

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

BRUNO HERINGER JÚNIOR

CONSTITUIÇÃO E (DES)IGUALDADE: A ILEGITIMIDADE
DA GESTÃO DIFERENCIAL DA CRIMINALIDADE NO
MARCO DO ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE
DIREITO

SÃO LEOPOLDO, RS
2010

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

BRUNO HERINGER JÚNIOR

**CONSTITUIÇÃO E (DES)IGUALDADE: A ILEGITIMIDADE
DA GESTÃO DIFERENCIAL DA CRIMINALIDADE NO
MARCO DO ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE
DIREITO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Lenio Luiz Streck

SÃO LEOPOLDO, RS
2010

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
CIP-Brasil. Catalogação na fonte

H546c Heringer Júnior, Bruno
Constituição e (des)igualdade: a ilegitimidade da gestão diferencial da criminalidade no marco do Estado Democrático do Direito / por Bruno Heringer Júnior. – 2010.
252 f.

Tese (Doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo, RS, 2010.
“Orientação: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck”.

1. Hermenêutica filosófica. 2. Direito Penal. 3. Criminalidade.
4. Neoconstitucionalismo. I. Streck, Lenio Luiz – orientador. II. Título.

CDU: 340.132
343.9

Bibliotecária Responsável: Patricia B. Moura Santos - CRB 10/1914

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

A tese intitulada “**Constituição e (des)igualdade: a ilegitimidade da gestão diferencial da criminalidade no marco do estado democrático e social de direito**”, elaborada pelo doutorando **Bruno Heringer Júnior**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de **DOUTOR EM DIREITO**.

São Leopoldo, 18 de maio de 2010.

Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes,
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

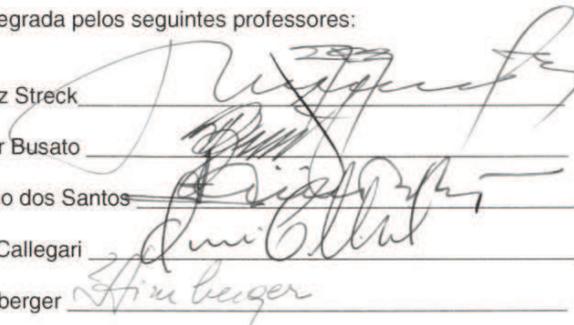
Presidente: Dr. Lenio Luiz Streck

Membro: Dr. Paulo César Busato

Membro: Dr. Juarez Cirino dos Santos

Membro: Dr. André Luis Callegari

Membro: Dra. Têmis Limberger



À PAULA, minha filha amada, por dar sentido a tudo.

À ÂNGELA, companheira de todas as horas, pelo apoio e amor incondicionais.

A meus pais, BRUNO e NADIR, pelo exemplo de superação e pelo empenho em minha formação moral e intelectual.

A minhas irmãs, JANE e PATRÍCIA, pelo carinho e incentivo.

Agradeço ao meu orientador, PROF. LENIO LUIZ STRECK, representante máximo da Hermenêutica Filosófica no âmbito jurídico, pela confiança e apoio na elaboração deste trabalho.

Agradeço ao MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, à ASSOCIAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL e à FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, pela bolsa de estudos parcial que me foi concedida para custear este curso de Doutorado em Direito.

Agradeço aos amigos que me incentivaram e, de uma forma ou outra, colaboraram na realização deste trabalho: ADÃO CLÓVIS MARTINS DOS SANTOS, AÍRTON ZANATTA, ANÍZIO PIRES GAVIÃO FILHO, DÉLSON MANZSKE, JOSÉ GUILHERME GIACOMUZZI, JOSÉ IVO SCHERER, JÚLIO CÉSAR COSTA DA SILVEIRA, JÚLIO CÉSAR FINGER, MARCELO DE SOUZA GONZAGA e SÉRGIO AUGUSTIN.

RESUMO

O neoconstitucionalismo, como teoria do Direito que surge após a segunda Grande Guerra, confere papel preponderante à jurisdição constitucional, permitindo aos operadores jurídicos corrigir ou até mesmo invalidar eventuais leis cujo conteúdo se distancie dos ideais de vida boa e de justiça acolhidos pela Constituição, em que se destaca o postulado da *aequalibertas*, conquista histórica da civilização ocidental. Assim, e diante do vínculo indissolúvel entre Direito Penal e Filosofia prática, a verdade das proposições jurídicas importa no respeito aos valores básicos da convivência comunitária positivados juridicamente na Constituição, o que permite concluir que a gestão diferencial da criminalidade se afigura ilegítima no marco de um Estado Democrático e Social de Direito. Essa operacionalização extremamente seletiva do Direito Penal decorre não apenas do funcionamento das agências de repressão criminal, mas também da atividade legiferante estatal, a qual, com a recente edição de atos normativos voltados a coibir as infrações dos grupos sociais mais poderosos, vem servindo apenas de mero encobrimento ideológico voltado à legitimação da persecução dos estratos sociais mais fragilizados social, cultural e economicamente. Uma compreensão qualificada desse complexo fenômeno, porém, pressupõe uma orientação filosófica que acolha a matriz hermenêutica e a indispensabilidade da interdisciplinariedade como aproximação aos temas jurídicos.

Palavras-chaves: neoconstitucionalismo; crime; *aequalibertas*; hermenêutica; jurisdição constitucional.

ABSTRACT

The new constitutionalism, as a theory emerged from the Second World War, grants a preponderant role to the judicial review of constitutional courts by allowing lawyers to redress or even invalidate statutes whose content draws away from the ideals of good life and justice embraced by the Constitution, in which the postulate of *aequalibertas*, as a historical achievement of the Western civilization, is accentuated. Therefore, and given the necessary liaison between Criminal Law and practical Philosophy, the truthfulness of legal propositions implicates the respect of basic values of a communitarian form of living that are written the Constitution, which leads to the conclusion that the different administration of the criminality is illegitimate in a democratic state. The extremely selective operation of the Criminal Law arises not only from the criminal law official apparatus of repression, but also from the statutory provisions, which, although supposedly aiming to impede certain crimes committed by the dominant class, have been serving to merely dissimulate the ideological intention of legitimate the persecution of the cultural, social, and economically poorer. A qualified comprehension of this complex phenomenon, however, presupposes both a philosophical orientation that embraces the hermeneutical matrix and the necessary interdisciplinary approach of the legal themes.

Keywords: new constitucionalism; crime; *aequalibertas*; hermeneutics; judicial review.

RESUMEN

El neoconstitucionalismo, como teoría del Derecho que surge después de la segunda Grande Guerra, le confiere un rol preponderante a la jurisdicción constitucional, permitiendo a los operadores jurídicos corregir o hasta invalidar eventuales leyes cuyo contenido se aleje de los ideales de buena vida y de justicia contemplados por la Constitución, donde se destaca el postulado del *aequalibertas*, conquista histórica de la civilización occidental. De esta manera, y ante el vínculo indisoluble entre el Derecho Penal y la Filosofía práctica, la verdad de las propuestas jurídicas importa en el respecto a los valores básicos de la convivencia comunitaria establecidos jurídicamente en la Constitución, lo que permite concluir que la gestión diferencial de la criminalidad se presenta como ilegítima en el marco de un Estado Democrático y Social de Derecho. Esta operacionalización extremadamente selectiva del Derecho Penal es consecuencia no solamente del funcionamiento de las agencias de represión criminal, pero también de la actividad estatal legiferante, la cual, con la reciente edición de actos normativos orientados a cohibir las infracciones de los grupos sociales más poderosos, ha estado sirviendo apenas de mero encubrimiento ideológico con el objetivo de legitimización de la persecución de los estratos sociales más fragilizados social, cultural y economicamente. Una comprensión calificada de este complejo fenómeno, sin embargo, presupone una orientación filosófica que acoja la matriz hermenéutica y la indispensabilidad de la interdisciplinariedad como aproximación a los temas jurídicos.

Palabras claves: neoconstitucionalismo; crimen; *aequalibertas*; hermenéutica; jurisdicción constitucional.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

PRIMEIRA PARTE: DIREITO E VERDADE: HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E PROJETO DE VIDA COMUNITÁRIA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADO: EM BUSCA DA IGUALDADE:

1. A Ontologia Fundamental de Heidegger: círculo hermenêutico e diferença ontológica
2. A Hermenêutica Filosófica de Gadamer: experiência, interpretação e linguagem
3. O Direito como integridade em Dworkin: justificação, princípios morais e igual respeito e consideração
4. Direito e verdade: a igualdade no projeto de vida comunitária constitucionalmente adequado

SEGUNDA PARTE: A TRADIÇÃO POLÍTICO-JURÍDICA DA IGUALDADE: A PERSPECTIVA DA IGUALIBERDADE:

5. A tradição político-jurídica da igualdade: o igualitarismo e o assalto antiigualitário contemporâneo
6. Etienne Balibar e a *aequalibertas*: uma perspectiva hermenêutica
7. Direito Penal e igualdade: a dimensão úmbria
8. Igualdade à brasileira: a criminalização dos mais frágeis

TERCEIRA PARTE: O FUNCIONAMENTO SELETIVO DO SISTEMA PENAL: A ILEGITIMIDADE DA GESTÃO DIFERENCIAL DA CRIMINALIDADE NO MARCO DO ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE DIREITO:

9. A crise do Direito Penal contemporâneo: expansão e populismo
10. O funcionamento seletivo do Direito Penal: criminalização primária e secundária
11. Gestão diferencial da criminalidade: o déficit de integridade legislativa
12. Igualidade e crime: a (re)legitimação da potestade punitiva estatal
13. Neoconstitucionalismo: as possibilidades de atuação corretiva da jurisdição constitucional

CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Introdução

Com o neoconstitucionalismo que despontou após a última Guerra Mundial, os sistemas jurídicos dos Estados ocidentais passaram a positivizar uma série de direitos fundamentais - individuais, coletivos e sociais -, voltados à progressiva implementação dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade tributários da Revolução Francesa.

Assumindo uma feição principiológica, tais normas asseguradoras de direitos fundamentais reconfiguraram inteiramente a ordem jurídica dos Estados que as sufragaram, limitando, positiva e negativamente, a sua atividade legiferante, executiva e judicial. Inevitavelmente, assim, a razão prática, com sua busca de correção e justiça, passou a permear a ordem jurídica, que se tornou, ao mesmo tempo, mais complexa e conflituosa.

Diante desse desafio do Direito imperante nas sociedades contemporâneas, é o paradigma filosófico-hermenêutico que parece dar conta, mais adequadamente, de todas as dimensões necessárias à sua realização, através do postulado da verdade desocultada pela reflexão crítica e pela abertura intersubjetiva. A correta compreensão do fenômeno jurídico parece apontar, assim, para a insuficiência da metodologia dogmática individualista-dedutiva que domina(va) o pensamento jurídico, deslocando-o para a interdisciplinariedade e para o resgate do mundo prático.

Apesar disso, outros paradigmas concorrem, como os de natureza formal-procedimentalista, que acentuam a relatividade dos valores, os quais, por isso, somente poderiam ser alcançados pela via de recursos contrafáticos, como os das regras do discurso. Diferentemente, enfatizando a natureza substancial dos valores acolhidos pela Constituição, o paradigma jurídico-hermenêutico, sem negar a importância do procedimento, essencial à Democracia, trilha outra senda: a da positivação constitucional do ideal moral de vida boa e de justiça.

Esse ponto de partida, contudo, não desconsidera o papel da Política, mas o situa dentro da razão prática, a partir de uma visão construtivista, sempre aproximativa, dos ideais morais acolhidos pela Constituição. Esse ponto de partida também não desconsidera a conflituosidade social, mas a enquadra dentro das configurações legítimas da realidade possibilitadas pela Constituição, o que exige atenção para a adequada compreensão das lutas por reconhecimento e disposição para a efetiva implementação dos direitos fundamentais.

A conformação atual do fenômeno jurídico, porém, contém suas crises. O Direito Penal, por exemplo, assumindo uma expansão sem precedentes, decorrência de demandas populistas muitas vezes, vem deslocando todas as demais formas de controle social, formais e informais, com uma pretensão panpenalizadora que não consegue evitar sua efetivação seletiva, canalizada nos setores sociais mais fragilizados: minorias raciais, desempregados, migrantes, entre outros.

Diante dos imperativos de justiça acolhidos pela Constituição, o funcionamento discriminatório do sistema repressivo estatal, contudo, afigura-se ilegítimo, impondo sua análise, sua crítica e, se possível, sua superação, para o que princípio político-jurídico da igualdade apresenta uma força incontestável.

A tutela constitucional da igualdade, a conferir caráter normativo-jurídico a seu princípio, implica a adequação de toda atividade estatal a seu postulado. A legitimidade das leis penais, portanto, depende do respeito à igualdade pelas operações de criminalização primária e secundária realizadas. Ou seja, é preciso, entre outras coisas, que a ordem jurídico-penal coíba as condutas desviadas intoleráveis de todos os segmentos sociais, indistintamente.

A partir da Constituição de 1988, uma série de leis penais foi editada, objetivando a punição dos grupos mais poderosos da sociedade brasileira - infrações contra a ordem econômica e tributária, contra as relações de consumo, contra o meio

ambiente etc. Mesmo assim, as análises estatísticas e os estudos criminológicos revelam que os “clientes” preferenciais, praticamente exclusivos, do sistema penal continuam a ser oriundos dos estratos mais fragilizados econômica, social e culturalmente, a revelar a atuação extremamente seletiva da justiça criminal.

Geralmente, as pesquisas acerca do funcionamento discriminatório do sistema penal concentram-se na criminalização secundária, vale dizer, na atuação das agências de repressão penal - Poder Judiciário, Ministério Público e Polícias Civil e Militar. Apesar disso, parece manifesto que a atividade de criminalização primária - aquela voltada à escolha dos bens jurídicos merecedores de proteção penal e à forma de sua tipificação - também tem contribuído para a perpetuação da operatividade discriminatória da repressão penal.

Assim, em muitos casos, a criminalização abstrata de condutas desviadas de agentes sobreintegrados parece atender a objetivos puramente ideológicos de mera justificação do sistema penal, já que sua realização encontra-se distante de ser efetiva.

Não se pretende, com essa observação, advogar o uso da repressão penal como forma de integração social, pois também se tem como comprovado pela pesquisa empírica que os mecanismos informais de controle social e medidas de prevenção são muito mais efetivos à proteção de bens jurídicos. O que se busca é denunciar que a expansão desenfreada do Direito Penal - recurso constante da tutela jurídica de praticamente todos os campos de normatividade - é justificada por seu alcance universal, quando, em verdade, constitui via de atuação extremamente discriminatória.

Compreender a natureza jurídico-princípiosológica da igualdade, bem como o funcionamento seletivo do sistema penal, revela o déficit de legitimidade da potestade punitiva estatal, a demandar formas de correção, que podem ser manejadas até mesmo pelo Poder Judiciário, devido a seu papel preponderante na proteção da Constituição.

Esse é, enfim, o problema sócio-jurídico a ser analisado. Para orientar o trabalho, a metodologia utilizada é a hermenêutico-fenomenológica, razão pela qual será destacada a indispensabilidade do pensamento de Heidegger, de Gadamer e de Dworkin à adequada compreensão do Direito e sua verdade, com o que se encaminhará o estudo ao acontecer da Constituição de 1988, prenhe de promessas não cumpridas da modernidade - tardia, entre nós -, enfatizando que a (re)fundação normativa do Estado brasileiro daí decorrente centra-se, sem dúvida, no princípio da igualdade, que passa a constituir valor indeclinável da atividade estatal, pugnando pelo rompimento com práticas discriminatórias ilegítimas, negativas (perseguição) ou positivas (privilegiamento).

Parte-se da idéia de Constituição como evento (re)fundante do Estado brasileiro, de caráter substancialista - portadora de nova significação para a normatividade jurídica -, somente assim capaz de contribuir decisivamente à superação do déficit de igualdade no âmbito penal, vez que, apesar de o Brasil contar com métodos democráticos de produção do Direito e com livre debate público, a precária realização da Constituição ainda persiste, certamente devido, em parte, à incompreensão do caráter hermenêutico que o Direito assume a partir do neoconstitucionalismo.

A significação do Direito, portanto, apresenta uma dimensão prática, vale dizer, implica a compreensão do próprio processo histórico que culminou na Constituição de 1988 e suas promessas, o que exige um desvelamento dos conflitos sociais e sua veiculação jurídica, com vistas a sua superação. Assim, sem um significado dirigente e compromissório - substancialista, portanto -, o acontecer constituinte continuará indefinidamente retardado, por manobras abertas ou sutis, com o assistir passivo de uma cidadania que já não mais consegue construir sua própria história. Vale dizer, por força de uma "baixa constitucionalidade", o Estado Democrático e Social de Direito não se realiza, incapaz de exercer seu potencial transformador da realidade.

Por isso, é preciso deixar às claras a pré-compreensão que ilumina o próprio ato hermenêutico: o compreender da Constituição não é algo que ocorre desligado do contexto sócio-político que empolgou o processo constituinte, em seu irrepetível momento histórico. Diferentemente, o compreender não prescinde da provocação dos juízos prévios inautênticos, gerando a angústia do estranhamento relativamente ao novo.

E isso porque afirmar, juridicamente, o novo - a igualdade - sobre o velho - a desigualdade - pressupõe a superação do modo como se compreendia antes. Do contrário, o novo se renovará sempre como retórica - ornamental, aqui -, exatamente para perpetuar o velho.

O princípio da igualdade, porém, tem sua própria história. Por isso, a revisão da sua tradição jurídico-política, conseqüência de lutas sociais e da reflexão crítica, é imprescindível para identificar suas dimensões, sua unidade com o ideal moral da liberdade e seu papel no Direito, notadamente no Direito Penal.

Resgatada, assim, a tradição político-jurídica da igualdade, bem como afirmada sua consagração constitucional, a orientar todo o afazer social e estatal, a realidade operacional do Direito Penal será contrastada com seu conteúdo principiológico.

Em linhas gerais, a pesquisa divide-se em três partes. Na primeira, o foco será a afirmação do caráter superior da matriz hermenêutico-filosófica na compreensão do Direito pós-positivista, a partir das contribuições teóricas de Heidegger, Gadamer e Dworkin, já encaminhando o estudo para a importância da igualdade como princípio conformador do projeto de vida comunitária constitucionalmente adequado.

Na segunda, será retrçada a tradição político-jurídica da igualdade, para desocultar algumas de suas dimensões, sua força operativa e sua co-originalidade com o postulado da liberdade, também tributário da Revolução Francesa. Nesse ponto, ênfase terá a contribuição da proposição da igualdade de Balibar, a partir da qual se

ingressará no âmbito especificamente penal, inclusive com a revisão crítica da programação criminalizante do Brasil.

Na terceira, de caráter mais empírico, será analisada a efetivação seletiva da repressão penal, principalmente no campo da criminalização primária, a revelar o déficit de integridade da legislação, pressionada por demandas populistas de expansão e de controle da miséria decorrente do desmantelamento do Estado de bem-estar social, o que aponta para a necessidade de relegitimação da potestade punitiva estatal em outras bases.

A questão que se pretende enfrentar no trabalho pode ser assim formulada: Com a positivação jurídico-constitucional do ideal moral da igualdade, no marco do Estado Democrático e Social de Direito, a gestão diferencial da criminalidade pode ser tida como legítima? A seletividade do sistema repressivo estatal é decorrência apenas da operacionalidade do sistema de justiça penal (Poder Judiciário, Ministério Público e Polícias Civil e Militar)? A edição de inúmeras leis, após a Constituição de 1988, criminalizando os comportamentos dos chamados agentes de "colarinho branco", mostra-se adequada à efetivação da igualdade no âmbito penal?

Já a hipótese de que se parte é a seguinte: Com a positivação jurídico-constitucional do ideal moral da igualdade, a gestão diferencial da criminalidade - decorrência não apenas do funcionamento seletivo das agências de repressão criminal, mas da própria atividade legislativa de criminalização primária -, deve ser tida como ilegítima, a impor a radical contenção da edição de leis dissimuladoras da desigualdade operacional do sistema de justiça penal.

É preciso acentuar, por fim, que a compreensão do problema a ser estudado no presente trabalho alcança a própria realidade prática da operacionalização do sistema repressivo estatal, em busca do desocultamento do viés ideológico que assume o postulado da igualdade no âmbito jurídico-penal. Com essa trajetória, o objetivo final é alcançar um encadeamento suficiente entre a importância da matriz filosófico-

hermenêutica, o primado da interpretação, a verdade das proposições jurídicas, o vínculo indissolúvel entre Direito Penal e razão prática, o postulado da igualdade como conquista histórica da civilização ocidental, a força normativa da Constituição como repositório dos valores básicos da convivência comunitária e a indispensabilidade da interdisciplinariedade como aproximação aos temas jurídicos, como meio de alcançar uma crítica fundada do déficit isonômico do funcionamento do sistema repressivo estatal e de apontar formas possíveis de relegitimação do Direito Penal.

PRIMEIRA PARTE

DIREITO E VERDADE: HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E PROJETO DE VIDA COMUNITÁRIA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADO: EM BUSCA DA IGUALDADE

1. A Ontologia Fundamental de Heidegger: círculo hermenêutico e diferença ontológica

A metafísica - ou Filosofia Primeira, como designada por Aristóteles - dominou o pensamento ocidental ao menos até a virada lingüística do século 20¹.

A pergunta filosófica fundamental, origem da metafísica, é aquela acerca do ser das coisas - a *ousia* aristotélica -, podendo-se identificar três períodos históricos que marcam as mudanças de compreensão desse problema: a filosofia clássica - antiga e medieval -, a filosofia moderna e a ontologia contemporânea. Na primeira fase, investiga-se aquilo que é, a realidade mesma, a partir de um conhecimento sistemático e racional apriorístico que prescinde da experiência sensível, culminando no estabelecimento da distinção entre essência e aparência. Na segunda fase, Descartes, com o *cogito*, procura encontrar um fundamento seguro para a edificação do conhecimento e, mais tarde, Kant propõe como tarefa filosófica a investigação da nossa própria capacidade de conhecer - o estudo do sujeito do conhecimento. Na terceira fase, busca-se uma superação das metafísicas clássica e moderna, enfatizando a relação mundo-homem, que aponta para a primazia da linguagem no processo de compreensão, entendida não mais como instrumento, mas como condição de possibilidade de todo saber.

É com Heidegger, contudo, por sua postura antiplatônica de superação da teoria dos dois mundos², que a metafísica passa a ter uma conotação negativa, referente a todo pensamento que concebe o ser como uma característica comum de todos os entes, ou seja, como um conceito exageradamente geral e abstrato³, que conduz a seu esquecimento.

¹ RORTY, Richard. *El giro lingüístico*. Barcelona: Paidós, 1998.

² STRECK, Lênio. "Martin Heidegger". In: *Dicionário de Filosofia do Direito*. Coord. Vicente de Paula Barreto. São Leopoldo: Editora UNISINOS; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 426.

³ VATTIMO, Gianni. *Introdução a Heidegger*. 10. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 68.

Contra a perspectiva transcendental kantiana de um sujeito puro do conhecimento, Heidegger acentua a faticidade e a concreção, a partir de uma analítica existencial. Promove ele um "encurtamento hermenêutico"⁴, liberando a Filosofia de Deus e da natureza e, por consequência, das verdades eternas e do sujeito absoluto idealizado, próprios das teorias da representação⁵.

O programa da Filosofia heideggeriana é o de uma ontologia fundamental⁶, centrada no problema do ser⁷. Para dar conta dessa tarefa, o caminho escolhido é o da *Destruição* - a reconquista do horizonte originário de questionamento, a partir da desconstrução dos encrostamentos provocados pela sedimentação dos conceitos fundamentais e da liberação das potencialidades que dormitam nesses conceitos mesmos⁸.

Já o caráter existencialista⁹ de seu pensamento indica que o homem deve ser considerado desde a historicidade e a temporalidade - um complexo de possibilidades, não realizadas de todo. O homem é só enquanto pode ser, resultando daí que sua essência mesma é existir¹⁰. Contudo, a existência humana não pode ser tida como algo dado, mas como possibilidade de ultrapassagem da realidade presente.

As categorias de sua analítica do ser do homem são denominadas existenciais, sendo o principal deles o ser-no-mundo¹¹ - ênfase no fato de que o homem existe concretamente num mundo de coisas e outras pessoas. O mundo, entretanto, não é algo oposto ao ser-aí, mas é um mundo por ele pensado. Os entes intramundanos são compreendidos em sua prestabilidade para o estar-aí, não sendo a finalidade algo que se

⁴ STEIN, Ernildo. *Seis Estudos sobre Ser e Tempo*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 11.

⁵ STEIN, Ernildo. *Racionalidade e Existência: O Ambiente Hermenêutico e as Ciências Humanas*. 2. ed. Ijuí: Editora UNIJUI, 2008, p. 81.

⁶ INWOOD, Michael. *Dicionário de Heidegger*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002, p. 131/133.

⁷ VATTIMO, Gianni. Op. cit., p. 21.

⁸ CASANOVA, Marco Antonio. *Compreender Heidegger*. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 51.

⁹ STEIN, Ernildo. *Racionalidade e Existência*, cit., p. 90.

¹⁰ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2006, § 9.

¹¹ Idem, §§ 12/13.

acrescenta a eles, mas seu modo de dar-se mais originário. Não há mundo sem o *Dasein*, pois as coisas não são simples presença, mas pertencimento à totalidade instrumental que é o mundo¹². O ser-no-mundo, assim, não aponta tanto para a relação com os objetos, mas para a familiaridade com uma totalidade de significados, que são iluminados nos momentos de ruptura¹³.

Desse modo, a compreensão das coisas dá-se sempre a partir de uma intimidade prévia do ser-aí com essa totalidade de significados, a qual pode ser designada como preconceitos ou prejuízos¹⁴.

Essa pré-compreensão, contudo, não é algo negativo, que limita a capacidade de compreensão do ser-aí; ao contrário, constitui a própria possibilidade de encontrar o mundo. O conhecimento é, pois, interpretação, significando a articulação de uma compreensão originária em que as coisas já estão descobertas, e não a ida de um sujeito ao objeto ou a interiorização de um objeto por um sujeito¹⁵. É aqui, aliás, que se vislumbra a estrutura circular da compreensão - o círculo hermenêutico¹⁶ (ou talvez mais adequadamente a espiral da compreensão¹⁷), o qual atravessa a relação sujeito-objeto, a partir da antecipação de sentido, impedindo as posturas objetivistas ou subjetivistas¹⁸. E a entrada nele - a compreensão da verdade do *Dasein* - é sempre um evento temporal.

Outro existencial destacado por Heidegger é a afetividade. O ser-aí, além de possuir uma certa compreensão da totalidade de significados do mundo, apresenta uma valência emotiva co-originária da própria compreensão. E é essa disposição¹⁹ - ou modo originário de sentir-se no mundo - que permite a abertura ao próprio mundo. Em sendo

¹² VATTIMO, Gianni. Op. cit., p. 30.

¹³ PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 137/138.

¹⁴ VATTIMO, Gianni. Op. cit., p. 34/35.

¹⁵ Idem, p. 35/36.

¹⁶ INWOOD, Michael. Op. cit., p. 79/81.

¹⁷ HELLER, Ágnes. "De la hermenéutica en las ciencias sociales a la hermenéutica de las ciencias sociales". In: *Políticas de la postmodernidad: Ensayos de crítica cultural*. 2. ed. Ágnes Heller e Ferenc Fehér. Barcelona: Ediciones 68, 1994, p. 72.

¹⁸ STRECK, Lênio. "Martin Heidegger", cit., p. 429.

¹⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*, cit., § 29.

assim, o ser-aí nunca é um sujeito puro, porque nunca é o espectador desinteressado das coisas e de seus significados. A afetividade é, portanto, um aspecto constitutivo de como as coisas são.

O *Dasein*, sendo finito, é sempre um projeto lançado²⁰, o que aponta para a faticidade da existência: o ser-aí é concretamente definido e historicamente situado²¹. Como um dos traços do *Dasein* é ser-com - estar junto com os outros -, apresenta uma tendência a compreender o mundo inautenticamente, pela via da opinião comum. Na medianidade ou quotidianidade - que é o modo de dar-se mais freqüente do homem -, o estar-aí entende o mundo de modo irrefletido e acrítico, como uma mera repetição do que é dito.

Para superar essa dejectão ou decadência²², a abertura ao mundo da compreensão deve buscar uma relação concreta com a própria coisa, que supere a simples tagarelice ou falação. E o encontro direto com a coisa mesma pressupõe uma apropriação por escolha²³ e decisão verdadeiras do estar-aí, significando incluí-la no próprio projeto de existência. Com essa apropriação, o *Dasein* assume responsabilidades, o que implica cuidado (*Sorge*)²⁴ pelos objetos do mundo e por si próprio.

Compreender, para Heidegger, é entender-se sobre algo, indicando menos um saber que uma habilidade. Entender, nesse sentido, é um existencial, um modo de ser a partir do qual o *Dasein* procura situar-se nesse mundo. Como tal, o entendimento cotidiano permanece inexpresso, não tematizado para si mesmo. Mas é a partir dele que todas as coisas são pré-interpretadas como objetos de uma certa utilidade, o que é

²⁰ INWOOD, Michael. Op. cit., p. 170/172.

²¹ VATTIMO, Gianni. Op. cit., p. 40/42.

²² HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*, cit., § 38.

²³ DUBOIS, Christian. *Heidegger: Introdução a uma Leitura*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004, p. 52.

²⁴ INWOOD, Michael. Op. cit., p. 26/28.

sugerido até mesmo pela palavra grega para coisa - *pragma* -, ao apontar para o contexto da práxis²⁵.

A compreensão é, então, ontologicamente fundamental e anterior a qualquer ato de existência, operando em um todo relacional - no interior de um conjunto de relações já interpretadas. A compreensão “é o poder de captar as possibilidades que cada um tem de ser, no contexto do mundo vital em que cada um de nós existe”. É a estrutura que torna possível o exercício atual da compreensão a um nível empírico.²⁶

Heidegger diferencia, assim, o como hermenêutico do como apofântico, ou seja, antes do expressável em locuções ou enunciados existe a mais originária interpretação elementar das coisas do ambiente, que é pré-lingüística, configurando um modo de ser no mundo²⁷.

É importante observar que os esboços de compreensão do ser-aí não são de sua escolha; diferentemente, o *Dasein* é lançado neles, o que, junto com sua historicidade, constituem a característica indelével de sua faticidade. Como expressa ARENDT, os homens são seres condicionados, pois "tudo aquilo com o qual eles entram em contato torna-se imediatamente uma condição de sua existência"²⁸. Essa pré-estrutura da compreensão em que o ser-aí inevitavelmente se encontra não lhe é, porém, insuperável, pois a interpretação propicia o esclarecimento²⁹.

Em Heidegger, interpretação significa desmembramento do implicitamente já pré-entendido³⁰. A interpretação ajuda a pré-compreensão a ser transparente, devendo ser sua tarefa básica, se sincera, trazer à consciência a pré-estrutura da sua

²⁵ GRONDIN, Jean. *Introdução à Hermenêutica Filosófica*. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 1999, p. 160/161.

²⁶ PALMER, Richard E. Op. cit., p. 135/136.

²⁷ STEIN, Ernildo. *Diferença e Metafísica: Ensaio sobre a Desconstrução*. 2. ed. Ijuí: Editora UNIJUI, 2008, p. 291.

²⁸ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 17.

²⁹ GRONDIN, Jean. Op. cit., p. 163.

³⁰ PALMER, Richard E. Op. cit., p. 139.

compreensão³¹. O reconhecimento da própria situação hermenêutica implica esforço crítico pela conscientização pessoal, dentro do possível, da interpretação pré-estruturadora que propicia o questionamento interpretador. A hermenêutica, elevada ao nível da Filosofia, faz da interpretação a busca de transparência do *Dasein*, ou seja, auto-interpretação da faticidade em que se manifestam as estruturas básicas de seu ser.

Segundo STEIN, novos elementos na tradição filosófica imperam no discurso heideggeriano: a circularidade, em que ocorre compreensão, a totalidade, dada pela situação hermenêutica, e a tendência para o encobrimento, a exigir ato de violência para a projeção da estrutura de sentido, devido à força das ideologias, dos interesses, da alienação, da repressão etc. Opera um ato de força no início da compreensão, pois a analítica existencial não tem como ponto de partida fundamento ou pressuposto algum; mas é preciso, de algum modo, superar a tendência ao encobrimento. O processo antecipativo de sentido é, pois, desencadeado por um corte. Com o círculo hermenêutico, a compreensão provisória de sentido produzirá uma totalidade, que é sempre presumida, pois o ser-aí nunca se dá de modo integral. A partir desse "contexto de descoberta", as proposições terão que revelar sua consistência no "contexto de justificação", que constitui uma parada metodológica. Essa é a situação hermenêutica, em que o conjunto de pressupostos torna-se transparente, representando a consciência da boa circularidade. Mas é somente com a explicitação dos existenciais do estar-aí que se torna possível apanhar o seu modo de ser. Em síntese, é do encadeamento de circularidade, totalidade, situação hermenêutica, tendência para o encobrimento e violência que se confere consistência às proposições, constituindo uma identidade entre método e objeto³².

Com a hermenêutica, o ser-aí é instado à vigilância e à reflexão, para lutar contra a auto-alienação. E é somente o empenho pessoal de transcender a fachada dos conceitos universais, para alcançar as experiências específicas que neles se manifestam, que

³¹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*, cit., § 42.

³² STEIN, Ernildo. *Seis Estudos sobre Ser e Tempo*, cit., p. 63/72.

permite o acesso à verdade, a qual tem, assim, o sentido de desvelamento (*alétheia*)³³, intuição básica do pensamento heideggeriano³⁴.

A verdade é, nessa perspectiva, deixar ver o ente em seu ser, tirá-lo do esquecimento³⁵, para o que a noção de diferença ontológica é central³⁶. Por ela, Heidegger marca a distinção entre ser e ente, obliterada muitas vezes pelos filósofos. Tudo, exceto o próprio ser, é um ente. "O ser é o *transcendens* pura e simplesmente"³⁷. A habilidade do homem de enxergar algo como algo, de ter consciência dos entes, depende da sua compreensão do ser; como observa STEIN, "nós sempre estamos na transcendentalidade"³⁸. Mas os entes e o ser, apesar de separados, encontram-se espontaneamente relacionados um com o outro³⁹.

A essência ôntico-ontológica da verdade só é possível graças à diferença ontológica, que se refere ao ente em seu ser e ao ser do ente. No ente é pensado e dito o ser. A hermenêutica, como teoria da compreensão, é, assim, "uma teoria da revelação ontológica"⁴⁰. A crítica de Heidegger, bem se vê, é contra a entificação do ser promovida pela metafísica, que o transformou em objeto de representação, como algo já dado e à disposição⁴¹.

Por isso, compreender e interpretar independem de qualquer método, o qual sempre se apresenta tarde demais, não passando o nível apofântico de mero ornamento

³³ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*, cit., § 44.

³⁴ STEIN, Ernildo. *Compreensão e Finitude: Estrutura e Movimento da Interrogação Heideggeriana*. Ijuí: Editora UNIJUI, 2001, p. 24.

³⁵ INWOOD, Michael. Op. cit., p. 52/54.

³⁶ STEIN, Ernildo. *Diferença e Metafísica*, cit., p. 113/130.

³⁷ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*, cit., p. 78.

³⁸ STEIN, Ernildo. *Racionalidade e Existência*, cit., p. 121.

³⁹ INWOOD, Michael. Op. cit., p. 42/43.

⁴⁰ PALMER, Richard E. Op. cit., p. 141.

⁴¹ STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 204/205.

explicativo do entendimento que se dá como modo de ser no mundo. Não há como expor todos os pressupostos do universo hermenêutico, pois algo sempre escapa⁴².

Ao acentuar o caráter originário do discurso, Heidegger revela a natureza lingüística da compreensão. Não é por outra razão que em seu pensamento tardio o hermenêutico torna-se uma outra palavra para a linguagem⁴³.

O ser-aí é também um ser-para-a-morte⁴⁴, com o que Heidegger introduz a questão da temporalidade. A morte tem uma significação especial para o *Dasein*, já que ela representa a possibilidade da impossibilidade de qualquer possibilidade; vale dizer, a antecipação da morte revela o caráter de projeto do ser-aí, permitindo que ele assuma uma existência autêntica, ao escancarar-lhe que nenhuma das possibilidades que a vida lhe apresenta é definitiva. O reconhecimento da finitude, assim, evita que o ser-aí se petrifique, permanecendo, ao contrário, aberto para desenvolver-se para além das possibilidades que se vão realizando. A morte, em outras palavras, expõe as possibilidades como tais⁴⁵.

Os inúmeros hífen com que Heidegger permeia sua obra deixam transparecer, aliás, o entre si mesmo e o outro próprio do *Dasein*, que existe finitamente como um lugar sem lugar. Por isso, o ser-aí é transcendência, no sentido de ser em si um outro, sempre de novo, a cada vez.⁴⁶

O *Dasein* é apresentado por Heidegger, como se percebe, em todas as dimensões temporais: para o futuro, o ser-aí existe como antecipação, como previsão de seus

⁴² Idem, p. 199.

⁴³ GRONDIN, Jean. Op. cit., p. 177.

⁴⁴ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*, cit., §§ 46-53.

⁴⁵ VATTIMO, Gianni. Op. cit., p. 51/54.

⁴⁶ SCHUBACK, Marcia Sá Cavalcanti. "A perplexidade da presença". In: *Ser e Tempo*. Martin Heidegger. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2006, p. 19.

projetos, como possibilidade; para o passado, o ser-aí existe como memória; para o presente, o ser-aí existe como presença, cuja apreensão se dá por intuição⁴⁷.

A constatação da temporalidade do próprio ser revela a insuficiência da metafísica, que concentra sua análise no instante presente. E é essa limitação do tempo a apenas uma dimensão o que impede a passagem a uma compreensão verdadeiramente filosófica das coisas.

Apesar de sua tentativa de superar a metafísica, Heidegger vai reconhecer, contudo, que sua obra maior não pôde ter continuidade por insuficiência de linguagem⁴⁸. Mesmo assim, em textos posteriores, são analisados os problemas básicos da Filosofia Primeira.

A crítica de Heidegger ocupa-se, inicialmente, da idéia de razão suficiente, a qual, na história da metafísica, está presente como princípio de causalidade, pelo qual tudo o que existe tem um fundamento, cujo conhecimento permitiria o acesso ao ente. Daí o paradoxo, pois "somente o homem, em meio a todos os entes, experimenta, chamado pela voz do ser, a maravilha de todas as maravilhas: que o ente é"⁴⁹.

Entretanto, o *Dasein* não pode ser ele mesmo fundado⁵⁰, por ser quem, precisamente, abre o mundo, nem ser o fundamento último além do qual não se pode ir, por ser, exatamente, projeto. O estar-aí, assim, somente pode representar a negatividade da ausência de fundamento ou o abismo sem fundo⁵¹.

⁴⁷ MARCONDES, Danilo. *Iniciação à História da Filosofia: dos Pré-socráticos a Wittgenstein*. 6. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 267.

⁴⁸ VATTIMO, Gianni. Op. cit., p. 65.

⁴⁹ HEIDEGGER, Martin. "Que é Metafísica". In: *Conferências e Escritos Filosóficos*. São Paulo: Nova Cultural, 1989, p. 49.

⁵⁰ INWOOD, Michael. Op. cit., p. 74/76.

⁵¹ VATTIMO, Gianni. Op. cit., p. 73.

Heidegger ocupa-se, ainda, da concepção de verdade como correspondência da proposição com a coisa⁵², própria do pensamento metafísico. Apesar de reconhecê-la como o modo de dar-se imediato da experiência cotidiana, é na liberdade⁵³ que encontra a essência da verdade⁵⁴. Isso, porém, não significa que a verdade decorra de um ato subjetivo arbitrário, porque, diferentemente da concepção tradicional, para Heidegger é a liberdade que possui o homem, e não o inverso. Ocorre que o *Dasein* chega ao ente por uma pré-compreensão que não escolhe, mas que o constitui como ser-no-mundo. Em outras palavras, o homem somente pode entrar em relação com os entes por estar já lançado em um conjunto de critérios e normas que os tornam acessíveis a ele⁵⁵.

Como observa SAFRANSKI, não existe a verdade em si para Heidegger, mas apenas o acontecimento da verdade, que se realiza na relação de mundo do ser humano. É um acontecimento que se dá em um movimento duplo: movimento que vem do mundo, o qual se mostra, aparece, e movimento que parte do homem, o qual se apossa do mundo e o revela. Mas esse acontecimento pressupõe a distância que o ser humano se colocou em relação a si e a seu mundo: a liberdade.⁵⁶

Do conceito de verdade como desvelamento ou desocultamento, Heidegger concebe a não-verdade como velamento ou ocultamento. Mais que isso, reconhece a não-verdade como essencialmente conexa com a verdade, o que torna possível a decaída na existência inautêntica⁵⁷, pois a toda iluminação se liga um obscurecimento.

O homem é a abertura pela qual os entes aparecem, mas o esquecimento metafísico do ser não é obra sua; diferentemente, é a situação que o constitui. “O homem ocidental já não sente o ser como algo que constantemente aparece e desaparece do seu

⁵² INWOOD, Michael. Op. cit., p. 195/198.

⁵³ Idem, p. 106/108.

⁵⁴ HEIDEGGER, Martin. "Sobre a Essência da Verdade". In: *Conferências e Escritos Filosóficos*. São Paulo: Nova Cultural, 1989, p. 130/131.

⁵⁵ VATTIMO, Gianni. Op. cit., p. 78/81.

⁵⁶ SAFRANSKI, Rüdiger. *Heidegger: Um mestre da Alemanha entre o bem e o mal*. São Paulo: Geração Editorial, 2000, p. 264.

⁵⁷ INWOOD, Michael. Op. cit., p. 11/13.

alcance; antes o vê sob a forma da presença estática de uma idéia”⁵⁸. Vale dizer, a metafísica é a história do ser e do próprio *Dasein*, como tal constituindo a essência e o destino deste.

E é na redução tecnocientífica do pensamento ocidental que HEIDEGGER contempla a realização plena da metafísica⁵⁹, com a trivialização quotidiana da existência inautêntica a partir da instrumentalização geral do mundo, realizada desde o último dos princípios epocais - a vontade de poder de Nietzsche⁶⁰.

A superação da metafísica, portanto, não pode dar-se pela substituição de um conceito do ser por outro, já que o equívoco reside exatamente na sua objetificação. Não há como esgotar o sentido do ser. Do que se precisa é de um novo modo de pensar, necessariamente mais consciente de sua precariedade⁶¹.

A relação do ser com o pensamento já não se processa como a relação de um sujeito com um objeto. Nem subjetivismo, nem objetivismo, o sentido do ser transcende a totalidade do ente, mas mantém uma pertinência peculiar com o homem, através de quem as coisas, ao aparecerem, chegam ao ser. "O homem jamais é primeiramente do lado de cá do mundo como um 'sujeito', pense-se este como 'eu' ou como 'nós'. Nunca é também primeiramente e apenas sujeito, que, na verdade, sempre se refere, ao mesmo tempo, a objetos, de tal maneira que a sua essência consistiria na relação sujeito-objeto. Ao contrário, o homem primeiro é, em sua essência, ex-sistente na abertura do ser, cuja abertura ilumina o 'entre' em cujo seio pode 'ser' uma 'relação' de sujeito e objeto."⁶²

Heidegger vale-se do termo *Ereignis* (acontecimento)⁶³ para dar conta dessa específica forma de pensar o ser, enfatizando o aspecto de movimento contra o de

⁵⁸ PALMER, Richard E. Op. cit., p. 148.

⁵⁹ HEIDEGGER, Martin. *Caminhos de Floresta*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 97.

⁶⁰ PALMER, Richard E. Op. cit., p. 150/151.

⁶¹ STEIN, Ernildo. *Seis Estudos sobre Ser e Tempo*, cit., p. 79.

⁶² HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre o Humanismo*. 2 ed. São Paulo: Centauro, 2005, p. 64.

⁶³ INWOOD, Michael. Op. cit., p. 2/4.

estabilidade característico da metafísica. Tais vocábulos, por outro lado, expressam a relação de expropriação-apropriação do evento: o ser necessita do homem para acontecer. Em outras palavras, "não só o homem nunca existe sem o ser, mas também o ser nunca existe sem o homem"⁶⁴.

Eis as palavras de HEIDEGGER, ao esclarecer o comum-pertencer entre homem e ser:

O homem é manifestamente um ente. Como tal, faz parte da totalidade do ser, como a pedra, a árvore e a água. Pertencer significa aqui ainda: inserido no ser. Mas o elemento distintivo do homem consiste no fato de que ele, enquanto ser pensante, aberto para o ser, está posto em face dele, permanece relacionado com o ser e assim lhe corresponde. O homem é propriamente esta relação de correspondência, e é somente isto. 'Somente' não significa limitação, mas uma plenitude. No homem impera um pertencer ao ser; este pertencer escuta ao ser, porque a ele está entregue como propriedade. E o ser? Pensemos o ser em seu sentido primordial como apresentar. O ser se apresenta ao homem, nem acidentalmente nem por exceção. Ser somente é e permanece enquanto aborda o homem pelo apelo. Pois somente o homem, aberto para o ser, propicia-lhe o advento enquanto apresentar. Tal apresentar necessita o aberto de uma clareira e permanece assim, por esta necessidade, entregue ao ser humano, como propriedade. Isto não significa absolutamente que o ser é primeira e unicamente posto pelo homem. Pelo contrário, torna-se claro.⁶⁵

O ser é, assim, um modo de dar-se histórico ao homem, sendo iluminação que dispõe do *Dasein*, ao acontecer nele e por ele. As aberturas do ser - o projeto em que o mundo se revela ao ser-aí - estão sempre imersas na historicidade, mas, apesar de o

⁶⁴ VATTIMO, Gianni. Op. cit., p. 116.

⁶⁵ HEIDEGGER, Martin. "Identidade e Diferença". In: *Conferências e Escritos Filosóficos*. São Paulo: Nova Cultural, 1989, p. 142.

homem encontrá-las já dadas, também contribui para determiná-las. Por isso, ser e verdade são igualmente originários⁶⁶.

Para HEIDEGGER, *Ereignis*, porém, não é acontecimento em seu sentido vulgar. Diferentemente, é o "alcançar e destinar iluminador e protetor". Para além das formas epocais em que a Filosofia pensou o ser, o *Ereignis* acontece-apropria, mas também pressupõe sua contraparte, o *Enteignis* (o não-acontecimento desapropriador).⁶⁷

Heidegger, enfim, vai encontrar na linguagem aquilo de que o homem dispõe, e que dispõe do homem, para o evento do ser acontecer. "A linguagem é a casa do ser"⁶⁸. É a palavra que proporciona o ser à coisa. E não é o homem que fala, mas a própria linguagem⁶⁹. A linguagem é a mensagem e usa o homem como mensageiro. Em sendo assim, o verdadeiro modo de ir às próprias coisas é a palavra⁷⁰, que as nomeia originariamente e as torna acessíveis.

Com a manifestação do caráter lingüístico do evento do ser, a hermenêutica assume uma originária significação ontológica, agora tida como a própria existência em sua dimensão mais autêntica. A linguagem já não mais é considerada instrumento, signo que remonta a algum significado, mas é o que dá o ser às coisas. É condição de possibilidade, pois sem linguagem não há mundo⁷¹.

Contra a explicação, própria da metafísica, a hermenêutica do estar-aí⁷² propõe a escuta da linguagem, do dito e do não-dito. Interpretar a palavra sem esgotá-la,

⁶⁶ MARÍAS, Julián. *História da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 482.

⁶⁷ HEIDEGGER, Martin. "Tempo e Ser". In: *Conferências e Escritos Filosóficos*. São Paulo: Nova Cultural, 1989, p. 216/219.

⁶⁸ HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre o Humanismo*, cit., p. 8.

⁶⁹ PALMER, Richard E. Op. cit., p. 158.

⁷⁰ INWOOD, Michael. Op. cit., p. 138/140.

⁷¹ STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, cit., p. 200.

⁷² STEIN, Ernildo. *Seis Estudos sobre Ser e Tempo*, cit., p. 56.

mantendo-a como permanente reserva. Cuidar do silêncio⁷³, que remete ao caráter epocal da interpretação e permite satisfazer a exigência de alteridade.

A Filosofia, aliás, tem a ver com o principal, não no sentido de valores ou axiomas superiores, mas de início. "O principal é aquilo que me impele e sempre volta a me tornar principiante de minha vida".⁷⁴

Mesmo assim, "a superação da Metafísica nunca pode ser só uma operação de pensamento, mas uma mudança muito mais vasta e radical do modo de ser do homem no mundo, mudança da qual o pensamento é apenas um aspecto"⁷⁵.

Apesar dessa advertência, a obra de Heidegger apontou novos caminhos para a atividade reflexiva humana, com desdobramentos nos mais diversos âmbitos do saber. No campo jurídico, por exemplo, como revela STRECK, uma hermenêutica

que se pretenda crítica, hoje, não pode prescindir de dois teoremas fundamentais formulados por Heidegger: o círculo hermenêutico, de onde é possível extrair a conclusão de que o método (ou o procedimento que pretende controlar o processo interpretativo) sempre chega tarde, porque o *Dasein* já se pronunciou de há muito, e a diferença ontológica, pela qual o ser é sempre o ser de um ente, rompendo-se a possibilidade de subsunções e deduções, uma vez que, para Heidegger, o sentido é um existencial do *Dasein*, e não uma propriedade *colada* sobre o ente, colocado atrás deste ou que paira não se sabe onde, em uma espécie de *reino intermediário*⁷⁶.

⁷³ INWOOD, Michael. Op. cit., p. 174/175.

⁷⁴ SAFRANSKI, Rüdiger. Op. cit., p. 150.

⁷⁵ VATTIMO, Gianni. Op. cit., p. 146.

⁷⁶ STRECK, Lênio. "Martin Heidegger", cit., p. 430.

2. A Hermenêutica Filosófica de Gadamer: experiência, interpretação e linguagem

Com a obra *Verdade e Método*, a hermenêutica alcança um caráter universal e torna-se inapelavelmente Filosofia, correspondendo a uma concepção de sentido de todo o real⁷⁷, ao mesmo tempo em que o saber se reconhece como provisório e histórico. O título da obra, porém, é um *misnomer*, pois não contém nenhuma teoria da verdade e nada sobre método⁷⁸.

MORÃO sintetiza a contribuição de Gadamer, a *pars destruens* e a *pars construens*. Pela primeira, verifica-se sua impaciência com os que olvidam sua finitude ou padecem da desatenção para com o outro, com quem incessantemente convivem e moldam sua identidade; com os que ignoram ou fingem desconhecer que a realidade não acontece atrás da linguagem; com os que separam o bom e o belo, a ética e a estética; com os que não hesitam em dividir a tessitura coesa do real e elevam o fragmento à dimensão do todo; com os que canonizam, à custa do rebaixamento de todas as demais, uma modalidade de experiência, principalmente aquela decorrente da estrutura monológica da ciência moderna, com sua visão metafísica da natureza como morta, da concepção solipsista do sujeito e do eclipse do nexos essencial entre fato e valor. Pela segunda, porém, recolhe-se sua preocupação fundamental com a salvaguarda do diálogo enquanto fenômeno originário da linguagem natural, com a conseqüente indispensabilidade do outro para o alcance do sentido; com a defesa da experiência humana integral em seu caráter polifônico, mediada pela linguagem; com a impossibilidade de renúncia às implicações morais e políticas que inapelavelmente se inscrevem no ato comum de instituição do mundo; com a inevitabilidade da pré-

⁷⁷ DUQUE, João. "Da hermenêutica dos limites aos limites da hermenêutica: para uma leitura crítica de Gadamer". In: *H.-G. Gadamer: Experiência, Linguagem e Interpretação*. Org. Cassiano Reimão. Lisboa: Universidade Católica, 2003, p. 78.

⁷⁸ LAMMI, Walter. "Hans-Georg Gadamer's 'Corrections' of Heidegger". In: *Journal of the History of Ideas*. The Johns Hopkins University Press, 1991, v. 52, n° 3, p. 489.

compreensão, que ocorre por meio dos estímulos silenciosos que as coisas nos enviam, apesar de nossa tendência a matar as perguntas com as respostas; com a complexidade do olhar, do ouvir e de todos os demais sentidos.⁷⁹

Hans-Georg Gadamer, como ele mesmo reconhece, abeberou-se em Heidegger, principalmente, mas não apenas, o posterior ao *Kehre*^{80, 81}.

GADAMER parte da descoberta de Heidegger da estrutura ontológica do círculo hermenêutico, que é derivada da temporalidade da presença: a hermenêutica como auto-esclarecimento da situação existencial⁸². A arte de compreender consiste, assim, em corrigir e depurar de adaptações inadequadas uma autocompreensão da compreensão exercida constantemente⁸³. Em outras palavras, "compreender é sempre um compreender-se"⁸⁴.

O círculo hermenêutico tem um sentido ontológico positivo, pois assegura que a posição, a visão e a concepção prévias sejam elaboradas a partir da coisa mesma, e não, arbitrariamente, por meio de uma feliz idéia ou de conceitos populares (hábitos). Por isso, o pensamento fenomenológico nada mais seria que uma "escola de antidogmatismo"⁸⁵.

Compreender um texto, assim, é projetar. Toda vez que um sentido se apresenta, delinea-se um sentido do todo, a partir das expectativas de quem lê. Mas o projeto prévio sempre tem que ir sendo revisado à medida que a leitura progride. Há um

⁷⁹ MORÃO, Artur. "O nó, a regra e a sombra: a constituição da experiência hermenêutica, segundo H.-G. Gadamer". In: *H.-G. Gadamer: Experiência, Linguagem e Interpretação*. Org. Cassiano Reimão. Lisboa: Universidade Católica, 2003, p. 59/62.

⁸⁰ STEIN, Ernildo. *Compreensão e Finitude*, cit., p. 299/379.

⁸¹ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva I: Heidegger em retrospectiva*. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 109/116.

⁸² BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Lisboa: Edições 70, 2002, p. 144/145.

⁸³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 400.

⁸⁴ GRONDIN, Jean. Op. cit., p. 193.

⁸⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva III: Hermenêutica e a filosofia prática*. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 60.

constante reprojeter, em busca do sentido mais adequado, mas todas as antecipações devem ser confirmadas na coisa.

Pelo postulado do círculo hermenêutico, tem-se de compreender o todo a partir do individual e o individual a partir do todo. O movimento da compreensão vai constantemente do todo à parte e da parte ao todo, em que a tarefa é ampliar a unidade de sentido compreendido em círculos concêntricos, com cada particularidade concordando com o todo.⁸⁶

Porém, segundo GADAMER, Heidegger descreve o círculo hermenêutico de tal forma que a compreensão do texto se encontra determinada, continuamente, pelo movimento de concepção prévia da pré-compreensão. Não é nem objetivo nem subjetivo, mas movimento da tradição e do intérprete⁸⁷. A hermenêutica ocupa uma posição intermediária entre a estranheza e a familiaridade da tradição, sendo sua tarefa, não desenvolver um método da compreensão, mas esclarecer as condições sob as quais surge a compreensão - privilegia a análise do processo global de compreensão⁸⁸.

Há uma concepção prévia de perfeição ou completude quando se enfrenta um texto⁸⁹, extraída de expectativas de sentido decorrentes de nossa própria relação precedente com o assunto. Os preconceitos e opiniões prévias, contudo, não estão à disposição do intérprete. E os preconceitos produtivos, que tornam possível a compreensão, somente são distinguidos na própria compreensão.⁹⁰

Não se pode introduzir, direta e acriticamente, os próprios hábitos lingüísticos, nem opiniões prévias de conteúdo. É preciso abertura à opinião do outro e do texto,

⁸⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*, cit., p. 436.

⁸⁷ Idem, p. 439.

⁸⁸ CERQUEIRA GONÇALVES, Joaquim. "O filosofema do *cogito* e a questão gadameriana do preconceito". In: *H.-G. Gadamer: Experiência, Linguagem e Interpretação*. Org. Cassiano Reimão. Lisboa: Universidade Católica, 2003, p. 104.

⁸⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II: Complementos e índice*. 2. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2004, p. 78.

⁹⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*, cit., p. 440/442.

propondo a hermenêutica, claramente, "uma abordagem dialógica da comunicação"⁹¹. Isso não significa neutralidade nem auto-anulação, mas dar-se conta das próprias antecipações, pois são os preconceitos não percebidos que nos afastam da coisa legada pela tradição.⁹²

Com o Iluminismo, segundo aponta GADAMER, o preconceito recebeu um matiz negativo, mas, em si mesmo, ele apenas quer dizer um juízo que se forma antes⁹³. Preconceito não significa falso juízo, podendo haver os legítimos⁹⁴. Os preconceitos que levam a erros são, basicamente, os gerados pela reverência aos outros e os por precipitação, para a descoberta dos quais existem apenas indícios, não critérios definitivos⁹⁵.

O Iluminismo centrou sua crítica à tradição cristã, não deixando valer autoridade alguma e decidindo tudo pela razão. Buscou a superação do *mythos* pelo *lógos*. Uma razão absoluta, porém, é impossível humanamente, já que ela só existe datada, encontrando-se nossas vivências determinadas pela história, pela sociedade e pelo Estado. Os preconceitos de um indivíduo são, assim, a realidade histórica de seu ser.⁹⁶

Por isso, GADAMER procurará reabilitar a autoridade da tradição – a qual, em seus últimos escritos, parece ser preterida pelo termo solidariedade⁹⁷.

Parte ele da premissa de que existem preconceitos legítimos, já que o homem é um ser finito e histórico, não constituindo a mente humana jamais uma tábula rasa⁹⁸. Contra o afastamento dos preconceitos levado a cabo pelo Iluminismo, é resgatado, assim, o conceito de autoridade. Autoridade é atributo de pessoas, que se adquire, e não

⁹¹ MEDINA, José. *Linguagem*. Porto Alegre: Artmed, 2007, p. 90.

⁹² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*, cit., p. 401/406.

⁹³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*, cit., p. 261.

⁹⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*, cit., p. 407.

⁹⁵ GRONDIN, Jean. Op. cit., p. 188.

⁹⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*, cit., p. 408/416.

⁹⁷ LAWN, Chris. *Compreender Gadamer*. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 140/146.

⁹⁸ LAMMI, Walter. Op. cit., p. 490.

se outorga, estando o seu reconhecimento ligado à idéia de que o que ela diz não é irracional ou arbitrário. E a tradição nada mais é que uma autoridade que se tornou anônima.⁹⁹

A distância temporal, portanto, é positiva, sendo a orientação dominante em Gadamer o passado histórico da tradição¹⁰⁰. Não existe, bem se vê, oposição entre razão e tradição. A tradição é conservação, mesmo nos casos de mudanças históricas, e atua tanto nas ciências do espírito quanto nas da natureza.¹⁰¹

A compreensão ulterior é superior à originária devido à distância temporal. Cada época tem de entender um texto transmitido de uma maneira peculiar, pois o texto forma parte do todo da tradição, inevitavelmente superando seu próprio autor. Por isso, a compreensão sempre é um comportamento produtivo, e não meramente reprodutivo. A compreensão já não se refere à individualidade e suas opiniões, mas à verdade da coisa, sendo o texto levado a sério, assim, em sua pretensão de verdade.¹⁰²

Ainda segundo GADAMER, a compreensão, para Heidegger, é um existencial. O tempo não é mais um abismo a ser transposto, mas o fundamento que sustenta o acontecer. O tempo é uma possibilidade positiva e produtiva do compreender, pois o conteúdo de uma coisa somente se divisa a partir da distância temporal¹⁰³. E seu verdadeiro sentido nunca se esgota, já que é um processo infinito. Constantemente, não apenas se eliminam novas fontes de erro, mas também surgem novas fontes de compreensão.¹⁰⁴

É a distância temporal, pois, que torna possível distinguir os verdadeiros preconceitos, sob os quais compreendemos, dos falsos preconceitos, que produzem mal-

⁹⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*, cit., p. 416/423.

¹⁰⁰ LAMMI, Walter. Op. cit., p. 501.

¹⁰¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*, cit., p. 422/427.

¹⁰² Idem, p. 443/444.

¹⁰³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*, cit., p. 80.

¹⁰⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*, cit., p. 445/446.

entendidos. E a suspensão dos preconceitos tem a estrutura da pergunta, cuja essência é abrir e manter abertas possibilidades.¹⁰⁵

Contudo, quando procuramos compreender um fenômeno histórico a partir da distância temporal que determina nossa situação hermenêutica como um todo, encontramos-nos também sob os efeitos da história. Daí que a consciência histórico-efetual é um momento da realização da própria compreensão. Essa consciência é, antes de tudo, consciência da situação hermenêutica - que é a situação em que nos encontramos face à tradição que queremos compreender. A história efetual, assim, "é mais ser do que consciência"¹⁰⁶. Nós nos encontramos sempre em situação, cuja iluminação é tarefa nossa, nunca cumprida por completo.¹⁰⁷

A situação hermenêutica, certamente, limita as possibilidades de ver, mas a sua adequada elaboração permite a obtenção do horizonte de questionamento correto para as questões que se colocam frente à tradição. Horizonte, desse modo, é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo que é visível a partir de determinado ponto, não sendo fechado, pois se desloca à medida que nos movemos¹⁰⁸. E esse deslocamento significa ascensão a uma universalidade superior: quem ganha um horizonte aprende a ver mais além do próximo.¹⁰⁹

Uma consciência verdadeiramente histórica sempre tem em vista também seu próprio presente, mas deve-se impedir uma assimilação precipitada do passado com as próprias expectativas de sentido. O horizonte do presente está num processo de constante formação, que não se dá à margem do passado. Por isso, compreender é

¹⁰⁵ Idem, p. 447/448.

¹⁰⁶ GRONDIN, Jean. Op. cit., p. 194.

¹⁰⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*, cit., p. 449/451.

¹⁰⁸ LAMMI, Walter. Op. cit., p. 494.

¹⁰⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*, cit., p. 452/456.

sempre o processo de fusão de horizontes - ou, segundo o termo escolhido por RICOUER, apropriação^{110, 111}.

A consciência da história efetual, segundo GADAMER, tem a estrutura da experiência. Toda experiência contém uma historicidade interna, a qual é negligenciada pela ciência. A experiência é um acontecer de que ninguém é dono; mais que isso, o que é a experiência, em seu conjunto, não é algo que pode ser poupado a ninguém e, como tal, desaponta muitas expectativas. A experiência é dialética, pois o objeto com o qual se faz a experiência não é recolhido aleatoriamente. A verdade da experiência contém sempre a referência a novas experiências, pois a sua dialética não termina em um saber concludente, mas na abertura à experiência. Experimentado, assim, é alguém que não apenas se faz através de experiências, mas que está aberto a experiências. Experiência, por isso, é experiência da finitude humana, percepção dos limites de ser homem, pois revela a impossibilidade de dar marcha a ré e de haver tempo para tudo. É experiência, assim, da própria historicidade. A experiência hermenêutica é tradição, linguagem que fala por si própria. Estar na tradição, porém, não limita a liberdade de conhecer, mas a faz possível.¹¹²

O problema hermenêutico primário é o da aplicação. Na hermenêutica tradicional, dividia-se a compreensão em três momentos: *subtilitas intelligendi* (compreensão), *subtilitas explicandi* (interpretação) e *subtilitas applicandi* (aplicação).¹¹³

GADAMER, contudo, vai destacar a unidade interna entre compreender e interpretar. Mais que isso, vai mostrar que, na compreensão, sempre há uma aplicação do texto à situação atual do intérprete. O processo é unitário: a aplicação é um momento do processo hermenêutico tanto quanto a compreensão e a interpretação, pois o

¹¹⁰ RICOUER, Paul. *Teoria da Interpretação*. Lisboa: Edições 70, 1996, p. 105.

¹¹¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*, cit., p. 457/458.

¹¹² Idem, p. 512/533.

¹¹³ Idem, p. 459.

entendimento não é um método, mas um acontecer.¹¹⁴ No trabalho do intérprete interessado na tradição, está sempre presente a relação subjacente entre *phronesis* e a compreensão aplicativa, a qual opera no plano prático¹¹⁵.

Na hermenêutica, há a primazia da pergunta - a perguntabilidade¹¹⁶. O conhecimento de que algo é assim, e não como pressupúnhamos, passa pela pergunta. A pergunta aponta para uma negatividade radical: o saber que não se sabe - a famosa *docta ignorantia* socrática. Mas perguntar é mais difícil que responder, pois, para perguntar, temos que querer saber. A abertura do perguntado consiste em que não está fixada a resposta, apesar de esta abertura encontrar-se limitada pelo horizonte da pergunta.¹¹⁷

Saber quer dizer sempre entrar ao mesmo tempo no contrário. Somente possui algum saber quem tem perguntas, mas as perguntas abarcam sempre a oposição do assim e do diverso. E não há método que ensine o perguntar. Perguntar é, desse modo, mais um padecer que um fazer. Chega um momento em que a pergunta se impõe e não mais podemos permanecer agarrados à opinião costumeira.¹¹⁸

A arte de perguntar é, ao mesmo tempo, a arte de continuar perguntando. Assim, a tarefa da hermenêutica é concebida como a arte de entrar em diálogo com o texto.¹¹⁹

O fato de que um texto transmitido se converta em objeto de interpretação significa que ele coloca uma pergunta ao intérprete. Compreender essa pergunta ocorre quanto se ganha o horizonte hermenêutico - horizonte do perguntar que determina a orientação de sentido do texto. É preciso entender o dito como resposta a uma pergunta. As tendências de sentido de um texto vão em geral muito mais além do que o autor

¹¹⁴ Idem, p. 460//464.

¹¹⁵ BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*, cit., p. 178.

¹¹⁶ CARDOZO DUARTE, Joaquim. "Auto-apresentação e auto-crítica: os métodos da verdade". In: *H.-G. Gadamer: Experiência, Linguagem e Interpretação*. Org. Cassiano Reimão. Lisboa: Universidade Católica, 2003, p. 37.

¹¹⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*, cit., p. 533/537.

¹¹⁸ Idem, p. 538/540.

¹¹⁹ Idem, p. 541/543.

podia ter tido em mente. Por isso, a reconstrução da pergunta não concerne às vivências intelectuais do autor, mas ao sentido do próprio texto. Na finitude histórica de nossa existência reside o fato de que outros, depois de nós, compreenderão cada vez de maneira diferente. É uma necessidade hermenêutica, assim, estar sempre mais além da mera reconstrução. Apesar disso, o trazer-à-fala do texto, próprio da compreensão, não é uma intervenção arbitrária, pois está referido, enquanto pergunta, à resposta latente no texto.¹²⁰

Existem, contudo, formas de linguagem que resistem à textualização: os antitextos, os pseudotextos e os pré-textos. Os antitextos são desfigurações que resistem à textualização porque, neles, a situação de realização do diálogo é dominante, como se dá com o chiste e com a ironia. Os pseudotextos, a sua vez, constituem o componente da linguagem vazio de significado, pois não pertencem realmente à transmissão de sentido, como se verifica no material suplementar de discurso. Os pré-textos, por fim, são distorções comunicativas que expressam algo que permanece mascarado; são textos antitextuais que são interpretados numa direção que eles não referem; são um mero subterfúgio sob o qual se oculta o verdadeiro sentido, como se observa na ideologia relativamente à opinião pública.¹²¹

Em GADAMER, a linguagem é o *medium* da experiência hermenêutica. Compreender o outro não é dirigir-se para o interior dele e reproduzir suas vivências, mas pôr-se de acordo sobre a coisa¹²². E isso é um processo lingüístico, em que a linguagem é o meio em que se realiza o acordo entre os interlocutores.¹²³

Compreende-se uma língua quando se vive nela. E toda conversação tem como pressuposto que se fale a mesma língua, bem como que os interlocutores se coloquem no lugar do outro, no sentido de procurar entender seu ponto de vista, fazendo valer em si

¹²⁰ Idem, p. 544/556.

¹²¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*, cit., p. 401/403.

¹²² Idem, p. 73.

¹²³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*, cit., p. 559/560.

mesmo o estranho e o adverso. Um diálogo é aquilo que deixa marca, por ter-se encontrado no outro algo que a própria experiência ainda não havia oferecido¹²⁴. Os textos nada mais são que manifestações vitais fixadas duradouramente que devem ser entendidas, só podendo falar através do intérprete. Daí referir-se a uma conversação hermenêutica, que é realizada pela fusão de horizontes, em que um tema chega à sua expressão na qualidade de coisa comum a ambos - autor e intérprete.¹²⁵

Compreender e interpretar são uma e mesma coisa, que se dá pelo *medium* universal da linguagem, daí a referência à virada ontológica da hermenêutica¹²⁶. O fenômeno hermenêutico constitui, assim, um caso especial da relação geral entre falar e pensar, e a interpretação, um círculo fechado na dialética pergunta e resposta.¹²⁷

A escrita tem, para o fenômeno hermenêutico, uma significação central. O que se fixa por escrito se eleva a uma esfera de sentido de que pode participar toda pessoa capaz de ler. Mas há uma debilidade de todo escrito, pois ele não pode vir em socorro daquele que sucumbe a mal-entendidos; daí a importância da arte de escrever¹²⁸. A escrita é uma fala alheada, que necessita da reconversão de seus signos à fala e ao sentido, o que não implica que a compreensão seja uma mera transposição psíquica. Os textos não querem ser entendidos como expressão vital da subjetividade de seu autor, pois o que se fixa por escrito desvencilha-se das contingências de sua origem e libera-se para novas referências.¹²⁹

Na compreensão, a intenção de um texto em seu conteúdo objetivo tem que ser traduzido a nossa língua; tem que ser colocado em relação com o conjunto de intenções possíveis em que nos movemos. Contudo, a vinculação a uma dada situação não quer dizer que a pretensão de correção da interpretação se dissolva no subjetivo.

¹²⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*, cit., p. 247.

¹²⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*, cit., p. 561/566.

¹²⁶ GRONDIN, Jean. Op. cit., p. 202.

¹²⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*, cit., p. 566/567.

¹²⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*, cit., p. 398.

¹²⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*, cit., p. 569/576.

Compreender um texto significa sempre aplicá-lo a nós mesmos, sabendo que, embora se tenha de compreendê-lo em cada caso de uma maneira diversa, continua sendo o mesmo texto, que se apresenta cada vez de modo diferente. Compreensão é, assim, apropriação, de modo que o dito se converta em coisa própria, sem que a interpretação pretenda pôr-se no lugar da obra.¹³⁰

Nossas possibilidades de conhecimento, contudo, parecem muito mais individuais que as possibilidades de expressão que a linguagem nos oferece, havendo uma tendência socialmente niveladora na linguagem, que força a compreensão a determinados esquematismos.¹³¹

Não só a tradição é de natureza lingüística, como a própria compreensão tem uma relação fundamental com a lingüisticidade, já que há uma unidade interna entre linguagem e pensamento. "Pensamos com e por palavras"¹³². Aliás, a íntima unidade entre palavra e coisa era, nos tempos primitivos, tão natural que o nome verdadeiro era experimentado como parte de seu portador. O modo de ser da linguagem, porém, vai além do propugnado pelas teorias da convenção e da coincidência. O limite do convencionalismo é que não se podem alterar arbitrariamente as palavras, pois o pressuposto da linguagem é sempre o caráter comum do mundo. O limite da semelhança é que não se pode criticar as palavras por referência às coisas, no sentido de que não as reproduziram de maneira adequada.¹³³

Na medida em que uma palavra é uma palavra, tem de ser corretamente existente. Apesar disso, a verdade da palavra não se apóia em sua adequação à coisa, mas em sua perfeita espiritualidade. As palavras são verdadeiras porque seu ser se abre em seu significado, subordinando-se corretamente ao ente. A palavra se transforma em um signo de um ser conhecido de antemão, mas não é um mero signo; é também cópia, pois

¹³⁰ Idem, p. 576/582.

¹³¹ Idem, p. 584.

¹³² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*, cit., p. 234.

¹³³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*, cit., p. 590/592.

mostra uma certa vinculação com o copiado, como revela a onomatopéia. Pertence à própria experiência o fato de ela buscar e encontrar as palavras que a expressem; ou seja, a experiência não se dá livre de palavras, que seriam após buscadas reflexivamente.¹³⁴

A palavra, que diz como é a coisa, não é nem quer ser nada por si mesma, já que tem seu ser na função de tornar aberto. Por isso, o caráter ontológico da palavra é um acontecer: a palavra interior fica referida à possibilidade de se exteriorizar, e "o dizer significa sempre mais do que ele realmente expressa"¹³⁵. O conteúdo da coisa está ordenado para a sua conversão em som. A perfeição do pensar é alcançada nesse dizer-se-a-si-mesmo: a palavra interior, na medida em que expressa o pensar, reproduz a finitude de nossa compreensão discursiva. Não podemos, de um só golpe, pensar tudo o que sabemos. O processo de pensar se inicia porque algo nos vem à mente a partir da memória, o que é uma emanção, pois não se despoja de nada. Porém, o que vem à mente não está ainda completamente pensado, o que exige investigação e reflexão. A palavra não é uma ferramenta, portanto; é um espelho pelo qual se vê a coisa.¹³⁶

A palavra humana, porém, é essencialmente imperfeita. Na verdade, é nosso intelecto que é imperfeito, já que nunca sabe o que realmente sabe. Não se filosofa porque se tem a verdade absoluta, mas exatamente porque ela falta¹³⁷. Cada idéia que pensamos e cada palavra em que pronunciamos esse pensar é um mero acidente do espírito. O pensamento não consegue conter a coisa em si; por isso, o pensamento sempre alcança novas concepções.¹³⁸

Com a linguagem, pode-se fazer uso infinito com meios finitos, e a sua força é separável de todo conteúdo do falado. É a linguagem que dá mundo aos homens, pois a existência do mundo está constituída lingüisticamente. O mundo só é mundo porque

¹³⁴ Idem, p. 597/608.

¹³⁵ GRONDIN, Jean. Op. cit., p. 204.

¹³⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*, cit., p. 608/618.

¹³⁷ GRONDIN, Jean. Op. cit., p. 202.

¹³⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*, cit., p. 618/621.

vem à linguagem; a linguagem só tem sua verdadeira existência porque representa o mundo.¹³⁹

Ter mundo, contudo, significa comportar-se para com o mundo. Para o homem, o conceito de mundo se apresenta como oposição ao ambiente, que é o local em que vivemos. Diz-se que o homem, diferentemente dos animais, tem mundo, porque ele é livre em face do meio circundante. Essa elevação sobre o ambiente abrange também a liberdade de dar nomes às coisas, podendo fazer um exercício variado de sua capacidade lingüística. Para o homem, assim, a linguagem é variável, não apenas no sentido de que podem existir várias línguas, mas também de que oferece diversas possibilidades de expressar a mesma coisa.¹⁴⁰

Mas é somente na conversação que a linguagem tem seu verdadeiro ser, ou seja, no exercício do entendimento, revelando até mesmo "o potencial caráter comunitário da razão"¹⁴¹. O entendimento é um processo vital único, porque torna manifesto o mundo. Todas as comunidades humanas são comunidades lingüísticas, onde não nos pomos antes de acordo, pois já o estamos desde sempre: "a capacidade para o diálogo é um atributo natural do homem"¹⁴². O mundo lingüístico próprio, assim, não é uma barreira ao conhecimento; ao invés, é o que possibilita toda percepção. Mas é claro que cada tradição cultural vê o mundo de uma forma. Não existe mundo em si externo à lingüisticidade; o mundo somente é alguma acepção do mundo. Mas a vinculação lingüística de nossa experiência de mundo, bem entendido, não significa nenhum perspectivismo excludente. Mesmo que alcancemos uma percepção de nosso condicionamento histórico jamais conseguiremos assumir uma posição incondicionada, pois, como seres finitos, sempre vimos de muito antes e chegaremos até muito depois.

¹³⁹ Idem, p. 639/643.

¹⁴⁰ Idem, p. 643/646.

¹⁴¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*, cit., p. 135.

¹⁴² Idem, p. 243.

Por isso, no acontecer lingüístico tem lugar tanto o que se mantém quanto o que muda.¹⁴³

Falar é um processo enigmático, pois a linguagem não é uma mera ferramenta, de que se domina o uso e que se pode abandonar uma vez prestado o serviço. Não. Aprender a falar não significa ser introduzido à arte de designar o mundo por meio de um instrumento já disponível, "mas conquistar a familiaridade e o conhecimento do próprio mundo, assim como se nos apresenta"¹⁴⁴. Por isso, falar "não pertence à esfera do eu, mas à esfera do nós"¹⁴⁵.

O fundamento mais determinante para o fenômeno hermenêutico é a finitude de nossa experiência histórica, sendo a linguagem o seu indício, pois está em constante formação e desenvolvimento. Por isso mesmo, a palavra da linguagem é, ao mesmo tempo, uma e múltipla. Cada palavra irrompe de um centro e tem relação com um todo, e só é palavra em virtude disso. Cada palavra faz ressoar o conjunto da língua a que pertence e deixa aparecer a acepção de mundo que lhe subjaz. Cada palavra, assim, faz com que esteja aí também o não-dito. O falar humano não pode dizer tudo inteiramente, mas põe em jogo todo um conjunto de sentido. No falar humano jaz, assim, uma infinitude de sentido a ser desenvolvida e interpretada.¹⁴⁶

Conforme adverte DUQUE, a "infinitude do diálogo hermenêutico com o real resulta da finitude dos dialogantes e, por isso, da impossibilidade de chegar a um ponto final desse diálogo"¹⁴⁷. Sem embargo, a linguagem é oniabrangente, pois não há nada na mente que se subtraia à possibilidade de ser dito¹⁴⁸.

¹⁴³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*, cit., p. 647/652.

¹⁴⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*, cit., p. 176.

¹⁴⁵ Idem, p. 179.

¹⁴⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*, cit., p. 663/664.

¹⁴⁷ DUQUE, João. Op. cit., p. 75.

¹⁴⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*, cit., p. 180.

No fenômeno hermenêutico opera, para GADAMER, a primazia do ouvir, que tem de vir acompanhada da difícil arte de não ter razão¹⁴⁹. A linguagem põe a descoberto uma dimensão de profundidade, a partir da qual a tradição alcança os que vivem no presente. A pertença pressupõe o ouvir, já que pertencente é aquele que é alcançado pela interpelação da tradição. A linguagem constitui o verdadeiro acontecer hermenêutico no vir à fala do que foi dito na tradição. Mas acontecer não quer dizer que o intérprete, como conhecedor, busca seu objeto e, através de algum método, extrai o que realmente se quis dizer. Na lógica hermenêutica da pergunta, aquele que pergunta se converte no perguntado. Da parte do objeto, esse acontecer significa que o conteúdo da tradição entre em jogo e desenvolve-se uma possibilidade de sentido. Toda vez que a tradição volta a falar, emerge algo e entra em cena o que antes não era. O verdadeiro método, assim, seria o fazer da própria coisa, pois pensar é desenvolver uma coisa em sua própria conseqüência. A dialética, como arte da conversação, permite, a partir da formulação de perguntas, liberar o olhar e orientar-se adequadamente para a coisa.¹⁵⁰

Compreender, como acontecimento, é, mais propriamente, um padecer. As coisas não se apresentam sem um certo esforço. O desenvolvimento do todo do sentido a que se orienta a compreensão impõe a necessidade de interpretar e retirar-se, deixando que a própria coisa fale. A palavra, assim, põe numa representação finita uma infinitude de sentido em si. A hermenêutica pressupõe o especulativo, no sentido de relação de espelho: algo se reflete em outra coisa. É como uma aparição que não é ela mesma. O mistério do espelho é o caráter inatingível da imagem, o seu caráter etéreo de pura reprodução. O especulativo, porém, é o contrário do dogmatismo da vida cotidiana, já que pressupõe reflexão.¹⁵¹

¹⁴⁹ PORTOCARRERO DA SILVA, Maria Luísa. "H.-G. Gadamer: a Europa e o destino das ciências humanas". In: *H.-G. Gadamer: Experiência, Linguagem e Interpretação*. Org. Cassiano Reimão. Lisboa: Universidade Católica, 2003, p. 21.

¹⁵⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*, cit., p. 670/673.

¹⁵¹ Idem, p. 674/675.

Sem embargo, o ponto de partida da interpretação não é arbitrário. Há, inevitavelmente, a situação hermenêutica do intérprete, em que "o passado não existe primariamente na recordação, mas no esquecimento"¹⁵². A consciência da história efetual sabe do caráter interminavelmente aberto do acontecimento de sentido, do qual participa. Toda apropriação da tradição é historicamente distinta das outras, e não pode ser considerada uma distorção, pois cada uma é a experiência de um aspecto da própria coisa. Toda tradição é, aliás, especulativa. O conteúdo da tradição é uma e a mesma coisa, mas é ao mesmo tempo distinto, porquanto a linguagem interpretadora é a linguagem do intérprete, e não a do texto. A interpretação é, pois, uma nova criação do compreender, porquanto a linguagem do intérprete é ao mesmo tempo a manifestação abrangente da lingüisticidade em geral, que encerra em si todas as formas de uso.¹⁵³

GADAMER, com sua obra, revela o caráter universal da hermenêutica - a chamada "virada hermenêutica"¹⁵⁴. E isso porque a linguagem é um centro em que se reúnem o homem e o mundo, ou seja, em que ambos aparecem em sua unidade originária. Na compreensão há um fazer da própria coisa; há um sentido que vem à fala. Por isso, o ser que pode ser compreendido é linguagem. E essa é a estrutura universal-ontológica da compreensão - a "linguageirização do ser"¹⁵⁵. O que se pode compreender é tal que se apresenta por si mesmo à compreensão. Mas vir-à-fala não significa adquirir uma segunda existência, já que aquilo como o que algo se apresenta faz parte de seu próprio ser. Em tudo o que é linguagem há uma diferenciação em si mesmo: ser e representar-se. A palavra só é palavra em virtude do que nela vem à fala; e o que vem à fala não é algo dado com anterioridade, mas recebe na palavra sua própria determinação.

¹⁵² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*, cit., p. 172.

¹⁵³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*, cit., p. 683/686.

¹⁵⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva II: A virada hermenêutica*. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 40.

¹⁵⁵ RENAUD, Michel. "Contributo para uma releitura de *Wahrheit und Methode* à luz da hermenêutica da praxis". In: *H.-G. Gadamer: Experiência, Linguagem e Interpretação*. Org. Cassiano Reimão. Lisboa: Universidade Católica, 2003, p. 95.

A relação humana com o mundo é, assim, lingüística.¹⁵⁶ A condição hermenêutica do homem opera uma circularidade, pois, pela linguagem, "a subjetividade constituinte pertence ao mundo que quer constituir"¹⁵⁷.

A experiência hermenêutica apresenta uma ressonância do último Wittgenstein¹⁵⁸, como sugere MORÃO, com suas referências ao nó, à regra e à sombra. Nó, porque a experiência hermenêutica ocorre num entrosamento de laços em que já sempre nos encontramos e de teias de um passado esquivo, mas com efeitos permanentes, de um presente não discernível totalmente em suas redes de influência ou de dominação, e de um futuro a ser construído, mas sempre incerto. Regra, porque a experiência hermenêutica ocorre com algum controle, seja explicitamente, pelos ritos e convenções da convivência social, pelas metodologias das artes e dos ofícios, pelas imposições da prática teórica, pela gramática do dizer ou pelo perfil variado dos discursos, seja implicitamente, pela atuação dos incontáveis jogos lingüísticos ou pela realização da dimensão lúdica da cultura. Sombra, porque na experiência hermenêutica nada é completamente translúcido, com o não-dito sobrepujando o dito, bem como com as solidariedades e os conflitos, as identificações e os dissídios, sendo perpassados por dependências, compensações, tentações, preconceitos, propósitos de poder, ilusões e esperanças.¹⁵⁹

Mesmo assim, na hermenêutica, há uma primazia ao fazer da coisa, o que remete ao conceito de evidência ou verossimilhança. Evidente ou verossímil é o que se justifica por si mesmo e é sempre algo dito. O verossímil não é certo, "mas se faz valer a si mesmo como preferencial dentro do âmbito do possível e do provável". E mesmo o evidente tem sempre algo de surpreendente, "como o surgimento de uma nova luz que

¹⁵⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*, cit., p. 686/688.

¹⁵⁷ MORUJÃO, Carlos. "Hans-Georg Gadamer: Filosofia transcendental ou hermenêutica?" *In: H.-G. Gadamer: Experiência, Linguagem e Interpretação*. Org. Cassiano Reimão. Lisboa: Universidade Católica, 2003, p. 143.

¹⁵⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. 4. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2005.

¹⁵⁹ MORÃO, Artur. Op. cit., p. 57/58.

torna mais amplo o campo do que entra em consideração". Sempre que algo dito é compreendido, assim, desloca o horizonte que se apresentava, apesar de não esgotar o que a tradição tem a dizer.¹⁶⁰

A verdade, portanto, é *alétheia* e articula-se como jogo. A compreensão, como desvelamento, realiza-se em um jogo de palavras que circunscrevem o que queremos dizer. Não existe compreensão livre de preconceito, mas não é o método que garante a verdade. O que a ferramenta do método não alcança tem de ser conseguido através da disciplina do perguntar e do investigar.¹⁶¹

É preciso realçar, porém, que Gadamer não vê oposição alguma entre verdade e método, apenas critica como problemática a pretensão moderna de exclusividade do método próprio às ciências naturais - a obsessão metodológica -, e o isolamento de seus enunciados de qualquer contexto motivacional¹⁶². Admite ele, expressamente, o ideal de verificabilidade de todos os conhecimentos, mas apenas dentro do possível, pois os investigadores que seguem essa busca impetuosamente não se apresentam capacitados a dizer as coisas verdadeiramente importantes¹⁶³. Sua hermenêutica constitui mais "uma reflexão filosófica dos limites a que está submetido todo domínio científico-técnico da natureza e da sociedade"¹⁶⁴, tendo as humanidades, para ele, mais a ver com o emprego de tato do que de método¹⁶⁵.

Tanto quanto Heidegger, Gadamer insurge-se contra a dominância do critério tecnocientífico da eficácia - o pensamento calculador¹⁶⁶ -, o qual se revela manifestamente insuficiente à vida do homem sobre a terra. A virada hermenêutica impõe, para ele, a tarefa de "encontrar o equilíbrio entre o poder do saber dominante e a

¹⁶⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*, cit., p. 701/702.

¹⁶¹ Idem, p. 704//709.

¹⁶² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*, cit., p. 229.

¹⁶³ Idem, p. 64.

¹⁶⁴ Idem, p. 142.

¹⁶⁵ GRONDIN, Jean. Op. cit., p. 182 e 218.

¹⁶⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva III*, cit., p. 36.

sabedoria socrática do não-saber em torno do bem”¹⁶⁷. Para além das verdades da ciência, a vivência humana não prescinde do saber ser com os outros e do saber decidir, que partem de um conhecimento integral e meditativo ou crítico-reflexivo - a Filosofia, enfim.¹⁶⁸

3. O Direito como integridade em Dworkin: justificação, princípios morais e igual respeito e consideração

A hermenêutica filosófica de Gadamer, construída sobre a base da ontologia fundamental de Heidegger, conforma, assim, a estrutura do processo global da compreensão, que orienta todo afazer humano em sua pretensão de totalidade, principalmente nas chamadas ciências do espírito, em que se insere o Direito.

As noções de círculo hermenêutico, de diferença ontológica, de finitude, de pré-compreensão, de ser-com e de ser-no-mundo, de estar-lançado, de existência, de projeto, de cuidado, de disposição, de angústia, de medianidade, de decadência, de (in)autenticidade, de abertura, de (des)velamento, de acontecimento, de compreensão, de aplicação, de preconceitos, de tradição, de conhecimento como auto-apresentação e auto-crítica, de história efetual, de experiência, de linguagem, de primazia da pergunta, entre outras, são indispensáveis a um saber que se pretenda consciente de sua precariedade e historicidade, mas, ao mesmo tempo, depurado, dentro do possível, dos equívocos, tão facilmente mascarados pela presença tranqüilizadora do método.

Isso não significa, porém, desconsideração para com o *lógos apofantikós*, pois nenhum discurso prescinde de paradas entificadoras, em que opera o "contexto de

¹⁶⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva II*, cit., p. 41.

¹⁶⁸ PORTOCARRERO DA SILVA, Maria Luísa. Op. cit., p. 16.

justificação"¹⁶⁹. Trata-se, apenas, de alertar pra a insuficiência de qualquer método para, por si só, permitir um acesso privilegiado à verdade, da qual nos aproximamos mais por tato, sendo o refinamento da consciência hermenêutica o que parece capacitar-nos para a tarefa de uma teoria crítica da sociedade.

No âmbito das ciências humanas especificamente, verifica-se a onipresença dos valores, os quais são dados “pelos quais precisamos nos direcionar e que possuem, portanto, uma qualidade normativa”, não apreensíveis pelo método próprio da pesquisa “desprovida de valores”¹⁷⁰.

Gadamer, a propósito, não descarta da dimensão ética da hermenêutica da faticidade. Com apoio na ética da situação aristotélica, ele mostra que a *phronesis* - o exercício da circunspeção prática - acontece "sempre ante a retaguarda de uma comunidade tornada histórica e ainda em formação pela linguagem, a qual busca realizar suas representações sobre a vida boa e o entendimento"¹⁷¹. Para ele, o *ethos* - o sistema de vida do homem, seu mundo compartilhado de crenças, valores e usos - não decorre de mera adaptação ou adestramento, nem implica conformismo. A compreensão do bem opera pelo despertar de uma lembrança (*anamnesis*), que se realiza no diálogo¹⁷². Ao ideal de objetividade próprio das ciências naturais, assim, defende o de participação para as manifestações da experiência humana. Nesse sentido, a *praxis* abarca toda conduta e toda auto-organização do homem, incluindo a Política e o Direito, que regulam e ordenam os assuntos humanos. E se o saber faz parte do *ethos*, o que se impõe é uma auto-responsabilidade racional.¹⁷³

¹⁶⁹ STEIN, Ernildo. Op. cit., p. 67.

¹⁷⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva II*, cit., p. 202.

¹⁷¹ GRONDIN, Jean. Op. cit., p. 221.

¹⁷² GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva III*, cit., p. 62.

¹⁷³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*, cit., p. 374/380.

Reconhecida a incontrastável significação da matriz hermenêutica, é de buscar-se inspiração, no Direito, em correntes que acolhem seus pressupostos básicos, entre as quais avulta a obra de Ronald Dworkin.

Apesar de o debate político norte-americano encontrar-se, atualmente, polarizado pelas concepções liberais e comunitaristas¹⁷⁴ - resumidamente, entre priorizar o indivíduo ou a comunidade -, Dworkin adota uma posição matizada, a qual pode ser chamada de republicanismo cívico liberal, inspiradora também de sua teoria jurídica. Partindo das práticas político-jurídicas específicas da comunidade, ou seja, fincado no *ethos* social da vida compartilhada, o seu princípio fundacional de igual respeito e consideração ostenta, porém, um caráter universalista¹⁷⁵.

Dworkin tem uma atitude argumentativa perante o Direito, pensando como um prático - juiz ou advogado - que se impõe a tarefa de justificar todos os argumentos concebíveis. A sua teoria do Direito assenta-se em que a argumentação jurídica decorre da melhor interpretação das práticas sociais existentes, e sua teoria Moral e Política, no princípio de que todas as pessoas merecem igual tratamento. A idéia dworkiniana de interpretação não é descrever como o Direito é, mas tentar buscar o melhor sentido político-moral para as práticas sociais da comunidade, daí que sua perspectiva seja a da justificação. Dworkin, porém, não se preocupa com o método, adotando uma postura mais intuitiva e prática, em que a Filosofia Política e a Jurídica se encontram imbricadas.¹⁷⁶

É em *O Império do Direito* que Dworkin apresenta de forma sistemática seu pensamento jusfilosófico¹⁷⁷.

¹⁷⁴ KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 63/118 e 253/301.

¹⁷⁵ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. São Paulo: Landy, 2004, p. 412.

¹⁷⁶ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Stanford: Stanford University Press, 1991, p. 7/11.

¹⁷⁷ BONORINO, Pablo Raúl. *Objetividad y verdad en el derecho: Variaciones sobre un tema de Dworkin*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 38.

Parte ele do que chama de divergência teórica sobre o Direito - sobre questões de moralidade política e fidelidade -, para a qual a doutrina não apresentaria uma resposta plausível, por pressupor que os juizes e os advogados estariam de acordo sobre os fundamentos do Direito: o Direito nada mais seria do que aquilo que as instituições jurídicas decidiram no passado. Para o pensamento jurídico tradicional, assim, o Direito é, não deve ser. Apesar disso, o Direito não pode ser visto como um mero *plain fact* - como um acidente histórico -, já que, nesse caso, reconhecida a vagueza ou a insuficiência das leis, o decisionismo imperaria.¹⁷⁸

Diferentemente, DWORKIN propugna que o Direito, apesar de fenômeno social, é, por sua complexidade, função e conseqüências, uma prática argumentativa, de que participam não apenas juizes e advogados, mas toda a comunidade - todos somos protagonistas do drama jurídico. E o que se discute - sempre na perspectiva do participante, e não na do mero observador - é a verdade das proposições jurídicas.¹⁷⁹

O positivismo, ao limitar a discussão às questões empíricas - Qual lei é aplicável ao caso? O que a lei diz? -, parte do pressuposto de que somente se pode debater se se estiver de acordo acerca dos fundamentos do Direito, padecendo, assim, do *semantic sting*¹⁸⁰. Com esse perfil, não descreve a realidade jurídica como, de fato, acontece, já que, com freqüência, os juristas discordam sobre questões teóricas de fundo.

O Direito, como integrante das práticas sociais, não prescinde de interpretação, a qual diz respeito a intenções. Apesar disso, a interpretação não deixa de ser construtiva, pois os propósitos que estão em jogo são os do intérprete, com o objetivo de adequar o significado do texto a seu fim da melhor maneira possível. Isso não significa, porém, que o intérprete pode dizer qualquer coisa, pois o texto também exerce coerção. "Toda

¹⁷⁸ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 5/15.

¹⁷⁹ Idem, p. 16/17.

¹⁸⁰ Idem, p. 55.

interpretação tenta tornar um objeto o melhor possível"¹⁸¹, as divergências ocorrendo por razões de valor ou de sucesso.

Compreender é participar de uma prática social. Nesse âmbito, uma interpretação é, por natureza, o relato de um propósito, mesmo nos casos em que inexitem autores reais imediatos, tendo a ver, assim, com aquilo que os participantes fazem coletivamente, e não individualmente. Pela interpretação, é buscada a significação da prática social em si, não sua intenção histórica real.¹⁸² A interpretação, aliás, reconhece as imposições da história, ao mesmo tempo em que luta contra elas.

Para interpretar uma prática social, os participantes devem aderir a ela, bem como concordar sobre alguns pontos: têm de compartilhar um vocabulário; têm de compreender o mundo de maneira parecida; têm de apresentar interesses e convicções semelhantes, o suficiente para fazer aparecer a divergência e para permitir a sua discussão.¹⁸³ O excesso de discrepância entre os participantes pode impedir a sobrevivência da prática social, mas isso é algo que somente é dado pela história.

Reconhece DWORKIN em sua interpretação construtiva, para fins analíticos, três fases: a pré-interpretativa, que consiste de regras e padrões que fornecem o conteúdo experimental da prática, exigindo certo consenso, nesse âmbito, para a viabilidade da própria compreensão; a interpretativa, que consiste na justificativa geral dos elementos da prática identificada na etapa anterior, a qual, mesmo não abarcando todos os aspectos, deve ser suficiente para permitir ao intérprete sentir-se como participante da prática, e não inventor dela; e a pós-interpretativa, ou reformuladora, que consiste no ajuste à idéia daquilo que a prática realmente requer para melhor servir à justificativa encontrada na fase anterior.¹⁸⁴

¹⁸¹ Idem, p. 65.

¹⁸² Idem, p. 71.

¹⁸³ Idem, p. 77.

¹⁸⁴ Idem, p. 81/82.

O Direito, como uma prática social, é uma instituição que interpretamos. E as instituições têm uma identidade que, em regra, se mantém, mesmo havendo sucessivas reinterpretações e transformações. DWORKIN, por isso, diferencia conceitos de concepções: os conceitos, por serem mais abstratos, gozam de acordo mais profundo, ao passo que as concepções, referidas aos conceitos, mas menos abstratas, tornam latentes as controvérsias. Em cada momento histórico da instituição, existirão paradigmas que orientam, como exemplos concretos, qualquer interpretação plausível da prática social.¹⁸⁵

Mais ainda, o Direito é um conceito interpretativo, em que concorrem várias concepções, sendo as mais conhecidas o convencionalismo e o pragmatismo. De qualquer forma, mesmo havendo diferenças de convicções entre os juízes e os advogados, por exemplo, existem forças que as atenuam em favor da convergência. E o Direito ganha em poder ao ser sensível às tensões intelectuais e ideológicas de seus participantes, com os excessos de divergência sendo aparados pelo senso de perigo de destruição da própria prática. Mesmo assim, os padrões de acordo e desacordo são temporários, pois até os paradigmas mais consolidados são rompidos.¹⁸⁶

O empreendimento interpretativo do Direito, porém, também pressupõe um consenso mínimo acerca de quais são as práticas jurídicas: existe o sistema de instituições jurídicas; existem os paradigmas. Nessa perspectiva, o conceito de Direito de uma comunidade pode ser tido como o sistema de direitos e responsabilidades que autorizam o uso de coerção porque decorre de decisões políticas do passado. E as concepções do Direito aprimoram essa interpretação inicial e consensual.¹⁸⁷

Ao convencionalismo e ao pragmatismo, DWORKIN contrapõe a concepção do Direito como *integrity*. Contra o ceticismo do pragmatismo, o Direito como integridade

¹⁸⁵ Idem, p. 86/89.

¹⁸⁶ Idem, p. 109/112.

¹⁸⁷ Idem, p. 112/120.

sustenta que os direitos realmente existem; contra a rigidez positivista do convencionalismo, porém, sustenta que os direitos não decorrem apenas das decisões explícitas do passado, mas também de princípios morais que conformam a comunidade.

Mesmo assim, o Direito não se confunde com a Justiça, pois abarca apenas aquilo do justo que permite o uso da força pelo Estado. O objetivo do Direito, assim, é estabelecer uma adequada justificação entre as decisões políticas do passado e a coerção atual. Não é por outra razão que DWORKIN apresenta uma visão unificadora da relação entre prática jurídica e legitimação política, cuidando tanto dos fundamentos quanto da força do Direito.¹⁸⁸

A política comum, a partir de uma perspectiva evolutiva, compartilha os ideais de uma estrutura imparcial que distribua o poder político de maneira adequada (equidade), de mecanismos que alcancem os recursos materiais e protejam as liberdades de modo moralmente justificado (justiça) e de procedimentos corretos para aplicar a lei a algum cidadão que a tenha violado (devido processo legal). A esses padrões, amplamente aceitos, DWORKIN acrescenta o da coerência: a virtude da integridade política de tratar a todos da mesma maneira. Cuida-se da exigência de que o governo tenha uma só voz e aja de modo coerente e justificado em princípios com qualquer cidadão. E esse imperativo de integridade abrange tanto a legislação quanto a jurisdição: as leis devem ser criadas e aplicadas de modo a permanecerem coerentes com os princípios.¹⁸⁹

A integridade traduz uma exigência constitucional, já que dimana do postulado da igualdade. E conduz a que se tome a comunidade como um agente moral distinto, conferindo-lhe uma posição especial, exatamente porque passa a dispor de autoridade moral no uso da coerção monopolizada, protegida que se encontra, pela integridade, contra a parcialidade, a fraude e a corrupção. Uma comunidade fundada em princípios,

¹⁸⁸ Idem, p. 134/139.

¹⁸⁹ Idem, p. 199/203.

ademais, prescinde de detalhamento de regras que abarque todo e qualquer conflito, ao mesmo tempo em que promove a fidelidade dos cidadãos, que passam a ser tidos como participantes ativos na descoberta desses mesmos princípios, e não meros indivíduos vinculados a uma vontade geral de qualquer conteúdo.¹⁹⁰

Um Estado é legítimo, assim, se sua estrutura e suas práticas constitucionais forem tais que seus cidadãos tenham uma obrigação geral de obedecer às decisões políticas. A idéia do contrato social é a mais difundida nesse campo, mas não convence DWORKIN. Diferentemente, o fundamento mais apropriado é, para ele, o da responsabilidade associativa, pois a prática social define grupos e obrigações, não por acordo, mas por uma atitude interpretativa. A responsabilidade comunitária decorre de eventos e atos que atraem obrigações, as quais as pessoas assumem muitas vezes sem perceber, razão pela qual nem mesmo a voluntariedade é exigida. De qualquer forma, uma comunidade básica, para estruturar-se, depende de que seus membros concebam as obrigações fraternais como especiais e individuais, abrangentes de um interesse mútuo que se ajuste a uma concepção plausível de igualdade.¹⁹¹

A legitimidade política decorre, portanto, não da idéia de contrato social, mas da de comunidade fraternal, sendo a obrigação política central a de fidelidade geral ao direito. DWORKIN, contrapondo-se ao modelo das circunstâncias (a comunidade política tida como acidente da história) e ao modelo das regras (a comunidade política tida como compromisso de seguir certas regras explícitas produzidas segundo algum procedimento admitido), sustenta o modelo dos princípios: a comunidade política surge da aceitação de governo a partir de princípios comuns, com direitos existindo independentemente de sua previsão expressa em alguma regra e com a política se constituindo na arena de debate sobre quais princípios devem ser efetivamente adotados. Essa comunidade de princípios até pode ser injusta em alguns aspectos, mas conta com o postulado da integridade para remediar eventuais incoerências, sem que isso signifique

¹⁹⁰ Idem, p. 226/231.

¹⁹¹ Idem, p. 231/244.

impossibilidade de, eventualmente, a integridade ser afastada em prol de exigências de justiça ou equidade.¹⁹²

O Direito como integridade nega que as manifestações do Direito sejam os relatos factuais do convencionalismo (voltadas ao passado) ou os programas instrumentais do pragmatismo (voltados ao futuro), combinando, ao contrário, elementos que se dirigem tanto ao passado quanto ao futuro; interpreta-se a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. O Direito como integridade, assim, é fonte e produto da interpretação, expressando a idéia de permanente construção. A coerência que DWORKIN propõe, porém, é mais horizontal que vertical (histórica), pois parte sempre do presente.¹⁹³

Nesse sentido, a interpretação jurídica é criativa, não porque visa a descobrir as intenções de determinadas pessoas ou grupos, mas porque pretende impor um propósito aos textos ou dados que se está interpretando. DWORKIN sugere a figura da *chain novel*: a interpretação jurídica seria equiparável a um romance em cadeia, em que cada capítulo é escrito a partir dos anteriores da melhor maneira possível. O Direito tem de ser mostrado em sua melhor luz, considerando-o como estruturado em um sistema coerente de princípios, mas, para tanto, seria necessário um juiz Hércules, com tempo infinito e talento sobre-humano, capaz de analisar todos os aspectos das práticas jurídicas.¹⁹⁴

Mesmo assim, DWORKIN defende a tese da *one right answer*, pois, ainda que dois juízes possam chegar a resultados diversos, ambos descobrem o Direito, não o inventam.¹⁹⁵ O postulado da única resposta certa não cuida de alguma verdade científica, mas de adequação com a teoria jurídica que melhor justifique o Direito vigente. A resposta certa decorre, dentre os argumentos apresentados, daquela decisão que

¹⁹² Idem, p. 249/260.

¹⁹³ Idem, p. 271/275.

¹⁹⁴ Idem, p. 275/299.

¹⁹⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 430.

apresentar melhor coerência normativa. E até nos *hard cases* é possível sustentar que, geralmente, apenas uma solução é a correta.

A resposta certa, evidentemente, somente existe na perspectiva do participante da prática social¹⁹⁶, bem como pressupõe uma comunidade jurídica fundada em *principles*, não apenas em *rules*. Os princípios não são padrões *ex post facto*, mas não se encaixam em eventual regra de reconhecimento, sendo obrigatórios apenas porque assumidos pela comunidade como tais. Mesmo que os princípios encontrem apoio em algum ato oficial, sua razão de ser é a compreensão do que é apropriado realizada pelos participantes do drama jurídico. Por isso, os princípios são controversos e incontáveis, além de encontrarem-se em constante transformação; decorrem eles de um amálgama de práticas sociais e jurídicas e de outros princípios, inclinando as decisões em determinado sentido.¹⁹⁷

Para DWORKIN, “uma proposição de Direito é bem fundada se faz parte da melhor justificativa que se pode oferecer para o conjunto de proposições jurídicas tidas como estabelecidas”, o que tem que ser aferido em duas dimensões: a dimensão da adequação supõe que uma teoria política é melhor que outra se abarcar mais dos dados jurídicos disponíveis; a dimensão da moralidade política supõe que uma teoria política é melhor que outra se apreender melhor os direitos que as pessoas têm, o que introduz certa indeterminação à avaliação, já que concepções morais diversas tenderão a entrar em disputa.¹⁹⁸

Com sua obra, DWORKIN, em colisão com os relativismos e ceticismos da atualidade¹⁹⁹ e apesar das críticas²⁰⁰, alcança uma combinação adequada das exigências racionais de coerência com as morais, o que se dá por seu postulado de que as pessoas

¹⁹⁶ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 210.

¹⁹⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, cit., p. 35/72.

¹⁹⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, cit., p. 213/214.

¹⁹⁹ GUEST, Stephen. Op. cit., p. 306.

²⁰⁰ RODRIGUES, Sandra Martinho. *A Interpretação Jurídica no Pensamento de Ronald Dworkin: uma abordagem*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 135/152.

devem ser tratadas com igual respeito e consideração: a integridade. Tal construção intelectual, além de robustecer a postura teórico-crítica diante das instituições jurídicas existentes, ilumina o trabalho prático de aplicação do Direito.

A igualdade, aliás, é, para DWORKIN, a virtude soberana: “nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade”²⁰¹.

Sustenta ele o ideal distributivo da igualdade de recursos privados, em contraposição ao de bem-estar. É figurado um leilão inicial – com lógica similar a dos mercados econômicos -, a partir do qual os recursos existentes seriam distribuídos. Com isso, as pessoas teriam à disposição os mesmos recursos externos, para deles fazerem o que puderem, consideradas as diferenças de habilidades. Cada um seria responsável pelo tipo de vida que escolhesse, mais arriscado ou mais seguro, assumindo os resultados decorrentes. Como as pessoas são distintas, não seria nem mesmo desejável que os recursos permanecessem os mesmos com o passar do tempo. Se alguém, por talento ou esforço superior, empregasse parcela de seus recursos para criar mais que outras, teria direito aos ganhos daí oriundos.²⁰² De qualquer modo, seriam previstas medidas compensatórias às pessoas atingidas pelo azar bruto (aleatório), como os deficientes.²⁰³

No plano da igualdade política, DWORKIN distingue o que chama de concepção separada e concepção dependente de Democracia: pela primeira, importariam somente os procedimentos de distribuição de poder político, sem consideração aos resultados; pela segunda, o decisivo seria a produção de decisões substantivas que tratassem todos os membros da comunidade com igual respeito e consideração, independentemente dos procedimentos seguidos. Na verdade, tratar-se-ia, mais do que uma questão de ênfase na participação ou na distribuição, da análise separada ou conjunta das igualdades política e

²⁰¹ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: A teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. IX.

²⁰² Idem, p. 108.

²⁰³ Idem, p. 95/104.

substancial. Evidentemente, a concepção separada de Democracia é a mais popular, mas DWORKIN entende que, em sua forma pura, não pode ter êxito.²⁰⁴

Para uma adequada compreensão do fenômeno político, DWORKIN distingue as dimensões vertical (entre cidadãos e autoridades) e horizontal (entre os cidadãos) do impacto (o que se pode fazer sozinho ao votar ou decidir) e da influência (o que se pode fazer, não apenas sozinho, mas também induzindo ou comandando outras pessoas a votar ou a decidir da mesma maneira). Além disso, diferencia as questões sensíveis das insensíveis à escolha: as primeiras são aquelas cuja solução correta depende essencialmente do caráter e da distribuição de preferências dentro da comunidade política (aplicação de verbas públicas na construção de estrada ou centro esportivo, por exemplo); já as segundas são aquelas cuja justiça independe da adesão majoritária da comunidade política (ilegitimidade da pena de morte, por exemplo).

A partir disso, DWORKIN defende uma concepção dependente de Democracia, em que a igualdade de impacto no plano horizontal constitui um ideal relativo a ser buscado, mas com a admissão de eventuais correções para atender particularidades que não o comprometam significativamente, como a criação de distritos eleitorais. É negada, porém, acolhida ao ideal da influência igualitária, pois a organização, o debate e a participação cidadã têm de ser estimuladas, além de produzir eventualmente resultados de esclarecimento relevantes; o que se tem de combater são apenas as formas degradadas de influência via fraude, logro ou abuso da riqueza. Mesmo em prejuízo à igualdade de impacto ou de influência, DWORKIN entende que a revisão judicial, principalmente a partir do controle de constitucionalidade das leis e dos atos governamentais, não é antidemocrática, ao menos a partir de sua concepção dependente. E isso porque a revisão judicial, além de não comprometer as metas simbólicas e os valores agenciais da Democracia, aprimora as decisões políticas, desde que restrita ao controle das questões insensíveis à escolha, e não àquelas cuja justiça depende das informações que uma

²⁰⁴ Idem, p. 255/261.

consulta pública generalizada possa oferecer.²⁰⁵ Em outras palavras, compete aos tribunais decidir questões de princípio, não de política (diretrizes)²⁰⁶.

Detém-se DWORKIN, ainda, na questão ética da vida boa, acentuando, em sua perspectiva liberal, que nenhuma vida humana pode ser desperdiçada e que todas têm igual importância, bem como que as pessoas têm a responsabilidade principal e intransferível pelo seu êxito existencial. Quanto à métrica dessa questão ética, sustenta que as pessoas buscam alcançar interesses volitivos, meras conquistas individuais que melhoram a própria vida (aprender a apreciar vinhos, por exemplo), e interesses críticos, que apresentam repercussão comunitária mais acentuada (ser um bom profissional, por exemplo), os quais, por vezes, podem ser contraditórios e demandar escolha, sem que uma metaética forneça os critérios de decisão. Os interesses críticos, por sua objetividade, não são aquilo que uma pessoa quer, mas aquilo que deveria querer, encontrando-se indexados à cultura, à capacidade, aos recursos e outras circunstâncias pessoais e sociais. Apesar de os interesses críticos pressuporem o reconhecimento de seu valor pela pessoa concernida, não se contrapõem frontalmente à Moral, sendo, aliás, integrados pela justiça, principalmente no que pertine à distribuição simétrica dos recursos, a qual não tem como ser realizada contrafaticamente, mas apenas de maneira dinâmica, por meio de instituições justas. Para a avaliação do mérito da vida, acolhe DWORKIN o modelo do desafio (que toma a vida como realização), em contraposição ao do impacto (que toma a vida pelas suas conseqüências). Na linha aristotélica, “a vida boa tem o valor inerente de uma ação habilidosa”. Viver a vida já constitui um grande desafio, que há de ser avaliado pela forma como foi enfrentado, independentemente do impacto proporcionado; assim, o valor do desempenho é completo em si. Como desafio, a arte de viver pode significar tanto conformidade como originalidade, sem que o modelo se comprometa com uma ou outra decisão. Da perspectiva política, a ética também limita a justiça, ao implicar o postulado da igualdade, no sentido de que todo

²⁰⁵ Idem, p. 261/289.

²⁰⁶ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, cit., p. 95/104

empenho pela realização de uma vida boa deve merecer idêntica consideração, mas o modelo admite a parcialidade, pois, desde que garantida a distribuição equânime de recursos, inclusive via medidas corretivas, nada impede que as pessoas dêem mais atenção ao destino de suas famílias ou de seus amigos, por exemplo. Ademais, a perspectiva liberal repudia, em geral, o paternalismo coercivo. O pluralismo e a tolerância atuais exigem que o governo não imponha a adesão interna a algum ideal de vida boa aos cidadãos, pois a avaliação depende do reconhecimento da bondade pelo próprio destinatário; daí a ilegitimidade da punição de alguém com base em seu estilo de vida apenas. Apesar disso, nada impede que algumas formas de vida, por intervenção estatal, sejam tornadas mais difíceis de se levar que outras. Para DWORKIN, o liberalismo “deve ser neutro em alguns níveis relativamente concretos da ética”, mas não nos níveis mais abstratos; daí a legitimidade da positivação constitucional de um ideal de vida boa.²⁰⁷

Evidentemente, a obra de DWORKIN insere-se na tradição jurídica anglo-saxã e norte-americana, a qual apresenta marcadas diferenças com a continental européia, em que se inclui o Brasil. Mesmo assim, sua construção intelectual é apta a orientar a reflexão crítica e a aplicação responsável do Direito, mesmo em nosso país, desde que consideradas as particularidades da formação sócio-cultural local.

4. Direito e verdade: a igualdade no projeto de vida comunitária constitucionalmente adequado

Nem Heidegger nem Gadamer, em suas obras, dedicaram muita atenção à Política ou ao Direito, apesar de o pensamento de ambos permitir algumas transposições à organização normativa da convivência humana.

²⁰⁷ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*, cit., p. 331/397.

O pensamento de Heidegger dirigia-se unicamente para o ser humano no singular - como projetos individuais de vida. Apesar disso, também ele percebeu que entre o homem e o "grande todo" existe "um outro reino", aquele "entre" onde se encontram os seres humanos em sua multiplicidade e diferença, que produzem a realidade política.²⁰⁸

Mesmo assim, Heidegger não foi capaz de alcançar, segundo SAFRANSKI, uma "ontologia da diferença", vale dizer, enfrentar o desafio filosófico de pensar a diferença humana como dificuldade e oportunidade para o próprio convívio. Ao invés disso, pensou o coletivo também no singular, a partir da idéia de povo. Mais instaurador que o eu-mesmo seria, para ele, o nós-mesmos, pois a impropriedade também existiria na perspectiva coletiva. E somente no povo haveria a possibilidade do nós autêntico.²⁰⁹

Para Heidegger, como antes se observou, o existir mais imediato do *Dasein* dá-se impropriamente, o que significa o descompromisso com o ser dos entes revelado pela postura de mera tagarelice. A Política, assim, pressuporia a possibilidade de a existência pública dos homens superar esse estado de coisas, em prol de uma coexistência autêntica.

Sem embargo, o *Dasein* tem como característica o ser-com-os-outros, circunstância inafastável de sua estrutura ontológica. O homem só existe como ser-no-mundo no ser-com-os-outros, já que o seu acontecer é um acontecer-com, determinando-se como envio comum²¹⁰. Portanto, a possibilidade de uma vida autêntica não pressupõe inevitavelmente o isolamento do ser-aí, pois o ser-com-os-outros não se dá apenas no impessoal. A constituição de um espaço público autêntico, assim, pode realizar-se a partir da autocompreensão do pertencimento a um destino histórico comum.²¹¹

²⁰⁸ SAFRANSKI, Rüdiger. Op. cit., p. 315.

²⁰⁹ Idem, p. 316/317.

²¹⁰ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*, cit., p. 477.

²¹¹ ERBER, Pedro Rabelo. *Política e Verdade no Pensamento de Martin Heidegger*. Rio de Janeiro: PUC; São Paulo: Loyola, 2003, p. 34/36.

A Política, em sentido autêntico, é compreendida como o modo fundamental do acontecer da verdade, constituindo até mesmo uma obra²¹². Heidegger vê na luta a condição fundamental do acontecer político, mas não se cuida de luta entre indivíduos ou povos, mas da luta entre velamento e desvelamento constitutiva da essência da verdade²¹³.

Um dos modos essenciais em que a verdade acontece e se instaura no ente é a Política, podendo exigir, dependendo das circunstâncias, "um outro início"²¹⁴, como o que Heidegger supôs estar vivenciando na década de 1930²¹⁵.

O próprio questionamento da essência da verdade, aliás, constitui uma forma fundamental de ação política. A *pólis* grega, por exemplo, fundava-se na essência da *alétheia*, que se dava pela palavra (*lógos*). Para os gregos, o homem somente é um animal político porque possui a palavra. Mas existe um co-pertencimento originário de desvelamento e velamento na *alétheia* grega, sendo a Política a arena dessa luta entre ambos. Com a república romana, opera-se a negatividade do velamento, com o *verum* opondo-se ao *falsum*, este compreendido no sentido de "derrubar". O *imperium* romano - o comando - invade o âmbito da verdade. A *veritas*, assim, edificada a partir da *eídos* platônica, inaugura a exclusão definitiva do velamento da essência da verdade, base da metafísica, que se torna o acontecimento fundamental da história do ocidente, do cristianismo à modernidade - "uma realidade imutável e exterior ao âmbito em que se desenrola a existência humana". Em outras palavras, a verdade como certeza inibe o auto-questionamento; se, para os gregos, a *pólis* era o próprio questionamento, para os modernos torna-se o inquestionável.²¹⁶

²¹² Idem, p. 58 e 61.

²¹³ Idem, p. 64/65.

²¹⁴ Idem, p. 74/75.

²¹⁵ CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Christian; SENELLART, Michel (Orgs.). *História Argumentada da Filosofia Moral e Política: A felicidade e o útil*. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2004, p. 628.

²¹⁶ ERBER, Pedro Rabelo. Op. cit., p. 80/100.

Aliás, *polis* remete também a *polemos*, vale dizer, a Política não é apenas a ordem instaurada a partir do desejo de viver junto, mas também o espaço do confronto. "Toda a arte consiste, então, em dominar esta violência sem por isso negá-la; transformar o antagonismo potencialmente destrutivo em agonismo democrático; criar uma ordem política sobre um fundo de desordem sempre ameaçador".²¹⁷

Heidegger sustenta, como se percebe, uma co-determinação entre existência humana e essência da verdade. Mas, para ele, o pensamento filosófico deve conduzir a Política em direção a uma reflexão radical da essência da verdade. Retomando a *alétheia* grega, Heidegger sugere a imagem da clareira para apontar a abertura a uma instância anterior à discussão das próprias possibilidades políticas, em que se dão as decisões fundamentais da comunidade. A clareira é a luta mesma entre desvelamento e velamento, por isso mais originária que a verdade como adequação. "Na clareira se tomam as decisões que fundam e determinam o modo de ser de uma comunidade histórica. É no acontecimento da clareira que se decide o âmbito de possibilidades a partir do qual se dão suas escolhas políticas." O contrato social, assim, não fundaria a comunidade, mas a pressuporia. E, como toda interação humana depende da linguagem, é ela que determina a própria comunidade. A essência da verdade, enquanto linguagem, não acontece no exterior da comunidade; ela é histórica e depende também do acontecer da Política, ou seja, do diálogo entre os membros da comunidade. Apesar de não ser a maioria quem escolha como a realidade se mostra, mesmo assim a ação humana pode ter alguma interferência nessa instância originária.²¹⁸

Verifica-se uma certa proximidade entre o pensamento político de Heidegger e de Dworkin: como visto, também para este a comunidade política não surge do contrato social, como o pensamento político iluminista sugere, mas lhe é anterior, já que decorre de práticas sociais que definem grupos e obrigações por uma atitude interpretativa.

²¹⁷ OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: EDUSC, 2005, p. 316.

²¹⁸ ERBER, Pedro Rabelo. Op. cit., p. 102/110.

É nessa instância básica de constituição da comunidade política onde se localiza a arena da luta entre desvelamento e velamento da essência da verdade, historicamente determinada, olvidada, porém, pela inércia do não-questionamento. No momento de "um outro início", como designado por Heidegger, porém, flagra-se o acontecimento da verdade na Política, pois, com a clareira aberta, a vida prática se revela com todas os seus conflitos, permitindo as escolhas.

A Constituição, como evento, portanto, aponta para esse reinício, significando a expressão do pacto político da comunidade, a partir do acontecimento da verdade no processo constituinte, em que os mais diversos segmentos sociais se capacitam a apresentar suas demandas. Trata-se, aliás, do acontecimento histórico privilegiado do questionamento, em que grupos até então sem palavra passam a manifestar-se. Esse "outro início" da Constituição vem condicionado pelo desvelamento ocorrido no momento de suspensão do impessoal da vida comunitária, a partir da clareira aberta para as questões de liberdade, igualdade e fraternidade ocultas pelo nós-mesmos precedente.

Mesmo assim, não se pode esquecer que o desvelamento jamais é total; sempre algo permanece na sombra; a essência da *alétheia*, aliás, aponta para essa inevitável forma da verdade: ao mesmo tempo em que desoculta, oculta. Daí o compromisso com a ação política autêntica, voltada à realização das promessas constitucionais, à luz dos embates sociais que a história vai revelando.

Heidegger, ao negar a possibilidade de um critério meta-histórico para a verdade, sustenta que existe apenas o acontecimento da verdade: uma história de projetos de ser, os quais se traduzem em processos criativos para a produção de um mundo interpretado e organizado de certo modo, material e espiritualmente²¹⁹ - do que decorre o dever filosófico de colaborar na história²²⁰.

²¹⁹ SAFRANSKI, Rüdiger. Op. cit., p. 265/266.

²²⁰ Idem, p. 270.

Evidentemente, a Política e o Direito co-determinam-se, pois o Direito fornece a moldura do decidível à Política, bem como seu procedimento, enquanto a Política seleciona as questões a serem tratadas juridicamente, deliberando sobre elas²²¹. Mais ainda: com a positivação constitucional do ideal moral de vida boa e de justiça da comunidade, as valorações políticas impregnam e orientam toda concretização legislativa e toda aplicação judicial ou administrativa do Direito.

Para GADAMER, assim, a hermenêutica jurídica tem um significado paradigmático. A exigência de documentação da lei decorre da necessidade de evitar-se o perigo de arbitrariedades ou erros em sua aplicação, de onde advém a imperiosidade de sua formulação rigorosa, com previsão do espaço de jogo da interpretação, mas com o asseguramento de sua atuação prática correta. Sem embargo disso, toda compreensão, inclusive no Direito, pressupõe uma relação prévia com o tema mediado pelo texto - a pré-compreensão. O sentido de que se trata de compreender somente se concretiza e se completa na interpretação, que se mantém inteiramente presa ao sentido do texto, consistindo na tarefa de mediar o ontem e o hoje, o tu e o eu. Mas o que é jamais pode ser completamente entendido, pois não há como eliminarem-se todos os âmbitos do oculto.²²²

A verdade no Direito, assim, depende de um tato especial no tratamento dos problemas jurídicos - antes que de algum método irrefutável -, em que a tarefa mais importante do intérprete é a de depurar seu compreender dos prejuízos inautênticos. A verdade no Direito, ademais, como em todos os outros campos, afigura-se inexaurível, como decorrência da inseparabilidade entre o patente e o latente: “a interpretação não é a

²²¹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, Política e Filosofia: Contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 45/46.

²²² GADAMER, Hans-Goerg. *Verdade e Método*, cit., p. 482/505.

enunciação completa do subentendido, mas a revelação interminável do implícito”²²³. Não há, pois, uma “verdade final”²²⁴.

Da perspectiva hermenêutica, então, a resposta juridicamente correta decorre da síntese da *applicatio*, devendo, evidentemente, ser fundamentada de modo racional, mas explicitar o compreendido é tarefa reservada às teorias discursivas. A compreensão - o como hermenêutico -, opera com anterioridade, de modo que nenhum método possa socorrê-la. Apesar de a compreensão não ser um ato meramente reprodutivo, mas produtivo - de atribuição de sentido, portanto -, ela somente exurgirá de acordo com as possibilidades do intérprete de dizê-la, a partir de seus preconceitos, os quais, se não bem equacionados, poderão comprometer, significativamente, o próprio acontecimento da compreensão.²²⁵

Por essa razão, nenhum método é capaz de exonerar o intérprete de sua responsabilidade política como agente do Direito, para atribuir eventuais injustiças a instâncias outras²²⁶. Isso, porém, não pode ser entendido como possibilidade de alcançar-se qualquer significação para o Direito, pois os postulados do círculo hermenêutico e da diferença ontológica protegem as decisões contra o relativismo. Há toda uma tradição jurídica que se impõe, além de os textos resistirem a arbitrariedades.

No âmbito do Direito especificamente, foi Dworkin quem mais enfaticamente sustentou a tese da única resposta correta, apontando para a verdade das proposições jurídicas. E, apesar de ele não compartilhar a atitude antifundacionista²²⁷, seu pensamento aproxima-se em aspectos importantes dos de Heidegger e de Gadamer. Basicamente, todos eles adotam, de algum modo, a perspectiva hermenêutica.

²²³ PAREYSON, Luigi. *Verdade e interpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 93/97.

²²⁴ PUTNAM, Hilary. *O colapso da verdade e outros ensaios*. Aparecida, SP: Idéias & Letras, 2008, p. 146.

²²⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, cit., p. 343/344.

²²⁶ *Idem*, p. 311.

²²⁷ MARCHART, Oliver. *El pensamiento político posfundacional: La diferencia política en Nancy, Lefort, Badiou y Laclau*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009, p. 25/53.

A tese da única resposta correta de Dworkin é, ela mesma, paradoxalmente, controvertida. Sem embargo, para a sua adequada compreensão, é preciso inseri-la na própria teoria político-jurídica desse autor.

A tese central de Dworkin, em torno da qual se articula todo o seu pensamento, é a dos direitos: os sujeitos têm, efetivamente, direitos, razão pela qual os juízes, em caso de litígio sobre sua existência ou alcance, devem decidir com base nesses mesmos direitos. E dizer que alguém tem direito significa dizer que também tem direito a uma decisão jurídica favorável em caso de controvérsia. Desta premissa decorre seu postulado da *one right answer*. Contudo, para que se possa buscar a resposta correta, é preciso que os juizes disponham de padrões normativos mais flexíveis para amparar seus julgamentos, o que é alcançado pelos princípios nos sistemas jurídicos complexos. Esses princípios devem, porém, ser entendidos de modo restrito, para não abarcar as diretrizes políticas, as quais podem ser satisfeitas de maneiras diversas, não sendo hábeis a sustentar a resposta correta. Os direitos decorreriam, assim, de regras expressas e de princípios morais admitidos pela comunidade. Ao mesmo tempo, Dworkin rechaça a distinção tradicional entre Direito e Moral, pois o jurista, com seu labor, deve, ao mesmo tempo em que respeita a prática jurídica em que está inserido, procurar apresentar o caso sob análise em sua melhor luz. Por isso, sua teoria abrange tanto elementos descritivos (as práticas jurídicas aceitas) como prescritivos (a adequação e a justificação político-moral).²²⁸

Com o giro hermenêutico que promove em sua obra a partir da década de 1980, Dworkin adota uma postura argumentativa frente ao Direito. Para ele, o Direito é uma prática interpretativa, distinguindo, nesse ponto, que a interpretação jurídica se realiza em três fases, como já mencionado: a pré-interpretativa, a interpretativa e a pós-interpretativa. Na primeira, é selecionado o material objeto da interpretação, considerando-o como o parâmetro no qual se aborda a questão jurídica suscitada. Nessa

²²⁸ BONORINO, Pablo Raúl. Op. cit., p. 32/24.

fase, até mesmo quais leis ou decisões judiciais devem ser consideradas pode ser objeto de controvérsia, mas não se pode questionar todas as crenças jurídicas a um só tempo. A prática institucional aponta, de certo modo, os atos normativos e os precedentes a serem considerados. Na segunda, avaliam-se as possíveis interpretações que se podem propor de referido material nas dimensões de adequação e de justificação. Mas não é preciso que a interpretação proposta se ajuste a todo o material considerado relevante, até por dificuldades de tempo, bastando que o faça em sua maior parte. Na terceira, opera-se a crítica da própria atividade institucional: caso a interpretação escolhida altere a forma como vinham sendo resolvidos os casos similares até então, pode promover mudanças na prática jurídica existente, desde a reforma em área determinada até a revolução de todo o ordenamento jurídico. Segundo Dworkin, a teoria jurídica deve dar conta dos chamados desacordos jurídicos, vale dizer, determinar quando uma proposição jurídica pode ser aceita como a resposta correta para dada questão. A seu ver, isso é alcançado pela comparação entre os argumentos apresentados, a partir do que é possível dizer qual é preferível. Em sendo assim, existem interpretações melhores que outras, e uma delas pode ser tida como a melhor de todas.²²⁹

A base normativa que Dworkin oferece para julgar quando uma decisão é melhor que outra é a da integridade: interpretar é fazer o melhor do objeto interpretado. Para tanto, a interpretação deve ajustar-se à prática em que se insere (adequação) e apresentar o material em seu melhor fundamento (justificação). A integridade deve operar tanto no âmbito legislativo (coerência das leis com os princípios acolhidos pela comunidade jurídica) como no judicial (coerência das decisões com esses mesmos princípios). A comunidade político-jurídica, bem entendida, é uma associação de princípios, em que seus membros aceitam o fato de que são governados por um conjunto de princípios morais comuns, a partir dos quais podem ser derivados os seus direitos e deveres. Personificando a comunidade, Dworkin ressalta que os critérios de construção e

²²⁹ Idem, p. 97/101.

avaliação dos argumentos jurídicos se constituem de eleições políticas, não de mera racionalidade, como o faz a dogmática jurídica.²³⁰

Dworkin também sugere que, na prática interpretativa, deve distinguir-se a integridade inclusiva da integridade pura. Aquela - a inclusiva - se encontra sujeita aos constrangimentos que a equidade e o devido processo impõem ao decidir o que é o direito, determinando o conteúdo atual de nosso Direito e constituindo o guia dos operadores jurídicos. Esta - a pura - somente leva em consideração a dimensão de justiça, para mostrar qual é o caminho que a prática jurídica deve seguir em seu desenvolvimento, tarefa dos filósofos políticos.²³¹

É importante observar que Dworkin não sustenta a tese de uma verdade metafísica a partir de seu postulado da *one right answer*. Ao contrário, para ele, a resposta correta somente pode ser alcançada da perspectiva dos participantes da prática jurídica. Decorre daí a tese débil da resposta correta, pois o que Dworkin defende é, tão-somente, que, dentre muitas respostas que rivalizam para resolver determinado caso jurídico, uma pode ser considerada a mais bem fundada, mesmo nos chamados casos difíceis²³².

E isso porque o Direito não pode ser considerado um simples amontoado de normas, mas uma reunião significativa que aponta para uma unidade, aquela dada pelos princípios morais acolhidos pela própria comunidade político-jurídica. Sem embargo, não se pode deixar de apontar uma crítica de matriz heideggeriana à figura de Hércules, juiz imaginário de Dworkin, capaz de argumentar ao infinito, em busca da decisão que melhor represente a construção jurídica adequada à tradição política da comunidade. Ocorre que, conforme aponta LEITER, o homem de Heidegger caracteriza-se por um “background of practical know-how” que é insuscetível de articulação teórica, de modo

²³⁰ Idem, p. 176/180.

²³¹ Idem, p. 42.

²³² Idem, p. 21/22.

que a teoria da adjudicação de Dworkin, por desconsiderar essa dimensão da existência humana, necessitaria ser aprimorada com a inclusão da sensibilidade, como elemento integrante do processo decisório, bem como da prudência, como elemento orientador da sabedoria prática.²³³

Mesmo assim, como observa STRECK, isso não implica a acolhida de uma orientação relativista, pois, ao contrário, é o modelo jurídico de regras do positivismo jurídico que proporciona amplo espaço de discricionariedade significativa aos juízes, pois tais padrões normativos, com sua pretensão onibarcante do mundo, sempre deixam algo de fora, que passará a ser livremente apreciado pelo operador do Direito. Os princípios, diferentemente, apesar de mais plásticos, circunscrevem a interpretação, ao introduzir o mundo prático no âmbito jurídico.²³⁴ Por eles, os conflitos reais da sociedade são compreendidos a partir dos ideais de vida boa e de justiça que a Constituição consagra, ao institucionalizar a própria Moral.²³⁵

Isso, evidentemente, não congela o sentido dos princípios, pois o texto constitucional também não se encontra imune aos efeitos da história, a qual inevitavelmente gera novas significações. Nem desintegração nem hiper-integração²³⁶, a tradição limita a atribuição possível de sentido ao texto constitucional, mas sofre, ao mesmo tempo, os influxos do tempo e das lutas sociais por novas formas de juridicidade.

O fenômeno jurídico, assim, não é atemporal, já que também decorrência do magma de significações imaginárias sociais²³⁷ de cada época e local. E isso porque a instituição da sociedade opera sobre a base de sentido possível gestado pela convivência intersubjetiva: “não escolhemos nem as perguntas às quais teremos que responder, nem

²³³ LEITER, Brian. “Heidegger and the Theory of Adjudication”. In: *Yale Law Journal*, 1996, v. 106, n° 2, p. 253-282.

²³⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, cit., p. 341/342.

²³⁵ Idem, p. 339.

²³⁶ TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 19/34.

²³⁷ CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, p. 388/390.

os termos nos quais elas serão colocadas, nem, sobretudo, o sentido último de nossa resposta uma vez dada”²³⁸. A verdade, assim, inclusive a jurídica, tem de ser entendida como “o movimento que rompe o fechamento que sempre se estabelece”, buscando “encontrar-se com o que existe”; daí que o seu lugar é o social-histórico²³⁹.

Se a Constituição pode ser tida como um "outro início", tal como sugerido pela obra de Heidegger, se o desafio maior da interpretação é o auto-esclarecimento, a partir da superação possível dos preconceitos ilegítimos, tal como indicado por Gadamer, e se, no Direito, o postulado básico de correção deve ser o da integridade, tal como defendido por Dworkin, a verdade jurídica - ou a resposta correta - depende de uma compreensão adequada do que seja a Constituição, de uma atitude atenta e crítica aos conflitos do mundo prático e de um compromisso radical com os princípios fundantes da comunidade política, notadamente o da igualdade.

Conforme aponta HÄBERLE, a verdade é um valor cultural irrenunciável do Estado Constitucional²⁴⁰, que somente se realiza a partir do intercâmbio livre de idéias²⁴¹, do que decorrem as liberdades científica, religiosa e artística. Mesmo havendo uma relação tumultuosa entre a política cotidiana e a verdade, essa - conforme sustenta ARENDT, em resposta às estratégias diversionistas do poder - constitui aquilo que não pode ser modificado em dado momento histórico, como tal encontrando guarida em instituições encarregadas de sua preservação, como os tribunais e as universidades²⁴², exatamente o complexo acadêmico-judicial tão criticado por GARCÍA AMADO²⁴³.

²³⁸ CASTORIADIS, Cornelius. *As Encruzilhadas do Labirinto IV: A ascensão da insignificância*. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 242.

²³⁹ Idem, p. 137.

²⁴⁰ HÄBERLE, Peter. *Verdad y Estado Constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 142.

²⁴¹ Idem, p. 128.

²⁴² ARENDT, Hannah. *Entre o Passado e o Futuro*. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007, p. 320/325.

²⁴³ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Sobre el Neoconstitucionalismo y sus Precursores*. Disponível em <http://www.geocities.com/jagamado>. Acesso em 27.01.2008.

Apesar de a Constituição ser abertura permanente, por configurar uma construção sempre inconclusa, caracterizada que está pela pluralidade de interesses²⁴⁴, sua realização depende da angústia do estranhamento dos intérpretes - operadores do Direito ou não -, bem como de disposição apropriada para concretizar o novo projeto de vida comunitária que entranha, calcado nos princípios do Estado Democrático e Social de Direito. Entre nós, porém, as atividades legislativa e judicial continuam a pautar-se pela tradição inautêntica que se buscou superar com o processo constituinte da década de 1980, perpetuando o padrão de desigualdade, via vantagens e desvantagens ilegítimas, que se refletem em todos os âmbitos sócio-jurídicos.

Em sendo toda experiência confronto, em que não se sabe se o novo superará o antigo²⁴⁵, é imperioso entender a Constituição como "um outro início", certamente mais modesto que o pensado por Heidegger em contraposição à sociedade tecnocientífica mundial, mas mesmo assim importante para todo um país. Esse "reinício" pressupõe, por isso, a compreensão dos conflitos gestados no mundo prático, desvelados naquele processo decisivo de suspensão do impessoal em prol do entendimento mútuo que caracterizou o momento constituinte.

Nesse sentido, não se pode esquecer a lição de CASTORIADIS: “o presente é sempre constituído por um passado que o habita e por um futuro que ele antecipa”²⁴⁶. É marcada, assim, a preocupação da Constituição com o rompimento do padrão de desigualdades que moldaram o Brasil desde seus primórdios coloniais. Inúmeros dispositivos seus apontam para essa orientação básica: os objetivos de reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III) e de promover o bem de todos sem qualquer discriminação (art. 3º, IV), a orientação da igualdade entre os Estados (art. 4º,

²⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 197.

²⁴⁵ Idem, p. 192.

²⁴⁶ CASTORIADIS, Cornelius. *As Encruzilhadas do Labirinto IV*, cit. p. 129.

V), o primado da igualdade (art. 5º, *caput*), a determinação da igualdade entre os sexos (art. 5º, I), os direitos sociais (art. 6º), entre inúmeros outros.

O Brasil, assim, por dispor de uma Constituição rígida e analítica, até mesmo dispensa, em parte, a construção intelectual de Dworkin, o qual, tendo de lidar com um texto sintético, fundamenta muitos dos direitos em princípios morais aceitos pela comunidade política, mesmo que não escritos. Entre nós, principalmente o elenco de direitos fundamentais consagrados, individuais e coletivos, reflete, com clareza e amplitude, o projeto de vida coletiva que se moldou para o país no processo constituinte da década de 1980. De alguma forma, positivaram-se, juridicamente, princípios político-morais suficientes à compreensão da feição que se buscou impor ao Estado e à sociedade brasileira.

A Constituição, como aponta STRECK, "abarca em seu texto um conjunto principiológico que contém a co-originalidade entre direito e moral", dispensando que se busque fora dela padrões para atribuição de direitos fundamentais. Em sendo a Constituição brasileira fortemente compromissória e social, incorpora princípios materiais ou substanciais, os quais "elevam ao patamar de obrigação jurídica a realização aproximativa de um ideal moral". Os princípios, assim, introduzem o mundo prático no Direito, com todos os seus conflitos, ao mesmo tempo em que conferem certa objetividade à interpretação, proporcionando-lhe "um fechamento", que "serve como blindagem contra a livre atribuição de sentido".²⁴⁷

Mesmo que os princípios remetam ao mundo prático - aos interesses plurais encampados pelo Direito -, algo sempre permanece na sombra. À medida que o tempo passa, os conflitos vão assumindo feição diversa, não captada pela clareira aberta anteriormente, a demandar extrema atenção e disposição para sua adequada

²⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 311/313.

compreensão. Inclusive as próprias práticas jurídicas, no parlamento e nos tribunais, podem contornar os conflitos que já existiam a partir dos chamados pré-textos, vale dizer, textos antitextuais que encaminham a interpretação a um sentido desviado do verdadeiramente projetado. É isso o que se verifica, por vezes, com o princípio da igualdade: uma excessiva ênfase na igualdade formal, meramente perante a lei, pode conduzir a situações iníquas, completamente divorciadas do legítimo sentido do princípio.

Segundo Dworkin, como já anotado, a igualdade é a virtude soberana, não havendo como reconhecer-se legitimidade a nenhuma comunidade político-jurídica que dela desdenhe. Esse ideal de igualdade inscrito na Constituição, porém, é de implementação gradual, dependente que se encontra da adequada compreensão da tradição autêntica e dos limites históricos, que é sempre meramente aproximativa.

A importância da igualdade como critério de justiça é revelada até mesmo pelo ódio. Como enfatiza ARENDT,

o ódio não é, de modo algum, uma reação automática à miséria e ao sofrimento; ninguém reage com ódio a uma doença incurável ou a um terremoto, ou, no que concerne ao assunto, a condições sociais que pareçam imutáveis. O ódio aparece apenas onde há razão para supor que as condições poderiam ser mudadas, mas não são.²⁴⁸

A partir do princípio da igualdade, assim entendido, é possível questionar a legitimidade das práticas políticas e sociais existentes²⁴⁹. O Estado Democrático e Social

²⁴⁸ ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001, p. 47.

²⁴⁹ DUMONT, aliás, alerta para o fenômeno da inversão que ocorre entre os valores-ideias dominantes, no sentido de que o que é verdadeiro no nível das concepções é invertido ao nível da experiência (DUMONT, Louis. *O Individualismo: Uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Rio de Janeiro: Rocco, 1985, p. 242/243).

de Direito caracteriza-se por seu potencial transformador da realidade, reconhecendo no coeficiente agencial²⁵⁰ o compromisso com a concretização do projeto constitucional.

Nesse chamado à responsabilidade que integra a própria Constituição, flagra-se a advertência de TRIBE e DORF:

A escolha básica que deve ser feita - e não é possível fazer esta escolha, nem pelo texto da Constituição e nem pela sua história - é a escolha entre enfatizar as funções 'conservadoras' de ambas as cláusulas, a da liberdade e a da igualdade (assim como outras), ou enfatizar o potencial que elas têm para gerar críticas e mudanças. A escolha que for feita precisa ser justificada extratextualmente, mas precisa e deve ser implementada por meio de caminhos que usam o máximo possível de orientações originárias do texto²⁵¹.

Essa decisão, contudo, não é obra solipsista do operador do Direito. O mundo é um mundo pensado; aliás, só é mundo pela intermediação humana. O paradigma da linguagem aponta para a intersubjetividade - para a relação sujeito-sujeito -, espaço privilegiado da compreensão. E é, assim, da capacidade de resistência constitucional²⁵² que o projeto de vida comunitário concebido na década de 1980 entre nós poderá alcançar realização.

Em sua relação com a Política - e, por conseqüência, com o Direito -, a verdade constitui aquilo que, apesar de sua inevitável ulterioridade²⁵³, não podemos modificar em dado momento histórico. Nesse sentido, a igualdade - e o princípio constitucional que a consagra - é incontornável, cumprindo ao acurado exame de sua tradição o

²⁵⁰ SZTOMPKA, Piotr. *A sociologia da mudança social*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998, p. 341/342.

²⁵¹ TRIBE, Laurence; DORF, Michael. Op. cit., p. 157.

²⁵² STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica Jurídica e(m) Crise*, cit., p. 324.

²⁵³ PAREYSON, Luigi. *Verdade e interpretação*, cit., p. 86.

desvelamento histórico de sua significação atual, pois a verdade é *alétheia* - interminável desocultação do oculto, acompanhada de eventuais ocultações do já desocultado.

Se o homem é, inapelavelmente, memória, é também projeto. E somente é assim porque circunscrita sua existência a um tempo dado. Por ser finito, o homem almeja superar a sua própria passagem. Nas obras humanas coletivas também se insinua a finitude. Nada é definitivo - nem mesmo a verdade. Nosso mundo é contingente, mas pode transformar-se em destino comum, já que agora alcançamos a consciência da sua própria contingência²⁵⁴.

²⁵⁴ HELLER, Ágnes. Op. cit., p. 98.

SEGUNDA PARTE

A TRADIÇÃO POLÍTICO-JURÍDICA DA IGUALDADE: A PERSPECTIVA DA IGUALIBERDADE

5. A tradição político-jurídica da igualdade: o igualitarismo e o assalto antiigualitário contemporâneo

A igualdade é tida, hoje, como um importante valor-guia da ética política, jurídica e social, mas seu significado e seu alcance têm variado no tempo e no espaço, além de apresentar pontos de contato com outros valores-guia também relevantes, como a liberdade e a segurança, o que contribui para a dificuldade de sua delimitação.

De uma perspectiva lógica, a igualdade significa equivalência parcial entre diferentes entes, diferindo, portanto, dos conceitos de identidade, que significa coincidência absoluta, e de semelhança, que significa mera afinidade. Nessa dimensão lógica, a igualdade apresenta três traços característicos: pressupõe uma pluralidade de pessoas, objetos ou situações; implica um juízo relacional; exige um elemento de comparação.²⁵⁵

Trata-se a igualdade, portanto, de um conceito plural, relacional e comparativo, através do qual tanto os aspectos coincidentes como os divergentes dos entes são relevantes à avaliação.

Desde cedo, a idéia da igualdade vem acompanhando a existência social dos homens. Já na Grécia clássica eram conhecidas as expressões *isonomia*, equivalente à igualdade ante a lei, *isegoria*, equivalente ao direito de expressar oralmente as próprias idéias, e *isotimia*, equivalente ao direito de aceder aos cargos públicos.²⁵⁶

Sem embargo disso, a formulação decisiva do princípio da igualdade se deve, principalmente, ao Iluminismo, como movimento cultural-filosófico, e à Revolução

²⁵⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Dimensiones de la igualdad*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2007, p. 17/18.

²⁵⁶ *Idem*, p. 17.

Francesa²⁵⁷, como acontecimento político, os quais viriam a conformar a modernidade político-jurídica do Ocidente, com os ideais que até hoje movem as comunidades humanas.

Até a Revolução Burguesa, os Estados europeus, notadamente a França, caracterizavam-se por um regime sócio-político estamentalizado, com uma série de leis privadas (privilégios) estabelecidas em favor de segmentos sociais específicos, como o clero e a nobreza. Por essa razão, os revolucionários trataram de instituir a igualdade como uma forma radical de ruptura com o passado.

Apesar de o lema *liberté, égalité, fraternité* ter impulsionado as mudanças decisivas do século 18, os direitos fundamentais que triunfaram com a Revolução, contudo, apareceram, basicamente, como liberdades, vale dizer, esferas de autonomia dos indivíduos em face do poder do Estado, impondo a abstenção de intromissão governamental nos espaços social e econômico – basicamente, o mercado e a opinião pública²⁵⁸. O pensamento liberal era marcadamente individualista, o qual partia do postulado da instituição contratualista do Estado, reflexo de uma visão micropolítica que se compatibilizava com a ênfase microeconômica também predominante.

Na prática, portanto, os ideais efetivamente implementados foram liberdade, propriedade e segurança: a liberdade, pela eliminação dos corpos intermediários (estados, grupos ou associações) representantes de interesses particularistas da comunidade, em prol da atomização social e da independência dos indivíduos; a propriedade, pela introdução do voto censitário, reservado aos proprietários mais ricos, os quais, desonerados das preocupações mundanas mais imediatas, supunha-se que melhor compreenderiam a realidade social para definir os rumos políticos da nação; a

²⁵⁷ FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 56/75.

²⁵⁸ MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Madrid: Editorial Trotta, 1988, p. 260.

segurança, como garante da liberdade, pela faceta repressiva de defesa e de segurança do Estado, que acompanhava o seu lado absenteísta.²⁵⁹

O processo de acelerada industrialização do século 19, porém, com as transformações sociais e econômicas a ele ligadas, propiciou o surgimento de grupos de interesse e de partidos políticos, o que levou os não-proprietários (o “quarto estado”) a pressionar pelo sufrágio universal. Nesse estágio, o ideal da igualdade assoma em importância, induzindo os movimentos voltados aos direitos de participação política (direitos eleitorais), bem como revelando novas dimensões das liberdades já alcançadas, como as de expressão, de associação e de imprensa.²⁶⁰

Em seguida, o século 20 assistiu à consolidação de uma sociedade de massas, alavancada pelo progresso técnico-científico, que conduziu ao desenraizamento da população, à urbanização acelerada, ao confinamento em fábricas, à influência desmedida da publicidade e dos meios de comunicação e à fragmentação social em novos grupos (como os sindicatos). A harmonia liberal foi desfeita pela conflituosidade dos interesses, levando à crescente intervenção do Estado, através do planejamento social, da direção econômica e da prestação de bens e serviços aos necessitados. A liberdade contratual e a concorrência econômica haviam conduzido a um mundo de injustiças flagrantes, escancarando a chamada questão social. Surgiram, então, os direitos quota-parte, relativos ao atendimento das carências materiais e espirituais dos segmentos sociais fragilizados, necessidades essas instrumentalizadas politicamente nas experiências nazi-fascista e comunista. Nesse momento, é o ideal da solidariedade que domina, mobilizando as sociedades pluralistas à integração comunitária.²⁶¹

As próprias liberdades mais uma vez transmutam-se ou alargam seus âmbitos. Em primeiro lugar, derivam-se o direito à greve, a liberdade sindical e até mesmo o

²⁵⁹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 50/51.

²⁶⁰ Idem, p. 51/53.

²⁶¹ Idem, p. 54/58.

direito ao trabalho, os quais podem ser designados como liberdades sociais, enquanto enfatizadas as dimensões negativas desses direitos sociais. Em segundo lugar, descobre-se, também, o viés prestacional das liberdades, conduzindo à noção de liberdades concretas, não meramente abstratas como na concepção liberal, a partir da objetivação dos direitos fundamentais, que passa a orientar todo o afazer político-jurídico do Estado.²⁶²

Essa evolução era praticamente inconcebível ao final do século 18. No pensamento iluminista, a igualdade era tida como natural, decorrência do reconhecimento da *ratio* como característica que identifica todos os homens, o que levou à sua desvalorização como ideal emancipador, degradada a mera exigência de generalidade da lei. O princípio da igualdade, portanto, para liberar seu potencial transformador, teve de ser compreendido como uma construção, "algo que se vai fazendo e que, mais do que ponto de partida, funciona, nas relações sociais, como ponto de chegada, como ideal a atingir"²⁶³. Vale dizer, a igualdade natural dos homens quanto a um aspecto - a razão humana - não implica a sua igualdade em outros; por isso, a igualdade, para ser juridicamente elaborada, pressupõe um especial conhecimento da realidade²⁶⁴, que aponte as situações carecidas e passíveis de igualação.

Operacionalmente, assim, o princípio da igualdade conduz da uniformidade à diferenciação: "à medida que a reflexão e a capacidade crítica da realidade circundante se ampliam e se intensificam, descobrem-se novas razões materiais, razoáveis e suficientes, para justificar alterações das normas jurídicas"²⁶⁵. Sendo relativa, a igualdade não exige apenas o tratamento igual de situações iguais, mas também o tratamento desigual de situações desiguais, o qual se dá em dois planos: no primeiro, comparam-se e qualificam-se as situações como iguais ou desiguais; no segundo,

²⁶² Idem, p. 58/60.

²⁶³ GARCIA, Maria Glória F. P. D. *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 12.

²⁶⁴ Idem, p. 13.

²⁶⁵ Idem, p. 15.

valoram-se tais situações, para decidir se demandam igualação ou desigualação. Entretanto, não são todas as igualdades ou desigualdades concretas que são relevantes juridicamente, mas apenas aquelas que correspondem às escolhas ético-políticas da comunidade. Tais opções refutam a arbitrariedade, mas não podem ser consideradas neutras, pois decorrem, não apenas de consensos sociais, mas também de "um núcleo humano irreduzível", historicamente determinado, mas não relativizável²⁶⁶.

O problema mais relevante que acompanha o termo igualdade é sua indeterminação significativa, já que pressupõe a resposta a duas questões políticas fundamentais: Igualdade entre quem? Igualdade em quê?²⁶⁷

Segundo BOBBIO, a igualdade, diferentemente da liberdade, é um valor “para o homem como ser genérico”, podendo ser considerada um bem “para os componentes singulares de uma totalidade na medida em que esses entes se encontrem num determinado tipo de relações entre si”.²⁶⁸

Geralmente associada à própria justiça, a igualdade pressupõe esferas de aplicação, as quais configurariam as formas aristotélicas da justiça comutativa e da justiça distributiva²⁶⁹, aquela voltada às relações sociais dos indivíduos ou dos grupos entre si, esta voltada às relações sociais dos indivíduos com o grupo e vice-versa. No primeiro caso, a igualdade surge como um problema de equivalência de coisas em relações sociais bilaterais e recíprocas; no segundo, como um problema de equiparação de pessoas em relações sociais multilaterais e unidirecionais. As situações geradas, em ambos os casos, segundo BOBBIO, configuram a justiça retributiva e a justiça atributiva, respectivamente. As situações de justiça atributiva são inumeráveis; já as de justiça retributiva podem ser resumidas em quatro casos típicos: relação entre

²⁶⁶ Idem, p. 17/19.

²⁶⁷ BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p. 11/12.

²⁶⁸ Idem, p. 12/13.

²⁶⁹ FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 29/42.

mercadoria e preço (retribuição de um bem com um bem: preço justo), entre trabalho e salário (retribuição de um bem com um bem: salário justo), entre dano e reparação (retribuição de um mal com um mal: indenização justa) e entre crime e castigo (retribuição de um mal com um mal: pena justa).²⁷⁰

Sem embargo, até mesmo a igualdade pode ser considerada justa ou injusta, dependendo dos critérios de justiça que se utilizem. Se a fórmula da igualdade pode ser resumida à expressão “a cada um, o seu”, o problema radica em especificar segundo quais critérios, já tendo sido sugeridos os do mérito, da capacidade, do talento, do esforço, da necessidade etc., que, geralmente, nas situações concretas, são temperados uns com os outros. Por essa razão, a regra de justiça, segundo a qual se devem tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, pressupõe, ainda conforme BOBBIO, que já se tenham resolvidos os problemas de justiça retributiva e atributiva, vale dizer, que haja sido especificado quando duas coisas devem ser consideradas equivalentes e quando duas pessoas devem ser equiparáveis. Em outras palavras, enquanto os critérios de justiça retributiva e atributiva são constitutivos da igualdade social, a regra de justiça é meramente mantenedora dela. Sendo meramente formal, a regra de justiça confunde-se, portanto, com a legalidade, implicando a imparcialidade na aplicação da lei. Desse modo, mesmo que os critérios de justiça retributiva e atributiva de uma determinada ordem político-jurídica não sejam inteiramente justos, sua aplicação generalizada atenua o sentimento de injustiça: “mal comum, consolo de todos”.²⁷¹

As revoluções liberais do século 18 - a francesa e também a norte-americana - sufragaram a igualdade entre os homens, sem atentarem para a impossibilidade de todos serem iguais em tudo. É por essa razão que a igualdade diante da lei resultou na única concreção imediata e universal de tal postulado, sendo reconhecida em todas as ordens jurídico-constitucionais contemporâneas, ao menos no Ocidente. O alvo principal dessa especificação da igualdade foi o Estado de ordens ou estamentos, em que os cidadãos

²⁷⁰ BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 16/18.

²⁷¹ Idem, p. 20/22.

eram divididos em categorias jurídicas diversas, como superiores e inferiores, beneficiados com vantagens ou onerados com desvantagens agora consideradas injustificadas.²⁷²

Mas até mesmo a simples igualdade diante da lei entranha controvérsias, como a da definição dos destinatários do postulado jurídico: os juízes somente ou o legislador também? Se direcionada ao Poder Judiciário, a igualdade “perante a” lei significa apenas o dever de imparcialidade na aplicação da lei. Se dirigida também ao Poder Legislativo, a igualdade “na” lei apresenta-se mais complexa, importando, basicamente, na proibição de discriminações arbitrárias quando das inovações normativas; vale dizer, até se admite, nessa perspectiva, que a lei realize diferenciações, desde que elas se encontrem justificadas juridicamente, especialmente a partir dos balizamentos constitucionais.

BOBBIO ainda distingue, da igualdade diante da lei, a igualdade jurídica e a igualdade nos direitos. Esta implica, além do direito de ser tratado como um igual perante a lei ou na lei, o desfrute de todos os direitos fundamentais enumerados na Constituição. Aquela diz respeito à igualdade “naquele atributo particular que faz de todo membro de um grupo social, inclusive a criança, um sujeito jurídico”, isto é, a titularidade de capacidade jurídica.²⁷³

A concepção dos Estados contemporâneos como democracias sociais, segundo BOBBIO, levou, também, à especificação da igualdade de oportunidades, tida como uma forma de equiparação das chances ou dos pontos de partida, e da igualdade de fato, contraposta à igualdade meramente de direito, tida como igualdade econômica ou de bens materiais, a partir de uma visão “segundo a qual toda a vida social é considerada uma grande competição para a obtenção de bens escassos”.²⁷⁴ E é por esse viés do

²⁷² Idem, p. 25/27.

²⁷³ Idem, p. 29/30.

²⁷⁴ Idem, p. 30/35.

princípio da igualdade que se justificam as políticas de reserva de vagas em trabalho ou em concursos públicos, bem como os programas de redistribuição de renda.

Diante desse quadro, o igualitarismo radicaliza a experiência da igualdade. Das respostas às questões políticas básicas da igualdade - igualdade entre todos em tudo, igualdade entre todos em algo, igualdade entre alguns em tudo, igualdade entre alguns em algo - o igualitarismo reconhece como ideal, talvez inatingível, a primeira diretriz, que haveria de ser alcançada por aproximações sucessivas. É para a igualdade do maior número de pessoas no maior número de bens que se orienta a doutrina igualitária, exatamente por ter como fundamento que a igualdade entre os homens é desejável. Com essa orientação, o igualitarismo apresenta-se como proposta de modificação do estado de fato - como doutrina reformadora ou até revolucionária -, diante da constatação de que as sociedades até hoje existentes são desiguais.²⁷⁵

Sem embargo, igualitarismo e liberalismo não são completamente antitéticos, apesar de historicamente terem sido consideradas doutrinas antagônicas e alternativas. Enquanto o não-igualitarismo, em franca oposição ao igualitarismo, prega que apenas alguns homens são iguais, o liberalismo assume que todos os homens são iguais, mas apenas em relação a alguns bens, exatamente aqueles elencados como direitos fundamentais. Sua contraposição parcial ao igualitarismo reside, portanto, no reconhecimento inclusive da liberdade de possuir e acumular, sem limites, bens econômicos, bem como de empreender operações de troca, o que pode não compatibilizar-se com os postulados da igualdade de fato e de oportunidades.²⁷⁶

Apesar de serem possíveis sínteses teóricas e práticas de compromisso entre igualitarismo e liberalismo, como intenta o próprio BOBBIO²⁷⁷, ambas as doutrinas

²⁷⁵ BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 35/40.

²⁷⁶ Idem, p. 40/41.

²⁷⁷ SQUELLA, Agustín. "Libertad y igualdad em el pensamiento político de Norberto Bobbio: ¿Se puede ser liberal y a la vez socialista?". In: *Isonomia*, 1999, nº 11, p. 77-94. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com>. Acesso em 22.04.2008.

geralmente partem de concepções diversas da sociedade: individualista, pluralista e conflitualista, para os liberais; totalizante, harmônica e monista, para os igualitários. Aqueles promovem a expansão da personalidade individual; estes, o desenvolvimento harmonioso da comunidade. Aqueles concebem o Estado como limitado e garantista; estes, como intervencionista e dirigista.²⁷⁸

A relatividade dessas concepções, porém, é enfatizada pela Antropologia. Como anota DUMONT, as sociedades humanas podem assumir, em traços gerais, uma forma holista - que valoriza a ordem, pela conformidade de cada elemento ao seu papel no conjunto da sociedade - ou uma forma individualista - que valoriza os homens individualmente, como iguais e livres. Nas primeiras, as necessidades individuais são subordinadas às da sociedade; nas segundas, ocorre o inverso. Historicamente, a maioria das sociedades humanas adotou a feição holista, sendo o individualismo um fenômeno tipicamente moderno. O surpreendente é que, conforme ele, as sociedades holistas implicam hierarquia, enquanto a individualista, igualdade - as quais podem, evidentemente, assumir graus variados. A seu turno, as sociedades individualistas pressupõem não apenas a igualdade, mas também a liberdade, valores que nem sempre são convergentes. Mais ainda: o fato é que todas as formações sociais apresentam combinações de igualdade e hierarquia.²⁷⁹

De qualquer forma, a igualdade, como ideal de eliminação das desigualdades intoleráveis, hoje parece politicamente irresistível, bastando atentar para a força dos movimentos de grupos historicamente excluídos, como as mulheres e as minorias raciais. Não é por outra razão, aliás, que as Constituições dos Estados democráticos, entre as quais a do Brasil de 1988, acolhem a igualdade como valor, princípio e direito fundamental basilar, a orientar todo o afazer da comunidade político-jurídica.

²⁷⁸ BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 42.

²⁷⁹ DUMONT, Louis. *Homo Aequalis*: gênese e plenitude da ideologia econômica. Bauru: EDUSC, 2000, p. 13/15.

Da perspectiva jurídica, aliás, a igualdade pode ser considerada ínsita ao Direito, como revela a palavra grega *íson*, que significa igualdade, mas era usada para expressar, em linguagem popular, o próprio Direito²⁸⁰.

Apesar dessa remota implicação recíproca, coube ao *Bill of Rights* de Virgínia, nos Estados Unidos, em 1776, a primazia na consagração jurídica da igualdade entre os homens, mediante a expressão *all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights*. Em seguida, em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem retomou-a: *les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits*. Mas o enunciado clássico é o da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1793: *tous les hommes sont égaux par la nature et devant la loi*.

Contudo, desde sua proclamação nos textos jurídicos das revoluções liberais do final do século 18, o princípio da igualdade tornou-se significativamente mais complexo, decorrência dos embates sociais e da reflexão crítica.

GARCIA identifica três fases na evolução da compreensão jurídica do princípio da igualdade²⁸¹.

Em um primeiro momento, concebeu-se o princípio da igualdade como um valor absoluto - postulado do pensamento racionalista e individualista dominante -, a exigir também um tratamento jurídico absoluto. Daí a degradação do princípio da igualdade a mera exigência de generalidade da lei, com uma faceta exclusivamente formal, decorrência da crença otimista na sabedoria do legislador e na sacralidade da lei. Cuidava-se apenas de robustecer a força do Parlamento, em detrimento dos Poderes Executivo e Judiciário, mais comprometidos com o antigo regime, além de extinguir os privilégios de classe, notadamente do clero e da nobreza, como já referido.

²⁸⁰ GARCIA, Maria Glória F. P. D. Op. cit., p. 20.

²⁸¹ Idem, p. 36.

Desconsiderando as diferenças econômicas, sociais e culturais dos indivíduos, foram todos iguallados como cidadãos, como tais sujeitos à aplicação de uma mesma lei.²⁸²

Em seguida, apesar de a dicção do princípio ter continuado a mesma, sua compreensão sofreu radical inflexão, na linha aristotélica, no sentido de afirmar a igualdade como um valor relativo, não mais absoluto. Vale dizer, apesar de ainda continuar-se a sustentar a natural igualdade humana revelada pela razão, percebeu-se que as diferenças em todos os outros aspectos não eram, por isso, eliminadas ou atenuadas. Aparece, aqui, juridicamente, a distinção que configura a regra da justiça: tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais - o que não deixa de ser uma fórmula vazia, já que imprescindíveis se apresentam os critérios para identificar as situações como iguais ou desiguais. Entretanto, dificilmente duas situações são iguais ponto por ponto; mais comum é a igualdade em alguns aspectos apenas, o que gera a necessidade de estabelecer quais os relevantes à análise, a revelar que a igualdade pertence ao "mundo do entendimento", ao "mundo das coisas pensadas". Formalmente, a igualdade é uma só, mas, materialmente, apresenta vários conteúdos possíveis, dependendo do termo de comparação que é utilizado. Conseqüentemente, o juízo de igualdade/desigualdade não prescinde de valores, já que somente pode ser alcançado mediante uma particular valoração da realidade. E quais valores devem orientar as decisões é algo que depende da própria ordem jurídica em que são tomadas, à luz de fins específicos que orientam seu afazer político-jurídico, notadamente aqueles acolhidos pela Constituição. Logo, o ponto sensível do princípio da igualdade é o critério de comparação utilizado. Sempre pode restar certo grau de discricionariedade aos poderes públicos na concreção do princípio, mas a arbitrariedade resta vedada. Com esse perfil, o princípio da igualdade já não se caracteriza como meramente formal, uma vez que impõe a adoção de um critério material razoável e suficiente para o tratamento jurídico a

²⁸² Idem, p. 36/40.

ser dado a determinada situação, funcionando, assim, como limite externo à atuação do Estado.²⁸³

Por fim, a igualdade passa a ser reportada à própria lei, e não apenas às situações em que é aplicada: uma igualdade nos resultados, própria da concepção social do Estado de Direito. A igualdade converte-se em um limite interno à atividade do Poder Público, do qual se exige uma atuação corretiva dos abusos das liberdades individuais. A força dos critérios de igualação é reduzida em prol de fins a serem alcançados: igualdade através da lei. Destaca-se a "dimensão participativa da igualdade", já que a igualdade social a ser buscada depende do debate e da deliberação democrática de cada época histórica, não entranhando nenhum conteúdo definitivo ou imutável. Sem embargo, a própria Constituição, com sua força normativa acentuada, aponta tarefas de igualação social, como tais indeclináveis ao Estado e até mesmo, em alguns casos, diretamente justiciáveis.²⁸⁴

Também PECES-BARBA MARTÍNEZ indica especificações do princípio jurídico da igualdade. No que pertine à igualdade ante a lei, também chamada de formal, sustenta que se encontra diretamente correlacionada ao valor da segurança jurídica, podendo assumir três dimensões. Pela primeira, a igualdade formal significa generalização, vale dizer, expressa a exigência de que, em superação dos privilégios, as normas jurídicas sejam dirigidas a um abstrato *homo juridicus*. Pela segunda, delinea-se a igualdade de procedimento ou igualdade processual, através da qual os conflitos são resolvidos mediante regras prévias e imparciais, que conformem um mesmo procedimento para todos, propiciando aos operadores do direito julgar com independência; aqui, a igualdade é formulada como direito fundamental à jurisdição, ao procedimento e ao juiz natural. Por fim, pela terceira, exige-se a igualdade de trato formal, mediante formas de equiparação e de diferenciação, pelas quais se apontem os

²⁸³ Idem, p. 40/63.

²⁸⁴ Idem, p. 63/69.

traços característicos relevantes de cada situação, para que se alcancem soluções isonômicas.²⁸⁵

Por outro lado, a igualdade material, diferentemente da formal - própria dos Estados parlamentares representativos e com origem no pensamento liberal moderno -, constitui um signo distintivo dos Estados sociais contemporâneos, não se limitando ao âmbito meramente jurídico, já que avança nos planos social e econômico da sociedade real. Discordando das posturas mais radicais do pensamento igualitarista, que, segundo ele, dissolve o indivíduo na comunidade, PECES-BARBA MARTÍNEZ advoga uma concepção liberal da igualdade, através do alcance de condições materiais suficientes para o exercício da autonomia pessoal. Nessa perspectiva, a igualdade não seria um ponto de chegada, mas um ponto de partida, de onde os indivíduos pudessem desenvolver suas potencialidades com independência. Com viés cooperativista, essa idéia de igualdade material afasta-se das visões extremadas do liberalismo, que pressupõe os homens como seres isolados e egoístas. Enfim, essa igualdade de trato material assume a forma de diferenciação, já que opera pela via da desconsideração de privilégios do âmbito dos direitos fundamentais, como a propriedade privada, bem como pela via da satisfação de alguma necessidade fundamental que constitua obstáculo ao livre desenvolvimento da personalidade e que não possa ser atendida pelo indivíduo por seu único esforço, como a saúde e a educação. Se as necessidades podem justificar a instituição de direitos, as capacidades podem justificar deveres, como os casos de tributação progressiva.²⁸⁶

Concepções unidimensionais da igualdade material, contudo, desconsideram as imposições históricas, as quais surpreendem por suas demandas de igualação em contextos espaço-temporais distintos. Como refere HÖFFE, "tanto para a vida quanto para o desenvolvimento das capacidades de pensar e falar são necessárias prestações

²⁸⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 182/184.

²⁸⁶ *Idem*, p. 184/189.

positivas que são formadas, em parte, por bens; em parte, por serviços; e em parte por posições e oportunidades"²⁸⁷.

Juridicamente, é na Constituição, que as diversas dimensões da igualdade encontram, de modo mais ou menos expresso, guarida reforçada: seja quanto à generalidade da lei (art. 5º, II, da Constituição brasileira), seja quanto à vedação de discriminação (arts. 3º, IV, e 5º, *caput* e I, da Constituição brasileira), seja quanto à imposição de tarefas de igualação social (arts. 3º, III, 6º, 7º, XXX, XXXI e XXXIV, e 193 da Constituição brasileira)²⁸⁸.

Contudo, é preciso enfatizar que o alcance do princípio jurídico da igualdade não se encontra delimitado de uma vez para sempre. Segundo VIEIRA DE ANDRADE, o sistema dos direitos fundamentais, em que se insere a igualdade, encontra-se em permanente transformação - um *perpetuum mobile*²⁸⁹ -, caracterizando-se pela acumulação (cada momento histórico formula novos direitos), pela variedade (esses direitos são estrutural e funcionalmente diferentes) e pela abertura (nenhum catálogo esgota o conjunto e o conteúdo desses direitos), apesar de apresentar um elemento comum que reside na idéia de proteção da dignidade da pessoa contra os poderes, públicos e privados, existentes em sociedade.²⁹⁰

Sem embargo, nesse começo de milênio, as mudanças passaram a ser vertiginosas. Assiste-se à consolidação de uma sociedade informacional e globalizada

²⁸⁷ HÖFFE, Otfried. *A Democracia no Mundo de Hoje*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 78/79.

²⁸⁸ Em análise dos dados de pesquisa realizada em 2000, como parte do “International Social Survey Programme”, SCALON confirma, estatisticamente, a legitimidade de tais normas, anotando que tanto a elite quanto o povo brasileiro em geral reconhecem que o País apresenta elevado nível de desigualdade social (96,5% da elite e 96% do povo em geral), bem como que a estrutura social tem a forma piramidal, de base alargada e topo estreitíssimo (89% da elite e 80% do povo em geral). Também aponta que, normativamente, ambos os grupos preferem uma estrutura social em forma de losango, com uma ampla classe média (64% da elite e 54% do povo em geral). Apesar disso, atribui-se ao governo a tarefa de reduzir as desigualdades, não se sentindo os agentes capacitados eles mesmos a combater as disparidades (SCALON, Celi. “Justiça como igualdade? A percepção da elite e do povo brasileiro”. *In: Sociologias*. Porto Alegre, 2007, n° 18, p. 126-149).

²⁸⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Op. cit.*, p. 98.

²⁹⁰ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Op. cit.*, p. 65/66.

economicamente, ao enfraquecimento da forma Estado-nação, tanto externa como internamente, ao surgimento de novos riscos, como o ecológico, à celebração da cultura de consumo, entre outros fenômenos, os quais portam formas embrionárias de direitos, mas ao mesmo tempo solapam algumas das outras formas que se haviam consolidado. Em outras palavras, da perspectiva ideológica, aspectos progressivos e regressivos misturam-se, estimulando movimentos sociais emancipadores, mas também reações aniquiladoras de conquistas passadas.

O assalto antiigualitário, como denominado por PÉREZ LUÑO²⁹¹, parece dominar os discursos e as práticas sócio-políticas regressivas da atualidade. Paradigmática, nessa linha, é a postura filosófica de RAE, que praticamente nega qualquer rendimento prático ao ideal da igualdade, para ele excessivamente abstrato e simplista, insuscetível de delimitação significativa e incompatível com a atual complexidade do mundo²⁹².

Mas não apenas isso. ALEGRE aponta três argumentos fundamentais das correntes antiigualitárias: o da nivelção para baixo, o das liberdades e o da inveja. O primeiro argumento, de caráter conseqüencialista e deontológico, acentua que o valor-guia da igualdade obstaculiza o incremento do bem-estar agregado da comunidade, além de permitir a afetação dos interesses de quem tem mais para nivelá-los com os demais. O segundo, de caráter deontológico, aponta para a natureza autoritária do ideal da igualdade. O terceiro, que se move no plano das virtudes, enfatiza que as pessoas não deveriam comparar-se umas às outras para verificar quem possui mais ou menos: o igualitarismo seria, assim, um produto do vício da inveja.²⁹³

Contudo, desde as três dimensões relevantes da prática moral ou política - conseqüências, deveres e virtudes -, o ideal da igualdade merece, segundo ALEGRE,

²⁹¹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Op. cit., p. 42.

²⁹² RAE, Douglas. *Equalities*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1981, p. 150.

²⁹³ ALEGRE, Marcelo. "¿Quién le teme a la igualdad?". In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2004, n° 27, p. 181-210. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com>. Acesso em 22.04.2008.

ainda assim, ser defendido. E isso porque o valor-guia da igualdade não aponta, necessariamente, para uma nivelção para baixo e, mesmo quando isso ocorre, não é, necessariamente, negativo. Além disso, o ideal da igualdade contrasta radicalmente com a servidão, exatamente porque sua busca aproximativa amplia o grau de autonomia dos indivíduos. Por fim, uma sociedade estruturada em bases igualitárias estimula relações e instituições mais cooperativas, potencialmente minimizadoras da própria inveja - sem esquecer que tão contrário à virtude quanto invejar é desejar ser objeto da inveja dos outros. A igualdade, na verdade, somente é temida por aqueles que a confundem com a caricatura construída por seus inimigos.²⁹⁴

É certo que a tradição liberal ocidental não está dissolvida²⁹⁵ – e nem parece desejável que o seja -, mas o caráter acumulativo do sistema de direitos fundamentais aponta para o resgate, na vida prática, dos conteúdos já delimitados historicamente e ainda não esgotados em seu potencial de valor-guia. A desconsideração da igualdade no obrar político-jurídico contemporâneo tem conduzido ao ressurgimento de alarmantes diferenciais de poder, nos mais diversos âmbitos da convivência social, imunes à atuação corretiva dos canais democráticos de debate e deliberação.

Uma tradição inautêntica, paulatinamente, forma-se, não isenta de desígnios escusos, voltada ao esquecimento do processo histórico de construção do sentido do princípio da igualdade, forjado ao cabo de lutas sociais e de reflexão crítica, na busca de formas de vida comum mais justas. Com discursos e práticas muitas vezes sutis, o assalto antiigualitário invade o imaginário social, com a defesa da naturalidade de todas as desigualdades, levando, assim, à apatia política.

Apesar de enfraquecida como prática sócio-jurídica, a igualdade ainda conta com elaborada articulação na Filosofia Política, não superada pelas orientações – que apontam para o esvaziamento do princípio que a consagra.

²⁹⁴ *Idem.*

²⁹⁵ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Op. cit.*, p. 67.

6. Etienne Balibar e a *aequalibertas*: uma perspectiva hermenêutica

Todos merecem ser tratados igualmente, mas o paradoxo da igualdade²⁹⁶ é que nenhuma pessoa é igual a outra. Por isso, conceitualmente, "la idea de igualdad establece una relación entre dos o más personas, cosas o hechos que, aunque diferenciables en uno o varios aspectos, son consideradas idénticas en outro u otros aspectos conforme a un criterio relevante de comparación"²⁹⁷. Quanto a esse ponto, talvez não haja significativa divergência: segundo KYMLICKA²⁹⁸, toda teoria política parte do mesmo valor fundamental - a igualdade -, apesar de o acordo ocorrer em um nível elevado de abstração do conceito. As discussões mais relevantes surgem apenas no momento em que se passa a defender, normativamente, alguma concepção particular de igualdade, ou seja, quando se debatem os critérios relevantes para a igualação²⁹⁹.

Ao abordar as teorias políticas mais relevantes da atualidade, DE VITA esclarece que existem duas proposições básicas concebíveis pela razão prática: "(1) a vida de todas as pessoas tem valor e um valor igual; (2) cada pessoa tem sua própria vida para levar". Daí decorreriam dois tipos de razões morais para agir: as razões "neutras em relação ao agente" e as razões "relativas ao agente".³⁰⁰

As razões neutras em relação ao agente são aquelas que temos para agir desinteressadamente apenas porque resultará em um estado de coisas avaliado como

²⁹⁶ FROSINI, Vittorio. "Paradosso dell'eguaglianza". In: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1976, IV Serie, LIII, p. 541/543.

²⁹⁷ RUIZ MIGUEL, Afonso. "Concepto y concepciones de la igualdad". In: *Horizontes de la Filosofía del Derecho*: Homenaje a Luis García San Miguel. Coord. Virgilio Zapatero Gomez. Alcalá de Henares: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares, 2002, p. 671-699.

²⁹⁸ KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 5.

²⁹⁹ ALEGRE, Marcelo. "Igualdad y discurso moral". In: *Isonomia*, 2005, n° 23, p. 115-143. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com>. Acesso em 22.04.2008.

³⁰⁰ DE VITA, Álvaro. *A justiça igualitária e seus críticos*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 1/2.

moralmente superior ao precedente. Tais razões advêm de valores comuns, além de serem caracterizadas pela imparcialidade, pois decorrem de uma consideração impessoal pelo bem-estar ou pelos interesses de todos, e pelo consequencialismo, pois o que importa é o resultado efetivamente alcançado pela ação.³⁰¹

Já as razões relativas ao agente são aquelas que temos para agir a partir de uma perspectiva individual, podendo ser de três tipos: de autonomia pessoal (quando se consideram objetivos e projetos pessoais), de obrigações especiais (quando se consideram alguns vínculos especiais que autorizam certa parcialidade, como na relação entre pai e filho) e de restrições deontológicas (quando se consideram interdições à ação, como a proibição da tortura).³⁰²

Ainda segundo DE VITA, o libertarianismo hayekiano e o contratualismo hobbesiano somente admitiriam razões relativas ao agente como fundamento da moralidade política: para o primeiro, a concepção de justiça limita-se às restrições deontológicas (apenas não violar as normas de proibição de ações que possam causar danos a outros); para o segundo, a concepção de justiça restringe-se à autonomia individual (apenas atender às restrições morais que decorrem da racionalidade das pessoas, por tal entendido o empenho em maximizar a realização de seus próprios objetivos). Diferentemente, o utilitarismo e o liberalismo igualitário rawlsiano conferem relevância às razões neutras em relação ao agente, as únicas, segundo ele, capazes de fundamentar uma concepção plausível de justiça política. A vantagem da teoria de Rawls estaria no mais adequado equilíbrio entre os diversos tipos de razões, já que o utilitarismo, com o seu princípio da utilidade média, não estaria comprometido seriamente com a igualdade distributiva ou com as liberdades básicas.³⁰³

³⁰¹ Idem, p. 2/3.

³⁰² Idem, p. 4/7.

³⁰³ Idem, p. 7/17.

Para RAWLS, a justiça é a principal virtude das instituições sociais, razão pela qual qualquer prática ou lei, por mais eficiente que seja, deve ser reformada ou abolida, se injusta. A sociedade é concebida por ele como uma associação de pessoas que, em suas relações, reconhecem certas normas como obrigatórias e, geralmente, agem de acordo com elas. Desta associação, porém, decorrem uma identidade e um conflito de interesses entre as pessoas: a primeira, porque, em cooperação, todos podem alcançar uma vida melhor do que a que alcançariam apenas através de seus próprios esforços; o segundo, porque todos preferem ter uma participação maior na distribuição dos benefícios gerados comunitariamente.³⁰⁴

O objeto da justiça, assim, seria, segundo RAWLS, não as condutas de agentes individuais, mas a estrutura básica da sociedade³⁰⁵, ou seja, o específico arranjo pelo qual "as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social"³⁰⁶.

A partir dessas premissas, RAWLS constrói sua teoria política normativa, em que procura identificar os princípios que permitem avaliar a justiça das instituições sociais. Sua concepção pode ser considerada neocontratualista, pois a idéia norteadora é que "os princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade são o objeto do consenso original". Numa posição inicial de igualdade, pessoas racionais e livres, comprometidas em promover seus próprios interesses, aceitariam tais princípios como definidores dos termos fundamentais de sua associação.³⁰⁷

Tais princípios de justiça haveriam de ser escolhidos sob um véu de ignorância, em que nenhum dos participantes conheceria seu lugar na sociedade nem suas habilidades pessoais, o que conduziria a um "consenso" ou "ajuste equitativo"³⁰⁸.

³⁰⁴ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 3/4.

³⁰⁵ SHAPIRO, Ian. *Os fundamentos morais da política*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 139.

³⁰⁶ RAWLS, John. Op. cit., p. 7/8.

³⁰⁷ Idem, p. 12.

³⁰⁸ Idem, p. 13.

Segundo RAWLS, dois seriam os princípios de justiça acolhidos nessa situação, assim formulados por ele: "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"³⁰⁹. Tais princípios obedeceriam a uma ordem serial, de modo que o primeiro seria prioritário em relação ao segundo, não podendo as violações das liberdades básicas ser justificadas ou compensadas por maiores vantagens econômicas ou sociais³¹⁰.

Essa posição original, evidentemente, é puramente hipotética³¹¹, construída apenas com o objetivo de encontrar os princípios que poderiam servir de parâmetro para a apreciação da justiça das instituições sociais efetivamente existentes.

Isso não significa que a teoria da justiça rawlsiana esteja construída sobre uma concepção metafísica de pessoa, pois do que se trata é precisamente de uma "premissa moral substancial", a de que "as oportunidades de vida e o bem-estar dos cidadãos de uma sociedade democrática não podem depender do acaso genético ou social" e de que as instituições básicas da sociedade devem ser concebidas "para funcionar de forma que neutralize tanto quanto possível a influência desses fatores"³¹². Vale dizer, o ponto de partida é exatamente "a idéia de que uma sociedade justa deve reconhecer, em suas instituições básicas, a igualdade humana fundamental ou o valor intrínseco igual dos seres humanos"³¹³.

A obra de RAWLS configura talvez a mais elaborada tentativa de conciliar os ideais de liberdade e de igualdade em uma teoria política articulada, mas a dificuldade

³⁰⁹ Idem, p. 64.

³¹⁰ Idem, p. 65.

³¹¹ Idem, p. 13.

³¹² DE VITA, Álvaro. Op. cit., p. 182.

³¹³ Idem, p. 183.

que apresenta é a mesma que acompanha as posturas procedimentalistas em geral: uma fixação excessiva em critérios contrafáticos de julgamento que, por vezes, ocultam o mundo prático em que devem ser atuados. Mais ainda, conforme critica RICOUER, parece que “uma concepção procedimental de justiça fornece, na melhor das hipóteses, uma racionalização de um sentido de justiça que está sempre pressuposto”³¹⁴. Tanto é assim que o próprio Rawls acabou por reconhecer que os seus princípios de justiça seriam politicamente situados: a democracia constitucional americana³¹⁵.

Essa armadilha metodológica já foi denunciada pela Hermenêutica Filosófica. Como referem VIOLA e ZACCARIA, "la comprensión hermenéutica va más allá de la unidad interna del discurso, ya que este, a su vez, presupone una unidad de sentido superior": o discurso é simplesmente "la situación de lenguaje en que se realiza el comprender y el entenderse". Os discursos práticos configuram eventos lingüísticos em que toma forma uma empresa comum que se caracteriza exatamente pelo que se pretende alcançar. Como acontecimento, tais discursos têm de ser considerados como efetivamente são e não medidos a partir de alguma base ideal.³¹⁶

A proposta hermenêutica³¹⁷, portanto, privilegia a reflexão crítica em busca da compreensão adequada do problema especificamente analisado, a partir da depuração dos preconceitos e da ponderação exaustiva de todos os argumentos pertinentes, sempre desde a perspectiva do conhecimento prático³¹⁸. Mais ainda, impõe a consideração da temporalidade histórica como horizonte limitador do próprio entendimento, o que conduz à idéia de tradição e de projeto.

³¹⁴ RICOUER, Paul. *O justo I*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 80.

³¹⁵ CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Christian; SENELLART, Michel (Orgs.). Op. cit., p. 695/696.

³¹⁶ VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Derecho e Interpretación: Elementos de Teoría Hermenéutica del Derecho*. Madrid: Editorial Dykinson, 2007, p. 422/423.

³¹⁷ “O pensamento hermenêutico é como uma fita que mantém unidos as áreas separadas da ciência, como também a ciência e a prática e que consegue, em princípio, a unidade” (HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 3).

³¹⁸ VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. Op. cit., p. 424.

Nesse sentido, parece mais adequado à progressiva efetivação do ideal da igualdade a cuidadosa apreciação de sua evolução histórica, a plasmar sua tradição, bem como a atenta percepção do projeto político-jurídico comunitário, notadamente aquele constante da Constituição, pacto social que (re)estrutura a convivência em formas democraticamente deliberadas, ao mesmo tempo em que consagra princípios materiais de indeclinável observância.

Mais que isso, porém, é indispensável à igualdade uma especial disposição, pois não basta proclamá-la para que ela exista³¹⁹. Como adverte TAWNEY, "the important thing, however, is not that it should be completely attained, but that it should be sincerely sought"³²⁰. Vale dizer, o ideal da igualdade jamais será inteiramente alcançado e mesmo sua gradual implementação é sempre aproximativa, dependente que se encontra da adequada compreensão dos fenômenos sociais, das lutas por reconhecimento, dos limites políticos à ação e da compatibilização histórica com outros valores-guia também relevantes, como é o caso da liberdade.

De qualquer forma, não há como negar que constitui a Revolução Francesa, mais que qualquer outro movimento, o marco originário da tradição político-jurídica da igualdade, pois coube a ela fornecer "o vocabulário e os temas da política liberal e radical-democrática para a maior parte do mundo"³²¹, exatamente por ter-se dado no país mais poderoso da Europa e por ter sido a única revolução social de massa e ecumênica da época³²². Todas as ideologias e todos os movimentos políticos posteriores são, de alguma forma, tributários das discussões que ali se travaram.

³¹⁹ SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: Ensaio sobre a função antropológica do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 270.

³²⁰ TAWNEY, R. H. *Equality*. 4. ed. New York: Capricorn Books Edition, 1961, p. 47: "o importante, contudo, não é que ela deveria ser completamente alcançada, mas que ela deveria ser sinceramente buscada" (tradução livre).

³²¹ HOBBSBAWM, Eric. *A Era das Revoluções*. 9. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996, p. 71.

³²² Idem, p. 72.

É certo que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 contém basicamente as exigências da burguesia, não configurando "um manifesto a favor de uma sociedade democrática e igualitária"³²³, mas apenas contra os privilégios hierárquicos. Sem embargo, a república jacobina, apesar do terror, por vez primeira na história conseguiu incluir na agenda político-jurídica postulações igualitárias profundas, prescrevendo na breve³²⁴ Constituição de 1793 - aprovada em plebiscito com 1.801.918 votos contra apenas 11.600 - o direito ao trabalho e à assistência social em caso de enfermidade, bem como assegurando o voto a todos os franceses maiores de 21 anos de idade³²⁵. A reação termidoriana, por fim, restaurou a ordem burguesa, aprovando a Constituição de 1795, que abolia o sufrágio universal e abria caminho para o retorno da monarquia³²⁶. Mas os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, em sua forma mais radical, continuou a mobilizar as lutas sociais nos séculos seguintes e continua, ainda hoje, a impregnar o imaginário político com seu inesgotável apelo por justiça.

E, hoje, é a releitura de Etienne BALIBAR a que mais rendimento oferece à atuação atualizada do valor-guia da igualdade, o qual seria inseparável do da liberdade. Em palestra datada da comemoração dos duzentos anos da queda da Bastilha e após desenvolvida em texto de 2006³²⁷, o filósofo reavalia a contribuição da Revolução Francesa ao pensamento político contemporâneo.

Para ele, a seqüência de enunciados de direitos de 1789-1795 ainda mantém atualidade, apesar de apresentar-se como uma forma paradoxal de distanciamento entre dois valores que eram tidos ambos como necessários: a liberdade e a igualdade, fora de limites estreitos, consideradas como excludentes uma da outra. Essa contradição decorreria do entendimento corrente de que a liberdade constituiria um valor de ordem

³²³ Idem, p. 77.

³²⁴ MATTEUCCI, Nicola. Op. cit., p. 244.

³²⁵ MANFRED, A. *A Grande Revolução Francesa*. São Paulo: Ícone, 1986, p. 169/170.

³²⁶ Idem, p. 240/241.

³²⁷ BALIBAR, Etienne. *La proposition de l'égaliberté*. Disponível em <http://ciepfc.rhapsodyk.net>. Acesso em 06.04.2008.

política e jurídica, enquanto a igualdade seria simplesmente econômica e social; além disso, a igualdade demandaria uma atuação corretiva do Estado, enquanto a liberdade pressuporia exatamente a limitação dessa intervenção governamental; mais ainda, a igualdade seria um empreendimento coletivo, enquanto a liberdade, individual.

Para BALIBAR, a separação entre ambos os ideais-guia resultaria da própria autonomização dos discursos de direitos do homem e de direitos do cidadão, ambos tributários da "insociável sociabilidade" humana: os primeiros decorrentes da natural bondade dos homens, os segundos outorgados a partir da prática conflitual quando entram em jogo seus interesses ou paixões. Essa contradição básica já seria verificável nas leituras dos revolucionários do século 18, sintomaticamente expressas pela Constituição plebéia de 1793 e pela burguesa de 1795.

A fase jacobina, com o texto de direitos que produziu, para além da liberdade dos moderados, enfatizou o valor da igualdade, a partir mesmo do "reconhecimento da universal reciprocidade das liberdades"; vale dizer, com a radicalização do discurso da liberdade delineou o direito à "liberdade fundamental de existir". Com esse postulado, distanciou-se significativamente da proposta de 1795, fundada na distinção entre cidadania ativa e passiva com base censitária e na exclusão da igualdade de fato do âmbito dos direitos naturais.

Os direitos do homem, da fase jacobina, com seu postulado existencial, contrasta, assim, por sua simplicidade unitária, com a complexidade e a heterogeneidade das teorias do direito natural clássico que mobilizavam a classe social ascendente: eram o resultado de uma revolução já não mais promovida por um único segmento social, mas pela burguesia e pela plebe em conjunto, via alianças e enfrentamentos.

BALIBAR, assim, nega relevância à diferenciação entre homens e cidadãos, sustentando que o objetivo dos revolucionários, com a utilização de ambos os termos, foi apenas enfatizar a indeclinabilidade de um direito universal à Política, esfera pública de

debate e deliberação em que se inscrevem todos os direitos. Os direitos da *Déclaration* não são, para ele, nem nacionalistas nem cosmopolistas: o documento não se refere ao cidadão desta ou daquela comunidade política, mas ao cidadão considerado abstratamente.

Em conseqüência, entre os direitos dos homens e dos cidadãos não existe nenhuma diferença de conteúdo; são exatamente os mesmos. E é na igualdade precisamente que se dá a ligação mais forte e precisa entre homem e cidadão. Contornando qualquer debate acerca da natureza humana, a *Déclaration* identifica todo homem individual ou coletivo ao membro da sociedade política. Ou seja, desde uma perspectiva de liberalização e de equalização, considera-se que toda atividade humana é instituída politicamente.

A proposição que resulta do movimento revolucionário francês, tida como uma evidência, é a identificação dos dois conceitos - liberdade e igualdade -, em completa ruptura com a tradição política da época. Em oposição à unidade greco-romana entre o público e o privado, a concepção de mundo burguesa concebia tais esferas como separadas, o que conduziu a *Déclaration* a considerar o homem como o próprio cidadão, aquele capaz de, com autonomia, definir os contornos da comunidade política.

A proposição da igualdade de BALIBAR, assim, resulta precisamente da equação homem/cidadão e de sua universalização. Como tal, "sa vérité ne peut être mise en doute"³²⁸, pois trata-se de uma verdade histórica. E isso porque, distanciando-se dos significados precedentes, os postulados da liberdade e da igualdade surgem no período revolucionário com o objetivo de combater dois princípios adversários: o absolutismo, que aparece como negação da liberdade, e os privilégios, que aparecem como negação da igualdade. A monarquia e a aristocracia eram tidas como uma unidade político-social e pensadas como o *ancien régime*, contra o que se voltava a *Révolution*. A dissociação entre uma revolução da liberdade e uma revolução da igualdade constituiu obra do

³²⁸ "Sua verdade não pode ser posta em dúvida" (tradução livre).

pensamento contra-revolucionário, receoso da radicalização do movimento, o que rompeu o amálgama originário.

Em realidade, pois, o movimento de 1789 entranha ambas as revoluções: ele dirige-se contra a tirania, que nega a liberdade, e contra a injustiça, que nega a igualdade. E revela que uma tirania justa ou uma injustiça democrática são, tanto uma como a outra, formas impossíveis.

É preciso esclarecer que a proposição de BALIBAR não identifica liberdade e igualdade de um modo essencialista. Ao contrário, a igual liberdade é uma "découverte historique" e "expérimentale", desvelada no momento revolucionário, em que se alcança compreender que as condições de fato da liberdade são exatamente as mesmas que as condições de fato da igualdade. Passa-se a entender que não existe situação que, ao suprimir ou restringir a liberdade, não suprima ou restrinja, ao mesmo tempo, a igualdade, e vice-versa.

Essa é, pois, uma "vérité irréversible", fruto da luta revolucionária, que torna sem sentido as distinções entre liberdades individuais e coletivas ou entre igualdade formal e real: cuida-se apenas de graus de igualdade necessários à coletivização das liberdades individuais e de graus de liberdade necessários à igualdade coletiva dos indivíduos, o que deve ser atendido ao máximo de acordo com as condições existentes. A liberdade, descolada da igualdade, significa apenas superioridade ou domínio, por um lado, e sujeição ou dependência, por outro.

Apesar de a igual liberdade constituir uma verdade histórico-política universal, sua indeterminação significativa ainda causa perplexidade. Como refere BALIBAR, a indeterminação constitui a força do enunciado, mas também a fraqueza prática da enunciação: exatamente porque a igual liberdade depende das relações políticas de força, a aproximação ao seu ideal jamais ocorrerá sem tensão ou conflito, demandando dos agentes sociais prudência e precisão, mas também audácia e insolência.

Toda a dificuldade consiste, portanto, em flagrar as situações carecidas de igualiberalização, bem como os limites da ação política, o que é agravado pela condição contemporânea em que os embates relativos ao Estado, às classes sociais e à diferença antropológica se tornam mais complexos. O problema reside, em outras palavras, em transformar a verdade universal da *aequalibertas* em programas singulares que levem à sua efetivação como valor-guia, o que conduz à idéia de projeto.

Em sua trajetória histórica, o ideal da igualiberdade, mesmo que expresso em outras palavras, foi o responsável pelas conquistas político-jurídicas do sufrágio universal, do Estado de bem-estar social, das ações afirmativas, da proibição, inclusive penal, de qualquer discriminação injustificada, entre outras.

Evidentemente, essa evolução não se deu sem cristalizações regressivas, a revelar a dependência do valor-guia da adequada compreensão dos conflitos sociais e da efetiva disposição em implementá-lo. Mesmo assim, a igualiberdade não constitui um ideal inteiramente aberto, que admitiria inflexões em direção a um ou outro lado da equação. Como amálgama entre igualdade e liberdade, a *aequalibertas* configura enfática advertência à atuação prática - a de que a proposição é a de uma unidade que tem de ser realizada como tal.

Não parece ser outro, aliás, o entendimento de DWORKIN, para quem “a liberdade e a igualdade não são virtudes independentes, porém aspectos do mesmo ideal da associação política”. Por isso, “a igualdade só pode ser definida quando se presume a liberdade em vigor, e não pode ser aprimorada, nem no mundo real, por políticas que comprometam o valor da liberdade”.³²⁹ A essas duas virtudes, DWORKIN agrega, ainda, a da comunidade ou fraternidade, também tributária da Revolução Francesa, para defender a imbricação até mesmo das três:

³²⁹ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*, cit., p. 249/250.

É preciso avaliar a igualdade em termos de recursos e oportunidades, e não em termos de bem-estar ou bem-sucedido. A liberdade não é a liberdade de fazer o que se quer a qualquer preço, mas de fazer o que se quer respeitando os verdadeiros direitos do próximo. É preciso fundamentar a comunidade, não no obscurecimento ou na diluição da liberdade e da responsabilidade individuais, contudo no respeito compartilhado e concreto por tal liberdade e responsabilidade.³³⁰

Em sentido assemelhado, DÍAZ REVORIO sustenta que a imbricação entre liberdade e igualdade pressupõe uma conexão entre a realidade social e o ordenamento jurídico³³¹. A partir disso, o valor constitucional da liberdade não estaria limitado a sua dimensão liberal-clássica, como liberdade-autonomia, mas implicaria também o reconhecimento das dimensões da liberdade-participação e da liberdade-prestação³³².

No mundo ocidental, o projeto político-jurídico da comunidade consta da Constituição, a qual se caracteriza como o evento de (re)instituição democrática do Estado. É nela que estão inscritos os princípios materiais e a estrutura organizativa necessária à sua consecução. É dela que decorre a legitimidade de todo afazer político-jurídico. É por ela que a tradição da igualdade se reescreve como proposta singular de modelo de uma determinada comunidade.

A leitura da Constituição, portanto, como instrumento orientador da atividade político-jurídica de uma determinada comunidade, não pode ser realizada a partir de parâmetros meramente procedimentalistas, os quais, por sua feição contrafática, negligenciam as imposições da História: os conflitos sociais e o sentido normativo sempre se renovam. A verdade, mesmo a político-jurídica, é sempre desvelamento, compreensão paulatinamente mais qualificada.

³³⁰ Idem, p. 331.

³³¹ DÍAZ REVORIO, Francesco Javier. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 1997, p. 188/189.

³³² Idem, p. 200/201.

Em países de modernização tardia e frustrada, como o Brasil, por exemplo, a tradição da liberdade e da igualdade tem de ser constantemente reafirmada, por apresentarem tais valores-guia carências de realização sempre escamoteadas pelos fatores reais de poder³³³ operantes. Do que se trata é de uma pugna contra o encobrimento da verdade histórica que se realiza, repetidamente, nos momentos de desmobilização comunitária. Durante os processos constituintes, as forças sociais, agitadas por esperanças renovadas de mudança, até conseguem incluir nos textos normativos seus ideais-guia de uma vida boa, em que, no mundo ocidental, a igualdade e a liberdade despontam em importância. Contudo, uma vez retomada a rotina existencial, os interesses particularistas de segmentos sociais mais poderosos paulatinamente vão enfraquecendo as conquistas político-jurídicas, com o esvaziamento de sua eficácia conformadora da realidade.

De todo modo, a alternativa liberdade ou igualdade é falaciosa³³⁴, resultado de uma tradição inautêntica, que, por razões geralmente escusas, buscou ocultar a conquista político-jurídica universal, gestada na Revolução Francesa, consistente na proposição da igualdade, verdade irrefutável da dimensão histórica do homem.

Se a igualdade é uma verdade, ela não é, contudo, toda a verdade. Cada momento histórico, como obra intersubjetiva, vai revelando as situações carecidas de igualdade, bem como os espaços de luta possíveis, tudo dependente de atenção e disposição dos agentes sociais. Mas é inegável que não existe escolha entre liberdade e igualdade: ou ambas se realizam conjuntamente ou se aniquilam.

³³³ LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988, p. 29/30.

³³⁴ CASTORIADIS, Cornelius. *As Encruzilhadas do Labirinto II: Os domínios do homem*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 326/327.

7. Direito Penal e igualdade: a dimensão úmbrica

É no Direito Penal que a incindível proposição da igualdade se revela com reforçada intensidade, por cuidar-se do âmbito estatal que maneja o encarceramento contra seus transgressores a partir de operações manifestamente seletivas, as quais reclamam, à sua luz, mecanismos político-jurídicos de correção.

O fenômeno da incidência desigualitária da legislação penal nos estratos sociais mais fragilizados, aliás, não constitui característica singular de países periféricos, como se poderia supor, considerando-se o desenvolvimento mais pronunciado dos direitos fundamentais nos Estados centrais. ZAFFARONI, nesse ponto, é enfático, ao afirmar que “todas as sociedades contemporâneas que institucionalizam ou formalizam o poder (estado) selecionam um reduzido número de pessoas que submetem à sua coação com o fim de impor-lhes uma pena. Esta seleção penalizante se chama *criminalização* e não se leva a cabo por acaso, mas como resultado da gestão de um conjunto de *agências* que formam o chamado *sistema penal*”.³³⁵

Como o programa penal é muito extenso, pois existe uma infinidade de leis criminais em vigor, a atuação das instâncias de persecução penal - Polícias Civil e Militar, Ministério Público e Poder Judiciário, basicamente - apresenta-se extremamente seletiva, dada a impossibilidade de apuração de todas as infrações cometidas³³⁶. De um modo até inercial, as *agências* do sistema penal escolhem os fatos simples ou grosseiros,

³³⁵ ZAFFARONI, E. Raúl e outros. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. V. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 43.

³³⁶ Para ter-se uma idéia do problema, dos 474.539 boletins de ocorrências lavrados no Município de São Paulo em 1998, apenas 23.399 transformaram-se em denúncia pelo Ministério Público, menos de 5% dos casos [REALE JR., Miguel (Coord.). “Diagnóstico preliminar do sistema penal brasileiro e primeiras propostas para sua reformulação”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais/IBCCRIM, 2000, nº 30, p. 355].

de mais fácil detecção, e os praticados por pessoas menos influentes, que não causam problemas por sua incapacidade de acesso às fontes de poder, como o político-econômico ou o comunicacional³³⁷, sem esquecer, ainda, a interferência direcionadora dos estereótipos sociais³³⁸.

³³⁷ Idem, p. 46.

³³⁸ CHAPMAN assim sumaria sua tese relative ao estereótipo criminal (tradução livre): 1. Todo comportamento que tem uma forma desaprovada apresenta objetivamente também formas idênticas que são neutras ou aprovadas. 2. Se um comportamento é visto como uma atividade voltada ao alcance de metas, então a escolha da forma de comportamento entre objetivamente idênticas formas – aprovada, neutra ou desaprovada – pode depender de sorte, conhecimento, aprendizagem ou treinamento. 3. Exceto pela condenação, não há diferenças entre criminosos e não-criminosos. 4. O comportamento criminal é geral, mas a incidência de condenação é controlada em parte pela sorte e em parte por processos sociais os quais dividem a sociedade em classes criminais e não-criminais, a primeira correspondendo, em regra, aos pobres e desprivilegiados. 5. Um crime é um comportamento, definido espacial e temporalmente, de uma pessoa, em alguns casos contra outra (vítima), com polícia, advogados, magistrados e/ou jurados. Todas essas variáveis são causais em sentido científico. 6. Todas essas circunstâncias operam para selecionar indivíduos de um universo mais largo de indivíduos com comportamento idênticos, ambos objetiva e simbolicamente sinalizados, e, portanto, nenhum teste a partir de hipóteses familiares sobre o crime é possível a menos que o cientista selecione seu material independentemente do sistema social. 7. O crime é uma parte funcional do sistema social. Esta parte da tese está ela mesma dividida em várias partes. A primeira é que a designação de certas ações como permitidas, toleradas ou condenadas em diferentes circunstâncias é arbitrária; a segunda é que existe uma falta de correspondência entre ideologia e comportamento; a terceira é que existe um tratamento diferencial dos mais diversos grupos sociais por comportamentos que são objetivamente idênticos, idênticos na transgressão dos mesmos costumes tradicionais, mas diferentes no seu tratamento legal. A designação e o social isolamento de um relativamente pequeno grupo de vítimas permitem culpar outros para ser simbolicamente descarregados; a identificação da classe criminosa e seu ostracismo social permite a redução da hostilidade das classes sociais, através do desvio da agressão que poderia, ao contrário, ser direcionada àqueles com *status*, poder, vantagens e propriedades. Uma parte especial da ideologia funciona para evitar que o criminoso designado escape de seu papel sacrificial e para manter o registro da identidade institucional. 8. Em consequência disso, existe um problema especial de imunidade de certos membros ou grupos da sociedade. Isso decorre principalmente do ambiente de proteção institucional no qual eles passam toda ou parte de sua vida ou no qual eles gastam parte de seu tempo ou se engajam em algumas de suas atividades. 9. Associado a isso estão os processos sociais encobertos que conferem total ou parcial imunidade aos membros de certos grupos sociais ou lhes reduzem o impacto do sistema legal. 10. Associada à tese geral está um problema separado: aquele do sistema legal como uma instituição criadora de crime. Isto é, uma vez que uma instituição é criada, ela desenvolve uma dinâmica própria e torna-se envolvida no comportamento com o qual está concernida como uma participante e, em especiais circunstâncias, como uma instigadora. Ela pode realizar isso como resposta a pressões sociais, como as demandas por perseguição e punição de criminosos. 11. Finalmente, a preocupação geral com a contravenção aos valores em uma cultura simbólica - exceto, talvez, alguns das artes gráficas - pode ser funcionalmente relacionados com a situação real exposta nos itens anteriores. (CHAPMAN, Dennis. *Sociology and the stereotype of the criminal*. London: Tavistock Publications, 1968, p. 3/5).

Inúmeros estudos vêm denunciando o caráter acentuadamente classista do funcionamento do sistema penal³³⁹, sem que se consiga, mesmo assim, elaborar, no plano teórico, um material argumentativo capaz de reverter tal situação, há tempo consagrada até mesmo no imaginário popular, como revela o provérbio piemontês: *rubi poco, in prigione; rubi un milione, barone*³⁴⁰.

A doutrina penal pouca atenção tem dispensado ao princípio da igualdade, ainda privilegiando a análise das restrições à atividade punitiva do Estado elaboradas pelo individualismo burguês. Nessa linha, são comuns as abordagens centradas apenas na igualdade perante a lei e, conseqüentemente, nos problemas decorrentes do estabelecimento de privilégios legais, como as inviolabilidades, as imunidades e os foros especiais³⁴¹.

COBO DEL ROSAL e VIVES ANTÓN, porém, dedicam algum espaço ao assunto, mais que o usual, identificando duas concepções do princípio da igualdade: a paritária e a valorativa. Para a primeira, prevalecente no período das codificações, a igualdade identifica-se com a mera generalidade e abstração da lei, bastando, para aferir o respeito ao princípio, verificar se contempla os indivíduos em geral e as condutas em abstrato. Já para a segunda, hoje dominante, o princípio da igualdade apresenta, como exigência básica, a necessidade de justificação de eventuais diferenças de tratamento jurídico em favor ou contra determinados indivíduos ou classes de indivíduos. No Direito Penal, as repercussões do princípio da igualdade, assumida sua concepção valorativa, operam tanto perante o legislador, vedando diferenças de tratamento

³³⁹ COTTINO, A.; FISCHER, M. G. “Porquoi l’inegalité devant la loi?”. In: *Déviance et Société*. Liège Sart-Tilman: Université de Liège, 1996, v. 20, n° 3, p. 199-214. STUNTZ, William J. “Unequal justice”. In: *Harvard Law Review*, 2008, v. 121, n° 8, p. 1.969-2.040. BERGALLI, Roberto. “Sistema penal y exclusión social”. In: *Iter Criminis*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2004/2005, n° 12, p. 37-57. BRIDGES, George S.; MYERS, Martha A. *Inequality, crime, and social control*. Boulder/San Francisco/Oxford: Westview Press, 1994, p. 269/282.

³⁴⁰ COTTINO, Amedeo; SARZOTTI, Claudio; TIBALDI, Claudio. “Uguaglianza di fronte alla legge penale: una ricerca in pretura”. In: *Dei delitti e delle pene*. Grupo Abele Periodici, 1994, n° 2, p. 121-161.

³⁴¹ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos del Derecho Penal*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993, p. 350/363.

injustificadas, quanto perante o juiz, impondo a igual solução de casos idênticos, com as eventuais diferenças devendo ser justificadas argumentativamente.³⁴²

Ainda assim, mesmo a acolhida da concepção valorativa do princípio da igualdade, que o conduz a um nível superior de abstração, não é suficiente para proporcionar uma compreensão mais qualificada do fenômeno criminal, capaz de descortinar o problema de sua operacionalização seletiva. O principal obstáculo a tanto parece ser a persistente orientação liberal clássica do Direito Penal, que, em sua realização, somente reconhece responsabilidade a agentes isolados e somente identifica como bens jurídicos interesses individuais. Com esse perfil, não se alcança compreender a sociedade como constituída de segmentos ou estratos coletivos, mais ou menos identificáveis, que produzem formas de desvio singulares, em relação aos quais a reação social, pela via da conformação diferencial do poder, define o merecimento de pena.

Conforme a essa visão, tem-se até apontado o caráter “claramente conservador” do Direito Penal, conseqüentemente inadequado como instrumento de reforma social, já que a aplicação de suas normas pressuporia a prévia distribuição dos bens jurídicos que tutela³⁴³. Com isso, legitima-se sua incidência praticamente exclusiva sobre a criminalidade dita de rua - o núcleo tradicional do Direito Penal -, geralmente associada aos estratos sociais mais baixos.

DÍEZ RIPOLLÉS, contudo, em oposição a essa orientação, defende a “modernización” do Direito Penal, para, de fato, alcançar a criminalidade das elites e afastar o estigma de ser o direito dos pobres, legitimando-se, assim, pela atenção à

³⁴² COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTÓN, T. S. *Derecho Penal: Parte General*. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 94/96.

³⁴³ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 34.

relevância dos novos bens jurídicos dignos de tutela penal e à exigência constitucional de tratar a todos os cidadãos de modo isonômico³⁴⁴.

Com efeito, a pena criminal, da perspectiva ético-política, deveria ser considerada um bem jurídico negativo, ou seja, uma sanção aflitiva que haveria de ser distribuída de acordo com o merecimento de seus destinatários³⁴⁵, pois, independentemente da finalidade que se lhe adscreeva, constitui sempre uma imposição de dor como resposta a uma infração.

YOUNG, aliás, em sua radical crítica da sociedade excludente atual, assevera que “a meritocracia é um componente chave da política transformativa”³⁴⁶, em prol da igualdade, o que pressuporia uma adequada redistribuição de bens, no plano material, e um apropriado reconhecimento dos interesses de todos os indivíduos e grupos concernidos, no plano cultural³⁴⁷. Somente assim seria possível o enfrentamento das “iniqüidades flagrantes” e do “caos da recompensa” atualmente dominantes³⁴⁸, em que a repressão penal se destaca.

O mérito da punição, contudo, não há de ser apenas avaliado no momento aplicativo da lei, pois critérios discriminatórios ilegítimos já podem empolgar a própria edição do ato normativo, muitas vezes escamoteados por campanhas midiáticas de incremento da punição das classes ditas perigosas, encabeçadas pelos chamados “empresários morais”³⁴⁹. Da mesma forma, medidas imunizadoras aparentemente impessoais, mas voltadas a beneficiar grupos poderosos, são, freqüentemente, postas em vigor.

³⁴⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Montevideo/Buenos Aires: Editorial B de f, 2007, p. 122.

³⁴⁵ WALZER, Michael. *Las esferas de la justicia*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 278/280.

³⁴⁶ YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 273.

³⁴⁷ Idem, p. 266.

³⁴⁸ Idem, p. 288.

³⁴⁹ ZAFFARONI, E. Raúl e outros. *Direito Penal Brasileiro*, cit., p. 45.

Apesar dessas distorções flagrantes, na análise da legislação penal, o respeito ao princípio da igualdade é, com frequência, justificado, como já se insinuou, tão-somente pela observância de critérios de generalidade e abstração oriundos do liberalismo penal, sem consideração do espaço global de ação de cada grupo social. Com isso, olvida-se que criminalizar os comportamentos desviantes de determinadas coletividades, ao mesmo tempo em que os de outras são regrados com leniência, significa idêntico desrespeito ao tratamento isonômico a todos devido.

Referentemente ao controle crítico da legislação em geral e da penal em particular, os indicadores contrafáticos derivados do princípio da igualdade têm-se mostrado insuficientes ao desocultamento desse fenômeno. DIMOULIS e MARTINS, por exemplo, sugerem uma série de critérios de aferição da conformidade de determinada lei ao princípio da igualdade³⁵⁰, que, apesar de útil em inúmeros casos, é de nenhuma utilidade nesse tema específico.

Segundo os autores, o exame da conformidade de eventual lei aos direitos fundamentais de igualdade haveria de ser aferido a partir da resposta às seguintes questões (verificar-se-ia a inconstitucionalidade se fosse respondido sim à primeira pergunta e não a pelo menos um dos itens da segunda):

1. Constata-se tratamento desigual (tratamento dos iguais de forma desigual)?

1.1 As pessoas, grupos de pessoas ou situações são comparáveis?

1.2 As pessoas, grupos de pessoas ou situações são tratados desigualmente?

2. O tratamento desigual é constitucionalmente justificado?

2.1 Há validade formal da lei?

³⁵⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 246/247.

2.2 A lei está em conformidade aos critérios constitucionais que permitem uma diferenciação?

2.3 A lei é clara e concreta?

2.4 Foi respeitado o princípio da proporcionalidade?

2.4.1 O propósito da lei é constitucionalmente admitido (lícito)?

2.4.2 O meio utilizado pela lei é constitucionalmente admitido (lícito)?

2.4.3 O meio utilizado pela lei é adequado ao alcance do propósito almejado?

2.4.4 O meio utilizado pela lei é necessário para o alcance do propósito almejado?

O teste de legitimidade sugerido, contudo, não consegue captar adequadamente o fenômeno sutil da seletividade da criminalização primária, pois já a primeira questão é contornada com a manobra discursiva da modernidade penal consistente na “criminalising abstraction”³⁵¹, que toma as pessoas como indivíduos indiferenciadamente destacados de sua proveniência social, definindo-os pela mera violação da lei. Tanto o rico quanto o pobre podem, em tese, cometer o delito de furto ou de roubo; tanto o rico quanto o pobre podem, em tese, praticar o delito de sonegação fiscal ou de evasão de divisas. Em sendo assim, não se consegue flagrar, no plano normativo, nenhum tratamento desigualitário, ao menos nos aspectos aferidos pelos critérios antes apontados, pois a lei penal é dirigida a todos e a tudo, indistintamente.

Mesmo assim, a seletividade da criminalização primária é, da perspectiva sociológica, manifesta. Depara-se, aqui, portanto, com a dimensão úmbria do princípio jurídico da igualdade, cuja compreensão institucionalizada é insuficiente para captar o efeito discriminatório promovido pela legislação penal, já que centrado o controle de sua

³⁵¹ LEA, John. *Crime and Modernity: Continuities in Left Realist Criminology*. London/Thousand Oaks/New Delhi: SAGE Publications, 2002, p. 3.

legitimidade no respeito a critérios de generalidade e abstração. Veda-se o tratamento desigualitário, mas não se entende “constitucionalmente lícito pretender una igualdad en la ilegalidad”, como já decidiu o Tribunal Constitucional espanhol³⁵².

Com essa manobra discursiva, restringe-se o próprio debate acerca de quais condutas devam ser efetivamente criminalizadas - e em que grau -, identificando a Democracia com a regra majoritária, que canaliza nos partidos políticos dominantes o poder de ditar as leis penais que entendem mais convenientes, a despeito das valorações constitucionais. Em outras palavras, esse viés obscuro da igualdade não é captado adequadamente pelo princípio jurídico que a consagra, o qual não fornece critérios suficientemente elaborados para a sua crítica e o seu enfrentamento.

Por isso, talvez a via da *Destruktion* - tal como encetada por Heidegger em sua tarefa de repensar a tradição ontológica ocidental, a partir de uma busca pelo sentido mais originário de onde ela emergiu³⁵³ - possa ser trilhada, com a tentativa de superação das cristalizações de significação que ao princípio da igualdade foram-se assimilando ao longo do tempo, para encontrar seu sentido inicial, mais primordial, tal como gestado na Revolução Francesa e articulado no postulado da *aequalibertas* de Balibar, atualizando-o, então, a partir das atuais demandas sociais.

Com esse “regreso deconstructivo”, o que se busca é descobrir “lo que en la interpretación pública ha podido ocultar, desfigurar, encobrir, velar, deformar, enmascarar, nivelar o desvirtuar nuestra comprensión. El *desmontaje* viene a ser un ejercicio de *crítica*, para apropiarse un sentido original regresando al suelo originario del que nacieron [los perjuicios], reconstruyendo la experiencia de la que surgieron”³⁵⁴. Em outras palavras, pela via da *Destruktion* heideggeriana se intenta alcançar o verdadeiro sentido do acontecimento da igualdade, como princípio político-jurídico, tal

³⁵² SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. “La igualdad en la aplicación de la ley”. In: *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Vários Autores. Madrid: Civitas, 2005, p. 2.204.

³⁵³ CASANOVA, Marco Antonio. Op. cit., p. 55/57.

³⁵⁴ CONILL SANCHO, Jesus. *Ética hermenéutica*. Madrid: Tecnos, 2006, p. 96.

como revelado no momento de suspensão angustiante de (re)fundação do Estado e do Direito - contemporâneo e ocidental -, em que se conseguiu interromper a iterabilidade político-jurídica, para estabelecer algo novo.

O retorno a essa *epokhé* pode ser realizado de duas formas: ou pela demonstração de paradoxos lógico-formais, ou pela interpretação histórico-genealógica³⁵⁵. Essa segunda via é a encetada aqui, cabendo apontar que a força ocultante dos sentidos que se vão cristalizando é tal, que DERRIDA chega a sugerir que “a desconstrução é a justiça”³⁵⁶.

O direito como integridade, aliás, exige esse algo mais, pois, elaborado sob o pano de fundo da tradição jurídica conformada pela modernidade ocidental, pressupõe que os interesses de todos os segmentos sociais implicados ostentem peso similar, já no plano legislativo, de modo a evitar ônus desmedidos ou benefícios injustificados.

Nesse sentido, DWORKIN faz menção ao “principle of stake”³⁵⁷, o qual prescreve que, em uma democracia comunal, as decisões coletivas devem refletir igual consideração pelos interesses de todos os membros. Em outras palavras, o pertencimento a uma unidade coletiva de responsabilidade pressupõe reciprocidade, envolvendo uma busca constante pelo igual respeito em todas as decisões comunitárias.

Apesar de o grau de efetivação do ideal da igualdade variar no espaço e no tempo, as premissas valorativas da atividade comunitária são sempre infinitamente aperfeiçoáveis³⁵⁸, o que significa que uma melhor compreensão de seu alcance pode ser atingida em cada momento histórico, a partir da reflexão crítica e dos movimentos sociais por reconhecimento, iluminada sempre pelo sentido originário de tal postulado político-jurídico, o qual não deixa de apresentar uma dimensão utópica.

³⁵⁵ DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 41.

³⁵⁶ Idem, p. 27.

³⁵⁷ DWORKIN, Ronald. “Equality, Democracy, and Constitution: We the People in Court”. In: *Alberta Law Review*, v. XXVIII, n° 2, p. 339.

³⁵⁸ PUTNAM, Hilary. Op. cit., p. 172.

Nesse sentido, ROSENFELD observa que o princípio da igualdade constitucional é central, mas também evasivo. Central porque constitui a pedra angular do constitucionalismo moderno, sendo ainda potencialmente o mais extenso direito fundamental. Evasivo porque é difícil precisar seu conceito, devido às disputas em relação a seu objeto relevante e a seu âmbito adequado.³⁵⁹

Por isso, a tarefa de reconstrução do conceito é fundamental para entender seu alcance, que se desenvolve em um processo dinâmico circunscrito por certos limites estruturais, mas também por certas variáveis culturais e históricas de caráter contingente. De forma ideal, o princípio da igualdade deveria dar conta de todas as identidades e diferenças relevantes. Isso, porém, é impossível em uma sociedade pluralista, que se caracteriza por profundas disputas acerca de valores, normas e sentido. Portanto, o que se inclui sob a rubrica da igualdade constitucional é a proibição contra algumas desigualdades.³⁶⁰

Diante dessa limitação, a tarefa de reconstrução do princípio da igualdade deve ter uma perspectiva perfeccionista, pois, ainda que a plena igualdade não seja alcançável, sempre é possível uma maior ou mais desejável igualdade.³⁶¹

Desde a sua arrancada como princípio que se contrapunha aos privilégios de nascimento e de *status* característicos das sociedades hierárquicas feudais, a igualdade submeteu-se a um processo dialético de evolução constituído, segundo ROSENFELD, de três fases. Na primeira etapa, a diferença tem como correlato a desigualdade, vale dizer, aqueles que são diferentes são tratados de maneira desigual, de acordo com sua posição hierárquica superior ou inferior. Na segunda etapa, a identidade tem como correlato a igualdade, no sentido de que todos devem ser tratados igualmente se atenderem a certos critérios adotados como definidores da identidade. Na terceira etapa,

³⁵⁹ ROSENFELD, Michel. "Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional". In: *Derechos y Libertades*. Madrid: Instituto Bartolomé de las Casas, 1998, nº 6, p. 411/412.

³⁶⁰ Idem, p. 413.

³⁶¹ Idem, p. 414.

por fim, a diferença tem como correlato a igualdade, já que à qualquer pessoa deve ser dispensado tratamento de acordo com suas necessidades e aspirações.³⁶²

A igualdade como diferença da terceira fase é, porém, um ideal a que se pode aproximar, mas jamais alcançar, além de entranhar o risco de que as diferenças sejam, regressivamente, outra vez tratadas como desigualdades.³⁶³

A elaboração de diferenças e identidades, contudo, é mais artificial que natural, pois parece existir um número indefinido de maneiras de construí-las e combiná-las, de modo a distribuir direitos e obrigações legais. Além disso, as preferências por certas identidades ou diferenças podem variar em função de divergentes concepções acerca do bem.³⁶⁴

Mais complexa ainda é a relação entre identidade/diferença e inclusão/exclusão, que conduz à delimitação, segundo ROSENFELD, de uma “esfera de assimilação” - campo de atividade com relação ao qual uma diferença particular deveria ser desconsiderada - e uma “esfera de diferenciação” - campo de atividade dentro do qual uma diferença particular deveria ser levada em conta.³⁶⁵

É preciso reter, porém, que qualquer mudança na classe de sujeitos ou no âmbito da igualdade constitucional estimula a competição entre todas as concepções sociais do bem, razão pela qual a atuação do princípio da igualdade representa uma tarefa constante, que consiste em lançar ataques contra desigualdades particulares, para reduzir, assim, a desigualdade geral, em direção ao ideal da igualdade plena, a qual, como apontado, é inalcançável.³⁶⁶

³⁶² Idem, p. 415.

³⁶³ Idem, p. 416.

³⁶⁴ Idem, p. 423/424.

³⁶⁵ Idem, p. 425.

³⁶⁶ Idem, p. 431 e 436.

A idéia da “justiça como reciprocidade reversível”, apresentada por ROSENFELD, permite, assim, que se assumam todas as perspectivas relevantes envolvidas, de modo a que as necessidades e as aspirações de todos os proponentes de cada uma das concepções de bem sejam avaliadas, com o objetivo de alcançar uma compreensão mais adequada da igualdade constitucional.

Diante dessas considerações, pode-se constatar que o tratamento jurídico-penal dos comportamentos desviantes dos mais diversos segmentos sociais continua a orientar-se pelos critérios da primeira fase da evolução do princípio da igualdade, tal como apontado por ROSENFELD. Vale dizer, as diferenças ainda são tratadas como desigualdades, geradoras de imunizações aos grupos mais poderosos e de ônus aos mais desfavorecidos.

E isso porque a igualdade formal do liberalismo clássico somente pode ser considerada uma evolução ético-política porque partia do pressuposto de que todas as pessoas eram, no plano individual, iguais. A conquista, bem se vê, foi a negação da desigualdade originária das pessoas, como forma histórica de superação dos privilégios estamentais. Uma vez, porém, que essa premissa tenha sido desacreditada pela evidência de que a afirmação da igualdade abstrata dos indivíduos não apaga as diferenças concretas entre eles, a ênfase apenas nos critérios de abstração e generalidade da lei como forma de conferir tratamento isonômico aos destinatários mascara iniquidades que conduzem o ideal da igualdade, nesse caso, a padrões pré-liberais: as diferenças são tratadas como desigualdades. Explicando melhor, a identidade suficiente das infrações a valores básicos da convivência comunitária não decorre a igualdade do tratamento jurídico-penal no plano legislativo, pois as diferenças dos indivíduos ou grupos de indivíduos destinatários das regras legais asseguram a desigualdade do tratamento normativo a eles dirigido: aos crimes dos subintegrados, severidade; aos crimes dos sobreintegrados, leniência.

O ideal é que se alcançasse a conformação de um sistema jurídico-penal em que as vulnerabilidades sociais, tal como intuído por ZAFFARONI³⁶⁷, conduzissem da diferenciação à igualdade - a perspectiva da terceira etapa -, dando adequada relevância às limitações de ordem pessoal e social implicadas no cometimento de atos desviantes. Entretanto, nem mesmo o passo da identidade como igualdade foi ainda suficientemente atingido, pois à semelhança do desvio continua a seguir-se a desigualdade da criminalização/penalização.

No âmbito penal, é, assim, escancarada a manipulação ideológica das esferas de assimilação e de diferenciação, com a adoção de critérios de tipificação aleatórios ou mesmo, deliberadamente, perversos - considerando o conhecimento criminológico já acumulado -, o que perpetua a injustiça da atividade repressiva estatal.

Parece, assim, que somente um esforço de compreensão qualificado do fenómeno criminal, de carácter interdisciplinar, pode conduzir a uma crítica consistente do déficit isonômico na edição e na aplicação da lei penal, de modo a permitir sua superação pela via da efetivação dos princípios constitucionais, entre os quais se destaca o da igualdade: “el poder genera ‘legitimación’, pero si esta legitimación no obedece a valores, no es legítima, es decir, se deslegitima la legitimación”³⁶⁸.

8. Igualdade à brasileira: a criminalização dos mais frágeis

No Brasil, especificamente, a operacionalização do sistema de justiça penal assume contornos de tragédia social, em que se destacam a escancarada impunidade dos estratos sociais mais poderosos e a impiedosa repressão dos grupos mais fragilizados,

³⁶⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*, cit., p. 264/281.

³⁶⁸ BALESTENA, Eduardo. *La fábrica penal*, cit., p. *La fábrica penal: Visión interdisciplinaria del sistema punitivo*. Montevideo/Buenos Aires: Editorial B de f, 2006, p. 72.

conseqüência de uma tradição consolidada durante o regime ditatorial, mas iniciada já no período colonial.

BATISTA reconstrói a história da programação criminalizante no Brasil, fornecendo dados essenciais à compreensão de seu funcionamento discriminatório.

Segundo ele, nos primórdios do Brasil Colônia, as práticas punitivas do mercantilismo, concentradas no corpo do suspeito ou condenado, ocorriam no âmbito privado - tradição ibérica consolidada aqui devido à incipiente implantação das burocracias estatais, a um direito penal doméstico ligado ao escravismo e à forma de ocupação do território via capitânicas hereditárias.³⁶⁹

Por cerca de um século, vigoraram no Brasil as Ordenações Afonsinas e Manuelinas. Tais atos normativos, porém, não tiveram aplicação prática na Colônia, devido à predominância de um poder punitivo doméstico, exercido sem qualquer controle por senhores contra seus escravos e, em alguma medida, também contra índios.³⁷⁰

As Ordenações Filipinas, publicadas em 1603, constituíram a base da legislação penal da etapa colonial tardia, vigorando até 1830, já na fase imperial. A matéria criminal concentrava-se no Livro V, que reproduzia a mesma estrutura básica das anteriores. Tal código renovava o combate à justiça privada, proibindo as expedições vingadoras dos particulares³⁷¹, os duelos³⁷² e o direito de asilo dos coutos³⁷³, em prol da consolidação do poder imperial. Os crimes que figuravam no ato normativo eram variados: delitos religiosos³⁷⁴ (heresia, apostasia, cisma, blasfêmia, benzimento,

³⁶⁹ ZAFFARONI, E. Raúl e outros. *Direito Penal Brasileiro*, cit., p. 411/412.

³⁷⁰ *Idem*, p. 413/415.

³⁷¹ Títulos XLV e XLVII.

³⁷² Título XLIII.

³⁷³ Título CIV.

³⁷⁴ Títulos I a V.

feitiçaria, entre outros), delitos de lesa-majestade³⁷⁵ (regicídio, traição, entre outros), delitos “dos que dizem mal d’El-Rei”³⁷⁶ e “do que diz mentira a El-Rei em prejuízo de alguma parte”³⁷⁷, delitos de falsificação de moeda, de selos e sinais e de documentos³⁷⁸, diversos delitos contra os costumes em sentido amplo³⁷⁹ (sodomia, homossexualismo, masturbação, bestialismo, relação sexual de cristão com infiel, incesto, estupro, bigamia, sedução, adultério, concubinato, entre outros), delitos de homicídio e de lesões corporais³⁸⁰, delitos contra a administração pública³⁸¹ (corrupção ativa e passiva, peculato, resistência, desobediência, desacato, entre outros), delitos contra o patrimônio³⁸² (furto, falsificações, roubo, rapina, entre outros), crimes falimentares³⁸³, cárcere privado³⁸⁴, deserção³⁸⁵, contrabando e descaminho³⁸⁶, vários crimes relativos à passagem de gado³⁸⁷, bem como uma série de contravenções penais³⁸⁸ (vadiar, fazer serenata, portar arma, praticar jogos proibidos, fazer mexerico, causar incêndio, entre outros). Apesar da previsão, em alguns casos, das penas de deserção e de multa, para a maioria dos delitos era cominada a pena de morte, a qual poderia assumir quatro formas: morte cruel (a vida era tirada lentamente, em meio a suplícios), morte atroz (à pena capital, era acrescentada alguma circunstância agravante, como a queima ou o esquartejamento do cadáver, a proscricção da memória, entre outras), morte simples (supressão da vida apenas, via degolação ou enforcamento), morte civil (eliminação da vida civil e dos direitos de cidadania). Havia, ainda, um elenco de penas vis, como o

³⁷⁵ Título VI.

³⁷⁶ Título VII.

³⁷⁷ Título X.

³⁷⁸ Títulos XII, LII e LIII.

³⁷⁹ Títulos XIII a XXXIV.

³⁸⁰ Títulos XXXV a XLII.

³⁸¹ Títulos XLVIII a LI e LXXI a LXXIV.

³⁸² Títulos LVI a LXII.

³⁸³ Títulos LXVI, LXXXI, LXXXII, LXXXV e LXXXVI.

³⁸⁴ Título XCV.

³⁸⁵ Títulos XCVI e XCVII.

³⁸⁶ Títulos CVI, CVII, CXII, CXIII e CXIV.

³⁸⁷ Títulos LXXXVII, LXXXVIII e CXV.

³⁸⁸ Títulos LXVIII, LXXXI, LXXXII, LXXXV e LXXXVI.

açoite, as galés, o corte de membros, o baraço e o pregão, das quais estavam imunes os integrantes das classes superiores^{389, 390}.

Em resumo, as “Ordenações podem ser entendidas em seus aspectos punitivos e, quando aplicadas na província divinizada, como um exercício de controle da população de degradados, sodomitas, pervertidos, blasfemos, apóstatas, feiticeiros, rejudaizantes, mestiços, indígenas reduzidos e africanos escravizados”³⁹¹.

Paralelamente às Ordenações Filipinas, contudo, uma série de normas penais, constante de alvarás, regimentos, decretos, cartas-régias e assentos da Casa da Suplicação, também vigorava.³⁹² Contudo, o excessivo rigor da legislação penal, imerso em uma tradição de leniência em relação aos brancos, serviu apenas para instalar um regime de hipocrisia, favorecedor da impunidade e da arbitrariedade em sua aplicação, acentuando a seletividade³⁹³.

Sem embargo, esse amplo corpo legislativo não foi suficiente para fazer desaparecer o Direito Penal doméstico, o qual continuou dominante durante toda etapa colonial.

Já no regime das Capitânicas, o donatário era escolhido entre as pessoas de fortuna e posição da Metrópole, mas especialmente “práticos das coisas da guerra”, dado o objetivo de sujeição ou dizimação dos índios arredios, legitimado pela ideologia da “guerra justa”. Assim, relativamente aos nativos, arredios à escravização ou ao aldeamento jesuítico, restou a sua progressiva interiorização no País.³⁹⁴

³⁸⁹ Título CXXXVIII.

³⁹⁰ THOMPSON, Augusto. F. G. *Escorço histórico do direito criminal luso-brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 80/98.

³⁹¹ SOLAZZI, José Luís. *A ordem do castigo no Brasil*. São Paulo: Imaginário/Editora da Universidade Federal do Amazonas, 2007, p. 52.

³⁹² THOMPSON, Augusto, Op. cit., p. 417/419.

³⁹³ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: Lições Introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 286/287.

³⁹⁴ SOLAZZI, José Luís. Op. cit., p. 17/34.

A utilização de africanos como escravos no Brasil iniciou-se, provavelmente, em 1525, fazendo com que os perigos da selvageria indígena fossem substituídos pelas ameaças de insurgência dos negros, principalmente na região açucareira nordestina.³⁹⁵

Os símbolos específicos da punição dos negros - vítimas principais desse Direito Penal localista - eram o pelourinho e o tronco, havendo para cada falta um tipo particular de castigo - algumas vezes sobrepujado pela criatividade do senhor -, que era aplicado pelo feitor ou por algum escravo por ele designado. Os instrumentos de tortura mais comuns eram os de captura e contenção, os de suplício e os de aviltamento. Como a instilação de medo deveria acompanhar a punição, houve casos de escravos enterrados vivos, castrados, deformados ou mortos em azeite fervente. As infrações mais comuns eram a insubordinação e a preguiça³⁹⁶. As marcas de ferro nos escravos, que eram no rosto, passaram a ser realizadas, em 1524, nas espáduas, mas, em 1741, a marca “F” (de fujão) no rosto foi introduzida para os quilombolas³⁹⁷.

Todo um saber, que conta também com aspectos jurídicos, tem acompanhado o tratamento dispensado a negros e índios no Brasil. O escravo africano encontrava-se em um limbo jurídico, pois não era estrangeiro nem cidadão; não gozava de direitos civis, mas era responsável penalmente; a sua incorporação à nação dependia, exclusivamente, da vontade de seus donos. Após quase quatrocentos anos de escravidão, a abolição não foi suficiente para apagar a distinção entre negros e brancos estabelecida culturalmente, a qual conferia um lugar subalterno para o recém-liberto. Além disso, o fim da escravatura não foi acompanhado de medidas governamentais voltadas à integração social dos negros, tanto que muitos vendiam seu trabalho a qualquer preço e muitos outros permaneciam na casa do patrão em troca apenas de comida e pouso. Ao contrário, estimulou-se a imigração de europeus para suprir a demanda de trabalhadores

³⁹⁵ Idem, p. 73/76.

³⁹⁶ COSTA, Yasmin Maria Rodrigues Madeira da. *O significado ideológico do sistema punitivo brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 64.

³⁹⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*, cit., p. 346.

assalariados. Assim, praticamente se naturalizou um estado de inferioridade do negro, cujos traços até hoje perduram.³⁹⁸

Com os índios, a história é um pouco diferente. No início da colonização, ocorreram inevitáveis confrontos bélicos com os nativos, mas tão logo superadas as resistências mais ferozes, instaurou-se o discurso assimilacionista, voltado à sua catequização. Os verdadeiros motivos eram, porém, políticos, não humanitários ou religiosos: promover o comércio de africanos, empreendimento realizado pela Companhia Geral de Comércio do Grão-Pará e Maranhão; ampliar o número de súditos, estimulando a miscigenação; lutar contra os jesuítas. Mesmo assim, a sua escravização foi uma constante, o que é revelado pela repetida edição de normas pela Coroa buscando coibir seu apresamento.³⁹⁹ Os índios, que não eram estrangeiros, deveriam ser, assim, incorporados à comunhão nacional, tornando-se “bons e laboriosos cidadãos”. Contudo, os nativos eram vistos como sujeitos incapazes, necessitados da tutela e proteção do Estado, razão pela qual, em 1845, passaram a ser protegidos pelo regime de aldeias. Mesmo assim, como a ocupação efetiva do território nacional deu-se, não com um exército nacional, mas com aventureiros, posseiros e fazendeiros particulares, a violência contra os silvícolas foi incontrolável. Essa mesma ideologia assimilacionista e assistencialista tem persistido durante o período republicano.⁴⁰⁰

A independência do Brasil e a instituição do Império foram acompanhadas pelo deslocamento do domínio econômico do nordeste para o sudeste e da prevalência nas exportações do açúcar e do algodão para o café, bem como, até meados do século 19, por inúmeras sedições, provocadas pela queda nos preços dos produtos de exportação e

³⁹⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. “Desigualdades Jurídicas: povos indígenas, favelados e sem-terras”. In: *Boletim Científico do Ministério Público da União*. Brasília: MPU, 2002, nº 5, p. 78/79.

³⁹⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*, cit., p. 343/344.

⁴⁰⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. “Desigualdades Jurídicas: povos indígenas, favelados e sem-terras”, cit., p. 76/78.

pela crise financeira e fiscal, o que comprometeu, ainda no início, o projeto liberal da Constituição de 1824. O vigilantismo, assim, acabou prevalecendo.⁴⁰¹

As contradições da ordem jurídica eram evidentes. Não bastasse a persistência da escravidão, incompatível com o regime de liberdades, também o princípio da reserva legal, a proscrição de açoites e penas cruéis e a proibição de responsabilidade penal por fato alheio, reconhecidos pelo artigo 179, XI, XIX e XX, da Constituição Imperial, sofreram seguidas violações.⁴⁰²

O Código Criminal de 1830, inspirado no iluminismo penal do século 18, também continha inúmeras ambigüidades, mas continuava focado na escravidão: prescrevia a pena de açoite somente aos escravos⁴⁰³; previa a pena de morte, apesar de expungida de seus aspectos cruéis e infamantes, a escravos e senhores, mas somente àqueles se proibia a comutação da sanção⁴⁰⁴; um dos delitos considerados mais graves era o de insurreição⁴⁰⁵; a condição de escravo constituía agravante do crime⁴⁰⁶. Receosos da reprodução, aqui, em caso de instabilidade, da guerra civil promovida pelos escravos no Haiti, os grupos dominantes comungavam do entendimento de que era preciso manter sob controle a “canalha africana”, como chegou a ser dito⁴⁰⁷.

Apesar da edição do estatuto repressivo, durante o Império muitas outras leis foram promulgadas. Criminalizaram-se, em 1851⁴⁰⁸, a venda irregular de “substâncias venenosas”, em 1860⁴⁰⁹, a atividade de loterias e rifas não autorizadas por lei e, em 1885⁴¹⁰, o “acoutamento de escravos”, entre outras.⁴¹¹

⁴⁰¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*, cit., p. 423/424.

⁴⁰² Idem, p. 424/426.

⁴⁰³ Art. 60.

⁴⁰⁴ WEHLING, Arno. “O escravo ante a lei civil e a lei penal no Império (1822-1871)”. In: *Fundamentos de História do Direito*. Org. Antonio Carlos Wolkmer. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 403.

⁴⁰⁵ Art. 113.

⁴⁰⁶ COSTA, Yasmin Maria Rodrigues Madeira da. Op. cit., p. 66.

⁴⁰⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*, cit., p. 313.

⁴⁰⁸ Regulamento de 29 de setembro.

⁴⁰⁹ Lei nº 1.099.

⁴¹⁰ Lei nº 3.279.

À época da proclamação da República, a estrutura econômica ainda era, fundamentalmente, exportadora de produtos agrícolas, como o café, a borracha, o algodão, o açúcar e o cacau, sustentada pela grande propriedade rural. Mas também um capitalismo industrial foi, aos poucos, tomando corpo, principalmente nas áreas têxtil e alimentar, acompanhado do ingresso de subsidiárias de grandes empresas estrangeiras. Sobre essa base, estabeleceram-se as relações sociais de dominação, as quais apresentavam, no pólo de cima, uma aliança entre grandes proprietários e líderes políticos, denominada coronelismo, e, no pólo de baixo, os escravos libertos, os desclassificados urbanos, como prostitutas e capoeiras, e os contingentes de imigrantes recém-chegados.⁴¹²

No plano ideológico, o discurso do novo sistema penal desenrolou-se sobre o postulado da inferioridade biológica dos criminosos, demonstrado, cientificamente, pelo positivismo italiano e francês, o qual proporcionou a permanência do racismo no imaginário social.⁴¹³ Autores como Silvio Romero, Nina Rodrigues, Afrânio Peixoto e Oliveira Vianna, inspirados nessa doutrina, colaboraram para a divulgação da “tese do branqueamento” que dominou na elite brasileira na passagem para o século 20, segundo a qual se deveria reprimir as reivindicações sociais e as práticas sociais de mulatos e negros, bem como incentivar a imigração de europeus, para alcançar-se a “arianização” do povo brasileiro. Era necessário, segundo se entendia, controlar esses indivíduos indesejáveis, para o que novas técnicas de identificação policial foram adotadas, como a datiloscopia e a antropometria⁴¹⁴. E, nesse “Estado médico-legal”, o Rio de Janeiro, que

⁴¹¹ ZAFFARONI, E. Raúl e outros. *Direito Penal Brasileiro*, cit., p. 439/440.

⁴¹² *Idem*, p. 440/442.

⁴¹³ *Idem*, p. 442/443.

⁴¹⁴ MIRANDA, Carlos Alberto Cunha. “A fatalidade biológica: a mediação dos corpos, de Lombroso aos biotipologistas”. In: *História das Prisões no Brasil*. Org. Clarissa Nunes Maia e outros. Rio de Janeiro: Rocco, 2009, v. II, p. 277-317.

já havia construído a primeira penitenciária da América Latina (a Casa de Correção, concluída em 1850)⁴¹⁵, iria edificar o primeiro manicômio (inaugurado em 1921).

O Código Penal republicano, promulgado em 1890, contudo, constituiu, devido à celeridade de sua elaboração⁴¹⁶, “um decalque alterado do diploma anterior”, o que conduziu a seu desprestígio, exatamente pela insuficiente criminalização dos novos alvos sociais da Primeira República: imigrantes indesejáveis, anarquistas, prostitutas, bêbados, trabalhadores ocasionais, entre outros⁴¹⁷. Por consequência, uma profusão de leis foi editada - o que culminou na Consolidação das Leis Penais de 1932 -, na tentativa de corrigir essa deficiência. Com esse objetivo, inúmeros atos normativos foram aprovados, aumentando as penas para o delito de greve⁴¹⁸, criminalizando o furto de gado, instituindo a identificação criminal, reprimindo o anarquismo, punindo delitos de imprensa consistentes de divulgação de segredo de Estado, de ofensa ao Presidente da República ou à moral e aos bons costumes e da apologia de movimentos, entre outros.⁴¹⁹

A Constituição republicana de 1891 marcou o triunfo do liberalismo na cultura jurídica nacional, não tendo previsto nenhum direito social em seu corpo. Forte influência tiveram, também, o positivismo francês e o evolucionismo social, que fomentaram uma política de caráter reformista, conduzida do alto, não democrática.⁴²⁰

A modernização capitalista da economia nacional, à época, era inevitável, o que passava pela regulamentação do trabalho livre, fenômeno então estranho ao país, recém

⁴¹⁵ AGUIRRE, Carlos. “Cárcere e sociedade na América Latina, 1800-1940”. In: *História das Prisões no Brasil*. Org. Clarissa Nunes Maia e outros. Rio de Janeiro: Rocco, 2009, v. I, p. 35-77.

⁴¹⁶ PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: Evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 74.

⁴¹⁷ SOUZA, Luís Antônio Francisco de. “Polícia, poder de polícia e criminalidade numa perspectiva histórica”. In: *História da justiça penal no Brasil: Pesquisas e Análises*. Org. Andrei Koerner. São Paulo: IBCCRIM, 2006, p. 59-82.

⁴¹⁸ Sobre o tema, ver Christiano FRAGOSO. *Repressão Penal da Greve: Uma experiência antidemocrática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

⁴¹⁹ ZAFFARONI, E. Raúl e outros. *Direito Penal Brasileiro*, cit., p. 445/456.

⁴²⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*, cit., p. 367/368.

saído da escravidão e ainda predominantemente rural.⁴²¹ A cultura disciplinar, assim, voltada à produção de corpos dóceis adestrados ao trabalho, insinuou-se em todos os âmbitos. Operou-se uma delimitação invisível do espaço, em que não se podia movimentar livremente sem gerar suspeita, bem como surgiram, aos poucos, as favelas, que passaram a concentrar uma pobreza associada à criminalidade. Criaram-se a prisão correcional para a reabilitação de mendigos válidos, vadios, vagabundos, capoeiras e desordeiros, os manicômios criminais para alienados delinqüentes, os asilos para idosos e os abrigos para menores, já refletindo a orientação de classificação dos infratores, ensinada aos policiais na disciplina “História Natural dos Malfeitores”.⁴²²

A Revolução de 1930 consistiu em uma reação ao federalismo exacerbado da primeira fase republicana, representada pela política dos governadores e pelo mandonismo local. Resultou, portanto, em forte centralização do poder, reestruturação da administração pública e absorção de conflitos que antes eram resolvidos no âmbito privado, características próprias de um Estado intervencionista. O esgotamento do modelo agroexportador provocou um surto industrial, acompanhado de medidas protecionistas, dirigidas à substituição de importações. O proletário passou a ser protegido por leis previdenciárias e trabalhistas e pela autorização à organização sindical. Tudo isso gerou o crescimento das cidades, favorecido pelo aumento de postos de trabalho industriais.⁴²³

No Estado Novo, assim, inúmeras leis penais foram editadas, voltadas principalmente à repressão política e à tutela da intervenção econômica. Em 1940, foi editado o Código Penal até hoje em vigor, inspirado no modelo fascista de 1930. As penas previstas subdividiam-se em principais e acessórias⁴²⁴: as primeiras abarcavam a privação de liberdade – reclusão e detenção – e a pecuniária – multa -; as segundas

⁴²¹ Idem, p. 375.

⁴²² ZAFFARONI, E. Raúl e outros. *Direito Penal Brasileiro*, cit., p. 456/458.

⁴²³ Idem, p. 459/461.

⁴²⁴ Título V.

abrangiam a perda da função pública, a interdição de direitos e a publicação da sentença. Criaram-se as medidas de segurança⁴²⁵, aplicáveis a inimputáveis e semi-imputáveis. Adotou-se, ainda, o sistema do duplo binário⁴²⁶, consistente na aplicação sucessiva de pena e medida de segurança, para os presumidamente perigosos: os condenados por crimes cometidos em estado de embriaguez habitual, os reincidentes em delitos dolosos e os filiados a quadrilha.⁴²⁷ Na sua Parte Especial, ainda quase totalmente em vigor, a tipificação profusa de crimes contra o patrimônio material individual, bem como o seu elevado apenamento, comparativamente com o de outros delitos, como os contra a integridade corporal, revelam a afiliação ideológica do legislador e indicam o alvo preponderante da programação criminalizante.

Ao mesmo tempo, fez-se aprovar a Lei das Contravenções Penais, escancaradamente direcionada à criminalização das classes populares, então havidas como desajustadas e despreparadas para as necessidades da modernidade⁴²⁸. Inspirado no conceito de culpabilidade de autor, de caráter ou pela conduta de vida, o Decreto-Lei nº 3.689/42 criminalizou “o modo-de-ser da escumalha”⁴²⁹, tipificando, entre outras, as infrações de embriaguez, mendicância, vadiagem e perturbação do trabalho ou do sossego alheio.

Após a entrada em vigor do novo Código Penal, seguiram-se, também, várias leis penais de perfil “welfarista” ambivalente, que BATISTA recolhe em cinco grupos: o primeiro, corretivo da legislação anterior, buscou restringir o poder punitivo, como a Lei de Imprensa; o segundo concernia à intervenção econômica e aos delitos fiscais, como as Leis nº 1.521/51, nº 4.728/65 e nº 4.729/65; o terceiro formou um direito penal

⁴²⁵ Título VI.

⁴²⁶ DOTTI, René Ariel. “História da legislação penal brasileira: períodos republicanos”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo: Revista dos Tribunais/IBCCRIM, 1995, nº 12, p. 233.

⁴²⁷ ZAFFARONI, E. Raúl e outros. *Direito Penal Brasileiro*, cit., p. 470/475.

⁴²⁸ ROLIM, Rivaíl Carvalho. “Culpabilização da pobreza no pensamento jurídico-penal brasileiro em meados do século XX”. In: *História da justiça penal no Brasil: Pesquisas e Análises*. Org. Andrei Koerner. São Paulo: IBCCRIM, 2006, p. 192.

⁴²⁹ STRECK, Lenio Luiz. “Da criminalização da pobreza à pobreza da criminalização”. In: *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. Porto Alegre: FMP/CEIP, 2008, nº 16, p. 141-170.

ambiental moderado, tipificando contravenções florestais e contra a fauna, por exemplo; o quarto voltou-se à tutela da administração pública, como a Lei nº 1.079/50 e o Decreto-Lei nº 201/67; o quinto dirigiu-se à proteção de sujeitos fragilizados, punindo o genocídio, a discriminação racial e a corrupção de menores, por exemplo.⁴³⁰

No que respeita à repressão política, se, na década de 1950, houve um abrandamento das penas, após o Golpe de 1964, que incorporou a doutrina da segurança nacional pelo Decreto-Lei nº 314/67, inspirado pelo *National War College* dos Estados Unidos⁴³¹, o rigor e o autoritarismo iriam acompanhá-la por mais de uma década. Principalmente de 1968 a 1974, quando a oposição se lançou à luta armada, o subsistema penal DOPS/DOI-CODI, integrando repartições militares e civis, torturou e matou centenas de “subversivos”. Igualmente favorecidos por esse modelo repressivo foram os “esquadrões da morte”, os quais adotaram procedimentos ilegais de execução sumária de suspeitos, principalmente de crimes patrimoniais ou mesmo mendigos.⁴³²

Em 1984, promoveu-se a reforma da Parte Geral do Código Penal, a revelar a própria vitalidade do ato normativo de 1940, já que muito dele foi preservado⁴³³, mesmo com as alterações pontuais anteriores à Lei nº 7.209/84⁴³⁴.

Nessa mesma década, o país foi alcançado pelas transformações econômicas e sociais conhecidas como globalização, caracterizadas, basicamente, pela desaceleração do crescimento econômico, pela queda no rendimento dos trabalhadores, pela flexibilização do emprego, pela desenfreada acumulação financeira e pelo desmonte progressivo dos programas assistenciais públicos. Gerando gravíssimas conseqüências sociais, o modelo neoliberal subjacente a essas mudanças gestou uma forma ainda mais

⁴³⁰ ZAFFARONI, E. Raúl e outros. *Direito Penal Brasileiro*, cit., p. 475/477.

⁴³¹ DAL RI JR., Arno. *O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 280.

⁴³² Idem, p. 477/479.

⁴³³ ZAFFARONI, E. Raúl e outros. *Direito Penal Brasileiro*, cit., p. 481/483.

⁴³⁴ DOTTE, René Ariel. “História da legislação brasileira II: A reforma do CP 1940 (de 1942 a 1984)”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais/IBCCRIM, 1995, nº 13, p. 302/308.

regressiva de repressão penal, voltada principalmente ao controle de contingentes humanos marginalizados, agora tidos como consumidores falhos.⁴³⁵

Mais uma vez, entretanto, o sistema criminal brasileiro passou a apresentar uma acentuada ambivalência. E isso porque, a partir da Constituição de 1988, o ideal democrático conduziu à edição de inúmeras leis voltadas à criminalização de condutas das elites. Contudo, essa novel legislação, aparentemente promotora do valor da igualdade jurídica, veio acompanhada de inúmeras medidas imunizadoras, que praticamente esvaziaram seu conteúdo penal, como a conciliação cível, a transação penal e a suspensão condicional do processo, instituídas pelas Leis nº 9.099/95 e nº 10.259/2001, a vedação da conversão da pena de multa impaga em privação de liberdade, sufragada pela Lei nº 9.268/96, e o alargamento das hipóteses de cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, veiculado pela Lei nº 9.714/98. Com isso, praticamente se afastou a hipótese de aplicação de pena de encarceramento aos delitos ditos de colarinho branco, por mais graves que se apresentem, pois, diante do descabimento de algum benefício penal ou processual penal, outro inevitavelmente encontra incidência.⁴³⁶

Esse abrandamento da repressão, destinada preponderantemente aos estratos sociais mais poderosos, foi seguido, contudo, de uma série de atos normativos voltados ao severo controle dos grupos marginalizados, representados, destacadamente, pela Lei nº 8.072/90, que definiu os crimes hediondos e instituiu regime diferenciado a seu tratamento (como a proibição de progressão de regime de cumprimento de pena privativa de liberdade), bem como pelas demais leis que cuidaram da mesma matéria.⁴³⁷ Mais recentemente, a Lei nº 10.792/2003 alterou a Lei de Execução Penal, ao prever o chamado regime disciplinar diferenciado, exacerbando a execução penal de integrantes de quadrilha ou bando e de presos de alto risco, entre outros. Também o tráfico de

⁴³⁵ ZAFFARONI, E. Raúl e outros. *Direito Penal Brasileiro*, cit., p. 484/485.

⁴³⁶ *Idem*, p. 485.

⁴³⁷ *Idem*, p. 485/486.

drogas foi objeto de recente ato normativo, que tornou mais rigorosa ainda sua repressão (Lei nº 11.343/2006). Nessa mesma direção, encaminham-se as alterações nos tipos dos crimes de furto, de roubo e de extorsão do Código Penal, agravando as penas (Lei nº 9.426/96).

É manifesta, assim, a convivência de duas vias bem distintas de programação criminalizante: uma branda, que oculta em sua feição universal o escopo de beneficiar os grupos sociais mais poderosos; outra severa, que se dirige a segregar definitivamente os segmentos sociais marginalizados.

É preciso esclarecer, entretanto, que não se questiona o mérito da implementação de medidas que conduzam à redução ou ao abrandamento da resposta penal às infrações. Afinal, parece preferível tratar os problemas de desvio fora do Direito Penal ou, se dentro, com o apoio de medidas não detentivas. O problema que se está a apontar diz respeito, especificamente, ao déficit de igualdade do sistema repressivo, o qual, entre nós, mesmo quando aparentemente se democratiza, perpetua em suas frestas o caráter hierárquico da sociedade.

Também no âmbito do processo penal, a evolução histórica da legislação e das práticas repressivas aponta para a sua operacionalização seletiva.

KANT DE LIMA, que se vem dedicando a esse estudo há anos, formula a hipótese de que “no Brasil, desde o período colonial, vigem procedimentos de descoberta da verdade, nos casos de infrações penais, compatíveis com os procedimentos eclesiais de ênfase inquisitorial, independentemente da ordem jurídico-político-constitucional em vigor”⁴³⁸. Mesmo com todas as mudanças já ocorridas, ainda se verifica uma forte associação entre crime e pecado, a justificar a

⁴³⁸ KANT DE LIMA, Roberto. *Ensaio de Antropologia e de Direito: Acesso à Justiça e Processos Institucionais de Administração de Conflitos e Produção da Verdade Jurídica em uma Perspectiva Comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 128.

busca pela confissão e pelo arrependimento do suspeito como modo de estabelecimento da verdade.

Entre nós, o processo penal, tido por alguns doutrinadores como misto, por ter sofrido a influência dos modelos inglês e francês, padece de um acentuado sincretismo, já que misturado ainda ao sistema ibérico. Constata-se, aqui, uma certa complementariedade do processo penal secular com a tradição hierárquica e canônica, do que resultaram sensíveis distorções na atividade policial e judicial.⁴³⁹

Costuma-se associar à consolidação dos Estados modernos a centralização da resolução dos conflitos sociais, em superação ao sistema medieval das provas legais. O antecedente das formas estatais foi a *inquest*, uma instituição eclesiástica destinada a produzir informações censitárias acerca das propriedades da igreja, através da formulação de perguntas⁴⁴⁰, a qual deu origem a dois sistemas seculares bem distintos: o da *common law tradition*, de perfil acusatório, caracterizado pelo julgamento do criminoso pelos seus pares, escolhidos entre quem não tenha tido conhecimento prévio dos fatos, os quais são produzidos, oralmente, durante o julgamento, com o controle de regras de exclusão, até que os jurados cheguem a um veredito, em debate secreto; o modelo da *civil law tradition*, de feição inquisitorial, baseado no inquérito, o qual se caracteriza pela busca da verdade através de perguntas formuladas pelo juiz a quem tenha conhecimento dos fatos, a partir de hipóteses delituosas definidas geralmente em códigos editados pelo Parlamento, cumprindo ao órgão jurisdicional a função meramente interpretativa. Esse último sistema, que é o adotado no Brasil, sofreu, em Portugal, modificações provocadas pela cultura ibérica: a intervenção sigilosa e de ofício do Estado, decorrência de uma sociedade hierarquizada, e o questionamento de fatos já sabidos pelo julgador, buscando a confissão e o arrependimento do acusado, decorrência da influência eclesiástica.⁴⁴¹

⁴³⁹ Idem, p. 129.

⁴⁴⁰ Idem, p. 202.

⁴⁴¹ Idem, p. 130/136.

Essa tradição hierárquico-católica, ainda infiltrada em nossas práticas policiais e judiciais, sempre prezou a “harmonia social”, a qual seria desarrumada pelo conflito gerado pelos “outros”, justificando a intervenção de meios extraordinários para o restabelecimento da ordem.⁴⁴² Daí a histórica aversão da cultura jurídico-penal nacional à negociação, pois a verdade tem de ser cabalmente descoberta, não para resolver o conflito, mas para suprimi-lo.⁴⁴³

É pertinente, assim, acompanhar a história do processo penal em Portugal e no Brasil. Atribui-se ao Rei Dom Afonso IV a regulamentação, em 1379, das “inquirições devassas”, para os crimes de morte, as quais evoluíram para duas formas diferenciadas de “esquissa”: o inquérito propriamente dito, que exigia a presença do acusado, e a devassa, que era a inquirição realizada de ofício e sem o concurso do acusado. Também a “denúncia” dispensava a intervenção dos interessados, exceto nos casos de “querela”, cuja iniciativa cumpria à parte lesada⁴⁴⁴.

O Livro V das Ordenações Afonsinas consagraria essas três formas de proceder criminalmente: a “acusação”, que se iniciava pelo “auto de querela”; a “denúncia”, que não era inscrita, pois constituía a “delação secreta” ou a “súplica dos fracos”; a inquirição, que geralmente se dava de ofício. Lavrado o auto de querela, feita a denúncia ou encerrada a investigação sigilosa, procedia-se à citação e ao interrogatório do acusado. Se este confessava, o juiz julgava de pronto. Se negasse as acusações, podia exigir que as testemunhas fossem reinquiridas na sua presença e na do juiz. Oferecidas as razões pela acusação e pela defesa, seguia-se a sentença, da qual cabia apelação.⁴⁴⁵

Esse procedimento, sem muitas alterações, foi mantido pelas Ordenações Manuelinas, que criaram a figura do promotor de Justiça, com funções cíveis e criminais. Estabeleceram-se, ainda, as “devassas gerais” e as “devassas especiais”: as

⁴⁴² Idem, p. 224/225.

⁴⁴³ Idem, p. 226/227.

⁴⁴⁴ Idem, p. 136.

⁴⁴⁵ Idem, p. 137.

primeiras eram realizadas sem infração certa a apurar, anualmente quando os juízes iniciavam seus trabalhos, como as conhecidas “janeirinhas”; as segundas supunham a existência do delito, apesar de desconhecida a autoria.⁴⁴⁶

Anteriormente, por volta do século 14, já havia sido restabelecida a prática judiciária das “tormentas”, sem que se indicassem as hipóteses específicas em que seriam admitidas, considerando a necessidade presumida de obter-se a confissão do suspeito. A tortura, porém, não era dirigida a todos, tendo-se instituído alguns privilégios, que não subsistiam diante de crimes de lesa-majestada, feitiçaria, falsidade e cárcere privado. Essas regras foram mantidas pelas Ordenações Filipinas⁴⁴⁷, as quais ainda isentavam dos tormentos as mulheres grávidas, os soldados, os vereadores, os nobres, os letrados e os menores de 14 anos de idade.⁴⁴⁸

No Brasil Colônia, o processo penal era regulado pela legislação portuguesa. Nos primórdios da colonização, a estrutura judiciária era constituída basicamente pelos juízes municipais ou ordinários (eleitos nas Câmaras locais) e pelo rei, que mantinha a competência de apreciar recursos e agravos; entre a base e o topo, localizava-se uma espécie de justiça senhorial dos donatários e governadores, os quais designavam ouvidores para a função. Com o fracasso das capitâneas hereditárias, o Regimento de Tomé de Souza, Governador-Geral a partir de 1549, indicava um Ouvidor-Geral, que ocuparia a parte superior da hierarquia judiciária colonial, o que prenunciava o declínio do poder dos capitães. Acompanhava o Ouvidor-Geral um séquito de oficiais inferiores: escrivães, tabeliães, meirinhos e inquiridores. Das suas decisões, podia-se recorrer à Casa da Suplicação de Lisboa.⁴⁴⁹ Com o desenvolvimento da Colônia, criou-se, em 1609, a Relação do Estado do Brasil, com sede em Salvador, a qual contou com o desagrado da oligarquia açucareira, receosa de perder seu poder punitivo privado. De

⁴⁴⁶ Idem, p. 137/138.

⁴⁴⁷ Título CXXXIII.

⁴⁴⁸ KANT DE LIMA, Roberto. Op. cit., p. 138/139.

⁴⁴⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*, cit., p. 263/267.

1626, com o fechamento da Relação, até 1652, com sua reabertura, a administração judicial foi centralizada em três Ouvidores-Gerais (do Maranhão, do Brasil e da Repartição Sul), diretamente subordinados à Casa da Suplicação localizada na Metrópole. Com o crescimento das capitanias do sul, foi criada, em 1751, a Relação do Rio de Janeiro, época em que muitos juízes de fora já atuavam na Colônia (o primeiro chegara à Câmara de Salvador em 1696).⁴⁵⁰ Em 1765, foram instituídas as Juntas de Justiça, integradas pelo ouvidor e por dois letrados adjuntos⁴⁵¹. Com a vinda da Família Real ao Brasil, em 1808, a Relação do Rio de Janeiro foi elevada à condição de Casa da Suplicação do Brasil, com função de tribunal superior⁴⁵². E, ainda antes da declaração de independência, foram criadas as Relações de São Luís, em 1812, e de Recife, em 1821⁴⁵³.

Com o Império, surgiu a necessidade de dotar o País de um novo quadro institucional e jurídico. A Constituição de 1824, inspirada na obra de Benjamin Constant, apesar de seu cunho liberal, continha elementos extremamente autoritários, como a figura do Poder Moderador, a centralização administrativa e a divisão dos cidadãos em ativos e passivos, o que alijava grande parcela da população da participação política. No que toca à estrutura judiciária, a Constituição previu a criação de Relações nas Províncias (em 1874, foram criadas as de São Paulo, Cuiabá, Porto Alegre, Ouro Preto, Vila Boa de Goiás, Belém e Fortaleza⁴⁵⁴) e de um Supremo Tribunal de Justiça na Capital do Império⁴⁵⁵. Com a promulgação do Código de Processo Criminal, em novembro de 1832, extinguíram-se as ouvidorias, os juízes de fora e os juízes ordinários, tendo a função jurisdicional sido atribuída a juízes de paz, eleitos, a juízes municipais e juízes de Direito, nomeados, e a jurados, alistados anualmente. Os juízes de paz, com

⁴⁵⁰ ZAFFARONI, E. Raúl e outros. *Direito Penal Brasileiro*, cit., p. 418/419.

⁴⁵¹ BRAGA, Pedro. *Crime e sociedade*. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 2008, p. 120.

⁴⁵² *Idem*, p. 125.

⁴⁵³ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*, cit., p. 289.

⁴⁵⁴ *Idem*, p. 329.

⁴⁵⁵ BRAGA, Pedro. *Op. cit.*, p. 142.

funções policiais e judiciais, detinham a competência para julgar infrações menores, dando “termos de bem viver” a vagabundos, mendigos, prostitutas, bêbados e baderneiros, além de conduzirem a investigação criminal. Aos juízes de Direito cabia a presidência do Conselho de Jurados, para apreciação de crimes mais graves, aplicando a lei aos fatos. Os juízes municipais substituíam os juízes de Direito, quando necessário, tendo por base territorial de atuação o termo, onde também davam execução às sentenças e exerciam funções policiais. Para os jurados valia o mesmo critério censitário da participação política: somente os homens livres, com mais de 25 anos de idade e com renda anual de cem mil réis, entre outros requisitos, estavam habilitados para a função.⁴⁵⁶ Com isso, reproduzia-se, nos julgamentos, a moralidade patriarcal e conservadora dos grupos proprietários dominantes⁴⁵⁷. A devassa foi extinta, as querelas foram transformadas em queixa, e a denúncia passou a ser o instrumento de ação do Ministério Público. A iniciativa dos processos continuou a operar de ofício em todos os casos de denúncia. A formação da culpa passou a ser feita na presença do acusado, e o julgamento dos crimes com pena superior a seis meses de prisão ou de degredo passou a realizar-se em processo público e oral perante o júri, que se dividia em dois conselhos, o de acusação e o de sentença.⁴⁵⁸ Em grau de recurso, havia as referidas Relações e as Juntas de Paz⁴⁵⁹. Ao Supremo Tribunal de Justiça, além de sua competência originária, cabia dar revista, em casos de nulidade manifesta ou injustiça notória, funcionando como corte de cassação⁴⁶⁰.

Em uma década, porém, na onda do chamado Regresso, as funções dos juízes de paz foram absorvidas por Chefes de Polícia, nomeados pelo Poder Executivo e auxiliados por delegados⁴⁶¹, pois pareceu intolerável que a tradição ibérica, fiscalista e centralizadora, contemplasse uma força policial local e eleita. A Guarda Nacional foi

⁴⁵⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*, cit., p. 289/290.

⁴⁵⁷ Idem, p. 288/289.

⁴⁵⁸ KANT DE LIMA, Roberto. Op. cit., p. 140/141.

⁴⁵⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*, cit., p. 289.

⁴⁶⁰ Idem, p. 329/330.

⁴⁶¹ Idem, p. 292.

criada em 1831, tendo seu comando confiado aos grandes proprietários locais, mas foi centralizada completamente em 1850⁴⁶², ao passar às mãos do Ministro da Justiça⁴⁶³. O tribunal do júri também não resistiu à opinião geral, comungada por liberais e conservadores, de que constituía uma instituição muito avançada para o povo brasileiro, “que não tinha capacidade para desempenhar o papel de jurados, julgando seus pares”⁴⁶⁴. Em setembro de 1871⁴⁶⁵, assim, estabeleceu-se um novo processo penal, separando a polícia da judicatura e acolhendo o modelo do inquérito até hoje em vigor.⁴⁶⁶

Com a proclamação da República, esse sistema foi mantido, mas atribuiu-se aos Estados a competência para legislar sobre matéria processual, até que, em 1941, foi aprovado o Código de Processo Penal, até hoje vigente, que seguiu a matriz antes delineada e voltou a centralizar a matéria. A estrutura judicial, porém, sofreu algumas mudanças importantes. Em 1890, foi criado o Supremo Tribunal Federal, com a função de controle da constitucionalidade das leis, seguindo o modelo de controle difuso norte-americano, e com a atribuição de apreciar o recurso extraordinário, reformando diretamente a decisão. Além disso, passaram a existir uma justiça estadual e uma justiça federal. A breve Constituição de 1934, de perfil corporativista, apresentou algumas inovações: previu um elenco de direitos sociais, exigiu concurso público para as carreiras do Poder Judiciário e do Ministério Público, estabeleceu uma Corte Suprema, atribuiu ao Senado a suspensão da execução de lei declarada inconstitucional⁴⁶⁷, criou a Justiça Eleitoral, a Justiça Militar e a Justiça do Trabalho, esta ainda como órgão administrativo, e manteve a Justiça Federal. Com o Estado Novo, a Constituição de 1937, centralizadora, suprimiu a competência do Senado para suspender a execução de lei declarada inconstitucional⁴⁶⁸, extinguiu a Justiça Federal e estabeleceu a competência

⁴⁶² Lei nº 602.

⁴⁶³ ZAFFARONI, E. Raúl e outros. *Direito Penal Brasileiro*, cit., p. 426/427.

⁴⁶⁴ KANT DE LIMA, Roberto. Op. cit., p. 208.

⁴⁶⁵ Lei nº 2.033.

⁴⁶⁶ KANT DE LIMA, Roberto. Op. cit., p. 141/142.

⁴⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, cit., p. 344/348.

⁴⁶⁸ Idem, p. 348/349.

privativa da União para legislar sobre direito processual. Com a redemocratização do país, a Constituição de 1946 pouco inovou em matéria jurisdicional: criou o Tribunal Federal de Recursos e retomou o modelo de controle de constitucionalidade da Carta de 1934. Durante o período da ditadura militar, o modelo composto pelo Supremo Tribunal Federal, pelos Tribunais Federais de Recursos, pelas Justiças Federal e Estadual e pelas Justiças Militar, Eleitoral e do Trabalho foi preservado pela Constituição de 1967 e pela Emenda Constitucional nº 1/69. Antes, porém, ainda sob a égide da Carta de 1946, foi instituído o controle concentrado de constitucionalidade das leis, através da Emenda Constitucional nº 26/65⁴⁶⁹. Finalmente, a Constituição de 1988, democrática e compromissária, ao mesmo tempo em que manteve as formas difusa e concentrada de controle de constitucionalidade dos atos normativos, criou o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais Regionais Federais.

Apesar dessas inovações mais recentes na estrutura judiciária nacional, que a tornaram mais complexa, vêm perpetuando-se, mesmo assim, o modelo inquisitivo sigiloso e a obrigatoriedade da persecução penal, que tantas disfunções perversas geram, como as figuras de alcagüetes e delatores, colocando a polícia em perigosa proximidade a delinqüentes, e as formas ilegais ou paralegais de condução das investigações, além da sobrecarga do sistema com casos irrelevantes, insolucionáveis ou já resolvidos pelos interessados.

O tribunal do júri continua a existir, contando inclusive com base constitucional, apenas para o julgamento de crimes dolosos contra a vida, mas o modelo é extremamente ambivalente, caracterizando-se como um mero apêndice ao processo penal tradicional, muito diverso, portanto, do sistema inglês.

Nos últimos anos, inúmeras medidas processuais penais foram introduzidas com o objetivo de facilitar a investigação criminal, como a quebra de sigilos bancário e fiscal, a interceptação telefônica, a escuta ambiental, a delação premiada, a infiltração policial e

⁴⁶⁹ Idem, p. 351/356.

o flagrante retardado, bem como de recrudescer o tratamento do acusado, como a proibição de concessão de liberdade provisória, a limitação do direito de recorrer em liberdade e a prisão temporária.

No plano da justiça consensual ou negociada, o quadro também é desalentador, pois a Lei dos Juizados Especiais Criminais, da perspectiva das classes desfavorecidas, parece ter servido apenas para o reavivamento de uma série de infrações penais bagatelares que já nem mais eram levadas a conhecimento policial pelos interessados⁴⁷⁰.

Somente muito recentemente a legislação e a jurisprudência vêm corrigindo a perversidade do processo penal brasileiro, com o asseguramento de defesa técnica já no interrogatório, com o direito ao silêncio ao acusado, com a mudança das regras do julgamento pelo tribunal do júri, com o direito do condenado de recorrer em liberdade, com as regras de exclusão de provas, entre outros. Mas é muito provável que a tradição ibérico-católica continue, mesmo assim, a orientar a prática das instâncias policiais e judiciais.

O sistema penal brasileiro, portanto, encontra-se imerso no ambiente cultural mais amplo de nossa sociedade, marcada pela hierarquização exacerbada, o que vem, historicamente, impedindo a efetividade de qualquer mudança na direção de padrões mais elevados de igualdade.

CHAUI, aliás, chama a atenção para a persistência, no Brasil, de uma “cultura senhorial”, que verticaliza a estrutura social em relações de mando-obediência, do que decorrem a confusão entre os espaços público e privado, a visão generalizada da lei como privilégio para os ricos e como opressão para os pobres, o fascínio por signos de distinção, o bloqueio dos conflitos por ideologias, entre outras⁴⁷¹.

⁴⁷⁰ ZAFFARONI, E. Raúl e outros. *Direito Penal Brasileiro*, cit., p. 487.

⁴⁷¹ CHAUI, Marilena. *Brasil: Mito fundador e sociedade autoritária*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2006, p. 89/92.

Essa insuscetibilidade ao câmbio parece ser um traço distintivo de nossa estratificação social. No âmbito jurídico, segundo CARVALHO, os cidadãos brasileiros encontram-se, persistentemente, divididos em classes. Os privilegiados, chamados de “doutores”, estão acima da lei, geralmente fazendo valer seus interesses pelo poder do dinheiro e do prestígio social; são, invariavelmente, brancos, ricos, universitários; integram essa primeira classe os empresários, os banqueiros, os grandes proprietários, os políticos, os profissionais liberais e os altos funcionários. A seguir, existe uma massa de “cidadãos simples”, integrantes da segunda classe, aos quais tanto os rigores quanto os benefícios da lei são aplicados taxativamente; compõe esse grupo a dita classe média (trabalhadores assalariados e pequenos funcionários públicos). Por fim, apreço a terceira classe, integrada pelos “elementos” do jargão policial; são quase todos negros ou pardos, analfabetos ou semi-alfabetizados; representam esse grupo a população marginal das grandes cidades, os trabalhadores informais, os biscateiros, os camelôs, os mendigos, os posseiros, os menores abandonados.⁴⁷² Em relação a esses últimos, a integração jurídica é realizada, quase exclusivamente, pela via do Direito Penal.

É preciso não iludir-se, assim, com a imagem de harmonia atribuída a nossa sociedade, consagrada pelo imaginário da cordialidade do brasileiro⁴⁷³. Há, certamente, uma cultura assimilacionista no Brasil, que a todos admite - mas desde que conheçam o seu lugar. Não se promove a segregação, mas a inferiorização: não se quer os outros fora, mas embaixo. Construiu-se uma “sociedade igreja”: integra-se, ao mesmo tempo em que se hierarquiza.⁴⁷⁴

A “igualdade à brasileira”, assim, pressupõe a naturalização das desigualdades. Tendo a sociedade brasileira sido erigida sobre dois modelos, o igualitário e o

⁴⁷² CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, p. 215/217.

⁴⁷³ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 21. ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1989, p. 101/112.

⁴⁷⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. “Desigualdades Jurídicas: povos indígenas, favelados e sem-terras”, cit., p. 75.

hierárquico, gestou-se uma “esquizofrenia jurídica”, representada pela isonomia constitucional, por um lado, e pela discriminação infraconstitucional, por outro⁴⁷⁵. Mais precisamente, o que se tem é um sistema que opera em dois níveis distintos: um jurídico-burocrático, fundamentado em leis universais; outro particularizado, pessoalizado ao extremo, que fomenta tratamentos diferenciados⁴⁷⁶, tanto para beneficiar, quanto para prejudicar.

Como essa discriminação perversa e resistente foi construída? Talvez o “nó da história brasileira” tenha sido, como observa SOARES, “o acordo entre as elites, o compromisso entre as oligarquias, a grande aliança entre os setores dominantes do campo e da cidade”, pacto esse que “sempre excluiu as classes subalternas”⁴⁷⁷ e culminou nos elevados níveis de desigualdade ainda verificáveis.

Não se trata evidentemente de manobras conspiratórias constantes de referidas elites. Diferentemente, como demonstrou FOUCAULT, o poder é mais uma estratégia que uma propriedade, e seus efeitos de dominação decorrem de manobras, técnicas, disposições, táticas; o que existe é uma rede de relações sempre tensas. O poder é, assim, mais exercido que possuído; não é um privilégio adquirido dos estratos sociais dominantes, mas a consequência do conjunto de suas posições estratégicas.⁴⁷⁸

De qualquer forma, essa constatação não impede que se suspeite de seu exercício por segmentos, grupos ou classes sociais bem específicos. Afinal, o poder “sempre se

⁴⁷⁵ MENDES, Regina Lúcia Teixeira. “Igualdade à brasileira: cidadania como instituto jurídico no Brasil”. In: *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre: ITEC, nº 13, p. 96.

⁴⁷⁶ DAMATTA, Roberto. *Carnavais, Malandros e Heróis*: para uma sociologia do dilema brasileiro. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997, p. 218.

⁴⁷⁷ SOARES, Luiz Eduardo. “Uma interpretação do Brasil para contextualizar a violência”. In: *Linguagens da violência*. Orgs. Carlos Alberto Messeder Pereira e outros. Rio de Janeiro: Rocco, 2000, p. 32.

⁴⁷⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: história da violência nas prisões. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1988, p. 29.

exerce em determinada direção, com uns de um lado e outros do outro; não se sabe ao certo quem o detém; mas se sabe quem não o possui”⁴⁷⁹.

BIOPODER

No Brasil, gestou-se uma “sociabilidade autoritária”⁴⁸⁰, em que a ordem do castigo sempre se voltou contra os setores mais vulneráveis da comunidade, considerados perigosos. Nos primórdios da colonização, ao apresamento dos índios, seguiu-se, devido à sua inadaptação ao trabalho escravo, o seu extermínio, justificado pela ideologia da guerra justa. Logo a seguir, com a introdução do escravo africano, todo o regime repressivo voltou-se contra ele, devido ao receio de que esse contingente negro se rebelasse contra o latifúndio escravista. Mesmo com a abolição da escravatura, o foco do controle penal continuou a ser os indivíduos integrantes da base da sociedade: agora, os negros libertos, estrangeiros rebeldes (principalmente anarquistas), mulatos deslocados, vagabundos, bêbados, prostitutas, capoeiras, loucos, menores abandonados, entre outros. Para tanto, a República logo produziu um novel instrumento legal repressivo, que introduziria a figura da contravenção penal no Brasil, voltada exatamente à repressão dos elementos indesejados, por não incorporados ao mundo do trabalho formalizado. Legitimou essa compreensão do fenômeno criminal o pensamento clínico-criminológico, que aqui assumiu uma feição médica, a qual explicava o delito como o ato de pessoas social e biologicamente atrasadas, identificando-as pela cor da pele ou pela pobreza, como tal necessitadas de tratamento. Paralelamente, o objetivo de branqueamento da população estimulou o ingresso de estrangeiros brancos, principalmente alemães e italianos, aos quais foram destinadas terras produtivas e empregos na agricultura e na indústria. Ao final do século 20, com a estruturação de uma sociedade de consumo, foram os grupos economicamente precarizados que passaram a ser o alvo da repressão, exatamente por não conseguirem participar devidamente do sistema de trocas constantes estabelecido.

⁴⁷⁹ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1989, p. 75.

⁴⁸⁰ SOLAZZI, José Luís. Op. cit., p. 15.

Não é por acaso que se tem denunciado a persistência de três máximas seculares que orientam o discurso penal brasileiro:

1. A existência de criminosos natos; 2. a premissa segundo a qual é possível identificar o criminoso segundo suas características fenotípicas; 3. a associação automática dos atributos fenotípicos dos negros de qualquer tonalidade cromática com ‘atributos típicos de criminoso’, ou, em outros termos, a consideração da cor como anúncio de culpa⁴⁸¹.

E, mesmo com todo o discurso inclusivista que se vem desenvolvendo nos últimos anos, a persistência do modelo discriminatório alerta para os entraves de qualquer atividade político-jurídica transformadora.

A igualibertação no âmbito do Direito Penal, portanto, insere-se no campo de transformações mais vasto projetado pelo movimento constituinte da década de 1980, o qual, como se referiu, buscou romper com o passado de exclusões e privilégios gestados ao longo de nossa história, que certamente não será modificado de pronto apenas com prescrições formais da legislação. Afinal, “a criminal justice system can be no more just than the society its laws protect”⁴⁸².

⁴⁸¹ SILVA JR., Hédio. “Direito Penal em preto e branco”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais/IBCCRIM, 1999, nº 27, p. 327.

⁴⁸² REIMAN, Jeffrey. *The rich get richer and the poor get prison: ideology, class, and criminal justice*. 8. ed. Boston: Allyn and Bacon, 2007, p. 210: “...um sistema de justiça criminal não consegue ser mais justo que a sociedade a qual suas leis protegem” (tradução livre).

TERCEIRA PARTE

O FUNCIONAMENTO SELETIVO DO SISTEMA PENAL: A ILEGITIMIDADE DA GESTÃO DIFERENCIAL DA CRIMINALIDADE NO MARCO DO ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE DIREITO

9. A crise do Direito Penal contemporâneo: expansão e populismo

O propalado déficit de igualdade no sistema de justiça penal é aparentemente contraditório com a "democratização" da legislação penal, a qual, nos últimos decênios, vem se expandindo significativamente, abarcando inúmeras condutas imputáveis a agentes ditos de "colarinho branco".

Nesse sentido, MANTOVANI refere que, a um "diritto penale dell'oppressione", próprio dos regimes absolutistas, se sucedeu um "diritto penale del privilegio", típico dos Estados liberais, fundado no postulado da igualdade meramente formal entre os cidadãos, o qual escamoteava os ingentes níveis de desigualdade real existentes em sociedade. Para superar tal estado de coisas, o ideal a alcançar seria um "diritto penale della libertà", voltado à efetivação da liberdade do ser humano de todas as coações, sociais e estatais.⁴⁸³

No Brasil, o marco dessa inflexão na direção da tipificação penal dos comportamentos dos estratos sociais mais poderosos é a Constituição de 1988. Após seu advento, várias leis foram editadas, voltadas à punição de crimes das elites: Lei nº 8.078/90 (crimes contra as relações de consumo), Lei nº 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária e econômica e contra as relações de consumo), Lei nº 8.176/90 (crimes contra a ordem econômica), Lei nº 8.666/93 (crimes em licitações e contratos do Poder Público), Lei nº 9.279/96 (crimes contra a propriedade industrial), Lei nº 9.605/98 (crimes contra o meio ambiente), Lei nº 9.613/98 (crimes de lavagem de dinheiro), Lei nº 11.101/2005 (crimes falimentares), entre outras.

⁴⁸³ MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale: Parte Generale*. 4. ed. Padova: CEDAM, 2001, p. XXXVII/XLVII.

Essa expansão⁴⁸⁴ do Direito Penal não constitui fenômeno exclusivo do Brasil, parecendo atender a necessidades estruturais das comunidades contemporâneas, mais complexas e conflituosas, demandando atuação antecipada das instâncias punitivas. Diz-se que vivemos em sociedades de risco⁴⁸⁵, ambientes saturados de perigos criados pelo próprio homem, que impõem a disponibilização de mecanismos preventivos, inclusive penais. Âmbitos como o financeiro, o ambiental, o viário, o sanitário, entre outros, exigiriam uma atuação estatal antecipada, inclusive de natureza criminal, para evitar os severos danos que poderiam advir dos riscos gerados.

Tal exigência transformou completamente o Direito Penal, que passou a ter como paradigma delitos omissivos, culposos e de perigo abstrato, em contraposição aos comissivos, dolosos e de lesão que caracterizavam o Direito Penal tradicional⁴⁸⁶. A persecução penal também restou facilitada, diante da desnecessidade de comprovação de danos efetivos aos bens jurídicos, além da crescente autorização legal para a utilização de mecanismos investigatórios mais avançados, como escutas e interceptações de comunicações, quebras de sigilos, entre outros.

A facilidade e a velocidade com que a edição de leis penais responde às demandas sociais por prevenção geraram, contudo, uma certa adição⁴⁸⁷ das agências políticas a tal mecanismo. Não há problema comunitário que, ao final, não apresente, como solução, a tipificação de alguma infração penal. Trata-se de um mecanismo mágico de diferimento e transferência de crise, cuja responsabilidade última recai sobre o sistema de justiça penal, sobrecarregando-o.

⁴⁸⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *La expansión del Derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999, p. 21/61.

⁴⁸⁵ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998, p. 25/92.

⁴⁸⁶ YACOBUCCI, Guillermo Jorge; GOMES, Luiz Flávio. *As grandes transformações do direito penal tradicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 31/49.

⁴⁸⁷ BLACK, Donald. *Sociological Justice*. New York: Oxford University Press, 1989, p. 77/79.

Tal fenômeno vem sendo denominado populismo penal⁴⁸⁸, caracterizando-se pela excessiva preocupação com a atratividade eleitoreira da opção político-criminal, pela intencional ou negligente desconsideração das evidências dos efeitos das ações escolhidas e pela tendência a assumir conclusões simplistas acerca da natureza da opinião pública, com base em métodos inapropriados⁴⁸⁹. Para tanto, os meios de comunicação de massa desempenham importante papel⁴⁹⁰, pois não se limitam a veicular notícias sobre crimes, sugerindo, além disso, sem preparo teórico-empírico suficiente, como entender e responder a tal problema⁴⁹¹. Com um toque de ironia, fala-se até em *serial journalists*, para indicar aqueles profissionais que se ocupam sempre das mesmas notícias, criando ondas artificiais de criminalidade⁴⁹².

Essa criminalização de novos âmbitos de comportamento humano, no entanto, vem tendo um efeito meramente simbólico, já que elastece em demasia o programa penal dos Estados, sem que suas agências de repressão apresentem capacidade operacional suficiente para dar aplicação efetiva às leis editadas.

Efetiva vem sendo apenas a guerra, não contra a miséria, mas contra os miseráveis - o refugio humano da globalização - pela via praticamente exclusiva do Direito Penal, após o dismantelamento do Estado de bem-estar social⁴⁹³, através do que se vem chamando “neutralização seletiva”⁴⁹⁴.

⁴⁸⁸ SALAS, Denis. *La volonté de punir: Essai sur le populisme penal*. França: Hachette Littératures, 2005, p. 53/62.

⁴⁸⁹ ROBERTS, Julian V. e outros. *Penal Populism and Public Opinion: Lessons from five countries*. New York: Oxford University Press, 2003, p. 8.

⁴⁹⁰ NATALINO, Marco Antonio Carvalho. *O Discurso do Telejornalismo de Referência: Criminalidade violenta e controle punitivo*. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 56/58.

⁴⁹¹ ROBERTS, Julian V. e outros. Op. cit., p. 76.

⁴⁹² BARATA, Francesc. "Los mass media y el pensamiento criminológico". In: *Sistema penal y problemas sociales*. Coord. Roberto Bergalli. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 506.

⁴⁹³ FARIA, José Eduardo. "As transformações do Direito". In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais/IBCCRIM, 1998, n° 22, p. 239.

⁴⁹⁴ PAVARINI, Massimo. "Processos de recarcerização e 'novas' teorias justificadoras da pena. In: *Ensaio Criminológicos*. Ana Paula Zomer (Org.). São Paulo: IBCCRIM, 2002, p. 127/167.

Nos últimos trinta anos, o Ocidente vivenciou uma completa ruptura com a tradição penal própria do Estado de bem-estar social, centrada nas idéias de ressocialização do infrator e de combate às condicionantes sociais da criminalidade⁴⁹⁵, em prol de medidas regressivas que popularizaram expressões tais como *law and order*, *prison works*, *surveillance*, *tough on crime*, *zero tolerance*, entre outras⁴⁹⁶. Como aponta GARLAND, a ênfase em liberdade, abertura, mobilidade e tolerância foi substituída pelo foco em controle, fechamento, confinamento e condenação⁴⁹⁷. Abandonou-se, assim, o modelo de *welfare state* em direção ao de *security state*⁴⁹⁸, com a concentração do gasto público, cada vez mais, em programas repressivos e penitenciários.

Essa “virada punitiva”⁴⁹⁹ atende a câmbios sócio-econômicos e político-culturais específicos, que forjaram um novo consenso conservador, em substituição ao social-democrático vigente até o início da década de 1970, e vem sendo vetorizada, indubitavelmente, pelos Estados Unidos⁵⁰⁰, apesar de já manifestar um certo esgotamento.

Por cerca de um quarto de século, após a Segunda Grande Guerra, os Estados Unidos usufruíram dos chamados *Golden Years*⁵⁰¹, uma época de prosperidade econômica, de reconhecimento de direitos civis, de confiança comunitária e de solidariedade social. A partir da década de 1970, porém, operou-se uma inflexão penalizante, que conduziria esse País a uma taxa de encarceramento de pouco mais de

⁴⁹⁵ ROSAL BLASCO, Bernardo del. ¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad? In: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 11-08 (2009). Disponível em <http://criminnet.ugr.es>. Acesso em 22.12.2009.

⁴⁹⁶ ZYSMAN QUIRÓS, Diego. “La crisis del ‘welfare’ y sus repercusiones en la cultura política anglosajona”. In: *Política Criminal y Sistema Penal: Viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Coord. Iñaki Rivera Beiras. Barcelona: OSPDH/Anthropos, 2005, p. 255/286.

⁴⁹⁷ GARLAND, David. *The Culture of Control: Crime and social order in contemporary society*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001, p. 198.

⁴⁹⁸ BECKETT, Katherine; SASSON, Theodore. *The politics of injustice: Crime and punishment in America*. Thousand Oaks, California: Pine Forge Press, 2000, p. 63.

⁴⁹⁹ ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 764.

⁵⁰⁰ LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *El nuevo derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 24.

⁵⁰¹ GARLAND, David. Op. cit., p. 79/81.

200/100 mil para mais de 600/100 mil⁵⁰²; que elevaria os gastos de combate ao crime de US\$ 5 bilhões para cerca de US\$ 100 bilhões anuais⁵⁰³; que fomentaria a criação de empreendimentos voltados à construção e administração de penitenciárias, bem como ao fornecimento de produtos e serviços ligados ao controle de condenados; que incentivaria movimentos de defesa das vítimas de delitos; que estimularia medidas de vigilância e de segregação de grupos de pessoas indesejadas, notadamente pobres e minorias raciais; que privilegiaria sanções inocuidadoras, tais como as de morte e de prisão perpétua; que ampliaria o número de infrações criminais perseguíveis; que moldaria uma cultura de intolerância e de exclusão.

Como uma realidade socialmente construída, a partir da intervenção decisiva dos chamados *claim makers*, a atual política criminal norte-americana reflete o sucesso do esforço conservador por apresentar o delito como conseqüência do excesso de permissividade do governo e da sociedade e de encaminhar o apoio do eleitorado à proposta de que a principal responsabilidade do Estado é, ao invés do bem-estar comunitário, o controle social⁵⁰⁴.

A retórica de lei e ordem emergiu, nos Estados Unidos, como uma resposta aos movimentos pelos direitos civis, cujos integrantes, na década de 1950, passaram a adotar táticas de ação direta e de desobediência civil para compelir alguns Estados sulistas relutantes a revisar suas políticas segregacionistas. Governadores e autoridades policiais caracterizaram essas práticas como criminais, buscando convencer a opinião pública de que os ativistas não passavam de *agitators, street mobs e lawbreakers*. Mesmo assim, ao longo da década de 1960, a pobreza continuou a ser objeto de atenção governamental, com a expansão dos programas de bem-estar social do Presidente Lyndon Johnson, conhecidos como a *Great Society*: serviços médicos para pobres e idosos, vale-comida para viúvas e mães solteiras, investimento governamental em obras públicas, moradia,

⁵⁰² BECKETT, Katherine; SASSON, Theodore. Op. cit., p. 3.

⁵⁰³ Idem, p. 4.

⁵⁰⁴ Idem, p. 48.

treinamento ocupacional e educação⁵⁰⁵. Para ter-se uma idéia da extensão da atuação estatal, de cerca de 600 mil famílias beneficiadas pelo *Aid to Families with Dependent Children* em 1960, passou-se para mais de 3 milhões em 1972. O discurso conservador, porém, não arrefeceu na tentativa de moldar uma *underclass* para a qual voltar as frustrações e os temores da classe média e canalizar, assim, ganhos eleitorais. Chamando a atenção para a delinqüência de rua e definindo esse problema como a conseqüência de “pessoas más fazendo escolhas más”, recalcou-se a idéia do parasitismo dos pobres, decorrência de sua dependência aos programas assistenciais e de seu menosprezo pelas leis. Com a progressiva acolhida da retórica conservadora, até mesmo o Presidente Johnson se viu compelido a modificar a política democrata de inclusão e reforma social, ao estabelecer a *Law Enforcement Assistance Administration (LEAA)*, para apoiar os órgãos locais de repressão e controle, e ao criar o *Bureau of Narcotics and Dangerous Drugs*, para coordenar os esforços de combate às drogas. É, contudo, com a campanha e a eleição do candidato republicano Richard Nixon que a retórica repressiva se consolida e se torna, definitivamente, a política estatal dominante. A via escolhida para tanto foi a *southern strategy*, a tática consistente em cooptar brancos sulistas, brancos suburbanos e brancos trabalhadores, entre outros grupos, com o objetivo de formar uma nova coalisão, opondo a classe média, identificada com os republicanos, aos pobres e à elite liberal, identificada com os democratas. Ao assumir o governo, contudo, Nixon e seus assessores constataram que a administração federal não detinha competência para lidar com os *street crimes*, objeto do discurso repressivo veiculado durante a disputa presidencial. A estratégia eleita, então, foi a de exercer vigorosa liderança simbólica no combate à criminalidade, o que se deu, principalmente, através do aumento das verbas orçamentárias destinadas à LEAA e da definição do combate às drogas como uma crucial medida anticrime, por constituir atividade de significativa responsabilidade federal. Ao mesmo tempo, durante a Era Nixon, inúmeras propostas legislativas procuraram destruir ou fragilizar os direitos e as garantias processuais e penais

⁵⁰⁵ KARNAL, Leandro e outros. *História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI*. São Paulo: Editora Contexto, 2007, p. 237.

reconhecidos pela Suprema Corte. A retórica punitiva, após retrair-se nas campanhas eleitorais subseqüentes, retornou revigorada, na década de 1980, com o candidato Ronald Reagan, o qual, em seu governo, reduziu o número de agentes envolvidos na investigação de crimes de colarinho branco, em prol de maior repressão aos crimes de rua, bem como voltou a atribuir aos programas assistenciais e à leniência o aumento das taxas de delitos.⁵⁰⁶

Apesar de não se ter verificado nenhum aumento significativo da ocorrência de crimes no período⁵⁰⁷, que justificasse tanta ênfase na repressão, o resultado das políticas adotadas nos últimos trinta anos foi o encarceramento em massa de grupos marginalizados, principalmente minorias raciais pobres. Aponta-se que cerca de 60% dos encarcerados em prisões de condados são negros e latinos, os quais representam, contudo, apenas 20% da população nacional, o que revela o caráter perversamente seletivo do funcionamento do sistema de justiça criminal norte-americano.⁵⁰⁸ Não é a gravidade das infrações, assim, que tem levado ao encarceramento massivo, mas a “governância da ralé”⁵⁰⁹. Em 1994, por exemplo, 73% dos admitidos em prisões estaduais e 94% dos recolhidos em prisões federais respondiam por desordem em via pública, direção em estado de embriaguez, furto em residências ou em carros estacionados, arrombamentos ou violação à legislação sobre bebidas alcoólicas e estupefacientes⁵¹⁰.

O grande confinamento da miséria forjou-se sobre a base da famigerada *war on drugs*⁵¹¹, o combate ao uso e ao tráfico de drogas, com o objetivo inconfessável de segregar a nova *underclass* gerada pelo desmantelamento do Estado de bem-estar social. A participação da repressão às drogas no número de pessoas detidas é escancarada no

⁵⁰⁶ BECKETT, Katherine; SASSON, Theodore. Op. cit., p. 49/64.

⁵⁰⁷ Idem, p. 15/25.

⁵⁰⁸ WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 2001, p. 33.

⁵⁰⁹ Idem, p. 65.

⁵¹⁰ Idem, p. 64.

⁵¹¹ Idem, p. 29.

sistema federal norte-americano, em que os usuários e os traficantes de entorpecentes já totalizam cerca de 60% da população carcerária⁵¹². Somente em 1996, para ter-se uma idéia da dimensão do problema, mais de 1,5 milhão de pessoas foram detidas por delitos relacionados a estupefacientes⁵¹³. Ao mesmo tempo, o gasto público federal na repressão às drogas passou de US\$ 2 bilhões, em 1981, para US\$ 12 bilhões, em 1993, tudo em detrimento das agências de tratamento e prevenção⁵¹⁴.

A escalada da guerra contra as drogas ocorreu em meados da década de 1980, com a morte dos atletas Len Bias e Don Rogers devido ao consumo de cocaína e com a crescente visibilidade do tráfico de *crack*. A *Drug Enforcement Agency* passou a chamar a atenção dos jornalistas para o problema, levando os meios de comunicação a, cada vez mais, veicular matérias acerca do assunto, a ponto de criar-se um verdadeiro *moral panic*, associando os estupefacientes a pessoas pobres e de cor, que estariam sitiando as cidades com o tráfico e promovendo um consumo epidêmico. Até 1990, assim, *the drug issue* foi o mais importante tema da política norte-americana, o que levou à aprovação, com o apoio inclusive dos democratas, do aumento das verbas orçamentárias destinadas ao combate ao tráfico de entorpecentes, da participação militar no controle de narcóticos, da imposição de penas severas para os usuários de *crack*, da cominação de pena de morte para crimes relacionados a drogas e da autorização de mecanismos investigativos mais invasivos. Mesmo com a eleição do democrata Bill Clinton, no início da década de 1990, a guerra contra as drogas, já contando com amplo apoio popular e midiático, continuou a ser prioritária na agenda política, com ambos os partidos dominantes, Democrata e Republicano, disputando a iniciativa de medidas de *get tough approach*. A campanha eleitoral para ambas as Casas Legislativas de 1994 confirmou a importância política do problema, levando à maioria republicana, partido

⁵¹² BECKETT, Katherine; SASSON, Theodore. Op. cit., p. 179.

⁵¹³ Idem, p. 172.

⁵¹⁴ Idem, p. 92.

esse que, sob a liderança de Newt Gingrich, focara quase exclusivamente questões e propostas relativas a *law and order*.⁵¹⁵

Paralelamente ao incremento da repressão e do encarceramento, amparado pela guerra contra as drogas, desenvolveu-se nos Estados Unidos aquilo que vem sendo chamado de *penal-industrial complex*⁵¹⁶, uma série de empreendimentos privados concentrados em três categorias principais: a construção de prisões, o fornecimento de equipamentos para prisões e a gestão de prisões⁵¹⁷. O negócio das penitenciárias deu origem a empresas altamente lucrativas e influentes, com suas ações transacionadas inclusive em bolsa de valores, como a *Corrections Corporation of America* e a *Wackenhut Corrections*, o que, aliado ao apoio a determinados segmentos político-partidários e ao número crescente de empregos, diretos e indiretos, gerados, vem constituindo-se em novo entrave à reversão da política punitiva daquele país⁵¹⁸. A cobertura publicitária desse complexo é fornecida pela revista *Corrections Building News*, com uma tiragem de cerca de 12 mil exemplares, e o grande salão de carceragem, organizado anualmente pela *American Correctional Association*, para exposição durante cinco dias de seus produtos e serviços, em que se destacam algemas forradas, armas de assalto, fechaduras e grades infalíveis, colchões à prova de fogo, toaletes em uma peça só, cadeiras imobilizantes, uniformes de extração para retirar da cela detentos recalcitrantes, cinturões eletrificados de descarga mortal, sistemas de purificação de ar antituberculose, celas desmontáveis, caminhonete cirúrgica para urgências, programas de desintoxicação, sistemas de vigilância eletrônica, tecnologias de detecção e identificação, *softwares* para tratamento de dados administrativos, entre outros⁵¹⁹.

⁵¹⁵ Idem, p. 67/68.

⁵¹⁶ Idem, p. 193.

⁵¹⁷ CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime: A caminho dos gulags em estilo ocidental*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 95/100.

⁵¹⁸ ANITUA, Gabriel Ignacio. Op. cit., p. 772/773.

⁵¹⁹ WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 91/92.

O modelo penal norte-americano⁵²⁰ tem influenciado as políticas criminais de todo o mundo ocidental⁵²¹. Sintomática dessa vetorização é a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas, de 1988, que veio a fixar os princípios do controle formal transnacional contemporâneo, manifestamente antinômicos aos da racionalidade jurídica da modernidade penal: princípio da incriminação penal pela mera suspeita, princípio da utilização de analogia em matéria penal, princípio da discricionariedade das autoridades, princípio da não-utilização de benefícios penitenciários, princípio da não-prescrição da ação penal ou da pena, princípio da negação do conceito teórico de delito político, princípio do ônus da prova para o acusado, princípio da competência jurídico-penal transnacional, princípio da extradição universal, princípio da eficácia extraterritorial das sentenças estrangeiras, princípio do traslado internacional de testemunhas, princípio da apropriação dos confiscos em função de sua territorialidade, princípio da negação do caráter fiscal aos delitos, princípio da utilização de agentes infiltrados.⁵²² Apesar dessa inflexão repressiva, o fracasso do combate internacional das drogas é flagrante⁵²³.

Na América Latina, essa globalização da repressão operou, segundo ZAFFARONI, um deslocamento da ideologia da segurança nacional à da segurança urbana, que apresentaria as seguintes características: o debilitamento dos Estados, gerado, basicamente pela privatização de quase todos os seus serviços e bens, deixou os políticos com poucas possibilidades de oferecer algo mais que uma atividade de gerência local, cuja pauta é definida em função da comunicação massiva, na forma de espetáculo; as leis penais tornaram-se, assim, um dos meios preferidos dos *showmen* políticos, por serem baratas e de propaganda fácil, apesar de enganosas; até mesmo os operadores

⁵²⁰ ZYSMAN QUIRÓS, Diego. “El castigo penal en Estados Unidos: Teorías, discursos y racionalidades punitivas del presente”. In: *Mitologías y discursos sobre el castigo: Historia del presente y posibles escenarios*. Coord. Iñaki Rivera Beiras. Barcelona: OSPDH/Anthropos, 2004, p. 251/285.

⁵²¹ Idem, p. 30/39.

⁵²² SANDOVAL, Augusto Sánchez. “Control social en América Latina”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCRIM/Revista dos Tribunais, 2003, nº 42, p. 336/341.

⁵²³ AMBOS, Kai. “Razones del fracaso del combate internacional a las drogas y alternativas”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCRIM/Revista dos Tribunais, 2003, nº 41, p. 27-50.

jurídicos passaram a procurar o espetáculo, expondo os casos aos meios de comunicação de maneira exagerada; apesar disso, como não existe possibilidade de espetáculo permanente, o público veio a perceber a autenticidade perdida e a desacreditar, assim, das instituições oficiais; diante do pragmatismo da política, em busca de respostas possíveis num ambiente de desapoderamento do Estado, adotou-se um modelo empresarial, orientado pela eficiência, que apenas reproduz as desigualdades.⁵²⁴

No âmbito estritamente penal, o controle social nessa região, condicionado pelo perfil político-cultural dominante, vem implicando a sua operacionalização cada vez mais seletiva e criminalizante, a impunidade de setores sociais importantes, a burocratização judicial, a aplicação de legislações retardatárias, o desacoplamento funcional entre as instituições do sistema penal, a passagem fluida da violência institucional à operatividade ilegal ou clandestina, a privatização do controle como decorrência da insegurança generalizada, sistemas penitenciários crescentemente deficientes, o destacado papel informativo e ideológico dos meios de comunicação de massa.⁵²⁵

No Brasil particularmente, nem mesmo o poder constituinte de 1987/1988 - repristinando, aqui, o fenômeno criminalizante da miséria dos Estados Unidos centrado na *war on drugs*⁵²⁶ - resistiu à demonização das drogas, ao elencar o crime de tráfico de entorpecentes, junto com os de terrorismo, tortura e hediondos, como merecedor de tratamento jurídico-penal severo, expressamente proibindo a concessão de fiança, graça ou anistia (artigo 5º, XLIII, da Constituição).

⁵²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Globalización y sistema penal en América Latina: de la seguridad nacional a la urbana”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCRIM/Revista dos Tribunais, 2003, n° 20, p. 18/20.

⁵²⁵ ELBERT, Carlos Alberto. “¿Es necesaria una criminología para el tercer milenio?”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCRIM/Revista dos Tribunais, 2003, n° 19, p. 468/472.

⁵²⁶ Cujo efeito é “um brutal e gigantesco processo de criminalização da juventude pobre” (BATISTA, Vera Malaguti. “História sem fim”. In: *Curso livre de abolicionismo penal*. Coord. Edson Passetti. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 157.

Não é de estranhar que seja exatamente a chamada Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) a que melhor ilustra a inflexão repressiva da legislação penal nacional e o papel configurador da pauta política dos meios de comunicação de massa⁵²⁷. Conforme lembra SILVA FRANCO, esse ato normativo decorreu do impacto midiático de crimes de extorsão mediante seqüestro que vitimizaram figuras importantes da elite econômica e social do país (casos Martinez, Salles, Diniz, Medina, entre outros), o que provocou um medo difuso e irracional na população, acompanhado de desconfiança em relação aos órgãos oficiais de controle, levando o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária a encaminhar projeto de lei ao Congresso Nacional para regulamentar o dispositivo constitucional referente aos crimes hediondos. O fato de o governo e, em seguida, o legislador terem facilmente sucumbido a essa pressão é indicativo da adoção de uma política criminal, ao mesmo tempo, severa e passional. Não se ofereceu uma noção de hediondez na novel legislação, a qual se limitou a etiquetar alguns crimes já constantes do Código Penal ou em leis penais especiais como tal.⁵²⁸ Além de aumentarem-se as penas para essas infrações, restringiram-se benefícios penais e processuais penais, para além daqueles indicados na Constituição: imposição de regime de cumprimento de pena privativa de liberdade integralmente fechado, limitação do direito de recorrer em liberdade, aumento do prazo da prisão temporária, proibição de concessão de liberdade provisória. A imprensa continuou a exercer pressão pela expansão da Lei nº 8.072/90. Pouco tempo após a sua edição, as chacinas da Candelária e de Vigário Geral, no Rio de Janeiro, e o assassinato da atriz Daniela Perez levaram à previsão dos crimes de homicídio praticado por grupos de extermínio e qualificado como hediondos (Lei nº 8.930/94). Quatro anos depois, foi a vez de a divulgação espetaculosa dos problemas envolvendo falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produtos alimentícios ou para fins terapêuticos ou medicinais conduzir a uma nova ampliação do raio de incidência da regulamentação repressiva: as Leis nº 9.677/98 e nº

⁵²⁷ PASTANA, Débora Regina. *Cultura do Medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p. 121/125.

⁵²⁸ SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes Hediondos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 96/99.

9.695/98 incluíram a figura típica do artigo 273 do Código Penal, excluída sua forma culposa, no rol dos crimes hediondos.⁵²⁹ Não é preciso ressaltar que a Lei dos Crimes Hediondos vem exercendo um papel meramente ideológico, de justificação da repressão penal, e simbólico, de tranqüilização social, sem que qualquer eficácia preventiva tenha sido verificada⁵³⁰.

A cultura da repressão, assim, construída e fomentada nos Estados Unidos, mas já dominante em todo o mundo ocidental, integra interesses dos meios de comunicação de massa, dos segmentos sócio-econômicos dominantes e dos agentes políticos, os quais, imersos numa realidade de esvaziamento do poder de conformação dos Estados, apelam ao controle penal das populações marginalizadas como única forma de tranqüilização popular, cujo consenso é alcançado pela espetacularização dos conflitos comunitários e por sua interpretação exclusivamente em termos de *losers* e *winner*s⁵³¹.

10. O funcionamento seletivo do Direito Penal: criminalização primária e secundária

O Direito Penal pode ser considerado "o direito desigual por excelência"⁵³², sem que corretivo político-jurídico algum tenha se mostrado efetivo para reverter essa conatural tendência, a qual, ao invés de apresentar alguma reversão com o movimento atual de expansão, é exacerbada pela orientação populista que vem centrando na repressão a função estatal de conformação da comunidade.

⁵²⁹ Idem, p. 108/114.

⁵³⁰ Idem, p. 648/650.

⁵³¹ KARNAL, Leandro e outros. Op. cit., p. 281.

⁵³² BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 1999, p. 162.

O postulado iluminista da igualdade perante a lei, por sua perspectiva formal, vem apresentando, assim, um caráter manifestamente ideológico, de justificação artificial do sistema repressivo estatal, o qual, de fato, funciona seletivamente, canalizando sua força nos segmentos sociais mais fragilizados⁵³³. Cuida-se de um modo de controle social formalizado de grupos subintegrados⁵³⁴, que a orientação inclusivista contemporânea não tem conseguido contornar.

Como estrutura pertencente à realidade prática, contudo, a justiça do Direito Penal tem de ser avaliada por sua realização, e não apenas por seu discurso. Vale dizer, na análise da legitimidade do sistema punitivo, as conseqüências de sua operacionalização não podem ser desconsideradas⁵³⁵. Como afirma MARTÍNEZ, "el ideal es la correspondencia entre los fines y las funciones que desde la Constitución y la ley se asignan al derecho penal y las consecuencias fácticas de su ejercicio"⁵³⁶.

Por isso, BARATTA denuncia o "mito da igualdade" do Direito Penal, que, em verdade, apresentaria as seguintes características:

- a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário;
- b) a lei penal não é igual para todos, o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos;

⁵³³ "O discurso jurídico-penal não pôde nunca enfrentar a realidade seletiva do poder punitivo, porque se converteria necessariamente em deslegitimante ao não poder compatibilizá-lo com a igualdade perante a lei como premissa do estado de direito" (ZAFFARONI, E. Raúl e outros. *Direito Penal Brasileiro*, cit., p. 67).

⁵³⁴ "O Direito Penal é, realmente, direito dos pobres, não porque os tutela e protege, mas porque sobre eles, exclusivamente, faz recair sua força e o seu dramático rigor" (FRAGOSO, Heleno. *Direito Penal e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 3).

⁵³⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 176/178.

⁵³⁶ URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. *La legitimidad del derecho penal: equilibrio entre fines, funciones y consecuencias*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 124.

c) o grau efetivo de tutela e distribuição do *status* de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade.⁵³⁷

Sem embargo, essa crítica poderia resultar desacreditada pela tendência atual de criminalização ampla de comportamentos tidos como desviados, inclusive daqueles típicos dos grupos sociais mais poderosos, como são os delitos financeiros, tributários, ecológicos etc.

Contudo, além de ser questionável o mérito do objetivo de integração social via repressão penal, a proliferação de tipos voltados à criminalização de comportamentos dos segmentos sociais mais poderosos, mesmo assim, não significou a efetiva punição dos agentes sobreintegrados que visava a alcançar. Diferentemente, a repressão penal continua a atingir, quase exclusivamente, os segmentos sociais mais fragilizados, via mecanismos sutis de facilitação do seu controle formal-estatal, bem como de imunização dos estratos mais poderosos.

BLACK já havia sugerido, até mesmo, que a estratificação social, em qualquer contexto, prediz e explica o estilo de lei:

Downward law is more penal than upward law. In other words, where the offender's rank is below the victim's, his conduct is more likely to be punished as a crime than in a case where the direction is the opposite, with the victim's rank below the offender's. Upward law is more compensatory than downward law."⁵³⁸ Além disso, "in a downward direction, penal law varies directly with vertical distance, and in an upward direction it

⁵³⁷ BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 162.

⁵³⁸ BLACK, Donald. *The behavior of law*. San Diego: Academic Press, 1976, p. 29: "Em direção a uma posição mais baixa, o direito é mais penal do que em direção a uma posição mais alta. Em outras palavras, onde a posição do ofensor se encontra abaixo da da vítima, sua conduta tem mais probabilidade de ser punida como crime do que na direção oposta, com a posição da vítima acima da do ofensor. Em direção a uma posição mais alta, o direito é mais compensatório do que em direção a uma posição mais baixa" (tradução livre).

varies inversely with vertical distance. The wealthier a victim in relation to his offender, then, the more likely is the penal style of law. But the wealthier an offender in relation to his victim, the less likely this is"⁵³⁹

Não é, contudo, essa a proposição que se segue aqui. O objetivo é mais modesto, pois cinge-se à avaliação do modo de operar do sistema repressivo estatal das sociedades contemporâneas, com especial ênfase ao brasileiro.

De maneira geral, atribui-se à criminalização secundária, prevalentemente, a determinação do operar seletivo do Direito Penal, o que seria decorrência da atuação mesma das agências de repressão - Polícias Civil e Militar, Ministério Público e Poder Judiciário. Inúmeros fatores concorreriam para tanto: o prestígio dos autores sobreintegrados, a conivência dos poderes político-econômico e administrativo-burocrático, a complexidade das operações de execução e camuflagem dos crimes das elites, a deficiência dos aparelhos repressivos⁵⁴⁰, a maior visibilidade da criminalidade dos grupos fragilizados, a competência diferencial de ação em procedimentos formalizados, a influência dos estereótipos, a defesa técnica mais aprimorada dos delinqüentes poderosos, a vitimização difusa dos crimes de colarinho branco, entre outros⁵⁴¹.

Sem desconsiderar a importante influência do modo de operar do sistema de justiça penal, parece, entretanto, que também a criminalização primária, ou seja, a escolha do quê e como punir pelo Poder Legislativo, interfere, decisivamente, no funcionamento seletivo do Direito Penal. Conforme aponta BARATTA, o legislador

⁵³⁹ Idem, ibidem: "...em direção a uma posição mais baixa, o direito penal varia diretamente com a distância vertical, e em direção a uma posição mais alta ele varia inversamente com a distância vertical. Quanto mais rico for uma vítima em relação a seu ofensor, então, mais provável é o estilo penal do direito. Mas quanto mais rico for o ofensor em relação a sua vítima, menos provável é tal estilo" (tradução livre).

⁵⁴⁰ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Op. cit., p. 58.

⁵⁴¹ ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2005, p. 130/132.

penal tende "a imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos" pertencentes aos grupos dominantes e "a dirigir o processo de criminalização, principalmente, para formas de desvio típicas das classes subalternas". E acrescenta:

Isso ocorre não somente com a escolha dos tipos de comportamentos descritos na lei, e com a diversa intensidade da ameaça penal, que freqüentemente está em relação inversa com a danosidade social dos comportamentos, mas com a própria formulação técnica dos tipos legais. Quando se dirigem a comportamentos típicos dos indivíduos pertencentes às classes subalternas, e que contradizem às relações de produção e de distribuição capitalistas, eles formam uma rede muito fina, enquanto a rede é freqüentemente muito larga quando os tipos legais têm por objeto a criminalidade econômica, e outras formas de criminalidade típicas dos indivíduos pertencentes às classes no poder.⁵⁴²

Essa crítica é secundada por SANTOS, o qual afirma que

através das definições legais de crimes e de penas o legislador protege interesses e necessidades das classes e categorias sociais hegemônicas, incriminando condutas lesivas das relações de produção e de circulação da riqueza material, concentradas na área da criminalidade patrimonial comum, característica das classes e categorias sociais subalternas, privadas dos meios materiais de subsistência animal: os tipos legais de crimes fundados em *bens jurídicos* próprios das elites econômicas e políticas da formação social garantem os interesses e as condições necessárias à existência e reprodução dessas classes sociais⁵⁴³.

⁵⁴² BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 165.

⁵⁴³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris/ICPC, 2008, p. 10/11.

A partir de premissa semelhante, fundamentada na Criminologia Crítica, HUERTAS analisou a legislação penal colombiana, com o objetivo de apurar critérios seletivos, ou seja,

aquellas figuras o elaboraciones jurídicas mediante las cuales, al crear normas penales, se efectúan selecciones basicamente clasistas, para que ciertos individuos sean incluídos, mantenidos o sua situación agravada dentro del ámbito de acción del sistema penal (selección positiva) y para que otros resulten excluídos o su situación atenuada respecto del mismo ámbito (selección negativa)⁵⁴⁴.

O estudo de HUERTAS detectou inúmeros mecanismos de gestão diferencial da criminalidade já na instância legislativa: seleção mediante o interesse jurídico tutelado, mediante a descrição da conduta, mediante formas privilegiadas de justificação dos fatos, mediante a definição e as conseqüências da inimputabilidade, mediante o conteúdo do princípio de culpabilidade, mediante presunções de responsabilidade, mediante procedimentos especiais, mediante as regras da captura e da prisão preventiva, mediante as classes e as medidas das penas, mediante as circunstâncias agravantes modificadoras, mediante as causas que extinguem a punibilidade.⁵⁴⁵

O impressionante é que, com toda a crítica criminológica acumulada, denunciando o funcionamento discriminatório do sistema repressivo, e com a liberdade de imprensa garantida com a redemocratização de muitos países, levando a público os constantes escândalos delitivos das elites, ainda se consiga manter o Direito Penal ocupado apenas com sua “clientela” tradicional.

Não bastasse isso, os prejuízos causados pelas infrações dos indivíduos sobreintegrados são significativamente superiores aos causados pelos delitos típicos das

⁵⁴⁴ HUERTAS, Sandoval. *Sistema penal y criminología crítica*. Bogotá: Temis, 1994, p. 29.

⁵⁴⁵ Idem, p. 30/66.

classes mais baixas: COLEMAN, por exemplo, aponta que, nos Estados Unidos, as cifras anuais das violações às leis antitruste, da sonegação fiscal e das fraudes nos serviços de saúde alcançam 500 bilhões de dólares⁵⁴⁶, enquanto, para os crimes convencionais, o valor atinge apenas 13,3 bilhões de dólares⁵⁴⁷, irrisório comparativamente.

Se é inquestionável que a *ruling class* comete bem mais crimes patrimoniais que a *working class*, BRAITHWAITE e CONDON vão mais longe, ao apontar que os agentes dos estratos sociais superiores também são os que mais praticam delitos violentos, já que, em sua busca insaciável por lucros, acabam vitimizando – mortes e lesões corporais - inúmeros trabalhadores e consumidores.⁵⁴⁸

Observou-se, ainda, certa semelhança entre os efeitos da vitimização por crimes de colarinho branco e por estupro, notadamente a persistência duradoura do sofrimento, a suspeita social acerca da conduta da vítima e a tendência à sua autocolpabilização⁵⁴⁹. Além disso, como as vítimas de *white-collar crime* tendem a ser mais velhas, mais afluentes e geralmente mulheres, apurou-se que distúrbios de ansiedade e de depressão são comumente referidos como seqüelas psiquiátricas da experiência⁵⁵⁰.

Os custos sociais do crime de colarinho branco também são significativos, tendo sido identificadas algumas áreas mais sujeitas a seu impacto: redução da crença no mercado e nos empresários, perda de confiança em instituições e líderes políticos e erosão da moralidade pública⁵⁵¹.

⁵⁴⁶ REIMAN chega a cifra similar: segundo ele, crimes falimentares, corrupção, fraudes bancárias, contra o consumidor e em seguros, receptação, concorrência desleal, entre outras infrações dos estratos sociais superiores, alcançariam, em 2003, mais de 418 bilhões de dólares (REIMAN, Jeffrey. Op. cit., p. 127).

⁵⁴⁷ COLEMAN, James William. *A Elite do Crime: Para entender o crime do colarinho branco*. 5. ed. Barueri: Manole, 2005, p. 14/15.

⁵⁴⁸ WILSON, Paul R.; BRAITHWAITE, John (Eds.). *Two faces of deviance*. St. Lucia, Queensland: University of Queensland Press, 1979, p. 232/251.

⁵⁴⁹ SHOVER, Neal; WRIGHT, John Paul (Eds.). *Crimes of privilege: readings in white-collar crime*. New York/Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 54 e 86.

⁵⁵⁰ Idem, p. 93/94.

⁵⁵¹ Idem, p. 54.

Mesmo assim, consideram-se os delinqüentes do colarinho branco “inatingíveis”, pois somente com grande dificuldade e em situações excepcionais são processados e condenados, ou mesmo, em alguns casos, “intocáveis”, por estarem, na prática, acima da lei⁵⁵², o que promove um efeito multiplicador, de cima abaixo, dos intercâmbios delitivos⁵⁵³.

Diante da impunidade dos desvios dos grupos sobreintegrados, é potencializada a desigualdade, pois, além da vantagem nos pontos de partida, tais segmentos ainda encontram via aberta para acumular mais bens escassos, com o uso de meios ilegítimos para manterem ou aumentarem seus diferenciais de poder.

A denúncia do operar discriminatório do sistema penal, porém, já conta algumas décadas, tendo encontrado seu ápice com a Criminologia Crítica da década de 1970⁵⁵⁴. QUINNEY, por exemplo, em oposição às teorias etiológicas então dominantes, sustentou a realidade social do crime, a qual seria decorrência de seis proposições:

Crime is a definition of human conduct that is created by authorized agents in a politically organized society.

Criminal definitions describe behaviors that conflict with the interests of the segmentos of society that have the power to shape public policy.

Criminal definitions are applied by the segments of society that have the power to shape the enforcement and administration of criminal law.

Behavior patterns are structured in segmentally organized society in relation to criminal definitions, and within this context persons engage in actions that have relative probabilities of being defined as criminal.

⁵⁵² CRUZ SANTOS, Cláudia Maria. *O crime de colarinho branco: da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 198.

⁵⁵³ RUGGIERO, Vincenzo. *Delitos de los débiles y de los poderosos: Ejercicios de anticriminología*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005, p. 153.

⁵⁵⁴ ANITUA, Gabriel Ignacio. Op. cit., p. 657/673.

Conceptions of crime are constructed and diffused in the segments of society by various means of communication.

The social reality of crime is constructed by the formulation and application of criminal definitions, the development of behavior patterns related to criminal definitions, and the construction of criminal conceptions.⁵⁵⁵

No que pertine especificamente à edição das leis, os atos normativos penais seriam formulados por aqueles segmentos da sociedade que detêm o poder de moldar as políticas públicas⁵⁵⁶. A partir dessa premissa, QUINNEY⁵⁵⁷ analisa inúmeras leis, revelando os interesses e os grupos de pressão que empolgaram a sua elaboração, estudo que também é realizado por HARTJEN⁵⁵⁸ e por CHAMBLISS e SEIDMAN⁵⁵⁹.

Essa preocupação sociológica parece, porém, relegada ao esquecimento nos dias de hoje⁵⁶⁰, como se os processos de democratização dos Estados ocidentais, principalmente os da América Latina, fossem suficientes para reverter os alarmantes índices de desigualdade social ainda imperantes. Contrariamente, a constatação da dificuldade de eliminação ou, ao menos, de atenuação significativa do déficit de

⁵⁵⁵ QUINNEY, Richard. *The social reality of crime*. New Brunswick/London: Transaction Publishers, 2007, p. 15/25: “Crime é uma definição de conduta humana que é criada por agentes autorizados em uma sociedade politicamente organizada. Definições criminais descrevem comportamentos que conflitam com os interesses dos segmentos da sociedade que têm o poder de moldar as políticas públicas. Definições criminais são aplicadas pelos segmentos da sociedade que têm o poder de executar e administrar o direito criminal. Padrões de comportamento são estruturados em uma sociedade segmentariamente organizada relacionados às definições criminais, e neste contexto as pessoas praticam ações que apresentam uma relativa probabilidade de serem definidas como criminal. Concepções de crime são construídas e difundidas nos segmentos da sociedade por vários meios de comunicação. A realidade social do crime é construída pela formulação e pela aplicação de definições criminais, pelo desenvolvimento de padrões de comportamento relacionados às definições criminais e pela construção de concepções criminais” (tradução livre).

⁵⁵⁶ Idem, p. 43.

⁵⁵⁷ Idem, p. 44/97.

⁵⁵⁸ HARTJEN, Clayton A. *Crime and criminalization*. New York: Praeger Publishers, 1974, p. 25/33.

⁵⁵⁹ CHAMBLISS, William; SEIDMAN, Robert. *Law, order, and power*. 2. ed. Reading, Massachusetts: Addison-Wesley Publishing Company, 1982, 171/206.

⁵⁶⁰ LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. 3. ed. México: Siglo Veintiuno Editores, 2000.

igualdade remete à necessidade de conceber-se a Democracia não apenas a partir de procedimentos eleitorais, mas também da parceria pela efetivação dos direitos fundamentais⁵⁶¹, a única maneira de capacitarem-se todos os cidadãos ao exercício pleno de suas liberdades, inclusive a de participação política responsável.

Sem embargo disso, a principal crítica lançada contra tais teorias criminológicas é centrada na dificuldade de identificar o que seriam os "power segments of society", já que se afirma a impossibilidade de identificar classes ou grupos sociais, considerando a pluralidade de interesses que unem as pessoas. O que haveria seria um contínuo de relações sociais, com critérios diversificados de pertença a segmentos, impossíveis de serem distinguidos de maneira estanque.

Certamente, a complexidade das sociedades atuais não deixa margem à delimitação de uma segmentação rigorosa, tal como postulavam algumas correntes sociológicas, como as de base marxista que ampararam a Criminologia Crítica. Isso, porém, não impede que se identifiquem diferenciais de poder entre os indivíduos, os quais podem resultar da titularidade de diferentes formas de capital, na linha sugerida por BOURDIEU⁵⁶² e já acolhida pelo pensamento criminológico⁵⁶³.

Independentemente da possibilidade de delimitação precisa de classes sociais, o certo é que os "clientes preferenciais" do sistema repressivo estatal são pessoas carentes de capital social, cultural e econômico, vale dizer, indivíduos parcamente integrados em redes de relações interpessoais, com baixa escolaridade e preparo técnico-profissional e carentes de recursos econômico-financeiros. Com esses traços, conseqüentemente são sujeitos com elevada vulnerabilidade⁵⁶⁴ à ação punitiva das agências penais.

⁵⁶¹ DWORKIN, Ronald. "A democracia e os direitos do homem". In: *Democracia*. Orgs. Robert Darnton e Olivier Duhamel. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Record, 2001, p. 155-162.

⁵⁶² BOURDIEU, Pierre. *Poder, derecho y clases sociales*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000, p. 131/164.

⁵⁶³ HAGAN, John. *Crime and disrepute*. Thousand Oaks: Pine Forge Press, 1994, p. 66/70.

⁵⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 267/281.

Essa fragilidade, entretanto, não se manifesta apenas no momento da criminalização secundária - das operações de repressão do sistema de justiça penal -, mas também no da definição político-legislativa das infrações merecedoras de tutela penal. E isso porque a vulnerabilidade de tais grupos igualmente se expressa na precariedade de seu poder simbólico, ou seja, na incapacidade de definir valores e normas e de construir significativamente o mundo objetivo⁵⁶⁵.

Sem embargo, a referência ao aspecto estrutural do delito não pretende negar seu caráter complexo⁵⁶⁶, nem menosprezar as demais dimensões do fenômeno. O que se observa, porém, é que a tendência repressiva assumida pelo pensamento político-penal contemporâneo, como decorrência do desmantelamento da feição social dos Estados, novamente passou a considerar o crime um evento de responsabilidade meramente individual, desacreditando as explicações de cunho sociológico.

A ênfase nas visões volitivas da delinqüência, que explicam o crime como uma decisão racional e livre dos indivíduos, segundo DÍEZ RIPOLLÉS, confere uma ampla margem para medidas legislativas de natureza simbólica, que asseguram proveito eleitoral. Ao contrário, as visões estruturais da delinqüência colocam os Poderes Legislativo e Executivo diante de suas próprias responsabilidades:

si el delito encuentra buena parte de sua explicación en causas sociales, ellos son los primeros responsables de la corrección de las políticas existentes, o de la adopción de nuevas iniciativas que contrarresten la insatisfactoria situación existente.⁵⁶⁷

⁵⁶⁵ BOURDIEU, Pierre. Op. cit., p. 87/99.

⁵⁶⁶ Apesar de verificar-se um certo ceticismo entre os estudiosos, pode-se apontar que os pilares de uma nova concepção criminológica são a imagem plural e conflitiva da ordem social, a normalidade do delinqüente, a funcionalidade do desvio e a ubiqüidade do crime (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de Criminología*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 1.195/1.198).

⁵⁶⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Dias. *La política criminal en la encrucijada*, cit., p. 117.

As concepções volitivas do crime, portanto, asseguram um movimento inercial da prática político-jurídica em direção ao reforçamento da feição policialesca dos Estados, bem como garantem benefícios sociais a agentes e coletividades bem identificados: forças policiais, políticos populistas, empresas de segurança, meios de comunicação, setores com emprego estável, comerciantes, entre outros⁵⁶⁸.

Além disso, a compreensão da criminalidade somente em termos de escolha racional do indivíduo permite ocultar as disfunções sociais geradas pelo processo de desmantelamento dos programas públicos de integração comunitária e pela soberania dos agentes econômicos desregulamentados:

O mercado não precisa mais de párias sociais, devido ao excesso de mão de obra; por isso os abandona. Os presídios não têm mais a função disciplinar, pois não se necessita mais treinar mão-de-obra. São locais onde o biopoder deixa morrer. Os manicômios, os asilos, as favelas, as cidades interioranas pobres. Elas perderam sua função social e o biopoder não tem por que fazer viver. Deixa-as, então, morrer.⁵⁶⁹

É preciso enfatizar, porém, que não se pretende, com tais observações, sustentar alguma teoria conspiratória, como se forças políticas fossem capazes de manipular o processo de produção legislativa do início ao fim, exclusivamente em função de seus interesses particularistas. Sem desconsiderar isso, a atuação de grupos de pressão não pode ser negligenciada como vetor da atividade normativa do Estado, principalmente em âmbito tão sensível como o penal.

As leis, principalmente as penais, voltadas ao controle e à repressão das atividades das elites geralmente são decorrência de movimentos sociais que alcançam visibilidade a suas postulações; nesse sentido, podem ser indicados os grupos de

⁵⁶⁸ Idem, p. 125.

⁵⁶⁹ VIANNA, Túlio. *Transparência pública, opacidade privada: O Direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 170.

proteção ao meio ambiente, de combate à corrupção, de proteção aos consumidores, entre outros. Uma vez que tenham atingido o público, o que na maioria das vezes se opera pelos meios de comunicação de massa, e tenham encontrado adesões à causa, suas demandas podem vir a ter veiculação política e, até mesmo, transformarem-se em leis. Isso não significa, contudo, que o processo se encerre nesse ponto, pois a atuação dos grupos de interesse pode ocorrer posteriormente. Como aponta COLEMAN, “muitas leis reformistas já promulgadas foram esvaziadas de seu verdadeiro conteúdo ou reescritas a fim de beneficiar poderosos interesses”⁵⁷⁰.

Por outro lado, nem sempre se editam as leis para serem efetivamente aplicadas, já que podem ocultar inúmeras estratégias políticas inconfessáveis. Conforme ROBERT, as leis podem objetivar a mera publicidade, vale dizer, simplesmente demonstrar a preocupação política por determinado assunto; podem desempenhar uma função de substituição, ou seja, de desviar a atenção de algum problema específico; ou podem produzir um efeito simplesmente ideológico⁵⁷¹.

Poderia surpreender que, em um Estado Democrático, onde o voto constitui um direito/dever de todos os cidadãos, sem restrição censitária alguma, ainda se verifique atividade política extremamente discriminatória em setor tão sensível como o criminal.

Ocorre que, além do crescente desinteresse popular pelas questões políticas, talvez devido à incapacidade conformadora dos Estados, os crimes massivos também vitimizam preferencialmente os estratos sociais mais baixos, o que faz com que a repressão a tais infrações seja insuflada pelos mesmos grupos que fornecem seus vitimários. Além disso, RUGGIERO faz referência a um mecanismo produtor de contenção de conflitos, como tal gerador de certo consenso, que promove a diluição dos ressentimentos dos cidadãos contra sua classe política e empresarial, reforçando sua

⁵⁷⁰ COLEMAN, James William. Op.cit., p. 211.

⁵⁷¹ ROBERT, Philippe. *Sociologia do crime*. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 66/67.

discrição⁵⁷²: se, na Inglaterra, a corrupção nem mesmo é percebida, entre nós o “jeitinho brasileiro” a todos congrega⁵⁷³.

11. Gestão diferencial da criminalidade: o déficit de integridade legislativa

“Punishment is primarily a vehicle for testing human equality”, sentencia FLETCHER⁵⁷⁴, revelando a pertinência da crítica ao funcionamento discriminatório do sistema penal e à incapacidade de as instâncias estatais, principalmente a judicial, corrigirem essa distorção.⁵⁷⁵

Não apenas o histórico de normatividade repressiva voltada exclusivamente aos estratos sociais mais frágeis, antes traçado, escancara o caráter seletivo do sistema penal, mas também a novel legislação criminal tipificadora das infrações das elites, a qual vem apresentando-se como mera cobertura ideológica de um modelo persistentemente imodificável.

Aliás, a perversidade das novas leis, penais e processuais penais, voltadas, nos discursos oficiais, à repressão dos riscos gerados pelas modernas tecnologias, geralmente da responsabilidade dos estratos sociais dominantes, revela-se pelo redirecionamento de seus efeitos punitivos à população já marginalizada⁵⁷⁶. E isso

⁵⁷² RUGGIERO, Vincenzo. Op. cit., p. 184.

⁵⁷³ DAMATTA, Roberto. *O que faz o Brasil Brasil?* 11. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2000, p. 99/101.

⁵⁷⁴ FLETCHER, George P. *The Grammar of Criminal Law: american, comparative, and international*. V. 1: foundations. Oxford/New York: Oxford University Press, 2007, p. 13: “A punição é, primariamente, um veículo para testar a igualdade humana” (tradução livre).

⁵⁷⁵ Exemplificada, nos Estados Unidos, pela negativa de reconhecimento de violação ao *equal protection clause* diante da constatação da acentuada disparidade entre condenados à pena capital quando as vítimas são brancas, relativamente aos casos em que são mortos negros (FLETCHER, George P. Op. cit., p. 13, nota de rodapé).

⁵⁷⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José Dias. *La política criminal en la encrucijada*, cit., p. 148/155.

porque a expansão penal acabou assumindo um perfil intensivista⁵⁷⁷, que apenas vem facilitando a detecção e a persecução dos indivíduos e grupos de indivíduos que já integravam o alvo de atuação das instâncias penais⁵⁷⁸. Desse modo, desvela-se “un proyecto político de *consolidación de las desigualdades sociales* y de *fomento de la exclusión social* de ciertos colectivos ciudadanos”⁵⁷⁹.

Se é relativamente à criminalização das elites que o plano da *law in action* mais se afasta do plano da *law in books*⁵⁸⁰, não se pode desconsiderar que, no Brasil, nem mesmo a tipificação das infrações penais próprias dos estratos sociais mais poderosos apresenta condições apropriadas à sua realização.

É certo que o legislador nacional, seguindo a tendência mundial panpenalizadora, editou, nos três últimos decênios principalmente, considerável número de atos normativos criminalizadores de delitos dos agentes sobreintegrados: meio ambiente, sistema financeiro, ordem econômica e tributária etc. Entretanto, nas estatísticas penitenciárias, não se encontram registros significativos de que tal legislação tenha tido aplicação efetiva.

Com efeito, MISSE aponta que, segundo o Censo Penitenciário do Brasil, dos condenados presos 95% eram pobres, 68% tinham idade entre 18 e 25 anos de idade, 89% não tinham trabalho fixo, 76% eram analfabetos ou semi-alfabetizados e 65% eram negros ou mulatos⁵⁸¹.

Esses dados, colhidos na década de 1990, não vêm sofrendo mudança significativa ao longo dos anos. Atualmente, o Ministério da Justiça disponibiliza, em

⁵⁷⁷ Idem, p. 156.

⁵⁷⁸ As regras para combater o crime organizado, por exemplo, não têm se mostrado capazes de incrementar a repressão aos delitos das quadrilhas elitizadas (responsáveis por sonegação fiscal, corrupção, fraudes industriais etc.), mas apenas de exacerbar a punição de bandos criminosos tradicionais (responsáveis por roubo, tráfico de drogas etc).

⁵⁷⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Dias. *La política criminal en la encrucijada*, cit., p. 189.

⁵⁸⁰ CRUZ SANTOS, Cláudia Maria. Op. cit., p. 219.

⁵⁸¹ MISSE, Michel. *Crime e Violência no Brasil Contemporâneo: Estudos de Sociologia do Crime e da Violência Urbana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 16.

seu sítio na rede mundial de computadores, o Sistema Integrado de Informações Penitenciárias, conhecido como InfoPen. De acordo com os últimos dados estatísticos consolidados (referência 12/2009), a maioria dos presos é de condenados pela prática de crimes contra o patrimônio e de tráfico de drogas (73,99%). Mais ainda, entre os detidos, apenas 0,84% têm o curso superior completo. E a taxa de negros e pardos⁵⁸² atinge mais de 59% dos reclusos.⁵⁸³

Em resumo, os “clientes preferenciais” do Direito Penal - ao menos aqueles que são encaminhados ao cárcere - são negros e pardos, pobres e parcamente instruídos, autores de crimes patrimoniais.

Pode-se apontar, como fator determinante dessa situação, o operar discriminatório das instâncias de repressão penal⁵⁸⁴, as quais, como já se acentuou, apresentam tendência inercial a canalizar sua atividade nos segmentos sociais mais baixos, ao mesmo tempo em que se revelam incapazes de reprimir eficazmente as infrações dos estratos mais altos.

Como observa SANTOS, apesar do ingente número de casos criminais envolvendo figuras importantes delatados, o que impressiona é a punição aleatória e a impunidade que caracterizam a operatividade das instâncias repressivas nacionais. A cada “pacote legal” segue-se, invariavelmente, “meia dúzia de episódios charlatanescos de prisão de ínfimos e ridículos violadores do novo ordenamento, ameaças titânicas pelos jornais e televisões, promessas de rigor nunca vistas e penas nunca infligidas. Ao longo dos dias, entretanto, e após alguns meses, o saldo de alteração efetivo na ordem

⁵⁸² De acordo com o Censo de 2000, 44,6% da população brasileira era composta de negros e pardos (dados disponíveis em <http://www.ibge.gov.br>, acesso em 26.05.2010).

⁵⁸³ Disponível em <http://portal.mj.gov.br>. Acesso em 19.03.2010.

⁵⁸⁴ GROSNER, Marina Quezado. *A seletividade do sistema penal na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*: O trancamento da criminalização secundária por decisões em *habeas corpus*. São Paulo: IBBCRIM, 2008. A autora, analisando 998 acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça em *Habeas Corpus* e Recursos em *Habeas Corpus*, constatou que as decisões favoráveis ao trancamento de inquéritos policiais e ações penais ocorrem, mais freqüentemente, nos crimes econômicos e as desfavoráveis, nos crimes contra o patrimônio, a revelar os critérios classistas da seletividade operada pela Corte.

das coisas e de obediência internalizada é praticamente nulo. No Brasil, a punição é aleatória e nem sempre, ou melhor quase nunca, se dá pelos meios institucionais apropriados, nem corresponde proporcionalmente à violação cometida. Isto, quando a punição guarda efetivamente alguma relação com o deslize.” A essa “justiça lotérica” inicial sucede uma impunidade crescente no tempo. Como resultado final, tem-se uma “cultura cívica predatória”, constituída de meras estratégias de cultivo de valores privados, numa versão singular de “máfia descentralizada”.⁵⁸⁵

Nesse sentido, aliás, BINDER denuncia o que considera “una de las grandes calamidades de nuestra región”: a perda de força política ou normativa da lei, a qual é responsável pela “impunidad estructural” que se verifica.⁵⁸⁶

Sem desconsiderar a importância dessa condicionante - a realização efetiva do programa criminal -, parece que a legislação penal abstratamente considerada também contribui decisivamente para o estado de impunidade dos infratores provenientes dos estratos sociais mais elevados. Em outras palavras, a desigualdade não opera apenas “perante a” lei, mas também “na” lei⁵⁸⁷.

Ocorre que os atos normativo-penais voltados às elites, com frequência, escamoteiam benefícios penais e processuais penais que tornam as sanções que instituem ou inaplicáveis ou substituíveis por outras bem mais brandas, que passam a ser administradas pelos destinatários meramente como mais um risco dos negócios. “El interior de los dispositivos - afirma BALESTENA - preserva las operaciones por las cuales esta desigualdad se ramifica bajo la imagen de una igualdad, por la fuerza de

⁵⁸⁵ SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Razões da desordem*. Rio de Janeiro: Rocco, 1993, p. 111/115.

⁵⁸⁶ BINDER, Alberto M. “Entre la democracia y la exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais/IBCCRIM, 2000, nº 29, p. 12.

⁵⁸⁷ OLLERO, Andrés. “Igualdad ante la ley y uso alternante del Derecho”. In: *Constitución y derechos fundamentales*. Coords. Jerónimo Betegón e outros. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 493-536.

reglamentos, de disposiciones, de acordadas, de las normas contrarias a disposiciones constitucionales”⁵⁸⁸.

Por vezes, leis são editadas até mesmo com o objetivo praticamente único de imunizar grupos sociais específicos contra a repressão criminal, geralmente após inesperadas ações policiais ou judiciais voltadas ao controle da criminalidade de indivíduos poderosos. Para nomeá-las, DOLCINI vale-se das expressões “leggi su misura”, “leggi con fotografia” e “leggi *ad personam*”⁵⁸⁹.

No Brasil, nos últimos anos, talvez o exemplo mais representativo de ato normativo elaborado sob medida - a ponto de STRECK ter sustentado a sua parcial inconstitucionalidade⁵⁹⁰ - seja a Lei nº 9.714/98, conhecida como Lei das Penas Alternativas, a qual, sob a justificativa manifesta de limitar a imposição degradante do encarceramento, promoveu a desordem do sistema de penas vigente - esvaziando o *sursis*, por exemplo -, para alcançar benefício especificamente aos autores de crimes econômicos em sentido amplo, em regra condenados a penas privativas de liberdade de até quatro anos, exatamente o novo limite fixado para a substituição por penas restritivas de direitos ou pecuniária. Até seria tolerável a inovação normativa, não fosse a persistente excepcionalização de sua aplicação a delitos massivos, em regra praticados por indivíduos fragilizados pessoal e socialmente, como o tráfico de drogas, cuja lei de regência veda, expressamente, o alcance do benefício a seus autores (artigo 44 da Lei nº 11.343/2006).

A estratégia de imunização legal das elites, assim, parece seguir um mesmo padrão: ou o próprio ato normativo penalizador já vem acompanhado de mecanismos

⁵⁸⁸ BALESTENA, Eduardo. *La fábrica penal*, cit., p. 36.

⁵⁸⁹ DOLCINI, Emilio. “Leggi penali *ad personam*, riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza”. In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2004, fasc. 1, p. 57.

⁵⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. “As (novas) penas alternativas à luz da principiologia do Estado Democrático de Direito e do Controle de Constitucionalidade”. In: *A Sociedade, a Violência e o Direito Penal*. Orgs. Ney Fayet Júnior e Simone Prates Miranda Corrêa. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000, p. 121-144.

diversionistas ou neutralizadores, ou leis posteriores corrigem a omissão, geralmente após medidas práticas de persecução a algum indivíduo ou grupo de indivíduos titulares de elevado diferencial de poder.

Ambas as vias são encontradas na Lei nº 8.137/90, que trata dos crimes contra a ordem tributária e econômica e contra as relações de consumo, talvez o ato normativo com maior alcance voltado ao controle das infrações de agentes sobreintegrados.

O aspecto mais flagrante da autocontradição da lei refere-se às penas previstas para os crimes contra a ordem econômica e contra as relações de consumo, constantes dos artigos 4º a 7º. Nesses dispositivos, até constam penas de reclusão relativamente severas, a apontar uma orientação punitiva por parte do legislador. Contudo, para todas as infrações, a pena de multa não se encontra prevista na forma cumulativa, como nos crimes contra o patrimônio constantes do Código Penal, mas na forma alternativa, de modo que a privação de liberdade, mesmo diante de danos de elevada magnitude, resta praticamente sem viabilidade aplicativa. Não se conhece delito algum, fora dessa lei, em que as penas de reclusão e multa sejam cominadas de modo alternativo, já que essa espécie de pena privativa de liberdade destina-se a infrações consideradas graves.

Em relação aos crimes contra a ordem tributária previstos em seus artigos 1º e 2º, a Lei nº 8.137/90 não cometeu o mesmo deslize, prevendo a incidência cumulativa das penas de reclusão ou detenção e de multa. Por isso, até chegou a ocorrer de empresários serem presos por sonegação fiscal na década da edição do ato normativo. Não tardou, porém, para que os mecanismos imunizadores surgissem. Em primeiro lugar, a Lei nº 9.268/96 alterou o artigo 51 do Código Penal, transformando a pena de multa em mera dívida de valor, não mais suscetível, assim, à conversão em privativa de liberdade, em caso de frustração do pagamento; com isso, a força dissuasória de tal sanção foi significativamente reduzida. Em segundo lugar, a Lei nº 9.714/98, já referida, permitiu a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, no caso de condenação a pena não superior a 4 anos, sob medida para os crimes tributários, em que,

mesmo nas situações de continuidade delitiva, as penas giravam em torno de três anos. Em terceiro lugar, inúmeros atos normativos têm previsto a extinção da punibilidade, nos casos de pagamento ou mesmo parcelamento do débito fiscal, como as Leis nº 9.245/95, nº 9.964/2000 e nº 10.684/2003. Transformou-se, assim, o processo penal em mero mecanismo de cobrança de débitos fiscais, sem qualquer eficácia punitiva. Em quarto lugar, por fim, após um processo interpretativo prolongado, acabou prevalecendo o entendimento de que o artigo 83 da Lei nº 9.430/96 impede a propositura de ação penal, por prática de crime tributário, enquanto não definido o lançamento do crédito respectivo na esfera administrativa, o que limita a atuação do Ministério Público e rompe com a significação consolidada do tradicional princípio da separação das instâncias administrativa e penal.

Isso, porém, não é tudo. Os instrumentos de esvaziamento dessa lei prosseguiram com outros atos normativos. Referentemente aos crimes contra as relações de consumo, a Lei nº 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, anterior à Lei nº 8.137/90, já havia estabelecido algumas infrações penais, sancionando as mais graves com a cominação cumulativa de privação de liberdade e multa. Assim, a edição, logo em seguida, da Lei nº 8.137/90 fragilizou a regulamentação anterior, não apenas porque as penas previstas apresentam-se mais brandas, mas também porque os tipos criminais são muito parecidos, a importar em dificuldade operacional quase invencível para os juízes. Já no que concerne aos crimes contra a ordem econômica, a Lei nº 8.884/94, que criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, praticamente alijou o Poder Judiciário do controle formal das infrações econômicas. Os crimes previstos na Lei nº 8.137/90 também constituem infrações administrativas pela novel legislação, de modo que toda a fiscalização é concentrada na Administração, já que o chamado acordo de leniência impede o oferecimento de denúncia e, uma vez cumprido, extingue a punibilidade dos delitos.

Mais recentemente, entrou em vigor a Lei nº 9.613/98, que cuida da lavagem de capitais, criminalizando até mesmo a ocultação subsequente de bens, direitos e valores obtidos com práticas criminosas, o que antes era tido como um pós-fato impunível. Surpreendentemente, porém, entre os delitos precedentes não constam os contra a ordem tributária, contra a ordem econômica e contra as relações de consumo, de modo que a reciclagem das vantagens econômicas obtidas com esses crimes não se enquadram no novel ato normativo.

Tais reformas ocorreram num momento em que o pensamento criminológico enfatizava a necessidade de repensar o sistema de penas adequado aos crimes econômicos, minimizando a eficácia preventiva da sanção pecuniária, meramente contabilizada como custo da empresa, e enfatizando a importância da utilização das penas privativas de liberdade de curta duração (*sharp-short-shock*), pela maior resistência ao estigma de tais agentes e pela baixa potencialidade de gerar-lhes carreiras criminais⁵⁹¹.

A imunização dos agentes sobreintegrados, representada pelo esvaziamento repressivo da Lei nº 8.137/90, recebe sua constatação conclusiva com os dados estatísticos tabulados pelo InfoPen do Ministério da Justiça, pois, segundo a última consolidação realizada (referência 12/2009), não há sequer um criminoso cumprindo pena privativa de liberdade no Brasil por infração a referido ato normativo penal⁵⁹².

Esse estado de coisas legislativo, assim, torna imperioso o repensar do “papel da ideologia”⁵⁹³ no âmbito da atividade estatal, principalmente a parlamentar, já que se afigura evidente que a regulamentação penal da matéria obstrui a sua atuação prática

⁵⁹¹ FARIA COSTA, José de; COSTA ANDRADE, Manuel da. “Sobre a concepção e os princípios do Direito Penal Econômico”. In: *Temas de Direito Penal Econômico*. Org. Roberto Podval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 116.

⁵⁹² Disponível em <http://portal.mj.gov.br>. Acesso em 19.03.2010.

⁵⁹³ STRECK, Lenio Luiz. “Violência, criminalidade, segurança pública e modernidade tardia no Brasil”. In: *Violência em tempo de globalização*. Org. José Vicente Tavares dos Santos. São Paulo: Editora Hucitec, 1999, p. 469.

efetiva, operando como mero artifício legitimador da punição de outros segmentos sociais.

RICOUER anota que a ideologia é “um fenômeno insuperável da existência social, na medida em que a realidade social sempre possui uma constituição simbólica e comporta uma interpretação, em imagens e representações, do próprio vínculo social”. A ideologia opera no nível do caráter significante, mutuamente orientado e socialmente integrado, da ação humana, pois todo grupo social tem a necessidade de conferir uma imagem a si mesmo. Para tanto, a ideologia, em sua função de integração, contém alguns traços. Em primeiro lugar, toda comunidade histórica mantém uma relação simbólica com o ato fundador que a instaurou, a qual, com a distância temporal, implica a manutenção da memória social, cumprindo à ideologia o papel de justificar a ordem assim estabelecida, atualizando, retroativamente, o significado dessa fundação. Em segundo lugar, a ideologia apresenta um traço de dinamismo, porquanto, para a práxis social, cumpre-lhe a tarefa de motivação social: além de justificação, é projeto. Em terceiro lugar, toda ideologia é, por natureza, simplificadora e esquemática; fornece ela um código aos membros da comunidade, necessariamente destituído de rigor para ser mais eficaz; a ideologia ostenta um caráter dóxico, já que seu âmbito é o da opinião ou da racionalização, expresso, geralmente, na forma de máximas ou *slogans*. Em quarto lugar, a ideologia constitui um código interpretativo em que os homens mais bem habitam e pensam, do que podem expressar de modo articulado; ela é operatória, não temática; “é a partir dela que pensamos, mais do que podemos pensar sobre ela”. Em quinto lugar, a ideologia é caracteristicamente inercial, somente admitindo o novo a partir do típico, oriundo da sedimentação social; o fenômeno ideológico promove um estreitamento das possibilidades de interpretação do evento inicial. A partir desse momento, pode-se flagrar, ainda, a função de dominação da ideologia, a qual se potencializa quando prepondera o seu papel dissimulador dos aspectos hierárquicos da organização social. A ideologia interpreta e justifica, basicamente, o sistema de poder, mas sempre se verifica dissimetria entre a pretensão de legitimidade das autoridades e a

crença correlativa dos cidadãos. Com isso, opera-se uma mais-valia: “toda autoridade reclama mais do que nossa crença pode carregar”. Não há, assim, legitimidade inteiramente transparente. Por essa razão, Marx enfatiza a função de deformação da ideologia, como tal responsável pela inversão da realidade social como modo de perpetuar as relações de dominação.⁵⁹⁴

Apesar da impossibilidade de proceder-se a uma crítica absolutamente radical⁵⁹⁵, pela inexistência de um lugar não-ideológico⁵⁹⁶, a realidade social, mesmo com seu fundo de não-congruência, somente se revela na prática efetiva. Para tanto, RICOUER entende necessário o discurso da hermenêutica da situação histórica, tributário de Heidegger e Gadamer, elaborado a partir de três proposições. Em primeiro lugar, todo saber objetivante sobre nossa posição na sociedade é precedido por uma relação de pertença sobre a qual jamais podemos refletir inteiramente. Assumir a tradição em que se está imerso constitui, assim, o passo inicial da compreensão. Em segundo lugar, o saber objetivante, apesar de sua relativa autonomia, é sempre dependente da relação de pertença. O distanciamento, portanto, é a condição de possibilidade de uma crítica das ideologias, “não fora ou contra a hermenêutica, mas na hermenêutica”. Em terceiro lugar, mesmo com a possibilidade de certa articulação teórica decorrente dessa distância crítica, o saber objetivante alcançado fica inevitavelmente condenado a permanecer parcial ou fragmentário; a sua incompletude deriva da insuperável imbricação entre distância e pertença.⁵⁹⁷

Após retrazar o debate entre Gadamer e Habermas, RICOUER busca estabelecer as implicações e correções recíprocas entre as instâncias hermenêutica e crítica, negando a incompatibilidade entre reminiscência e esperança:

⁵⁹⁴ RICOUER, Paul. *Hermenêutica e ideologias*. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 77/86.

⁵⁹⁵ Idem, p. 95.

⁵⁹⁶ Idem, p. 87.

⁵⁹⁷ Idem, p. 103/106.

O gesto da hermenêutica é um gesto humilde de reconhecimento das condições históricas a que está submetida toda compreensão humana sob o regime da finitude. O da crítica das ideologias é um gesto altivo de desafio, dirigido contra distorções da comunicação humana. Pelo primeiro, insiro-me no devir histórico ao qual estou consciente de pertencer; pelo segundo, oponho ao estado atual da comunicação humana falsificada a idéia de uma libertação da palavra, de uma libertação essencialmente política, guiada pela idéia-limite da comunicação sem limite e sem entrave⁵⁹⁸.

Dito isso, pode-se apontar o caráter manifestamente ideológico-dissimulador da criminalização primária das condutas desviadas das elites, por meio da qual a mensagem oficial aponta para a isonomia punitiva, exigência de um regime democrático, mas, em realidade, apenas legitima a severidade repressiva com que são tratados os segmentos já marginalizados socialmente. Não tendo como ignorar os desvios típicos dos grupos sobreintegrados, diante da progressiva desocultação de sua danosidade social, o Parlamento legisla sobre a matéria de maneira precária, com a admissão da infiltração subliminar de mecanismos de imunização, com o que responde às demandas públicas por responsabilização, ao mesmo tempo em que garante a perpetuação da feição seletiva da operacionalização da justiça penal.

ANIYAR DE CASTRO, nessa linha, resume os aspectos mais relevantes da feição ideológica da normatividade estatal-penal relativa às infrações dos grupos poderosos:

1. Seu caráter legitimador ('estamos fazendo alguma coisa').
2. Seu caráter simbólico ('não é preciso fazer nada mais').
3. Sua condição de trampolim eleitoral ('para derrotar o inimigo').

⁵⁹⁸ Idem, p. 142.

4. Sua aplicação precária ('processo e escândalo, mas não condenação', porque 'hoje é você e amanhã pode ser eu'), salvo quando são escolhidas as vítimas apropriadas para demonstrar que esses fatos são punidos.
5. Sua implementação diferencial: leis, sanções e procedimentos especiais ('não são delinquentes como os outros').
6. Carência de proteção efetiva contra a delinquência do poder transnacional (delito ecológico, segurança industrial, *dumping* farmacêutico, corrupção e evasão fiscal).
7. Procedimentos privilegiados: juízos prévios, imunidades, etc.⁵⁹⁹

Esse recurso à tipificação criminal das infrações dos mais diversos segmentos sociais, sob a aparência de trato isonômico e impessoalizado, não é, porém, um fenômeno novo: como aponta BOURDIEU, a universalização “é a estratégia universal da legitimação”. Através dela, busca-se a aprovação do grupo social, em uma tentativa de apropriação da força simbólica que representa o senso comum. Por isso, não há como a Moral ocorrer na Política, a menos que se criem os meios institucionais para uma Política da Moral, que viabilize os esforços por entender os oficiais em seu próprio jogo, evitando as ciladas das definições, bem como por aumentar o custo da atividade de dissimulação necessária para mascarar a realidade social. Somente assim poderiam vir a ser limitados os “lucros do universal”.⁶⁰⁰

Nesse sentido, os agentes e as instituições jurídicas têm uma importância destacada, pois a Constituição de 1988 contém uma dimensão utópica⁶⁰¹, já que seu projeto volta-se, claramente, à superação efetiva, tanto quanto possível, em cada momento histórico, das desigualdades que vêm marcando a sociedade brasileira, as quais assumem, no Direito Penal, uma feição trágica. Antes de mais nada, na advertência de

⁵⁹⁹ ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da libertação*, cit., p. 250.

⁶⁰⁰ BOURDIEU, Pierre. *Razões práticas: Sobre a teoria da ação*. Campinas: Papyrus, 1996, p. 217/222.

⁶⁰¹ MANNHEIM, Karl. *Ideologia e utopia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986, p. 216/285.

BALESTENA, é necessário tomar consciência da colisão entre valores e práticas: “Se trata de reivindicar la ética de la responsabilidad, donde sea posible ajustar la racionalidad a medios y a valores y pensar a qué obedecen las acciones del sistema penal”⁶⁰².

12. Igualdade e crime: a (re)legitimação da potestade punitiva estatal

Diante desse panorama, o Direito Penal encontra-se numa encruzilhada. Dois caminhos podem ser vislumbrados, ambos relativos à Filosofia prática que não mais pode ser desconsiderada pela ordem jurídica e seus operadores. O primeiro aponta para uma racionalidade voltada aos meios de controle do crime; trata-se de uma concepção efficientista, centrada na redução dos índices de delinquência e na tranquilização social, que, atualmente, segundo DE GIORGI, estaria tomando a forma de uma racionalidade atuarial⁶⁰³. O segundo aponta para uma racionalidade de fins, de forte conteúdo ético, não instrumental, em que se sobressai o postulado da incontrastabilidade do valor do ser humano. Em outras palavras, a disjuntiva que se apresenta, como indica COOK, é entre persistir com o modelo da *managerial governance*, voltado apenas à administração de problemas isolados da criminalidade, ou promover uma inflexão ao da *transformative governance*, voltado a uma radical reconstrução social, inspirada em fins diversos, tais como redistribuição, reconhecimento, responsabilidade, direitos, sustentabilidade, comprometimento, entre outros⁶⁰⁴.

⁶⁰² BALESTENA, Eduardo. *La fábrica penal*, cit., p. 74.

⁶⁰³ DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2006, p. 97.

⁶⁰⁴ COOK, Dee. *Criminal and social justice*. London: SAGE Publications, 2006, p. 182/189.

Como acentuam VIOLA e ZACCARIA,

si el derecho sirve para orientar la vida social, esto es, las elecciones y las decisiones de los ciudadanos y de los funcionarios, no podrá ser comprendida de modo completo sino poniéndose en su punto de vista, en el punto de vista de los que deben decidir como actuar, que deben deliberar en torno a ciertos fines, que quieren realizar ciertos objetivos⁶⁰⁵.

Se a escolha for pela segunda via, a única que parece legítima em um Estado Democrático e Social de Direito - caracterizado pela positivação jurídica de ideais morais de vida boa e de justiça -, é na Constituição e sua estrutura principiológica que se encontrarão os fins e os bens dignos de busca e tutela⁶⁰⁶. E talvez esse retorno da Ética deva, ao menos no Direito, ser concebido sobre a base da indignação, a recusa em humilhar que distingue um sujeito como moral⁶⁰⁷.

Desse modo, a superação da crise e a relegitimação do Direito Penal dependem, primariamente, da (re)estruturação do saber penal a partir dos valores de matriz constitucional, em superação à “duplicidade instituída”⁶⁰⁸ oriunda da modernidade. Essa opção metodológica implica, ademais, o abandono das construções sistemático-dedutivas próprias da dogmática tradicional, em prol da abertura principiológica e empírica⁶⁰⁹, vale dizer, da sua conformação pela política criminal constitucionalmente adequada⁶¹⁰.

Não parece haver alternativa possível:

⁶⁰⁵ VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. Op. cit., p. 50.

⁶⁰⁶ FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição. *Constituição e crime: Uma perspectiva de criminalização e descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 142/147.

⁶⁰⁷ RICOUER, Paul. *O justo 2*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 53.

⁶⁰⁸ CASTORIADIS, Cornelius. *As Encruzilhadas do Labirinto IV*, cit., p. 248.

⁶⁰⁹ “É impossível uma teria jurídica, destinada a ser aplicada pelos operadores judiciais em suas decisões, que não tome em consideração o que verdadeiramente acontece nas relações sociais entre as pessoas” (ZAFFARONI, E. Raúl e outros. *Direito Penal Brasileiro*, cit., p. 65).

⁶¹⁰ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política Criminal*. Madrid: COLEX, 2001, p. 21/66.

Sin el juego de los valores, no hay una ciencia (penal) racional ni arreglada a fines, y sus procederes no son los de una búsqueda racional sino que cumplen una función institucional, ideológica y política, haciendo de la penalidad lo que verdaderamente es: una imensa factoría que sólo produce, desde un poder selectivo, un castigo simbólico⁶¹¹.

Esforço teórico nesse sentido foi empreendido, com singular habilidade, por YACOBUCCI. O penalista argentino, em sua obra, ao início, demonstra que o Direito Penal passa por uma crise de ruptura - mais radical que a crise conatural que acompanha o seu desenvolvimento -, a qual afeta a sua própria legitimidade. O Direito Penal não mais constitui uma instituição evidente; há uma carência de justificação de seu próprio existir e de sua finalidade. E isso porque, com o desencantamento do mundo, a noção de verdade, principalmente de ordem prática, vem sendo substituída pela de certeza, promovida por convenção, consenso, acordo ou mesmo funcionamento sistêmico. Em virtude disso, o caráter normativo que tinha a racionalidade para a convivência humana assume uma feição meramente instrumental.

La rectitud y la verdad de la razón emergente de su conformidad con las exigencias objetivas del ser humano, sus leyes, sus fines y sus bienes, son reemplazadas por los criterios estratégicos de control, eficacia y utilidad, de acuerdo con principios de ingeniería social⁶¹².

A separação entre Política, Moral e Direito, promovida pela modernidade, fez surgir uma verdadeira "física da convivência", carente de qualquer legitimação outra que a decorrente dos mecanismos formais de seu próprio exercício. O Direito, assim, ancorado em sua suposta neutralidade, transformou-se em mero instrumento de dominação, e o Direito Penal, em "uma maquinaria de ingerências, submetimentos e estigmatização"⁶¹³.

⁶¹¹ BALESTENA, Eduardo. *La fábrica penal*, cit., p. 112.

⁶¹² YACOBUCCI, Guillermo J. *El sentido de los principios penales: Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*. Buenos Aires: Ábaco, 2002, p. 32/34.

⁶¹³ Idem, p. 35.

Somente a refundação do Direito Penal sobre bases axiológicas, principalmente de ordem constitucional, asseguraria, assim, a possibilidade de sua legitimação. Para tanto, o autor defende que o saber prático, que opera no plano do obrar humano - dimensão moral, portanto -, também conta com evidências que auxiliam na sua construção, principalmente pela indicação de fins, os quais, neste âmbito, têm o sentido de princípios.⁶¹⁴

Para superar o formalismo do saber penal, é preciso, portanto, estruturá-lo à base de princípios, o que permite sua conexão permanente com a vida prática.

YACOBUCCI identifica dois princípios configuradores do Direito Penal: o do bem comum político e o da dignidade da pessoa humana. A origem fundamental de ambos decorre do fato de o Direito Penal operar no campo de relações entre a comunidade e o indivíduo. Em outras palavras, a natural sociabilidade humana impõe cooperação e ordem, a partir da identificação de interesses e fins comuns, cuja legitimação adviria de sua própria indispensabilidade para a convivência. A orientação comunitária, porém, não poderia ser tal a ponto de aniquilar as personalidades, uniformizando comportamentos. O Direito, nesse sentido evidente, deve atender ao desenvolvimento e à auto-realização dos indivíduos, a partir da afirmação ética de que todo ser humano é um fim em si mesmo.

Tais princípios configuradores explicam e justificam a presença do *ius puniendi* na convivência sócio-política⁶¹⁵. Constituem a base material sobre a qual se erige toda a estrutura repressiva estatal e o próprio saber penal. Conferem sentido ao poder punitivo do Estado, ao mesmo tempo em que orientam toda a compreensão do evoluir do Direito Penal, atendendo aos contextos de sua realização.

⁶¹⁴ Idem, p. 72/76.

⁶¹⁵ Idem, p. 80.

Para YACOBUCCI, a noção de bem comum tem o caráter de um valor-síntese dentro da vida social, já que se refere ao conjunto de condições da vida social que tornam possível tanto à comunidade como a cada indivíduo o logro mais pleno de sua perfeição. Com relação ao Direito Penal, o bem comum teria a ver com objetivos de ordem, segurança, justiça e paz, que constituem finalidades indispensáveis à convivência.⁶¹⁶

O Direito Penal, com seu caráter prevalentemente subsidiário, buscaria assegurar a proteção dos bens jurídicos mais fundamentais da existência, coibindo os ataques mais graves contra eles. Com essa função, garantiria uma esfera de normatividade mínima, apta a orientar os cidadãos na realização de seus projetos de vida.

O princípio do bem comum político, segundo YACOBUCCI, representa a materialização de valores próprios da convivência humana⁶¹⁷. Existe uma tendência antropológica do ser humano que é a de associar-se aos outros, bem como de responsabilizar-se pelos demais, cuja síntese é oferecida pela idéia de bem comum.

Apesar de sua natureza pré-jurídica, o princípio do bem comum político não deixou de ser sufragado pela ordem constitucional vigente, a qual faz expressa referência ao objetivo de promover o bem de todos (artigo 3º, IV, da Constituição). Vale dizer, o princípio material do bem comum conta com suficiente força normativa para orientar a compreensão do Direito Penal, já que até mesmo positivado pelo Estado.

A idéia de bem comum remete a um delicado equilíbrio entre direitos e deveres, já que, de acordo com seu postulado, as liberdades têm de ser exercidas de modo que se respeitem os imperativos da vida comunitária⁶¹⁸. A própria ordem sócio-jurídica, por

⁶¹⁶ Idem, p. 175/176.

⁶¹⁷ Idem, p. 178.

⁶¹⁸ Idem, p. 183.

isso, constitui um valor em si⁶¹⁹, porquanto somente com ela é possível que as pessoas se desenvolvam individualmente em busca da felicidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana atua conjuntamente com o do bem comum para configurar a realidade político-estatal. O seu conteúdo traduz a idéia de preeminência do ser humano, vale dizer, de que o homem tem um lugar privilegiado relativamente a outros seres, inclusive o próprio Estado.⁶²⁰

No mundo ocidental, a dignidade humana está associada às noções de consciência, racionalidade, liberdade e autonomia, paulatinamente articuladas ao longo da história. Com esse perfil, impõe limitações à atuação repressiva do Estado, o qual, na busca do bem comum, não pode sacrificar ou instrumentalizar os indivíduos com escopos meramente utilitaristas de incremento da felicidade média da comunidade. Há um núcleo intangível da personalidade humana, que há de ser respeitado, pois todo ser humano tem um valor único.

Mesmo assim, o princípio da dignidade da pessoa humana introduz o problema da alteridade no debate jurídico, pois o desenvolvimento dos indivíduos ocorre no âmbito da convivência sócio-política⁶²¹, de modo que é necessária a compatibilização do exercício das liberdades.

Essa tensão básica entre comunidade e indivíduo acompanha o evoluir do Direito Penal permanentemente, com cada momento histórico delimitando as fronteiras recíprocas.

É preciso ter presente, nesse ponto, que o Direito, como demonstra CASTANHEIRA NEVES, “é uma específica entidade cultural de índole normativa com um sentido próprio”, pois

⁶¹⁹ Idem, p. 186.

⁶²⁰ Idem, p. 205/206.

⁶²¹ Idem, p. 215.

emerge e se constitui na realidade humana como resposta-solução, como uma certa resposta-solução, de um problema que, tenha ou não essa resposta-solução, sempre se porá aos homens que comungam um mesmo mundo ou que coexistem e convivem pela mediação do mesmo mundo - o problema da constituição de uma ordem que institucionalize o dinamismo das interferências humano-sociais em que se traduz essa comunhão do mesmo mundo. Pois essa interferência é titulada por seres, os homens, que são diferentes (e, portanto, dispersos na individualidade de seus interesses), transfinitos (e, portanto, indeterminados na abertura intencional dessa sua transfinitude) e temporais (e, portanto, mutáveis na sua novidade constituinte), e que, não obstante, terão de coexistir e de conviver em comunidade, já que a comunidade é condição de existência, condição empírica e condição ontológica da sua própria realização humana, da sua própria humanidade. Pelo que instituir uma ordem que permita converter em unidade aquela dispersão, em determinação aquela indeterminação e em estabilidade aquela mutação é condição mesma da indispensável integração sem a qual não poderá existir comunidade e, portanto, a realização humana.⁶²²

O tipo de resposta-solução oferecida pelo Direito é da ordem da validade, em que vai implicado tanto “um *princípio da igualdade* entre os sujeitos-pessoas e no todo comunitário” como “um *princípio de responsabilidade* dos sujeitos-pessoas uns perante os outros e perante o todo comunitário”. Ambos esses princípios postulam algumas conseqüências jurídicas: o princípio da igualdade aponta para a autonomia e para a participação; o princípio de responsabilidade, para a solidariedade e a coresponsabilidade.⁶²³

O importante a ressaltar é que as dimensões de participação e de coresponsabilidade dos princípios da igualdade e da responsabilidade moldam “um

⁶²² CASTANHEIRA NEVES, Antonio. “O princípio da legalidade criminal: O seu problema jurídico e o seu critério dogmático”. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*. Boletim da Faculdade de Direito. Número Especial. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1984, p. 390/391.

⁶²³ Idem, p. 392/393.

continuum normativo, pois os modos jurídicos que oferecem só têm sentido como possibilidades de realização dos sujeitos e da comunidade, e, enquanto possibilidades de realização, implicam um sistema de finalidades numa intenção ordenadora da totalidade”, o que se traduz

na índole *aberta* do sistema intencional - não podem uma vez por todas, já definir-se as possibilidades histórico-sociais de realização, já prevenir-se os problemas jurídicos concretos que suscita essa mesma realização - e no caráter *lacunoso* da ordem constituída - os modos institucionais nela disponíveis para as possibilidades de realização e os critérios normativos adquiridos para a decisória solução dos problemas jurídicos concretos sempre ficarão aquém das exigências postas, num e noutro sentido, pelo dinamismo histórico-social da realização e da sua problemática.⁶²⁴

É por isso que, como princípio gestado a partir das lutas sociais por reconhecimento e pela reflexão crítica, a igualdade opera já na instância originária de estruturação do saber penal, permeando os princípios do bem comum e da dignidade humana, como dimensões suas, já que, atualmente, não mais se tolera o manejo da força estatal em prol de perseguições ou privilegiamentos de natureza alguma.

Definidos, assim, os bens jurídicos com dignidade penal, a partir dos balizamentos da Constituição, os desvios de todos os segmentos sociais, se tidos como merecedores do rótulo criminal, devem ser objeto de repressão, em respeito ao princípio isonômico. Por isso, a análise crítica do efetivo funcionamento do sistema punitivo estatal, a partir das suas conseqüências, constitui dever indeclinável dos operadores do Direito Penal, com o objetivo último de adequar, tanto quanto possível, os seus discursos e as suas práticas.

⁶²⁴ Idem, p. 393.

É aqui que a reestruturação da dogmática jurídico-penal como um sistema teleológico-político-criminal, como propugnado por ROXIN⁶²⁵, apresenta seus rendimentos mais significativos, ao permitir que a crítica criminológica empírica ingresse na prática jurídico-penal, desde que filtrada pela orientação axiológico-teleológica que conforma o saber penal, de modo a favorecer propostas *de lege ferenda*, voltadas à reforma penal, bem como, até mesmo, interpretações *de lege lata*, conformativas da legislação vigente⁶²⁶.

Tanto o princípio do bem comum como o da dignidade humana, compreendidos a partir também da proposição da igualdade, inscrevem-se, porém, numa entidade cultural conglobante do fenômeno político-jurídico da atualidade: o Estado Democrático e Social de Direito. Em sendo assim, a atividade legislativa criminalizadora deve assegurar a proteção efetiva de todos os membros da comunidade, prevenindo os comportamentos que os cidadãos entendem danosos para os seus bens jurídicos (feição social), mas somente na medida em que esses mesmos cidadãos considerem graves tais comportamentos (feição democrática)⁶²⁷.

Isso quer dizer que as normas constitucionais, permitindo a conformação de vários mundos juridicamente possíveis⁶²⁸, conferem à disputa democrática a específica determinação histórico-cultural do Direito Penal⁶²⁹ em cada época, a partir da particular compreensão da importância de cada um dos valores e princípios implicados nos problemas a serem submetidos à definição criminal.

Como acentua HÄBERLE,

⁶²⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. T. I. Madrid: Civitas, 1999, p. 216/231.

⁶²⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, cit., p. 99.

⁶²⁷ MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado social e democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994, p. 37.

⁶²⁸ MORESO, José Juan. "Mundos Constitucionalmente Posibles". In: *Isonomia*, n° 8, 1998, p. 139-159, disponível em <http://cervantesvirtual.com/porta/doxa/isonomia.shtml>, acesso em 24.06.2002.

⁶²⁹ TAIPA DE CARVALHO, Américo A. *Condicionalidade sócio-cultural do Direito Penal: Análise histórica. Sentido e limites*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1985.

alcanza la Constitución el ‘medio’, frecuentemente aludido como indispensable, entre duración y cambio, entre estática e dinámica, entre regulación y adaptación, entre configuración creativa y vigorosa conservación. El ‘esto pero también el otro’ de ‘procesos y contenidos’ se distribuye, con acentos diversos, entre las distintas especies de disposiciones constitucionales, pero frecuentemente se encuentran en un solo complejo normativo... El presente recurre a ‘estímulos’ y obligaciones provenientes del pasado; formula esperanzas para el futuro imaginado como abierto.⁶³⁰

A Constituição, sendo limite e direção ao mesmo tempo⁶³¹, no que concerne ao âmbito jurídico-criminal, não parece apontar para uma radical contenção da expansão do Direito Penal, de modo a restringir a sua incidência aos ditos delitos tradicionais, protetores de bens jurídicos exclusivamente individuais⁶³². Pode-se afirmar, assim, a legitimidade da criminalização de condutas ofensivas de interesses difusos, sociais ou coletivos⁶³³. Sem embargo, a atividade legislativa é limitada pela proibição de arbitrariedade e de excesso, bem como pela necessidade de transparência e racionalidade mínimas no exercício do *ius puniendi*. Se a escolha política for pela ampliação do âmbito das condutas criminalizadas, a crescente complexidade do sistema penal cobrará exercício constante de equilíbrio entre as sanções e as condutas tipificadas, bem como de graduação entre as demais medidas restritivas ou ampliativas de garantias penais. Cuida-

⁶³⁰ HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007, p. 226.

⁶³¹ FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales*, cit., p. 131.

⁶³² TAMARIT SUMALLA observa, da perspectiva político-criminal, que a hipótese da moderação do rigor punitivo do Direito Penal parece bem mais realista que a do minimalismo penal, considerando o contexto de um Estado intervencionista que realiza expectativas de bem-estar dos cidadãos. Anota, também, que o esforço de superação do encarceramento como estratégia prioritária de prevenção do delito foi mais significativo nos países europeus que alcançaram níveis mais elevados de bem-estar social. (TAMARIT SUMALLA, Josep M. “Sistema de sanciones y Política Criminal: Un estudio de Derecho comparado europeo”. In: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 09-06 (2007). Disponível em <http://criminet.ugr.es>. Acesso em 22.12.2009).

⁶³³ GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica des discurso de resistencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 217/219.

se de uma tarefa de construção permanente, para a qual são convocados, não apenas os órgãos de Estado, principalmente o Legislativo e o Judiciário, mas toda a comunidade.

Relegitimado o Direito Penal em bases axiológicas, à luz dos valores encampados pela Constituição, a persistência da sua seletividade discriminatória necessita, portanto, de enfrentamento político-jurídico. Afinal, assume-se o potencial transformador da realidade social das configurações estatais contemporâneas⁶³⁴, de modo que o exercício injustificado de poderes, públicos ou privados, mesmo quando ideologicamente favorecido pelo próprio Direito, exige questionamento crítico e superação, dentro dos limites possíveis a cada momento histórico: “El Estado constitucional pretende que sus textos se hagan realidad, que se cumplan ‘socialmente’; ‘reinvindica’ la realidad para si: su ‘normatividad’ debe convertirse en ‘normalidad’”⁶³⁵.

13. Neoconstitucionalismo: as possibilidades de atuação corretiva da jurisdição constitucional

A dimensão (re)conformadora das relações jurídico-sociais do Estado Democrático e Social de Direito é determinadamente favorecida pelo neoconstitucionalismo, o qual ainda se apresenta como uma doutrina um tanto difusa, mas de que se podem apontar algumas características definitórias. Conforme COMANDUCCI, para o modelo axiológico de Constituição como norma, próprio do neoconstitucionalismo, a Constituição situa-se no vértice da hierarquia das fontes, modificando-a qualitativamente, já que pressupõe a sua onipresença: toda lei é entendida como atuação da Constituição e é interpretada à sua luz. A Constituição é um conjunto de normas, mas não contém apenas regras, senão também princípios, que podem até

⁶³⁴ STRECK, Lenio Luiz. “Concretização de direitos e interpretação da Constituição”. In: *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2005, vol. LXXXI, p. 298.

⁶³⁵ HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*, cit., p. 230.

mesmo ser implícitos. A Constituição apresenta uma relação estreita com a Democracia, entendida como isonomia, bem como funciona como limite à regra da maioria. A Constituição estabelece uma ponte entre o Direito e a Moral (ou a Política), pois os princípios constitucionais são princípios morais positivados, razão pela qual a justificação no âmbito jurídico, necessariamente, tem de recorrer a princípios morais. E a aplicação da Constituição, exatamente pela presença dos princípios, há de ser feita por meio do método da ponderação ou balanço.⁶³⁶

Ainda, segundo PRIETO SANCHÍS, poderiam ser agregados os seguintes traços ao neoconstitucionalismo: a Constituição é material, pois, além de indicar normas sobre “como” organizar as decisões, também aponta sobre “o que” se deve decidir. A Constituição é garantida, sendo sua proteção confiada, basicamente, aos juízes, o que promove um “intervencionismo substancialista”⁶³⁷. A Constituição estabelece uma regulação principialista, em que se recolhem direitos fundamentais sem especificar as colisões possíveis, nem as condições de precedência, de modo que se produz uma pluralidade de mundos constitucionalmente possíveis. Exatamente por isso, o neoconstitucionalismo implica a existência de um modelo argumentativo nas relações entre a Constituição e a legislação, que não elimina a liberdade de conformação do legislador, apesar de submetê-la à proibição de arbitrariedade.⁶³⁸

Outra característica das ordens jurídicas contemporâneas que decorre da força normativa dos princípios constitucionais é a indeterminação parcial *ex ante* do Direito⁶³⁹ relativamente às conseqüências jurídicas das ações, associada a sua determinabilidade *ex*

⁶³⁶ CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2007, p. 52/53.

⁶³⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, cit., p. 161.

⁶³⁸ *Idem*, p. 290/291.

⁶³⁹ Susanna Pozzolo contrapõe, à tese da indeterminação do direito, a da sua subdeterminação, significando, com isso, que “um operador competente não é capaz de responder oferecendo uma única solução jurídica para um caso com base somente na análise lingüística do texto”. Mais ainda, segundo a autora, essa subdeterminação é global, e não meramente local, pois não se dá apenas em alguns casos; diferentemente, “o direito não oferece uma resposta determinada em nenhum caso” (RAMOS DUARTE, Écio Oto; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2009, p. 143/149).

post, ao menos desde uma perspectiva interna, como a dos juízes. Vale dizer, a textura aberta da maioria das normas da Constituição, bem como a possibilidade de configuração de um dado dispositivo ora como regra ora como princípio, tornam incerta, em muitos casos, a qualificação jurídica das ações, mas, simultaneamente, o fechamento axiológico proporcionado pelos mesmos princípios constitucionais permite a configuração da resposta correta, depois de ponderadas todas as normas concernidas.⁶⁴⁰ Mais ainda, após o trabalho de RAZ⁶⁴¹, concebendo as normas como razões para ações, resultou evidenciada a derrotabilidade das regras, vale dizer, a possibilidade de não aplicar-se alguma regra, seja pela reformulação da prescrição normativa que contém, seja pela revisão do balanceamento das razões justificativas subjacentes a ela, devido, basicamente, a problemas de coerência normativa ou congruência derivados da constitucionalização da ordem jurídica.⁶⁴²

Entre nós, RAMOS DUARTE apresenta um modelo sistematizador das propriedades do neoconstitucionalismo: pragmatismo (o Direito apresenta uma orientação prática que se sobrepõe ao seu caráter científico); ecletismo metodológico (a aplicação jusfundamental depende de metodologias que se interconectam); principialismo (o argumento dos princípios leva a uma conexão entre Direito e Moral, em superação ao modelo puro de regras); estatalismo garantista (cabe, basicamente, ao Estado garantir a segurança jurídica e realizar os direitos fundamentais); judicialismo ético-jurídico (os operadores jurídicos devem elaborar juízos de adequação e justificação com natureza ética no âmbito do Direito); interpretativismo moral-constitucional (na aplicação da Constituição, necessariamente, operam juízos de valor); pós-positivismo (pelo paradigma axiológico-normativo do Direito, a Constituição propõe um modelo

⁶⁴⁰ COMANDUCCI, Paolo. “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1998, nº 21-II, p. 89-104. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com>. Acesso em 22.04.2008.

⁶⁴¹ RAZ, Joseph. *Razón práctica y normas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

⁶⁴² RODENAS, Ángeles. “En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas”. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2001, nº 24, p. 63-83. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com>. Acesso em 22.04.2008.

ideal ao qual o Direito positivo deve tender, razão pela qual aos operadores do Direito se impõe a adoção da perspectiva interna ou compromissada); juízo de ponderação (nos casos difíceis, em que nenhuma regra específica regula o caso, é pela via da ponderação dos princípios constitucionais que os juízes devem decidir, e não pela via da pura discricionariedade); especificidade interpretativa (a interpretação da Constituição é específica relativamente a dos demais atos normativos); ampliação do conteúdo da norma fundamental (a obrigatoriedade jurídica decorrente da Constituição se deve à inclusão nela de conteúdos morais, e não do mero fato social de sua efetividade); conceito não-positivista de Direito (a Constituição, por sua densidade material normativa, qualifica a validade das normas jurídicas infraconstitucionais a partir de um grau mínimo de justificação ética).⁶⁴³

Com esse perfil, o neoconstitucionalismo é acolhido pela perspectiva hermenêutico-material⁶⁴⁴, a qual, porém, tem sido criticada por não apresentar método

⁶⁴³ RAMOS DUARTE, Écio Oto; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*, cit., p. 63/73.

⁶⁴⁴ Lenio Luiz Streck, o principal representante nacional dessa orientação filosófica, contudo, entende que o neoconstitucionalismo implicou uma ruptura paradigmática com as formas jurídico-estatais pretéritas, a ponto de ter-se operado uma descontinuidade superadora tanto da noção liberal quanto da social de constitucionalismo. Por isso, não concorda com todas as propriedades do neoconstitucionalismo destacadas por Écio Oto Ramos Duarte. Não tem ele como auto-evidente o pragmatismo, porque alça o juiz a protagonista na atribuição de sentido às normas, o qual resolverá os casos a ele submetidos a partir de argumentos finalísticos, em contraposição à produção democrática do Direito, exacerbando, assim, o decisionismo. Também não aceita o ecletismo metodológico, exatamente porque a mixagem de matrizes teóricas incompatíveis compromete o resultado aplicativo do Direito. Concorda que o principialismo seja um traço do neoconstitucionalismo, mas envereda por uma compreensão diversa do que isso quer dizer. Para ele, “o neoconstitucionalismo está fundado no principialismo como modo de fazer ingressar o mundo prático no direito”, mas os princípios não podem ser utilizados como “uma espécie de instância corretiva do direito produzido democraticamente”. Por isso, denuncia o “panprincipiologismo” que vem caracterizando a prática judicial, que serviria para derrogar regras legais toda vez que não se concordasse com a decisão parlamentar. Admite o estatalismo garantista, por considerar o Estado o local privilegiado de transformação das relações sociais, o qual passa a ter uma feição notadamente prospectivista. Também concorda que os juízes, no modelo neoconstitucionalista, assumem uma certa preeminência funcional, já que as normas constitucionais diminuem a liberdade de conformação do legislador. Contudo, esse judicialismo ético-jurídico não pode ser entendido como uma “moralização” do direito, como se os julgadores fossem encarregados de corrigir o Direito toda vez que se distanciasse de sua moral pessoal. Nessa linha, sustenta que o interpretativismo moral-constitucional seria um problema apenas se a intervenção de juízos de valor decorresse da discricionariedade do Poder Judiciário. Apesar das várias orientações teóricas neoconstitucionalistas, aceita como ponto em comum a característica do pós-

algum a orientar o afazer jurídico, já que seu objetivo seria apenas iluminar as condições sob as quais se compreende. A hermenêutica, assim, deter-se-ia precisamente onde mais interessa ao Direito uma teoria da interpretação: “a la hora de proporcionar pautas del correcto interpretar, criterios de racionalidad u objectividad interpretativa”.⁶⁴⁵ Sem dúvida é isso o que ocorre: a proposta gadameriana é uma radical crítica ao conforto metológico próprio da cultura tecnocientífica contemporânea, o qual, insistentemente, busca infiltrar-se nas ciências humanas. Entretanto, “dizer como as coisas são significa, até certo ponto, dizer como as coisas devem ser”⁶⁴⁶. Em matéria de interpretação, desvelar como, de fato, ocorre a compreensão implica desacreditar todas as orientações que buscam artifícios para negar, ocultar ou contornar essa realidade. No âmbito prático, em que se insere o Direito, compromisso, responsabilidade, prudência e debate são indispensáveis ao alcance da resposta correta, sem que qualquer método infalível se apresente como suficiente a essa tarefa. A razão prática⁶⁴⁷ é, pois, inevitável⁶⁴⁸.

positivismo. Afirma que o juízo de ponderação acabou por transformar-se no maior problema do neoconstitucionalismo, por estar diretamente vinculado à discricionariedade judicial própria do positivismo. Não aceita a divisão entre casos fáceis, solucionáveis pela via da mera subsunção, e casos difíceis, solucionáveis pela via da ponderação, reconhecendo, diferentemente, um direito fundamental à decisão constitucionalmente adequada em qualquer caso, o que implica o dever judicial de fundamentar e justificar todas as decisões em um todo coerente de princípios que repercutam a história institucional do Direito. Em sua matriz filosófica, que propugna a unidade entre compreender, interpretar e aplicar, não verifica especificidade interpretativa alguma na Constituição: a hermenêutica é universal. Não vê razão alguma para o neoconstitucionalismo permanecer caudatário da norma fundamental kelseniana, pois entende que a busca de um fundamento último é um problema positivista e metafísico apenas. O fato de a moral institucionalizar-se no Direito torna-o mais autônomo, pois é dele a força vinculativa. Por fim, secunda o conceito não-positivista de Direito, no sentido de que os princípios constitucionais apontam para um direito que deve ser, e não a um direito que é, como no positivismo (STRECK, Lenio Luiz. “Posfácio”. In: *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. Écio Oto Ramos Duarte e Susanna Pozzolo, cit., p. 199/244).

⁶⁴⁵ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Filosofía hermenéutica y Derecho*. Disponível em <http://www.geocities.com/jagamado>. Acesso em 27.01.2008.

⁶⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 59.

⁶⁴⁷ Podem-se indicar quatro tradições principais do pensamento ocidental acerca da razão prática: a aristotélica, a tomista, a hobbesiana e a kantiana (RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. *Episteme y derecho: Una exploración jurídico-penal*. Granada: Comares, 2004, p. 63/79). Neste trabalho, a tradição seguida é a aristotélica (ARISTÓTELES. *Política*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. *Ética a Nicômaco*. 2. ed. Bauru: EDIPRO, 2007).

⁶⁴⁸ FARBER, Daniel. “The Inevitability of Practical Reason: Statutes, Formalism, and the Rule of Law.” In: *Vanderbilt Law Review*, 1992, v. 45, nº 3, p. 533-559.

A concepção hermenêutico-material parece disputar, no plano filosófico-jurídico, preeminência com a procedimental-discursiva, mesmo que as soluções práticas sugeridas, ao final, sejam bastante assemelhadas⁶⁴⁹. Em uma aproximação breve, pode-se sugerir que ambas as correntes, em seu rendimento jurídico, procuram oferecer encaminhamento para o dilema contramajoritário dos Estados contemporâneos, vale dizer, para a tensão entre Democracia e Constituição. A orientação substancialista parece privilegiar a Constituição; a procedimentalista, a Democracia. É evidente que nenhuma das duas perspectivas esvazia a Constituição ou a Democracia em prol de um dos lados do binômio⁶⁵⁰. É apenas uma questão de prevalência.

A orientação constitucional-axiológica é acusada de elitismo, pois concentra no Poder Judiciário, com o apoio intelectual do meio acadêmico, a última palavra acerca do sentido da ordem jurídica⁶⁵¹. Essa crítica, porém, não é justa, necessitando ser, diversamente, contextualizada de modo adequado. Como salienta STRECK, para a interpretação correta, é preciso amparar-se em uma teoria da Constituição adequada às especificidades de um país periférico como o Brasil⁶⁵², de modo a mais bem encaminharem-se os problemas jurídicos. Entre nós, particularmente, o que se verifica é que a Constituição, além de recente, portanto ainda portadora de valores não defasados, se apresenta, historicamente, como o verdadeiro momento democrático, jamais repetido. O processo constituinte que a empolgou contou com a participação decisiva da sociedade organizada, a qual alcançou conformar o pacto (re)fundador do Estado de maneira significativa, com a consagração de direitos fundamentais, princípios e valores hábeis a promover uma nova convivência comunitária, mais justa. A frustração vem ocorrendo exatamente com os processos eleitorais ordinários posteriores, em que a apatia tem desmobilizado as organizações sociais e em que a tradicional aliança entre as

⁶⁴⁹ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *El juicio de ponderacion y sus partes: crítica de sua escasa relevancia*. Disponível em <http://www.geocities.com/jagamado>. Acesso em 27.01.2008.

⁶⁵⁰ MICHELMAN, Frank. *Democracy and Positive Liberty*. Disponível em <http://bostonreview/BR21.5/michelman.html>. Acesso em 25.09.2008.

⁶⁵¹ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores*, cit.

⁶⁵² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, cit., p. 660.

elites se tem restabelecido, tornando imprescindível uma instância curadora do compromisso constitucional originário. Sintomática é a chamada crise da representação, a qual, no Brasil, vem tomando proporções alarmantes, a ponto de a população envergonhar-se dos candidatos eleitos⁶⁵³. Longe de constituir o *locus* destacado do debate público, o campo político, na análise de BOURDIEU, caracteriza-se por ser um monopólio de profissionais, em que predominam o jogo duplo, pois a produção de idéias acerca do mundo social encontra-se subordinada à lógica da conquista do poder pelos partidos políticos, e a cultura esotérica, pois os discursos e, principalmente, o funcionamento das disputas afiguram-se estranhos à experiência das pessoas comuns⁶⁵⁴. Agrega-se a isso a singular suscetibilidade do Direito Penal à manipulação ideológica numa época de desmantelamento do *Welfare State*, a conduzir ao abuso das instâncias executiva e parlamentar, insufladas pelos meios de comunicação de massa, pelos grupos de pressão e pela opinião pública, geralmente sem apoio técnico especializado algum⁶⁵⁵, o que demanda certo ativismo judicial no controle de sua eventual atuação constitucionalmente extralimitada. Mesmo assim, não se trata de negar a autonomia e a importância da Política, nem de obstaculizar o progresso social, congelando a História, mas de resguardar a memória do significado da deliberação coletiva (re)instituidora do Estado. O balizamento oferecido pela Constituição, aliás, é eminentemente principiológico, razão pela qual o espaço de concretização legislativa ou administrativa é suficientemente amplo.

Por outro lado, existem diversas concepções de Democracia⁶⁵⁶. DWORKIN, por exemplo, em defesa de sua tese da “leitura moral” da Constituição, opõe, à concepção majoritária de Democracia, a concepção constitucional, segundo a qual o objetivo que

⁶⁵³ CARVALHO, José Murilo de. “O motivo edênico no imaginário social brasileiro”. In: *Cidadania, justiça e violência*. Orgs. Dulce Chaves Pandolfi e outros. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 43.

⁶⁵⁴ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 11. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007, p. 163/202.

⁶⁵⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 20/54.

⁶⁵⁶ BARZOTO, Luis Fernando. *A democracia na Constituição*. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2003.

define a Democracia não é que as decisões coletivas devam ser sempre aquilo que os cidadãos, em sua maioria, escolheriam se fossem plenamente informados e racionais. O objetivo é outro: “que as decisões sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito”.⁶⁵⁷ A primeira concepção interpreta a idéia de “governo do povo” de maneira estatística, vale dizer, as decisões políticas devem ser tomadas de acordo com os votos da maioria dos cidadãos individuais. Já a segunda concepção adota uma interpretação comunitária dessa idéia: numa Democracia, as decisões políticas devem ser tomadas pelo povo enquanto tal, encarado como uma coletividade, não por um conjunto qualquer de indivíduos considerados um a um.⁶⁵⁸ A concepção constitucional de Democracia pressupõe, assim, também uma concepção comunitária de ação coletiva, no sentido de que as decisões devem pertencer a todos os membros, mesmo aos que tenham divergido. Para tal atribuição de responsabilidade, é preciso que exista a efetiva “participação moral” de todos os cidadãos, o que implica algumas condições estruturais: a comunidade política tem de ter sido estabelecida no decorrer de um processo histórico que tenha produzido fronteiras suficientemente estáveis, seus membros tem de partilhar valores e cultura semelhantes, bem como falar a mesma língua, entre outras. Mas deve atender também a condições relacionais, ou seja, aquelas concernentes ao tratamento que deve ser dispensado aos indivíduos para que possam ser considerados membros morais de uma comunidade política verdadeira. Para tanto, em primeiro lugar, a todas as pessoas deve ser assegurada efetiva participação em qualquer decisão coletiva, para que tenham a oportunidade de modificá-las de algum modo. É essa a razão do sufrágio universal, das eleições efetivas e periódicas e da representação política. Em segundo lugar, deve haver reciprocidade, no sentido de que todos os membros da comunidade sejam tratados com igual consideração e respeito. Por fim, deve ser assegurada a independência moral dos indivíduos, para que esses, como agentes morais independentes, possam conduzir a vida

⁶⁵⁷ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, cit., p. 26.

⁶⁵⁸ *Idem*, p. 31.

que acharem mais adequada. Assim, as pessoas que tenham tido seus pontos de vista derrotados no processo deliberativo coletivo não podem ser compelidas a comungar dos valores vencedores.⁶⁵⁹

A concepção constitucional de Democracia justifica a leitura moral da Constituição, bem como o papel da jurisdição constitucional. E isso porque a maioria das Constituições atuais contempla um rol de direitos fundamentais, geralmente vazados em linguagem extremamente ampla e abstrata, levando todos os membros da comunidade - juízes, advogados e cidadãos - a interpretar e aplicar esses dispositivos “considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça”. Essa leitura moral, assim, “insere a moralidade política no próprio âmago do direito constitucional”. Contudo, “a moralidade política é intrinsecamente incerta e controversa”, o que gera a necessidade de que se defina qual órgão estatal terá a autoridade suprema para compreendê-la e interpretá-la, tarefa essa confiada, em regra, ao Poder Judiciário, principalmente através de sua Corte Suprema. Essa leitura moral não apresenta nada de revolucionário, orientando, aliás, o “trabalho cotidiano” dos operadores jurídicos, apesar de geralmente negado por eles mesmos.⁶⁶⁰

A leitura moral da Constituição não compromete o papel do Poder Legislativo, já que a enunciação dos princípios constitucionais pelo Poder Judiciário há de ser feita num nível o mais geral possível. Também não converte os juízes em “reis-filósofos”, já que limitados pelo texto, pela história e pela própria integridade constitucional.⁶⁶¹ O que a leitura moral da Constituição favorece, sem dúvida, é o que CASTORIADIS chama de “*paidéia* democrática”⁶⁶², a promoção de uma cultura institucionalizada de respeito ao caráter verdadeiramente público da conformação da vida comunitária, a qual é inalcançável por meros procedimentos periódicos de votação, já que indivíduos

⁶⁵⁹ Idem, p. 23/40.

⁶⁶⁰ Idem, p. 2/5.

⁶⁶¹ Idem, p. 10/17.

⁶⁶² CASTORIADIS, Cornelius. *As Encruzilhadas do Labirinto IV*, cit., p. 269.

democráticos, inclusive servidores públicos, são formados, não recebidos prontos da história⁶⁶³.

Além disso, o neoconstitucionalismo, mesmo com a acolhida da leitura moral da Constituição, como sugerido por Dworkin, não implica a negação do cabimento do *self-restraint* judicial nem do rendimento do princípio *in dubio pro legislatore*. Não se pode confundir a extensão do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, que é amplo, com a sua intensidade, que é bastante limitada, dada a liberdade de conformação da escolha democrática proveniente das urnas.⁶⁶⁴

Mesmo assim, é preciso acentuar que alguns indivíduos ou grupos de indivíduos, notadamente os mais fragilizados, ganham em poder político com essa transferência de atribuição institucional ao Poder Judiciário. E isso porque passam a ter poderes em uma concepção de Estado de Direito centrada nos direitos, que não teriam numa centrada na legislação. “Se seus direitos forem reconhecidos por um tribunal, esses direitos serão exercidos, a despeito de nenhum Parlamento ter tido tempo ou vontade de impô-los”.⁶⁶⁵ Não se negligencia que a “Revolução dos Direitos” é relativamente recente e ainda precisa provar todo o seu valor⁶⁶⁶, mas não há dúvida de que constitui uma conquista civilizacional incontestável.

A tônica nos processos democráticos de deliberação, com a conseqüente preeminência da legislação, parece apontar para o valor da segurança jurídica. Contudo, a função de prover segurança jurídica “não se satisfaz com uma mera previsibilidade das decisões: *segurança jurídica não é segurança de resposta*”. Os Estados policiaescos

⁶⁶³ Idem, p. 271.

⁶⁶⁴ CARBONELL, Miguel (Ed.). Op. Cit., p. 282/284.

⁶⁶⁵ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, cit., p. 31.

⁶⁶⁶ EDMUNDSON, William A. *Uma introdução aos direitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 255/256.

costumam oferecer certa segurança de resposta, “embora o positivo nesses casos pode ser precisamente eludi-la”⁶⁶⁷. Diversamente, segurança jurídica é

a segurança dos bens jurídicos de toda a população. São bens jurídicos aqueles que possibilitam ao ser humano sua realização como pessoa, ou seja, sua existência como coexistência, o espaço de liberdade social no qual pode escolher e realizar sua própria escolha⁶⁶⁸.

No Brasil especificamente, diante da histórica aleatoriedade constitucional que marca a sua tradição político-jurídica⁶⁶⁹, a qual conduz alguns grupos poderosos a alterar dispositivos do pacto institucional toda vez que se vêem em circunstâncias desfavoráveis, não apenas a participação popular é indispensável, mas também a atuação comprometida do Poder Judiciário⁶⁷⁰, orientada pelo pensamento acadêmico crítico.

Como acertadamente alerta BINDER, “los sistemas judiciales son nuevos espacios de lucha política”⁶⁷¹, não porque se deve deles esperar tudo, mas porque a superação da crise de legalidade e de constitucionalidade muito depende de sua atuação. Sem renegar o papel insubstituível da cidadania ativa, portanto, o contraste da legislação penal com o princípio constitucional da igualdade, no plano da jurisdição constitucional, pode apresentar rendimento considerável, se bem desocultado o problema e se bem delineadas as alternativas de solução. E isso porque os princípios constitucionais, entre os quais o da igualdade, “especialmente dirigidos a los poderes públicos, exigen un determinado contenido a la legislación o una determinada orientación a la interpretación

⁶⁶⁷ ZAFFARONI, E. Raúl e outros. *Direito Penal Brasileiro*, cit., p. 153.

⁶⁶⁸ Idem, p. 170.

⁶⁶⁹ SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Regresso: Máscaras Institucionais do Liberalismo Oligárquico*. Rio de Janeiro: Opera Nostra, 1994, p. 68/74.

⁶⁷⁰ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos de Filosofia Constitucional Contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 230/232.

⁶⁷¹ BINDER, Alberto M. Op. cit., p. 25.

pero siempre desde premisas valorativas que abren paso también a una perspectiva crítica en relación a su grado de cumplimiento o a una distinta valoración”⁶⁷².

O que parece certo é que a legalidade das democracias constitucionais contemporâneas não mais permite a subversão integral da Constituição em nome de um poder constituinte do povo soberano ao estilo rousseauiano, nem a negociação incessante, sem fim e sem direção determinada, entre as forças sociais e políticas ao estilo kelseniano. Diversamente, a legalidade das democracias constitucionais, ao mesmo tempo em que mantém seu caráter diretivo básico, permitindo ampla conformação parlamentar, opõe os valores da estabilidade e do equilíbrio e a realização dos direitos fundamentais. E, exatamente por isso, tais Estados “asumen el principio de igualdad como central”.⁶⁷³

Em sendo assim, sob a égide do Estado Democrático e Social de Direito, em que a Constituição configura limite formal e material intransponível ao legislador ordinário, o *ius puniendi* estatal não mais pode ser exercido de modo incontrolável. Como aponta PRIETO SANCHÍS, a conexão do Direito Penal com os direitos fundamentais é dupla, o que ocorre em virtude da pena, que potencialmente afeta direitos do infrator, e em virtude da conduta tipificada, que circunscreve a esfera do exercício legítimo de direitos, razão pela qual deveria representar um *locus* destacado da atuação da jurisdição constitucional. Apesar disso, não se tem verificado, segundo esse autor, uma atitude mais radical do Poder Judiciário, espanhol no caso, na sindicância da adequação constitucional das inovações normativas no âmbito criminal. “Que el bien jurídico sea en verdad *relevante* desde el punto de vista constitucional o social, que la reacción penal resulte *eficaz*, que no existan alternativas *menos gravosas*, que la pena no aparezca como *excesiva*, que su relación con la gravedad del delito no implique *una* patente

⁶⁷² SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Olga. *Los principios en el Derecho y la dogmática penal*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 103.

⁶⁷³ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 163.

desproporción, que la amenaza penal no disuada el ejercicio de los derechos más allá de lo *razonable*.” Tudo isso vem contornando o Tribunal Constitucional, ao argumento de que o controle judicial da legislação somente pode dar-se quando a afronta à Constituição afigurar-se manifesta e indubitosa. Assim, segundo ironicamente refere o autor, “el legislador penal puede ser un poco arbitrario, pero no demasiado”. A concepção neoconstitucionalista, como antes delineada, permite, porém, uma atuação judicial mais incisiva.⁶⁷⁴

Também PALAZZO, na Itália, defende que a penetração dos valores constitucionais no corpo do sistema penal pode ocorrer “mediante a ‘via legislativa’, por intermédio de leis de atuação constitucional, ou pela ‘via jurisdicional’, entendendo-se como tal não apenas o trabalho de adequação do magistrado a quanto se contenha nas malhas da lei, mas, principalmente, a decisiva atividade da Corte constitucional”⁶⁷⁵. Em sua atividade, o Tribunal Constitucional, invariavelmente, não terá como deixar de “exprimir valorações empírico-comparativas em torno da eficácia das várias sanções potencialmente utilizáveis ou da proporção dos maiores custos dessas sanções ao pretender maiores benefícios”⁶⁷⁶.

Igualmente CRUZ SANTOS sustenta que destinatário do princípio da igualdade não pode ser apenas o legislador, mas também os tribunais e os órgãos administrativos, enquanto aplicadores da lei. Atenta à necessidade de constante atualização dos princípios constitucionais e preocupada com a criminalidade de colarinho branco, a autora portuguesa afirma que “a justeza de uma determinada actuação legislativa, judicial ou administrativa dependerá da sua aptidão para atingir os objectivos constantes do projeto histórico que cada comunidade visa realizar, prosseguindo, em simultâneo, uma efetiva igualação de todos os seus membros no alcance de tais metas”. Por isso,

⁶⁷⁴ CARBONELL, Miguel (Ed.). Op. cit., p. 225/230.

⁶⁷⁵ PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucional e Direito Penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 30.

⁶⁷⁶ Idem, p. 114/115.

“uma determinada solução será materialmente justa se permitir que aquilo que foi considerado igual entre si se torne cada vez mais próximo do que até aí lhe era desigual e se afigura como desejável num dado momento histórico”.⁶⁷⁷

Já no âmbito anglo-saxão, ASHWORTH vale-se, abertamente, do artigo 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que estabelece a norma do *equal treatment*, para embasar a sindicância de dispositivos legais que, por algum motivo histórico superado, venham a resultar em tratamento injusto em razão de classe, gênero ou raça.⁶⁷⁸ Com isso, admite a sindicância do mérito de leis penais editadas em descompasso com a significação histórica atualizada do princípio da igualdade.

Como se vê, a doutrina sinaliza a possibilidade de o Poder Judiciário exercer um maior controle da legislação penal, a partir dos princípios constitucionais, notadamente o da igualdade, permitindo que se passe da Filosofia para a “sangria do cotidiano”⁶⁷⁹. Diante da manifesta seletividade do sistema punitivo estatal, cumpre aos operadores jurídicos opor uma “contra-seletividade”, ou seja, uma seletividade “com sinal trocado”⁶⁸⁰, voltada, ao menos, a reduzir as irracionalidades mais marcantes da legislação criminal.

Não se pode ocultar, contudo, que é na realização desta tarefa que mais enfaticamente se revela o dilema contramajoritário⁶⁸¹ presente nas sociedades políticas contemporâneas. Opera-se, aqui, uma relevante tensão institucional: de um lado, os juízes, guardiães da Constituição; de outro, os legisladores - representantes do povo -, responsáveis pela inovação normativa.

⁶⁷⁷ CRUZ SANTOS, Cláudia Maria. Op. cit., p. 204.

⁶⁷⁸ ASHWORTH, Andrew. *Principles of Criminal Law*. 3. ed. Oxford/New York: Oxford University Press, 1999, p. 42.

⁶⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. “Da interpretação de textos à concretização de direitos: o desafio da hermenêutica comprometida com o estado democrático de direito”. In: *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. Porto Alegre: FMP/CEIP, 2006, n° 13, p. 124.

⁶⁸⁰ ZAFFARONI, E. Raúl e outros. *Direito Penal Brasileiro*, cit., p. 157.

⁶⁸¹ HOLMES, Stephen. “El precompromiso y la paradoja de la democracia”. In: *Constitucionalismo y Democracia*. Org. Jon Elster e Rune Slagstad. México: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 217-262.

O constitucionalismo seria, de certa forma, antidemocrático, porque retiraria do povo o poder de deliberar sobre determinados temas, mesmo diante de apoio majoritário ou até unânime da população ou de seus representantes eleitos. Pela Constituição, separar-se-iam certas decisões do processo democrático, atando as mãos da comunidade.

Em verdade, porém, uma Democracia ilimitada fatalmente se tornaria autodestrutiva, pois permitiria que paixões ou comoções de momento influíssem nas decisões, as quais poderiam vir a desfigurar as próprias bases de funcionamento do regime, como ocorreu, historicamente, aliás, com o movimento nazista na Alemanha. Portanto, paradoxalmente, os freios constitucionais, ao invés de suplantarem a livre manifestação da vontade popular, garantem-na.

De qualquer forma, a atuação prática da jurisdição constitucional há de ser cuidadosa nesse terreno, sob pena de imiscuir-se em temas que devem ser deixados à deliberação parlamentar.

Por isso, o desenvolvimento de técnicas decisórias⁶⁸² no âmbito do controle de constitucionalidade é de relevância incontestável.

No Brasil, em particular, a prática do controle de constitucionalidade das leis é rica, apesar de relativamente caótica, por combinar os modelos concentrado ou em abstrato, que compete, no que concerne às leis penais, exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal, e o difuso ou em concreto, manejável por qualquer órgão jurisdicional.

Inúmeras técnicas decisórias foram desenvolvidas no âmbito do controle de constitucionalidade das leis⁶⁸³, em atenção à maior maleabilidade e complexidade da

⁶⁸² HERINGER JÚNIOR, Bruno. “Democracia e Constituição: Técnicas decisórias no âmbito do controle jurisdicional concentrado da constitucionalidade das leis”. In: *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Metrópole, 2003, n° 49, p. 49-60.

⁶⁸³ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 289/530.

ordem jurídica dos Estados contemporâneos⁶⁸⁴, objetivando resguardar não somente os valores constitucionais materiais, mas também os espaços institucionais de produção de normatividade.

Em primeiro lugar, é de apontar-se a técnica da declaração de nulidade total. Quando a lei padece de defeitos formais - inobservância das disposições atinentes à iniciativa da lei e à competência legislativa -, há a “declaração de nulidade total como expressão de unidade técnico-legislativa”⁶⁸⁵. Também ocorre a declaração de nulidade total se se verifica uma relação de dependência entre as partes constitucionais e as inconstitucionais do ato normativo, de modo que o texto hígido não subsista sem o viciado⁶⁸⁶.

Como, nessa hipótese, há a deslegitimação completa da inovação normativa do legislador, o Poder Judiciário deve conter-se ainda mais, devido à presunção de constitucionalidade das leis.

Os efeitos da decisão de declaração de nulidade total operam, geralmente, *ex tunc*, revigorando eventual lei anterior que tenha sido revogada, apesar de a Lei nº 9.868/99 permitir que o Supremo Tribunal Federal, por deliberação da maioria de dois terços de seus membros, confira efeito diverso à decisão, se razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social o indicarem (artigo 27).

MIRANDA elenca as conseqüências da declaração de inconstitucionalidade: os órgãos administrativos e os tribunais não mais podem aplicar a norma em causa; os particulares não mais podem invocar a norma em suas relações; quando a inconstitucionalidade é material, o legislador não pode voltar a emitir norma com o mesmo conteúdo, a menos que haja mutação do parâmetro constitucional; quando a

⁶⁸⁴ ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

⁶⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 263.

⁶⁸⁶ *Idem*, p. 264.

inconstitucionalidade é orgânica ou formal, o legislador não pode voltar a emitir a norma, a menos que afaste os vícios que a inquinavam; o legislador não pode convalidar atos praticados com base na lei inconstitucional; o legislador pode, após revisão constitucional, emitir lei igual à declarada inconstitucional, mas não pode atribuir-lhe efeitos retroativos⁶⁸⁷.

Em segundo lugar, pode apontar-se a declaração de nulidade parcial. Às vezes, os dispositivos inquinados de inconstitucional não comprometem todo o texto legal, permitindo que a declaração de nulidade recaia sobre a parte viciada. Desse modo, as normas restantes da lei continuam válidas, desde que possam subsistir autonomamente.

Essa técnica decisional permite preservar, na maior medida possível, a inovação normativa do legislador democrático, excluindo do mundo jurídico tão-somente a parte da lei incompatível com a Constituição. E, com isso, respeita-se o princípio da divisão de Poderes.

Em terceiro lugar, aparece a declaração de nulidade parcial sem redução de texto. Nessa hipótese, o texto legal permanece íntegro, sem supressão de qualquer dispositivo. O que ocorre é que o tribunal, apesar de não proceder à alteração do programa normativo, decide que determinada aplicação da lei é inconstitucional e, nesse ponto, vincula os particulares e os órgãos públicos. É de observar que a Lei nº 9.868/99, expressamente, acolheu essa modalidade de decisão (artigo 28, parágrafo único).

Também aqui se verifica o respeito pela atuação independente do legislador: preserva-se o ato normativo em sua integralidade, apenas declarando-se a inconstitucionalidade de determinada aplicação que tenha sido questionada.

Em quarto lugar, é de indicar-se a interpretação conforme à Constituição. Há uma tendência a identificarem-se as técnicas decisoriais de declaração de nulidade

⁶⁸⁷ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 505/506.

parcial sem redução de texto e de interpretação conforme à Constituição⁶⁸⁸. Apesar disso, no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, a primeira técnica haveria de levar à procedência ao menos parcial do pedido, enquanto a segunda à improcedência. É de destacar, porém, que a Lei nº 9.868/99 parece ter adotado o sistema do duplo efeito para as ações declaratórias de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade (artigo 24), o que não deixa de ser passível de crítica⁶⁸⁹.

A interpretação conforme à Constituição, mais que uma técnica de salvamento da lei, é uma técnica de decisão. Por ela, compatibiliza-se o princípio da presunção de constitucionalidade das leis com o da supremacia da Constituição, fixando um sentido para o texto legal que com esta se harmonize. Das diversas possibilidades interpretativas existentes para o ato normativo, escolhe-se a que seja constitucionalmente adequada, afastando-se as demais.

Em quinto lugar, destaca-se a declaração de nulidade sem pronúncia de nulidade, técnica decisional aplicável no âmbito das omissões legislativas.

Apesar de haver omissões absolutas do legislador, o mais comum são as hipóteses de omissões parciais - lacunas da lei ou exclusão de benefício com ofensa ao princípio da igualdade⁶⁹⁰. Nesses casos, nem sempre o tribunal pode, simplesmente, declarar a nulidade da lei por inconstitucional. Existem situações, principalmente quando da exclusão de alguns setores do benefício legalmente previsto, em que se constata a legitimidade da conquista dos destinatários imediatos da lei, razão pela qual sua expunção do mundo jurídico não se afiguraria correta⁶⁹¹.

Por isso, a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade permite, excepcionalmente, que a lei continue a ser aplicada, mas com a

⁶⁸⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 267/268.

⁶⁸⁹ STRECK, Lenio Luis. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, cit., p. 480/509.

⁶⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 294.

⁶⁹¹ *Idem*, p. 299/302.

ressalva da necessidade de o órgão legiferante corrigir a distorção, providência essa vedada, na maioria dos casos, ao Poder Judiciário.

Por fim, é de elencar-se a situação ainda constitucional. A dinâmica histórica exige uma constante atualização das leis e pode gerar, inclusive, o fenômeno da mutação constitucional. Também, em algumas situações, a própria Constituição estabelece prazos para a regulamentação de determinadas matérias. Em tais casos, pode dar-se um processo de inconstitucionalização; vale dizer, a situação é tida como ainda constitucional, mas em vias de tornar-se inconstitucional.

Apesar de questionar-se a viabilidade de acolhida de referida técnica decisional⁶⁹², o fato é que, no Brasil, a Corte Suprema já teve oportunidade de dar-lhe aplicação⁶⁹³.

É comum que, em sendo a situação tida por ainda constitucional, o tribunal faça um chamamento ao legislador, para que providencie a inovação normativa pertinente. Evidencia-se, aqui, a necessidade de respeito aos âmbitos de competência de cada função estatal, inclusive por parte do Poder Legislativo, que deve mostrar-se mais sensível a eventuais recomendações do Tribunal Constitucional.

Dito isso, algumas das técnicas decisórias antes sumariadas permitem equacionar também as inconstitucionalidades flagradas na legislação penal, especificamente aquelas violadoras do princípio da igualdade, inclusive pela via do controle difuso.

Talvez a técnica mais comum, por implicar uma compatibilização ótima entre a produção democrática do Direito e a força normativa da Lei Fundamental, seja a da interpretação conforme a Constituição. Como o consenso constituinte, de que participa a sociedade articulada politicamente, não pode ser sobrepujado pelo jogo político

⁶⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 1.012.

⁶⁹³ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 284.

partidarista⁶⁹⁴, a Constituição exige, como norma fundamental do Estado, uma interpretação conforme a suas disposições de todo o ordenamento jurídico, tanto desde um aspecto formal, por força de sua superioridade hierárquica, quanto desde um aspecto material, por seu conteúdo substancial referido à ordem de valores que positiva e sistematiza, o que constitui o fundamento legitimador de toda a ordem jurídico-política estatal⁶⁹⁵. Os princípios e valores constitucionais, assim, impregnam toda a legislação infraconstitucional, de modo que a interpretação de suas normas deve, necessariamente, ter a Lei Fundamental como ponto de partida e de chegada de qualquer atribuição legítima de sentido. Em outras palavras, o sentido correto de determinada lei ou dispositivo legal há de ser o que melhor se compatibilize com a Constituição.

A filtragem constitucional da legislação penal autoriza, assim, que se alcance caráter normativo à situação de vulnerabilidade em que se encontra grande parcela da população brasileira. A exploração jurídica da idéia de co-culpabilidade⁶⁹⁶, tipicamente latino-americana, insere-se nesse âmbito. Através dela, é possível equacionar os casos de marginalização sócio-econômica e valorar as infrações penais, principalmente patrimoniais, decorrentes da pobreza ou da miséria de maneira diversa, chamando à responsabilidade também a sociedade e o Estado, pela configuração invencivelmente desigualitária das condições de vida das pessoas. Em sendo assim, dependendo da configuração concreta do conflito, a situação de penúria do agente pode levar até mesmo à descaracterização do delito, mediante a incidência da causa de exclusão da culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa, ou, ao menos, à atenuação da pena, com o emprego da circunstância atenuante genérica. Em qualquer uma das hipóteses, porém, é a interpretação conforme à Constituição, à luz do princípio da igualdade, entre outros, que permite compreender juridicamente a fragilidade sócio-econômica do agente

⁶⁹⁴ PERALTA, Ramon. *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1994, p. 154.

⁶⁹⁵ *Idem*, p. 124.

⁶⁹⁶ HERINGER JÚNIOR, Bruno. “Co-culpabilidade: a responsabilidade da sociedade pelo injusto”. *In: Revista da AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, 2000, n° 79, p. 44-54.

como fator normogenético a ser considerado em seu favor quando da aplicação da lei penal.

Em outros casos de antinomias, quando a preservação da redação legal é impossível, pois não se consegue, dela, extrair nenhum sentido adequado à Constituição, a declaração de nulidade com redução de texto parece ser a medida adequada. Aqui, a lei ou o dispositivo legal é expungido do mundo jurídico, por sua incompatibilidade com a Constituição. A tipificação da contravenção penal de vadiagem, por exemplo, além de ofender os princípios da lesividade e da secularização, não deixa de malferir também o princípio da igualdade, já que dirigida, injustificadamente, somente a quem não dispõe de renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência⁶⁹⁷.

Por isso, afigura-se manifestamente inconstitucional o artigo 59 da Lei das Contravenções Penais. O aspecto discriminatório, aliás, é tão flagrante que, de acordo com o parágrafo único desse mesmo dispositivo, se extingue a punibilidade pela “aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência”.

Ainda nessa linha, a Lei das Contravenções Penais, em seu artigo 25, tipifica uma infração de mera suspeita, própria de um Direito Penal de autor, penalizando aquele que, já condenado por furto ou por roubo, em liberdade vigiada ou conhecido como vadio ou mendigo, tiver em seu poder gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática desses crimes patrimoniais. O surpreendente é que os destinatários da norma são apenas os delinqüentes patrimoniais comuns, aqueles responsáveis por crimes massivos, oriundos dos estratos sociais mais depauperados. A incompatibilidade do dispositivo com o princípio constitucional da isonomia é, pois,

⁶⁹⁷ Em 1977, Fragoso já afirmava que “constitui a vadiagem contravenção penal inafiançável, definida como ‘entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho’. Só pode essa contravenção ser praticada pelos pobres. A pena é de prisão, de 15 dias a 3 meses. No ano de 1973, os presos por vadiagem constituíam 12,9% da população carcerária nos estabelecimentos penais do Rio de Janeiro” (FRAGOSO, Heleno, op. cit., p. 7). Contudo, ainda hoje, mais de três décadas após essa denúncia crítica, permanece em vigor referida infração penal.

flagrante, pois expressa ilegítima opção legal pela atuação seletiva do sistema repressivo estatal.

A prática do controle de constitucionalidade na Itália, principalmente, favoreceu o desenvolvimento de sentenças modificativas, manipulativas, criativas ou integrativas, as quais se caracterizam por “fazer dizer à disposição *qualcosa di diverso* e, em regra, *qualcosa di più* em relação àquele que era o seu originário significado”⁶⁹⁸. Em tais decisões, o Poder Judiciário atua em potencial conflito com o Poder Legislativo, pois promove uma alteração do programa normativo parlamentar para adequá-lo à Constituição, geralmente ampliando ou reduzindo o campo de incidência de alguma lei ou dispositivo legal.

Com base nessa técnica decisional, STRECK, por exemplo, sugere a extensão, aos autores de crimes patrimoniais, dos benefícios concedidos aos sonegadores em geral⁶⁹⁹, como a extinção da punibilidade pela reparação do dano. Sem esse entendimento, o benefício poderia ser considerado inconstitucional, por violação ao princípio isonômico, ao excluir, injustificadamente, autores de delitos suficientemente similares da incidência da regra.

Também se pode citar como exemplo, aqui, o entendimento no sentido da aplicação, ao delito de furto, da causa de aumento do concurso de pessoas prevista ao de roubo, ao invés de qualificar a infração penal, dobrando-lhe a pena⁷⁰⁰. O excessivo agravamento da sanção do crime de furto, pela incidência da qualificadora do concurso de agentes, reflete o caráter liberal-individualista do Código Penal da década de 1940, voltado, como já se viu, ao controle das classes ditas perigosas. E a correção judicial da arbitrariedade legislativa - ao menos para os padrões de nossa atual Constituição -

⁶⁹⁸ MEDEIROS, Rui. Op. cit., p. 456.

⁶⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. “Da criminalização da pobreza à pobreza da criminalização”, cit., 141-170.

⁷⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. “O princípio da proporcionalidade e as possibilidades de filtragem hermenêutico-constitucional: análise de um acórdão garantista”. In: *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. Porto Alegre: FMP/CEIP, 2006, n° 14, p. 119-144.

permite alcançar ao delito de furto o mesmo percentual de aumento de pena previsto para o crime de roubo, mais brando.

Em situações mais complicadas, em que o juízo de incompatibilidade constitucional pressupõe a comparação de inúmeras leis ou dispositivos legais isolados, como ocorre, em geral, referentemente ao problema pesquisado, torna-se extremamente difícil ao Poder Judiciário corrigir, por si mesmo, as antinomias. E isso porque qualquer solução pontual poderia até mesmo exacerbar as contradições normativas, levando à sua aplicação ainda mais desigualitária, em virtude da adoção de critérios díspares por instâncias judiciais diversas. Em sendo assim, parece aconselhável que o recurso à sentença apelativa, via chamamento ao legislador, seja o recurso adotado, a partir do oferecimento de balizas axiológicas ou normativas mínimas a serem observadas pelo Parlamento, para que este, insistindo na manutenção da lei ou dos dispositivos legais impugnados, compatibilize os seus textos com a Constituição.

Talvez esse seja o caminho para o equacionamento dos problemas jurídicos flagrados na Lei nº 8.137/90 - antes apontados. Aqui, somente a revisão integral do ato normativo, a partir de balizamentos relacionais aos demais delitos de caráter patrimonial, poderá corrigir as distorções de suas regras, já que a reelaboração de todo seu conteúdo pela via judicial desbordaria de sua função de controle da constitucionalidade, principalmente pelos óbices opostos pelo princípio da estrita legalidade em matéria penal.

STRECK observa que essas técnicas decisórias do controle de constitucionalidade das leis já vêm sendo utilizadas pelos juízes e tribunais no Brasil⁷⁰¹, de modo que sua aplicação ao problema da seletividade do sistema penal, ofensivo do princípio constitucional da igualdade, depende apenas do seu adequado desvelamento pela ação comprometida e cuidadosa dos operadores jurídicos.

⁷⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, cit., p. 453/480.

Afinal, como acertadamente preleciona YACOBUCCI, a tradição criminológica americana, em sua parte anglo-saxã, inicialmente, e em sua parte latina, em seguida, ao escancarar o funcionamento intoleravelmente seletivo do sistema penal, “hizo insoslayable la necesidad de repensar el modo en que la legislación y la actividad jurisdiccional prevén la respuesta al delito”⁷⁰².

⁷⁰² YACOBUCCI, Guillermo J. *La deslegitimación de la potestad penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998, p. 343.

Conclusão

No início, indicou-se que o objetivo do trabalho era alcançar um encadeamento suficiente entre a importância da matriz filosófico-hermenêutica, o primado da interpretação, a verdade das proposições jurídicas, o vínculo indissolúvel entre Direito Penal e razão prática, o postulado da igualdade como conquista histórica da civilização ocidental, a força normativa da Constituição como repositório dos valores básicos da convivência comunitária e a indispensabilidade da interdisciplinariedade como aproximação aos temas jurídicos, como meio de alcançar uma crítica fundada do déficit isonômico da operacionalização do sistema repressivo estatal e de apontar formas possíveis de relegitimação do Direito Penal.

Com esse escopo, ao longo do trabalho, defendeu-se uma concepção construtivista do direito como integridade, nas linhas sugeridas por Dworkin, a qual tem como ponto de partida o princípio do igual respeito e consideração com todas as pessoas e grupos de pessoas concernidas.

Tal orientação não apenas mais bem se compatibiliza com o postulado teórico assumido da primazia da compreensão que acompanha a existência prática do homem, na linha indicada por Heidegger e Gadamer, como também oferece recursos mais apropriados ao enquadramento jurídico do problema escolhido para a pesquisa.

Entretanto, a hermenêutica filosófica, como marco teórico de fundo, tem de ser bem entendida em toda sua extensão: a interpretação também pode ter por objeto fatos

sociais e comportamentos exteriormente relevantes e valoráveis⁷⁰³. Afinal, o mundo todo é um texto⁷⁰⁴.

Assim, amparado em ampla doutrina criminológica, bem como em dados estatísticos, desvelou-se a operacionalização extremamente seletiva do sistema penal, o qual canaliza sua força repressiva nos agentes subintegrados, ao mesmo tempo em que imuniza os infratores oriundos dos estratos sociais mais altos, apesar da relativamente maior danosidade social de seus atos.

Demonstrou-se, ainda, que essa atividade discriminatória não se deve apenas às instâncias de persecução penal, mas também ao legislador, com a agravante, em termos de legitimidade, de que as agências de criminalização secundária atuam premidas pelo princípio ainda dominante da obrigatoriedade da persecução penal, tendo de investigar e processar todas as ocorrências que chegam a seu conhecimento, diferentemente da atividade de criminalização primária, que pode ser levada a cabo com maior dilação temporal para definir a conveniência da inovação normativa e os contornos finais do texto.

O funcionamento seletivo do sistema criminal, portanto, aponta para o caráter ideológico-dissimulador das leis penais recentemente editadas com o objetivo de coibir as infrações dos agentes sobreintegrados, já que essa atividade estatal, por sua inefetividade manifesta, parece orientada à mera legitimação do exercício do poder punitivo sobre os segmentos sociais mais fragilizados.

Parafraseando NIETZSCHE⁷⁰⁵, pode-se questionar, a partir dessa constatação, quanta verdade “suporta” o Direito Penal.

⁷⁰³ VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. Op. cit., p. 233.

⁷⁰⁴ BEUCHOT, Mauricio. *En el camino de la hermenéutica analógica*. Salamanca: Editorial San Esteban, 2005, p. 134.

⁷⁰⁵ NIETZSCHE, Friedrich. *Ecce homo: Como alguém se torna o que é*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, 16.

O “circo forense”, segundo BALESTENA, mesmo assim resiste porque se sustenta em receios humanos profundos:

Ninguna sociedad parecería poder existir si se tuviera plena conciencia de que realmente el poder no garantiza un reparto igualitario de castigos y responsabilidades y que atravesar las instituciones del sistema penal es cuestión de azar, vinculación y oportunidad⁷⁰⁶.

Escancarada, porém, com o longo trabalho de desvelamento do problema pela criminologia, a atuação extremamente desigual da justiça criminal, aos operadores jurídicos incumbe a responsabilidade de filtrar constitucionalmente a legislação penal, corrigindo eventuais distorções, bem como denunciar as arbitrariedades produzidas pelo legislador, para que a cidadania ativa se mobilize por reformas.

No âmbito específico do Direito Penal, flagra-se a necessidade de sua relegitimação em bases axiológicas, consideradas a partir da positivação constitucional de valores morais orientados à dignidade da pessoa humana e ao bem comum, atravessados ambos pelo ideal da igualdade, o qual, no Brasil, assume posição cimeira na ordem político-jurídica recém-instaurada, devido ao déficit isonômico que singulariza a sua história.

Entretanto, as cristalizações significativas que acompanham o conceito jurídico da igualdade vêm impedindo que se alcance sua expressão mais originária, tributária da Revolução Francesa, com o que não se consegue dar conta, adequadamente, do déficit isonômico que se verifica no âmbito da justiça criminal, na qual a abstração criminalizante oriunda da modernidade tem operado como mecanismo ideológico de ocultação da existência de desvios típicos dos mais diversos estratos sociais,

⁷⁰⁶ BALESTENA, Eduardo. *La fábrica penal*, cit., p. 135.

preservando, desse modo, a formulação e a incidência discriminatórias da legislação penal.

ARENDT adverte, com propriedade, que o

início e o fim da tradição têm em comum o seguinte: os problemas elementares da Política jamais vêm tão claramente à luz, em sua urgência imediata e simples, como ao serem formulados pela primeira vez, e ao receberem seu desafio final. O início, nas palavras de Jacob Burckhardt, é como um ‘acorde fundamental’, que ressoa em infindáveis modulações através de toda a história do pensamento ocidental. Somente o início e o fim são, por assim dizer, puros ou sem modulação; e o acorde fundamental, portanto, jamais atinge seus ouvintes com maior força e beleza do que ao enviar pela primeira vez seu som harmonizador ao mundo, e nunca de forma irritante e dissonante que ao continuar a ser ouvido em um mundo cujos sons - e pensamento - não pode mais harmonizar⁷⁰⁷.

Assim, somente a desconstrução e posterior reconstrução do conceito jurídico da igualdade - para o que o postulado da *aequalibertas* de Balibar serve de orientação - possibilitam a abertura de um horizonte de questionamento capaz de descortinar, também juridicamente, esse operar discriminatório já flagrado pela análise criminológica. É certo que esse problema político-jurídico específico ainda se encontra distante de ser solucionado, razão pela qual a operacionalização do princípio da igualdade ainda padece de dissonâncias. Contudo, o resgate de seu sentido inicial permite que se alcance uma harmonização mais conforme com os ideais que foram consagrados pela tradição.

Quando a igualdade irrompeu no mundo político, irremediavelmente associada à liberdade, voltou-se tanto contra a injustiça como contra a tirania, representadas, à época, pelos privilégios e pelo absolutismo. Com essa feição, indicou uma tarefa de

⁷⁰⁷ ARENDT, Hannah. *Entre o Passado e o Futuro*, cit., p. 44.

aperfeiçoamento comunitário que passou a orientar a humanidade desde então, mas sempre da perspectiva da atuação ao mesmo tempo indissociável e expansível de ambos os postulados.

Por isso, o compromisso da posterioridade, a partir das revelações da experiência histórica singular de cada comunidade, consiste em flagrar as situações de carência de realização da igualdade e em implementar, político-juridicamente, as medidas tendentes a sua superação. Entre nós, são a Constituição de 1988 e o processo constituinte que nela culminou que indicam os fins da convivência social a serem alcançados, dentre os quais se destaca a eliminação ou, ao menos, a minimização dos elevados níveis de desigualdade imperantes nos mais diversos âmbitos.

O desocultamento do problema da seletividade penal, porém, é apenas a metade do caminho, pois, em um Estado Democrático e Social de Direito, orientado pelos postulados do neoconstitucionalismo, os operadores jurídicos, principalmente os agentes da jurisdição constitucional, detêm responsabilidade qualificada pela transformação da realidade social em direção a níveis mais elevados de igualdade. Se os princípios, na experiência histórica brasileira, não vêm parecendo efetivos, não há, de todo modo, efetividade legítima sem eles⁷⁰⁸, o que robustece a necessidade de esforços para a sua implementação.

Nesse sentido, a riqueza das técnicas decisórias no controle da constitucionalidade das leis, bem como a amplitude de suas formas - difusa e concentrada -, oferecem importantes mecanismos de atuação corretiva das leis penais que se distanciam do postulado isonômico que integra a Constituição. Em casos mais complicados, em que a revisão judicial dos excessos ou insuficiências da legislação não se mostra eficiente, o chamamento ao legislador, para que corrija a distorção, pode ser o recurso adequado, sem prejuízo da sempre indispensável participação da cidadania ativa, a qual não é esvaziada pelo modelo jurídico-constitucional que se defende.

⁷⁰⁸ BALESTENA, Eduardo. *La fábrica penal*, cit., p. 84.

Contra a função escamoteadora da realidade própria do desvirtuamento ideológico, o postulado da resposta correta encaminha também ao campo jurídico o debate acerca das vias mais adequadas da convivência comunitária, a partir dos balizamentos encampados pela Constituição. E isso porque a verdade, no âmbito do Direito, assume uma feição prática, correspondendo às soluções que melhor realizem os ideais juridicizados de vida boa e de justiça.

Isso significa o resgate da antiga *scientia practica*⁷⁰⁹, que procura, para além dos critérios técnico-científicos hoje dominantes, moldar um saber próprio a partir de determinado *ethos*, que evidencie “a contraposição insuperável que existe entre uma *politike tekhnē* e uma *politike phronesis*”⁷¹⁰. No Direito especificamente, a tarefa hermenêutica, portanto, “não é compreender enunciados jurídicos vigentes, mas encontrar o direito, isto é, interpretar as leis de tal modo que a ordem do direito impregne toda a realidade”⁷¹¹.

Para tanto, parece indispensável que o imaginário filosófico abandone a postura da confrontação pela da conversação, própria da orientação hermenêutica⁷¹². Isso não implica, evidentemente, a aceitação passiva da tradição. Ao contrário, a Filosofia hermenêutica, apesar de não indicar nenhum critério de verdade⁷¹³, almeja “a apropriação de um sentido superior”⁷¹⁴, para o que é indispensável um “saber reflexivo crítico”⁷¹⁵.

O apelo da Filosofia hermenêutica à força da tradição apenas busca sublinhar que “os condicionamentos sociais e históricos determinam imperceptivelmente nosso

⁷⁰⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*, cit., p. 504.

⁷¹⁰ Idem, p. 494.

⁷¹¹ Idem, p. 464.

⁷¹² RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. 2. ed. Lisboa: Dom Quixote, 2004, p. 281/287.

⁷¹³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*, cit., p. 307.

⁷¹⁴ Idem, p. 308.

⁷¹⁵ Idem, p. 296.

pensamento”⁷¹⁶, sem negar, com isso, a emergência do novo. Aliás, a “tradição se dá propriamente numa constante mudança”. E o que importa, então, “é fazer a intermediação entre as antecipações do desejável e as possibilidades do factível”⁷¹⁷.

Exatamente nesse ponto se destaca a atuação dos operadores jurídicos, pois compete a eles a delicada tarefa de avaliar, a partir de uma hermenêutica crítica, as possibilidades de realização do projeto constitucional, o que pressupõe diálogo interminável em direção a uma compreensão cada vez mais qualificada. Afinal, reivindica-se “a produtividade hermenêutica da distância temporal”⁷¹⁸.

Um estado hermenêutico ótimo certamente nunca vai ser alcançado, mas o que importa no resultado do processo interpretativo não é tanto o progresso, que somente ocorre em aspectos parciais, mas antes o desempenho contrário “ao declínio e à decadência do saber”⁷¹⁹. No âmbito prático-jurídico, isso conduz à necessidade de reflexão crítica constante, que contraponha às rotinas de aplicação do Direito um saber mais qualificado, hábil a dirigir a comunidade política ao exercício de padrões mais elevados de igualidade.

A relação entre Direito e verdade, em última instância, parece corresponder à que se estabelece entre Democracia e Filosofia. Como preleciona CASTORIADIS, as condições da verdade não ocorrem em todos os locais e em todas as épocas, pois pressupõem o questionamento da própria instituição da sociedade, atacando ao mesmo tempo a linguagem e as representações instituídas, bem como as significações que as encarnam e as organizam⁷²⁰. Por isso, o surgimento da Filosofia na Grécia antiga pode ser tributado à existência de um espaço público de debate, decorrência da Democracia política, em que se pôde, por vez primeira na história da humanidade, discutir as

⁷¹⁶ Idem, p. 506.

⁷¹⁷ Idem, p. 312.

⁷¹⁸ Idem, p. 308.

⁷¹⁹ Idem, p. 305.

⁷²⁰ CASTORIADIS, Cornelius. *Sujeito e verdade no mundo social-histórico*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 295.

próprias bases mitológicas da instituição social e de seu fechamento significativo. A Filosofia, por isso, implica a posição inaugural do pensamento como responsável por todas as instituições imaginárias, bem como a abertura à interrogação ilimitada⁷²¹. A Filosofia, portanto, surge como dimensão essencial da liberdade⁷²², já que esta é criada na e pela atividade do pensamento, colocando em jogo uma vontade de reconhecimento, vale dizer, de não se deixar levar: “pensar exige querer verdadeiramente pensar verdadeiramente”⁷²³.

A Filosofia e a Democracia, assim como o Direito e a verdade, têm sua razão de ser, portanto, no projeto de autonomia da humanidade, nos planos individual e coletivo. Antes de tudo, próprio da *polis* grega é, conforme CASTORIADIS, o *nomos*⁷²⁴, que indica a artificialidade e a contingência da instituição da sociedade, ao mesmo tempo em que destaca o papel da responsabilidade humana em seu fechamento ou mesmo questionamento significativo.

A imaginação radical⁷²⁵, talvez o traço mais distintivo da humanidade, é o que a capacita a instituir e destituir: o homem, assim como a sociedade, cria-se a si mesmo. A igualdade, em particular, não é uma resposta definitiva à questão da instituição da sociedade; ela é, diferentemente, uma idéia que “abre questões e que não pode passar sem questão”⁷²⁶.

Apesar da emergência da interrogação que a Filosofia e a Democracia implicam, é de reconhecer-se a necessidade da parada⁷²⁷. No mundo jurídico especificamente, essa parada talvez possa ser identificada na Constituição, por ser a matriz significativa da comunidade política. O debate, apesar de poder ser retomado em outras bases no futuro,

⁷²¹ Idem, p. 316.

⁷²² Idem, p. 317.

⁷²³ Idem, p. 328.

⁷²⁴ Idem, p. 366.

⁷²⁵ Idem, p. 49.

⁷²⁶ CASTORIADIS, Cornelius. *As Encruzilhadas do Labirinto II*, cit., p. 328.

⁷²⁷ Idem, p. 57.

atualmente encontra na Constituição o projeto de convivência na autonomia que orienta todo o afazer político: é por ela, enfim, que a verdade haverá de ser medida.

Sem embargo, do que se necessita não é de um método que forneça ao operador do Direito todos os passos seguros para a correta decisão, até mesmo diante da impossibilidade de um *Grundmethode*⁷²⁸, mas de uma orientação “destranquilizadora”, que enfatize a sua responsabilidade político-jurídica e o seu pertencimento comunitário e institucional, asseguradores do comprometimento intersubjetivo das respostas.

No âmbito penal especificamente, nenhum critério jurídico contrafático elaborado desde o princípio da igualdade é capaz de dar conta do déficit isonômico que caracteriza a atividade estatal de criminalização primária, de modo que somente uma compreensão qualificada do fenômeno, de caráter interdisciplinar, pode conduzir à abertura de horizonte necessária a seu efetivo equacionamento prático. É preciso, em outras palavras, superar a manobra discursiva da modernidade jurídico-penal, consistente na abstração criminalizante, para revelar a existência de infrações típicas dos mais diversos segmentos sociais, de modo a possibilitar, então, a aferição da legitimidade da atuação estatal, à luz da integridade de suas respostas legais sancionadoras - tratando, de fato, a todos os indivíduos e grupos de indivíduos com igual consideração e respeito.

É de ter-se presente, contudo, que o princípio da igualdade, a partir da viragem lingüístico-ontológica que orienta a compreensão do fenômeno jurídico, é mais originário que a própria Constituição. E isso porque os princípios não existem

como princípios simplesmente porque a autoridade da Constituição assim os instituiu. Ao contrário, a Constituição é considerada materialmente legítima justamente porque fez

⁷²⁸ STRECK, Lenio Luiz. “Heremênutica e *applicatio* jurídica: a concreta realização normativa do direito como superação da interpretação jurídico-metafísico-objetificante”. In: *Boletim da Faculdade de Direito – Studia Iuridica – Ad honorem* 3. Coimbra: Coimbra Editora, nº 90, p. 1.132.

constar em seu texto toda uma carga principiológica que já se manifestava *praticamente* no seio de nossa *comum-unicidade*⁷²⁹.

Em sendo assim, a tarefa de atribuição de sentido ao princípio da igualdade não passa pela busca de significados que integrariam essa palavra, mas pela reconstrução histórico-institucional do direito⁷³⁰, tal como manifesto em nossa vivência pública. Há toda uma tradição não esgotada que se construiu após a derrocada do regime militar e que se consolidou no processo constituinte da década de 1980, voltada ao alcance de padrões mais elevados de isonomia social, devido, principalmente, à constante de discriminação que tem acompanhado nossa vivência comunitária.

De qualquer forma, o sucesso de qualquer política transformativa, tal como indicada pela Constituição, passa pelo comprometimento e pela disposição dos agentes institucionais, bem como pela participação cidadã.

E isso porque as igualdades não são outorgadas, mas construídas no mundo prático da convivência intersubjetiva, cumprindo ao intérprete tão-somente servir de abertura para o seu acontecimento, expressando um sentido que lhe é anterior e indisponível.

Por fim, é de sumariar, de forma articulada, os argumentos e conclusões do presente trabalho:

a) Toda a história brasileira aponta para a existência de um relevante déficit de igualdade, o qual se insinua em todos os âmbitos sociais, mas que assume uma feição de tragédia no Direito Penal.

b) A reconstrução crítica da programação criminalizante do país revela a atuação extremamente seletiva das agências de repressão penal, sempre acompanhada de

⁷²⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*, cit., p. 495/496.

⁷³⁰ *Idem*, p. 492.

discursos justificadores que se alternaram no curso da história. Atualmente, a política repressiva aos agentes subintegrados parece decorrer da famigerada *war on drugs*, cujos contornos foram delineados nos Estados Unidos, a partir da década de 1970, e que acabou se tornando o discurso dominante em quase todo o mundo ocidental, fomentando o chamado populismo penal.

c) Nos últimos trinta anos, assistiu-se, porém, a uma expansão da produção legislativa penal, cobrindo infrações típicas dos estratos sociais mais poderosos (crimes econômico-financeiros, tributários, ambientais etc.), a apontar para a “democratização” da via penal, em atendimento à percepção de riscos a novos bens jurídicos, de caráter difuso ou coletivo, relevantes da perspectiva criminal.

d) Mesmo assim, a persistência da operacionalização desigualitária do Direito Penal, revelada pelos dados estatísticos e pela análise criminológica, aponta para o caráter ideológico-dissimulador da forma dessa novel criminalização, justificadora apenas da severidade do tratamento punitivo conferido aos grupos ou indivíduos subintegrados, responsáveis pelas infrações penais massivas.

e) Esse funcionamento seletivo do Direito Penal, diferentemente do que parece, não decorre apenas da atuação das instâncias de criminalização secundária - polícias civil e militar, promotores de justiça e juízes -, mas da própria atividade de criminalização primária, vale dizer, da escolha política sobre o quê e como punir realizada pelo Poder Legislativo.

f) Tal fenômeno pode ser verificado, principalmente, pela análise das estratégias legais de imunização penal de indivíduos e grupos sobreintegrados, para o que a perspectiva estrutural do delito, principalmente aquela da matriz criminológica crítica da década de 1970, ainda oferece rendimento analítico, ao acentuar os diferenciais de poder social como conformadores da legislação repressiva.

g) Isso não significa ignorar ou diminuir a importância das demais dimensões do fenômeno criminal, mas tão-somente re-enfatizar aquela outra obscurecida pela hipótese da escolha racional individual como explicação do delito que domina o pensamento político-penal da atualidade, a qual, distante de uma aparente neutralidade teórica, confere vantagens estratégicas a inúmeros agentes sociais: corporações policiais, empresas de segurança privada, meios de comunicação de massa, políticos populistas, entre outros. Isso não significa, tampouco, o resgate de uma concepção classista rígida, como a de origem marxista, mas a assunção de que alguns agentes, devido à carência relativa de capital social, cultural, econômico ou, até mesmo, simbólico, como indicado por Bourdieu, são mais suscetíveis à criminalização.

h) Os mecanismos de imunização dos segmentos sobreintegrados parece obedecer a um padrão constante: ou o próprio ato normativo penalizador já vem acompanhado de mecanismos diversionistas ou neutralizadores, ou leis posteriores corrigem a omissão, geralmente após medidas práticas de persecução a alguns indivíduos ou grupos titulares de elevado diferencial de poder.

i) No Brasil, a Lei nº 8.137/90, que tipifica crimes contra as ordens tributária e econômica e contra as relações de consumo - talvez o ato normativo com maior alcance voltado ao controle das infrações das elites -, representa, exemplarmente, ambas as estratégias imunizadoras, pois o seu próprio texto normativo ou leis posteriores esvaziaram, quase completamente, seu potencial repressivo.

j) A leniência do tratamento legal conferido aos crimes dos estratos sociais mais poderosos, associada a sua significativa danosidade comunitária, indicam, assim, uma carência relativa de integridade legislativa, que frustra o ideal jurídico estruturante de tratar a todos com igual respeito e consideração.

l) Apesar desse estado de fato, o processo constituinte da década de 1980 conferiu, ao institucionalizar a Moral no Direito, relevância incontestável ao princípio

da igualdade, de modo que a atividade de todos os poderes de Estado deve ser sindicada também a partir dessa norma da Constituição.

l) Contudo, os critérios aferidores do respeito ao princípio da igualdade, formulados judicial e doutrinariamente, vêm se mostrando insuficientes à crítica e à superação das desigualdades ocorrentes no âmbito penal, principalmente devido à força da abstração criminalizante gestada na modernidade, a qual destitui os agentes de sua proveniência social para tratá-los, indistintamente, como infratores potenciais de quaisquer leis penais. Apenas a igualdade *perante a lei*, mas não *na lei*, pode ser sindicada a partir das vias consolidadas de verificação do respeito a seu princípio.

m) Por isso, somente uma reconstrução hermenêutica do princípio se afigura capaz de oferecer novo rendimento a sua atuação, para o que se recorre ao postulado da igualdade de Balibar, que enfatiza a incindível atualização, a cada momento histórico, dos princípios da igualdade e da liberdade, tributários da Revolução Francesa, a partir dos conflitos singulares que se revelam, em aberta crítica às tendências político-jurídicas que sustentam a incompatibilidade entre ambos os ideais-guia.

n) Da perspectiva histórica - à luz da *Destruktion* heideggeriana -, evidencia-se que o princípio da igualdade, no âmbito penal, uma vez superado o postulado da igualdade de fato entre os indivíduos, ainda se move no plano do ideário pré-liberal, pois as diferenças sociais são tratadas como desigualdades, de acordo com a posição, superior ou inferior, dos estratos sociais concernidos. Nem mesmo a perspectiva liberal, em que a identidade apresenta como correlato a igualdade, pode ser considerada suficientemente atingida, pois à semelhança do desvio continua a seguir-se a desigualdade da criminalização. O ideal constitucional seria que se alcançasse um sistema jurídico-penal em que as vulnerabilidades conduzissem da diferenciação à igualdade, vale dizer, em que as limitações sociais e pessoais implicadas no cometimento do delito fossem adequadamente consideradas.

o) Constata-se, com isso, a insuficiência das abordagens procedimentalistas - ao menos, de algumas delas -, as quais, centradas em critérios contrafáticos de aferição do respeito aos princípios jurídico-constitucionais, não conseguem flagrar as situações carecidas de igualibertação em toda sua concretude histórico-social.

p) Diferentemente, a matriz hermenêutico-material, derivada do pensamento filosófico de Heidegger, Gadamer e, no âmbito específico do Direito, Dworkin, oferece mais significativo rendimento crítico-reflexivo, ao conduzir a compreensão do fenômeno para além do plano meramente discursivo-analítico, resgatando as variadas dimensões do saber.

q) Daí também a necessidade de reestruturação do Direito Penal em bases axiológicas, para dar conta da sua verdadeira função social de promover a convivência na diversidade, a qual deve ser compreendida e, então, estruturada a partir dos princípios da dignidade da pessoa e do bem comum, em constante tensão ao longo do evoluir político-histórico, ambos atravessados pelo ideal da igualiberdade, conquista civilizacional incontestável da contemporaneidade.

r) A razão prática, em consequência, é inevitável ao Direito Penal: somente uma racionalidade de fins, de forte conteúdo ético, não instrumental, em que sobressai a incontestabilidade do valor do ser humano, pode resistir à prevalente racionalidade de meios, atuarial e eficientista, centrada apenas no gerenciamento de problemas isolados de criminalidade, com vistas à tranquilização social e à segurança das trocas econômicas.

s) Com perfil substancialista, o neoconstitucionalismo, ao atribuir ao Estado a tarefa transformadora das iniquidades sociais na direção dos ideais morais positivados de via boa e de justiça, acolhe a visão sugerida de tratamento do problema delitivo, a partir da força normativa dos princípios acolhidos, os quais se consideram conformadores da atuação de todos os poderes público-estatais.

t) Postula-se, com essa leitura moral da Constituição, a possibilidade de alcance da verdade político-jurídica, ao menos de uma perspectiva aproximativa, sempre historicamente situada, a partir da teleologia constitucionalmente positivada, a qual favorece o contraste das respostas e permite a escolha pela que melhor concretize, em cada caso, referidos ideais morais. A verdade político-jurídica, assim, tem a ver com a resposta que mais se adequa aos princípios constitucionais, resultantes do momento singular de suspensão do impessoal da sociedade brasileira - um “outro início” -, em que todas as vozes comunitárias puderam veicular seus interesses e valores.

u) Em decorrência das técnicas de controle da constitucionalidade das leis, as quais, no Brasil, são ricas, por conciliarem-se as vias difusa e concentrada, apesar de relativamente caóticas, cumpre aos operadores jurídicos, notadamente aos titulares da jurisdição constitucional, a responsabilidade pela correção da legislação penal discriminatória, para o que se exige uma compreensão qualificada do princípio da igualdade, superadora das dimensões herdadas do liberalismo clássico.

v) O princípio da legalidade penal, contudo, impõe severa limitação à atuação depuradora da jurisdição constitucional, no que concerne aos mecanismos imunizadores dos segmentos sociais sobreintegrados: não há como fundamentar a punição além do texto normativo, nem como contornar benefícios legalmente conferidos. Por isso, nesse ponto, o chamamento ao legislador afigura-se como a única solução jurídica plausível de superação da dissimulação punitiva.

x) Apesar disso, a jurisdição, com a utilização das técnicas de controle da constitucionalidade das leis, pode adotar uma atitude corretiva mais radical a partir da racionalização da legislação favorecedora da punição dos indivíduos ou grupos subintegrados, pois, a tanto, o princípio da legalidade penal não constitui obstáculo, dada sua feição garantística. Assim, a deslegitimação da criminalização arbitrária, por ofensiva do princípio da igualdade, bem como a extensão a tais agentes de benefícios penais conferidos apenas aos infratores sobreintegrados, podem/devem ser manejadas.

z) A matriz hermenêutica que orienta todo o trabalho, porém, enfatiza que a compreensão do fenômeno jurídico é sempre limitada, num incessante jogo de desocultação/ocultação, para o que são indispensáveis o esforço de interpretação do sentido que assume atualmente o princípio da igualdade, a partir da sua tradição institucional, e a atenta consideração das lutas sociais por reconhecimento. Sem isso, todo o projeto de transformação social ideado pelo povo constituinte da década de 1980 restará fadado ao fracasso.

Referências bibliográficas

- ALEGRE, Marcelo. "Igualdad y discurso moral". In: *Isonomia*, 2005, n° 23, p. 115-143. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com>. Acesso em 22.04.2008.
- ALEGRE, Marcelo. "¿Quién le teme a la igualdad?". In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2004, n° 27, p. 181-210. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com>. Acesso em 22.04.2008.
- AMBOS, Kai. "Razones del fracaso del combate internacional a las drogas y alternativas". In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCRIM/Revista dos Tribunais, 2003, n° 41, p. 27-50.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2008.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2005.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- ARENDT, Hannah. *Entre o Passado e o Futuro*. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007.
- ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.
- ARISTÓTELES. *Política*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 2. ed. Bauru: EDIPRO, 2007.
- ASHWORTH, Andrew. *Principles of Criminal Law*. 3. ed. Oxford/New York: Oxford University Press, 1999.
- BALESTENA, Eduardo. *La fábrica penal: Visión interdisciplinaria del sistema punitivo*. Montevideo/Buenos Aires: Editorial B de f, 2006.
- BALIBAR, Etienne. *La proposition de l'égaliberté*. Disponível em <http://ciepfc.rhapsodyk.net>. Acesso em 06.04.2008.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 1999.
- BARRETO, Vicente de Paula (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Editora UNISINOS; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARZOTO, Luis Fernando. *A democracia na Constituição*. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2003.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.

- BECKETT, Katherine; SASSON, Theodore. *The politics of injustice: Crime and punishment in America*. Thousand Oaks, California: Pine Forge Press, 2000.
- BERGALLI, Roberto. “Sistema penal y exclusión social”. In: *Iter Criminis*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2004/2005, nº 12, p. 37-57.
- BERGALLI, Roberto (Coord.). *Sistema penal y problemas sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- BETEGÓN, Jerônimo e outros (Coords.). *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.
- BEUCHOT, Mauricio. *En el camino de la hermenéutica analógica*. Salamanca: Editorial San Esteban, 2005.
- BINDER, Alberto M. “Entre la democracia y la exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo: Revista dos Tribunais/IBCCRIM, 2000, nº 29, p. 11-26.
- BLACK, Donald. *Sociological Justice*. New York: Oxford University Press, 1989.
- BLACK, Donald. *The behavior of law*. San Diego: Academic Press, 1976.
- BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Lisboa: Edições 70, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.
- BONORINO, Pablo Raúl. *Objetividad y verdad en el derecho: Variaciones sobre un tema de Dworkin*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 11. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.
- BOURDIEU, Pierre. *Poder, derecho y clases sociales*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.
- BOURDIEU, Pierre. *Razões práticas: Sobre a teoria da ação*. Campinas: Papirus, 1996.
- BRAGA, Pedro. *Crime e sociedade*. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 2008.
- BRIDGES, George S.; MYERS, Martha A. *Inequality, crime, and social control*. Boulder/San Francisco/Oxford: Westview Press, 1994.
- CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Christian; SENELLART, Michel (Orgs.). *História Argumentada da Filosofia Moral e Política: A felicidade e o útil*. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995.
- CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2007.

- CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.
- CASANOVA, Marco Antonio. *Compreender Heidegger*. Petrópolis: Vozes, 2009.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, Política e Filosofia: Contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.
- CASTORIADIS, Cornelius. *As Encruzilhadas do Labirinto II: Os domínios do homem*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- CASTORIADIS, Cornelius. *As Encruzilhadas do Labirinto IV: A ascensão da insignificância*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- CASTORIADIS, Cornelius. *Sujeito e verdade no mundo social-histórico*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.
- CHAMBLISS, William; SEIDMAN, Robert. *Law, order, and power*. 2. ed. Reading, Massachusetts: Addison-Wesley Publishing Company, 1982.
- CHAPMAN, Dennis. *Sociology and the stereotype of the criminal*. London: Tavistock Publications, 1968.
- CHAUI, Marilena. *Brasil: Mito fundador e sociedade autoritária*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2006.
- CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime: A caminho dos gulags em estilo ocidental*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos de Filosofia Constitucional Contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTÓN, T. S. *Derecho Penal: Parte General*. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- COLEMAN, James William. *A Elite do Crime: Para entender o crime do colarinho branco*. 5. ed. Barueri: Manole, 2005.
- COMANDUCCI, Paolo. "Principios jurídicos e indeterminación del derecho". In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1998, nº 21-II, p. 89-104. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com>. Acesso em 22.04.2008.

- CONILL SANCHO, Jesus. *Ética hermenéutica*. Madrid: Tecnos, 2006.
- COOK, Dee. *Criminal and social justice*. London: SAGE Publications, 2006.
- COSTA, Yasmin Maria Rodrigues Madeira da. *O significado ideológico do sistema punitivo brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- COTTINO, A.; FISCHER, M. G. “Porquoi l’inegalité devant la loi?”. *In: Déviance et Société*. Liège Sart-Tilman: Université de Liège, 1996, v. 20, n° 3, p. 199-214.
- COTTINO, Amedeo; SARZOTTI, Claudio; TIBALDI, Claudio. “Uguaglianza di fronte alla legge penale: una ricerca in pretura”. *In: Dei delitti e delle pene*. Grupo Abele Periodici, 1994, n° 2, p. 121-161.
- CRUZ SANTOS, Cláudia Maria. *O crime de colarinho branco: da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- DAL RI JR., Arno. *O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- DAMATTA, Roberto. *Carnavais, Malandros e Heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.
- DAMATTA, Roberto. *O que faz o Brasil Brasil?* 11. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.
- DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Orgs.). *Democracia*. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Record, 2001.
- DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2006.
- DE VITA, Álvaro. *A justiça igualitária e seus críticos*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DÍAZ REVORIO, Francesco Javier. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 1997.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Montevideo/Buenos Aires: Editorial B de f, 2007.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- DOLCINI, Emilio. “Leggi penali *ad personam*, riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza”. *In: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2004, fasc. 1, p. 50-70.

- DOTTI, René Ariel. “História da legislação brasileira II: A reforma do CP 1940 (de 1942 a 1984)”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais/IBCCRIM, 1995, nº 13, p. 301-317.
- DOTTI, René Ariel. “História da legislação penal brasileira: períodos republicanos”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais/IBCCRIM, 1995, nº 12, p. 222-233.
- DUBOIS, Christian. *Heidegger: Introdução a uma Leitura*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.
- DUMONT, Louis. *Homo Aequalis: gênese e plenitude da ideologia econômica*. Bauru: EDUSC, 2000.
- DUMONT, Louis. *O Individualismo: Uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: A teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. “Equality, Democracy, and Constitution: We the People in Court”. In: *Alberta Law Review*, v. XXVIII, nº 2, p. 324-346.
- DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- EDMUNDSON, William A. *Uma introdução aos direitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- ELBERT, Carlos Alberto. “¿Es necesaria una criminología para el tercer milenio?”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCRIM/Revista dos Tribunais, 2003, nº 19, p. 459-475.
- ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Orgs.). *Constitucionalismo y Democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.
- ERBER, Pedro Rabelo. *Política e Verdade no Pensamento de Martin Heidegger*. Rio de Janeiro: PUC; São Paulo: Loyola, 2003.
- FARBER, Daniel. “The Inevitability of Practical Reason: Statutes, Formalism, and the Rule of Law.” In: *Vanderbilt Law Review*, 1992, v. 45, nº 3, p. 533-559.
- FARIA, José Eduardo. “As transformações do Direito”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais/IBCCRIM, 1998, nº 22, p. 231-240.

- FAYET JÚNIOR, Ney; CORRÊA, Simone Prates Miranda (Orgs.). *A Sociedade, a Violência e o Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição. *Constituição e crime: Uma perspectiva de criminalização e descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2000.
- FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FLETCHER, George P. *The Grammar of Criminal Law: american, comparative, and international*. V. 1: foundations. Oxford/New York: Oxford University Press, 2007.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1989.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1988.
- FRAGOSO, Christiano. *Repressão Penal da Greve: Uma experiência antidemocrática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.
- FRAGOSO, Heleno. *Direito Penal e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- FROSINI, Vittorio. "Paradosso dell'eguaglianza". In: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1976, IV Serie, LIII, p. 540-547.
- GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva I: Heidegger em retrospectiva*. Petrópolis: Vozes, 2007.
- GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva II: A virada hermenêutica*. Petrópolis: Vozes, 2007.
- GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva III: Hermenêutica e a filosofia prática*. Petrópolis: Vozes, 2007.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II: Complementos e índice*. 2. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2004.
- GARCIA, Maria Glória F. P. D. *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005.

- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *El juicio de ponderacion y sus partes*: crítica de sua escasa relevancia. Disponível em <http://www.geocities.com/jagamado>. Acesso em 27.01.2008.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Filosofía hemenéutica y Derecho*. Disponível em <http://www.geocities.com/jagamado>. Acesso em 27.01.2008.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Sobre el Neoconstitucionalismo y sus Precursores*. Disponível em <http://www.geocities.com/jagamado>. Acesso em 27.01.2008.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de Criminología*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- GARLAND, David. *The Culture of Control: Crime and social order in contemporary society*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.
- GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica des discurso de resistencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- GRONDIN, Jean. *Introdução à Hermenêutica Filosófica*. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 1999.
- GROSNER, Marina Quezado. *A seletividade do sistema penal na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: O trancamento da criminalização secundária por decisões em habeas corpus*. São Paulo: IBBCRIM, 2008.
- GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Stanford: Stanford University Press, 1991.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.
- HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007.
- HÄBERLE, Peter. *Verdad y Estado Constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- HAGAN, John. *Crime and disrepute*. Thousand Oaks: Pine Forge Press, 1994.
- HARTJEN, Clayton A. *Crime and criminalization*. New York: Praeger Publishers, 1974.
- HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- HEIDEGGER, Martin. *Caminhos de Floresta*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.
- HEIDEGGER, Marin. *Carta sobre o Humanismo*. 2 ed. São Paulo: Centauro, 2005.
- HEIDEGGER, Martin. *Conferências e Escritos Filosóficos*. São Paulo: Nova Cultural, 1989.

- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2006.
- HELLER, Ágnes; FEHÉR, Ferenc. *Políticas de la postmodernidad: Ensayos de crítica cultural*. 2. ed. Barcelona: Ediciones 68, 1994.
- HERINGER JÚNIOR, Bruno. “Co-culpabilidade: a responsabilidade da sociedade pelo injusto”. In: *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, 2000, nº 79, p. 44-54.
- HERINGER JÚNIOR, Bruno. “Democracia e Constituição: Técnicas decisórias no âmbito do controle jurisdicional concentrado da constitucionalidade das leis”. In: *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Metrópole, 2003, nº 49, p. 49-60.
- HOBBSAWM, Eric. *A Era das Revoluções*. 9. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.
- HÖFFE, Otfried. *A Democracia no Mundo de Hoje*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 21. ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1989.
- HUERTAS, Sandoval. *Sistema penal y criminología crítica*. Bogotá: Temis, 1994.
- INWOOD, Michael. *Dicionário de Heidegger*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.
- KANT DE LIMA, Roberto. *Ensaio de Antropologia e de Direito: Acesso à Justiça e Processos Institucionais de Administração de Conflitos e Produção da Verdade Jurídica em uma Perspectiva Comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- KARNAL, Leandro e outros. *História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI*. São Paulo: Editora Contexto, 2007.
- KOERNER, Andrei (Org.). *História da justiça penal no Brasil: Pesquisas e Análises*. São Paulo: IBCCRIM, 2006.
- KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LAMMI, Walter. "Hans-Georg Gadamer's 'Corrections' of Heidegger". In: *Journal of the History of Ideas*. The Johns Hopkins University Press, 1991, v. 52, nº 3, p. 487-507.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *El nuevo derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. 3. ed. México: Siglo Veintiuno Editores, 2000.
- LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.
- LAWN, Chris. *Compreender Gadamer*. Petrópolis: Vozes, 2007.
- LEA, John. *Crime and Modernity: Continuities in Left Realist Criminology*. London/Thousand Oaks/New Delhi: SAGE Publications, 2002.

- LEITER, Brian. "Heidegger and the Theory of Adjudication". In: *Yale Law Journal*, 1996, v. 106, nº 2, p. 253-282.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. "Desigualdades Jurídicas: povos indígenas, favelados e sem-terras". In: *Boletim Científico do Ministério Público da União*. Brasília: MPU, 2002, nº 5, p. 69-88.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: Lições Introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- MAIA, Clarissa Nunes e outros (Orgs.). *História das Prisões no Brasil*. V. I e II. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.
- MANFRED, A. *A Grande Revolução Francesa*. São Paulo: Ícone, 1986.
- MANNHEIM, Karl. *Ideologia e utopia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.
- MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale: Parte Generale*. 4. ed. Padova: CEDAM, 2001.
- MARCHART, Oliver. *El pensamiento político posfundacional: La diferencia política en Nancy, Lefort, Badiou y Laclau*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009.
- MARCONDES, Danilo. *Iniciação à História da Filosofia: dos Pré-socráticos a Wittgenstein*. 6. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
- MARIÁS, Julián. *História da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Madrid: Editorial Trotta, 1988.
- MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.
- MEDINA, José. *Linguagem*. Porto Alegre: Artmed, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- MENDES, Regina Lúcia Teixeira. "Igualdade à brasileira: cidadania como instituto jurídico no Brasil". In: *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre: ITEC, nº 13, p. 81-98.
- MICHELMAN, Frank. *Democracy and Positive Liberty*. Disponível em <http://bostonreview.net/BR21.5/michelman.html>. Acesso em 25.09.2008.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado social e democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.
- MISSE, Michel. *Crime e Violência no Brasil Contemporâneo: Estudos de Sociologia do Crime e da Violência Urbana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

- MORESO, José Juan. “Mundos Constitucionalmente Posibles”. In: *Isonomia*, nº 8, 1998, p. 139-159, disponível em <http://cervantesvirtual.com/portal/doxa/isonomia.shtml>. Acesso em 24.06.2002.
- NATALINO, Marco Antonio Carvalho. *O Discurso do Telejornalismo de Referência: Criminalidade violenta e controle punitivo*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Ecce homo: Como alguém se torna o que é*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: EDUSC, 2005.
- PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucional e Direito Penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.
- PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 2006.
- PANDOLFI, Dulce Chaves e outros (Orgs.). *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.
- PAREYSON, Luigi. *Verdade e interpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- PASSETTI, Edson (Coord.). *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- PASTANA, Débora Regina. *Cultura do Medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2003.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004.
- PERALTA, Ramon. *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1994.
- PEREIRA, Carlos Alberto Messeder e outros (Orgs.). *Linguagens da violência*. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Dimensiones de la igualdad*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2007.
- PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: Evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- PUTNAM, Hilary. *O colapso da verdade e outros ensaios*. Aparecida, SP: Idéias & Letras, 2008.
- QUINNEY, Richard. *The social reality of crime*. New Brunswick/London: Transaction Publishers, 2007.
- RAE, Douglas. *Equalities*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1981.

- RAMOS DUARTE, Écio Oto; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2009.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- RAZ, Joseph. *Razón práctica y normas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- REALE JR., Miguel (Coord.). “Diagnóstico preliminar do sistema penal brasileiro e primeiras propostas para sua reformulação”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais/IBCCRIM, 2000, nº 30, p. 337-369.
- REIMAN, Jeffrey. *The rich get richer and the poor get prison: ideology, class, and criminal justice*. 8. ed. Boston: Allyn and Bacon, 2007.
- REIMÃO, Cassiano (Org.). *H.-G. Gadamer: Experiência, Linguagem e Interpretação*. Lisboa: Universidade Católica, 2003.
- RICOUER, Paul. *Hermenêutica e ideologias*. Petrópolis: Vozes, 2008.
- RICOUER, Paul. *O justo 1*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- RICOUER, Paul. *O justo 2*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- RICOUER, Paul. *Teoria da Interpretação*. Lisboa: Edições 70, 1996.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Mitologias y discursos sobre el castigo: Historia del presente y posibles escenarios*. Coord. Iñaki Rivera Beiras. Barcelona: OSPDH/Anthropos, 2004.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política Criminal y Sistema Penal: Viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona: OSPDH/Anthropos, 2005.
- RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. *Episteme y derecho: Una exploración jurídico-penal*. Granada: Comares, 2004.
- ROBERT, Philippe. *Sociologia do crime*. Petrópolis: Vozes, 2005.
- ROBERTS, Julian V. e outros. *Penal Populism and Public Opinion: Lessons from five countries*. New York: Oxford University Press, 2003.
- RODENAS, Ángeles. “En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas”. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2001, nº 24, p. 63-83. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com>. Acesso em 22.04.2008.
- RODRIGUES, Sandra Martinho. *A Interpretação Jurídica no Pensamento de Ronald Dworkin: uma abordagem*. Coimbra: Almedina, 2005.
- RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. 2. ed. Lisboa: Dom Quixote, 2004.
- RORTY, Richard. *El giro lingüístico*. Barcelona: Paidós, 1998.

- ROSAL BLASCO, Bernardo del. ¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad? *In: Revista Eletrónica de Ciencia Penal y Criminología* 11-08 (2009). Disponível em <http://criminet.ugr.es>. Acesso em 22.12.2009.
- ROSENFELD, Michel. “Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional”. *In: Derechos y Libertades*. Madrid: Instituto Bartolomé de las Casas, 1998, nº 6, p. 411-443.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. T. I. Madrid: Civitas, 1999.
- RUGGIERO, Vincenzo. *Delitos de los débiles y de los poderosos: Ejercicios de anticriminología*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005.
- SAFRANSKI, Rüdiger. *Heidegger: Um mestre da Alemanha entre o bem e o mal*. São Paulo: Geração Editorial, 2000.
- SALAS, Denis. *La volonté de punir: Essai sur le populisme penal*. França: Hachette Littératures, 2005.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Olga. *Los principios en el Derecho y la dogmática penal*. Madrid: Dykinson, 2004.
- SANDOVAL, Augusto Sánchez. “Control social en América Latina”. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCRIM/Revista dos Tribunais, 2003, nº 42, p. 317-344.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris/ICPC, 2008.
- SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Razões da desordem*. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.
- SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Regresso: Máscaras Institucionais do Liberalismo Oligárquico*. Rio de Janeiro: Opera Nostra, 1994.
- SCALON, Celi. “Justiça como igualdade? A percepção da elite e do povo brasileiro”. *In: Sociologias*. Porto Alegre, 2007, nº 18, p. 126-149.
- SCHUBACK, Marcia Sá Cavalcanti. “A perplexidade da presença”. *In: Ser e Tempo*. Martin Heidegger. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2006.
- SHAPIRO, Ian. *Os fundamentos morais da política*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- SHOVER, Neal; WRIGHT, John Paul (Eds.). *Crimes of privilege: readings in white-collar crime*. New York/Oxford: Oxford University Press, 2001.
- SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes Hediondos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

- SILVA JR., Hédio. "Direito Penal em preto e branco". In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais/IBCCRIM, 1999, nº 27, p. 327-338.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *La expansión del Derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999.
- SOLAZZI, José Luís. *A ordem do castigo no Brasil*. São Paulo: Imaginário/Editora da Universidade Federal do Amazonas, 2007.
- SQUELLA, Agustín. "Liberdad y igualdad en el ensamiento político de Norberto Bobbio: ¿Se puede ser liberal y a la vez socialista?". In: *Isonomia*, 1999, nº 11, p. 77-94. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com>. Acesso em 22.04.2008.
- STEIN, Ernildo. *Compreensão e Finitude: Estrutura e Movimento da Interrogação Heideggeriana*. Ijuí: Editora UNIJUI, 2001.
- STEIN, Ernildo. *Diferença e Metafísica: Ensaio sobre a Desconstrução*. 2. ed. Ijuí: Editora UNIJUI, 2008.
- STEIN, Ernildo. *Seis Estudos sobre Ser e Tempo*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.
- STEIN, Ernildo. *Racionalidade e Existência: O Ambiente Hermenêutico e as Ciências Humanas*. 2. ed. Ijuí: Editora UNIJUI, 2008.
- STRECK, Lenio Luiz. "Concretização de direitos e interpretação da Constituição". In: *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2005, vol. LXXXI, p. 291-323.
- STRECK, Lenio Luiz. "Da criminalização da pobreza à pobreza da criminalização". In: *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. Porto Alegre: FMP/CEIP, 2008, nº 16, p. 141-170.
- STRECK, Lenio Luiz. "Da interpretação de textos à concretização de direitos: o desafio da hermenêutica comprometida com o estado democrático de direito". In: *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. Porto Alegre: FMP/CEIP, 2006, nº 13, p. 87-128.
- STRECK, Lenio Luiz. "Hermenêutica e *applicatio* jurídica: a concreta realização normativa do direito como superação da interpretação jurídico-metafísico-objetificante". In: *Boletim da Faculdade de Direito – Studia Iuridica – Ad honorem* 3. Coimbra: Coimbra Editora, nº 90, p. 1.103-1.155.
- STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

- STRECK, Lenio Luiz. “O princípio da proporcionalidade e as possibilidades de filtragem hermenêutico-constitucional: análise de um acórdão garantista”. In: *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. Porto Alegre: FMP/CEIP, 2006, nº 14, p. 119-144.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- STUNTZ, William J. “Unequal justice”. In: *Harvard Law Review*, 2008, v. 121, nº 8, p. 1.969-2.040.
- SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: Ensaio sobre a função antropológica do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- SZTOMPKA, Piotr. *A sociologia da mudança social*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.
- TAIPA DE CARVALHO, Américo A. *Condicionalidade sócio-cultural do Direito Penal: Análise histórica. Sentido e limites*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1985.
- TAMARIT SUMALLA, Josep M. “Sistema de sanciones y Política Criminal: Un estudio de Derecho comparado europeo”. In: *Revista Eletrónica de Ciencia Penal y Criminología* 09-06 (2007). Disponível em <http://criminet.ugr.es>. Acesso em 22.12.2009.
- TAVARES DOS SANTOS, José Vicente (Org.). *Violência em tempo de globalização*. São Paulo: Editora Hucitec, 1999.
- TAWNEY, R. H. *Equality*. 4. ed. New York: Capricorn Books Edition, 1961.
- THOMPSON, Augusto. F. G. *Escorço histórico do direito criminal luso-brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. *La legitimidad del derecho penal: equilibrio entre fines, funciones y consecuencias*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- VÁRIOS AUTORES. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*. Boletim da Faculdade de Direito. Número Especial. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1984.
- VÁRIOS AUTORES. *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid: Civitas, 2005.
- VATTIMO, Gianni. *Introdução a Heidegger*. 10. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

- VIANNA, Túlio. *Transparência pública, opacidade privada: O Direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Derecho e Interpretación: Elementos de Teoría Hermenéutica del Derecho*. Madrid: Editorial Dykinson, 2007.
- WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
- WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 2001.
- WALZER, Michael. *Las esferas de la justicia*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.
- WILSON, Paul R.; BRAITHWAITE, John (Eds.). *Two faces of deviance*. St. Lucia, Queensland: University of Queensland Press, 1979.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. 4. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2005.
- WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Fundamentos de História do Direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- YACOBUCCI, Guillermo J. *El sentido de los principios penales: Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*. Buenos Aires: Ábaco, 2002.
- YACOBUCCI, Guillermo J. *La deslegitimación de la potestad penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.
- YACOBUCCI, Guillermo Jorge; GOMES, Luiz Flávio. *As grandes transformações do direito penal tradicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Globalización y sistema penal en América Latina: de la seguridad nacional a la urbana". In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCRIM/Revista dos Tribunais, 2003, nº 20, p. 13-23.
- ZAFFARONI, E. Raúl e outros. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. V. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

ZAPATERO GOMEZ, Virgilio (Coord.). *Horizontes de la Filosofía del Derecho: Homenaje a Luis García San Miguel*. Alcalá de Henares: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares, 2002.

ZOMER, Ana Paula (Org.). *Ensaio Criminológicos*. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos del Derecho Penal*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política Criminal*. Madrid: COLEX, 2001.