será contextual se for realizada ao mesmo momento em que for criado a norma que procura interpretar; será posterior se surgir depois da criação normativa do termo que se procura entender, para afastar qualquer dúvida.

¹⁷ ROBERT ALEXY é um influente filósofo do Direito alemão contemporâneo, titulado PhD em 1976 com a obra *Teoria da Argumentação Jurídica*.

¹⁸ GUSTAV RADBRUCH († Lübeck, 1878 - † Heidelberg, 1949) foi político, jurista e professor de Direito alemão na Universidade de Heidelberg, integrando a corrente do jusnaturalismo que entendia que o Direito deve estar fundamentado principalmente no conceito do justo, e não somente numa mera adequação do direito como aquilo que a lei diz que é direito.

TEORÍA DEL DERECHO - A HERMENÊUTICA DA JUSTIÇA PENAL

A interpretação *doutrinária* – *communis opinio doctorum*, é criada pelos cientistas jurídicos, estudiosos do Direito que consideram os dispositivos legais nos mais variados contextos, relacionando-os com outras normas, o momento histórico, os entendimentos jurisprudenciais e demais complementos de conhecimento, tendo função de aconselhamento e orientação.

Por sua vez, a interpretação *jurisprudencial* é produzida pelos aplicadores do Direito, no conjunto de decisões concretas aos casos submetidos à jurisdição, através das sentenças, acórdãos, súmulas e enunciados, servindo em regra como norteadora do melhor entendimento do Direito, não tendo efeito obrigatório. Excepcionalmente, considerando a edição da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, que criou a figura da *súmula vinculante*, a decisão jurisdicional poderá vincular a interpretação dos demais aplicadores.

Há que se considerar, entretanto, que conforme a referida determinação constitucional, apenas o Supremo Tribunal Federal poderá editar súmulas com efeito vinculante, as quais não afastarão a possibilidade dos outros tribunais, e mesmo da Corte Maior, continuarem enunciando seus entendimentos sumulados que, embora indiquem as respectivas conclusões reiteradas acerca de determinado assunto, não obrigam as demais instâncias de jurisdição que a elas não se filiem.

Kelsen classifica as espécies doutrinária e jurisprudencial como formas de interpretação *científica*, não autêntica, servindo à pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas, não significando qualquer criação jurídica e por isso não estando autorizada a fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma positiva¹⁹.

Nesse sentido, a interpretação jurídico-científica deve evitar, com toda cautela, a idéia de que uma norma jurídica permite uma só interpretação, aquela tida como *correta*. Esta premissa serve tão somente à jurisprudência tradicional, com o intuito de consolidar o ideal de segurança jurídica, a qual somente é realizável aproximativamente, tendo em conta os diversos significados encontrados na maioria das normas jurídicas²⁰.

Considerando a limitação do campo de atuação das interpretações científicas Norberto Bobbio²¹, em seus estudos de Filosofia do Direito, sobre o Jusnaturalismo e

¹⁹ KELSEN Hans. *Teoria pura do direito*. p. 395.

²⁰ KELSEN Hans. *Teoria pura do direito*. p. 396.

²¹ NORBERTO BOBBIO (♣ Turim, 1909 — † Turim, 2004) foi um filósofo político, historiador do pensamento político e senador vitalício italiano, expoente importante no combate intelectual que confrontou as três principais ideologias do século XX, o comunismo, o nazi-fascismo e a democracia

TEORÍA DEL DERECHO - A HERMENÊUTICA DA JUSTIÇA PENAL

Positivismo Jurídico, informa que este último gera um limite intransponível à atividade de interpretação, que em regra é *textual* e, em específicas condições, pode ser *extratextual*. Entretanto, nunca poderá ser *antitextual*, colocando-se contra a vontade do legislador que criou a norma²².

Dentre os meios de interpretação extratextual, Bobbio elenca principalmente o raciocínio por analogia, informando que a jurisprudência tradicional manteve sua tarefa de tornar claro o significado das normas criadas pelo legislador, integrando o ordenamento quando este apresentasse obscuridades e lacunas, admitidas pelo positivismo jurídico como sendo uma espécie de formulação incompleta da vontade legislativa. Esta integração não seria portanto uma atividade *qualitativamente* diferente da interpretação, mas uma sua espécie singular. A analogia desta forma, deve ser entendida como uma *interpretação integrativa*, que ocorre no interior do ordenamento, com os meios dispostos por ele²³.

Quanto aos meios empregados

Considerando a metodologia utilizada para interpretar a norma, as espécies são classificadas em *literal*, *histórica*, *sistemática* e *teleológica*. *Literal*, ou gramatical, é aquela que busca o significado léxico do texto normativo, considerando as regras da língua, extraíndo os sentidos imediatos das palavras empregadas pelo legislador.

A interpretação *histórica* se baseia no contexto fático da norma, recorrendo aos significados históricos e aspirações dos períodos passados, buscando compreender de maneira mais ampla os significados da regrava, em uma análise comparativa.

Por sua vez, a interpretação *sistemática* se baseia no contexto no qual a norma se insere, relacionando-a às outras normas pertinentes ao mesmo objeto, assim como aos princípios orientadores da matéria e demais elementos que venham a fortalecer a interpretação de modo integrado. E a *teleológica* é aquela que pretende externar os fins sociais e objetivos comuns da norma.

Temos ainda a considerar a denominada interpretação *sociológica*, decorrente do aprimoramento das ciências sociais, que leva a norma jurídica a ser compreendida nos contextos de sua aplicação, mormente o das relações sociais, de

liberal, apresentando perseverante defesa das regras do jogo democrático como indispensável à própria sobrevivência da democracia. Cátedrático de Filosofia de Direito na Faculdade de Jurisprudência da Universidade de Pádua e Catedrático de Filosofia do Direito e Filosofia Política na Universidade de Turim.

²² BOBBIO Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução por Márcio Pugliesi et al. São Paulo: Ícone, 1995, p. 214.

²³ BOBBIO Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. p. 215.

TEORÍA DEL DERECHO - A HERMENÊUTICA DA JUSTIÇA PENAL

modo que o jurista necessariamente terá um elemento a mais para considerar quando da apreciação dos casos concretos.

A adoção do critério sociológico na exegese legal está expressamente prevista no ordenamento jurídico brasileiro, no art. 5º do Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, que instituiu a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro – LICC, ao dispor que na aplicação da lei, o juiz atenderá aos *fins sociais* a que ela se dirige e às *exigências do bem comum*.

Tarefa difícil é determinar quais seriam os fins sociais e o bem comum que o legislador manda ter como referencial na aplicação da lei. O texto legal não esclarece e a doutrina é imprecisa. É possível intuímos o seu conteúdo, mas traduzir sua exata compreensão é difícil, pois deve ser respeitado cada caso concreto, com suas peculiaridades.

Não de somenos importância, a interpretação *analógica* possui grande relevância na busca do sentido do Direito, tratando-se da já referida interpretação extratextual de Bobbio, que serve como forma de integração jurídica, sendo utilizada comumente pela doutrina e pela jurisprudência. O raciocínio analógico é um instrumento fundamental reconhecido explicita ou implicitamente pelos ordenamentos jurídicos, e sua eventual inadmissibilidade deve ser expressa pelo direito, como ocorre com a lei penal, por respeito ao princípio iluminista da legalidade. O positivismo jurídico defende a integração por analogia como sendo uma atividade puramente interpretativa, pois seu raciocínio é lógico – um juízo analítico, voltado a evidenciar as consequências implicitamente presentes nas normas²⁴.

Questão de especial interesse ao presente trabalho é a referida inadmissibilidade da analogia em matéria penal. A doutrina de Luigi Ferrajoli²⁵, precursor da Teoria do Garantismo Penal²⁶, segundo a qual toda norma jurídica deve ser lida e interpretada na conformidade de seus princípios formadores e garantidores, dispõe que esta proibição é corolária do princípio da legalidade, pois as figuras típicas exigem adequação à estrita lei, não dando ensejo ao raciocínio analógico. Entretanto, a

²⁴ BOBBIO Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. p. 216.

²⁵ LUIGI FERRAJOLI é jurista italiano, professor de Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito na Universidade de Roma, um dos principais teóricos da proteção legal do Estado, o denominado Garantismo.

²⁶ O Garantismo Penal é um sistema sócio-cultural que estabelece instrumentos jurídicos para a defesa dos direitos fundamentais e do acesso aos bens essenciais à vida dos indivíduos ou de coletividades, que conflitem com interesses de outros indivíduos, outras coletividades e/ou, sobre tudo, com interesses do Estado. O Garantismo é um modelo político-jurídico destinado a limitar e evitar a arbitrariedade do poder punitivo estatal. Entretanto, possui matriz positivista e, embora carregue em si o minimalismo penal como um de seus postulados, pensa o poder punitivo como um instrumento legítimo e em alguns casos eficiente.

TEORÍA DEL DERECHO - A HERMENÊUTICA DA JUSTIÇA PENAL

proibição deve distinguir as leis penais favoráveis e as desfavoráveis ao réu, pois a analogia excluída é a *in malam partem*, sendo aceita a *in bonam partem*. Desse entendimento resta o dever de interpretação restritiva, vedada a extensiva, das leis penais²⁷.

Todos os métodos interpretativos aqui referenciados são formas de tentar auxiliar o intérprete do Direito na incessante busca do significado das normas, tendo por base diversos aspectos, não apenas jurídicos. Todavia, conforme o proposto pela teoria pura de Kelsen e sem desconsiderar os diversos métodos existentes, sob o aspecto orientado para o direito positivo, não há critério interpretativo que possa ser preferido a outro, não existindo qualquer método que possa ser classificado como de direito positivo, eis que todos eles levam a um resultado apenas possível e nunca a um que possa ser considerado exclusivamente correto. Embasar-se na vontade presumida do legislador, desprezando o teor verbal dos termos, ou respeitar estritamente estes termos, sem considerar o almejado pelo legislador, sob o prisma do Direito Positivo têm o mesmo valor. No caso de duas normas de um mesmo diploma legal serem contraditórias, as possibilidades de aplicabilidade jurídica encontram-se num mesmo plano, para o Direito Positivo, sendo inútil querer argumentar “juridicamente” uma, excluindo-se a outra²⁸.

²⁷ FERRAJOLI Luigi. “A irretroatividade das leis penais e a proibição da analogia” in *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução por Ana Paula Zomer Sica et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, 2ª edição, p. 351.

²⁸ KELSEN Hans. *Teoria pura do direito*. pp. 391 e 392.

CAPÍTULO 2 – JUSTIÇA

O CONCEITO DE JUSTIÇA

Nos moldes dos conceitos mais tradicionais, o termo deriva do latim *justitia*, ou “conforme o direito”, podendo ser interpretada nos mais variados aspectos.

Acquaviva ensina que a *Justiça Judicial* é aquela conferida pelo juiz, exigindo proporcionalidade entre a violação e a sanção, sendo uma *idéia* e um *valor*. Como *idéia*, representa abstratamente o estado de equilíbrio social; e como *valor*, infere-se que as coisas não constituem bens em si mesmas, podendo-se atribuir-lhes um valor. Desta forma, a *idéia* de Justiça é constantemente variável, eis que o que era justo aos antigos talvez não nos seja, podendo voltar a ser no futuro. Por sua vez, a *idéia* de *Justiça Social*, de difícil delimitação, surge no século XIX, com o recrudescimento das crises socioeconômicas, que marcaram o caráter antiindividualista. Os gregos não empregavam o adjetivo *social* à *idéia* de justiça, porque entendiam que era inerente a esta²⁹.

Em qualquer de suas formulações terminológicas a Justiça deve ser vista necessariamente como uma “regra de direito” que designa os valores éticos exigidos dos indivíduos que vivem em sociedade, conforme proposto por Léon Duguit³⁰, para quem os seres humanos são dotados de um senso universal ou instinto de *solidariedade* e *interdependência*. O respeito a essa ética confere a garantia da preservação do interesse

²⁹ ACQUAVIVA Marcus Cláudio. Op. cit., p. 865.

³⁰ PIERRE MARIE NICOLAS LÉON DUGUIT († Libourne, 1859 — † Bordéus, 1928) foi um jurista francês, contemporâneo de Émile Durkheim, especializado em Direito Público, que influenciou significativamente as teorias a ele pertinentes. Foi Decano na Faculdade de Direito de Bordéus.

TEORÍA DEL DERECHO - A HERMENÊUTICA DA JUSTIÇA PENAL

comum e sua violação gera uma sanção de importe coletivo que visa o responsável por sua inobservância³¹.

Neste panorama deve-se considerar o Direito como uma ciência lastreada na realidade, conforme pugnado por Francesco Carnelutti³², principal inspirador do Código de Processo Civil italiano cujos estudos abrangeram variadas áreas do saber jurídico e para quem o realismo jurídico não quer dizer, por natureza, simples positivismo ou materialismo. Não se trata de materialismo porque a matéria do Direito é formada em grande parte pelo pensamento aliado à ação, e muito menos positivismo porque o estudo do Direito, que não é nem pode ser mais que positivo, tem por objeto descobrir as leis metempíricas de seu acontecer e, dentre elas, as mais relevantes são as regras da Justiça³³.

ESCOLAS GREGO-FILOSÓFICAS³⁴

A *Escola Aristotélica* preleciona que ao tratarmos de Justiça devemos inquirir as espécies de ações que se relacionam com ela, sendo que genericamente Justiça é aquela *disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e a desejar o que é justo*³⁵. Neste diapasão, a injustiça seria considerada pela análise da antinomia, segundo a qual para Aristóteles³⁶ tanto o homem que cumpre a lei quanto o honesto são justos, de maneira que aquele que infringe a lei, assim como o ganacioso e ímprobo são injustos.

Para Aristóteles a Justiça é *comutativa*, devendo respeitar uma relação de equivalência, tanto entre particulares quanto no âmbito judicial; e é *distributiva*, respeitando uma proporcionalidade na relação entre os particulares e o Estado, pois aqueles são distintos perante este.

Entretanto, a virtude completa da Justiça seria aquela que se refere ao próximo, quando a pessoa a exerce não só perante si mesma, mas principalmente

³¹ DUGUIT Léon. *Fundamentos do direito*. Tradução por Márcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 15.

³² FRANCESCO CARNELUTTI (♣ Udine, 1879 — † Milão, 1965) foi um dos mais eminentes advogados e juristas italianos, de grande influência no Direito Processual. Lecionou dentre outras na Universidade Bocconi de Milão e na Universidade de Roma.

³³ CARNELUTTI Francesco. *Metodologia do direito*. Tradução por Reginal Vieira Jr. Campinas: Servanda Editora, 2010, p. 40.

³⁴ Ver nota 8.

³⁵ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução por Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 103.

³⁶ ARISTÓTELES (♣ Estagira, 384 a.C — † Atenas, 322 a.C) filósofo grego, aluno de Platão e professor de Alexandre, o Grande. É visto como uma das figuras mais importantes, e um dos fundadores, da filosofia ocidental. Para Aristóteles o direito é um desdobramento da ética, sendo por isso uma ciência dialética, por ser fruto de teses ou hipóteses, não necessariamente verdadeiras, validadas principalmente pela aprovação da maioria.

TEORÍA DEL DERECHO - A HERMENÊUTICA DA JUSTIÇA PENAL

fazendo o vantajoso a uma outra. Assim, é necessário que se considere a Justiça como o *bem de um outro*, pois se relaciona com o próximo, quer se trate de um governante ou de um membro da comunidade³⁷.

A *Escola Platônica* ensina que a Justiça tem uma função equilibradora das virtudes sociais de sabedoria, valentia e temperança, como bem ilustra o clássico Diálogo de Críton, fundamental e histórica obra filosófica que fielmente representa a *Escola Socrática*, da qual Platão³⁸ era devoto.

Considerando a narrativa da obra, apesar da sua brilhante defesa, Sócrates é condenado à morte pelos atenienses, sendo que na véspera da sua execução é visitado na cadeia por Críton, seu discípulo mais devotado, que vem lhe apresentar um plano seguro de fuga. Por sua vez, Sócrates discorda e afirma ter o dever de seguir a razão, por entendê-la justa, mesmo que esta o leve à morte. Entre os dois amigos trava-se um diálogo dramático, o mais importante de todos aqueles em que, ao longo dos seus 70 anos de vida, Sócrates participou, porque nele se debate um problema de vida ou de morte, tendo por base a verdadeira noção de Justiça, onde o filósofo coloca com toda a propriedade que lhe é peculiar que não deve se preocupar com o que pensa a multidão, representada por Críton, mas com o que a Verdade diz em matéria de justiça e injustiça. Em determinada passagem, Sócrates diz que *jamais se deve proceder contra a justiça*, asseverando que não se deve cometer injustiça voluntária em caso nenhum, quer o admita a multidão, quer não. Assim, Sócrates admitiu que poderia ter evitado sua condenação se tivesse desistido da vida justa e que mesmo depois de sua condenação, poderia ter evitado sua morte se tivesse escapado com a ajuda de amigos.

A razão para a cooperação com a justiça da *pólis* e com seus próprios valores mostra uma valiosa faceta da filosofia Socrática.

Para a *Escola Ulpiana*, a Justiça significa *constans et perpetua voluntas suum cuique tribuere*, ou “a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu”, sendo que os preceitos do direito são: viver honestamente (*honeste vivere*), não ofender ninguém (*neminem laedere*) e dar a cada um o que lhe pertence (*suum cuique tribuere*).

A Justiça deve ainda ter em conta os efetivos valores jurídicos, consideradas as características da *alteridade* – valor que afeta a vários, o social e não o individual, o comunitário, que transcende a individualidade da pessoa; *polaridade* – que institui

³⁷ ARISTÓTELES. Op. cit., p. 105.

³⁸ PLATÃO (♣ Atenas, 428 a.C — † Atenas, 348 a.C) foi filósofo e matemático do período clássico da Grécia Antiga, fundador da Academia em Atenas, a primeira instituição de educação superior do mundo ocidental. Juntamente com seu mentor, Sócrates, e seu pupilo, Aristóteles, Platão ajudou a construir os alicerces da filosofia natural, da ciência e da filosofia ocidental.

TEORÍA DEL DERECHO - A HERMENÊUTICA DA JUSTIÇA PENAL

valores mais ou menos intensos, com mais ou menos ordem, permitindo uma distinta graduação, numa relação horizontal; e da *hierarquia* – que predispõe que alguns dogmas têm mais valia que outros, numa relação vertical.

O TRINÔMIO JUSTIÇA, DIREITO E MORAL NO POSITIVISMO JURÍDICO

Segundo os ideais do positivismo jurídico moderno, não existe obrigatoriamente qualquer relação entre o Direito, a Moral e a Justiça, eis que os aspectos das duas últimas são relativos e mutáveis, conforme a época e os valores em vigor, não possuindo força para se impor contra a vontade expressada pelas normas positivadas no ordenamento jurídico, que denotam a vontade de seu criador.

Para Hans Kelsen a noção de *Justiça* está vinculada diretamente à norma e corresponde a uma conduta que segue ou não o Direito Positivado. A Justiça é, antes de mais nada, *uma característica possível, mas não necessária para a ordem social*³⁹.

A idéia da Justiça é afastada do conceito do próprio Direito, eis que ela está inexoravelmente vinculada a valores mutáveis, considerados para quem individualmente a alega, sendo por isso imprecisa e imprópria ao conceito de Direito, que deve ser universalmente válido. Assim, a virtude da justiça, como todas as demais virtudes, é uma qualidade moral, pertencendo ao domínio da moral, que se exterioriza pela conduta do indivíduo em face dos outros indivíduos, ou seja, através do seu comportamento social. A conduta social do indivíduo é justa quando corresponde a uma norma que prescreve essa conduta, a colocando como devida e assim constituindo o valor justiça. Essa norma deve ser entendida como *norma da justiça*. Como as normas da moral são normas sociais, que regulam o comportamento do indivíduo frente aos seus semelhantes, a norma da justiça é uma norma moral⁴⁰.

Kelsen preleciona que a justiça é a qualidade de uma determinada conduta humana que consiste no tratamento dado a outros homens. O axioma da justiça é representado pela valoração da conduta, que é um fato existente no tempo e no espaço e deve ser confrontada com a norma de justiça, o dever-ser. O resultado desta equação de justiça é que a conduta é tal como *deve ser*, por isso correspondendo a um valor positivo de justiça. Caso contrário, a conduta *não é* como *deve ser*, estaria caracterizado um

³⁹ KELSEN Hans. *¿Que és la justitia?* Traduzido por Leonor Calvera. Buenos Aires: Ediciones elaleph.com, 2000 (1953), p. 05.

⁴⁰ KELSEN Hans. *A justiça e o direito natural*. Tradução por João Baptista Machado. Coimbra: Almedina, 2009, p. 41.

TEORÍA DEL DERECHO - A HERMENÊUTICA DA JUSTIÇA PENAL

valor negativo de justiça, sendo a conduta desvaliosa. O objeto de apreciação que deve ser confrontado com a norma, como valioso ou desvalioso, é a *realidade*⁴¹.

Tendo por base a tese normativa pura apregoada por Kelsen, este juízo de valor não poderia incidir diretamente sobre as normas, pressupondo que a norma de justiça e a norma do direito positivo sejam consideradas simultaneamente válidas. Dessa forma, é sobretudo do ponto de vista dos dogmas do direito natural que se aprecia o direito positivo como justo ou injusto, eis que por força daquele que se considera este válido, quando corresponda a um valor de justiça absoluto. Somente podem valer as normas do direito positivo na medida que correspondam ao direito natural⁴².

Confrontando os valores de *Justiça* e de *Igualdade*, Kelsen ensina que o princípio a igualdade exprimido pela norma *todos os homens devem ser tratados por igual*, de nenhuma forma pressupõe que todos os homens sejam iguais, pois estaria em aberta contradição aos fatos; pelo contrário, ela pressupõe a sua desigualdade⁴³. Relativamente ao Direito Penal e à punibilidade, necessariamente há de ser tomada em conta a diferença entre o indivíduo que comete um delito e o indivíduo que não pratica qualquer infração⁴⁴.

O Positivismo de Kelsen entende ainda que o conceito de *Justiça* deve ser distinguido do conceito de *Direito*, pois aquela indica como este deve ser elaborado quanto ao seu conteúdo, e como a norma de justiça prescreve determinado tratamento dos homens, ela foca o ato através do qual o direito é posto. Entretanto, a questão da validade do Direito, ou seja, para se saber se suas normas devem ser *acatadas e aplicadas* é fundamental se pressupor uma relação entre este e a Justiça. Entretanto, a *validade* da norma de direito independe da validade da norma de justiça que o respalda, eis que uma vez colocado pelo homem, o direito positivo deve ser aplicado, ainda que injusto. Doutro lado, para a doutrina denominada *idealista*, contraposta ao positivismo jurídico (realismo), *direito válido é direito justo*, de forma que a validade da norma de justiça é o fundamento da validade do Direito Positivo⁴⁵.

A teoria realista, entretanto, não afirma que não exista qualquer justiça no Direito Positivo; não nega que a ordem jurídica possa ser determinada pela representação das muitas normas de justiça; bem como não afasta que possa haver apreciação e valoração do ordenamento positivado, conforme os valores de justiça e

⁴¹ KELSEN Hans. *A justiça e o direito natural*. p. 42.

⁴² KELSEN Hans. *A justiça e o direito natural*. pp. 43 e 44.

⁴³ KELSEN Hans. *A justiça e o direito natural*. p. 84.

⁴⁴ KELSEN Hans. *A justiça e o direito natural*. p. 85.

⁴⁵ KELSEN Hans. *A justiça e o direito natural*. p. 99.

TEORÍA DEL DERECHO - A HERMENÊUTICA DA JUSTIÇA PENAL

injustiça. Apenas sustenta que estes critérios e medidas têm caráter meramente relativo, pois os atos através dos quais uma determinada ordem jurídica foi colocada podem, conforme o critério, ser tidos como justos ou injustos, o que não afetaria a sua validade como ordem positivada, independentemente do valor de justiça adotado ao caso concreto⁴⁶.

Para Norberto Bobbio, que no campo da Filosofia do Direito pertenceu à corrente que identificava três áreas de abrangência doutrinária – Teoria do Direito, Teoria da Ciência do Direito e Teoria da Justiça, *a Justiça é um fim social, da mesma forma que a igualdade ou a liberdade ou a democracia ou o bem-estar*. Todavia, existe importante distinção entre o conceito de Justiça e os demais referenciados. Igualdade, liberdade e bem estar são termos puramente descritivos que, embora abstratos e teóricos, podem ser caracterizados empiricamente pelas situações que os definem⁴⁷.

Por seu lado, a Justiça é um conceito normativo, eis que expressões como *esta ação ou esta norma ou esta instituição é justa* representam um axioma normativo, e não puramente descritivo. A Justiça não é *coisa*, muito menos visível, evidenciando a dificuldade para ser definida de forma descritiva. Assim, todas as definições de Justiça não são de fato definições, mas sim axiomas normativos sob a *capa verbal de definições*. Por isso, a melhor coisa é considerar a Justiça como noção ética fundamental e não determinada⁴⁸.

Bobbio apresenta em seus teoremas a idéia de *Justiça Formal*, vinculada ao aspecto normativo e por isso relacionanda com o Direito Positivo. Entende que as condutas justas são aquelas que se adequam a um sistema normativo positivo preexistente, sendo exigida ou permitida pelas normas, enquanto que as injustas seriam aquelas proibidas pelas mesmas⁴⁹.

Entretanto, diferentemente de Kelsen que defende a pureza do direito normativo, Bobbio atrela a Justiça Formal aos aspectos de *moralidade* ao pregar que ela se aplica tanto às normas morais como às jurídicas. Considera que com frequência o conceito de moralidade implica a idéia de um comportamento ditado por normas, onde se origina o dever moral de solucionar qualquer eventualidade mais lastreada em um princípio ético geral – moral, do que na base do seu valor – a lei pura⁵⁰.

⁴⁶ KELSEN Hans. *A justiça e o direito natural*. p. 101.

⁴⁷ BOBBIO Norberto. *Dicionário de política*. Tradução por Carmen C. Varriale *et al.* Brasília: Editora Universidade de Brasília, 11ª edição, 1998, p. 670.

⁴⁸ BOBBIO Norberto. *Dicionário de política*. p. 671.

⁴⁹ BOBBIO Norberto. *Dicionário de política*. p. 672.

⁵⁰ BOBBIO Norberto. *Dicionário de política*. p. 673.

TEORÍA DEL DERECHO - A HERMENÊUTICA DA JUSTIÇA PENAL

A *Justiça* é uma dos três valores a serem considerados numa norma jurídica, além da *Validade* e *Eficácia*. O problema da Justiça seria a real correlação da norma aos valores finais inspiradores do ordenamento jurídico, que persegue certos objetivos cuja realização o legislador, de forma mais ou menos adequada, dirige sua obra. Considerando a existência de valores supremos, evidentes, questionar se a norma é justa ou injusta significa perguntar se ela é capaz ou não de realizar tais valores. Mas ainda que não se considere a existência desse valor supremo, a questão da justiça ou injustiça da norma permeia a indagação se ela é apta ou não para realizar valores históricos que norteiam o ordenamento jurídico. Nesse sentido, *pensar sobre o problema da justiça ou não de uma norma equivale a pensar sobre o problema da correspondência entre o que é real e o que é ideal*⁵¹.

Herbert L. A. Hart⁵², jurista neopositivista inglês adepto da corrente denominada inclusivista, não excluía totalmente a Moral da definição do Direito por haver desenvolvido sua teoria sobre o positivismo jurídico nos marcos da filosofia analítica.

Entretanto, a tese de que há uma conexão imprescindível entre o Direito e a Moral possui variáveis importantes, permitindo muitas interpretações para os termos-chave *necessário* e *moral*. Nesse diapasão, a tradição tomista do Direito Natural infere uma dupla afirmação: primeiro, existem verdadeiros preceitos absolutos de moral e justiça, sejam ou não descobertos pela razão humana; segundo, as leis humanas que se chocarem com estes preceitos não podem ser consideradas válidas, eis que “*lex iniusta non est lex*”. Outras variantes concebem a moral não como princípios imutáveis de conduta, mas especialmente como expressões de atitudes humanas, que podem variar conforme o seio social que se considera, ou mesmo conforme o entendimento pessoal de cada indivíduo. Desta forma, o eventual conflito existente entre o Direito e as exigências fundamentais da moral não seria suficiente para subtrair de uma norma sua condição de Direito. Esta idéia interpreta de forma distinta a relação *necessária* entre o Direito e a Moral⁵³.

⁵¹ BOBBIO Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução por Fernando Pavan Baptista *et al.* Bauru: Edipro, 2001 (1993), pp. 45 e 46.

⁵² HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART (♣ Harrowgate, 1907 — † Oxford, 1994) foi um influente filósofo do direito inglês, professor na Universidade de Oxford, formado na tradição Anglo-Saxônica do Direito.

⁵³ HART Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Tradução por Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, pp. 202 e 203.

TEORÍA DEL DERECHO - A HERMENÊUTICA DA JUSTIÇA PENAL

Frequentemente os juristas usam os termos *justo* e *injusto* para louvar ou condenar a aplicação do Direito, como se coincidissem com a idéia de moral. Na verdade, a Justiça deve ser vista como um segmento da Moral⁵⁴.

Como princípio latente das diversas aplicações da idéia de Justiça temos que os indivíduos fazem jus, uns em relação aos outros, a uma certa posição relativa de igualdade ou desigualdade. Deve-se considerar que a Justiça mantém ou restaura um *equilíbrio* ou *proporção*, formulando-se seu princípio condutor na máxima *devem-se tratar os casos iguais de forma igual e tratem-se os casos diferentes de forma diferente*. Para tanto, é imprescindível que se estabeleçam quais são as importantes diferenças que serão sopesadas para a aplicação dos ideais descritos, pois qualquer conjunto de seres humanos se assemelha e se diferencia dos outros, conforme aspectos singulares⁵⁵.

Uma estrutura básica de direitos e obrigações recíprocas, necessárias ao harmônico convívio social, que sanciona ao menos as espécies mais absurdas e grosseiras de danos constitui um dos fundamentos da Moral de todos os grupos sociais, pois compensa as desigualdades da natureza. Assim, quando o código moral proíbe um homem de roubar, mesmo quando uma evidente superioridade física lhe confere a possibilidade de fazê-lo impunemente, os fortes são colocados em igualdade com os fracos. Por isso, se o homem forte despreza a moral e aproveitando-se de sua força subjuga o fraco, estará perturbando o equilíbrio estabelecido pela Moral, e a Justiça exige que o *status quo* moral seja restabelecido pelo culpado⁵⁶.

Também para Hart a Justiça é um segmento afeto primordialmente às formas de tratar *classes* de indivíduos, e não a conduta individual, o que lhe confere especial pertinência na crítica do direito⁵⁷.

John Rawls⁵⁸ indica que os princípios da *Justiça* para a estrutura básica da sociedade são o objeto do *consenso original*, segundo o qual indivíduos livres e racionais, preocupados em promover seus interesses, aderem a uma posição inicial de igualdade frente os demais como fundamento de sua associação⁵⁹.

A posição original de igualdade é própria do estado de natureza na teoria tradicional do Contrato Social, devendo ser entendida como uma situação hipotética

⁵⁴ HART Herbert Lionel Adolphus. Op. cit., p. 204.

⁵⁵ HART Herbert Lionel Adolphus. Op. cit., pp. 206 e 207.

⁵⁶ HART Herbert Lionel Adolphus. Op. cit., pp. 213 e 214.

⁵⁷ HART Herbert Lionel Adolphus. Op. cit., p. 217.

⁵⁸ JOHN RAWLS (♣ Baltimore, 1921 — † Lexington, 2002) foi um professor de Filosofia Política na Universidade de Harvard, cuja Teoria da Justiça é extremamente influente no meio acadêmico, fazendo parte das políticas públicas de vários países.

⁵⁹ RAWLS John. *Uma teoria da justiça*. Tradução por Almiro Pissetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 12.

TEORÍA DEL DERECHO - A HERMENÊUTICA DA JUSTIÇA PENAL

ajustada de forma a inferir uma certa concepção da justiça. Dentre suas características está o fato de que ninguém conhece seu lugar na sociedade, a posição de sua classe ou o *status* social, bem como ninguém conhece sua sorte na distribuição de dotes e habilidades naturais, sua inteligência, força, e coisas semelhantes. Assim, os ideais de justiça são escolhidos sob um *véu de ignorância*, que garante uma isonomia na escolha dos princípios, que por isso serão o resultado de um consenso equitativo, lastreado na simetria de relações mútuas. Essa situação original é equitativa e os indivíduos são tidos como pessoas éticas e racionais, com objetivos próprios e capazes de um senso de justiça⁶⁰.

Existem dois princípios de justiça aos quais Rawls atribui um consenso na posição original: *Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras. Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos*⁶¹.

Analisando as duas vertentes, os princípios devem respeitar uma ordem, de forma que o primeiro antecede o segundo. Assim, as violações das liberdades básicas escudadas no primeiro princípio não se justificam ou compensam por maiores vantagens econômicas e sociais. Elas só podem ser limitadas quando entram em conflito com outras liberdades básicas, não sendo portanto absolutas e por isso devendo sofrer um ajuste de forma a permitir um único sistema, igual para todos⁶².

Miguel Reale, em sua Teoria Tridimensionalista do Direito informa que em uma análise em profundidade dos diversos sentidos da palavra Direito, eles correspondem a três aspectos básicos, sempre discerníveis na vida jurídica: um aspecto *normativo* (o Direito como ordenamento); um aspecto *fático* (o Direito como fato, em sua efetividade social e histórica); e um aspecto *axiológico* (o Direito como valor de Justiça). Tais elementos não existem separados uns dos outros, coexistindo em uma unidade concreta, atuando como um elo de um processo através do qual a vida do Direito é resultado da sua interação⁶³.

Assim, como *fato*, *norma* e *valor* se exigem reciprocamente, essa comunhão deve ser considerada pelo jurisperito ao interpretar e buscar o sentido de uma regra de

⁶⁰ RAWLS John. Op. cit., p. 13.

⁶¹ RAWLS John. Op. cit., p. 64.

⁶² RAWLS John. Op. cit., p. 65.

⁶³ REALE Miguel. Op. cit., p. 65.

TEORÍA DEL DERECHO - A HERMENÊUTICA DA JUSTIÇA PENAL

Direito para dar-lhe aplicação. E realçando a idéia de Justiça, para Reale, segundo um caráter ético, *Direito é a concretização da idéia de justiça na pluridiversidade de seu dever ser histórico, tendo a pessoa como fonte de todos o valores*⁶⁴.

CAPÍTULO 3 – A JUSTIÇA PENAL

O *JUS PUNIENDI*

O *jus puniendi* é uma expressão latina que pode ser traduzida literalmente como *direito de punir*, referindo-se ao poder ou prerrogativa sancionadora do Estado. A expressão *jus* equivale a *direito*, enquanto a expressão *puniendi* equivale a *castigar*, dando ensejo literalmente ao denominado *direito de punir* ou *direito de sancionar*.

Em termos tecnicistas o *jus puniendi* corresponde ao direito do Estado de criar e aplicar o Direito Penal objetivo, ou seja, as normas de caráter penal positivo, de maneira que o seu primeiro momento corresponde ao do poder legislativo, que cria as leis formais.

Importante observar que o Estado é o único detentor, titular da pretensão punitiva, eis que fazer justiça pelas as próprias mãos é um ato delituoso previsto em lei, salvo nos incomuns casos excetuados, tendo o Estado-Jurisdição como sujeito passivo, lesado pelo comportamento delituoso. Isso porque apenas e tão somente o *jus puniendi* estatal pode funcionar como instância de poder público capaz de resolver o conflito criminal de forma institucional, racional e previsível, formalizada, eficaz e igualitária, com criterioso respeito às garantias individuais, não servindo como instrumento de vingança.

Hodiernamente o *jus puniendi* é tido como uma função de autossustentação do Estado e, seguindo Carl Schmitt⁶⁵ ao tratar das obrigações do Estado, temos que a

⁶⁴ REALE Miguel. Op. cit., p. 67.

TEORÍA DEL DERECHO - A HERMENÊUTICA DA JUSTIÇA PENAL

função bem desempenhada por um Estado em sua normalidade existencial consiste em produzir uma satisfação social, estabelecendo a tranquilidade, a segurança e a ordem necessárias ao convívio comum. A criação da situação normal do Estado é pressuposto de validade de uma norma jurídica⁶⁶.

LEGITIMIDADE PUNITIVA

A Ciência Criminal possui finalidades bem delineadas, que na doutrina moderna são diferenciadas basicamente sob o âmbito da legitimação, ou deslegitimação do Sistema Penal, discussão que objetiva principalmente a consecução dos anseios jurídicos inerentes à disciplina, sendo um divisor das correntes contemporâneas, que se confrontam face aos problemas relacionados com a Segurança Pública.

Por um lado defende-se a intervenção efetiva do Estado no controle social, aí incluído o controle sobre a criminalidade, legitimando a criação de normas mais rigorosas e a adoção de medidas públicas de efetiva contenção. Por outro, entende-se que esta intervenção estatal há de ser mínima, garantindo-se assim maior liberdade ao indivíduo, como membro do grupo social, que não deve ser completamente alijado ou isolado, mesmo que venha a praticar condutas consideradas extremamente lesivas aos direitos penalmente tutelados.

A deslegitimação da intervenção estatal, tratada como *abolicionismo penal*, não reconhece justificação alguma ao Direito Penal e ao *jus puniendi* do Estado e, embora defendida por farta corrente doutrinária, é uma utopia na conjuntura fática atual. Seguindo o esteio de María José e Fernando Falcón y Tella, as doutrinas abolicionistas propõem um modelo social *selvagem*, destituído de qualquer ordem e entregue à lei natural do mais forte, ou alternativamente, um modelo social *disciplinário*, pacificador e totalizador, onde os conflitos são contidos e solucionados, ou prevenidos, através de mecanismos ético-pedagógicos de interiorização da ordem. São modelos que projetam uma utopia originada mitologicamente no “estado de natureza” e na sociedade sem

⁶⁵ CARL SCHMITT (♣ Plettenberg, 1888 — † Plettenberg, 1985) foi um dos mais significativos e ao mesmo tempo dos mais controversos especialistas em direito constitucional e internacional da Alemanha do século XX. Jurista, filósofo político e professor universitário alemão, lecionando na Universidade de Colona e na Universidade de Berlim. Se tornou membro do Partido Nazista, e assim permaneceu até o fim da Segunda Guerra, nunca tendo se retratado por sua filiação ao partido. Teve como um dos seus principais rivais o judeu Hans Kelsen, sendo que Schmitt considerava que a Guarda da Constituição era uma função de natureza política, e não jurídica. Mesmo controversas, suas idéias continuam atraindo atenção de filósofos e cientistas políticos contemporâneos.

⁶⁶ SCHMITT Carl. *O conceito do político*. Tradução por Álvaro Valls. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 72.

TEORÍA DEL DERECHO - A HERMENÊUTICA DA JUSTIÇA PENAL

regras, ideais de uma sociedade primitiva não contaminada pelos conflitos inter-subjetivos⁶⁷.

Precursora da idéia do abolicionismo temos a obra *Inquérito acerca da justiça política*, escrita por William Godwin⁶⁸ em que o autor ataca as instituições políticas e argumenta que o governo é uma força corruptora na sociedade perpetuando a dependência e a ignorância.

Cingiremos a análise sob o aspecto das teorias legitimadoras, sejam elas expressas ou tácitas. Conforme sustenta Paulo Queiroz⁶⁹, interessa considerar não somente as funções que teoricamente legitimam a intervenção estatal no âmbito penal, na vigência do Estado Democrático de Direito, mas também aquelas realmente utilizadas pelo sistema penal e que por isso fazem parte de sua realidade operativa – as chamadas funções *latentes* ou *ocultas*⁷⁰.

Em qualquer aspecto, a legitimidade punitiva se sustenta nos denominados *atos de mando*, conforme ensinado por Carnelutti. As regras do Direito não nascem da natureza, mas dos homens, devendo ser impostas conforme certa ordem. Os artigos dos códigos nada mais são do que a representação desta ordem, ou pedaços dela, e o Direito, em seu conjunto é um *tecido de ordens*, sejam comandos grandes ou pequenos, gerais ou individuais, com sanção terríveis ou mesmo despreziosas, hierarquicamente postos para que se propaguem até o *último soldado*⁷¹. É justamente na interpretação da vontade expressada pelos atos de mando que reside a importância deste trabalho, pois quando se trata de interpretar um verso da *Divina Comédia*, a dúvida não faz mal a ninguém, mas quando se trata de um artigo do Código Penal, se não fica bem esclarecido, a máquina não funciona⁷².

Frente à desobediência aos atos de mando, surgem os assim chamados *atos de força*, eis que o penalismo não existe somente antes, senão também depois do delito. Não é somente a vontade que proíbe as violações, mas também a força que as castiga,

⁶⁷ FALCÓN Y TELLA María José e FALCÓN Y TELLA Fernando. *Fundamento e finalidade da sanção: existe um direito de castigar?* Tradução por Claudia de Miranda Avena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 148.

⁶⁸ WILLIAM GODWIN (♣ Cambridgeshire, 1756 — † Londres, 1836) foi um jornalista inglês, filósofo político e romancista, considerado um dos primeiros expoentes do utilitarismo e um dos primeiros proponentes modernos do anarquismo, e das teorias de abolicionismo penal defendidas pelos adeptos deste pensamento.

⁶⁹ PAULO DE SOUZA QUEIROZ é Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Professor da Faculdade de Direito do Centro Universitário de Brasília, atuando como Procurador Regional da República em Brasília.

⁷⁰ QUEIROZ Paulo. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005, p. 07.

⁷¹ CARNELUTTI Francesco. Op. cit., p. 30.

⁷² CARNELUTTI Francesco. Op. cit., p. 33.

TEORÍA DEL DERECHO - A HERMENÊUTICA DA JUSTIÇA PENAL

bem como os atos nos quais esta força se expressa. Não há outra experiência senão esta para impor o conhecimento da inquebrantável contradição do Direito, compelido a fazer guerra para garantir a paz. Desta sua humanidade, ninguém poderá jamais livrá-lo⁷³.

Também se referindo aos atos de força, Rudolf von Ihering⁷⁴ ensina que se considerarmos o homem como ele é, inequívoco se torna o fato que a certeza em encontrar uma resistência firme e resoluta seria o melhor meio para fazer que não praticasse uma injustiça, do que uma mera proibição cuja força prática nada mais é do que um simples preceito da lei moral⁷⁵.

Teorias legitimadoras da punibilidade estatal

1) Teorias Absolutas (*punitur quia peccatum est* – pune-se porque pecou)

Para as teorias absolutas, eminentemente repressivas, a punibilidade se justifica pura e simplesmente pela constatação de um fato criminoso, cuja sanção se impõe categoricamente.

A pena é considerada uma retribuição moral, que responde a uma necessidade absoluta de justiça, decorrente de um imperativo moral incondicional. Neste diapasão, é preferível que morra um homem a perder todo um povo, pois, a se desprezar a justiça, já não terá sentido a vida dos homens sobre a terra.

A pena é, ainda, uma retribuição jurídica, que atende a uma exigência da razão. O delito é uma violência contra o direito e a pena é uma violência que anula a primeira. Desta forma, ela é vista como a negação da negação do direito, representada pelo delito.

Conforme as teorias absolutas o indivíduo devia obediência incondicional à autoridade estatal e sob este prisma, toda coação ou violência é idealmente injusta, porque atenta contra a existência real da liberdade. A primeira coação, exercida pelo ser livre que lesa a existência da liberdade no seu sentido concreto, que lesa o direito como tal, é o crime. A legitimidade e a justeza da pena são por isso inquestionáveis.

⁷³ CARNELUTTI Francesco. Op. cit., pp. 35 e 36.

⁷⁴ RUDOLF VON IHERING (♣ Aurich, 1818 — † Gotinga, 1892) jurista alemão que lecionou na Basileia e em Viena, onde foi agraciado com um título de nobreza. Dentre suas principais teses, destaca-se a idéia de que o Direito é finalístico e se liga intimamente ao Estado, pois tem a função de fomentar um conjunto de condições da vida em sociedade que há de ser assegurado pelo Estado, ainda que através de coação. Ocupa lugar ímpar na história do direito alemão e sua obra influenciou diversas outras em todo o mundo ocidental, tendo por linhas básicas de pensamento a idéia de que *a verdade jurídica conceitual é relativa e o direito é a manifestação do desejo do poder e do interesse do particular*.

⁷⁵ IHERING Rudolf von. *A luta pelo direito*. Prefácio de Clóvis Bevilacqua. Tradução por Ivo de Paula. São Paulo: Editora Pillares, 2009, pp. 83 e 84.

TEORÍA DEL DERECHO - A HERMENÊUTICA DA JUSTIÇA PENAL

As teorias absolutas são tidas como incompatíveis com os Estados Modernos, com o perfil do Estado Democrático de Direito, ao qual somente se conferem atribuições relativas, nunca absolutas. Não se pode dissociar fins do Estado de fins do Direito, pois a pena pública nada mais é do que um dos muitos instrumentos de que se pode valer o Estado para cumprir suas funções constitucionais e toda intervenção jurídico-penal somente se legitima se resultar absolutamente necessária para preservação de bens jurídicos fundamentais. Assim, conceber a pena como uma retribuição intrinsecamente justa é conceder, de certo modo, um cheque em branco em favor do arbítrio do legislador.

2) Teorias Relativas (*punitur ut ne peccetur* – pune-se para que não peque)

Em oposição às teorias absolutas, as relativas, também chamadas prevencionistas, são marcadamente finalistas, eis que vêem a pena não como um fim em si mesmo, mas como um meio a serviço de determinados fins, considerando-a de forma utilitária. O fim da pena, qualquer que seja a sua versão, é a prevenção de novos delitos, seja em caráter geral, seja em especial.

Paulo Queiroz informa que num primeiro momento deve-se considerar a *prevenção geral positiva*, concebendo-se a pena como instrumento de fortalecimento dos valores insculpidos pela norma e a *prevenção geral negativa*, buscando-se tão somente pela pena desencorajar as pessoas da prática de delitos. Num segundo momento, considera-se a *prevenção especial*, para a qual a pena serve como instrumento de neutralização do delincente, a ser inibido da prática de novos crimes⁷⁶.

Assim, pode-se inferir que o objetivo final da norma é a intimidação, por meio da anulação do impulso da sensualidade de todas as ações criminosas. Vale dizer, sobre como se justifica a punição de alguém, não apenas em consideração a ele próprio, mas também em consideração a outros que, com sua punição, poderão abster-se de prática semelhante.

A prevenção geral positiva defende que a pena não se presta tão somente à prevenção negativa de delitos, demovendo potenciais infratores, tampouco dissuadindo aqueles que já tenham incorrido na prática de delito. Seu propósito vai além, sendo a idéia de difundir na consciência coletiva a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito e promovendo a integração social.

O criminoso ofende os estados fortes e definidos da consciência coletiva, razão porque a pena restauraria a coesão social, mantendo a vitalidade da consciência

⁷⁶ QUEIROZ Paulo. Op. cit., p. 33.

TEORÍA DEL DERECHO - A HERMENÊUTICA DA JUSTIÇA PENAL

coletiva. Assim, a pena seria a restauração, ainda que simbólica, da integridade dos sentimentos coletivos lesados pelo delinqüente, sendo necessária para a estabilização social.

Neste sentido, a pena, antes de mais nada, imprime, radica e transmite hereditariedade na consciência dos cidadãos o sentido do lícito e do ilícito.

A missão do direito penal é a proteção dos valores elementares de consciência, de caráter ético-social. Assim, a pena cumpre uma importante função de fortalecimento da consciência de permanente fidelidade jurídica, assegurando a vigência inquebrantável dos valores éticos.

Deve-se tomar, como ponto de partida de análise da pena, a perspectiva de sua funcionalidade para o sistema social. Investigando-se seu papel dentro do controle social, dentro do sistema de expectativas que deriva dos contatos e interações sociais. A norma penal aparece como uma necessidade funcional e sistêmica de estabilização de expectativas sociais, cuja vigência é assegurada antes às frustrações que decorrem da violação das normas.

Toma-se como anseio social latente, a expectativa de que as instituições funcionem ordenadamente frente ao descumprimento das normas impostas, como ocorre no cometimento de um delito. Este é uma ameaça à integridade e à estabilidade social, constituindo uma expressão simbólica da falta de fidelidade ao direito. Faz estremecer a confiança institucional e a pena é, por sua vez, a expressão simbólica oposta à representada pelo crime.

3) Teorias Mistas (*punitur quia peccatum est et ne peccetur* – pune-se porque pecou e para que não peque)

Dizem-se unitárias, ou mistas, as teorias que almejam superar as antinomias entre as formulações teóricas anteriores, pretendendo unificá-las ou combiná-las ordenadamente. Procuram explicar o fenômeno punitivo em toda a sua complexidade, mediando as teorias absolutas e relativas.

Para tais teorias, a fundamentação da pena depende da justiça de seus preceitos e sua necessidade para a preservação das condições essenciais da vida em sociedade. Almeja-se, assim, unir justiça e utilidade, razão pela qual a pena só será legítima na medida em que for justa e útil.

Noutras palavras, a pena é conceitualmente uma retribuição jurídica, mas retribuição que somente se justifica se e quando necessária à proteção da sociedade, estando à serviço da prevenção geral e/ou especial de futuros delitos.

TEORÍA DEL DERECHO - A HERMENÊUTICA DA JUSTIÇA PENAL

Nota-se que, qualquer que seja a teoria legitimadora admitida, um regime repressor extremado de combate à criminalidade se amolda perfeitamente aos anseios sociais, desde que imposto nos estritos limites do necessário e oportuno à repressão e à prevenção geral e/ou especial almejadas pelo Estado Social.

INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL

Conforme os ensinamentos de Duguit o ser humano é necessariamente um ser social, eis que é fato incontestável que o homem vive, e só pode viver em sociedade com seus semelhantes. A existência de sociedades é fato primitivo, não sendo mero fruto da vontade, permitindo concluir que desde o seu nascimento o homem integra um agrupamento. É fato que o ser humano desenvolveu uma consciência clara de sua individualidade, concebendo-se como criatura com específicas necessidades, tendências e aspirações, mas entendendo que tais anseios não podem ser alcançados senão pela vida em comunidade com outros homens. Não se trata de uma afirmação *a priori*, mas de verificação positiva⁷⁷.

Jean Jacques-Rousseau⁷⁸ tratou do Contrato Social, onde inferiu que as leis estabelecidas asseguram a liberdade civil através dos direitos e deveres de cada cidadão no corpo político da sociedade, para o que cada um deve entregar-se completamente, submetendo-se ao padrão coletivo. Imaginou os homens se agregando, arrastados naturalmente pelos obstáculos prejudiciais à sua conservação no estado natural, considerando as forças que podem ser empregadas sobre cada indivíduo isolado. Neste ambiente o estado humano primitivo não possui condições para subsistir, sob risco de perecimento, exigindo uma mudança na sua maneira de ser. Diante da impossibilidade de engendramento de novas forças, coube aos seres humanos tão somente se unir e dirigir as forças existentes, não lhes restando outra alternativa senão formar sociedades movimentadas pelos motivos e objetivos comuns⁷⁹.

Tratando da Ordem Social, Dalmo de Abreu Dallari⁸⁰ informa que a simples união de pessoas não é suficiente para a constituição de uma sociedade, à qual é indispensável uma finalidade comum, que deve objetivar antes de tudo, o bem de todos,

⁷⁷ DUGUIT Léon. Op. cit., p. 39.

⁷⁸ JEAN JACQUES-ROUSSEAU (♣ Genebra, 1712 — † Ermenonville, 1778) filósofo, escritor e teórico político suíço, que afirmava que os problemas do homem decorriam dos males que a sociedade havia criado e não existiam no estado selvagem. Através do Contrato Social expôs suas idéias políticas, procurando um Estado social legítimo, próximo da vontade geral e distante da corrupção.

⁷⁹ ROUSSEAU Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2006, pp. 22 e 23.

⁸⁰ DALMO DE ABREU DALLARI é jurista brasileiro, Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Catedrático da UNESCO.

TEORÍA DEL DERECHO - A HERMENÊUTICA DA JUSTIÇA PENAL

o *bem comum*. Entretanto, para assegurar uma orientação de manifestações num mesmo e determinado sentido, garantindo-se uma ação harmônica dos entes sociais, é preciso certa organização, no que Dallari denominou de *manifestações de conjunto ordenadas*, que devem atender a três requisitos: reiteração, ordem e adequação. Assim, num primeiro momento, é importante salientar que devido ao caráter permanente da finalidade social comum, só através da *ação conjunta continuamente reiterada* o todo social terá condições para a consecução de seus objetivos⁸¹.

Estes movimentos precisam ser *ordenados*, produzindo-se de acordo com determinadas leis, cujo conjunto compõe a ordem universal, e enquanto a ordem da natureza está vinculada ao princípio da causalidade, *à ordem humana se aplica o princípio da imputação*. Há que se considerar que essa ordem não exclui a liberdade e a vontade individual dos entes sociais, que participam da escolha das normas de comportamento social, tendo ainda a possibilidade de optar entre o cumprimento ou a sanção prevista para a desobediência.⁸²

A *adequação* consiste em que cada indivíduo, grupo ou mesmo a sociedade como um todo, tenham em conta as exigências e as possibilidades reais, para que seus comportamentos não sejam dirigidos em sentido diferente daquele que conduz ao bem comum, ou mesmo que uma eventual utilização deficiente dos recursos disponíveis prejudique a consecução destes objetivos⁸³.

Kelsen defende que a idéia fundamental de Justiça é formada a partir da transformação do princípio que garante a liberdade individual de todos em uma ordem social que salvaguarde certos interesses, precisamente aqueles reconhecidos como valiosos e dignos de proteção para a maioria dos indivíduos sociais⁸⁴.

Comumente se indaga quais seriam os valores fundamentais para a agregação e manutenção social do ser humano, quais são os laços que sustentam e criam a interdependência humana. Mais uma vez colando Duguit, são aqueles definidos pela expressão “solidariedade social”, largamente usada, em que pese o descrédito em que os políticos a lançaram⁸⁵.

Justamente os valores atinentes à solidariedade que lastream e dão sustentação ao funcionamento da ciência penal como ramo do Direito, sendo uma forma

⁸¹ DALLARI Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2ª edição, 1998, p. 13.

⁸² DALLARI Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 14.

⁸³ DALLARI Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 15.

⁸⁴ KELSEN Hans. *¿Que és la justitia?* p. 13.

⁸⁵ DUGUIT Léon. Op. cit., p. 40.

TEORÍA DEL DERECHO - A HERMENÊUTICA DA JUSTIÇA PENAL

extrema de controle e obrigação de subserviência social, impondo comportamentos tidos necessários ao convívio comum.

Segundo Rawls, uma sociedade bem-ordenada deve ser regulada pela concepção pública de Justiça, o que implica que seus membros desejem agir em conformidade com os princípios da Justiça. Considerando que uma sociedade bem organizada perdura ao longo do tempo, sua concepção de Justiça é de certa forma estável, garantida por intermédio de instituições que funcionem conforme a Justiça, definida por esta concepção. E uma concepção de Justiça é mais estável do que outra quando o senso que gera é mais forte e tem a possibilidade de se impor sobre qualquer perturbação⁸⁶.

Considerando as doutrinas tradicionais, a maioria afirma que o ser humano adquire naturalmente o desejo de agir de forma justa quando vive em instituições Justas, das quais se beneficia⁸⁷.

CONCLUSÃO

Inquestionavelmente a legitimidade punitiva é conferida ao Estado pelos seus entes sociais, através da celebração de um inderrogável pacto de convivência, para o qual o Direito-legislação é considerado meio de conservação, fundamental para a manutenção do equilíbrio e da Justiça, especialmente no campo penal, eis que, novamente citando Rousseau, considerando humanamente as coisas, as normas que tentam estabelecer a justiça sem determinar uma sanção ao seu descumprimento são absolutamente vãs. São normas que *fazem o bem do perverso e o mal do justo*, quando este as observa com todos, sem que ninguém as observe consigo. Assim, é fundamental que existam convenções e legislação a unir os direitos e os deveres, encaminhando a justiça ao seu objetivo. No estado natural nada se deve a quem nada se prometeu e só é reconhecido o de outrem quando se é útil, o que não ocorre no estado civil, onde os direitos são estabelecidos pela legislação⁸⁸.

Reale ensina que ao realizarmos uma análise dos fatos que se passam geralmente no meio social ou que nos cercam cotidianamente, podemos notar que existem regras que cumprimos espontaneamente. Entretanto, existem outras regras que

⁸⁶ RAWLS John. Op. cit., pp. 504 e 505.

⁸⁷ RAWLS John. Op. cit., pp. 506.

⁸⁸ ROUSSEAU Jean-Jacques. Op. cit., p. 44.

TEORÍA DEL DERECHO - A HERMENÊUTICA DA JUSTIÇA PENAL

os homens cumprem apenas em determinadas circunstâncias, porque são sempre coagidos a elas⁸⁹.

Assim, é amplamente viável e prudente a utilização de uma interpretação das normas penais com maior rigor quando se tratar de ilícitos cometidos por sujeitos que denotam uma personalidade criminosa incomum, que coloca em risco a própria subsistência do Estado, como maneira de garantir a consecução dos fins pretendidos pela ordem social, da qual a ordem jurídica é um vetor.

Entender como os abolicionistas, que o Direito Penal há de ser mínimo, com base nos modelos teóricos enunciados, dentre outros, por Eugênio Raul Zaffaroni⁹⁰ e Luigi Ferrajoli, é cabível apenas nas situações em que são cometidas infrações penais de menor potencial ofensivo, por indivíduos destituídos de uma personalidade verdadeira e espontaneamente delinquente, que implicam em lesões de pequena monta e trazem sanções desprovidas de um natural caráter punitivo, admitindo inclusive a composição civil.

Doutro lado, há que se considerar a periculosidade demonstrada por certos criminosos, que ao delinquir deixam transparecer suas reais intenções em não aderir ao pacto social estabelecido e exigido para a necessária e almejada harmonia no convívio em comunidade. Para estes, ainda que cometidas infrações leves, o rigor punitivo deve prevalecer, como forma de estabilização estatal, quando então a hermenêutica empregada pelo aplicador das normas penais assume monumental relevância.

Destarte, ao tratar da Justiça Penal, o Direito primeiramente deve observar as classes de indivíduos sobre os quais serão aplicadas as normas penais, pois tratar todos de forma absolutamente isonômica seria negar o próprio Direito, desrespeitando a noção jurídica da igualdade e as bases da estruturação normativa de qualquer sociedade.

Apresentando uma sugestão técnica que procura atender o interesse social que deve nortear a criação do Direito, a interpretação poderia seguir algumas regras propostas por Limongi França, através das quais seria viável alcançar o objetivo maior da Justiça Penal⁹¹.

- 1) O ponto inicial será sempre a exegese pura e simples da norma;
- 2) Com o resultado exegético, busca-se reconstruir o pensamento legislativo, considerando os elementos lógico, histórico e sistemático;

⁸⁹ REALE Miguel. Op. cit., p. 44.

⁹⁰ EUGÊNIO RAUL ZAFFARONI é ministro da Suprema Corte Argentina, professor titular e Diretor do Departamento de Direito Penal e Criminologia na Universidade de Buenos Aires. Doutor *honoris causa* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e vice-presidente da Associação Internacional de Direito Penal, considerado por muitos como árduo defensor do Garantismo Penal (ver nota 26).

⁹¹ LIMONGI FRANÇA Rubens. Op. cit., pp. 39 e 40.

TEORÍA DEL DERECHO - A HERMENÊUTICA DA JUSTIÇA PENAL

- 3) Num terceiro momento, importante encontrar a coincidência entre a pura expressão normativa e a intenção do legislador, permitindo a aplicação da norma;
- 4) Diante da eventual desconexão entre a letra da lei e a *mens legis* inequivocamente comprovada, o intérprete aplicará esta e não aquela;
- 5) Havendo resultados diversos na indagação da *mens legis* deve-se preferir aquele que seja mais consentâneo com a índole do instituto que a norma regula, bem como as exigências da realidade social e do bem comum;
- 6) Se os resultados ainda forem insuficientes, deverá o intérprete recorrer à analogia, e, quando inexecutável, às formas suplementares de expressão do direito, respeitando-se a hierarquia prevista na lei;
- 7) Se a despeito de todas essas providências, houver ainda falta de elementos, com base nos princípios gerais de direito o intérprete poderá construir a norma aplicável ao caso, com vistas na realidade *sociojurídica*.

Por fim, Ihering informa que o Direito somente não será letra morta e poderá ser realizado, num primeiro caso, se as autoridades e os funcionários do Estado cumprirem com o seu dever, e num segundo, se os indivíduos fizerem valer os seus direitos. Mas, se por qualquer circunstância, por comodidade, por ignorância ou por medo, estes ficarem inativos por longo tempo, os princípios legais perderão seu valor⁹².

Com efeito, não será o mero descaso verificado no comportamento de um único ser inativo que trará tais consequências, mas suas consequências multiplicadoras, que denotam a apatia e o estupor sociais que corrompem a evolução humana. Assim, *se mil soldados entram em ação, pode perfeitamente suceder que não se note a falta de um só; porém, se cem deles abandonam a sua bandeira, a posição dos que permanecem fiéis será mais crítica, porque todo o peso da luta cairá sobre eles*⁹³.

⁹² IHERING Rudolf von. Op. cit., p. 79.

⁹³ IHERING Rudolf von. Op. cit., p. 80.

BIBLIOGRAFIA *

- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio.
1995 *Dicionário jurídico brasileiro*,
São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 8ª edição, 1466 pp.
- ARISTÓTELES.
2006 *Ética a Nicômaco*,
São Paulo: Martin Claret (tr. Pietro Nassetti), 240 pp.
- BOBBIO, Norberto.
1995 *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*,
São Paulo: Ícone (tr. Márcio Pugliesi *et al*), 239 pp.
1998 *Dicionário de política*,
Brasília: Editora Universidade de Brasília, 11ª edição (tr. Carmen C.
Varriale *et al*), 1330 pp.
2001 *Teoria da norma jurídica*,
Bauru: Edipro (tr. Fernando Pavan Baptista *et al*), 192 pp.
- CARNELUTTI, Francesco.
2010 *Metodologia do direito*,
Campinas: Servanda Editora (tr. Reginal Vieira Jr.), 72 pp.
- DALLARI, Dalmo de Abreu.
1998 *Elementos de teoria geral do estado*,
São Paulo: Saraiva, 2ª edição, 110 pp.
- DUGUIT, Léon.

TEORÍA DEL DERECHO - A HERMENÊUTICA DA JUSTIÇA PENAL

- 2009 *Fundamentos do direito*,
São Paulo: Martin Claret (tr. Márcio Pugliesi), 126 pp.
- FALCÓN Y TELLA, María José e FALCÓN Y TELLA, Fernando.
2008 *Fundamento e finalidade da sanção: existe um direito de castigar?*
São Paulo: Revista dos Tribunais (tr. Claudia de Miranda Avena), 320 pp.
- FERRAJOLI, Luigi.
2006 “*A irretroatividade das leis penais e a proibição da analogia*” in *Direito e razão: teoria do garantismo penal*,
São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª edição (tr. Ana Paula Zomer Sica et al), 925 pp.
- HART, Herbert Lionel Adolphus.
2009 *O conceito de direito*,
São Paulo: Martins Fontes (tr. Antonio de Oliveira Sette-Câmara), 399 pp.
- IHERING, Rudolf von.
2009 *A luta pelo direito*,
São Paulo: Editora Pillares (tr. Ivo de Paula, pref. Clóvis Bevilacqua), 150 pp.
- KELSEN, Hans.
1996 *Teoria pura do direito*,
São Paulo: Martins Fontes, 5ª edição (tr. João Baptista Machado), 428 pp.
2000 *¿Que és la justitia?*
Buenos Aires: Ediciones elaleph.com (tr. Leonor Calvera), 83 pp.
2009 *A justiça e o direito natural*,
Coimbra: Almedina (tr. João Baptista Machado), 156 pp.
- LIMONGI FRANÇA, Rubens.
2010 *Hermenêutica jurídica*,
São Paulo: Revista dos Tribunais, 10ª edição, 189 pp.
- RAWLS, John.
1997 *Uma teoria da justiça*,
São Paulo: Martins Fontes (tr. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves), 708 pp.
- REALE, Miguel.
1994 *Lições preliminares de direito*,
São Paulo: Saraiva, 21ª edição, 381 pp.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques.
2006 *Do contrato social*,
Campinas: Russel (tr. Ricardo Rodrigues Gama), 154 pp.
- SCHMITT, Carl.
1992 *O conceito do político*,

TEORÍA DEL DERECHO - A HERMENÊUTICA DA JUSTIÇA PENAL

Petrópolis: Vozes (tr. Álvaro Valls), 151 pp.

* As referências e informações contidas nas notas de rodapé, não pertinentes às obra bibliográficas apontadas, foram obtidas através de pesquisas e consultas a enciclopédias e fontes livres do conhecimento, em especial as disponíveis na rede mundial de computadores, como www.britannica.com e www.wikipedia.org