



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE DOUTORADO EM DIREITO**

FRANCISCO BISSOLI FILHO

**LINGUAGEM E CRIMINALIZAÇÃO
A CONSTITUTIVIDADE DA SENTENÇA PENAL
CONDENATÓRIA**

VOLUME I

**CURITIBA
2009**



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE DOUTORADO EM DIREITO**

FRANCISCO BISSOLI FILHO

**LINGUAGEM E CRIMINALIZAÇÃO
A CONSTITUTIVIDADE DA SENTENÇA PENAL
CONDENATÓRIA**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, área de concentração Direito do Estado, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor, sob orientação do Prof. Dr. João Gualberto Garcez Ramos.

**CURITIBA
2009**

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Francisco e Florinda, pela oportunidade da minha existência, mas, sobretudo, por terem despertado em mim o gosto pelo estudo, sem o qual esse trabalho não seria realizado. Apesar de terem visto o início desta empreitada, não presenciaram, ao menos neste plano, a sua conclusão, deixando-me, contudo, a força e a obstinação para fazê-lo.

“A linguagem molda a forma em que pensamos e determina o que podemos pensar”. (Benjamin Lee Whorf)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	I
PARTE I – UMA INTRODUÇÃO AO ESTUDO DA LINGUAGEM JURÍDICO-PENAL	1
CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	1
CAPÍTULO I – A LINGUAGEM JURÍDICO-PENAL COMO OBJETO DE ESTUDO	2
Apresentação	2
Seção I – Configuração da linguagem jurídico-penal	2
Subseção I - Conceituação da linguagem jurídico-penal.....	3
Subseção II - Funções da linguagem jurídico-penal.....	8
§1º. A função designativa ou descritiva da linguagem jurídico-penal.....	9
§2º. A função prescritiva da linguagem jurídico-penal.....	11
§3º. A função expressiva da linguagem jurídico-penal.....	12
§4º. A função performativa da linguagem jurídico-penal.....	15
§5º. A função metalinguística da linguagem jurídico-penal.....	16
§6º. A função de fabulação da linguagem jurídico-penal.....	18
§7º. A função de dominação da linguagem jurídico-penal.....	21
§8º. A função poética da linguagem jurídico-penal.....	23
Subseção III - Tipos de linguagem jurídico-penal.....	24
§1º. A linguagem jurídico-penal normativa.....	25
§2º. A linguagem jurídico-penal científica.....	26
§3º. A linguagem jurídico-penal poética.....	26
§4º. A linguagem jurídico-penal simbólica.....	27
Subseção IV - Formas de linguagem jurídico-penal.....	27
§1º. Formas gerais de linguagem.....	28
§2º. Formas de linguagem jurídica.....	29
§3º. Formas de linguagem jurídico-penal.....	30
Seção II - O estudo da linguagem jurídico-penal	31
Subseção I – Divisões e dimensões do estudo da linguagem jurídico-penal.....	32
§1º. A sintaxe e a dimensão sígnica da linguagem jurídico-penal.....	33
§2º. A semântica e a dimensão proposicional da linguagem jurídico-penal.....	39
§3º. A pragmática e as dimensões ilocucional e discursiva da linguagem jurídico-penal.....	56
Subseção II - A importância do estudo da linguagem jurídico-penal.....	66
CAPÍTULO II - O PARADIGMA DA LINGUAGEM E SUAS APLICAÇÕES	70
Apresentação	70
Seção I - Conceitos e distinções paradigmáticas	70
Subseção I – O paradigma do ser.....	72
Subseção II - O paradigma da consciência ou do sujeito.....	75
Subseção III - O paradigma da linguagem.....	83
Seção II – Aplicações jurídicas dos paradigmas do ser, do sujeito e da linguagem	97
Subseção I - Aplicações jurídicas do paradigma do ser.....	98
Subseção II – Aplicações jurídicas do paradigma da consciência ou do sujeito.....	100
Subseção III - Aplicações jurídicas do paradigma da linguagem.....	102
§1º. O realismo jurídico.....	103

§2º. A hermenêutica jurídico-filosófica.....	105
§3º. A interpretação normativo-constitutiva.....	107
§4º. A interpretação constitucional.....	109
4.1 O procedimentalismo.....	112
4.2 O substancialismo.....	114
4.3 O garantismo.....	116
§5º. O uso da linguagem jurídica.....	117
5.1 A leitura moral.....	117
5.2 O modelo da ponderação.....	118
5.3 A noção de derrotabilidade das normas jurídicas.....	121
Seção III - Aplicações jurídico-penais dos paradigmas do ser, do sujeito e da linguagem.....	125
Subseção I - Aplicações jurídico-penais do paradigma do ser.....	126
Subseção II - Aplicações jurídico-penais do paradigma da consciência ou do sujeito.....	127
Subseção III – Aplicações jurídico-penais do paradigma da linguagem.....	131
§1º. Surgimento e configuração do paradigma da definição.....	132
§2º. Dimensões subjetiva e objetiva do paradigma da definição.....	135
§3º. Objetos da investigação científica no paradigma da definição.....	137
3.1 O sistema penal.....	138
3.2 O processo de criminalização.....	141
CAPÍTULO III - A METALINGUAGEM JURÍDICO-PENAL.....	145
Apresentação.....	145
Seção I - Metalinguagem jurídico-penal e linguagem jurídico-penal objeto.....	145
Seção II - Elementos estruturais da metalinguagem jurídico-penal.....	149
Subseção I - O indivíduo, a sociedade, o Estado e o direito de punir.....	150
§1º. O indivíduo.....	151
§2º. A sociedade.....	151
§3º. O Estado.....	153
§4º. O direito de punir.....	162
Subseção II - A norma e a lei penal e processual penal.....	169
§1º. A norma penal e processual penal.....	169
§2º. A lei penal e processual penal.....	174
Subseção III - O fato punível.....	176
§1º. O crime, a criminalidade e a criminalização.....	177
1.1 A conceituação criminológica.....	178
1.2 A conceituação jurídica.....	182
§2º. O conceito analítico.....	183
2.1 As categorias do fato punível.....	184
2.1.1 A conduta (ação e omissão).....	184
2.1.2 O tipo penal e a tipicidade.....	190
2.1.3 O injusto penal e a antijuridicidade.....	196
2.1.4 A culpabilidade.....	198
2.1.5 A punibilidade.....	201
2.2 Os diversos conceitos de fato punível.....	202
2.3 Espécies de fatos puníveis.....	206

Subseção IV - A sanção penal.....	207
§1º. A sanção.....	208
§2º. A sanção jurídica.....	210
§3º. A sanção penal.....	210
Subseção V – A vítima e o criminoso.....	214
Subseção VI - O processo penal e suas relações.....	218
§1º. O processo penal.....	218
1.1 Os conceitos de processo penal.....	219
1.2 A finalidade do processo penal.....	223
1.3 Os sistemas processuais penais.....	224
1.3.1 O sistema acusatório.....	225
1.3.2 O sistema inquisitório ou inquisitivo.....	226
1.3.3 O sistema misto.....	228
1.4 O devido e justo processo penal.....	229
1.4.1 A garantia da igualdade processual.....	231
1.4.2 A garantia do contraditório.....	232
1.4.3 A garantia da publicidade.....	234
1.4.4 A garantia da verificação e da refutação fática.....	235
§2º. As relações processuais penais.....	238
2.1 A ação penal.....	240
2.1.1 A persecução penal.....	241
A) <i>A instrução ou investigação preliminar</i>	242
B) <i>A acusação penal</i>	245
2.1.2 A defesa.....	251
2.2 A jurisdição penal.....	253
2.2.1 A jurisdição instrutória.....	256
2.2.2 A jurisdição decisória.....	258
A) <i>A jurisdição de ordem</i>	259
B) <i>A jurisdição de mérito</i>	260
2.2.3 A jurisdição executiva.....	262
PARTE II - A CONSTITUTIVIDADE DA LINGUAGEM JURÍDICO-PENAL.....	263
CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	263
CAPÍTULO IV – A PRÉ-CONSTITUTIVIDADE DA REALIDADE E A LINGUAGEM DESIGNATIVA.....	266
Apresentação.....	266
Seção I - A pré-constitutividade da realidade e a linguagem no âmbito geral.....	267
Subseção I - O sofismo e o caráter arbitrário da designação.....	269
Subseção II - O platonismo e a busca da designação correta.....	272
Subseção III - O aristotelismo e a designação apofântica.....	276
Subseção IV - O nominalismo e a designação singular.....	283
Subseção V - A fenomenologia e a designação como expressão da consciência.....	285
Subseção VI - O neopositivismo lógico e a designação como figuração do mundo.....	288
Seção II - A pré-constitutividade da realidade e a linguagem no âmbito jurídico.....	290

Subseção I - A pré-constitutividade do direito natural.....	291
§1º. A pré-constitutividade do direito natural clássico.....	292
§2º. A pré-constitutividade do direito natural de origem divina.....	295
§3º. A pré-constitutividade do direito natural racional.....	299
Subseção II - A pré-constitutividade do direito positivo.....	312
Seção III - A pré-constituvidade da realidade e a linguagem no âmbito jurídico-penal.....	316
Subseção I - A pré-constitutividade do fenômeno criminal na criminologia positivista e na política penal.....	316
Subseção II - A pré-constitutividade do fenômeno criminal na lei e na dogmática penal.....	321
Subseção III - A pré-constitutividade do fenômeno criminal na lei e na dogmática processual penal.....	324
CAPÍTULO V – A CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA E A CONSTITUTIVIDADE DA LINGUAGEM JURÍDICO-PENAL.....	328
Apresentação.....	328
Seção I - A constitutividade da linguagem no âmbito geral.....	328
Subseção I – Antecedentes filosóficos da constitutividade da linguagem geral..	331
§1º. Raízes aristotélicas da constitutividade da linguagem geral.....	332
§2º. Humboldt e a linguagem como condição do pensamento humano.....	335
Subseção II – A constitutividade da linguagem geral no pragmatismo.....	337
§1º. O pragmatismo geral e a linguagem como condição da experiência humana.....	338
§2º. O pragmatismo linguístico e os usos da linguagem.....	342
2.1 Wittgenstein e os usos contextuais da linguagem.....	343
2.2 Austin e os performativos ou perlocucionais.....	350
2.3 Searle e a fala como um comportamento regrado.....	358
2.4 Habermas e a constituição consensual da validade da significação.....	364
Subseção III – A constitutividade da linguagem geral na hermenêutica filosófica.....	365
§1º. Heidegger e a linguagem como instância constituidora do ser.....	366
§2º. Gadamer e a linguagem como condição da interpretação.....	368
Seção II - A constitutividade da linguagem no âmbito jurídico.....	369
Subseção I - A pragmática jurídica e a constituição do direito.....	370
§1º. O realismo jurídico e a constituição do direito.....	373
§2º. A interpretação normativa e a constituição do direito.....	374
Subseção II - A hermenêutica jurídico-filosófica e a constituição do direito.....	380
Seção III - A constitutividade da linguagem no âmbito jurídico-penal.....	382
Subseção I – O pragmatismo jurídico-penal, a hermenêutica jurídico-filosófica e a constituição da realidade criminal.....	383
§1º. O pragmatismo jurídico-penal e a constituição da realidade criminal.....	384
1.1 Os usos contextuais da linguagem, os atos de fala e a criminalização.....	384
1.2 A interpretação normativa e a criminalização.....	388
§2º. A hermenêutica jurídico-filosófica e a constituição da realidade criminal.....	389
Subseção II – Aspectos gerais da criminalização primária.....	392
§1º. O princípio da legalidade penal.....	395
§2º. A criação do tipo penal.....	399

PARTE III - A CONSTITUTIVIDADE DA SENTENÇA PENAL	
CONDENATÓRIA.....	406
CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	406
CAPÍTULO VI – A CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA E A PREPARAÇÃO DA	
CONSTITUIÇÃO DA REALIDADE CRIMINAL.....	407
Apresentação.....	407
Seção I – Aspectos gerais da criminalização secundária.....	407
Subseção I – A atividade de imposição das regras penais.....	408
§1º. Os processos informais de definição de condutas e pessoas.....	408
§2º. A imposição formal das regras penais.....	412
Subseção II – O raciocínio jurídico na imposição das regras penais.....	417
§1º. O raciocínio jurídico penal subjuntivo.....	418
§2º. O raciocínio jurídico nos casos penais difíceis.....	419
Seção II – A preparação da constituição da realidade criminal.....	424
Subseção I - A constituição do caso penal.....	426
§1º. A constituição dos indícios e do indiciado.....	432
§2º. A constituição da acusação e do acusado.....	441
2.1 A justa causa para a acusação.....	442
2.2 Os elementos da acusação.....	447
2.3 A constitutividade da acusação.....	451
Subseção II - A constituição da relação processual penal.....	453
Subseção III – A constituição das provas e teses acusativas e defensivas.....	456
§1º. A constituição das provas.....	456
§2º. A constituição das teses acusativas e defensivas.....	462
Subseção IV – A constituição da tutela penal de urgência.....	465
Seção III – A preparação da constituição da realidade criminal e o	
princípio do estado de inocência.....	469
Subseção I – O princípio do estado de inocência.....	469
Subseção II – Imposições do princípio do estado de inocência na preparação	
da constituição da realidade criminal.....	474
Seção IV - A linguagem jurídico-penal na preparação da constituição da	
realidade criminal e o poder de definição dos agentes do sistema	
penal.....	477
Subseção I – A linguagem jurídico-penal na preparação da constituição da	
realidade criminal.....	477
§1º. A linguagem da notícia do crime.....	478
§2º. A linguagem da investigação ou instrução preliminar.....	479
§3º. A linguagem da acusação e da defesa.....	483
§4º. A linguagem das jurisdições instrutória e de ordem.....	488
Subseção II – O poder de definição dos agentes do sistema penal.....	489
§1º. O poder de definição dos agentes policiais.....	491
§2º. O poder de definição dos agentes do Ministério Público.....	493
CAPÍTULO VII – A CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA E A	
CONSTITUTIVIDADE DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA.....	496
Apresentação.....	496
Seção I – Configuração da sentença penal.....	497
Subseção I – A conceituação de sentença penal.....	497

Subseção II – Pressupostos e requisitos da sentença penal.....	500
§1º. Pressupostos da sentença penal.....	500
§2º. Requisitos formais da sentença penal.....	501
2.1 O relatório.....	501
2.2 A motivação ou fundamentação.....	502
2.3 A disposição e a autenticação.....	508
Subseção III – A importância da sentença como ponto culminante do processo	508
Subseção IV – A eficácia da sentença penal e o seu elemento condenatório....	510
§1º. Elementos determinantes da eficácia da sentença penal.....	511
§2º. Classificação das sentenças quanto a sua eficácia.....	511
§3º. O elemento condenatório da sentença penal.....	514
Seção II - A constitutividade da sentença penal condenatória.....	516
Subseção I – Os fundamentos da constitutividade da sentença penal condenatória.....	517
§1º. Os fundamentos jurídicos da constitutividade da sentença penal condenatória.....	518
1.1 A distinção entre normas primárias e secundárias.....	519
1.2 A distinção entre sentenças declarativas e constitutivas.....	520
1.3 A distinção entre estado de inocente e estado de culpado.....	522
1.4 A importância do elemento constitutivo da sentença penal condenatória.....	527
§2º. Os fundamentos filosóficos e criminológicos da constitutividade da sentença penal condenatória.....	529
2.1 Funções da linguagem na sentença penal condenatória.....	530
2.2 Efeitos da linguagem na sentença penal condenatória.....	531
2.2.1 Efeito de certeza fática.....	533
2.2.2 Efeito de certeza jurídica.....	538
2.2.3 Efeito de correção axiológica.....	540
2.2.4 Efeito de imparcialidade judicial.....	541
2.3 A constitutividade da linguagem na sentença penal condenatória.....	545
Subseção II - O trânsito em julgado da sentença penal condenatória como marco objetivo da constituição da realidade criminal.....	549
Subseção III - O poder de definição dos juízes e a sua responsabilidade na criminalização de condutas e pessoas.....	553
§1º. O poder de definição dos juízes.....	553
§2º. A responsabilidade dos juízes na criminalização.....	554
Seção III – Uma concepção realista de crime e de contravenção penal.....	558
CONCLUSÃO.....	562
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	575

BISSOLI FILHO, Francisco. *Linguagem e criminalização: a constitutividade da sentença penal condenatória*. 2009. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná. Curitiba-PR.

RESUMO

A presente tese trata da linguagem do processo de criminalização, em especial da constitutividade da sentença penal condenatória como ato processual e de linguagem, uma vez que tem por objetivo demonstrar que é essa sentença que constitui o crime ou a contravenção penal e o criminoso ou o contraventor. É uma pesquisa bibliográfica orientada pelo paradigma da linguagem e que segue, como método de abordagem, o dedutivo e, como métodos de procedimento, o descritivo e o argumentativo. Dividida em três partes, realiza-se, na primeira, uma introdução ao estudo da linguagem jurídico-penal, na qual se discorre sobre os principais aspectos configuradores dessa linguagem, sobre o paradigma da linguagem e suas aplicações nos âmbitos jurídico e jurídico-penal e sobre a metalinguagem jurídico-penal, isto é, sobre a linguagem que se usa para falar da linguagem jurídico-penal objeto, o que inclui os seus principais elementos estruturais. Na segunda parte, seguindo o paradigma da linguagem, apresentam-se as diferenças entre a tradicional ideia de pré-constitutividade da realidade, por um lado, o que remete ao caráter designativo da linguagem em face dessa realidade, e, por outro, à concepção de constitutividade da linguagem, uma vez que é nesta que se constitui a realidade. Na terceira parte, por fim, demonstra-se que os atos de linguagem realizados no processo de criminalização são constitutivos da realidade criminal e que a sentença penal condenatória, ápice desse processo, é constitutiva do crime ou da contravenção penal bem como do criminoso ou do contraventor, pois é somente ela que pode modificar o estado de inocência de alguém para de culpado, o que representa uma alteração substancial na situação jurídica do condenado, com consequências, muitas vezes, irreversíveis. Constata-se, assim, um poder de definição dos agentes do sistema penal, especialmente dos juízes, dos quais se exige consciência da sua responsabilidade no processo de criminalização. Em face dessa constitutividade, sustenta-se uma concepção realista sobre o crime e a contravenção penal, os quais deixam de ser condutas abstratas para ser condutas concretas definidas como tais nas sentenças penais condenatórias.

Palavras-chave: processo penal, linguagem, criminalização, sentença penal, constitutividade.

BISSOLI FILHO, Francisco. *Language and criminalization: the constitutibility of the de penal sentence*. 2009. Thesis (PhD of Law). Federal University of Paraná. Curitiba-PR (Brazil).

ABSTRACT

The present thesis deals with the language of the criminalization process, especially about the condemnatory penal sentence constitutibility as a processual act and of language, since it aims to demonstrate that it is this sentence that constitutes the crime or the penal contravention and the criminal or the contraventor. It is a bibliographic research oriented by the paradigm of the language and follows, as method of approach, the deductive and, as methods of procedure, the descriptive and argumentative. Divided into three parts, is held in the first, an introduction to the study of the juridic penal language, which discusses the main aspects of the configuration of this language, about the paradigm of the language and its applications in the juridic and juridic penal ambits and about the juridic penal metalanguage, ie, about the language that is used to speak about the juridic penal language object, which includes its main structural elements. In the second part, oriented by the paradigm of the language, it is presented the differences between the traditional idea of preconstitutibility of the reality, by a side, what remits to the designative character of the language in face of this reality, and by another side, the conception of the constitutibility of the language, since the reality is constituted in the language. In the third part, finally, it is demonstrated that the acts of language performed in the process of criminalization constitute the criminal reality and that the condemnatory penal sentence, apex of this process, constitutes the crime or the penal contravention as well the criminal or the contraventor, because it is only it that can modify the innocence state of someone to the guilty, what represents a substantial change in the legal situation of the guilty, with consequences often irreversible. It is perceived thus a power of definition of the agents of the penal justice system, especially of the judges, which from is required awareness of their responsibility in the process of criminalization. In face of this constitutibility, it is sustained a realistic conception about crime and the penal contravention, which are no longer abstract conducts and turn to be concrete conducts defined as such in criminal condemnatory sentences.

Keywords: penal process, language, criminalization, criminal sentence, constitutibility.

BISSOLI FILHO, Francisco. *Linguaggio e criminalizzazione: la costitutività della sentenza di condanna penale*. 2009. Tesi (Douttorato di Ricerca in Giurisprudenza). Università Federale del Paraná. Curitiba-PR (Brasile).

SOMMARIO

Questa tesi si occupa del linguaggio del processo di criminalizzazione, in special modo della costitutività della sentenza di condanna penale come atto processuale e di linguaggio, in quanto mira a dimostrare che questa stessa sentenza costituisce il crimine, il delitto o la contravvenzione penale e il criminale, il delinquente o il contravventore. Si tratta di una letteratura di ricerca, guidata dal paradigma del linguaggio, che si avvale del metodo di approccio deduttivo e, come metodo di procedimento, di quello descrittivo e argomentativo. Divisa in tre parti, si realizza per primo una introduzione allo studio del linguaggio giuridico-penale, nella quale si discorre sui principali aspetti configurativi di questo linguaggio, sul paradigma del linguaggio e le sue applicazioni nell'ambito giuridico e giuridico-penale, nonché sul metalinguaggio giuridico-penale, vale a dire, il linguaggio utilizzato per parlare del linguaggio giuridico-penale oggetto, che comprende i suoi principali elementi strutturali. Nella seconda parte, seguendo il paradigma del linguaggio, vengono presentate le differenze tra il tradizionale concetto di preconstitutività della realtà che, da un lato si riporta al carattere designativo del linguaggio di fronte a questa realtà, e dall'altro alla concezione costitutiva del linguaggio, poiché è questa che costituisce la realtà. Nella terza parte, infine, si dimostra che gli atti di linguaggio realizzati nel processo di criminalizzazione sono costitutivi di realtà criminale e che la sentenza di condanna penale, apice di questo processo, è costitutiva del crimine, del delitto o della contravvenzione penale, così come del criminale, del delinquente o del contravventore, perchè è solo questo atto che può modificare lo stato di innocenza a colpevolezza di qualcuno, rappresentando un cambiamento sostanziale della situazione giuridica del condannato, con conseguenze spesso irreversibili. Si constata, quindi, un potere di definizione degli agenti del sistema di giustizia penale, in particolare, dei giudici, dai quali si richiede la consapevolezza della propria responsabilità nel processo di criminalizzazione. Di fronte a questa costitutività si difende una concezione realistica del crimine, del delitto e della contravvenzione penale, i quali da condotta astratta passano ad essere condotta concreta, definita come tale nella sentenza di condanna penale.

Parole chiave: procedura penale, linguaggio, criminalizzazione, sentenza penale, costitutività.

BISSOLI FILHO, Francisco. *Lenguaje y criminalización: la constitutividad de la sentencia penal condenatoria*. 2009. Tesis (Doctorado en Derecho). Universidade Federal de Paraná. Curitiba-PR.

RESUMEN

La presente tesis trata del lenguaje del proceso de criminalización, en especial de la constitutividad de la sentencia penal condenatoria como acto procesal y de lenguaje, una vez que tiene por objetivo demostrar que es esa sentencia que constituye el crimen o la contravención penal y el criminal o el contraventor. Es una investigación bibliográfica orientada por el paradigma del lenguaje y que sigue, como método de abordaje, el deductivo y, como métodos de procedimiento, el descriptivo y el argumentativo. Dividida en tres partes, se realiza, en la primera, una introducción al estudio del lenguaje jurídico penal, en la cual se discurre sobre los principales aspectos que lo configuran, sobre el paradigma del lenguaje y sus aplicaciones en los ámbitos jurídico y jurídico-penal y sobre el metalenguaje jurídico-penal, es decir, sobre el lenguaje que se usa para hablar del lenguaje jurídico-penal objeto, lo que incluye sus principales elementos estructurales. En la segunda parte, siguiendo el paradigma del lenguaje, se presentan las diferencias entre la tradicional idea de preconstitutividad de la realidad, por un lado, lo que remete al carácter designativo del lenguaje a la vista de esa realidad, y, por otro lado, a la concepción de constitutividad del lenguaje, una vez que es en este que la realidad se constituye. En la tercera parte, por fin, se demuestra que los actos de lenguaje realizados en el proceso de criminalización son constitutivos de la realidad criminal y que la sentencia penal condenatoria, ápice de ese proceso, es constitutiva del crimen o de la contravención penal así como del criminal o del contraventor, pues es sólo ella que puede modificar el estado de inocencia de alguien para de culpable, lo que representa una alteración substancial en la situación jurídica del condenado, con consecuencias, muchas veces, irreversibles. Se constata, así, un poder de definición de los agentes del sistema penal, especialmente de los jueces, de los cuales se exige consciencia de su responsabilidad en el proceso de criminalización. A la vista de esa constitutividad, se sostiene una concepción realista sobre el crimen y la contravención penal, cuales dejan de ser conductas abstractas para ser conductas concretas definidas como tales en las sentencias penales condenatorias.

Palabras claves: proceso penal, lenguaje, criminalización, sentencia penal, constitutividad.

AGRADECIMENTOS

À minha esposa Jane Maria e aos meus filhos Francisco Neto e Jane Alessandra, pelo auxílio dispensado durante todo Curso de Doutorado, mas, sobretudo, pela compreensão nos momentos de ausência.

Ao Professor Doutor João Gualberto Garcez Ramos, por ter acreditado no projeto de pesquisa, possibilitando, assim, o meu ingresso no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná e pelas orientações e sugestões durante a realização da tese.

Aos Professores Doutores Ivan Guérios Curi (UFPR), Carlos Roberto Bacila (UFPR), Artur César de Souza (UNOESTE) e José Laurindo de Souza Neto (UNIPAR), integrantes da banca de exame da presente tese, os três primeiros também integrantes da banca de qualificação, pelas considerações realizadas.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, especialmente aos Professores Doutores Carlos Maria Cárcova, Cesar Antonio Serbena, Clèmerson Merlin Clève, Eduardo de Oliveira Leite, Ivan

Guérios Curi, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, João Gualberto Garcez Ramos, Juarez Cirino dos Santos, Luiz Alberto Machado e Manoel Eduardo Alves Camargo Gomes, pelos ensinamentos transmitidos nas respectivas disciplinas ministradas durante o Curso.

À Professora Anna Fracchiola Cabrera, pelo apoio dispensado na tradução de textos.

Aos Servidores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, especialmente às Servidoras Laura da Silva (Secretária), Sandra Mara Pinheiro Maciel, Fátima Cristina Becker Pain, Maria Cristina Cirino Schultz, Eunice Maria Cirino Linhares de Camargo, Rosana Soldi Briski da Silva, Ana Maria Castelo Noronha e Maria Cecília Barbosa Lopes, e ao Servidor Marcelo Alves Britzkow, pelo incansável apoio dispensado durante o Curso.

Aos Colegas de curso, pelo conhecimento e estímulo transmitido durante a caminhada.

À Administração Superior do Ministério Público de Santa Catarina, especialmente ao Promotor de Justiça Carlos Eduardo Abreu Sá Fortes, Assessor do Procurador-Geral de

justiça, que soube compreender a necessidade do meu afastamento para a realização da presente pesquisa.

À Associação Catarinense do Ministério Público, pelo apoio material dispensado.

Aos Membros, Servidores, Estagiários e Bolsistas do Ministério Público de Santa Catarina, especialmente os que atuam na 20^a Promotoria de Justiça da Comarca da Capital (SC), da qual sou titular, pelo suprimento das minhas ausências.

INTRODUÇÃO

A presente tese tem como tema a linguagem do processo de criminalização e, mais especificamente, a constitutividade da sentença penal condenatória, por ser esse o ato processual e de linguagem que constitui o crime ou a contravenção penal e o criminoso ou o contraventor.

Deve-se a escolha do tema à importância atribuída, atualmente, à linguagem como objeto da investigação filosófica e científica, mas, sobretudo, à existência de lacuna no conhecimento no que diz respeito ao papel da linguagem no processo de criminalização, lacuna esta que caracteriza a originalidade desta tese.

Essa importância da linguagem pode ser percebida, principalmente, a partir do surgimento do paradigma da linguagem, quando esta deixa de exercer um papel secundário ou instrumental de expressão ou designação da realidade, até então, considerada preexistente ou pré-constituída em relação à linguagem, e passa a ter importância primordial e a ser a instância na qual a realidade é constituída. No âmbito jurídico, isso significa dizer que o direito não está pré-constituído na natureza (direito natural) ou nos textos legislativos (direito positivo), mas, sim, que é constituído na argumentação e na interpretação que se realiza desses textos na linguagem jurídica. No âmbito jurídico-penal, diferentemente do paradigma etiológico, que concebe a realidade criminal como preexistente ou pré-constituída em relação à reação social, isso implica reconhecer que tal realidade é constituída no processo de criminalização, que é um processo que se realiza na linguagem jurídico-penal.

Inexistia, no entanto, até então, estudos mais aprofundados sobre a linguagem jurídico-penal, mais especificamente sobre a linguagem do processo de criminalização, que é formado por um conjunto de atos de linguagem que têm origem nas instâncias informais do senso comum e, como ponto culminante, a sentença penal, nas instâncias formais do sistema de justiça criminal. Deve-se ter em mente que as pessoas, no seu cotidiano, definem ou qualificam as condutas das outras pessoas e os seus autores em face dessas condutas, sendo essas

definições ou qualificações muito importantes nas relações intersubjetivas. Tais definições ou qualificações são realizadas por pessoas comuns, em processos informais, e por agentes do sistema penal, em processos formais.

A presente investigação tem a pretensão de preencher essa lacuna, descrevendo como ocorrem os atos de linguagem e, sobretudo, os seus efeitos em relação à realidade criminal, para demonstrar que a sentença penal condenatória é constitutiva do crime ou da contravenção penal e do criminoso ou do contraventor.

Devido a essa lacuna no conhecimento humano, formula-se o seguinte problema, composto por três indagações: a) a sentença penal condenatória é, também, constitutiva, ou seja, constitui uma determinada conduta como crime ou contravenção penal e o seu autor como criminoso ou contraventor, modificando o seu estado de inocente para de culpado? b) os agentes do sistema penal, em especial os juízes, têm poder de definição de condutas e pessoas e, por isso, são responsáveis pela criminalização? c) por fim, o crime e a contravenção penal podem ser concebidos como realidades concretas definidas como tais nas sentenças penais condenatórias?

A hipótese que se apresenta a esse problema pode assim ser resumida: a) a sentença penal condenatória, desde que transitada em julgado, constitui a realidade criminal em sentido estrito, sendo, pois, também, constitutiva, uma vez que, além de qualificar uma conduta como crime ou contravenção penal, modifica o estado jurídico do autor dessa conduta, passando-o de inocente a culpado; b) os agentes do sistema penal, especialmente os juízes, têm parcela importante de responsabilidade na definição dessas realidades, pois são estes que, nas suas sentenças condenatórias, definem, concretamente, determinadas condutas como crimes ou contravenções penais e seus autores como criminosos ou contraventores, passando estes, após o trânsito em julgado dessas sentenças, a ser considerados culpados; c) o crime e a contravenção penal passam a ser concebidos como realidades concretas definidas como tais nas sentenças penais condenatórias transitadas em julgado.

O objetivo geral da presente pesquisa é, portanto, demonstrar, a partir da constitutividade da linguagem jurídico-penal, a constitutividade da sentença penal condenatória, isto é, que o crime ou a contravenção penal e o criminoso ou o contraventor são realidades constituídas, pelos juízes, nessas sentenças, uma vez que somente elas podem imprimir modificação no *status* pessoal do acusado, passando este de inocente a culpado.

Mais especificamente, a pesquisa tem por objetivo: 1) discorrer: a) sobre a linguagem jurídico-penal como objeto de estudo; b) sobre os paradigmas relacionados à linguagem e suas aplicações aos âmbitos jurídico e jurídico-penal; c) sobre as distinções entre a linguagem jurídico-penal objeto e a metalinguagem jurídico-penal e sobre as estruturas básicas que compõem essa metalinguagem; d) sobre as relações entre a linguagem e a realidade, confrontando as idéias de pré-constitutividade da realidade e de constitutividade da linguagem jurídico-penal; e e) sobre a configuração da sentença penal; e 2) demonstrar: a) a distinção entre a preparação da constituição da realidade criminal e a constitutividade da sentença penal condenatória; b) o poder de definição dos agentes do sistema penal, especialmente dos juízes, bem como a sua responsabilidade na criminalização de condutas e pessoas; e c) a modificação nas concepções de crime e de contravenção penal, que passam a ser compreendidos como realidades definidas como tais nas sentenças penais condenatórias, concepções estas inseridas no âmbito do pragmatismo ou, mais especificamente, do realismo jurídico.

Essa é a contribuição original que a presente tese pretende dar ao mundo do conhecimento, de modo a corresponder ao dito por Eco, quando afirma que, no campo humanista, quando se fala em “descoberta”, está se falando em “descobertas mais modestas, considerando-se resultado ‘científico’ até mesmo uma maneira nova de ler e entender um texto clássico, a identificação de um manuscrito que lança nova luz sobre a biografia de um autor, uma reorganização e releitura de estudos precedentes que conduzem à maturação e sistematização das idéias que se encontravam dispersas em outros textos”.¹

¹ ECO, Humberto. *Como se faz uma tese*, p. 2.

A presente pesquisa, que tem caráter multidisciplinar e se orienta pelo paradigma da linguagem, adota, como método de abordagem, o dedutivo, pois, partindo de bases filosóficas, criminológicas e jurídicas gerais sobre a linguagem e sobre o processo de criminalização, procura demonstrar, especificamente, a constitutividade da sentença penal condenatória. Enquanto os métodos de procedimento são o descritivo e o argumentativo, a técnica de pesquisa é a bibliográfica, construindo-se as descrições e os argumentos a partir das mais de 430 fontes pesquisadas, de autores tanto nacionais quanto estrangeiros.

A pesquisa é importante para o mundo científico, pois, ao discorrer sobre a linguagem do processo de criminalização e ao demonstrar a constitutividade da sentença penal condenatória, possibilita uma compreensão mais precisa acerca dos pré-julgamentos e juízos paralelos que ocorrem nos processos informais e formais de definição ou qualificação de condutas e pessoas; possibilita, também, visualizar o momento exato em que surgem, como realidades criminais estritas, o crime ou a contravenção penal e o criminoso ou o contraventor; permite constatar, ainda, a responsabilidade das pessoas em geral, dos meios de comunicação de massa e, sobretudo, dos agentes do sistema penal, especialmente dos juízes, na atribuição das qualificações de crimes ou contravenções penais às condutas concretas, e de criminosos ou contraventores aos seus autores; finalmente, oferece uma contribuição importante para uma concepção pragmática e realista de crime e de contravenção penal, que podem ser tidos como realidades concretas definidas como tais nas sentenças penais condenatórias transitadas em julgado.

Intitulada "*Linguagem e criminalização: a constitutividade da sentença penal condenatória*", a tese está dividida em três partes, a primeira com três capítulos, a segunda, com dois e a terceira, também, com dois, totalizando sete capítulos, com numeração sequencial única. Em termos gerais, a primeira parte, como o seu título indica, busca realizar uma introdução ao estudo da linguagem jurídico-penal, discorrendo sobre essa linguagem como objeto de estudo, sobre o paradigma da linguagem e as suas aplicações nos âmbitos jurídico e jurídico-penal e sobre a metalinguagem jurídico-penal. Na segunda parte, confrontam-se as ideias de pré-constitutividade da realidade em face da linguagem e de constitutividade da

linguagem jurídico-penal em face da realidade. Na terceira parte, procura-se demonstrar a constitutividade da sentença penal condenatória, ponto culminante da presente tese, da qual decorre o poder de definição dos juízes e uma concepção realista de crime e de contravenção penal.

Mais detalhadamente, o primeiro capítulo procura apresentar a linguagem jurídico-penal como objeto de estudo, discorrendo sobre a configuração da linguagem jurídico-penal e sobre os aspectos relacionados ao seu estudo. O segundo capítulo busca conceituar e distinguir os paradigmas do ser, da consciência ou do sujeito e da linguagem e discorrer sobre as suas aplicações, respectivamente, nos âmbitos jurídico e jurídico-penal. O terceiro capítulo estabelece uma distinção entre a linguagem jurídico-penal objeto e a metalinguagem jurídico-penal e descreve as principais categorias desse nível metalinguístico. Já no âmbito da segunda parte, o quarto capítulo trata da pré-constitutividade da realidade e da linguagem designativa nos âmbitos geral, jurídico e jurídico-penal. O quinto capítulo, por sua vez, destina-se a discorrer, especificamente, sobre a criminalização primária e a constitutividade da linguagem, também nos âmbitos geral, jurídico e jurídico-penal. Pertencente à terceira parte, o sexto capítulo trata dos aspectos gerais da criminalização secundária, da preparação da constituição da realidade criminal e da relação entre essa preparação, o princípio do estado de inocência e o poder de definição dos agentes do sistema penal na preparação da constituição dessa realidade. Por fim, o sétimo capítulo, ponto culminante da presente tese, trata da configuração da sentença penal e da demonstração da constitutividade da sentença penal condenatória, da qual decorre o poder de definição dos juízes, a responsabilidade destes na criminalização de condutas e pessoas e, por fim, o surgimento de uma concepção pragmática e realista de crime ou contravenção penal.

PARTE I

UMA INTRODUÇÃO AO ESTUDO DA LINGUAGEM JURÍDICO-PENAL

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Embora o tema específico desta tese seja a constitutividade da sentença penal condenatória, por ser esta, também, um ato de linguagem, está esse tema inserido num campo mais amplo que é a linguagem jurídico-penal ou da linguagem do processo de criminalização, razão pela qual se impõe, num primeiro momento, uma introdução ao seu estudo, ou seja, a sua apresentação como objeto da investigação.

Por isso, esta parte está dividida em três capítulos, apresentando-se, no primeiro, uma configuração da linguagem jurídico-penal, ou seja, a sua conceituação, as suas funções, os seus tipos e as suas formas, assim como os aspectos relacionados às divisões, dimensões e importância do seu estudo.

O segundo capítulo, por sua vez, discorre sobre o paradigma da linguagem, confrontando-o com os paradigmas do ser e da consciência ou do sujeito, e suas aplicações no âmbito jurídico e, especificamente, no campo jurídico-penal, o que constitui o marco teórico da presente tese, porquanto o seu objeto pode ser abordado por diferentes modelos do pensamento.

O terceiro capítulo, por fim, aborda, especificamente, a metalinguagem jurídico-penal, isto é, a linguagem que se usa para falar da linguagem jurídico-penal objeto, fazendo-se, num primeiro momento, uma distinção entre esses dois níveis da linguagem, para, no momento seguinte, tratar dos elementos estruturais da metalinguagem jurídico-penal, especialmente do indivíduo, da sociedade, do Estado e do direito de punir; da norma e da lei penal e processual penal; do fato punível; da sanção penal; da vítima e do criminoso; e, por fim, do processo penal e das relações processuais penais.

Capítulo I A LINGUAGEM JURÍDICO-PENAL COMO OBJETO DE ESTUDO

Apresentação

Este capítulo tem o propósito de, tão-somente, apresentar a linguagem jurídico-penal como objeto de estudo, realizando uma descrição dos seus principais traços, a fim de que se possa ter uma ideia do objeto pesquisado, que, por ser demais amplo e preocupação de várias ciências e disciplinas, exige que seja configurado, possibilitando uma melhor compreensão do tema. Para que esse objetivo seja alcançado, o presente capítulo está dividido em duas seções, estando a primeira voltada à configuração da linguagem jurídico-penal e a segunda, aos aspectos que se relacionam, especificamente, ao estudo dessa mesma linguagem.

Seção I Configuração da linguagem jurídico-penal

É necessária uma configuração da linguagem jurídico-penal, uma vez que esta é o objeto mais amplo da presente tese, no qual se inserem os seus objetos mais específicos, ou seja, a sentença penal condenatória e a sua constitutividade, que serão objetos de estudos da terceira parte, mas que não podem ser compreendidos sem um conhecimento prévio dos principais aspectos caracterizadores da linguagem jurídico-penal. Dividida esta seção em quatro subseções, destina-se a primeira à conceituação da linguagem jurídico-penal, enquanto as demais tratam, respectivamente, das funções, dos tipos e das formas dessa mesma linguagem.

Subseção I

Conceituação de linguagem jurídico-penal

A obtenção de um conceito específico sobre a linguagem jurídico-penal depende de que se parta da noção de linguagem geral, na qual todas as linguagens se inserem, e se passe ao campo mais específico da linguagem jurídica, ao qual também pertence a linguagem jurídico-penal.

As concepções acerca da linguagem humana, no curso da história, podem ser sintetizadas, segundo Koch, em três princípios, ou seja, como representação ou “espelho” do mundo e do pensamento; como instrumento ou “ferramenta” da comunicação; e, por fim, como forma ou “lugar” de ação ou interação.² Isso não impede que a linguagem, em seu sentido geral,³ seja compreendida, entre outros, como sendo um fenômeno físico, fisiológico, mecânico, psicológico ou nervoso, uma vez que o seu estudo envolve várias e diferentes áreas. Carnap, um dos principais expoentes do neopositivismo lógico,⁴ segundo Warat, afirma que a linguagem é um sistema de sons e hábitos produzidos por meio dos órgãos correspondentes ou por qualquer outro meio, independentemente do material

² KOCH, Ingedore Villaça. *A inter-ação pela linguagem*, p. 7.

³ A designação da linguagem como “geral” está relacionada à amplitude da comunicação que, no caso, abrange todos os seres.

⁴ O neopositivismo (ou simplesmente positivismo) lógico, empirismo, empirismo lógico, empirismo científico ou empirismo contemporâneo ou, ainda, filosofia analítica é uma corrente do pensamento lógico que nasceu no Círculo de Viena por volta dos anos vinte do século XX, influenciado pelo liberalismo, pelas ideias iluministas, pelo o empirismo, pelo o utilitarismo, pelo espírito antimetafísico e pelo movimento do livre-comércio oriundo da Inglaterra, constituindo-se num movimento de reação à filosofia idealista e especulativa que estava presente e dominava as universidades alemãs. O neopositivismo foi constituído por um grupo de intelectuais que se propunham a estudar diversos assuntos, sobretudo as questões relacionadas à lógica, à linguagem e às ciências em geral, podendo-se citar, como seus integrantes, Otho Neurath, Philip Frank, Moritz Schilick, Rudolf Carnap, Karl Popper, Hans Hahn e outros. Os posicionamentos do Círculo de Viena tiveram como pressupostos, dentre outros, os escritos de Charlos Sanders Peirce, Gottlob Frege e Ludwig Wittgenstein, considerando-se, quanto a este, o seu primeiro período, identificado como o do *Tratado Lógico-filosófico*. Segundo Pasquinelli, os vienenses buscavam circunscrever – mediante a crítica linguística da teologia e da metafísica – o campo do conhecimento ao domínio do conhecimento empírico, o que “constitui, por um lado, uma renovada forma de positivismo ou empirismo”, enquanto, por outro, “atinge uma profunda originalidade relativamente à tradição psicologizante da própria gnoseologia empírico-positivista”, uma vez que reivindica “como instrumento sistemático de clarificação filosófica o método da análise lógica da linguagem, por Russel e Wittgenstein apenas esboçado” (PASQUINELLI, Alberto. *Carnap e o positivismo lógico*, p.12).

utilizado, que tem o propósito de servir de comunicação entre as pessoas, influenciando em seus atos, decisões e pensamentos.⁵

Ao mesmo tempo em que reconhece a complexidade do sistema de linguagem, Kristeva é um pouco mais explícita, dizendo ser a linguagem “uma cadeia de *sons* articulados, mas também uma rede de *marcas* escritas (uma escrita), ou um jogo de *gestos* (uma gestualidade)”, e, mais que isso, “é um processo de comunicação de uma *mensagem* entre dois sujeitos falantes pelo menos, sendo um o *destinador* ou o emissor, e o outro, o *destinatário* ou o receptor”.⁶

A expressividade é algo que, no dizer de Berger e Luckman, está ao dispor de todos os homens, que produz, em meio a tantas atividades, sinais que se agrupam em um certo número de sistemas, havendo, entre outros, sinais gesticulatórios, vários artefatos materiais e sinais vocais. A linguagem é considerada o mais importante “sistema de sinais vocais” da sociedade humana, cujo fundamento está “na capacidade intrínseca do organismo humano de expressividade vocal”. Contudo, somente se pode falar em linguagem quando as expressões vocais tornarem-se capazes de se destacar dos estados subjetivos imediatos para integrarem as objetivações comuns da vida cotidiana. Isso somente é possível na linguagem, já que é por meio desta que o homem se relaciona com os semelhantes, sendo, por isso, essencial a compreensão da linguagem para a compreensão da realidade da vida cotidiana.⁷

Delineia-se, assim, um conceito de linguagem geral como um sistema de sinais sonoros, gráficos e gestuais que tem o propósito de possibilitar a comunicação entre as pessoas, influenciando em seus pensamentos e ações.

Na busca de um conceito de linguagem, não se pode fugir à distinção existente entre a linguagem, a língua e a fala. Para Saussure, enquanto a linguagem (*language*) é própria da humanidade, uma vez que todos os homens possuem capacidade de linguagem, que lhes é dada pela natureza, a língua (*langue*) é própria de uma sociedade que a pratica como algo adquirido e

⁵ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*, p. 38.

⁶ KRISTEVA, Julia. *História da linguagem*, p. 19-21.

⁷ BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*, p. 53-57.

convencional; a fala (*parole*), por fim, há de ser concebida de indivíduo para indivíduo e com caracteres físico-psíquicos.⁸

Essa distinção, no entanto, não é pacífica, pois, na teoria dos atos de fala,⁹ é possível perceber que esta e a língua são inseparáveis, isto é, a língua tem a fala dentro de si, pois é pragmática, sendo necessário concluir, portanto, que o estudo da língua não pode esgotar o estudo da linguagem, o que deixa evidenciado que esta é uma realidade complexa e que a linguística é apenas uma das disciplinas que dela se ocupam.

É necessário ressaltar, ainda, que, segundo Orlandi, o espaço da linguagem é estabelecido a partir da ideia de silêncio, de modo que, para entender a linguagem é preciso entender o silêncio,¹⁰ embora este não seja diretamente observável, diversamente daquela, que pressupõe a transformação de significantes em significados apreensíveis e verbalizáveis.¹¹

Para a obtenção de um conceito de linguagem jurídica,¹² bastaria acrescentar que essa comunicação tem uma relação específica com o fenômeno jurídico, o que abrange as normas, as proposições, os atos de linguagem e os discursos jurídicos, sobre os quais os juristas, os intérpretes, os profissionais do direito, enfim, as pessoas de modo geral irão se debruçar para, em relação a esse fenômeno, transmitir algo às demais pessoas. Ao realizar essas atividades, as pessoas utilizam a linguagem, que seria, nessa concepção, um meio ou instrumento a serviço da veiculação de sentido dessas normas e proposições.

Nessa relação da linguagem com o direito, explica Carrió, aquela “tem basicamente as mesmas características que as linguagens naturais”, sendo a

⁸ SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*, p. 17, 18, 19, 22 e 27. Também compreendendo a linguagem como uma característica da espécie humana, Gusdorf afirma que, enquanto a língua corresponde a “um sistema de expressão falada, particular a uma comunidade ou outra”, a fala é uma “afirmação da pessoa”. (GUSDORF, Georges. *A fala*, p. 6).

⁹ Ver §3º da Subseção I da Seção II deste Capítulo; Subseção III da Seção I do Capítulo II; e §2º da Subseção II da Seção I do Capítulo V.

¹⁰ Segundo Orlandi, “o silêncio significa de múltiplas maneiras e é o objeto de reflexão de teorias distintas: de filósofos, de psicanalistas, de semiólogos, de etnólogos, e até mesmo os linguistas se interessam pelo silêncio sob a etiqueta da elipse e do implícito. Além disso, há silêncios múltiplos: o silêncio das emoções, o místico, o da contemplação, o da introspecção, o da revolta, o da resistência, o da disciplina, o do exercício do poder, o da derrota da vontade etc.” (ORLANDI, Eni Puccineli. *As formas do silêncio*, p. 42).

¹¹ ORLANDI, E. P. *Op. Cit.* p. 29, 29, 32 e 33.

¹² A designação da linguagem como jurídica está relacionada à amplitude limitada da sua comunicação que, no caso, abrange somente o direito, sendo, portanto, uma espécie da linguagem geral.

linguagem normativa definida como a linguagem que é usada, entre outros, para realizar atos, tais como proibir, autorizar, exercer críticas de certos tipos, escusar, justificar, atribuir ou reconhecer direitos, afirmar ou negar a competência, o dever, o direito ou a responsabilidade de alguém, ou, ainda, para impor deveres ou obrigações e afirmar acerca da transgressão ou do mérito de alguém.¹³ É por isso que, para Capella, “a linguagem é um elemento necessário (ainda que não único nem suficiente em si mesmo) para a existência de normas”, ou seja, “não há normas, do tipo que seja, sem alguma espécie de comunicação linguística”.¹⁴

Num caminhar em direção à especificidade, é possível deduzir, a partir do que foi dito sobre as linguagens geral e jurídica, que a linguagem jurídico-penal é a que se relaciona com o fenômeno criminal, mesmo que esse fenômeno possa ser compreendido de diversas formas e pontos de vista.

É necessário ponderar que o fenômeno criminal é uma realidade da qual não se pode fugir, pois as notícias sobre a ocorrência de comportamentos que são ou podem ser considerados crimes ou contravenções penais são transmitidas, diariamente, dos diversos pontos da aldeia global, de modo que, em tempo real, é possível fazer com que, quem não esteja envolvido ou próximo do local de tais fatos, possa sentir os efeitos psicológicos de tais práticas. Por outro lado, há diversos segmentos de pessoas que exercem atividades práticas ou teóricas relacionadas com esse fenômeno, ou que se interessam, direta ou indiretamente, por ele, pensando, conversando, sofrendo, procurando contra ele reagir ou mesmo dele extrair alguma vantagem.

Tanto em relação ao fenômeno criminal abstrato, do qual se ocupa, sobretudo, a linguagem jurídico-penal extraprocessual, quanto em relação ao fenômeno criminal concreto, objeto da linguagem jurídico-penal processual, há uma configuração própria da linguagem jurídico-penal, compreendendo palavras que são usadas, quase exclusivamente, em contextos e com sentidos próprios, tais como nas discussões acadêmicas, nas investigações criminais, nos debates

¹³ CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 55 e 238.

¹⁴ CAPELLA, Juan Ramón. *Elementos de análisis jurídico*, p. 52: para Capella, “el lenguaje es un elemento necesario (aunque no único ni suficiente en si mismo) para la existencia de normas”, ou seja, “no hay normas, del tipo que sea, sin alguna especie de comunicación lingüística”.

das lides processuais penais ou nas discussões ocorridas no processo legislativo, exigindo, para a sua adequada compreensão, uma formação intelectual específica.¹⁵

¹⁵ É necessário ressaltar o caráter problemático da conceituação da linguagem jurídico-penal, tendo-se em mente que, nem sempre, os conceitos são bem vistos porque implicam uma limitação ou restrição de características relativas ao objeto que se está a conceituar. São produtos da limitada percepção sensorial e intelectual de alguém que procura exteriorizar a sua compreensão sobre algo, distinguindo-o dos demais seres. De qualquer forma, não se pode desprezar a importância dos conceitos, embora, também, não se possa esquecer das suas limitações. Conceituar seria, pois, apresentar um maior número possível de elementos cognitivos relativos a algo, a fim de distingui-los das demais categorias. A importância dos conceitos, contudo, não afasta o seu caráter problemático, o que é perceptível, também, em relação à linguagem, pois, conforme ressalta Kristeva, “cada época ou cada civilização, em conformidade com o conjunto do seu saber, das suas crenças, da sua ideologia, responde de modo diferente e vê a linguagem em função dos moldes que a constituem a si própria” (KRISTEVA, Julia. *História da linguagem*, p. 17-18), razão pela qual, a pergunta sobre “O que é a linguagem jurídico-penal?” remete à outra pergunta, ou seja, “Como é que a linguagem jurídico-penal pode ser pensada?”. Desnuda-se, assim, um dos problemas da conceituação de linguagem, isto é, a sua historicidade, uma vez que esse conceito tem uma determinação espaço-temporal. Essa relatividade histórica está relacionada a um outro problema que, segundo Apel, é o fato desta ter-se tornado “uma preocupação comum a quase todas as escolas e disciplinas (e possivelmente a única preocupação que elas todas têm em comum)”, formando-se um “emaranhado babilônico de linguagem entre as diversas tendências e disciplinas da filosofia contemporânea”. (APEL, Karl-Otto. *Transformação da filosofia II*, p. 375). Entre essas diversas tendências e disciplinas encontram-se a linguística, a semiologia e a filosofia. A linguística, segundo Searle, é um método que tenta “resolver problemas filosóficos particulares examinando o emprego corrente de certas palavras ou de certos elementos no interior de uma dada língua” e procurando “descrever as estruturas reais – fonológica, sintática e semântica – das línguas naturais”. (SEARLE, John R. *Os actos de fala*, p. 10 e 11). Rocha complementa, ressaltando que o objeto da linguística se restringe “às significações denotativas dos termos e às suas condições semânticas e sintáticas”, o que significa dizer que “ignora os efeitos políticos da própria significação”, isto é, “o poder do discurso”. A semiologia, por sua vez, está preocupada com “os lugares não teorizados pela linguística”, voltando-se, pois, ao estudo dos “processos de produção e mutação das significações conotativas (ideológicas) da comunicação social”, ou seja, procura fornecer regras metodológicas para “considerar a natureza do discurso”, para “obter alguns critérios firmes para a interpretação dos discursos e efetuar em torno deles leituras ideológicas” e para “tratar o problema da significação como fenômeno discursivo”. (ROCHA, Leonel Severo. *A problemática jurídica*, p. 35). A filosofia da linguagem, por fim, é definida, por Searle, como “a tentativa de fornecer uma descrição filosoficamente esclarecedora para certos traços gerais da linguagem, tais como a referência, a verdade, a significação e a necessidade”, daí porque seus dados vêm, em regra, das línguas naturais, voltando-se ocasionalmente a sua atenção para as particularidades de uma dada língua. (SEARLE, John R. *Os actos de fala*, p. 10). Esses múltiplos interesses no estudo da linguagem revelam um dos principais problemas da conceituação da linguagem, ou seja, que enfoques tão distintos somente poderiam resultar em conceitos também diferentes de linguagem, cada um voltado a atender aos seus objetivos específicos. No campo específico do direito, o estudo da linguagem jurídica também tem ocupado espaço, sobretudo no que diz respeito às teorias da argumentação e da interpretação jurídica, o que confirma a multiplicidade de interesses também nesse campo, confirmando a relatividade da conceituação de linguagem em face desses diversos interesses. Além disso, a linguagem jurídica tem múltiplas faces, como, por exemplo, as linguagens legislativa e científica, relacionadas a situações imaginárias ou não concretas. A propósito, é importante conferir as pesquisas realizadas sobre argumentação em geral e sobre a argumentação jurídica em especial, bem como sobre a interpretação jurídica, entre as quais estão os seguintes estudos: PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*; ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*; ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teoria da argumentação jurídica*; Perelman, Loulmin, MacCormick, Alexy e outros; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica dos casos mais difíceis*; GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*; MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da argumentação jurídica e nova retórica e Filosofia do*

Subseção II

Funções da linguagem jurídico-penal

A linguagem exerce várias funções, entre as quais a designativa, a prescritiva, a expressiva, a fática, a metalinguística, a de fabulação, a de dominação e a poética. A especificação dessas distintas funções leva em consideração, sobretudo, que o processo linguístico, segundo Jakobson, está relacionado com o envio, pelo “remetente”, de uma “mensagem” ao “destinatário”, em um certo “contexto”, que nada mais é do que o “referente”, com base em “código”, que é, parcial ou totalmente, comum ao remetente e ao destinatário, e

direito: decisão judicial e teoria da argumentação jurídica; ARISTÓTELES. Da interpretação; BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*: teoria geral e dogmática; GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*; NEVES, A. Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*; STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito; e MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. No âmbito jurídico-penal, essas múltiplas faces podem ser percebidas no campo científico, por exemplo, na dificuldade, muitas vezes encontradas, no diálogo entre a antropologia criminal, a sociologia criminal e a psicologia criminal que, nem sempre, levam em consideração os conceitos jurídicos relativos ao fenômeno criminal e vice-versa, resultando, assim, na elaboração de conceitos diversificados sobre esse fenômeno. Também a linguagem processual ou a linguagem relacionada aos casos concretos é multifacetada, apresentando-se de forma mais diversificada ainda, em face da pluralidade de pessoas envolvidas, direta ou indiretamente, nos diversos casos, como as vítimas e testemunhas e os jornalistas, assim como os agentes do sistema penal, como policiais, membros do Ministério Público, advogados, juízes, peritos e serventuários da justiça. A linguagem desses profissionais tem conteúdo e funções próprias, havendo, pois, linguagens que se situam no âmbito da linguagem comum ou popular, linguagens jornalísticas, linguagens oficiais, linguagens processuais, linguagens extraprocessuais, linguagens científicas, linguagens jurídicas e linguagens não jurídicas, o que evidencia as muitas facetas da linguagem jurídico-penal. Essas múltiplas faces da linguagem jurídico-penal ampliam a diversidade de sentidos dos seus termos, os quais, muitas vezes, são usados num sentido e compreendidos em outro, de modo que, conversar sobre o fenômeno criminal exige um esforço a mais, sendo clara a sensação de se estar vivendo na “Torre de Babel”, uma vez que, não raro, ao falar-se de crime, este é compreendido em sentidos diferentes. A propósito, no terceiro capítulo, tratar-se-á dos conceitos formal, material e analítico de fato punível, assim como das concepções metafísicas e criminológicas envolvendo o fenômeno criminal. A possibilidade de conceituar o fato punível ou o fenômeno criminal em perspectivas diferentes propicia essa incompreensão, pois o locutor não antecipa, em relação a sua fala, em que perspectiva está empregando esta ou aquela palavra ou expressão. É somente no desenrolar da conversa ou no contexto da afirmação que essas incompreensões podem ser esclarecidas, embora isso nem sempre ocorra, resultando, muitas vezes, na ausência de concatenação entre o locutor e o ouvinte. A diversidade de conceitos sobre um mesmo termo, a infinidade de requisitos ou elementos constitutivos de uma categoria criminal e os inúmeros paradigmas que orientam o pensamento criminal, tanto no âmbito criminológico quanto no jurídico, causam conflitos de linguagem. Segundo Carrió, a existência de discrepâncias e disputas não desprezíveis entre os juristas decorre da “falta de clareza acerca de como devem tomar-se certos enunciados que tipicamente aparecem na teoria jurídica”.(CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 25). É possível concluir, assim, que essa diversidade terminológica e de conteúdos no âmbito da linguagem jurídico-penal dificulta muito a busca de uma conceituação mais precisa acerca dessa mesma linguagem.

por meio de um “contato”, que é um canal físico e uma conexão psicológica entre esse remetente e o destinatário. Com exceção das funções de fabulação e de dominação, tais funções são depreendidas da ênfase que se atribui a cada um desses aspectos no processo linguístico.¹⁶

§1º. A função designativa ou descritiva da linguagem jurídico-penal

É em face da sua função designativa, também denominada função descritiva, referencial, denotativa, cognitiva, informativa, significativa ou denominativa, que, segundo Warat, a linguagem veicula “um sentido articulável com os objetos do mundo”,¹⁷ procurando, no dizer de Bobbio, “fazer conhecer”, dando informações, comunicando aos outros certas notícias e transmitindo o saber.¹⁸ Essa busca pelo significar, pelo descrever e pelo designar ou denominar realidades, segundo Dip,¹⁹ traz consigo uma preocupação apofântica, pois o seu resultado é suscetível de verificação ou de falsificação.

Essa função, por estar centrada no referencial, explica Chalhub, “tenta uma relação e uma aproximação mais diretas entre o termo e o objeto”,²⁰ sendo possível de ser percebida, por exemplo, ao ler-se as notícias de um jornal, organizadas de maneira objetiva e com verbos na terceira pessoa, com a finalidade de informar, resultando evidente que, na organização da mensagem, o referente exerce uma função principal.²¹

A função descritiva é muito usada na linguagem dos estudiosos do direito, que procuram descrever o conteúdo do direito positivo, explicando-o e possibilitando o seu conhecimento, tanto que, como diz Simon, “uma das funções

¹⁶ JAKOBSON, Roman. *Linguística e comunicação*, p. 122-129. No que diz respeito, especificamente, à linguagem jurídica, Capella ressalta as funções prescritiva e descritiva, pois é uma linguagem que pode ser usada tanto para “*ditar a norma*” ou para *prescrevê-la* quanto para “*enunciar* ou informar acerca da norma já dada”. (CAPELLA, Juan Ramón. *Elementos de análisis jurídico*, p. 61). De qualquer modo, a referência somente a essas duas funções não afasta que a linguagem jurídica, assim como a linguagem jurídico-penal, exerça, também, as demais funções antes mencionadas.

¹⁷ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*, p. 66.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*, p. 78.

¹⁹ DIP, Ricardo. *Direito penal: linguagem e crise*, p. 19.

²⁰ CHALHUB, Samira. *Funções da linguagem*, p. 9.

²¹ CHALHUB, Samira. *A metalinguagem*, p. 14.

da ciência do direito é o uso de uma linguagem clarificadora”,²² de modo a aproximar-se do objeto, isto é, dos textos normativos, que, estabelecendo o “dever-ser” ou o devido, para os estudiosos, são o “ser” do direito ou o referente.

No âmbito da linguagem jurídico-penal, essa função está presente, entre outras, na lei penal, mais precisamente no tipo penal incriminador, compreendido, conforme Tavares, “como a descrição objetiva e neutra do desenrolar de uma conduta, prevista na lei penal”,²³ que tem por objetivo dar a conhecer aos destinatários da norma penal as condutas (ações e omissões) abstratas e imaginárias que não devem ser praticadas. Essa função descritiva também é exercida pela doutrina, que compreende tanto os tratados jurídico-penais quanto as demais obras que buscam atribuir sentido aos textos legislativos, os quais são convertidos em objetos de descrição da dogmática penal. Por fim, essa mesma função é claramente percebida no processo penal, desde o seu início até o seu final, quando se procuram elementos descritivos de um caso concreto, entre outros, por meio de interrogatórios, declarações das vítimas, depoimentos testemunhais, levantamentos de local e exames periciais.²⁴ Esses elementos descritivos passam a integrar as descrições dos relatórios policiais,²⁵ das denúncias ou das queixas,²⁶ que são peças, preponderantemente, descritivas, as alegações das partes técnicas,²⁷ que têm, também, função descritiva, assim como a sentença penal, que tem, entre os seus requisitos, “a exposição sucinta da acusação e da defesa” e “a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”.²⁸

²² SIMON, Henrique Smidt. *Direito, hermenêutica e filosofia da linguagem*, p. 93.

²³ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 134.

²⁴ Ver FIKER, José. *Linguagem do laudo pericial*.

²⁵ O Código de Processo Penal brasileiro, em seu artigo 10, §§ 1º e 2º, estabelece que “a autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará os autos ao juiz competente”, podendo “indicar testemunhas que não tiverem sido inquiridas, mencionando o lugar onde possam ser encontradas”.

²⁶ O Código de Processo Penal brasileiro, em seu art. 41, estabelece que “a denúncia ou a queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimento pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário o rol de testemunhas”.

²⁷ A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 -, em seu art. 43, III, estabelece como dever do membro do Ministério Público, entre outros, “indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais, elaborando relatório em sua manifestação final ou recursal”. Nesses relatórios devem ser inseridos tanto os elementos descritivos do caso objeto do processo quanto os elementos descritivos do processo.

²⁸ Código de Processo Penal brasileiro, art. 381, II e III.

§2º. A função prescritiva da linguagem jurídico-penal

A função prescritiva, também denominada conativa, apelativa ou diretiva é a que, segundo Warat, visa “provocar conexões de sentido, destinadas a atuar sobre o comportamento futuro do receptor”,²⁹ consistindo, no dizer de Bobbio, em “fazer fazer”, por meio, entre outros, de comandos, conselhos, recomendações e advertências.³⁰ Essa função está centrada no destinatário, pois, segundo Chalhub, pela linguagem ou, mais precisamente, por meio de uma ordem, de uma exortação, de um chamamento ou invocação ou de uma saudação ou súplica, o emissor tenta fazer-se notar pelo destinatário,³¹ como ocorre, por exemplo, na linguagem da propaganda, que visa induzir o receptor a consumir o objeto.³²

A função prescritiva está mais evidente nos textos normativos, mas é percebida, também, nos pareceres jurídicos e nas decisões judiciais, ou seja, nos enunciados das proposições prescritivas, que estabelecem o “dever-ser”, sendo percebida, no âmbito da linguagem jurídico-penal, portanto, tanto na lei penal quanto na doutrina, na jurisprudência e nos atos processuais penais.

No âmbito da linguagem jurídico-penal, segundo Santos, esta função está encerrada no tipo penal, cuja descrição busca direcionar a conduta das pessoas em geral para fora da proibição ou para dentro da permissão. Além disso, o tipo penal influencia positivamente os agentes do sistema penal, fazendo com que estes realizem a criminalização secundária,³³ atribuindo as condutas aos supostos autores, e negativamente, impedindo-os, em face da sua função de garantia, de realizar a repressão penal fora dos limites legais.³⁴

A linguagem jurídico-penal também exerce uma função diretiva da atividade científica, especialmente dos cientistas do direito penal, em face, sobretudo, da

²⁹ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*, p. 66.

³⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*, p. 78. Na direção de condutas, explica Dip, distinguem-se as funções imperativa propriamente dita, em que está ausente a possibilidade de aferição acerca da verdade ou falsidade da proposição; estimativa, que possibilita um juízo de valor; e normativa, em cujo âmbito se encontram as prescrições. (DIP, Ricardo. *Direito penal: linguagem e crise*, p. 19).

³¹ CHALHUB, Samira. *Funções da linguagem*, p. 22.

³² CHALHUB, Samira. *A metalinguagem*, p. 14.

³³ Essa categoria é aprofundada na Subseção III da Seção III do Capítulo II.

função de fundamentação do tipo penal, uma vez que este, no dizer de Santos, apresenta a estruturação dos seus elementos objetivos e subjetivos, descritivos e normativos.³⁵ Essa função prescritiva exercida pelos textos legislativos está presente, também, na linguagem dos tratados de direito penal e processual penal e nas opiniões dos doutrinadores, cujas obras acabam conferindo sentido aos textos normativos e sendo observados com tanta fidelidade quanto as disposições constitucionais e legais.

A função prescritiva se faz presente, ainda, nas decisões reiteradas dos tribunais, isto é, na jurisprudência, cuja linguagem está mais próxima da normativa do que da científica ou descritiva, em face do caráter vinculante de parte dessas decisões³⁶, o que, de fato, verifica-se, também, em relação aos precedentes das correntes majoritárias.

A linguagem jurídico-penal usada nos atos praticados no âmbito do processo penal também é caracterizada por essa intenção de dirigir ou influenciar alguém, como é possível perceber, entre outros, nos boletins de ocorrência, nos requerimentos, nas representações, nas requisições de investigação, nas denúncias, nas queixas, nas petições de modo geral, nas ordens de intimação, nos depoimentos, nos laudos periciais, nas certidões cartoriais, nas alegações das partes técnicas e nas sentenças. Assim, por exemplo, enquanto as requisições de inquérito policial buscam fazer com que o destinatário realize a investigação criminal, a dedução da acusação tem por objetivo fazer com que o juiz a receba, instaurando-se a relação processual.

§3º. A função expressiva da linguagem jurídico-penal

A função expressiva ou emotiva da linguagem, segundo Warat, “indica as conexões valorativas e as emoções que os termos podem transmitir”,³⁷ consistindo, no dizer de Bobbio, em “fazer participar aos outros uma certa situação

³⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*, 1985, p. 34.

³⁵ SANTOS, J. C. *Op. Cit.*, p. 34.

³⁶ A Constituição da República Federativa do Brasil, no seu art. 103-A, dispõe sobre as súmulas vinculantes, que têm função nitidamente prescritiva.

³⁷ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*, p. 66.

sentimental”, ou seja, “em evidenciar certos sentimentos e em tentar evocá-los”.³⁸ Em suma, essa função da linguagem possibilita expressar sentimentos, paixões e emoções.

Centrada no emissor ou, segundo Jakobson, na “atitude de quem fala em relação àquilo de que está falando”,³⁹ essa função da linguagem, conforme Chalhub, “deixa transparecer as intenções do seu dizer”, caracterizando-se pela subjetividade, pelo modo de falar, pela conjugação de verbos na primeira pessoa do singular e pelo uso de interjeições, de adjetivos e de sinais de exclamação e reticências, que revelam o ponto de vista do emissor, como ocorre, por exemplo, nas canções populares, nas novelas e na pintura expressionista,⁴⁰ ou mesmo nas mensagens lidas na primeira pessoa do singular ou que exprimem valores biográficos.⁴¹

A função emotiva ou expressiva também se faz presente nas linguagens jurídica e jurídico-penal, tanto no âmbito processual quanto no extraprocessual. Extraprocessualmente, as intenções pessoais ou subjetivas dos emissores em relação aos seus conteúdos podem ser constatadas na linguagem utilizada dos “empresários morais”⁴² e dos legisladores nas discussões ocorridas no processo de produção da lei em geral e da lei penal em especial, bem como na defesa de teses e opiniões doutrinárias, especialmente nos meios de comunicação de massa. A linguagem legislativa, muitas vezes, está repleta de subjetividades, o que pode ser percebido pela utilização de verbos em primeira pessoa do singular e pela presença de recursos retóricos que revelam mais a relação do locutor com a sua própria fala do que com o referente do seu discurso.⁴³ Processualmente, a

³⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*, p. 78.

³⁹ JAKOBSON, Roman. *Linguística e comunicação*, p. 122-123.

⁴⁰ CHALHUB, Samira. *Funções da linguagem*, p. 17-18.

⁴¹ CHALHUB, Samira. *A metalinguagem*, p. 14.

⁴² O “empresário moral”, que pode ou não ser um legislador, segundo Becker, é “o protótipo do criador de regra”, pois é pessoa que “se interessa pelo conteúdo das regras”, uma vez que “as regras existentes não o satisfazem porque há algum mal que o perturba profundamente”, de modo que “ele sente que nada pode estar certo no mundo até que as regras sejam feitas para corrigi-lo” (BECKER, Howard. *Empresários morais*, p. 108).

⁴³ A título exemplificativo, é possível extrair do pronunciamento realizado, no dia 10 de julho de 1990, pelo deputado federal Roberto Jefferson, relator do substitutivo que resultou na Lei dos Crimes Hediondos, que a sua preocupação principal não era propriamente com o citado projeto de lei dos crimes hediondos ou assemelhados, mas, sim, com o seu Estado, ou seja, o Rio de Janeiro, e com as disputas políticas com o então governador do Estado, seu rival. Na ocasião, citado Deputado fez severas críticas ao então governador do

função emotiva ou expressiva da linguagem está fortemente presente na linguagem jurídico-penal utilizada nas discussões forenses dos casos concretos, uma vez que, na argumentação realizada no processo penal, sempre há a manifestação da vontade das partes, acompanhada, não raras vezes, da súplica emocionada, assim como a descrição dos fatos, muitas vezes, está impregnada de opiniões pessoais, adjetivos, insinuações e afirmações veementes, frequentemente, negativas sobre a parte contrária ou sobre o relato de testemunhas ou conclusões periciais. Nem mesmo as manifestações nos diversos recursos escapam a essas expressões de apreço ou depreciação, carregadas de adjetivos que muito bem demonstram a intenção dos seus autores. Essa função é facilmente percebida, também, nos julgamentos do tribunal do júri, pois, conforme Bonfim, esse órgão “jamais conseguiu desconectar o coração do cérebro”, tomando conhecimento do caso por intermédio das partes técnicas e, embora a sua visão não deva ser turbada pelas emoções, estas não podem ser

Estado, pela falta de condições materiais e políticas para efetuar o combate ao crime organizado, de modo que “se o Estado do Rio de Janeiro não tem condições materiais, não tem condições políticas para enfrentar o crime organizado neste momento, deve haver, por parte do Governo Federal”. Afirmou, também, esse Deputado, que nada adiantava “ser relator da nova lei que pune crimes hediondos” se, “no Rio de Janeiro, não teria condições, depois de sancionada, de ser cumprida”, concluindo que “o estado de defesa é o único instrumento legal que tem o Ministério da Justiça e o presidente da República, para uma ação em defesa do povo da minha terra”, numa explícita referência ao Governador do Rio de Janeiro, que “confessa falta de condições e incapacidade e, ao mesmo tempo repele a ajuda da Polícia Federal”. Nessa sua fala, o deputado Roberto Jefferson lançou mão, como técnica de persuasão, da sua condição de relator e da sua experiência de advogado, ao dizer que “falo com a autoridade de ter sido relator do substitutivo da nova lei que define e pune os crimes hediondos; falo com a experiência que tenho de 13 anos de militância como advogado criminalista no meu Estado”, deixando transparecer ainda mais a função expressiva da linguagem, ao fazer referência às promessas do então presidente da República Fernando Collor de Mello, no sentido de que, se eleito, o Rio iria à forra. O uso de recursos retóricos, próprios da linguagem emotiva ou expressiva, estão por demais evidenciados, quando diz que “nós estamos precisando lá de uma ação enérgica, para que possamos dar cobro à situação, que, em nosso Estado, infelizmente, põe impune, andando com alforria e liberdade no meio da rua, o bandido e o crime organizado”, situação esta que acaba por prender, “em prisão domiciliar, a família fluminense e a família carioca”. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Discurso proferido no dia 10 de julho de 1990. Elogios à decisão unânime do Senado Federal no sentido da aprovação da nova legislação que define e pune crimes hediondos. Defesa da necessidade de uma legislação ordinária que organize o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, a fim de possibilitar a intervenção nos estados quando se fizer indispensável essa ação. Orador: Deputado Roberto Jefferson. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 11 Jul. 1990. p. 3518-3519). A função emotiva e expressiva da linguagem jurídico-penal pode ser evidenciada, quando se constata a utilização de verbos em primeira pessoa do singular e a presença de recursos retóricos que revelam mais a relação do locutor com a sua própria fala do que com o referente do seu discurso. Esse desvio é fácil de ser verificado, à medida que a legislação aprovada dizia respeito aos crimes hediondos e não ao crime organizado e em face de ter a fala se distanciado dos interesses nacionais gerais para se situar no espectro exclusivo do Rio de Janeiro, sobretudo na relação do Governo desse Estado com o problema do crime organizado.

desconhecidas, pois são as emoções que, por serem o tempero da razão, dão-lhe consistência.⁴⁴

§4º. A função performativa da linguagem jurídico-penal

A função performativa da linguagem, também denominada fática, ilocucional ou perlocucional, é aquela em que, segundo Warat, a linguagem é usada “para fazer algo e não para dizer algo sobre algo”, constituindo, assim, “situações fáticas” e pressupondo “a existência de um órgão dotado de autoridade para significar e de um corpo normativo que habilita o emprego desses termos com a função de constituir situações fáticas”.⁴⁵ Por isso, essa função é, também, denominada constitutiva,⁴⁶ sendo, pois, preocupação da pragmática linguística, que encontra nas formas de vida e nos usos da linguagem a constituição dos sentidos, não se sustentando mais, portanto, no dizer de Ottoni, a cisão entre o sujeito e o objeto, pois, nos estudos da linguagem, não é possível estabelecer linhas divisórias entre o “eu” e o “não-eu”.⁴⁷

A propósito, é em Austin que está a noção mais precisa de performatividade, que decorre da distinção entre enunciados constativos e performativos, ou seja, respectivamente, entre enunciados que, situando-se no campo da “afirmação”, podem ser verdadeiros ou falsos, e outros que, além de não estarem sujeitos a essa avaliação, têm a função de realizar uma ação que não poderia ser realizada, ao menos com uma tal precisão, de nenhum outro modo, como ocorre, por exemplo, em todas as cláusulas em que se diz “eu prometo”.⁴⁸

⁴⁴ BONFIM, Edílson Mougenot. *Júri*, p. 218 e 221. Sobre a oratória do promotor de justiça no plenário do tribunal do Júri, Guerra diz que deve ser uma exposição clara e sincera, sendo a argumentação cerrada e psicológica e a peroração vibrante, enérgica e incisiva (GUERRA, João Baptista Cordeiro. *A arte de acusar*, p. 17). Também Lyra adverte para o fato de que, na sua acusação, o Ministério Público deve pedir mais para ganhar menos, pois “os jurados sempre descontam, muito ou pouco, nos pedidos do Ministério Público”, embora também não se possa igualar a sua fala a um comício (LYRA, Roberto. *Como julgar. Como defender. Como acusar*, p. 57 e 61).

⁴⁵ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*, p. 66.

⁴⁶ A constitutividade da linguagem é o objeto do Capítulo V, razão pela qual, outros aspectos relacionados à formação do pensamento acerca desse importante aspecto da linguagem serão tratados oportunamente.

⁴⁷ OTTONI, Paulo. *Visão performativa da linguagem*, p. 32.

⁴⁸ AUSTIN, John Langshaw Austin. *Performativo-constativo*, p. 111.

Essa função está centrada no contato, no suporte físico ou no canal, pois, segundo Chalhoub, o objetivo da mensagem “é testar o canal, é prolongar, interromper ou reafirmar a comunicação” e não, propriamente, informar significados,⁴⁹ podendo ser percebida, por exemplo, quando, ao telefone, busca-se confirmar o número para o qual se ligou, uma vez que essa confirmação nada mais é do que a verificação do canal da comunicação.⁵⁰

Essa função se faz presente, também, no âmbito da linguagem jurídica, pois, conforme acentua Warat, as normas jurídicas “contêm sempre uma instância performativa”,⁵¹ possível de ser percebida, entre outros, nos atos de promulgação legislativa, nos termos de ratificação, no pronunciamento de expressões destinadas à confirmação de depoimentos, nas escrituras públicas que formalizam atos ocorridos por outros meios, como, por exemplo os compromissos de compra e venda.

No âmbito da linguagem jurídico-penal, a função performativa é facilmente perceptível nos atos praticados pelos agentes processuais, como, por exemplo, na instauração de investigações criminais, no indiciamento, na dedução da acusação, no despacho judicial que recebe a denúncia ou a queixa e na sentença penal condenatória.⁵²

§5º. A função metalinguística da linguagem jurídico-penal

Como se verá no terceiro capítulo e como diz Jakobson, a linguagem pode ser compreendida tanto no seu nível de linguagem-objeto, ou seja, no nível no qual a linguagem é o referente ou o objeto do qual se fala, quanto no seu nível metalinguístico, isto é, no nível no qual a linguagem é usada para se referir à

⁴⁹ CHALHUB, Samira. *Funções da linguagem*, p. 28.

⁵⁰ CHALHUB, Samira. *A metalinguagem*, p. 14. Mais que uma função, essa é uma característica da própria linguagem, pois, como diz Coelho, esta é concebida “como instituição, dentro da qual se formam identidades humanas, e por meio da qual as pessoas estabelecem o mundo em que vivem”, de modo que “as ações, as reações e as interações partilhadas pelas pessoas fornecem a base sobre a qual toda a descrição de nossa vida mental se deve apoiar”, resultando a linguagem colocada “nesse processo vital, como algo firmemente enraizado naquilo que fazemos conjuntamente”. (COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*, p. 68-69).

⁵¹ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*, p. 66.

linguagem.⁵³ Assim, no dizer de Chalhub, a função metalinguística pode ser percebida “quando o emissor e o receptor precisam verificar se o código que utilizam é o mesmo”, o que somente é possível a partir da distinção que existe entre a linguagem-objeto e a metalinguagem, que possibilita estabelecer uma linha entre as funções da linguagem “que se refere à nomeação das coisas”, e a linguagem (metalinguagem) “cujo objeto é a linguagem-objeto”, como ocorre, por exemplo, quando se aprende uma língua ou se traduz uma mensagem de uma língua para outra, que são operações metalinguísticas com códigos.⁵⁴

Transportada a ideia de linguagem-objeto e metalinguagem para o âmbito da linguagem jurídica e levando-se em consideração que os textos normativos encerram uma linguagem normativa, pode-se dizer que esta é a linguagem-objeto e que a linguagem da ciência do direito, por sua vez, é a metalinguagem, pois tem por objeto outra linguagem, que nada mais é do que a linguagem desses textos normativos. Tanto os legisladores quanto os doutrinadores e aplicadores dos textos normativos a estes se referem no processo de comunicação, exigindo-se, assim, que o emissor e o receptor afinem as suas linguagens (metalinguagens), possibilitando uma aproximação entre ambos. Essa aproximação ou afinamento do código nada mais é do que o exercício da função metalinguística da linguagem jurídica.

No âmbito da linguagem jurídico-penal, essa função é exercida pela dogmática penal, que, segundo Andrade, tem, por objeto, o direito penal positivo vigente em dado tempo e espaço, e, por função, “a ‘construção’ de um ‘sistema’ de conceitos elaborados a partir da ‘interpretação’ do material normativo”, uma vez que a sua finalidade é “ser útil à vida, isto é, à aplicação do direito”.⁵⁵ Ora, o direito penal e processual penal positivo vigente, objeto, respectivamente, da dogmática penal e da dogmática processual penal, é a linguagem-objeto, sobre o qual a ciência do direito penal e do direito processual penal constrói conceitos e teorias que, como metalinguagens, cumprem a função metalinguística de aproximar ou de

⁵² Todos esses atos de fala, que serão objeto de abordagem mais aprofundada na terceira parte, representam uma mudança no *status* pessoal do investigado, denunciado, acusado e condenado.

⁵³ JAKOBSON, Roman. *Linguística e comunicação*, p. 127.

⁵⁴ CHALHUB, Samira. *A metalinguagem*, p. 27-28.

⁵⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Ilusão de segurança jurídica*, p. 117.

afinar os códigos utilizados pelos autores dos textos legislativos e dos textos científicos, uma vez que ambos querem transmitir a mesma mensagem.

§6º. A função de fabulação da linguagem jurídico-penal

A função fabuladora da linguagem é aquela que se faz presente, segundo Ross, quando a linguagem é usada para “fazer crer”, por exemplo, quando se apresenta uma ficção ou uma hipótese científica, que, não dependendo de verdade ou falsidade, pode ser aceita como verdadeira ou falsa. Essa é uma função usada com frequência na linguagem natural da vida social, sobretudo quando se diz que os tabus sociais são violados não intencionalmente. Essa função está presente, também, na linguagem jurídica, em que as hipóteses exercem um papel importante tanto na legislação quanto na prática dos tribunais, nos quais são utilizados termos ou enunciados com o único objetivo de fazer crer em determinadas situações inexistentes ou em “ficções”, como, por exemplo, quando “o juiz faz crer que não está modificando a lei, ainda que de fato o esteja, e sabe que o está”.⁵⁶

Em face dessa função de fabulação, explica Warat, é possível “proclamar a defesa abstrata de certos valores, para logo violá-los ou empregá-los na consolidação de outros valores ou interesses topicamente identificados com os que se defende”. Assim, “através da condição fabuladora de sentido, pretende-se fazer acreditar que há uma proteção ao homem em abstrato, esquecendo-se suas condições reais de existência”, como ocorre, por exemplo, com a lei que é concebida “como garantia formal”, mas que “não deixa de ser uma engenhosa fórmula de fabulação”, pois possibilita aceitar que os atos e discursos estatais sejam realizados em nome de uma vontade geral.⁵⁷

A função de fabulação da linguagem jurídica está relacionada, entre outras, com a forma como as leis são produzidas, pois estas são fenômenos políticos, ou

⁵⁶ ROSS, Alf. *Lógica de las normas*, p. 37-40: [...] “un papel importante en la evolución del derecho, tanto en la legislación como en la práctica de los tribunales”. [...] “el juez hace creer que el no está cambiando la ley, aunque de hecho lo está, y sabe que lo está”.

⁵⁷ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*, p. 68-69.

seja, produtos da relação de poder ou fenômenos políticos, uma vez que resultam do embate entre grupos e classes, o que é visível na divisão existente entre os legisladores, que defendem os mais variados interesses, em cujo debate, quase sempre, são vencedores os grupos mais fortes ou os que detêm a maior quantidade de recursos ou o maior poder de influência. Essa função fabuladora é exercida, entre outros, quando os juízes, como meros aplicadores do direito, envolvidos pela ideia de neutralidade, esquecem-se que a lei que eles interpretam não é neutra e, por isso, procuram “fazer crer” que a hipótese que sustentam é neutra, como, por exemplo, quando afirmam que a lei é benéfica a todos.

Essa função torna-se evidente quando, na linguagem jurídica, os criadores do direito e os seus intérpretes, buscando a igualdade, mantêm a desigualdade; prometendo assegurar a liberdade, realizam a opressão; buscando a justiça, permitem a exploração. Enquanto, no Estado medieval, a desigualdade, a opressão e injustiça eram manifestas, declaradas, praticadas e defendidas claramente, nos Estados moderno e contemporâneo a proposta de liberdade, de igualdade e de justiça passou a encobrir a realidade, tendo a linguagem jurídica oficial o principal instrumento desse propósito dissimulador.

A função de fabulação também está presente na linguagem jurídico-penal, sobretudo quando esta procura “fazer crer” nas funções declaradas do direito penal ao mesmo tempo em que encobre as suas funções latentes.⁵⁸ Constata-se, assim, por um lado, que essa linguagem tem um conteúdo manifesto, declarado, aparente ou oficial, construído, sobretudo, pelos estudiosos tradicionais das ciências penais e pelos agentes do sistema penal, com base em ficções e promessas ilusórias de combater a criminalidade e proteger bens jurídicos. Isso, segundo Santos, é “um resultado ‘científico’ próprio do trabalho dos juristas, como intelectuais orgânicos das classes dominantes, explicável, geralmente, por ingenuidade ou por cegueira ideológica”.⁵⁹ Por outro lado, há um conteúdo oculto,

⁵⁸ Essa distinção entre as funções declaradas e ocultas do direito penal é uma conquista da criminologia crítica, que logrou êxito em demonstrar como a função de fabulação da linguagem jurídico-penal age sobre o psiquismo das pessoas, pois, além de iludi-las sobre os efeitos desse ramo do direito, permite o seu recrudescimento e o surgimento do que Jakobs denomina “direito penal do inimigo”. Sobre direito penal do inimigo, ver JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*.

⁵⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*, 1985, p. 34.

implícito, encoberto, invertido, latente ou real, que é revelado pelos estudiosos das ciências penais que, investigando a atuação do sistema penal, conseguem vislumbrar a existência de uma linguagem que não aparece na linguagem jurídico-penal, mas que está presente, subliminarmente, não somente na atuação dos agentes desse sistema, mas, também, na linguagem do cotidiano, na linguagem dos meios de comunicação de massa e na linguagem científica tradicional.⁶⁰

⁶⁰ A função fabuladora da linguagem jurídico-penal pode ser percebida, também, quando se procura “fazer crer” nas funções de garantia, de motivação e de fundamentação do tipo penal. Em face da função de garantia do tipo penal, o direito penal encerra um conteúdo de limitação do poder punitivo ou de garantia da liberdade, uma vez que, segundo o princípio da legalidade penal, não é permitido ao Estado o exercício do seu poder punitivo além dos limites previstos na legislação penal incriminadora. No entanto, o tipo penal é a expressão de um poder, pois é por meio dele que o Estado realiza a sua função punitiva. Além disso, muitas vezes, não ocorre a limitação do poder punitivo do Estado, pois, conforme Santos, quando há interesses políticos em jogo, é possível que a repressão penal seja exercida “‘fora’ dos limites dos tipos penais” ou, quando envolver práticas das classes dominantes, é possível que essa repressão não seja exercida “‘dentro’ dos limites dos (eventuais) tipos penais”. Também é possível que essa função de garantia do tipo penal seja mais visível “em relação às classes dominantes”, cujos bens jurídicos são mais efetivamente protegidos pelo direito penal, enquanto que, em relação às classes dominadas o tipo penal exerce uma função inversa, pois os bens jurídicos tutelados nos tipos penais pré-selecionam os indivíduos puníveis, na sua maioria, pertencentes aos grupos já marginalizados. A função de motivação do tipo penal, por sua vez, busca direcionar a conduta para fora da proibição ou para dentro da permissão, embora o tipo penal não tenha essa eficácia direcionadora da conduta, uma vez que, além de não possuir papel educativo, a ameaça penal também não tem poder intimidante, pois, “para direcionar a conduta ou educar a sociedade os tipos penais deveriam ser conhecidos”, o que, em regra, não ocorre, desconhecendo este que alcança todos os grupos sociais, inclusive os juristas, pois “os próprios especialistas do direito penal não possuem conhecimento pleno dos tipos penais”. Isso ocorre porque “a descrição das condutas proibidas é realizada em linguagem técnica”, o que significa dizer que é uma linguagem “hermética para seus destinatários”, não cumprindo a teoria jurídico-penal a sua função de simplificar o conhecimento dessa descrição, em face da pluralidade de concepções. Por outro lado, a ameaça penal também não é intimidante, pois a teoria da coação psicológica (prevenção geral), atualmente, está desacreditada pelos próprios juristas tradicionais, uma vez que a pena, além de não resultar em diminuição da criminalidade, conduz ao terror punitivo estatal, de modo que “a proliferação dos tipos penais e a ampliação das penas, em progressão aritmética, e o crescimento da criminalidade, em progressão geométrica, são provas irrefutáveis da ineficácia da função de motivação do tipo penal”. Por fim, a função de fundamentação do tipo penal, uma vez que o tipo penal é considerado o ponto de partida sobre a qual incidem as qualificações da antijuridicidade e da culpabilidade, “é tecnicamente correta, mas politicamente errada”, porquanto a punição do fato depende, na prática, da “‘posição de classe’ do autor”, e não da presença da atribuição desses qualificativos a uma conduta típica.[SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal (1985), p. 34-36]. Essa função de fabulação é possível de ser apreendida, também, da linguagem jurídico-penal científica, pois, conforme Andrade, enquanto a criminologia positivista ou tradicional se propõe a explicar as causas da criminalidade segundo o método científico experimental e com o auxílio das estatísticas criminais oficiais, prevendo os remédios para combatê-las, a criminologia crítica afirma que a função daquela não é, propriamente, buscar essa explicação, mas, sim, “instrumentalizar e justificar, legitimando-a, a seleção da criminalidade e a estigmatização dos criminosos operada pelo sistema penal”, o que significa dizer que a função do sistema não é combater a criminalidade, mas, sim, “construí-la ou geri-la seletivamente”. A criminologia positivista exerce, pois, a função de “mistificar os mecanismos de seleção e estigmatização ao mesmo tempo em que lhe confere uma justificação ontológica de base científica”, ou seja, constrói uma “base de marginalização científica aos estratos inferiores”, contribuindo, assim, “para a produção e reprodução de uma imagem estereotipada e preconceituosa da criminalidade e do criminoso vinculada aos baixos estratos sociais”, imagem esta que “condiciona, por sua vez, a seletividade do sistema penal – num círculo de representações que goza – repita-se – de uma secular vigência no senso comum em geral e nos operadores do sistema penal

§7º. A função de dominação da linguagem jurídico-penal

A função de dominação, segundo Warat, é a que revela “os propósitos sociais da linguagem” e “o poder dos discursos”,⁶¹ sobretudo do direito, que cumpre a função de legitimação do poder, como ocorre, tal como diz Farias, no “discurso das leis, dos juízes, dos advogados, dos tribunais, dos juristas e das teorias”, o que faz com que os discursos jurídicos não sejam homogêneos, mas, sim, “diferentes e até mesmo contraditórios”. Deve-se fazer a distinção entre o discurso da norma e o discurso sobre o direito, uma vez que, enquanto o primeiro “tem um caráter essencialmente normativo e manifesta na sua enunciação a função específica de impor modelos de comportamento”, o discurso sobre o direito é constituído das teorias ou doutrinas jurídicas, inscrevendo-se no campo das ideologias. É, também, “um tipo de discurso produzindo no interior da ‘cena política’ e se refere, *grosso modo*, à estrutura e à organização jurídica fundamental do poder do Estado”, porquanto “vincula ‘mitos estatais’ e engloba o campo conceitual do qual se ocupam habitualmente os constitucionalistas e teóricos do Estado”, estando, por isso, diretamente relacionado com a organização administrativa do poder estatal e com as “relações políticas de dominação”.⁶²

A função de dominação da linguagem jurídico-penal está umbilicalmente ligada à função de fabulação dessa mesma linguagem e, para ser compreendida, é necessário ter em mente que a atividade punitiva estatal se orienta pela mesma lógica das sociedades modernas ocidentais, que é caracterizada como uma sociedade de classes, em que o poder é o poder do capital e o Estado é a organização política desse poder, que é expresso na linguagem oficial.⁶³ Essa

em particular”. (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima*, p. 35 e 59-60). Assim, quando a criminologia positivista se define como ciência causal-explicativa, que busca soluções para o problema da criminalidade, na verdade, está procurando “fazer crer” em uma ficção ou hipótese não demonstrada, ocultando a sua verdadeira identidade, que nada mais é do que uma “ciência do controle social”.

⁶¹ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*, p. 67.

⁶² FARIAS, José Fernando de Castro. *Crítica à noção tradicional de poder constituinte*, p. 29-30.

⁶³ A linguagem jurídico-penal oficial é a linguagem dos estudiosos tradicionais das ciências penais ou dos agentes do sistema penal, especialmente os que integram a comunidade de intelectuais herdeiros da tradição criminológica, que, na sua maioria, reproduzem a linguagem das classes dominantes ou detentoras do capital. Esses intelectuais tradicionais, que estão a serviço do poder, podem ser divididos em dois grupos: um bem

designação de “oficial”, para Bourdieu, nada mais é do que um “ato de imposição simbólica que tem a seu favor toda a força do coletivo, do consenso, do senso comum, porque ela é operada por um mandatário do Estado, detentor do *monopólio da violência simbólica legítima*”, de modo que a linguagem oficial representa “o ponto de vista legítimo do porta-voz autorizado do mandatário do Estado.”⁶⁴

intencionado que, embora produzindo um discurso favorável ao detentores dos recursos e do poder, procura diminuir o sofrimento dos trabalhadores e desempregados e, por isso, pode ser compreendido como de caráter humanitário; outro, mal intencionado, que, antagonizando com os trabalhadores e desempregados, resulta no que se denomina o direito penal do inimigo (Jacobs). Diz-se que é linguagem oficial, pois é a linguagem jurídico-penal que predomina no âmbito criminal, reproduzindo a ideologia do sistema penal e passando para as pessoas em geral uma concepção de “verdade” ou de “correção” e influenciando todas as demais formas de linguagem, sobretudo a linguagem comum e a linguagem jornalística que a reproduzem. A linguagem jurídico-penal oficial é linguagem muito presente nas obras de direito penal e processual penal, criminologia e política criminal, sobretudo nos cursos de graduação em direito, uma vez que é a linguagem dos profissionais do sistema penal que, com grande frequência, exercem, também, o magistério superior, o que faz com que essa linguagem, portanto, mantenha-se e se perpetue tanto dentro do sistema penal quando nos cursos e manuais de direito, formando um círculo vicioso difícil de ser rompido. Além da linguagem jurídico-penal científica dos estudiosos tradicionais das ciências penais, pode-se dizer que a linguagem legislativa também integra a linguagem jurídico-penal oficial, sendo desta uma subespécie, até mesmo porque os textos legislativos, em face da sua técnica, também buscam uma certa uniformidade. A linguagem penal jurisprudencial, por ser uma linguagem própria dos órgãos julgadores, integra a linguagem jurídico-penal processual, sendo objeto de aprofundamento na terceira parte da presente tese. Os estudiosos tradicionais do direito penal e os agentes do sistema de justiça criminal reproduzem a linguagem das classes dominantes porque, “fiéis” à legalidade, não têm coragem de enfrentá-la, quando essa legalidade é usada como instrumento de opressão e de garantia da desigualdade e da exploração dos trabalhadores e desempregados. Isso ocorre porque esses profissionais do direito, muitas vezes, não têm a noção da força política das normas jurídicas como relação de poder, ou seja, de que a norma jurídica é um fenômeno político. Uma tomada de consciência está ocorrendo, propiciada, sobretudo, pelos estudos realizados no âmbito da criminologia crítica, que, por suas ligações com os movimentos sociais, partidos políticos e comunidades de bairro, estão possibilitando uma redefinição dos estudiosos e operadores do direito penal, em face da descoberta de que é o direito penal que garante a hegemonia dos que detêm os recursos e o poder político sobre trabalhadores e desempregados.

⁶⁴ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*, p. 146 e 147. É importante ressaltar o estudo realizado por Weber que estabelece uma relação entre a dominação, o poder e a disciplina, pois, enquanto o “poder significa toda probabilidade de impor a própria vontade numa relação social, mesmo contra resistências, seja qual for o fundamento dessa probabilidade”, a “dominação é a probabilidade de encontrar obediência a uma ordem de determinado conteúdo, entre determinadas pessoas indicáveis”, sendo a disciplina, por fim, a probabilidade de encontrar obediência pronta, automática e esquemática a uma ordem, entre uma pluralidade indicável de pessoas, em virtude de atividades treinadas”. Assim, embora a situação de dominação não dependa, necessariamente, da existência de um quadro administrativo ou de uma associação, pelo menos em todos os casos normais, essa dependência está presente em um dos dois, havendo “uma associação de dominação na medida em que seus membros, como tais, estejam submetidos a relações de dominação, em virtude da ordem vigente”. Entre essas associações está o Estado, que é uma associação de dominação política, cuja subsistência e vigência de suas ordens, dentro de determinado território geográfico, estão garantidas “de modo contínuo mediante ameaça e a aplicação de coação física por parte do quadro administrativo”, que “reivindica com êxito o monopólio legítimo da coação física para realizar as ordens vigentes”. (WEBER, Max. *Economia e sociedade*, v. 1, p. 33 e 34). A relação entre o direito e o Estado no exercício da dominação é explicitada por Wolkmer, quando afirma que o Estado configura-se como uma organização de caráter político que visa à regulamentação do uso da força em uma determinada sociedade, por meio da incidência jurídica, resultando

A função de dominação da linguagem jurídico-penal oficial se situa na dimensão do poder, pois, segundo Baratta, o sistema penal exerce a função de “reprodução das relações sociais de desigualdade e de subordinação”,⁶⁵ tanto que, para Santos, “o Estado exerce a repressão penal ‘independente’ da existência ou da inexistência de tipos penais”, pois o sistema penal existe para exercer o controle social, obediente às relações de poder existentes entre as classes e grupos sociais.⁶⁶ Essa função pode ser claramente percebida quando se diz que a prisão é apropriada para as classes marginalizadas e não para as classes dominantes, o que, segundo Andrade, reproduz as relações de poder existentes na sociedade.⁶⁷

§8º. A função poética da linguagem jurídico-penal

A função poética, no dizer de Jakobson, é a que, centrada na mensagem, promove o caráter palpável dos signos, aprofundando a dicotomia fundamental de signos e objetos,⁶⁸ isso porque, segundo Chalhoub, na emissão de uma mensagem, os signos devem ser organizados, também, para expor um *modo* de construção, ou seja, o aspecto sensível ou material do significante. É essa forma de arquitetar o texto ou de expor a sua engenharia, pois, que diferencia esteticamente uma mensagem da outra.⁶⁹

A oratória nos tribunais, sobretudo nos que detêm a competência do júri, e a estética das petições e manifestações jurídicas, isto é, a exploração dos efeitos visuais, da gestualidade, de formas rebuscadas e de expressões estrangeiras, muito bem demonstram essa função da linguagem jurídico-penal, servindo, ao invés de aproximar signos e objetos, para afastá-los ainda mais.

claro, pois, que “o Estado legitima seu poder pela segurança e pela validade oferecida pelo Direito, que, por sua vez, adquire força no respaldo proporcionado pelo Estado”. (WOLKMER, Antonio Carlos Wolkmer. *Ideologia, estado e direito*, p. 73).

⁶⁵ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*, p. 219.

⁶⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*, 1985, p. 35.

⁶⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Ilusão de segurança jurídica*, p. 291-292.

⁶⁸ JAKOBSON, Ramon. *Linguística e comunicação*, p. 128.

⁶⁹ CHALHUB, Samira. *A metalinguagem*, p. 19-20.

Subseção III Tipos de linguagem jurídico-penal

Os tipos de linguagem jurídico-penal surgem em face das funções anteriormente descritas. Embora não seja possível, segundo Chalhub, encontrar funções “em estado puro”, mas, apenas, “articuladas em um jogo de hierarquia”, é possível perceber que há funções que prevalecem sobre as demais na cena de linguagem, abrindo espaço para a função principal, razão pela qual “é na mensagem que está a possibilidade de definição do perfil da linguagem”.⁷⁰

Isso ocorre tanto em relação às linguagens geral e jurídica quanto em relação à linguagem jurídico-penal, pois, conforme esclarece Dip, “o direito penal é um palco de confluência dessas funções todas da linguagem”, que se apresentam, frequentemente, mescladas e variadas.⁷¹ O pronunciamento de um advogado de defesa, explica Bobbio, é quase sempre uma combinação de informações, como, por exemplo, da figura moral e intelectual do imputado, bem como da evocação de sentimentos ou da chamada “moção de afetos” e de prescrições, como é o caso do pedido de absolvição.⁷²

Pode-se dizer, assim, que o processo penal é um ambiente propício para a articulação das funções da linguagem, uma vez que os vários atores desse processo, especialmente a acusação, a defesa e a jurisdição, nos diversos atos de linguagem, quando se pronunciam sobre os fatos e os textos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais, combinam as funções descritiva, expressiva, prescritiva, performativa, metalinguísticas, de fabulação e de dominação e poética.

Se, por um lado, não há linguagem em estado puro, por outro, há uma tendência de as linguagens buscarem um maior grau de pureza possível, de modo a permanecer apenas a função predominante. Nessa esteira, Bobbio afirma que, enquanto a linguagem científica tenta despir-se de toda função prescritiva e expressiva, a linguagem poética procura libertar-se das funções descritiva e

⁷⁰ CHALHUB, S. *Op. Ci.*, p. 13.

⁷¹ DIP, Ricardo. *Direito penal: linguagem e crise*, p. 19.

⁷² BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*, p. 78-79.

prescritiva, e, por fim, a linguagem normativa tenta eliminar tudo o que não é preceito, e, portanto, os elementos descritivos e evocativos que, com frequência, aparecem misturados aos prescritivos.⁷³

Assim, levando-se em consideração as diversas funções da linguagem antes mencionadas, o critério que determina os tipos de linguagem é a ocorrência da predominância de alguma dessas funções sobre as demais, sendo possível distinguir-se as linguagens jurídico-penais normativa, científica, poética e simbólica.

§1º. A linguagem jurídico-penal normativa

A linguagem normativa, segundo Bobbio, é a linguagem das leis, dos regulamentos, dos códigos e das constituições, que, incidindo sobre o comportamento alheio por meio de comandos, conselhos, recomendações e advertências, deixa evidenciada a predominância da função prescritiva.⁷⁴

Não obstante essa predominância da função prescritiva, estão presentes, na linguagem normativa, também, as funções designativa ou descritiva, performativa, expressiva e poética, havendo textos legislativos que contêm diversas disposições puramente descritivas, de caráter meramente informativo, que melhor estariam situadas nos tratados jurídicos.⁷⁵ Conforme esclarece Bobbio, “para que uma pessoa a quem se dirige a prescrição resolva agir nem sempre basta que escute o pronunciamento do comando puro e simples”, sendo necessário, às vezes, “informá-la e suscitar-lhe um determinado estado de espírito”.⁷⁶

No âmbito jurídico-penal, a linguagem normativa apresenta uma característica peculiar, pois, nos tipos penais, há uma preponderância tanto da função prescritiva, que é implícita, quanto da descritiva ou designativa. Além disso,

⁷³ BOBBIO, N. *Op. Cit.*, p. 78.

⁷⁴ BOBBIO, N. *Idem*, p. 78 e 79.

⁷⁵ Como exemplos dessa afirmação, citam-se os §§ 1º, 2º e 3º do art. 6º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de dezembro de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro), os quais definem o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, e, também, o art. 327 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal Brasileiro), que procura definir funcionário público.

a linguagem jurídico-penal normativa exerce a sua função performativa, o que se verifica, sobretudo, nos atos praticados pelos agentes do sistema penal em relação aos casos penais concretos.

§2º. A linguagem jurídico-penal científica

A linguagem científica é aquela na qual sobressai a função descritiva da linguagem, como ocorre nos tratados científicos. No âmbito jurídico, esta função da linguagem é visualizada nas obras doutrinárias, que, no dizer de Bobbio, procuram descrever⁷⁷ o conteúdo do direito positivo, ou seja, dos textos legislativos. Isso ocorre, também, no âmbito jurídico-penal, em que os textos legislativos transformam-se em linguagem-objeto, tornando-se evidente, assim, a função metalinguística da linguagem das obras doutrinárias.

Além das funções descritiva e metalinguística, a linguagem jurídico-penal científica exerce, também, a função prescritiva, pois, implicitamente, o desejo dos filósofos, teóricos e doutrinadores do direito é de que seus estudos sejam reconhecidos e aplicados no cotidiano jurídico. A transcrição, cada vez mais frequente, de textos doutrinários em pareceres jurídicos e decisões judiciais é a demonstração mais evidente da capacidade de esses textos e opiniões influírem no comportamento alheio, notadamente na aplicação dos textos legislativos.

§3º. A linguagem jurídico-penal poética

A linguagem poética, no dizer de Bobbio, é a linguagem dos poemas e das canções,⁷⁸ em que predominam a função expressiva, que revela as intenções do locutor, e a função poética, em face dos estilos de gestos, de escritas e de falas. No campo do direito e, especificamente, no âmbito jurídico-penal, a linguagem poética se faz presente tanto na produção legislativo-penal quanto nos atos processuais. Os acalorados debates legislativos e processuais se alastram,

⁷⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*, p. 79.

⁷⁷ BOBBIO, N. *Op. Cit.*, p. 78.

⁷⁸ BOBBIO, N. *Idem*, p. 77.

inclusive, para os meios de comunicação de massa, com vistas a alcançar a opinião pública, sempre passível de ser influenciada pela expressividade e pela emoção.

§4º. A linguagem jurídico-penal simbólica

Na linguagem jurídico-penal simbólica, por fim, sobressaem-se as funções de fabulação e de dominação, devendo-se ressaltar que esse tipo de linguagem permeia os demais tipos de linguagem jurídico-penal, ao procurar “fazer crer” nas funções declaradas do direito penal, por meio, muitas vezes, da ocultação de sentidos não desvendados pelos interlocutores. Além disso, legitimando as desigualdades, a opressão e as injustiças existentes nas relações sociais, essa linguagem revela-se, também, como detentora de uma função de dominação, uma vez que serve, muitas vezes, para a exploração de um grupo social por outro.

A linguagem jurídico-penal simbólica, em face do predomínio das funções de fabulação e dominação, segundo Andrade, ressalta, sobretudo, as funções declaradas do direito penal e processual penal, ocultando as suas funções reais ou latentes, residindo sua eficácia na aptidão para produzir, enganosamente, um certo número de representações individuais ou coletivas, valorizantes ou desvalorizantes.⁷⁹

Subseção IV Formas de linguagem jurídico-penal

A linguagem jurídico-penal se manifesta ou se apresenta, independentemente do seu conteúdo, por meio tanto das formas da linguagem geral quanto das formas mais específicas das linguagens jurídica e das formas que lhe são próprias.

§1º. Formas gerais de linguagem

Em termos gerais, a linguagem pode ser apresentada em forma de linguagem natural, ordinária⁸⁰ ou comum ou, ainda, em forma de linguagem artificial, formal ou técnica. Essas formas estão relacionadas com a precisão da linguagem, uma vez que, para o neopositivismo lógico, segundo Warat, quando defeituosa, essa pode, em muitas circunstâncias, por si só, proporcionar um quadro cognitivo distorcido. Por isso, para essa corrente filosófica, o rigor discursivo é uma característica científica, uma vez que “*fazer ciência é traduzir numa linguagem rigorosa os dados do mundo; é elaborar uma linguagem mais rigorosa que a linguagem natural*”. O neopositivismo lógico se preocupa com a linguagem da ciência, porquanto “a ciência se faz com a linguagem”, sendo, em última instância, a própria linguagem, uma vez que “a compreensão coerente e sistemática do mundo é obtida através da linguagem”. Enquanto a linguagem ordinária é aquela cujos componentes sîgnicos apresentam imprecisões significativas, multiplicidades de regras de formação, com carência de uma transmissão economicamente organizada, de forma que o sentido depende do contexto comunicacional que o produz, a linguagem artificial é a empregada na construção de conteúdos especializados, apresentando, por isso, maior grau de precisão e economia expressiva, estando despida de evocações ideológicas e de cargas emotivas, cujos enunciados, por isso, podem ser aceitos como proposições.⁸¹

⁷⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Ilusão de segurança jurídica*, p. 292-293.

⁸⁰ Segundo Ryle, “quando as pessoas falam da utilização da linguagem ordinária, a palavra ‘ordinária’ se encontra em contraste implícito ou explícito com ‘fora do comum’, ‘esotérica’, ‘técnica’, ‘poética’, ‘notacional’ e, às vezes com ‘arcaica’”, uma vez que “‘ordinário’ significa ‘comum’, ‘corrente’, ‘coloquial’, ‘vernacular’, ‘natural’, ‘prosaico’, ‘não notacional’, ‘na língua de todo mundo’, estando, de hábito, em contraste com expressões que só poucas pessoas sabem como utilizar, tais como os termos técnicos ou os simbolismos artificiais dos advogados, dos teólogos, economistas, filósofos, cartógrafos, matemáticos, lógicos, simbólicos e jogadores de tênis”, ressaltando, no entanto, que “não existe uma fronteira nítida entre ‘comum’ e ‘incomum’, ‘antiquado’ e ‘corrente’” (RYLE, Gilbert. *Linguagem ordinária*, p. 3).

⁸¹ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*, p. 37-38 e 52-53. Para Warat, as distinções apresentadas decorrem da divisão entre a semiótica pura e a semiótica descritiva, porquanto aquela, própria do neopositivismo lógico, procura “construir uma linguagem ideal para falar sobre signos e, em um segundo caso, estudar os signos já existentes nos diversos tipos de linguagem natural”, enquanto esta, do âmbito da filosofia da linguagem ordinária, busca “a compreensão das impressões e possíveis distorções que surgem da falta de entendimento do funcionamento da linguagem natural” (WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*, p. 39). Essa distinção entre a linguagem ordinária e a linguagem artificial, conforme Oliveira, também é encontrada em Frege, que descobriu que a linguagem natural é “incapaz de exprimir as estruturas

§2º. Formas de linguagem jurídica

É possível transportar para o universo jurídico a distinção existente no campo maior da linguagem geral, entre a linguagem ordinária e a linguagem artificial, de modo que, conforme Carrió, “a linguagem do direito, isto é, a das normas ou regras jurídicas, é linguagem natural”, compreendendo-se essa expressão como oposta à linguagem formalizada, cujos “termos são absolutamente precisos e rigorosamente inequívocos”. As regras do direito têm de ser formuladas em linguagem natural, por ser aquele “uma técnica de controle social”, cujas regras se usam para dirigir, orientar e julgar ações humanas concretas.⁸²

Também, para Dip, a linguagem da lei e do legislador está contaminada pelo “pecado original”, ou seja, não deixa de ter as características e os defeitos da linguagem natural, uma vez que a vagueza e a ambiguidade também se fazem nela presentes. Isso ocorre porque, embora sujeitos a um processo complexo, os textos normativos não adquirem significados precisos, tão-somente, na predeterminação legislativa, de modo que, por mais que o legislador busque editá-los com significados precisos, há a necessidade de que outras instâncias continuem atribuindo-lhes sentido. É por isso que se diz que “o direito é o que aprovam os juízes”, pois há, frequentemente, uma sobredeterminação judiciária da norma jurídica, não se podendo, no entanto, desconsiderar que as decisões judiciais, uma vez proferidas, são, também, palavras que se sucedem no tempo, sendo, por isso, passíveis de interpretação.⁸³

Não obstante essas concepções, é necessário admitir, na esteira de Rocha, que a filosofia analítica tem buscado a construção de uma linguagem jurídica

lógicas com a precisão necessária”, razão pela qual tentou “construir uma *linguagem artificial* na qual, com poucos símbolos, fosse possível exprimir com exatidão todas as formas linguísticas”. Esse mesmo ideal também é perseguido por Carnap, que estende a exatidão e a precisão da linguagem ao saber filosófico, cujos escritos não devem ser menos exatos e precisos que a matemática. (OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p. 59, 71 e 72).

⁸² CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 135: [...] para Carrió, “el lenguaje del derecho, esto es, el de las normas o reglas jurídicas, es lenguaje natural”, [...] “términos son absolutamente precisos y rigurosamente inequívocos”.

rigorosa, intento este realizado, sobretudo, por Kelsen e Bobbio, os quais “postulam uma ciência do direito alicerçada em proposições normativas que descrevem sistematicamente o objeto direito”, intento este que também contém um ideal de pureza que implica a separação do conhecimento jurídico, do direito natural, da metafísica, da moral, da ideologia e da política, significando dizer que “a função do cientista é a construção de um objeto analítico próprio e distinto destas influências”.⁸⁴

De qualquer forma, os dois mundos da linguagem jurídica, ou seja, da linguagem jurídica natural e da linguagem jurídica formal, não são estanques, pois há uma troca constante entre eles, embora, segundo Warat, a maioria dos juristas veja a linguagem da lei “como uma linguagem formal”, acreditando que “as normas do direito positivo constituem sistemas fechados e completos”, de modo que “a linguagem da teoria jurídica tradicional é vista por seus produtores como uma linguagem técnica que, sem formalizações concretas, fala de uma linguagem (ideologicamente) vista como formal: a linguagem da lei”. Para Warat, no entanto, “a linguagem da teoria jurídica é também outra variedade da linguagem natural que, além de cumprir importantes funções políticas e ideológicas, opera com um nível de significação prescritiva encoberto nos próprios textos legais”, o que permite concluir que, “na verdade, a linguagem da lei e da teoria jurídica são a mesma linguagem, apenas falada por emissores diferentes”.⁸⁵

§3º. Formas de linguagem jurídico-penal

Além dessas formas gerais e jurídicas, a linguagem jurídico-penal também se manifesta em formas mais específicas, tais como as linguagens extraprocessual e processual. Aquela é a forma como a linguagem jurídico-penal se refere ao fenômeno criminal “fora” do processo penal especificamente considerado, tratando das categorias penais de forma abstrata ou não relacionadas com um caso concreto, apresentando-se, também, em forma de

⁸³ DIP, Ricardo. *Direito penal: linguagem e crise*, p. 20-22.

⁸⁴ ROCHA, Leonel Severo. *Da teoria do direito à teoria da sociedade*, p. 68-69.

⁸⁵ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*, p. 54-55.

linguagem natural e de linguagem formal. A linguagem extraprocessual natural é a forma como se expressam as pessoas em geral, os meios de comunicação de massa, as entidades civis com ou sem fins lucrativos e os órgãos estatais sem atuação específica na área criminal. Os interlocutores a utilizam sem qualquer preocupação com o rigor ou com a precisão terminológica, razão pela qual a comunicação, nessa linguagem, é mais difícil, exigindo dos interlocutores uma maior atenção aos contextos de usos dos seus termos, uma vez que, muitas vezes, emissor e receptor empregam os mesmos signos com diferentes significados. Por outro lado, a linguagem extraprocessual formal é a usada pelos estudiosos do fenômeno jurídico-penal e pelos profissionais das diversas agências do sistema de controle penal, estando, por isso, caracterizada por um maior rigor em relação à linguagem natural.

A linguagem jurídico-penal processual, por sua vez, é a usada “no” âmbito exclusivo do processo penal, na sua concepção mais ampla, abrangendo, pois, as práticas investigativas e a discussão do caso em todas as suas instâncias. Também essa se distingue em linguagem processual natural, usada pelas vítimas, investigados, acusados, condenados e testemunhas, e em linguagem processual formal, própria dos policiais, peritos, serventuários da justiça, agentes do Ministério Público, advogados, juízes e agentes do sistema de execução de penas.

Seção II

O estudo da linguagem jurídico-penal

O estudo da linguagem jurídico-penal abrange, entre outras, as suas divisões e dimensões e a sua importância. Composta esta seção de duas subseções, procura-se, na primeira, discorrer sobre as divisões e dimensões do estudo da linguagem jurídico-penal, ou seja, sobre a sintaxe ou sintática jurídico-penal, que se ocupa da dimensão sígnica da linguagem; sobre a semântica jurídico-penal, que cuida da dimensão proposicional da linguagem; e sobre a

pragmática jurídico-penal, que trata das dimensões ilocucional e discursiva da linguagem. Na segunda subseção, por sua vez, procura-se realizar uma abordagem sobre a importância do estudo da linguagem jurídico-penal, em face do lugar central que esta ocupa nas diversas áreas do conhecimento.

Subseção I

Divisões e dimensões do estudo da linguagem jurídico-penal

A linguagem é objeto de estudo de várias ciências ou disciplinas, entre as quais está a semiótica, que considera o signo como o polo central dos estudos da linguagem. O signo é conceituado, por Peirce,⁸⁶ como “aquilo que, sob certo aspecto ou modo, representa algo para alguém”.⁸⁷ A semiótica,⁸⁸ por sua vez, é definida, por Nöth, como “a ciência dos signos e dos processos significativos (semiose) na natureza e na cultura”,⁸⁹ dividindo-se, segundo Levinson, em sintática ou sintaxe, que se ocupa do “estudo das propriedades combinatórias das palavras e suas partes”; em semântica, que trata do “estudo do significado”; e em pragmática, que cuida do “estudo do uso linguístico”.⁹⁰

⁸⁶ Peirce, um dos autores que se dedicou ao estudo do signo, é anterior a Morris, que também se preocupou com essa temática, embora, segundo Nöth, a teoria deste tivesse sido produzida em outro ambiente, ou seja, no âmbito do behaviorismo social e do interacionismo simbólico norte-americano, e sofrido influência do pensamento peirceano. Nöth esclarece, contudo, que tanto Peirce quanto Morris “definiram a teoria dos signos como o estudo de qualquer tipo de signo, incluindo a linguagem”. No entanto, enquanto Peirce concebeu a semiótica uma ciência dos signos humanos, Morris entendeu que esse estudo deveria se preocupar com os signos animais e de outros organismos” (NÖTH, Winfried, *A semiótica no século XX*, p. 181-183).

⁸⁷ PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica*, p. 46.

⁸⁸ Nöth explica que, inicialmente, houve uma rivalidade entre a semiótica e a semiologia, sendo a palavra semiologia a preferida dos países românicos, enquanto os anglo-saxões preferiam a palavra semiótica. Posteriormente, foram elaboradas distinções entre a semiótica e a semiologia, sendo a primeira usada para designar uma ciência mais geral dos signos, incluindo os signos animais e da natureza, enquanto a semiologia referia-se à teoria dos signos humanos, culturais e, especialmente, textuais. Essa rivalidade foi encerrada pela Associação Internacional de Semiótica, em 1969, por iniciativa de Roman Jakobson, que decidiu adotar a semiótica como termo geral neste campo científico. (NÖTH, Winfried. *Panorama da semiótica*, p. 23-24).

⁸⁹ NÖTH, Winfried. *Op. Cit.*, p. 17.

⁹⁰ LEVINSON, Stephen C. *Pragmática*, p. 6. Além dessa divisão, Carnap, segundo Warat, divide a semiótica em pura e descritiva, afirmando que aquela procura “construir uma linguagem ideal para falar sobre os signos”, enquanto que esta busca “estudar os signos já existentes nos diversos tipos de linguagem natural”. (WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*, p. 39).

Essa tríplice divisão, segundo Streck, é realizada, também, no estudo da linguagem jurídica, sendo cada uma dessas divisões designada, respectivamente, filosofia analítica, hermenêutica jurídica e pragmática jurídica, que se ocupam, conforme Kalinowski, cada uma, da promulgação, do estudo e da aplicação das normas jurídicas. Para Oppenheim, a preocupação da semiótica jurídica é estudar as propriedades lógicas dos enunciados ou como a sintaxe estabelece a correção desses enunciados; como a semântica determina as condições de verdade desses enunciados; e, por fim, como a pragmática estabelece as regras por meio das quais os enunciados têm qualidade oficial⁹¹ ou são usados pelas agências oficiais.

Por fim, essa mesma divisão se aplica, também, ao estudo da linguagem jurídico-penal, que, como diz Cunha, também “pode fundamentar-se em abordagens que privilegiam seus níveis *sintático*, *semântico* ou *pragmático*”.⁹²

Em face dessas divisões do estudo da linguagem, constata-se a existência de diferentes dimensões desta, ou seja, de signos, de proposições, de atos de fala e de discursos. Assim, segundo Araújo, a linguagem pode ser estudada na dimensão do *signo*, que está relacionada com os seus elementos estruturais dentro de uma abordagem linguístico-gramatical; na dimensão da *proposição*, que se preocupa com a forma de descrever ou representar a realidade, sobretudo com veracidade dessa descrição; na dimensão do *ato de fala*, na qual a linguagem é tida como forma de comportamento ou de ação; e, por fim, na dimensão do *discurso*, na qual se estuda o valor e a força social e política da linguagem.⁹³

§1º. A sintaxe e a dimensão sígnica da linguagem jurídico-penal

A sintaxe ou sintática, segundo Morris, ocupa-se da relação formal dos signos entre si, pois um enunciado somente faz sentido se forem observadas as

⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, p. 180 e 181. Outros autores, segundo Streck, dedicaram-se ao estudo da semiótica jurídica, dentre os quais G. Kalinowski, que trabalhou uma semiótica voltada a uma linguagem concreta do direito, dentre os quais se podem citar Denis Joly Brion, que se dedicou a estudos baseados na semiótica peirceana; A. J. Greimas e E. Landowski, que se dedicaram a uma análise semiótica do discurso jurídico legislativo; e André-Jean Arnaud, que introduziu a interdisciplinaridade no estudo do discurso jurídico. (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, p. 181-183).

⁹² CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico do princípio da legalidade*, p. 85.

⁹³ ARAÚJO, Inês Lacerda. *Do signo ao discurso*, p. 10-11.

regras de formação ou de construção e as regras de transformação ou de derivação.⁹⁴ As primeiras são as regras que determinam as combinações possíveis dos elementos das quais resultam as frases, ou seja, que indicam a maneira de combinar os signos elementares, visando formar signos mais complexos e permitindo, dentro da linguagem, a construção de expressões bem formadas ou sintaticamente significativas. As últimas, por sua vez, são as regras que possibilitam a obtenção de frases a partir de outras frases, isto é, que permitem gerar novas expressões a partir de outras já dadas.⁹⁵ Não tem sentido, do ponto de vista sintático, segundo Warat, um enunciado que não satisfaça a tais regras, como, por exemplo, a sequência de signos “que não logo”, por não se adequar às regras de formação sintática da língua portuguesa.⁹⁶

A sintaxe limita-se, assim, à dimensão sýnica da linguagem, ou seja, segundo Araújo, a uma abordagem meramente linguístico-gramatical, privilegiando, em sua análise, apenas, os elementos do sistema que são estritamente estruturais e descartando a relação da linguagem com o extralinguístico, por considerá-la impertinente à explicação de como se produzem as frases de uma língua.⁹⁷ O que importa, nesta dimensão, é a análise do enunciado, isto é, segundo Echave, Urquijo e Guibourg, o conjunto de palavras significativas de um determinado idioma que expressam, cabalmente, uma ideia, porquanto são palavras ordenadas de acordo com as regras gramaticais.⁹⁸

São importantes, nesta dimensão, as noções de *símbolo* e de *signo*, em relação aos quais não há uma distinção clara em Aristóteles, que define o signo ou sinal como “aquilo que coexiste com alguma coisa a mais, quer anterior ou posterior”.⁹⁹ Mais claro, Santos explica que “o signo expressa uma relação *natural* entre as coisas”, como, por exemplo, quando se diz que o fato de uma mulher ter leite é sinal de ter dado à luz uma criança, assim como que os cúmulos nimbos no céu são signos de chuva, o miar de um gato aos pés é sinal de fome, enfim, o

⁹⁴ MORRIS, Charles. *Signos, lenguaje y conducta*, p. 264.

⁹⁵ MORRIS, Charles William. *Fundamentos da teoria dos signos*, p. 28.

⁹⁶ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*, p. 40.

⁹⁷ ARAÚJO, Inês Lacerda. *Do signo ao discurso*, p. 16.

⁹⁸ ECHAVE, Della Teresa; URQUIJO, María Eugenia; GUIBOURG, Ricardo. *Lógica, proposición y norma*, p. 36.

efeito é sinal da causa. Essa relação está ausente na significação simbólica operada pela linguagem, pois, enquanto “o *signo* se *percebe*, o *símbolo* se *interpreta*”.¹⁰⁰ Por fim, Saussure¹⁰¹ afirma ser o signo “a combinação do conceito e da imagem acústica”, termos estes substituídos, respectivamente, por significado e significante, os quais estabelecem, em um processo cerebral, um vínculo de associação. Assim, é por demais simplista a concepção ontológica tradicional no sentido de que existe uma lista de termos que correspondem a outras tantas coisas, pois “o signo linguístico une não uma coisa e uma palavra, mas um conceito e uma imagem acústica”, de modo que não ocorre a relação signo-objeto, mas, sim, entre signo-signo.¹⁰² A palavra *símbolo*, por sua vez, é utilizada para designar o significante, embora tenha como característica não ser jamais completamente arbitrário, porquanto não está vazio, tanto que “o símbolo da justiça, a balança, não poderia ser substituído por um objeto qualquer, um carro, por exemplo”.¹⁰³

⁹⁹ ARISTÓTELES. Analíticos anteriores, p. 248.

¹⁰⁰ SANTOS, Fausto dos. *Filosofia aristotélica da linguagem*, p. 92-93.

¹⁰¹ Cabe ressaltar a importância do pensamento saussuriano no contexto da filosofia da linguagem, pois a preparação dos caminhos que levaram à mudança de paradigma em filosofia, ou seja, da filosofia da consciência ou do sujeito, para a filosofia da linguagem, ocorreu, também, em face da obra *Cours de Linguistique Générale*, publicada em 1916, por Charles Bally e Albert Sechehaye, discípulos de Saussure, após a sua morte, a partir de anotações deste, acrescidas pelas anotações pessoais das aulas assistidas pelos referidos seus alunos, que inaugura a linguística moderna, tendo repercussão extraordinária no decorrer do século XX, especialmente na Europa. É necessário ressaltar, também, a grande contribuição produzida pelo estruturalismo saussuriano para o pensamento filosófico, como também para a psicologia e para a linguística, não obstante essa corrente tenha levado a uma redução do homem a mero fruto das estruturas sociais, possibilitando que o “ser” fosse substituído pelas relações e o sujeito pelas estruturas, isto é, pelo conjunto de leis que definem um âmbito de objetos. Warat ressalta a importância das ideias de Saussure ao admitir abordagens multidisciplinares, tendo por novidade a reconstrução, no plano do conhecimento, de um sistema teórico que explique o funcionamento dos diversos tipos de signos. Adverte, no entanto, que a proposta saussuriana, por ser uma linguagem que toma diversas linguagens como objeto, tem uma forte inclinação positivista e formalista (WARAT, Luiz Alberto. *O direito e sua linguagem*, p. 12).

¹⁰² O signo, na concepção saussureana, possui quatro características diferentes, ou seja, a arbitrariedade, a linearidade, a imutabilidade e a mutabilidade. É arbitrário o laço que une o significante ao significado, não devendo, no entanto, passar “a ideia de que o significado dependa da livre escolha do que fala”, mas sim que “o significante é imotivado, isto é, arbitrário em relação ao significado, com o qual não tem nenhum laço natural na realidade”; é linear, pois se desenvolve no tempo, unicamente, e tem características que deste toma; é imutável, pois um indivíduo não somente seria incapaz, se quisesse, de modificar em qualquer ponto a escolha feita, como também a própria massa não pode exercer sua soberania sobre única palavra, uma vez que está atada à língua tal qual é; por fim, é mutável, em face da possibilidade de, com o tempo, ocorrer um desvio na relação entre o significante e o significado. (SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*, p. 81-93).

¹⁰³ SAUSSURE, F. *Op. Cit.*, p. 19-20, 24 e 79-81 e 82. Para Frege, “sinal” ou “nome” é a designação que representa um nome próprio, cuja referência seja um objeto determinado. (FREGE, Gottlob. *Lógica e filosofia da linguagem*, p. 62).

Na dimensão sgnica da linguagem, para Araújo, não se trata do problema da referência, porquanto, embora designem, digam ou signifiquem algo, os signos não referem, uma vez que “não são eles que realizam a relação propriamente dita de referir, de estabelecer uma relação entre as palavras e as coisas, entre dizer e ser”. Os signos, portanto, não têm uma “função denotativa”, ou seja de “afirmar a realidade”, de modo que “tratar das relações intra-sgnicas evita incluir a ‘coisa’ no interior do significado”, razão pela qual “a relação entre signo e realidade não deve e nem pode ser resolvida pela linguística”, mas, sim, pela filosofia.¹⁰⁴

Nessa dimensão, o significado corresponde a um conceito, pois, como já mencionado, na concepção saussuriana, o signo é um sinal acústico (ou sonoro ou gestual), isto é, o significante, que se liga a um conceito, ou seja, o significado, mas não vai além disso, pois não tem a preocupação de investigar a relação desse mesmo signo com o mundo, com a realidade ou, mais precisamente, com o referente.  por isso que a dimensão sgnica é objeto da linguística, pois abrange o percurso que vai desde as menores unidades não-significativas, que são as letras e os correspondentes fonemas, até a maior unidade significativa, que é a frase gramaticalmente bem construída, isto é, que está de acordo com as regras fonológicas e sintticas, bem como da semântica do signo, que, segundo Araújo, limita-se ao estudo dos traços que compõem o significado, por serem significante e significado os dois lados da mesma moeda.¹⁰⁵

¹⁰⁴ ARAÚJO, Inês Lacerda. *Do signo ao discurso*, p. 35.

¹⁰⁵ ARAÚJO, I. L. *Op. Cit.* p. 41. Pertencem à dimensão sgnica do estudo da linguagem, entre outras, as noções aristtelicas sobre a sílaba, o conectivo e a articulação, como elementos não-significativos da linguagem, e sobre o nome, o verbo, a flexão ou caso e a frase, como seus elementos significativos. No que tange aos elementos não significativos, Aristóteles diz que a *letra*  um som humano indivisível, do qual se origina um som composto, enquanto que *sílaba* “ um som sem significado, formado de letra muda e outra, que tenha som”. O *conectivo*, por sua vez, “ um som sem significado próprio, mas que não impede nem causa a composição de uma frase e que pode estar presente nos extremos ou no meio desta, nunca no começo”, ou, ainda “ um som sem significado, que tem como função produzir um só som significativo”. Por fim, a *articulação* “ um som sem significado que indica um início, ou fim, ou a divisão de uma frase”. (ARISTÓTELES. *Poética*, p. 61-62). Sobre os elementos significativos da linguagem, Aristóteles define o *nome* como sendo “um som que possui significado estabelecido somente pela convenção, sem qualquer referência ao tempo”, não tendo “nenhuma das suas partes significado se considerada separadamente do todo”. Para Aristóteles, os nomes podem ser simples e compostos, de forma que, sendo simples, as partes que o constituem não possuem significado algum, como, por exemplo, o “doro” de Teodoro; nos compostos, todavia, as partes, se tomadas separadamente, embora tenham significados próprios, contribuem para o significado do todo, como, por exemplo, o nome composto “barco-pirata”, cujas partes formam uma unidade significativa e suas partes perdem essa significação quando isoladas. (ARISTÓTELES. *Da Interpretação*, p. 82). Quanto ao *verbo*, Aristóteles o define, num primeiro momento, como “um som composto, com

No campo do direito, a sintaxe é uma preocupação da filosofia analítica,¹⁰⁶ que, segundo Rocha, “encontrou o seu desdobramento na teoria geral do direito, através da análise lógico formal das normas jurídicas”¹⁰⁷ e que tem o propósito de descrever sistematicamente o direito. Assim, do ponto de vista jurídico, explica Warat, “uma expressão está sintaticamente bem formada quando o enunciado acerca de uma ação encontra-se deonticamente modalizado”,¹⁰⁸ ou seja, quando está proibindo, obrigando ou permitindo um determinado comportamento.

A sintaxe ou sintática jurídica, portanto, dedica-se ao estudo da dimensão sígnica da linguagem jurídica, o que compreende a análise das formulações normativas (enunciados das normas e das proposições normativas), consideradas, por Rodríguez e Sucar, entidades linguísticas puramente sintáticas, pois são analisadas independentemente do seu significado, a partir de algumas das fontes jurídicas admitidas como válidas,¹⁰⁹ conforme se pode perceber nas estruturas das normas jurídicas.

Essas estruturas linguístico-gramaticais, no que tange aos enunciados normativos, são predominantemente prescritivas, com a utilização de expressões

significado, que indica o tempo”, cujas partes, quando sozinhas, não têm sentido próprio. Assim, os verbos *anda* e *andou* dão, respectivamente, a ideia do tempo presente e passado. (ARISTÓTELES. *Poética*, p. 62). Num segundo momento, contudo, Aristóteles agrega ao verbo a sua função predicativa, passando a defini-lo, também, como algo que “indica sempre que alguma coisa é dita ou predicada de outra coisa”, o que significa dizer “alguma coisa predicada de um sujeito ou neste encontrada presente”. (ARISTÓTELES. *Da Interpretação*, p. 83). Os *casos ou flexões*, segundo Aristóteles, são acidentes do nome ou do verbo, ou seja, são seus desdobramentos gramaticais e temporais”, ou dão “ideia de singular e plural, como *homens* ou *homem*; ou, com a inflexão daquele que fala, uma indagação ou uma ordem; *caminhou?* e *caminha!*” (ARISTÓTELES. *Poética*, p. 63). São os casos, explica Santos, que permitem - pois a intermedeiam - a articulação dos verbos e dos nomes na composição da frase, o último e mais complexo elemento constitutivo da linguagem e no qual surgem e se sobrepõem todos os elementos constitutivos da linguagem antes mencionados. (SANTOS, Fausto dos. *Filosofia aristotélica da linguagem*, p. 86). Por fim, a *frase*, locução ou sentença, segundo Aristóteles, “é uma composição significativa de sons”. (ARISTÓTELES. *Poética*, p. 63). Algumas das suas partes têm significados próprios, pois nem todas as frases constituem-se de verbos e nomes; podem ocorrer frases sem verbo, mas essas sempre terão uma parte com significado, como na definição de homem. Frase “é a fala dotada de significação”, podendo esta ou aquela sua parte ter um significado particular de alguma coisa que, embora sendo enunciado, não expresse uma afirmação ou uma negação” (ARISTÓTELES. *Da Interpretação*, p. 84), ressaltando-se que é a partir da frase que Aristóteles constrói a noção de proposição como célula apofântica, ou seja, passível de verdade ou falsidade.

¹⁰⁶ A filosofia analítica compreende o normativismo kelseniano, as teorias das normas e do ordenamento jurídico de Bobbio e os estudos de lógica jurídica da linha de Von Wright e Kalinowski, que, na Argentina, estão representados, dentre outros, por Alchourrón, Buligyn e Vernengo.

¹⁰⁷ ROCHA, Leonel Severo. *Da teoria do direito à teoria da sociedade*, p. 68.

¹⁰⁸ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*, p. 40.

¹⁰⁹ RODRÍGUEZ, Jorge L.; SUCAR, Germán. *Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho*, p. 108.

proibitivas, imperativas ou permissivas positivas ou negativas, pois visam interferir no comportamento dos destinatários de tais enunciados, enquanto, no que tange aos enunciados das proposições normativas contidas, sobretudo, nas teorias e doutrinas jurídicas, essa linguagem é predominantemente descritiva, com a utilização de expressões explicativas, informativas, cognitivas, designativas ou referenciais, pois visam, apenas, possibilitar o conhecimento daqueles enunciados normativos.

Nessa dimensão, portanto, procura-se saber se as expressões normativas ou proposicionais estão ou não em conformidade com as regras sintáticas, isto é, se são ou não uma combinação adequada de signos, pois é somente em face dessa adequação que se pode compreendê-las sintaticamente e passar para a dimensão proposicional.

No âmbito da linguagem jurídico-penal, é a teoria do delito, especialmente, a teoria do tipo penal, que se preocupa com a sintaxe, pugnando por uma linguagem rigorosa ou precisa que contemple todos os elementos necessários e essenciais, de modo a possibilitar a subsunção ou a adequação da conduta (ação ou omissão) em relação à descrição contida no tipo penal.¹¹⁰

Ocupando-se da dimensão sógnica da linguagem jurídico-penal, a sintaxe ou sintática jurídico-penal possibilita afirmar que um enunciado está sintaticamente bem formado, por exemplo, quando, além de observar as regras da sintaxe geral e jurídica, o tipo penal for fechado ou completo, o que, no dizer de Santos, ocorre quando “o legislador descreve exaustivamente os caracteres da conduta proibida”. Ao contrário, estará sintaticamente mal formado, quando o tipo penal for aberto ou incompleto, ou seja, quando “o legislador não exaure os caracteres da conduta proibida, que exige *complementação judicial*, conforme critérios estritos”.¹¹¹

Fica evidenciado, no entanto, que, nesta dimensão, a combinação dos signos forma sentenças passíveis de compreensão da linguagem, apenas, no âmbito da sintática, faltando, no entanto, um componente semântico, uma vez que, mesmo que haja frases gramaticalmente estruturadas, isso não basta para haver sentido, pois este não decorre, pura e simplesmente, de combinações de

¹¹⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*, 2006, p. 108.

signos. Assim, é necessário ampliar a análise para além do signo, passando para a dimensão proposicional da linguagem, da qual se ocupa a semântica.

§2º. A semântica e a dimensão proposicional da linguagem jurídico-penal

A semântica, segundo Morris, trata da relação dos signos com os objetos,¹¹² razão pela qual, para Warat, a verdade é o seu problema central, tendo sentido um enunciado somente quando se referir a um fato ou situação que efetivamente possa ocorrer ou quando a sua existência é admissível, o que exige que seja passível de ser submetido ao critério da verificação. Assim, uma expressão linguística que seja bem formulada sintaticamente, também o é semanticamente, se for uma informação verificável, como, por exemplo, na proposição, “a cadeira é branca”, pois isso pode efetivamente ocorrer. No entanto, o enunciado “os duendes se apaixonam em maio” é semanticamente sem sentido, porquanto duendes não existem, não sendo essa afirmação, portanto, verificável. A condição semântica de sentido, pois, que pressupõe, implicitamente, uma condição sintática, é a possibilidade de verificação de um enunciado.¹¹³

A noção de verdade, problema central da semântica, para Warat, compreende tanto uma abordagem objetiva, quando relacionada com o objeto propriamente dito, quanto uma abordagem subjetiva, quando relacionada com a “uma opinião, uma crença, uma valoração ou um estado mental”.¹¹⁴

A semântica se ocupa com a dimensão proposicional da linguagem, ou seja, segundo Araújo, com as “proposições significativas, cujo valor de verdade provém de serem afirmações acerca da realidade”.¹¹⁵ Para tal, é necessário distinguir as noções de *enunciado* ou *orações, proposição e juízo*, sendo aqueles,

¹¹¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*, 1985, p. 34.

¹¹² MORRIS, Charles. *Signos, lenguaje y conducta*, p. 264.

¹¹³ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*, p. 40-41.

¹¹⁴ WARAT, L. A. *Op. Cit.*, p. 42. Segundo Warat, os padrões positivistas das linguagens científicas procuram desqualificar os aspectos subjetivos de significação. Assim, condicionando o significado de uma proposição à sua verificação, os positivistas dividem as expressões em “com” e “sem” “sentido”, inserindo neste último grupo os enunciados metafísicos ou pseudoproposicionais e empregando a palavra *metafísica* para rejeitar as afirmações que, em princípio, são indemonstráveis com a convicção de que existem verdades fáticas válidas *a priori*, isto é, independentemente dos dados observáveis. (WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*, p. 42).

conforme Echave, Urquijo e Guibourg, conjuntos de palavras significativas de um determinado idioma que expressam, cabalmente, uma ideia, uma vez que são palavras ordenadas de acordo com as regras gramaticais; a *proposição*, por sua vez, é “o significado de um enunciado”;¹¹⁶ o *juízo*, por fim, segundo Bobbio, “é uma proposição composta de um sujeito e de um predicado, unidos por uma cópula (S é P)”, sendo, também, “a forma mais comum de proposição, segundo a lógica clássica”, embora nem sempre uma proposição seja um juízo, como, por exemplo, “Olhe!”, “Quantos anos você tem?”,¹¹⁷ que são proposições exclamativas e interrogativas, respectivamente, mas não juízos. Por serem os juízos as formas mais comuns de proposições, a referência a estas doravante, indica as proposições consideradas juízos, ou seja, as proposições declarativas, descritivas ou assertivas.¹¹⁸

¹¹⁵ ARAÚJO, Inês Lacerda. *Do signo ao discurso*, p. 58.

¹¹⁶ ECHAVE, Della Teresa; URQUIJO, María Eugenia; GUIBOURG, Ricardo. *Lógica, proposición y norma*, p. 35-37. Não se pode perder de vista que, segundo Orlandi, “todo processo de significação traz uma relação necessária ao silêncio” e que “o sentido é sempre produzido de um lugar, a partir de uma posição do sujeito”, de modo que, “ao dizer, ele estará, necessariamente, não dizendo ‘outros’ sentidos”, o que permite concluir que “dizer e silenciar andam juntos”. (ORLANDI, Eni Puccinelli. *As formas do silêncio*, p. 53).

¹¹⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*, p. 73. É possível, no dizer de Bobbio, que uma mesma proposição possa ser expressa por meio de enunciados diversos, o que ocorre, por exemplo, quando se altera a forma gramatical, da voz passiva para a ativa, isto é, quando se diz que “Mário ama Maria” ou que “Maria é amada por Mário”. Também é possível que um mesmo enunciado possa exprimir, em contextos e circunstâncias variáveis, proposições diversas, ou seja, quando se diz a alguém: “Gostaria de beber uma limonada”, em que se pode estar exprimindo um desejo, ou dando uma informação sobre um estado de espírito, ou ainda, dando uma ordem ao garçom. É possível, ainda, que um enunciado não encerre qualquer proposição, ou seja, que palavras que, individualmente, tenham significados não o possuam quando em conjunto com outras, mesmo que, a frase esteja sintaticamente bem formada, como é o caso de “César é um número primo” ou “O triângulo é democrático”. Se o que se disse é possível, com muito mais razão não estão presentes proposições em palavras que, isoladamente, não têm qualquer significado, como por exemplo, em “Pape Satan, pape Satan Aleppe”. Essas palavras ou enunciados que, individualmente ou coletivamente, não têm significados, todavia, não podem ser confundidos com as proposições falsas, uma vez que uma proposição falsa é sempre uma proposição, porque tem um significado, de modo que, “se submetida a um critério de verdade que dispomos para julgá-la, demonstra que não possui os requisitos solicitados para afirmar-se como verdadeira”, como ocorre, por exemplo, quando se diz que “O triângulo tem quatro lados”. (BOBBIO, N., *Op. Cit.*, p. 73 e 74).

¹¹⁸ As proposições são classificadas por Bobbio segundo o critério gramatical ou da forma como são expressas, o critério da função ou do fim, o critério do consentimento do destinatário e o critério da valoração. Pelo primeiro critério, as proposições podem ser declarativas, interrogativas, imperativas e exclamativas, cujos nomes são auto-explicáveis. Pelo critério da função ou do fim a que se propõe alcançar aquele que pronuncia a proposição, esta pode ser assertiva ou descritivas, que são as que têm por fim dar uma informação, por exemplo, quando se afirma “Chove”; ou interrogativas, que são as que visam a fazer uma pergunta, por exemplo, “Chove?”; ou prescritivas ou de comando, que são as que têm por função influir sobre o comportamento alheio para modificá-lo, por exemplo, quando se determina a alguém “Pegue o guarda-chuva”; ou exclamativas, que têm por função exprimir o estado de ânimo de quem pronuncia a proposição, como, por exemplo, quando se diz “Como você está molhado!”. Essas formas e funções das proposições

É a proposição que interessa a esta dimensão, pois, segundo Tarski, é ela que reúne “a totalidade das considerações que dizem respeito aos conceitos que, de modo geral, expressam certas conexões entre as expressões de uma linguagem e os objetos e estados de coisas a que se referem tais expressões”, podendo-se dizer que “a verdade de uma sentença consiste em sua concordância (ou correspondência) com a realidade” ou, de outra forma, “uma sentença é verdadeira se ela designa um estado de coisas existente”.¹¹⁹

As raízes dessa dimensão estão em Aristóteles, que, também, não concebe todas as sentenças como proposições, pois chama de proposições “somente as que encerram verdade ou falsidade em si mesmas”, não sendo a prece, por exemplo, uma proposição. A proposição é considerada a célula apofântica, pois é a unidade mínima e a mais importante parte da linguagem capaz de encerrar verdade ou falsidade, ou seja, a única que pode afirmar ou negar “a presença de alguma coisa num sujeito no tempo passado, presente ou futuro”, ou seja, capaz de afirmar ou negar a união entre um sujeito e o seu atributo. É por isso que “as

podem ser combinadas, surgindo outras variações nessa classificação, de modo que, ao mesmo tempo em que uma proposição pode informar o destinatário, pode, também, influir, indiretamente, no seu comportamento, como, por exemplo, quando alguém fornece uma informação sobre uma rua em uma cidade estranha, ao mesmo tempo essa induz a que ande no sentido indicado, por isso, a informação exerce uma influência indireta, prescrevendo um comportamento. Entre as diversas espécies de proposições acima mencionadas, destacam-se as proposições assertivas ou descritivas e as prescritivas ou de comando, as quais podem ser diferenciadas, também, com base nos critérios do consentimento do destinatário e da valoração. Pelo critério do consentimento do destinatário (Hare), uma proposição é descritiva quando o consentimento do destinatário, diante da proposição, decorre de uma crença em que a proposição é verdadeira, ou seja, é uma atitude mental, pois, consentir sinceramente com a proposição (descritiva) é crer nela, enquanto que uma proposição é prescritiva quando o consentimento do destinatário, diante da proposição, decorre da execução do comando prescrito, ou seja, é uma atitude prática, de modo que consentir sinceramente com a proposição (prescritiva) é fazê-la. O critério da valoração, por fim, possibilita distinguir as proposições descritivas, que podem ser *verdadeiras* ou *falsas*”, das proposições prescritivas, que, embora não estando sujeitas à valoração da verdade e falsidade, podem ser valoradas segundo a *justiça* e a *injustiça* e segundo a *validade* e a *invalidade*, de modo que “enquanto não tem sentido perguntar-se se um preceito é verdadeiro ou falso, tem sentido perguntar-se se é *justo* ou *injusto* (oportuno ou inoportuno, conveniente ou inconveniente) ou *válido* ou *inválido*”. Na valoração das proposições descritivas, distinguem-se as proposições em sintéticas, cujo “critério para julgá-la é a maior ou menor correspondência aos fatos”, ou seja o critério é o da verificação empírica, chamando-se de empiricamente verdadeiras as proposições cujo significado é verificado pela via empírica; e em analíticas, cujo “critério é a coerência ou validade formal” ou, ainda, da verificação racional, em que se aplica o raciocínio lógico em face dos postulados auto-evidentes, chamando-se de racionalmente verdadeiras as proposições que são verificadas por via racional. Na valoração das proposições prescritivas, sobretudo das normas jurídicas, por sua vez, distinguem-se o critério de justificação material, ou seja, da correspondência com os valores últimos (justiça ou conveniência ou oportunidade e injustiça ou inconveniência ou não oportunidade), do critério da justificação formal, em que se observa se a prescrição deriva das fontes primárias de produção normativa (validade e invalidade) e não a veracidade ou falsidade da prescrição, como ocorre com as proposições descritivas. (BOBBIO, N. *Idem*, p. 74, 75 e 80-82).

proposições requerem a presença de um verbo ou de flexão verbal, pois mesmo a definição de homem não constitui ainda uma proposição, a não ser que *é, era, será*, ou algo deste tipo seja acrescentado”.¹²⁰ Assim, para Aristóteles, diz-se a verdade quando há a união entre o sujeito e o atributo e, a falsidade, quando isso não ocorre.¹²¹

Nessa dimensão, explica Oliveira, é a proposição, pois, que decide sobre o existir ou o não-existir, pois é nela que se pode atingir as coisas em si mesmas, isto é, em suas relações recíprocas e em sua existência,¹²² razão pela qual, no dizer de Santos, a proposição é determinada não apenas pelo que enuncia, mas, antes de tudo, “pela *verdade* daquilo que enuncia”. A verdade, portanto, é “um atributo do real que, afetado pela alma, se sobrepõe à linguagem”, ou, ainda, “é primeiramente uma *percepção*, depois, um ‘dizer o que se percebe’”.¹²³

Na dimensão proposicional, a preocupação central da semântica no estudo da linguagem é, pois, o *referente*, que traz consigo a ideia de *referência* e de *referenciação*. Tendo a linguagem, segundo Araújo, a função de referir, precisa, para realizar essa tarefa, ser adaptada e depurada, estabelecendo-se significados precisos e eliminando-se as ambiguidades¹²⁴ e as vaguezas,¹²⁵ ou seja, os

¹¹⁹ TARSKI, Alfred. *A concepção semântica da verdade*, p. 149 e 160-161.

¹²⁰ ARISTÓTELES. Da Interpretação, p. 84 e 85. Por essa razão, em Aristóteles, o verbo “ser” merece, nessa dimensão, um destaque especial, pois exerce um papel determinante nas proposições, uma vez que, enquanto, por um lado, algumas das categorias significam a essência, outras significam a qualidade, a quantidade, a relação, o agir ou o padecer, o onde e o quando, por outro, “o ser tem significados correspondentes a cada uma destas”, não existindo diferença, por exemplo, entre as proposições “o homem é vivente” e o “o homem vive”. (ARISTÓTELES. *Metafísica*, v. 2, p. 213).

¹²¹ ARISTÓTELES. *Op. Cit.* v. 2, p. 431.

¹²² OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p. 30.

¹²³ SANTOS, Fausto dos. *Filosofia aristotélica da linguagem*, p. 100.

¹²⁴ A ambiguidade, explica Warat, “é um caso particular de incerteza designativa”, uma vez que ocorre “nos casos em que um termo possui mais de um conjunto de propriedades designativas, isto é, um mesmo rótulo ou significante veicula propriedades designativas aplicáveis a âmbitos denotativos claramente diferenciáveis”, havendo, pois, “dúvidas sobre a qual classe que o rótulo se aplica”. Entre os tipos de ambiguidade, há a homonímia, quando o mesmo termo pode ser utilizado para designar dois objetos distintos, como, por exemplo, o termo “manga”, que pode designar uma fruta ou uma parte do vestuário; a polissemia, quando “um mesmo termo designa um conjunto de significados designativos conectado metaforicamente”, como, por exemplo, a palavra “pesado”, que pode designar tanto algo que é fisicamente pesado quanto uma atividade difícil; e, por fim, a anfibologia, quando não se pode precisar, dado o alto grau de incerteza ao nível de sua significação de base, as características designativas com independência do contexto de uso, permitindo, assim, uma relativa multiplicidade dos campos denotativos aos quais pode ser aplicado. (WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*, p. 78 e 79).

¹²⁵ A vagueza, em sentido lato, ocorre, segundo Warat, nos casos em que “não existe uma regra definida quanto à aplicação de um termo, exigindo que, na prática, os usuários decidam, pragmaticamente, se

obstáculos da linguagem comum ou cotidiana, de modo que cada nome deve corresponder a um ente nomeado.¹²⁶ Enquanto, no dizer de Neveu, o *referente* é o “objeto do mundo”, a *referência* é definida como a relação que une uma expressão linguística empregada num enunciado com o referente ou o objeto, sendo a *referenciação*, por fim, definida “como um ato que consiste em tomar os objetos do mundo (físico ou conceituado), e apresentá-los no discurso”.¹²⁷

A referência pode, ainda, ser denotativa ou conotativa. A *denotação*, no dizer de Neveu, serve “para designar a relação entre um signo linguístico e uma classe de objetos do mundo”, compreendendo, pois, a significação invariável e não subjetiva do signo.¹²⁸ Para que ocorra a denotação, é necessário que haja a *designação*, que, segundo Warat, é a formulação de critérios com base nas propriedades das coisas, de modo a construir classes de objetos e a possibilitar o emprego de palavras que abriguem sob o mesmo rótulo os objetos com características comuns. A *denotação* decorre, pois, da correspondência entre o

determinadas situações, objetos ou subclasses de um termo, devem ou não ser incluídas na denotação”, havendo, pois, dúvidas “em torno da sua extensão”. A vagueza, portanto, insere-se em uma zona de incerteza, devendo-se ter em mente que há uma zona de luminosidade positiva, em que se situam “os objetos ou situações onde não existe nenhuma dúvida em relação a sua inclusão na denotação”; uma zona de luminosidade negativa, em que se situam os “objetos ou situações que com certeza não entram na denotação”; e, por fim, uma zona de incerteza, em que “existem legítimas dúvidas quanto ao fato do objeto ou situação entrar ou não na denotação”. O problema da vagueza se situa nessa terceira hipótese, isto é, na zona da incerteza, uma vez que, “não se pode definir com exatidão os critérios de aplicabilidade denotativa, devendo-se recorrer a decisões auxiliares”, porquanto tais termos “não exibem todas as características designativas explicitadas pelas regras de uso”, isto é, “propriedades designativas que possam ser consideradas ‘condições necessárias suficientes’ para a aplicabilidade denotativa do termo”. Um exemplo de vagueza está no termo “calvo”, pois, se, por um lado, há indivíduos que se enquadram perfeitamente nessa denotação e outros que nela não se enquadram, por outro, há indivíduos em relação aos quais há dúvidas quanto a esse enquadramento. (WARAT, L. A. *Op. Cit.*, p. 76, 77 e 79).

¹²⁶ ARAÚJO, Inês Lacerda. *Do signo ao discurso*, p. 99-100.

¹²⁷ NEVEU, Franck. *Dicionário de ciências da linguagem*, p. 258. Na linguística de vertente estrutural-saussuriana, explica Araújo, “o referente não conta para a compreensão e para o funcionamento dos signos”, uma vez que pertence ao antigo problema da linguagem e sua relação com a realidade, já que, como já dito, nessa concepção, o signo relaciona um conceito a uma imagem acústica e não a uma coisa ou objeto (à realidade). Os signos “querem dizer algo, significam, porém não referem”, pois “não são eles que realizam a relação propriamente dita de referir, de estabelecer uma relação entre as palavras e as coisas, entre dizer e ser”, razão pela qual “a relação entre signo e realidade não deve e nem pode ser resolvida pelo lingüista”, pois essa relação cabe à filosofia, de modo que a referência às coisas é guiada ou até mesmo produzida “pela significação e não o inverso”. (ARAÚJO, Inês Lacerda. *Do signo ao discurso*, p. 34-35). A apresentação do referente como um problema extralingüístico, conforme Neveu, é problemática, a começar pela própria existência do referente, pois, para que se possa referir-se a um objeto, é necessário que esse exista, mesmo que como entidade imaginária, de modo que, “para lhes estender a referência temos que estender a noção aos mundos possíveis”, resultando claro que “a realidade não é mais, nesse caso, preexistente ao discurso, mas construída através dele”. (NEVEU, Franck. *Dicionário de ciências da linguagem*, p. 258).

¹²⁸ NEVEU, F. *Op. Cit.* p. 94.

conjunto desses objetos e a satisfação dessas condições designativas.¹²⁹ Com outras palavras, Chalhub afirma que “a denotação tenta uma relação e uma aproximação mais diretas entre o termo e o objeto”, de modo a estar a “linguagem correlacionada a um real, que responderia sempre à pergunta ‘que é tal objeto?’ com o nome do objeto, sem figuração ou intermediários”. A conotação, por sua vez, é compreendida de forma mais comumente como “linguagem figurada”,¹³⁰ ou, como diz Neveu, é o “conjunto de significações consideradas secundárias (*con-*, do latim *cum*, “com”) de um signo linguístico, que se acrescentam em seu sentido convencional (denotativo)”, sendo o sentido conotativo, pois, que “define o valor semântico das palavras em discurso”, razão pela qual a variabilidade é a característica fundamental da conotação.¹³¹ Sintetizando os campos da designação, da denotação e da conotação, Coelho diz que “a designação é o conjunto de requisitos que a denotação deve preencher”, enquanto “esta corresponde ao conjunto dos objetos que satisfazem aquelas condições designativas”. Essas condições se articulam com o aspecto ideológico que é colocado na definição de um objeto, aspecto este que é a *conotação*.¹³²

A semântica, no âmbito jurídico, segundo Rocha, encontra o seu correspondente nas correntes hermenêuticas que se dedicam à análise dos sentidos das proposições, que são objetos próprios da ciência ou dogmática jurídica,¹³³ razão pela qual a preocupação central da hermenêutica é a interpretação de textos. Para Kelsen, somente o enunciado sobre a validade de uma norma pode ser verdadeiro,¹³⁴ o que significa dizer que os enunciados

¹²⁹ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*, p. 56.

¹³⁰ CHALHUB, Samira. *Funções da linguagem*, p. 9.

¹³¹ NEVEU, Franck. *Dicionário de ciências da linguagem*, p. 79.

¹³² COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*, p. 68. No atual estágio de desenvolvimento da semiologia, explica Tavares, parece estar pacificado “que a linguagem, ao contrário do que sempre se acreditou, não é predominantemente denotativa, mas conotativa”, uma vez que “não se resume a indicar ou definir os objetos, senão representar também suas significações latentes e suas relações com o sistema de significados enunciados”. (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 105).

¹³³ ROCHA, Leonel Severo. *Da teoria do direito à teoria da sociedade*, p. 68.

¹³⁴ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*, p. 209. Como condição de sentido de uma norma, a validade, segundo Warat, encerra critérios subjetivos ou jusnaturalistas e objetivos. Pelos critérios subjetivos, a validade das normas positivas decorre da concordância dos seus conteúdos em relação aos conteúdos de um sistema de normas transcendentais (normas do direito natural), de modo que, “se os conteúdos coincidem, as normas positivas são válidas, em caso contrário, inválidas”. Por outro lado, esses critérios de atribuição de validade são objetivos quando, “por seu intermédio, atribui-se a validade às normas positivas por uma relação

jurídicos, também, têm sentidos semânticos, pois estão sujeitos às condições de verdade. Todavia, isso ocorre somente quando afirmam a validade de uma norma em relação à norma fundamental. Para Cossio, todavia, “o horizonte da verdade jurídica está demarcado pela justiça”.¹³⁵ Diferentemente, Ross afirma que a condição de sentido de uma norma não é a sua validade, mas, sim, a sua vigência, isto é, o seu efetivo acatamento como socialmente obrigatória, o que deve ser procurado nas sentenças do Poder Judiciário, as quais são vistas como fatos sociais que dão vigência ao direito,¹³⁶ sendo vigente, pois, a norma jurídica somente quando aplicada pelos tribunais.

No âmbito da dimensão proposicional da linguagem jurídica, a análise da veracidade restringe-se à proposição jurídica ou normativa, o que esbarra, muitas vezes, em problemas de difícil solução, entre os quais, a indeterminação ou a textura aberta do direito, uma vez que, conforme Hart, “mesmo quando são usadas regras gerais formuladas verbalmente, podem, em casos particulares concretos, surgir incertezas quanto à forma de comportamento exigido por elas”.¹³⁷

de concordância entre as próprias normas do direito positivo”. (WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*, p. 45).

¹³⁵ COSSIO, Carlos. *Teoria de la verdad jurídica*, p. 215: [...] “el horizonte de la verdad jurídica está demarcado por la justicia [...]”.

¹³⁶ ROSS, Alf. *Direito e justiça*, p. 59.

¹³⁷ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*, p. 139. A determinação da norma jurídica, no dizer de Gubert, “é um objetivo cuja conquista é remota”, pois “consiste em estabelecer significados precisos de termos vagos, e em dar sentido a proposições contraditórias”. É que as normas, às vezes, são ambíguas ou estão em conflito com outras normas ou, ainda, apresentam lacunas que devem ser preenchidas, havendo, dúvidas, também, quanto aos limites da linguagem jurídica e o que ela pode expressar. Não se pode esquecer que a fluidez e a pouca sistematicidade das leis decorrem do fato dessas serem decisões políticas produzidas, no passado e para incidirem sobre eventos futuros, no meio do antagonismo de interesses dos grupos sociais, sendo, por isso, humanamente impossível prever todas as situações sobre as quais devem versar. Por isso, há um dilema enfrentado pelo legislador, que deve optar por deixar as proposições “suficientemente abertas e genéricas para que a tudo se adaptem” ou deixá-las “específicas e extensas”, permanecendo fora de sua incidência uma grande área. Nessa dupla possibilidade, o mandamento genérico acaba por conferir poder discricionário ao julgador, porquanto, “como uma imagem fosca, é um modelo que a tudo pode adaptar-se”, pois, “quanto mais fosco o modelo, maior sua possibilidade de conformação ao caso específico, seja ele qual for”. Por outro lado, “o mandamento particular gera lacuna de tamanho inversamente proporcional a sua especialidade”. Em face disso, ganha força a tese da indeterminação, segundo a qual, por exercer papel prioritário, é a interpretação que produz a regra, e não o contrário, pois é ela e somente ela que estabelece o conteúdo da regra. Por isso, toda a interpretação é inédita, ainda que o texto normativo tenha sido construído em outros tempos, de modo que “todo julgamento é um novo julgamento, uma nova decisão ontologicamente desvinculada da decisão precedente”. Não há, portanto, como saber se uma conduta é ou não conforme uma regra, uma vez que não há uma “regra de reconhecimento” definida, até mesmo porque essa regra também não poderia estabelecer sua

Pode-se dizer que tanto as *normas* quanto as *normas jurídicas* e as *proposições jurídicas* são os referentes da linguagem jurídica no âmbito da semântica jurídica, por serem os objetos da ciência do direito, pois, no dizer de Warat, essa ciência “deve construir seu objeto sobre dados que são expressos pela própria linguagem, ou seja, a linguagem da ciência jurídica fala sobre algo que já é linguagem anteriormente a esta fala”.¹³⁸ Não se pode, por isso, prescindir das concepções que norteiam essas categorias do direito.

A concepção de *norma* pressupõe uma distinção entre os campos do *ser* e do *dever-ser*, que, para Kelsen, são diferentes formas que podem assumir qualquer conteúdo, ou seja, de algo que “é” e de algo que “deve-ser”. Distinguem-se, assim, “a forma do ser”, na qual se deve distinguir entre “*que algo é*” e “*o que é*”, e “a forma do dever-ser”, na qual se deve distinguir entre “*que algo deve-ser*” e “*o que deve-ser*”. Disso resulta que “o que é” e “o que deve-ser” são os conteúdos, respectivamente, do ser e do dever-ser, o que significa dizer que “são um *substrato modalmente indiferente*”. Assim, quando se diz que “A paga sua dívida de jogo” ou que “A deve pagar sua dívida de jogo”, o substrato modalmente indiferente “pagar dívida de jogo” assume, na primeira hipótese, a forma de ser e, na segunda, a forma de dever-ser. Dessa maneira, é possível que o que é existente, ao mesmo tempo, não seja devido e que o que é devido não seja existente. Além disso, “não é a conduta existente e sim a conduta devida que aparece na norma que prescreve uma certa conduta”, uma vez que a conduta devida na norma e a existente na realidade são duas coisas que diferem em relação ao modo. Enquanto, no modo do ser, o enunciado se apresenta como verdadeiro ou falso, no modo do dever-ser, o enunciado somente pode ser válido ou inválido.¹³⁹

própria incidência”. Em face da indeterminação do direito, atribui-se ao julgador a tarefa de traduzir a “vontade do povo”, sobretudo nos casos difíceis. (GUBERT, Pablo. *Linguagem do direito*, p. 70-71).

¹³⁸ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*, p. 38. Os filósofos analíticos, entre os quais Kelsen e Bobbio, conforme explica Rocha, têm procurado construir “uma ciência do direito alicerçada em proposições normativas que descrevem sistematicamente o objeto direito”, o que significa dizer que tentam construir “uma meta-teoria do direito, que, ao contrário, do positivismo legalista dominante, na tradição jurídica (que confunde lei e direito), propõe uma ciência do direito como uma meta-linguagem distinta do seu objeto”.(ROCHA, Leonel Severo. *Da teoria do direito à teoria da sociedade*, p. 66).

¹³⁹ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*, p. 70, 73 e 74.

A *norma*, portanto, segundo Kelsen, “dá a entender a alguém que alguma coisa deve ser ou acontecer”, sendo “o sentido de um querer, de um ato de vontade”, que é “dirigido à conduta de outrem” a fim de que este se conduza de determinado modo. O objeto da norma é, pois, a “conduta humana”, pois “estatui como devida a conduta de um ser humano ou de um determinado ou indeterminado número de pessoas”. Como se percebe, a norma se caracteriza por uma ligação normativa, o que significa dizer, por exemplo, que, entre a condição “se alguém está na miséria” e a consequência “deverá socorrê-lo” ou entre “se alguém recebeu um empréstimo” e “deverá pagá-lo”, há uma ligação que decorre de uma necessidade normativa (se é A então deve ser B). Essa ligação difere da ligação causal, que, decorrente de uma necessidade causal, baseia-se em causa e efeito, cuja ligação existe, por exemplo, entre o calor e a dilatação, em que o nexos é de um “ter de” (se é A então é ou será B). Em outros termos, enquanto a ligação causal observa o princípio da causação, a ligação normativa observa o princípio da imputação, o que significa dizer que, enquanto a causação independe de um ato de vontade, a imputação é estritamente dependente desta.¹⁴⁰

É no campo das necessidades normativas que, segundo Kelsen, estabelece-se a distinção entre a norma jurídica e a moral, pois, diferentemente desta, a consequência estabelecida pela norma jurídica, se ocorrer a condição, é garantida por atos de coação ou pelo emprego da força física.¹⁴¹ Para Bobbio, essa distinção se situa no momento da resposta à violação, ou seja, no âmbito das sanções morais, sociais e jurídicas. Nessa concepção, seriam morais, somente, as normas “*cujas sanções são puramente interiores*”, ou seja, em que a única consequência desagradável da sua violação é o sentimento de culpa, que se revela num estado de incômodo ou de perturbação e, às vezes, de angústia, identificado como remorso ou arrependimento. As normas sociais, por sua vez, seriam aquelas cuja

¹⁴⁰ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*, p. 2-3, 29-32 e 38. Não obstante, para Kelsen, a norma ou a conduta devida esteja no campo do dever-ser, para Kaufmann, a palavra norma é ambígua, podendo ter significados tanto do campo do ser quanto do dever-ser. No campo do ser, o vocábulo norma se refere “aquilo que é o normal, em oposição ao anormal, ao enorme ou ao excepcional”, ou o que é “conforme a norma” e, por isso, diferente “do antinormativo”. No campo do dever-ser, o termo norma indica o “que deve ocorrer”, chamando Nawiasky de normas “às ‘regras do comportamento humano, que são gerais ou abstratas’ ou as exigências que expressam um dever-ser incondicionado. (KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas*, p. 47-48).

sanção é externa, tendo diversos graus de gravidade, partindo da reprovação e chegando à eliminação pelo grupo, como, por exemplo, o isolamento, a expulsão e o linchamento, sendo este a forma mais grave de sanção social. As sanções morais são criticadas pela sua escassa eficácia e as sociais, pela falta de proporcionalidade entre a violação da norma social e a resposta, uma vez que são sanções externas não-institucionalizadas. As sanções jurídicas, por fim, além de externas, são institucionalizadas, o que significa dizer que podem ser estabelecidas de forma proporcional para cada violação de uma norma primária e serem executadas por pessoas encarregadas. Em face desta modalidade de sanção, as normas jurídicas são definidas como “as normas cuja violação tem por consequência uma resposta externa e institucionalizada”.¹⁴²

A norma jurídica, no entanto, não é isolada, pois, conforme Kelsen, o direito, além de ser “uma ordem de coerção”, é também concebido como “uma ordem normativa, como um sistema de normas que regulam a conduta de homens”. Em havendo uma pluralidade de normas jurídicas, surge a indagação acerca da sua validade e sobre o fundamento dessa validade, o qual estaria em outra norma, ou seja, na norma superior, cuja validade, também, estaria relacionada com outra norma superior, até terminar “numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada”, isto é, a norma fundamental (*Grundnorm*), que, por ser pressuposta, “não pode ser posta por uma autoridade”. Dessa forma, “todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem

¹⁴¹ KELSEN, Hans. *Op. Cit.*, p. 30.

¹⁴² BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*, p. 152, 155 e 157-160. Bobbio considera insuficientes, entre outros, o critério do conteúdo ou da relação intersubjetiva ou da bilateralidade, isto é, de interdependência entre direito e dever, por não distinguir a norma jurídica das demais normas sociais; o critério segundo o qual as normas jurídicas teriam por finalidade essencial a conservação da sociedade, por não impedir que normas consideradas essenciais numa sociedade possam não ser assim consideradas em outra; o critério do sujeito, segundo o qual as normas jurídicas são estabelecidas pelo poder soberano, por não obstar que muitas dessas normas estejam fundadas em valores, entre os quais a justiça, considerado o maior valor; o critério jusnaturalista, que considerada imprescindível que a norma jurídica seja justa, por haver muitas divergências acerca do que deve ser compreendido por “justiça”, como, por exemplo, entre qual critérios deve ser observado para estabelecer a igualdade, se o mérito, a necessidade, o trabalho ou mesmo o *status*; por fim, o critério de como a norma é acolhida ou obedecida pelo destinatário, se em face das vantagens que dela se possam tirar ou se em face do convencimento do destinatário quanto à sua obrigatoriedade ou sobre a sua necessidade, por não afastar a posição intermediária das normas jurídicas em

normativa”, sendo a norma fundamental “a fonte comum de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum”. Esse sistema de normas pode ser estático, porque existe uma norma fundamental que lhe dá conteúdo e validade, e dinâmico, porque a norma fundamental tem, por conteúdo, também, a atribuição de um poder a determinadas autoridades na produção de outras normas gerais e individuais.¹⁴³

Como há normas jurídicas que, se consideradas isoladamente, não são garantidas por sanção externa e institucionalizada, para que não se lhes seja negado o seu caráter de normas jurídicas, Bobbio as remete para o ordenamento jurídico, pois, quando se fala de uma sanção jurídica, não se está referindo somente às normas singulares ou isoladas, mas, também, “ao ordenamento normativo tomado no seu conjunto”, de modo que, “dizer que a sanção organizada distingue o ordenamento jurídico de todo outro tipo de ordenamento não implica que todas as normas desse sistema sejam sancionadas, mas apenas que o seja a maior parte”. Assim, o atributo da sancionabilidade, que pode estar ausente em determinadas normas isoladas, deve estar presente nas demais ou em outras normas do ordenamento jurídico, o que faz com que esse atributo se irradie para todas as normas do ordenamento, em face do que devem ser consideradas como de fato o são, normas jurídicas. A definição de direito não parte, portanto, da noção isolada de norma jurídica, mas de horizontes mais largos, pois considera o “modo pelo qual uma determinada norma se torna eficaz a partir de uma complexa organização que determina a natureza e a entidade das sanções, as pessoas que devem exercê-las e sua execução”. Essa organização “é o produto de um ordenamento jurídico”, razão pela qual “uma definição satisfatória do direito só é possível se nos colocarmos do ponto de vista do ordenamento jurídico”.¹⁴⁴

Inspirado em matrizes fenomenológicas e existencialistas, Cossio se debruça sobre a teoria kelseniana, reformulando alguns de seus aspectos, o que

relação às normas sociais e morais, às vezes sendo inseridas entre aquelas e outras vezes, entre estas. (BOBBIO, N. *Op. Cit.*, p. 147-151).

¹⁴³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 121, 215 e 217-219.

¹⁴⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 22 e 167.

se pode deprender, entre outros, da sua teoria egológica do direito.¹⁴⁵ A norma, que, em Kelsen, é objeto do direito, para o egologismo jurídico, é, apenas, um instrumento por meio do qual se pode estudar e qualificar a conduta humana, esta, sim, objeto da ciência jurídica. A norma não é, pois, o objeto do direito, senão a significação ou conceito expressado pelo texto. O objeto do direito é “a conduta humana em sua interferência intersubjetiva”, por ser “um fato perceptível como tal”.¹⁴⁶ Assim, enquanto, em Kelsen, a fórmula da norma jurídica é meramente formal, uma vez que, dada a condição A deve impor-se a consequência B, o que significa dizer que, se é exigida uma determinada prestação, a não ocorrência dessa prestação implica uma sanção, em Cossio, para que ocorra a consequência ou a sanção, deve haver outras condições, entre as quais, um funcionário obrigado a aplicá-la. Entram em cena, portanto, os “protagonistas” do direito, ou seja, o pretendente desta sanção e a autoridade encarregada de aplicá-la. O conhecimento dessa autoridade, em regra o juiz, que não está desvinculado de sua vivência, torna-se importante na definição da conduta do processado e, conseqüentemente, na imposição da sanção.¹⁴⁷

Valorizado o intérprete na conceituação de norma jurídica, passa o termo *norma*, segundo Rodríguez e Sucar, a ser utilizado para representar o resultado da operação que leva a cabo o intérprete, quando leva em consideração o significado de uma formulação normativa.¹⁴⁸ A propósito, Canotilho distingue a norma e o texto da norma, pois este “é o ‘sinal linguístico’”, enquanto “a norma é o que se ‘revela’ ou ‘designa’”.¹⁴⁹ Por isso, explica Grau, há a necessidade de se “distinguir os significados *imprimidos* às disposições (*enunciados, textos*) por quem os elabora e os significados *expressados* pelas *normas*”, ou seja, aqueles que “apenas são revelados através e mediante a interpretação, na medida em que

¹⁴⁵ Para a teoria egológica do direito, segundo Cossio, é a conduta em interferência subjetiva o objeto do direito e do conhecimento dogmático, daí porque se deve conhecer o homem, o sujeito atuante, que se transforma, também, em objeto do conhecimento (COSSIO, Carlos. *El derecho en el derecho judicial*, p. 215).

¹⁴⁶ COSSIO, Carlos. *La teoría egologica del derecho e el concepto jurídico de libertad*, p. 201-202: [...] “sino la significación o concepto expresado por el texto”.[...] es la conducta humana en su interferencia intersubjetiva [...] un hecho perceptible como tal”.

¹⁴⁷ COSSIO, C. *Op. Cit.*, p. 333 e 350.

¹⁴⁸ RODRÍGUEZ, Jorge L.; SUCAR, Germán. *Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho*, p. 109.

¹⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1143.

as *disposições* são transformadas em *normas*". Portanto, a interpretação "é meio de expressão de conteúdos *normativos* das *disposições*, meio através do qual pesquisamos as *normas* contidas nas *disposições*", sendo, pois, a interpretação "uma atividade que se presta a transformar *disposições (textos, enunciados) em normas*".¹⁵⁰

As *normas jurídicas* se distinguem das *proposições jurídicas*, pois, enquanto aquelas, segundo Bulygin, são os imperativos normalmente usados para prescrever ou dar ordens ou estabelecer obrigações, proibições e permissões, em que se fazem presentes expressões, tais como "deve", "pode", "não pode", "é obrigatório", "é proibido" e "é permitido", as *proposições normativas*, por sua vez, servem para "enunciar que há uma determinada proibição ou que algo é obrigatório ou está permitido de acordo com uma norma ou um conjunto de normas dadas". Assim, enquanto as normas carecem de valores de verdade, ou seja, não são nem verdadeiras nem falsas, as *proposições normativas* são dotadas desses valores. Contudo, se as normas existem para ser obedecidas ou satisfeitas, as *proposições jurídicas* existem para ser conhecidas.¹⁵¹ Para Kelsen, as normas jurídicas "são produzidas pelos órgãos jurídicos a fim de por eles serem aplicadas e serem observadas pelos destinatários do direito", sendo, portanto, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos e, também, permissões e atribuições de poder ou de competência. As *proposições jurídicas*, por sua vez,

¹⁵⁰ GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 79. Como ilustração a essa exposição de Coutinho, cabe a menção à "metáfora da Vênus de Milo" que, segundo Grau, muito bem representa que, no texto há embutida uma norma em potencial que precisa ser construída pelo intérprete, assim como, no bloco de mármore, há uma Vênus de Milo, que precisa ser produzida pelo escultor. Se fossem entregues três blocos de mármore a três escultores diferentes, esses "produzirão" três diferentes esculturas da Vênus de Milo, mas "perfeitamente identificáveis como tais", embora "uma curva do ombro aparece mais acentuada; noutra as maçãs do rosto despontam; na terceira os seios estão túrgidos e os mamilos enrijecidos", mas todas são esculturas da Vênus de Milo. Também a norma, no dizer de Grau, "encontra-se, em estado de potência, involucrada no texto", isso ocorre "apenas parcialmente", uma vez que "os fatos também a determinam", de modo que "a norma é produzida, pelo intérprete, tanto "a partir de elementos que depreendem do texto" quando, também, "a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de elementos da realidade".(GRAU, E. R. *Op. Cit.*, p. 28-29). Indo além da distinção texto-norma, Coutinho, socorrendo-se de Cordero, ressalta a existência, também, da regra (distinção texto-norma-regra), pois as palavras da lei têm um valor prévio, o que faz com que sejam utilizadas como tendo a capacidade de portar sentido. A regra, portanto, seria um critério com o qual se pode ordenar e apreciar os fenômenos, podendo ser considerada um critério de apreciação de conduta, quando servir para pautar condutas humanas, e um critério de decisão, quando for utilizada pelo intérprete para resolver os casos aos quais se aplica. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Dogmática crítica e limites linguísticos da lei*, p.41-42).

¹⁵¹ BULYGIN, Eugenio. *Normas, proposições normativas y enunciados jurídicos*, p. 169-170.

“são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica”, desde que presentes “certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas conseqüências pelo mesmo ordenamento determinadas”¹⁵² Também para Rodríguez e Sucar, a proposição normativa seria qualquer asserção metalinguística que mencione uma norma. Em um sentido mais estrito, é o enunciado singular (não universal) que afirma a pertinência de uma norma a um certo sistema, em face do que pode predicar-se verdade ou falsidade, sendo essa verdade relativa ao sistema normativo.¹⁵³

A categoria *norma jurídica* é um gênero, cujas espécies, como diz Alexy, são as *regras* e os *princípios*. Estes “são mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus”, o que significa dizer que “os *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível”, dependendo a devida medida de seu cumprimento não somente das possibilidades reais, mas também das jurídicas. Por terem um caráter *prima facie*, os princípios não podem conter mandados definitivos, uma vez que, se um princípio valer inicialmente, pode ocorrer que, quando em colisão com outro princípio, não venha a valer como resultado definitivo, pois as colisões de princípios devem ser resolvidas por meio do critério do peso ou da ponderação, isto é, pelo estabelecimento de relação de precedência entre os princípios em colisão. Isso significa dizer que, quando dois princípios entram em colisão, um deles tem de ceder, porém sem haver a necessidade da declaração de invalidez nem da introdução de uma cláusula de exceção. A relação de precedência é constatada incondicionalmente ou em face das condições que envolvem a relação entre os princípios em colisão, de tal forma que um princípio ou terá precedência incondicional em relação a outro princípio ou se presentes condições que levem a

¹⁵² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 80-81.

¹⁵³ RODRÍGUEZ, Jorge L.; SUCAR, Germán. Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho, p. 109 e 110. Embora as normas jurídicas também sejam expressas em palavras e proposições, também Kelsen ressalta que não se pode “confundir a norma com um enunciado”, porquanto, enquanto “o enunciado é o sentido de um ato de pensamento”, a norma “é o sentido de um ato de vontade intencionalmente dirigido a uma certa conduta humana”. (KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*, p. 34).

essa precedência.¹⁵⁴ Os princípios jurídicos são divididos por Carrió em dois grupos, isto é, os *princípios 1*, que seriam pautas de segundo nível, pois indicam como devem ser aplicadas e complementadas as regras de primeiro grau; e os *princípios 2*, que traduzem os propósitos, os objetivos, as metas ou *policies* (políticas) de uma regra ou conjunto de regras.¹⁵⁵ De qualquer forma, segundo Alexy, os princípios não se confundem com os valores, pois, enquanto os princípios pertencem ao âmbito deontológico, que define um “dever-ser”, os valores se inserem no âmbito axiológico, que permite qualificar algo como “bom”¹⁵⁶. Em outras palavras, o que, no modelo dos valores, é qualificado como “melhor”, no modelo dos princípios, é qualificado como “devido”.¹⁵⁷

As *regras*, por sua vez, no dizer de Alexy, “são normas que somente podem ser cumpridas ou não”, de modo que, “se uma regra é válida, então se deve fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos”, pois as regras, uma vez válidas, são imperativos definitivos, embora possuam, também, um caráter *prima facie* em outra medida, quando da introdução de cláusulas de exceção.¹⁵⁸ Assim, diferentemente da colisão entre princípios, os conflitos entre regras devem ser resolvidos pelo critério da invalidação (*lex superior derogat legi inferiori, lex posterior derogat legi priori e lex specialis derogat legi generali*) ou da inclusão da

¹⁵⁴ ALEXY, Robert. La estructura de las normas de derecho fundamental, 83, 86-97 e 99. [...]“los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado”, [...] “los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible”.

¹⁵⁵ CARRIÓ, Genaro Ruben. *Princípios jurídicos y positivismo jurídico*, p. 42.

¹⁵⁶ ALEXY, Robert. La estructura de las normas de derecho fundamental, p. 139-140.

¹⁵⁷ ALEXY, R. Op. Cit. p. 147. À indagação acerca de serem ou não os princípios jurídicos parte do sistema jurídico, Carrió menciona a existência de dois modelos, ou seja, o “modelo de regras” (Hart), que exclui os princípios do âmbito do direito, e o “modelo antipositivista” (Dworkin), que os incluem no sistema jurídico, sendo dotado de três características básicas, ou seja, a) o direito de uma comunidade é um agregado de regras e princípios; b) esse agregado exclui a discricionariedade judicial, pois, no modelo do agregado de regras e princípios os juízes estão sempre guiados pelos princípios, de modo que nunca têm que buscar o fundamento de suas decisões em pautas que não integram o direito; e c) a função de conferir direitos ou impor obrigações não é cumprida apenas pelas regras, mas sim pela operação combinada de um conjunto de princípios. Uma via conciliatória desses dois modelos é apontada pelo próprio Carrió, que concebe o direito de uma comunidade como um conjunto de regras, havendo tanto regras específicas quanto *standards* gerais, que limitam, de maneira peculiar, as atribuições dos corpos encarregados de aplicá-las, e *standards* variáveis, que, como o “devido cuidado”, não requerem condutas específicas da parte de seus destinatários, sendo regras em sentido amplo, conforme a concepção de Hart. (CARRIÓ, Genaro Ruben. *Princípios jurídicos y positivismo jurídico*, p. 47-52 e 57-60).

¹⁵⁸ ALEXY, Robert. La estructura de las normas de derecho fundamental, 87 e 98-101: [...] “son normas que sólo pueden ser cumplidas o no”[...] “si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos”.

cláusula excepcional. Para Carrió, no entanto, as regras também possuem textura aberta, pois têm exceções que não são exaustivamente especificáveis previamente, não sendo certo, pois, que as regras são sempre aplicáveis da maneira “tudo ou nada”, acrescentando, ainda, que os conflitos entre regras nem sempre se resolvem negando a validade de uma delas, sendo necessário, muitas vezes, atribuir “peso” relativo a uma outra pauta no contexto particular do caso que dá lugar ao conflito, de modo que a dimensão do “peso” não é propriedade exclusiva de pautas como os princípios.¹⁵⁹

A identificação de um enunciado como norma e não como proposição ou como princípio e não como regra e vice-versa, segundo Comanducci, depende sempre da interpretação. Essa configuração será sempre relativa a outras normas, de modo que, o que agora se considera um princípio geral poderá ser configurado depois como uma regra perante outro princípio mais geral ou o que agora se considera como uma regra específica poderá ser configurado como um princípio diante de outra regra mais específica.¹⁶⁰

A semântica, no âmbito jurídico-penal, corresponde à dogmática jurídico-penal e processual penal, que cuida das normas e proposições penais e processuais penais e que segue critérios de aferição da validade dessas normas e de aferição da verdade das respectivas proposições.

Estudando a linguagem jurídico-penal na sua dimensão proposicional, a dogmática jurídico-penal e processual penal se ocupa, assim, com os sentidos “contidos” na lei ou “atribuídos” pelo legislador, até mesmo porque, para Cunha, em face da sua lenta, gradual e incessante mutabilidade no tempo, determinada por forças histórico-sociais, o signo penal submete-se, independentemente da vontade do legislador, à mudança de sua significação, utilizando-se, na

¹⁵⁹ CARRIÓ, Genaro Ruben. *Princípios jurídicos y positivismo jurídico*, p. 57-60.

¹⁶⁰ COMANDUCCI, Paolo. Princípios jurídicos e indeterminação do direito, p. 92-93. A configuração de uma norma como princípio serve para favorecer interpretações “adequadas” ao direito e para desacreditar as interpretações “literais”, e embora não persiga o valor da segurança jurídica, possibilita o alcance de objetivos mais valiosos, entre os quais, a adequação do direito às modificações sociais, a tomada de decisões importantes, a possibilitação de pautas gerais aos órgãos inferiores, o estabelecimento de objetivos de reforma social e a delegação do poder de determinar o conteúdo do direito, ou seja, geralmente, a hétero ou autodeterminação aos juízes de uma parte do poder normativo. (COMANDUCCI, Paolo. Princípios jurídicos e indeterminação do direito, p. 97 e 104).

interpretação da lei penal, muitas vezes, as mesmas palavras, mas com sentidos sensivelmente diferentes.¹⁶¹

A exemplo do já mencionado em relação às linguagens geral e jurídica, Cunha aponta para a existência de incertezas denotativas e conotativas, também, na linguagem jurídico-penal, o que remete aos seus problemas de vagueza e de ambiguidade.¹⁶² É que a textura aberta também alcança as normas penais, pois não são unívocos os sentidos dos termos contidos na descrição típica.

As *proposições jurídico-penais*, apesar de serem uma espécie das proposições jurídicas, apresentam diferenças em relação a estas, porquanto, conforme assinala Dip, a linguagem do ordenamento penal é frequentemente *descritiva*, sobretudo na parte especial dos códigos e das leis extravagantes.¹⁶³

A semântica, ao limitar-se à dimensão proposicional da linguagem, segundo Araújo, não consegue corresponder à capacidade que as pessoas têm de referir, de apontar algo para alguém, de nomear, de saber de que ente se trata, de especificar um referente mostrando que tal ou qual designação é apropriada para tal ente e não para outro. É que a realidade não é designada ou referida, preferencialmente, pela proposição, até mesmo porque a semântica, embora tenha como ponto central estabelecer a verdade proposicional, deixa abertos inúmeros problemas, entre os quais a forma lógica das sentenças que versem sobre probabilidades e crenças. Assim, é fácil perceber que, apesar da sua importância, essa dimensão não pode ser tomada como decisiva no estudo da linguagem, pois é preciso ter em mente que “o conteúdo do que é dito num enunciado não vem solto, mas ‘enquadrado’ pelo valor do dizer na enunciação”, de modo que a linguagem depende das situações e dos contextos em que a fala é

¹⁶¹ CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico do princípio da legalidade*, p. 100 e 103.

¹⁶² Um termo será vago quando originar casos limites em face dos quais seja impossível decidir sobre a sua aplicação, como, por exemplo, o verbo “matar”, que pode apresentar dúvidas acerca da extensão do homicídio a hipóteses inusitadas, como “no caso de um médico que transplanta o coração de um homem cujas células do cérebro mantêm-se vivas à hora da referida cirurgia”. Por outro lado, a ambiguidade estará relacionada com a incerteza conotativa, quando se tratar daqueles “termos que se podem aplicar a duas ou mais classes de objetos diferentes”, como, por exemplo, o substantivo “sequestro”, que em direito civil pode se referir à pessoa ou coisa, no direito penal se refere apenas à pessoa. (CUNHA, R. M. C. *Op. Cit.*, p. 80-83). As incertezas denotativas, ou seja, em face da vagueza dos termos, são objetos, sobretudo, da semântica, enquanto as incertezas conotativas, decorrentes da ambiguidade das palavras, são alvo, especialmente, da pragmática, pois decorrem do uso de tais termos.

¹⁶³ DIP, Ricardo. *Direito penal: linguagem e crise*, p. 26.

usada.¹⁶⁴ Além disso, segundo Gubert, a oscilação interpretativa é a gênese da indeterminação do direito, tendo as diversas interpretações vínculos estreitos com as diferentes formas de vida.¹⁶⁵

Mesmo que se leve em consideração que as proposições expressam um valor de verdade e que os nomes fixam referentes, fica evidente a necessidade de dar mais um passo, desta vez em direção à linguagem ordinária, ou seja, em direção à pragmática jurídico-penal, que se ocupa das dimensões ilocucional, performativa ou perlocucional e discursiva da linguagem jurídico-penal.

§3º. A pragmática e as dimensões ilocucional e discursiva da linguagem jurídico-penal

A pragmática, por fim, segundo Morris, preocupa-se com os usos dos signos, isto é, com a relação entre os signos e os sujeitos ou usuários da linguagem, ou, em outros termos, com o intérprete e sua relação contextual com os signos.¹⁶⁶ Como explica Duguit, a pragmática não procura os sentidos fixos dos termos nem se esses correspondem a uma realidade, considerando verdadeiros somente os conceitos que “têm uma eficácia em suas consequências”, pois “o valor das ideias depende de sua eficácia moral e social”.¹⁶⁷

No campo da pragmática, os sentidos dos signos estão sujeitos à análise dos fatores intencionais do intérprete ou dos usuários da linguagem, que se utilizam desta de acordo com os contextos, os quais, segundo Levinson, abrangem tanto as identidades, as crenças, o conhecimento e as intenções dos participantes do acontecimento discursivo quanto os parâmetros temporais e espaciais desse mesmo acontecimento.¹⁶⁸ Esses fatores intencionais dos intérpretes ou dos usuários da linguagem, segundo Warat, “provocam alterações na relação designativa-denotativa dos significados das palavras ou expressões” e

¹⁶⁴ ARAÚJO, Inês Lacerda. *Do signo ao discurso*, p. 16, 92 e 102.

¹⁶⁵ GUBERT, Pablo. *Linguagem do direito*, p. 72-73.

¹⁶⁶ MORRIS, Charles. *Signos, lenguaje y conducta*, p. 264.

¹⁶⁷ DUGUIT, Leon. *El pragmatismo jurídico*, p. 74: [...] que “tienen una eficacia en sus consecuencias – pues el valor de las ideas depende de su eficacia moral y social”.

¹⁶⁸ LEVINSON, Stephen C. *Pragmática*, p. 5-6.

na “estrutura conceitual”, razão pela qual “a teoria dos modos de significar levanta a questão de um deslocamento significativo em razão do uso concreto de um conceito ou expressão”. É que “os significados socialmente padronizados possuem sentidos incompletos; são expressões em aberto, que apenas se tornam relativamente plenas em um contexto determinado”, de modo que “é impossível analisar o significado de um termo sem considerar o contexto no qual se insere, ou seja, seu significado contextual”. Há, pois, dois níveis básicos de significação, ou seja, o significado de base, que “é aquele que reconhecemos no plano teórico quando abstraímos a significação contextual e consideramos o sentido congelado, a partir de elementos de significação unificados por seus vínculos denotativos”, e o significado contextual, “que pode ser entendido como o efeito de sentido derivado dos processos efetivos da comunicação social”. Se a análise dos significados da linguagem natural ocorrer exclusivamente no nível da sua significação de base, será possível verificar que os significados apresentam uma significação incompleta, sendo necessário recorrer a um estudo pragmático para sua especificação mais consistente dos termos. Isso ocorre porque os termos usados na linguagem natural apresentam algumas características na sua estrutura designativa e denotativa que, por si só, determinam a impossibilidade de acesso a uma significação plena. Entre essas características estão as incertezas que são estudadas como problemas de vagueza e de ambiguidade dos termos gerais.¹⁶⁹ Assim, se, por um lado, o significado de base remete “aos componentes estruturais e normativos da própria linguagem”, por outro, o significado contextual remete “aos componentes de situação (linguísticos e extralinguísticos) de um ato de comunicação específico”. Existiria, assim, uma significação independente dos contextos de uso, que, todavia, é alterada quando as palavras são utilizadas na comunicação, de modo a provocar um deslocamento dessa significação conforme o contexto (significação contextual). Portanto, se alguém disser “lá fora está chovendo”, pode-se entender, para-contextualmente, que está transmitindo informações sobre o tempo, embora, em um determinado contexto, essa mesma afirmação possa significar uma ordem para que não se vá à rua, de modo a deixar

¹⁶⁹ Sobre a ambiguidade e a vagueza, ver notas de rodapé no parágrafo segundo desta seção.

claro que “esta intenção diretiva é um complemento da significação que redefine a estrutura conceitual”.¹⁷⁰ Pragmaticamente, o significado dos termos usados em um cartaz fixado na entrada de uma praia de nudismo, com os dizeres “é proibido o uso de trajes de banho”, terá o seu sentido modificado se esse mesmo cartaz for fixado na entrada de um supermercado.

A pragmática se ocupa, sobretudo, das dimensões ilocucional ou performativa e discursiva da linguagem, que trata dos usos da linguagem, especialmente dos atos de fala e do discurso.

Na dimensão ilocucional ou performativa, segundo Araújo, o estudo da linguagem, em vez de se ater às regras de um código ou às formulações revestidas de valor de verdade, passa a considerar importantes os jogos de linguagem mencionados pelo segundo Wittgenstein e os estudos de Austin, Searle e Habermas sobre os atos de fala, os quais concebem o dizer como um fazer. Esses estudos não isolam a língua dos demais fatores, tais como a situação, o contexto dialógico e a intenção do locutor.¹⁷¹ Nesta terceira dimensão, passou-se a priorizar, portanto, a linguagem ordinária, buscando saber como as frases são usadas, pois todos os conceitos filosóficos são produzidos na linguagem cotidiana, que emprega frases vagas e ambíguas e não formas puras. A forma geral da

¹⁷⁰ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*, p. 46, 65, 67, 76 e 79. A ideologia também integra a dimensão pragmática da linguagem, pois, segundo Warat, ela “não só encontra-se presente no discurso natural, como também constitui um sistema de evocações contextuais surgidas no uso pragmático do discurso científico”, ressaltando, ainda, que “os discursos científicos alienados dos processos de sua comunicação criam uma ilusão de univocidade que a análise pragmática permite desmistificar”, de modo que “a análise pragmática, vinculada à temática da ideologia, impõe a necessidade de realizar leituras ideológicas dos discursos da ciência”. A análise pragmática “permite articular certas características do funcionamento significativo (persuasão, legitimação, antecipação), explicitando em grande parte as funções dos discursos na sociedade”. Além disso, mostra “como a identificação empirista entre descrição e realidade é uma forma de despolitização-politizadora do discurso científico, que cria um efeito de inquestionabilidade e realidade sobre o saber”, acrescentando que “a tentativa de identificar a reconstrução teórica da realidade com ela mesma obscurece a dimensão legitimadora de tal processo”, fazendo com que haja uma confusão entre a ideologia do emissor e o real, adquirindo a realidade um valor que não admite nenhuma suspeita, rejeitando, no plano do saber, as necessidades de mudanças, passando o discurso científico, pois, a ser “uma linguagem adormecedora”. (WARAT, L. A. *Op. Cit.*, p. 46-48). É necessário ter em mente, também, que “significação” e “sentido”, segundo Neveu, são termos que, frequentemente, alternam-se, não havendo, semanticamente, oposição entre ambos, embora, para Beauzée, enquanto a significação corresponde ao “sentido primitivo da palavra (sentido próprio)”, o sentido corresponde às “acepções derivadas dessa significação fundamental (sentido figurado)”, de modo que, “nessa perspectiva, a significação de uma palavra pode ser, então, tida como um tipo e seu sentido como uma ocorrência desse tipo (por exemplo, uma acepção)”. (NEVEU, Franck. *Dicionário de ciências da linguagem*, p. 270).

¹⁷¹ ARAÚJO, Inês Lacerda. *Do signo ao discurso*, p. 16, 99 e 100.

proposição é remetida ao segundo plano, sendo a linguagem, segundo Araújo, vista “como um comportamento, como uma *forma de vida*”, pois “falar é uma entre as formas possíveis de agir sobre o meio”. Se a realidade é complexa, então é preciso dispor de diversos instrumentos que possam mostrar o que está sendo dito acerca dessa realidade, não se podendo restringir às proposições, pois os mal-entendidos e as armadilhas linguísticas somente podem ser contornados pela compreensão do que se quis dizer num determinado contexto.¹⁷²

A noção de ato de fala surge da constatação, por Austin, de que muitos proferimentos não têm o propósito de transmitir informações acerca dos fatos, sendo denominados sentenças ou proferimentos performativos. Esses proferimentos, os atos de fala, não descrevem nem declaram o ato, mas o “praticam”, ou seja, são a realização de uma ação, consistindo em “um fazer”, razão pela qual não podem ser submetidos à verificação. Distinguem-se, assim, atos locucionários, ilocucionários e perlocucionários, de modo que, enquanto o ato locucionário é compreendido com o “significado” tradicional, isto é, como o proferimento de uma sentença com determinado sentido e referência, o ato ilocucionário é compreendido como o proferimento que visa, entre outros, informar, ordenar, prevenir, avisar e comprometer-se, isto é, que têm uma certa força (convencional). Por fim, o ato perlocucionário é o que é produzido *porque* se diz algo, tal como quando se convence, persuade-se, impede-se ou, mesmo, surpreende-se ou confunde-se¹⁷³. Na concepção austiniana, explica Habermas, o ato ilocucionário pode não dar certo, quando realizado em contexto inadequado, quando não tem a acentuação correta ou não empregar os termos certos. É possível que os falantes e ouvintes, por meio de atos ilocucionários, estabeleçam relações entre si, o que significa dizer que “um ato ilocucionário não tem significado”, embora ele tenha uma certa força, pois é decorrente de uma proposição performativa que tem uma força, passível de sucesso ou fracasso.¹⁷⁴ O estudo dos atos de fala se impõe, segundo Searle, porque “toda comunicação linguística envolve atos linguísticos”, não sendo o símbolo, a palavra, ou a frase,

¹⁷² ARAÚJO, I. L. *Op. Cit.* p. 105-106.

¹⁷³ AUSTIN, John Langshaw. *Quando dizer é fazer*, p. 22-25 e 95.

¹⁷⁴ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico*, p. 119.

ou mesmo a sua ocorrência que constitui um ato de fala, mas, sim, a sua produção ou emissão sob certas condições.¹⁷⁵

Na dimensão discursiva da linguagem, a pragmática jurídica se ocupa do discurso, que, no dizer de Rocha, é constituído pelos enunciados, os quais devem ser analisados a partir de suas condições de produção.¹⁷⁶ Da abordagem que Foucault¹⁷⁷ realiza sobre as unidades do discurso é possível extrair-se, também, que este é constituído pelo conjunto de todos os enunciados efetivos, tanto falados quanto escritos, no âmbito dos acontecimentos e nas instâncias próprias de cada um, de modo que a análise do discurso tem uma orientação totalmente diferente, pois procura compreender esses enunciados na estreiteza e singularidade de sua situação, o que determina as condições de sua existência.¹⁷⁸

Enquanto os estudos nas dimensões sígnica e proposicional, segundo Araújo, poderiam, eventualmente, ser programados por computador, na dimensão discursiva, isso não seria possível, sendo a análise do discurso um dos mais sugestivos e ágeis instrumentos que possibilitam entender a linguagem como lugar de constituição do sujeito e o discurso como uma prática, não se limitando à função unicamente designadora, restrita àquilo que as regras linguísticas proporcionam. Resulta claro, pois, que “a linguagem funciona como veículo e alvo de relações complexas de saber e poder na chamada ‘sociedade disciplinar’”, de modo que a restrição da linguagem a uma análise de valor de verdade das proposições implicaria desconsiderar que os sujeitos estão inseridos em complexas relações sociais. Nessa dimensão, a linguagem é “vista sob um ângulo mais abrangente, que inclui, necessariamente, aspectos pragmáticos”, mas que não se satisfaz com a multiplicidade dos jogos de linguagem ou o valor

¹⁷⁵ SEARLE, John R. *Os actos de fala*, p. 26.

¹⁷⁶ ROCHA, Leonel Severo. *A problemática jurídica*, p. 36.

¹⁷⁷ Sobre a abordagem foucaultiana do discurso ver, entre outras, FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*; FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*; FOUCAULT, Michel. *Estratégia, poder-saber*; FOUCAULT, Michel. *Arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento*; e FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas*. Também Habermas se dedica ao estudo do discurso, podendo-se conferir, entre outros, HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*; HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*; HABERMAS, Jürgen. *Discurso filosófico da modernidade*; HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico*; HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão destrancendentalizada*; HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*; e HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*.

¹⁷⁸ FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*, p. 29-31.

ilocucionário dos atos de fala, pois, em tal dimensão, “afirmação, ordem, pedido e promessa são forças do dito que provêm de uma determinada formação discursiva”, de modo que “uma afirmação será analisada pela sua proveniência histórica, que não resulta simplesmente do contexto ou da intenção do falante em situação, pois o discurso, como prática, produz efeitos que respaldam ou reproduzem saberes e poderes”. É nessa dimensão que “a referência, a designação, a significação, o uso em situação, o falante em contexto, os atos de fala, cada um deles *toma efeito*”.¹⁷⁹

Uma análise da linguagem que se restrinja a frases gramaticais, a sentenças com significação e referência, ou, ainda, a atos de fala com valor ilocucionário, no dizer de Araújo, “*ainda não deu o passo seguinte*”, ou seja, o passo “*em direção ao discurso*”, porquanto, “na situação do discurso, a linguagem envolve como prática outras práticas sociais e culturais”. Falar acerca de um estado de coisa, pela afirmação, designação ou nomeação, é, para Foucault, função da prática discursiva, em que devem ser considerados, entre outros, fatores institucionais, sociais, epistêmicos e históricos. Assim, embora sejam importantes as análises dos aspectos psicológicos da intenção pessoal, dos aspectos lógicos das proposições e das regras gramaticais responsáveis pela produção de frases de acordo com a sintaxe e a semântica, todas essas análises somente têm valor em face da função discursiva.¹⁸⁰

Especificamente no âmbito do direito, a pragmática se ocupa com as formas de comunicação e com os procedimentos utilizados nos processos de decisão jurídica,¹⁸¹ porquanto, como diz Olivecrona, é na linguagem jurídica que são realizados pronunciamentos judiciais, contratos e outros atos jurídicos, tais como, promessas, transferências, designações, criações de pessoas jurídicas e promulgações de leis.¹⁸² Também é o pragmatismo jurídico que, segundo Gubert,

¹⁷⁹ ARAÚJO, Inês Lacerda. *Do signo ao discurso*, p. 201, 204 e 243-244.

¹⁸⁰ ARAÚJO, I. L. *Op. Cit.*, p. 204-205.

¹⁸¹ Referindo-se à teoria da ação social de Parsons e às teorias da decisão e dos procedimentos de Luhmann, Rocha menciona o interesse da pragmática jurídica pelas decisões extrassistemáticas, objetos do poder constituinte, e intrassistemáticas, objetos dos órgãos da ordem jurídica (legislador, juiz funcionários) e dos cidadãos (autonomia), sobretudo pela linguagem dos juristas em cada uma dessas decisões e procedimentos (ROCHA, Leonel Severo. *Da teoria do direito à teoria da sociedade*, p. 68 e 73-74).

¹⁸² OLIVECRONA, Karl. *Linguagem jurídica e realidade*, p. 67 e 74.

fornece critérios para a determinação do sentido da regra jurídica ou para a aferição da interpretação, tais como a regularidade e o costume, que, por não se basearem em um ideal de certeza que esteja essencialmente contido na regra, possibilitam concluir que “a essência da regra é dada pela sua existência” e “depende do contexto e do intérprete”, o que não significa dizer que esse intérprete seja livre, mas sim que está “irremediavelmente vinculado a sua própria forma de vida”.¹⁸³

Mais precisamente, a pragmática jurídica se ocupa das dimensões ilocucional ou performativa e discursiva da linguagem jurídica. A dimensão ilocucional, segundo Rocha, é objeto, entre outros, das teorias da decisão e dos procedimentos de Luhmann, que permitem visualizar as linguagens do legislador, dos órgãos jurisdicionais e administrativos e das partes nos processos de decisão. A linguagem do legislador, objeto da teoria da legislação, compreende “a linguagem dos órgãos que criam o direito, sendo geral e abstratamente dirigida a ordenar o Estado”; a linguagem dos órgãos jurisdicionais e administrativos compreende “a linguagem da decisão concreta, dirigida a particularizar o conteúdo da decisão abstrata, contatando-a com a realidade, constituindo objeto da técnica decisória, pois aí é que se conclui todo o processo decisório”; por fim, a linguagem das partes nos processos de decisão “é uma linguagem mais coadjuvante da decisão”, pois, embora não crie a decisão, contribui para ela, pois constitui pontos de vista dentro do diálogo processual, sendo seu objetivo não decidir, mas persuadir, razão pela qual é objeto da retórica e da teoria da argumentação.¹⁸⁴ Em todos esses âmbitos, praticam-se atos de linguagem passíveis de estudo nesta dimensão ilocucional ou performativa, atos estes que vão, pois, desde a

¹⁸³ GUBERT, Pablo. *Linguagem do direito*, p. 73. A pragmática jurídica, segundo Warat, “permite compreender que a ideologia é um fator indissociável da estrutura conceitual explicitada nas normas gerais”, uma vez que “a partir da análise pragmática pode ser levantada a tese no sentido de que em um discurso normativo, para que exista o efeito de uma univocidade significativa, deve haver uma prévia coincidência ideológica”. Por isso, a análise pragmática é um bom instrumento à disposição da formação de juristas críticos que não realizem leituras superficiais das normas, mas, sim, que estão à procura das relações existentes entre os textos legislativos e os aspectos políticos e ideológicos que os produzem e os determinam, de modo que estudos jurídicos realizados à margem da pragmática podem ser considerados estudos meramente cientificistas, uma vez que não se pode fazer ciência jurídica “sem sentido histórico, sem nenhum compromisso direto com as condições materiais da sociedade e com os processos mediante os quais os sujeitos sociais são dominados e coisificados”. (WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*, p. 47).

¹⁸⁴ ROCHA, Leonel Severo. Da teoria do direito à teoria da sociedade, p. 73-74.

promulgação de uma lei, declarações de vontade, até o proferimento de decisões judiciais.

A pragmática jurídica também cuida da dimensão discursiva da linguagem, uma vez que, segundo Cárcova, o direito pode ser entendido como discurso, ou seja, “como processo social de criação de sentido” e “como uma prática social discursiva que é mais do que palavras, que é, também, comportamentos, símbolos, conhecimentos”. Assim, o discurso jurídico compreende tanto o que “os legisladores sancionam” e “a lei manda” quanto o que “os juízes interpretam, os advogados argumentam, os litigantes declaram”, como, também, o que “os teóricos produzem” e o que “os doutrinadores criticam”, mas, “sobretudo, o que, ao nível dos súditos, opera como sistema de representações”. Distinguem-se, pois, basicamente, três níveis na estrutura do discurso jurídico: a) um “constituído pelas normas”; b) outro, constituído “pelas interpretações técnicas acerca das normas”, realizadas, especialmente, pelos juízes, membros do Ministério Público, advogados e doutrinadores; e, por fim, c) o discurso produzido pelas pessoas em geral, “no qual se condensam com maior eficácia os elementos imaginários, os jogos ficcionais e os mitos operativos do direito”. Tal distinção serve, apenas, para fins de análise, uma vez que “não são lugares nem momentos definidos”, mas, sim, são instâncias em que são produzidos sentidos “que se interceptam e reconstituem, condensando-os circunstancialmente em uma decisão judicial, em uma lei sancionada, em um contrato ou em qualquer outro produto jurídico”, após o que se transformam “imediatamente em nova fonte de sentido”.¹⁸⁵

¹⁸⁵ CÁRCOVA, Carlos Maria. Os juízes na encruzilhada, p. 174 e 175. A complexidade e a opacidade do direito são duas questões importantes que, no dizer de Cárcova, envolvem o discurso jurídico, abrangendo a primeira, dois aspectos básicos, ou seja, a complexidade social e a complexidade epistemológica, que dizem respeito tanto à construção do direito quanto à atividade jurisdicional. A complexidade social decorre das modificações estruturais ocorridas, com o passar dos tempos, no interior do sistema social, no qual, facilmente, surgem inúmeros subsistemas, como, por exemplo, os subsistemas econômico, político, científico e jurídico, que, além de possuírem códigos funcionais específicos e tenderem a uma especialização autônoma, têm disposição de resolver a complexidade do seu entorno, estabelecendo novas distinções e aumentando a complexidade, agora no interior de si próprio. Esse fenômeno também pode ser encontrado no direito, uma vez que neste se multiplicam e se especificam, em enorme velocidade, novos espaços do saber, como, por exemplo, os regimes jurídicos concernentes à comunicação via satélite, os documentos eletrônicos, os bancos de dados, a fecundação *in vitro*, os consumidores e a preservação do meio ambiente. A complexidade epistemológica, por sua vez, é a que decorre de diversos fatores, entre os quais a circularidade cognitiva, a confrontação epistemológica, o próprio caráter constitutivo do direito, a ação da metalinguagem sobre a linguagem objeto e a recursividade e auto-referencialidade do direito. A circularidade cognitiva impede que

No âmbito jurídico-penal, a pragmática indaga sobre as formas de comunicação e sobre os procedimentos utilizados nos processos de decisão penal, isto é, ocupa-se da análise dos contextos em que as normas jurídicas penais e processuais penais são produzidas e dos contextos em que essas normas e toda a linguagem jurídico-penal são utilizadas, para a aferição dos seus sentidos. Deve-se antecipar, no entanto, embora seja objeto da terceira parte desta tese, que os atos de fala dos agentes do sistema penal e das demais pessoas envolvidas nos casos penais também estão inseridos no âmbito de

os agentes ou sistemas possam neutralizar as distorções que a sua atividade cognoscente gera no meio ambiente e que, por meio dela, tentam “apreender” e obsta o conhecimento objetivo do seu meio ambiente, uma vez que este é alterado na interação que ocorre com esses agentes e sistemas, sobretudo quando o meio ambiente é objeto de sua cognição. A confrontação epistemológica, por sua vez, divide, de um lado, as diversas correntes positivistas e analíticas, que se orientam por modelos explicativos como, por exemplo, os modelos causalistas, finalistas e monistas, e, de outro, as correntes hermenêuticas e críticas, que seguem modelos compreensivos, que levam em consideração o conteúdo intencional dos atos, os aspectos teleológicos e a natureza comunicativa de interação social, como ocorre, por exemplo, com o direito, quando se diz que esse tem um caráter constitutivo, uma vez que o discurso acerca do direito reconduz e transforma o direito. O conhecimento do direito tem sempre algo de conformação, devendo a juridicidade ser entendida como um produto social que se constitui no seio da comunicação e, conseqüentemente, que controla o que se pode dizer sobre o direito. Também a metalinguagem (da teoria) se integra à linguagem objeto (das normas), transformando-a em seu desenvolvimento. Por fim, Cárvoa afirma haver uma conexão entre a problemática da complexidade e a recursividade e autoreferencialidade do direito, pois, na concepção de Luhman, “a regulamentação da conduta transmite-se, garantindo expectativas de comportamento através da aplicação das normas do sistema feitas por juízes ao decidir disputas, por particulares ao contratar, por legisladores ao sancionar leis”, de modo que a aplicação do direito supõe a compreensão das regras, o que, por sua vez, supõe a necessidade de imaginar sua aplicação e as suas conseqüências, tendo em vista todo o sistema, deixando evidenciada, pois, “a circularidade autoreferencial”, o que mostra que o direito se reproduz recursiva e reflexivamente (*autopoiesis*). (CÁRCOVA, C. M. Op. Cit., p. 169-172). A opacidade do discurso jurídico é outra importante questão, pois, no dizer de Cárvoa, “os homens, sujeitos de direito, devem adequar suas condutas à lei, mas a desconhecem ou não a compreendem”, ou seja, “desconhecem o estatuto jurídico dos atos que realizam ou não o percebem com exatidão ou não assumem os efeitos gerados por esses atos ou se confundem em relação a uns ou outros”. Esse fenômeno é chamado de “não-compreensão” ou de “efeito de desconhecimento” ou “opacidade” do direito, que não somente “obedece a razões múltiplas e heterogêneas”, mas, também, “que se manifesta de maneiras diversas conforme as características de cada formação histórico-social e, obviamente, das condições concretas, sociais e pessoais de cada indivíduo ou conjunto de indivíduo”. O problema da opacidade do direito não se resume, no entanto, ao problema da ignorância do direito, sendo necessário distinguir a ignorância eventualmente existente num indivíduo ou grupo, determinada, entre outras, por razões culturais, sociais e econômicas, “ao desconhecimento parcial do complexo ordenamento jurídico que pode afetar, inclusive, um qualificado operador jurídico”. Para tal, é importante a distinção que Zaffaroni estabelece entre conhecimento e compreensão das normas, que chama de “erro culturalmente condicionado”, uma vez que, compreender uma norma “não implica só conhecê-la”, pois “o conhecimento é um grau inferior à compreensão” e esta “implica estar em condições de interiorizar a norma, de torná-la parte do próprio dispositivo psíquico, estar pelo menos em condições de assumir sua antijuridicidade”. (CÁRCOVA, Carlos Maria. *A opacidade do direito*, p. 16, 36 e 42). Entendendo por discurso “o lugar onde se manifesta e transforma, sobre um suporte linguístico, um universo carregado de sentido”, Arnaud, segundo Streck, também afirma ser o discurso jurídico formado a partir do discurso da lei e da jurisprudência, não estando desvinculado, portanto, de sua fonte de produção, que é o grupo dominante da sociedade, mas, sim, sendo instrumento do poder desse mesmo grupo. (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, p. 182).

preocupação de análise da pragmática jurídico-penal, uma vez que a realidade criminal é construída nesses contextos práticos.

Tendo por objeto os usos da linguagem, a pragmática jurídico-penal cuida, especificamente, dos atos de fala e do discurso no âmbito penal e processual penal, ou seja, respectivamente, das dimensões ilocucional ou performativa e discursiva dessa mesma linguagem.

A dimensão ilocucional ou performativa da linguagem jurídico-penal trata, especificamente, do uso da linguagem nas agências do sistema penal, primeiramente, na esfera legislativa, em processos que criminalizam condutas abstratas (criminalização primária), definindo-as como tipos penais, em contextos específicos, caracterizados temporal e espacialmente. Nesses processos, os criadores das normas penais usam a linguagem não apenas como um dizer, mas, também, como um fazer, como, por exemplo, na promulgação das leis penais. Também os cientistas do direito penal “fazem” tratados com base nessas leis, atribuindo sentidos aos textos normativos, os quais poderão se reportar os diversos agentes do sistema nos casos concretos, por ocasião da atuação das agências do sistema penal. Todavia, é no processo penal, no qual se incluem a investigação criminal e a execução penal, que ocorrem os usos da linguagem em contextos diversos, produzindo os mais variados sentidos. Entre esses diversos atos de linguagem, estão as investigações, os indiciamentos, a dedução de acusações, a produção de provas e teses defensivas e acusativas e a prolação de sentenças penais. Esses atos não são suscetíveis de verdade ou falsidade, por não se constituírem em “um dizer”, mas, sim, em “um fazer”. Dada a sua relevância para a presente tese, serão eles estudados separadamente na última parte do presente trabalho.

A dimensão discursiva da linguagem, que também é objeto da pragmática jurídico-penal, compreende os conteúdos relacionados, sobretudo, com o fenômeno criminal. Mais especificamente, o discurso jurídico-penal abrange, entre outras, as categorias da norma penal e processual penal, do crime, do criminoso, da pena e do processo penal, as quais são objetos do terceiro capítulo¹⁸⁶ e que,

¹⁸⁶ Ver Seção II do Capítulo III.

dada a variação dos seus sentidos, são estes manipulados nos diversos contextos de uso dessa mesma linguagem.

Subseção II A importância do estudo da linguagem jurídico-penal

A partir do que foi dito nas linhas anteriores, é possível afirmar que o estudo da linguagem é muito importante para a humanidade, uma vez que a linguagem ocupa um lugar central em diversas áreas do conhecimento, tendo sido mencionada, inclusive, na Bíblia, o livro sagrado da tradição ocidental, especialmente dos judeus e cristãos. Do Livro do Gênesis¹⁸⁷ e do capítulo inicial do Evangelho de São João se pode depreender que, “no princípio era o verbo”,¹⁸⁸ tendo Deus, pela linguagem, criado e nomeado as coisas, os animais, o homem e a mulher. Isso levou Gusdorf a afirmar que “há na Bíblia uma teologia inteira do nome, que corresponde a esta ontologia da linguagem”.¹⁸⁹

Também Rousseau, há mais de dois séculos, afirmava que é a palavra que “distingue os homens entre os animais”.¹⁹⁰ Não se pode desconsiderar, também, que, como lembra Kristeva, “o nosso século é tanto o do átomo e do cosmos como o da linguagem”,¹⁹¹ pois nele, efetivamente, ocorreu uma expansão das tecnologias da informação, com o surgimento da imprensa, em que se proliferaram os jornais de massa. O rádio, no fim da Primeira Guerra Mundial, e a televisão, a partir da Segunda Guerra Mundial, assim como a *Internet*, já no pós-guerra, constituem incremento considerável nas comunicações, uma vez que tais tecnologias da informação servem-se da linguagem e funcionam por meio dela.

¹⁸⁷ Há duas referências bíblicas à criação do mundo, ambas pela palavra divina: uma que trata da criação de todas as coisas e animais antes da criação do homem e da mulher, que está narrada em Gênesis, capítulo I, e outra que inverte essa ordem de criação, que trata mais especificamente da criação do céu e da terra, seguindo-se a criação do homem e da mulher e depois das demais criaturas, os quais são postos no paraíso, cabendo ao homem o poder de nominar todas as outras criaturas, conforme se pode depreender da narração que se encontra no capítulo II do Gênesis.

¹⁸⁸ BIBLIA. Evangelho de São João, cap. I, versículos 1-5.

¹⁸⁹ GUSDORF, Georges. *A fala*, p. 22.

¹⁹⁰ ROSSEAU, Jean-Jacques. *Ensaio sobre a origem das línguas*, p. 259.

No campo político, com a consolidação dos regimes democráticos, a palavra, e não mais a violência, passou a ser o ambiente para as ações governamentais. A linguagem é, também, provavelmente, a marca mais notória da cultura, pois, segundo Araújo, são as trocas simbólicas que permitem a comunicação, geram, mantêm ou interrompem as relações sociais e possibilitam o pensamento abstrato, que também consiste em linguagem, e os conceitos e, mais que isso, permitem também significações do comportamento, que, ao ser compreendido, pode provocar relações e reações.¹⁹²

A importância do estudo da linguagem, segundo Oliveira, é percebida, também, nos campos da teoria do conhecimento, da lógica, da antropologia, da ética e da filosofia. No âmbito da teoria do conhecimento, a crítica transcendental da razão, submetida a uma crítica, transformou-se na “crítica do sentido”, que nada mais é do que uma “crítica da linguagem”; no campo da lógica, distinguiram-se os problemas da linguagem artificial e da linguagem natural; na área da antropologia, tratou-se da linguagem como produto específico do homem, relacionando as formas de linguagem às visões de mundo; na esfera da ética, estabeleceu-se a distinção entre sentenças declarativas e normativas; no âmbito da filosofia (da linguagem), cuidou-se das condições de possibilidade de sentenças intersubjetivamente válidas a respeito do mundo, buscando o sentido ou o linguisticamente articulado. Passa a ser impossível tratar de qualquer questão filosófica sem esclarecer, previamente, a questão da linguagem, de modo a não se conceber a existência de mundo totalmente independente da linguagem ou do que não seja exprimível na linguagem, sendo essa, portanto, o espaço de expressividade do mundo ou a instância de articulação de sua inteligibilidade. Sendo a linguagem a instância intranscendível da expressividade do mundo, a filosofia da linguagem passou a sustentar, como tese fundamental, “que é impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem, uma vez que esta é momento necessário constitutivo de todo e qualquer saber humano”.¹⁹³ Também

¹⁹¹ KRISTEVA, Júlia. *História da linguagem*, p. 9.

¹⁹² ARAÚJO, Inês Lacerda. *Do signo ao discurso*, p. 9.

¹⁹³ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p. 11 e 13.

Apel ressalta que a preocupação central da filosofia da linguagem deixou de ser a pesquisa sobre a natureza ou a essência das coisas ou dos entes, à qual se voltava a filosofia ontológica, nem tampouco a reflexão sobre as representações ou conceitos da consciência ou da razão, com a qual se ocupava a filosofia da consciência, mas, sim, com a reflexão sobre a significação ou o sentido das expressões linguísticas.¹⁹⁴

Nos dias atuais, portanto, ressalta Santos, a importância do estudo da linguagem parece ser ponto pacífico, pois “a linguagem não é apenas mais um lugar do filosofar”, mas, sim, é “o próprio horizonte do filosofar, visto que não há conhecimento que não se expresse, que não se comunique através *da e na* linguagem”.¹⁹⁵

Há de sublinhar-se, por fim, que a abordagem acerca da importância do estudo da linguagem não se esgota nestas poucas linhas, porquanto será retratada nos capítulos seguintes, especialmente os que se relacionam com os paradigmas e com a constitutividade da linguagem, revelando a sua importância, não somente para a compreensão das ideias que compõem a filosofia da linguagem, mas, principalmente, da própria realidade.

A importância do estudo da linguagem jurídica decorre, por si só, do fato de que não há direito sem linguagem, pois o direito necessita dela, conforme retratado por Capella;¹⁹⁶ importância esta que se acentua quando se compreende o salto realizado pela linguagem após a reviravolta linguística, quando deixou aquela de ser um mero instrumento a serviço da atividade jurídica de descoberta do sentido da lei ou da intenção do legislador, para se transformar no lugar onde o direito é constituído, pois, como diz Streck, inspirado em Arnaud, “o Direito tem como suporte a língua que se constitui em discurso”.¹⁹⁷ Assim, é por demais importante estudar a linguagem jurídica, não para se tentar extrair os supostos sentidos dos textos jurídicos, mas, sim, para descobrir os meandros da

¹⁹⁴ APEL, Karl-Otto. *Transformação da filosofia II*, p. 378.

¹⁹⁵ SANTOS, Fausto dos. *Filosofia aristotélica da linguagem*, p. 20.

¹⁹⁶ CAPELLA, Juan Ramón. *Elementos de análisis jurídico*, p. 11.

¹⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, p. 182.

constituição do próprio direito e para compreender como se constrói o sistema jurídico.

A esses aspectos sobre a importância do estudo das linguagens geral e jurídica devem ser agregados outros relacionados estritamente à linguagem jurídico-penal. É que a configuração antes apresentada, mesmo que se constitua em simples descrição do objeto do presente estudo, deixa evidenciado o papel preponderante da linguagem no âmbito jurídico-penal, tanto no que diz respeito à criação e à aplicação das normas penais e processuais penais quanto relativamente ao estudo dessas mesmas normas ou, ainda, ao seu emprego no meio jornalístico e no cotidiano das pessoas em geral, uma vez que se conversa e se escreve muito sobre o fenômeno criminal, o qual faz parte da vida de todas as pessoas. Mas esse fenômeno é representado por diversas palavras, entre as quais crime, delito, delinquência, criminalidade, violência, fato punível, criminoso, criminalizado, criminalização, investigação, acusação, defesa, julgamento, com sentidos e conteúdos, também, os mais variados, que, sendo constituídos e pré-constituídos, são objeto da metalinguagem jurídico-penal.

A linguagem jurídico-penal é, pois, a linguagem que permeia o sistema penal, o qual está encarregado do processo de criminalização, sendo este o resultado da comunicação entre as agências, que produzem sentidos diferentes para os seus diversos termos, uma vez que os usos da linguagem ocorrem em contextos e em formas diferentes, revelando, assim, a importância do seu estudo.

Capítulo II O PARADIGMA DA LINGUAGEM E SUAS APLICAÇÕES

Apresentação

O objeto deste capítulo é o paradigma da linguagem e suas aplicações nos âmbitos jurídico e jurídico-penal. Trata-se, na verdade, do marco teórico da presente tese, pois seus objetos – a linguagem e a sentença penal condenatória – podem ser abordados por diferentes modelos de pensamentos, razão pela qual esta exposição é por demais importante para a compreensão da reflexão que se faz acerca desses objetos.

Dividido o capítulo em três seções, faz-se, na primeira, uma breve exposição sobre os conceitos e as distinções dos paradigmas do ser, da consciência ou do sujeito e da linguagem, com especial ênfase para o último, uma vez que é o paradigma que orienta a presente pesquisa. Nas duas seções seguintes, discorre-se, respectivamente, sobre as aplicações desses paradigmas nos âmbitos jurídico e jurídico-penal.

Seção I Conceitos e distinções paradigmáticas

Em vez de uma abordagem histórico-cronológica, esta seção pretende, apenas, apresentar o paradigma da linguagem, distinguindo-o dos paradigmas ser e da consciência ou do sujeito, os quais atribuem importância secundária à linguagem, e ressaltando aqueles aspectos do pensamento filosófico que, relacionados à linguagem, são importantes para o alcance desse propósito.¹⁹⁸

¹⁹⁸ Levando em consideração a dimensão temporal e restringindo-se à semiótica, Nöth discorre sobre a história do pensamento sobre a linguagem, reportando-se aos períodos greco-romano antigo, da Idade Média até o renascimento, do racionalismo, do empirismo e do iluminismo, do século XIX e, por fim, do século XX. (NÖTH, Winfried. *Panorama da Semiótica: de Platão a Peirce*; NÖTH, Winfried. *A Semiótica no Século*

O signo *paradigma*, cuja raiz etimológica está no grego *parádeigma*, que, literalmente, significa modelo, refere-se a um pressuposto filosófico, a uma matriz, a uma teoria ou a um padrão que deve ser seguido em um determinado campo do conhecimento humano, como referência inicial ou base para estudos e pesquisas. Além disso, conforme Kuhn, um paradigma é concebido como “aquilo que os membros de uma comunidade partilham”, consistindo uma comunidade científica, inversamente, em “homens que partilham um paradigma”, de modo que o estudo do paradigma “é o que prepara basicamente o estudante para ser membro da comunidade científica determinada na qual atuará mais tarde”.¹⁹⁹

Entre os diversos modelos filosóficos existentes, importam, para esta pesquisa, os paradigmas filosóficos que se organizam com base na relação entre o ser ou a realidade, o sujeito ou a consciência e a linguagem, de modo que, segundo Santos, o paradigma do ser orienta a filosofia do ser ou a ontologia tradicional; o paradigma da consciência ou do sujeito orienta a filosofia da consciência ou do sujeito; e, por fim, o paradigma da linguagem orienta a filosofia da linguagem.²⁰⁰

Enquanto, no paradigma do ser, a realidade é concebida como preexistente ou pré-constituída em relação à linguagem, isto é, como realidade objetiva, externa ao homem e por este observável, no paradigma da consciência ou do sujeito, a realidade é construída pelo homem no processo de conhecimento ou de obtenção da consciência. Nesses dois paradigmas, a linguagem exerce um papel secundário ou instrumental de mera exposição ou expressão da realidade. No

XX). Oliveira, por sua vez, descreve o pensamento sobre a linguagem, com especial destaque para a semântica tradicional, para a reviravolta pragmática ocorrida a partir das *Investigações Filosóficas* de Wittgenstein, para a reviravolta hermenêutica da ontologia, ocorrida a partir de Heidegger, e, por fim, apresentando uma crítica à pragmática transcendental. (OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*). Nef, por outro lado, aborda a linguagem, procurando destacar os aspectos relacionados à semântica antiga (dos pré-socráticos a Ockham), moderna (de Ockham aos dias atuais), com um recorte para a nova semântica, cujo marco estaria em Frege. (NEF, Frédéric. *A linguagem: uma abordagem filosófica*, p. 9-10). Já Araújo prefere referir-se ao pensamento dos estóicos, às contribuições de Agostinho, a Descartes e à Gramática de Port-Royal, a Locke, a Hobbes e a Foucault. (ARAÚJO, Inês Lacerda. *Do signo ao discurso: introdução à filosofia da linguagem*). Kristeva, por fim, reporta-se aos egípcios, aos sumérios, aos acádios, aos chineses, aos hindus, aos fenícios, aos gregos, aos romanos, aos períodos medieval, humanista e renascentista, aos enciclopedistas, à linguagem estrutural, à psicanálise e à semiótica. (KRISTEVA, Júlia. *História da linguagem*, p. 97-181).

¹⁹⁹ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*, p. 31 e 219.

²⁰⁰ SANTOS, Fausto dos. *Filosofia aristotélica da linguagem*, p. 11.

paradigma da linguagem, por sua vez, esta deixa de exercer esse papel secundário ou instrumental para exercer um papel prioritário, transformando-se na instância ou no lugar onde a realidade se constitui.

Subseção I O paradigma do ser

O paradigma do ser ou ontologia tradicional surge a partir das ideias de Platão e Aristóteles, nas quais, segundo Santos, “o ser precede o dizer”.²⁰¹ Assim, para esse paradigma, há uma realidade objetiva, externa ao homem e por este observável, que preexiste ou é pré-constituída em relação à linguagem, que, por sua vez, exerce uma função secundária ou instrumental, cabendo-lhe, tão-somente, expressar essa mesma realidade, cuja relação é suscetível de ser aferida por meio do critério de verdade ou falsidade.

É necessário ter em mente, no entanto, que esse paradigma surge do confronto entre os pensamentos de Platão e Aristóteles, de um lado, e o pensamento dos sofistas,²⁰² de outro. É que, enquanto o sofismo concebe a linguagem como “o” ou como “um” ser,²⁰³ ou seja, defende a aderência entre a

²⁰¹ SANTOS, F. dos. *Op. cit.* p. 107.

²⁰² Sofista é uma palavra que se origina do grego *sofia*, que, segundo Reale e Antiseri, significa, sinteticamente, “sábio” ou “especialista do saber” (REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*, v.1, p. 73), sendo a palavra “sofista”, no dizer de Santos, inicialmente, empregada em sentido positivo, para designar tanto artífices competentes, poetas e músicos quanto legisladores, sábios, professores e filósofos (SANTOS, Fausto dos. *Filosofia aristotélica da linguagem*, p. 46), adquirindo, depois, conforme Reale e Antiseri, conotação pejorativa e injuriosa (REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*, v.1, p. 73-74), para designar aquele que trafica sabedoria. Essa conotação, conforme Santos, passou para a história, sendo os sofistas, então, tidos como pessoas que, sem sê-los, pretendiam ser filósofos, sendo acusados, também, de não possibilitarem que seus conhecimentos, sobretudo a *arte retórica*, estivessem a serviço da verdade e da justiça. O discurso, a sua arma mais eficaz, acabava por lhes propiciar apenas prestígio e lucro, o que fez com que os sofistas fossem combatidos especialmente por Platão e Aristóteles. Os sofistas se libertaram do descrédito histórico apenas no século XIX, a partir do qual suas ideias passaram a ser inserida na história do pensamento. (SANTOS, Fausto dos. *Filosofia aristotélica da linguagem*, p. 47-50).

²⁰³ Essas são posições defendidas, respectivamente, pelos sofistas Antístenes e Górgias. Aquele, segundo Reale e Antiseri, considerado um socrático menor, pois foi discípulo de Sócrates, viveu entre os séculos V e IV a.C.; este nasceu em Leontinos, na Sicília, por volta de 485 a 480 a.C., sendo considerado um sofista importante. (REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*, v. 1., p. 78 e 104). Santos explica que, para Antístenes, somente é possível conhecer o que o homem pode captar pelos seus sentidos (sensitivismo ou materialismo), de modo que “não há como alçar-se do mundo sensível, onde reina a

linguagem e o ser, aqueles dois filósofos sustentam haver uma separação entre essas duas categorias.

A separação entre as palavras e as coisas é percebida no debate ocorrido entre o convencionalismo e o naturalismo linguístico, descrito por Platão em o *Crátilo*.²⁰⁴ Assim, enquanto, para o naturalismo linguístico cratiliano, existe uma relação natural entre aos nomes e as coisas, para o convencionalista Hermógenes, essa relação decorre da convenção, do acordo ou do exercício.²⁰⁵ Em posição intermediária, Platão, segundo Oliveira, admite, apenas, um naturalismo moderado, ou seja, que há certa afinidade natural entre as palavras e as coisas, cabendo à linguagem a tarefa de expressar a ordem objetiva destas.²⁰⁶

particularidade das coisas, para um mundo meta-empírico, onde reinariam os conceitos universais”. O conhecimento das coisas, nessa concepção, fica, pois, restrito ao seu próprio nome, uma vez que, “de algo, só há a possibilidade de se dizer uma única coisa, seu *nome*”. Górgias, por sua vez, nega não somente a possibilidade de se conhecer o ser (niilismo), como também desse saber ser transmitido a outrem, de modo que a linguagem é apenas um ente a mais entre os demais, e não um instrumento de comunicação, não podendo, por isso, revelar ou expressar o ser. Tanto Górgias quanto Antístenes afirmam, portanto, haver aderência entre a palavra e o ser, isto é, “uma ligação imediata entre *palavra e ser*”, porquanto, se, para o primeiro, “o *logos é um ser*”, para o segundo, o “*logos é o ser*”. (SANTOS, Fausto dos. *Filosofia aristotélica da linguagem*, p. 62-64, 73 e 77). É fácil compreender, assim, por que, entre os sofistas, desenvolveu-se a habilidade no uso das palavras, sobretudo a prática da persuasão.

²⁰⁴ A referência ao *Crátilo* (em fonte itálica) está relacionada à obra de Platão, enquanto que ao Crátilo (em fonte não itálica) está relacionada ao personagem Crátilo do diálogo. Há dúvidas sobre o período em que foi escrito o *Crátilo*. Paviani, citado por Santos, afirma que o *Crátilo*, “provavelmente, foi elaborado entre os anos de 380 a 367 a. C. Já Méridier, também mencionado por Santos, acredita que a composição desses diálogos teria ocorrido por volta dos anos 386 e 385 a. C.” (SANTOS, Fausto dos. *Filosofia aristotélica da linguagem*, p. 21). Oliveira, por sua vez, refere-se ao *Crátilo* como um escrito, presumivelmente, do ano de 388 a. C. (OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p. 17). De qualquer forma, é consenso entre todos os que se dedicam ao estudo da filosofia, como se pode perceber em Gadamer, que o *Crátilo* é “o escrito básico do pensamento grego sobre a linguagem”, de modo que “a discussão grega posterior, que conhecemos apenas fragmentariamente, quase não acrescenta nada de essencial”. (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*, p. 525). Assim, apesar dos escritos sofísticos sobre a linguagem, o *Crátilo* é tido como a obra que, pela sua envergadura e sistematicidade em relação ao tema, inaugura os estudos filosóficos acerca da linguagem no ocidente, ou seja, sobre a relação entre as palavras e as coisas, mais precisamente sobre a correção dos nomes, o que, para Oliveira, constitui a busca de Platão pela essência da linguagem humana. (OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p. 18). Trata-se, na verdade, de um diálogo descrito por Platão entre três personagens – Sócrates, Hermógenes e Crátilo -, diálogo este que, segundo Santos, pode ser dividido em duas partes: a primeira, que retrata as falas de Sócrates e Hermógenes, e, a segunda, que descreve o diálogo entre Sócrates e Crátilo (SANTOS, Fausto dos. *Filosofia aristotélica da linguagem*, p. 22). Trindade dos Santos, por sua vez, afirma que “o *Crátilo* pode sem dificuldade ser dividido em três partes de desigual extensão”, ou seja, a primeira, que expõe a questão inicial e a integra com a subsequente discussão com Hermógenes; outra, intermediária, pautada por problemas etimológicos e outros de difícil solução; e, uma terceira, que contém, dentre outros o diálogo com Crátilo. (SANTOS, José Trindade dos. Introdução, p. 10).

²⁰⁵ PLATÃO. *Crátilo*, p. 49 e 109-110.

²⁰⁶ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p. 18-19.

Na concepção aristotélica, a aderência entre as palavras e as coisas impossibilita o acesso ao conhecimento, razão pela qual Aristóteles procura romper com essa aderência, uma vez que o nome não é “uma” ou “a” coisa, mas um símbolo, pois “nenhum som é *naturalmente* um nome”, convertendo-se em um somente quando se torna um símbolo.²⁰⁷ Assim, procurando acentuar a diferença entre a linguagem e o ser e caminhando na mesma linha da concepção platônica, Aristóteles afirma que aquela tem um papel secundário em relação a este. Além disso, tenta fazer com que a linguagem seja monossêmica, ou seja, que tenha apenas sentidos unívocos, e que, mais que clara e concisa, seja apofântica, isto é, passível de verdade ou falsidade, ou que diga algo sobre o que já esteja definido e não que defina algo ao dizer.²⁰⁸

Apesar de algumas modificações imprimidas pelo nominalismo ockhamiano durante o Medievo, manteve-se a ênfase no ser. De qualquer forma, é necessário ressaltar que, para Ockham, segundo Villey, existem, somente, seres individuais, o que significa dizer que as coisas, por definição, podem, apenas, ser simples, isoladas, separadas, seres únicos e distintos. Assim, os gêneros, as formas comuns e as relações, que, em Aristóteles, pertencem ao mundo do ser, em Ockham, passam a ser, apenas, conceitos, instrumentos, etapas ou um começo no caminho do conhecimento nebuloso da realidade exclusivamente singular, pois o conhecimento perfeito, verdadeiramente adequado ao real, é o conhecimento do individual. Estabelece-se, pois, com o nominalismo, uma distinção clara entre as coisas (*res*) e seus *signos*, não sendo as palavras, como termos universais - por exemplo, homem, animalidade e humanidade -, coisas nem seres, mas, sim, apenas, signos das coisas, termos da linguagem ou nomes, que, por definição, somente podem ser simples, isoladas ou separadas. Em outras palavras, os

²⁰⁷ ARISTÓTELES. Da interpretação, p. 82. As concepções sofísticas são concebidas por Aristóteles como perigosas para o pensamento, pois, segundo Oliveira, são indiferentes em relação à verdade. É que a linguagem, para os sofistas, exerce, somente, a função de persuasão, sendo a ação de falar mais relevante do que o que se diz, pois, sendo uma grandeza fechada em si mesma, perde a sua racionalidade essencial e acaba por obscurecer por completo o caráter significativo da linguagem humana e por considerá-la simples instrumento dos relacionamentos intersubjetivos. (OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p. 26 e 27).

²⁰⁸ O pensamento grego, sobretudo, as manifestações sofísticas, os diálogos platônicos e os escritos aristotélicos, segundo Kristeva, constituem os fundamentos segundo os quais a linguagem pode ser pensada até os dias atuais. (KRISTEVA, Júlia. *História da linguagem*, p. 149).

universais, os gêneros, as relações e as formas comuns não existem, pois são, apenas, “instrumentos de pensamento”, não havendo, no real e na natureza real nada acima dos indivíduos.²⁰⁹

Também o tomismo admitiu haver distinção entre os “universais” e os “indivíduos”, sendo essa distinção considerada por Villey uma moderação da doutrina aristotélica, pois, embora Aquino considere os “universais” também como o real, atribui, no entanto, prioridade aos “indivíduos”. Assim, enquanto, para o realismo aristotélico, os “universais” não são considerados apenas conceitos, sendo tratados como se tivessem existência objetiva, independentemente do intelecto que os descobre nas coisas, em Aquino, cuja concepção pode ser considerada um semirrealismo, esses “universais” são, tão-somente, “substâncias segundas” e os indivíduos são considerados as “substâncias primeiras”.²¹⁰

Em síntese, o paradigma do ser ou a ontologia tradicional concebe o ser, a realidade ou o objeto como algo externo ao homem e distinto da linguagem que o expressa, que tem, apenas, a função de expressá-la, de modo a ser passível de aferição quanto à sua verdade ou falsidade.

Subseção II O paradigma da consciência ou do sujeito

A filosofia do ser, no entanto, cede espaço para a filosofia do sujeito ou da consciência, uma vez que, no dizer de Oliveira, parece ingênuo “querer saber *sobre o mundo* dos objetos sem perguntar pela instância que constitui o mundo objetivo enquanto objetivo, ou seja, pela subjetividade humana, como fonte de todo saber cognitivo”. O espírito finito, assim, torna-se condição de possibilidade do processo de objetivação, passando o processo de conhecimento a ser mediado pela “consciência humana”.²¹¹

²⁰⁹ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, p. 227-232.

²¹⁰ VILLEY, M. *Op. Cit.* p. 227.

²¹¹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p. 35-36.

Esse novo paradigma começa a ser delineado a partir de Descartes,²¹² especialmente depois da sua exposição acerca do *cogito ergo sum* (penso, logo existo), na qual procura dissipar as dúvidas sobre a existência humana, negando que se possa aceitar “que aquele que pensa não existe verdadeiramente ao mesmo tempo em que pensa”.²¹³ A objetividade do conhecimento científico, conforme Pessanha, é, pois, posta em xeque por Descartes, que faz surgir da dúvida a certeza sobre a existência do eu como absolutamente dependente do pensamento, uma vez que, se esse eu deixasse de pensar, deixaria, também, de existir. Realiza-se, assim, “o salto sobre o abismo que separa a subjetividade da objetividade”, passando-se do “*pensamento ao ser que pensa*”.²¹⁴

É necessário, no entanto, contextualizar o pensamento cartesiano, pois, conforme Pessanha, no século XVI, ocorreram profundas transformações na visão de mundo do homem ocidental, em face das descobertas, do renascimento da antiguidade grego-romana por meio dos pensadores e artistas desse novo período histórico e da inevitável rejeição das ideias até então vigentes, o que sacudiu e destruiu a unidade política, religiosa e espiritual da Europa. Nesse contexto, surge a filosofia moderna, questionando as afirmações da ciência e da filosofia medievais, fundadas, principalmente, em Aristóteles, como também “a autoridade da Bíblia”, confrontada com os dados das novas descobertas científicas. Estruturou-se, assim, no final desse século, no âmbito científico-filósofo, um movimento em busca das “certezas científicas universais”, por meio de um caminho que levaria à descoberta do “*método para a ciência*”. Esse movimento segue duas orientações metodológicas, tendo, de um lado, a perspectiva empirista proposta por Bacon, que propugna por “uma ciência sustentada pela observação e pela experimentação, e que formularia indutivamente as suas leis, partindo das

²¹² É importante ressaltar que o estoicismo, mais especificamente Cícero, já na Antiguidade, havia deixado sinais claros de um deslocamento de foco da atenção da natureza externa e objetiva ou do ser para o *logos* criador presente, sobretudo, nos homens, por ser a razão humana, segundo Villey, a força que produz e organiza o mundo. (VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, p. 465-467). Indicava-se, assim, que o sujeito devia preponderar na sua relação com o objeto. Não obstante possa ser essa uma das raízes do paradigma do sujeito ou da consciência, o paradigma do ser preponderou por toda a Idade Média, estendendo-se, também, durante a Modernidade, uma vez que o pensamento grego exerceu e continua exercendo influência no mundo ocidental.

²¹³ DESCARTES, René. *Princípios de filosofia*, p. 26.

²¹⁴ PESSANHA, José Américo Motta. Vida e obra (Descartes), p.21-22.

considerações dos casos ou eventos particulares para chegar a generalizações”, e, por outro, o racionalismo moderno, inaugurado por Descartes, segundo o qual a razão, que as matemáticas encarnavam de maneira exemplar, haveria de ter todos os recursos para a recuperação da certeza científica.²¹⁵

Como todas as ciências contêm um conhecimento teórico *a priori* dos objetos, também Kant afirma que se faz necessária uma concepção de ciência como algo que se preocupe não com a infinidade dos objetos, mas, somente, com a própria razão, isto é, com problemas que surgem no seu seio e não decorrem, propriamente, da natureza das coisas, pois estas são diferentes da razão, que é faculdade que possibilita o conhecimento *a priori*.²¹⁶

É visível, pois, tanto no cartesianismo quanto no kantismo, segundo Villey, o dualismo entre o mundo do pensamento e o mundo da matéria, uma vez que, enquanto o mundo das almas é o suporte do pensamento, da vontade e do ato livre, pelo *cogito*, o homem tem a intuição do seu pensamento e da sua vontade, enfim, da sua alma, correspondendo o mundo da matéria, que também está *no* pensamento e não nos sentidos, ao objeto ou à coisa que o sujeito pensa.²¹⁷

Especificamente sobre a linguagem, Descartes a concebe como instrumento que não exprime, com exatidão, o pensamento humano, porquanto “a maioria dos homens presta mais atenção nas palavras do que nas coisas e, por conseguinte, frequentemente aceita termos que não entendem”, acreditando que “aqueles que lhos ensinaram conheciam o seu significado, e que assim o aprenderam igualmente”.²¹⁸

²¹⁵ PESSANHA, J. A. M. Op. Cit. p. 7-10. Embora Descartes, por um lado, não possa ser considerado um filósofo que houvesse se preocupado com a filosofia da linguagem, por outro, não pode deixar de ser mencionado nessa pesquisa, mesmo que brevemente, pois, a partir das suas reflexões e dos seus escritos, preparou um terreno que seria utilizado pelos filósofos da Modernidade, no qual nasceram novas concepções, sobretudo as que se abrigam no manto da fenomenologia, exercendo um papel marcante na passagem da filosofia do ser para a filosofia da consciência ou do sujeito.

²¹⁶ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*, p. 63-65.

²¹⁷ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, p. 604-605. Desse dualismo, resultarão outros dualismos, tais como, entre o sujeito e o objeto, entre o homem e a natureza, entre o conhecimento moral e o conhecimento científico objetivo, entre valor e fato, entre o ser e o dever-ser, quebrando, dessa forma, a unidade aritotélico-tomista, que concebe a alma e o corpo como unidades solidárias ou imbricadas, da qual resultaram, entre outras, a doutrina clássica de direito natural, que extrai da natureza tanto o ser quanto o dever-ser. (VILLEY, M. Op. Cit. p. 605-606).

²¹⁸ DESCARTES, René. *Princípios de filosofia*, p. 56.

Influenciada por Descartes,²¹⁹ também a fenomenologia²²⁰ atribuirá relevância à subjetividade, sendo um dos caminhos que conduziram, tempos depois, ao paradigma da linguagem.²²¹ Essa influência cartesiana, no entanto, não impediu que a fenomenologia se transformasse em uma corrente filosófica oposta à filosofia moderna, especialmente ao naturalismo,²²² que, no dizer de Guimarães, traduz-se numa “atitude filosófica e científica tendente a conceber o mundo somente como natureza, explicável a partir da intervenção da razão matemática e físico-química”. É que, com a “idealização da natureza”,²²³ em que esta é

²¹⁹ É o próprio Husserl que admite que “os novos impulsos que a fenomenologia recebeu devem-se a René Descartes, o maior pensador da França” (HUSSERL, Edmund. *Meditações cartesianas*, p. 19). Reale e Antiseri, por sua vez, fazem questão de destacar que Husserl se inspirou entre outros, em Franz Brentano, padre católico e professor da universidade de Viena que, escrevendo sobre Aristóteles e sobre a psicologia empírica, afirmou sobre o “caráter intencional da consciência”, sendo pois a intencionalidade que tipifica os fenômenos psíquicos. Também afirmou que “toda realidade é sempre individual, ao passo que cada conhecimento capta o real em sua generalidade” (REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*, v. 3. p. 556-557).

²²⁰ A fenomenologia é um movimento do pensamento que tem origem nas últimas décadas do século XIX e se estende ao longo de todo o século XX, estando ainda presente, com fortíssima ressonância, nos nossos dias. Conforme ressaltado por Reale e Antiseri, a fenomenologia se apresenta como a corrente do pensamento que se contrapõe a todo apriorismo idealista, como, por exemplo, o positivismo (Comte), inserindo-se, pois, no rol dos movimentos que se caracterizam pela tendência “para o concreto”, ou seja, ligados a “dados imediatos”, tais como o pragmatismo e o existencialismo, tendo influenciado a psicologia, a antropologia, a psiquiatria, a filosofia moral e a filosofia da religião, a ponto de Welhens ter considerado “o nascimento do movimento fenomenológico como acontecimento decisivo da filosofia contemporânea”. (REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*, v. 3. p. 553-554).

²²¹ Segundo Oliveira, Husserl apresenta-se como um dos autores que estão inseridos na concepção tradicional da filosofia da consciência, representando, todavia, também, “uma transformação bastante importante no quadro dessa tradição”. (OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p. 36).

²²² Para Guimarães, o positivismo de Comte e o evolucionismo de Darwin são dois exemplos importantes dessa concepção naturalista, destacando o papel do psicologismo, do historicismo e do sociologismo. Do psicologismo, por conceber os fenômenos psíquicos associados à natureza, em face do que “todos os processos do conhecimento deveriam ser fundados nos fenômenos psíquicos, tanto no plano das ciências da natureza quanto no plano das ciências do espírito”, isto é, “todo conhecimento se funda na ordem psicológica”; do historicismo, por reduzir “o conhecimento aos acontecimentos históricos, tudo redundando em ‘visões do mundo’ nos seus momentos históricos”; por fim, do sociologismo, por reduzir “a validade do conhecimento aos condicionamentos da realidade social”. Em última análise, “psicologismo, historicismo e sociologismo estão envolvidos com o espírito do objetivismo que obscureceu historicamente a verdadeira tarefa das ciências, qual seja a descoberta dos sentidos do mundo da vida (*Lebenswelt*)”. (GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. *Fenomenologia e direito*, p. 37 e 39-40).

²²³ Guimarães cita como exemplo esclarecedor dessa idealização, o Renascimento, com especial destaque para a experiência vivida por Galileu, no século XVII, como “o ponto desencadeador de todas as atitudes do pensamento conducente à idealização do mundo”. Para Galileu, “o mundo deveria ser lido como se fosse um livro escrito em caracteres matemáticos”, com isso “instaurando uma ciência física que trará uma concepção quantitativa da natureza e não mais qualitativa, conforme era vista na longa tradição aristotélica-tomista”. Assim, a natureza passou a ser considerada “como constituída, fundamentalmente, de massa, peso, extensão e tantos outros elementos calculáveis”, o que “foi o passo decisivo para reduzi-la ao poder manipulador da razão matemática e submetê-la ao processo de desnaturação que levou ao plano secundário sua própria condição de natureza”. (GUIMARÃES, A. C. *Op. Cit.* p. 3).

compreendida como pertencente ao campo do domínio matemático a partir de hipóteses impostas a ela pela imaginação científica e não de seus modos de ser originários, as ciências acabaram por lançar ao esquecimento o “mundo da vida”, sobre ele construindo “um mundo artificial, idealizado”.²²⁴

Contrariando esse ideal de exatidão, a fenomenologia, segundo Husserl, um dos seus principais expoentes, tem por proposta “retroceder às coisas mesmas”,²²⁵ ou seja, ao “mundo da vida”, uma vez que as ciências não dão conta de todos os sentidos que nele subjazem. O termo fenomenologia, mais que uma ciência ou uma conexão de disciplinas científicas, designa um método e uma atitude intelectual que sejam especificamente filosóficos, não reconhecendo qualquer superioridade sobre os conhecimentos da experiência comum. Nessa concepção, a filosofia não deve orientar-se metodicamente pelas ciências exatas, mas, sim, deve situar-se numa “dimensão nova” que corresponda a um “método novo”, que se contraponha ao natural.²²⁶ É que proposta fenomenológica exige dos pensadores a tarefa de reler o mundo para além dos paradigmas construídos pelas ciências que o artificializaram, pensando-se originariamente ou sem pressupostos. Isso representa um giro em relação à tradição da teoria clássica, em que o conhecimento está centrado na relação sujeito-objeto, instaurando-se uma nova concepção do conhecimento a partir da interação consciência-mundo ou consciência-dado. Enquanto a concepção clássica da filosofia racionalista reconstrói o dado “a partir de uma dedução sistemática de alguns princípios básicos, que funcionam como axiomas”, a fenomenologia, segundo Capalbo, não procura “demonstrar”, mas sim “mostrar” ou “explicitar as estruturas em que a experiência se verifica”, deixando “transparecer na descrição da experiência as suas estruturas universais”, sendo, assim, uma ciência descritiva e não dedutiva.²²⁷

O ponto de partida das concepções husserlianas são as experiências do ser humano consciente que vive e age em um mundo por ele percebido e interpretado

²²⁴ GUIMARÃES, A. C. *Idem*, p. 37 e 40.

²²⁵ HUSSERL, Edmund. *Investigaciones lógicas*, p. 218. [...] “retroceder a las ‘cosas mismas’”.

²²⁶ HUSSERL, Edmund. *A ideia da fenomenologia*, p. 46 e 49.

²²⁷ CAPALBO, Creusa. *Fenomenologia & ciências humanas*, p. 13.

e que, para ele, faz sentido. A experiência, no dizer de Wagner, é compreendida como a “atenção ‘dirigida’ para objetos, reais ou imaginários, materiais ou ideais” e “intencionados”.²²⁸ No entanto, diferentemente do psicologismo, que concebe a consciência como fenômeno psíquico, a fenomenologia, conforme Guimarães, orienta-se por uma concepção de “consciência com intencionalidade”, o que significa dizer que “toda consciência será sempre consciência de alguma coisa”.²²⁹ Quando se percebe, imagina, pensa ou recorda, segundo Reale e Antiseri, percebe-se, imagina-se, pensa-se ou recorda-se “alguma coisa”, que se põe para cada um como objeto, resultando clara, pois, a distinção entre sujeito e objeto, de modo que, enquanto “o sujeito é um eu capaz de atos de consciência”, como, por exemplo, perceber, imaginar e recordar, “o objeto é o que se manifesta nesses atos”, ou seja, corpos percebidos, imagens, recordações.²³⁰ Assim, para toda modalidade da consciência intencional (*noesis*), explica Capalbo, há uma correspondência ou uma certa maneira do objeto (*noema*) se apresentar à consciência,²³¹ sendo, pois, o objeto o correlato intencional do pólo subjetivo.²³²

Há, em Husserl, portanto, diferentes maneiras de intencionalidade, pois, segundo Oliveira, “assim como há diferenças de relação no lado do sujeito, deve haver algo no lado do objeto que a isso corresponda”. Entre essas modalidades de intencionalidades, “a intuição é o princípio de todos os princípios, a fonte originária de todo o conhecimento humano”, razão pela qual “a filosofia não deve contentar-se com pensamentos abstratos, isto é, com teorias prontas, mas deve retroceder à

²²⁸ WAGNER, Helmut R. A abordagem fenomenológica da sociologia, p. 7.

²²⁹ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. *Fenomenologia e direito*, p. 43.

²³⁰ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*, v. 3., p. 562.

²³¹ Wagner explica que, em Husserl, essa nova consciência compreende um processo de reflexão, que se desenvolve, basicamente, em três passos. Num primeiro momento, seriam eliminadas todas as noções preconcebidas (ontológicas) com relação à natureza última dos objetos e da realidade de que se ocupa a consciência humana, suspendendo-se a “crença no mundo exterior”, o que abrange tanto a visão cotidiana quanto as visões filosófica ou científica. Nessa primeira redução, a realidade não é confirmada nem negada, mas, tão-somente, colocada “entre parênteses”, resultando dessa operação somente os processos da consciência humana (*noesis*) e os objetos intencionados (*noemas*), que já não são considerados objetos do mundo exterior, mas sim, unidades de sentido ou de significado no mundo interior do indivíduo consciente. Passa-se, assim, ao segundo processo de redução fenomenológica, em que são expurgados os elementos empíricos e psicofísicos, descobrindo-se, assim, o *eidós* das formas *a priori* de experiência (redução eidética) que revela a essência das formas que compõem a experiência psíquica. Por fim, Husserl, segundo Wagner, propõe que também a consciência individual seja colocada entre parênteses, possibilitando, assim, ver-se face a face com estrutura suprema da consciência. (WAGNER, Helmut R. A abordagem fenomenológica da sociologia, p. 7-8).

²³² CAPALBO, Creusa. *Fenomenologia & ciências humanas*, p. 14.

intuição das próprias coisas”, daí porque a fenomenologia exige que tudo aquilo que é dado originariamente por meio da intuição deve ser recebido como é dado e nos limites em que é dado. Assim, se, na tradição metafísica ocidental, “a intuição é a recepção sensível imediata de um ente singular e real”, para Husserl, ela “não tem esses limites, pois ela significa simplesmente a maneira suprema segundo a qual algo pode ser dado ao sujeito, à sua consciência”, de modo que “tudo, e não só o sensível, pode ser intuído, e isso constitui a suprema forma de seu conhecimento”.²³³

Na fenomenologia, ressalta Capalbo, existe um núcleo central invariante que Husserl denomina “eidos” ou “essência” que, permanecendo ao longo de todas as variações imaginárias, refere-se ao “sentido do ser do fenômeno”. A visão das essências é uma intuição, isto é, “um ato de conhecimento direto, sem intermediários, que nos põem em presença, num face a face ao objeto ‘em pessoa’”, chamando de “intuição doadora a este ver que constitui seus objetos”, pois “conhecer é ver, colocar-se à distância dos objetos, dirigir-se a eles (*in-tensio*) visá-los progressivamente”.²³⁴

Os atos de pensar, de intuir, de ponderar teoreticamente, que até agora não eram objetivos, para Husserl, devem ser objetos da apreensão e da posição teórica, isto é, que devem ser analisados, descritos e transformados em objetos de um pensar empírico ou ideatório.²³⁵ É por isso que, segundo Guimarães, a intuição, para a fenomenologia, é o instrumento que torna possível a filosofia, uma vez que “é a única via a nos colocar em contato direto com as ‘coisas mesmas, em carne e osso’”, pois o mundo já foi dado a todos na sua mostraçãõ originária, competindo à intuição revelar isso que foi dado, ou seja, o mundo assim como se manifesta. O conceito de mundo da vida, assim, não abrange apenas a ideia naturalística de um conjunto de objetos, mas “tudo aquilo que integra ‘o mundo da existência concreta’”. Deixa-se evidenciado, assim, o importante papel conferido pela fenomenologia à subjetividade, que difere da subjetividade racionalista,

²³³ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p. 40-42.

²³⁴ CAPALBO, Creusa. *Fenomenologia & ciências humanas*, p. 15.

²³⁵ HUSSERL, Edmund. *Investigaciones lógicas*, p. 221.

dogmática ou criticista, concebida a partir da ideia de que existe uma razão legicista e matematizadora, a exemplo do “eu cogito” de Descartes, que não dispensa o matematismo, passando o ego, a consciência e o fenômeno a terem sentidos próprios para a fenomenologia. Diferentemente de Descartes, que afirma ser o ego uma coisa pensante (*res cogitans*), na fenomenologia, esse é “o lugar da constituição do mundo”, ou seja, onde o mundo é evidenciado na intencionalidade intuitiva da consciência, podendo-se dizer que o seu ponto de partida “é a atitude de um ego que pretende constituir o mundo a partir de si mesmo”.²³⁶

Em Husserl, é a partir das palavras que, segundo Oliveira, pode-se retroceder às próprias coisas, que são dadas em “atos intuitivos”. Essas vivências, no entanto, devem ser tematizadas, independentemente da linguagem, para chegar-se às próprias coisas, uma vez que o mundo psíquico é a instância à qual os objetos são dados de “diferentes modos”. A consciência, assim, não é compreendida como realidade empírica, mas “como instância constitutiva do próprio objetivo e, nesse sentido, de uma realidade não-objetiva, não-empírica, não-mundana”, de modo que, “em vez de continuar voltado para o mundo objetivo, o espírito pode voltar-se sobre si mesmo”, pois é neste que mundo se mostra e é constituído como tal.²³⁷

Em suma, pode-se dizer que o paradigma da consciência ou do sujeito é o que, na relação entre o sujeito e o ser, as coisas ou a realidade, atribui ênfase maior ao primeiro, pois é na consciência humana que a realidade é construída. Rompe-se, portanto, com a ontologia tradicional, que, privilegiando o ser, ressalta a passividade cognitiva do sujeito, por estar este submetido pelo ser, passando a filosofia da consciência a afirmar a liberdade do sujeito autônomo que se põe, por si só, diante da realidade. A linguagem, contudo, continua em posição secundária e instrumental, cabendo-lhe, tão somente, ser o veículo de expressão da realidade constituída pela consciência.

²³⁶ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. *Fenomenologia e direito*, p. 41-43.

²³⁷ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p. 39-40.

Subseção III O paradigma da linguagem

A filosofia da linguagem, por fim, atribui a esta uma posição principal na sua relação com o sujeito e a realidade. Embora a linguagem fosse uma preocupação antiga, essa sua passagem do segundo para o primeiro plano de importância no pensamento filosófico e a sua transformação em paradigma filosófico ocorreu somente a partir do início do século passado. Começa a linguagem, assim, a merecer uma atenção toda especial, transformando-se, no dizer de Araújo, no “pano de fundo obrigatório para o pensamento filosófico contemporâneo”,²³⁸ o que, para Oliveira, significa dizer que a linguagem passou a ser a “questão central da filosofia”, sendo a filosofia da linguagem concebida como a “filosofia primeira”.²³⁹

Apesar de o primeiro giro linguístico ter ocorrido no âmbito da lógica, não foi esse capaz de tirar a linguagem da sua posição secundária de instrumento de designação da realidade.²⁴⁰ Foi somente no segundo giro, isto é, no giro

²³⁸ ARAÚJO, Inês Lacerda. *Do signo ao discurso: introdução à filosofia da linguagem*, p. 10.

²³⁹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p. 11-13. Diversas ciências, entre as quais a sociologia, a antropologia, a psicologia, a história, a economia, a geografia, a linguística, a lógica, a fonologia e a psicanálise, manifestaram o interesse pela problemática da linguagem, entre as quais a lógica merece uma menção especial, pois, sendo considerada a ciência do pensamento, não pode ser pensada sem a linguagem, razão pela qual é, também, considerada uma ciência da linguagem. Nef explica que uma história da linguística “se propõe a mostrar a maturação dos conceitos descritivos e normativos que organizam as ciências da linguagem – fonologia, sintaxe, semântica, pragmática”, razão pela qual, “ciências severas como a fonologia ocupam um lugar central, ao passo que só dizem respeito indiretamente à filosofia da linguagem”. (NEF, Frederic. *A linguagem: uma abordagem filosófica*, p. 7). Saussure considera a linguística como constituída por “todas as manifestações da linguagem humana”. (SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*, p. 13).

²⁴⁰ O grande interesse da filosofia ou das ciências em geral pela linguagem fez com que, além das diferentes abordagens sobre os problemas desta, pudessem ser constatadas diversas transformações pelas quais passou o estudo da linguagem, as quais foram denominadas por Rorty de giros linguísticos; por Habermas, de guinadas linguísticas; e, ainda, por Oliveira, de reviravoltas linguísticas. O primeiro giro linguístico ocorreu somente no terceiro momento da lógica, isto é, da lógica atual, marcado, sobretudo, pela busca da linguagem ideal, sendo a linguagem mantida em seu papel secundário e instrumental de designação da realidade. É necessário ter em mente que, segundo Tugendhat e Wolf, a lógica pode ser dividida em três períodos: o primeiro período, enfatiza o ser, conforme se pode constatar no princípio aristotélico da não-contradição, segundo o qual algo não pode ser e não ser ao mesmo tempo; a concepção psicológica, que marca o segundo período, enfatiza o pensamento, passando a lógica a ser definida como “a ciência do uso correto do entendimento e da razão em geral” (Kant); e, por fim, a concepção linguística, que caracteriza o terceiro período ou do neopositivismo lógico, enfatiza a linguagem. (TUGENDHAT, Ernst. *Propedêutica lógico-semântica*, p. 9-11). Nef, referindo-se a Dummett, diz que o positivismo lógico se distingue das demais posições, primeiramente, pela “convicção de que uma análise filosófica da linguagem pode levar a uma explicação filosófica do pensamento”, como, também, pela “convicção de que esta é a única maneira de se chegar a uma explicação global”. (NEF,

pragmático²⁴¹ experimentado a partir da terceira década do século XX, no âmbito das *Investigações Filosóficas* wittgensteinianas, que a linguagem despertará o interesse das mais variadas escolas e disciplinas filosóficas da atualidade, firmando-se um novo paradigma em filosofia – o paradigma da linguagem -, em que esta passa de objeto da reflexão filosófica para o fundamento de todo o pensar.²⁴² Enquanto, em seu *Tratado Lógico-Filosófico*, Wittgenstein sustentava a existência de um mundo em si que é dado a todos independentemente da linguagem, mas que esta tinha a função de exprimi-lo por meio da proposição, que é a imagem da realidade, tal como esta é pensada, em suas *Investigações Filosóficas*, Wittgenstein rompe com as suas concepções anteriores, em face da importância assumida pelos contextos sócio-práticos em que ocorrem os usos da linguagem na análise linguística. Esses contextos, também chamados de “formas de vida”, nos quais ocorrem os “jogos de linguagem”, são o “todo formado pela linguagem com as atividades com as quais ela está entrelaçada”, o que inclui os problemas da linguagem, entre os quais estão as misturas de seus diferentes sistemas e o isolamento de expressões do contexto em que emergem.²⁴³

Frederic. *A linguagem: uma abordagem*, 135). Embora concebendo, ainda, a linguagem como defensora de um papel instrumental de designação dos objetos, passou-se a propor, a partir dessa primeira guinada linguística, segundo Oliveira, uma reformulação da teoria tradicional da semelhança entre a linguagem e o mundo, tendo em mente o ideal de uma linguagem perfeita, capaz de reproduzir, com absoluta exatidão, a estrutura ontológica do mundo. Haveria de ser uma imagem fiel do real e, como a linguagem comum se manifesta cheia de imprecisões e indeterminações, passou-se a conceber uma linguagem ideal, que seria a medida de qualquer linguagem (filosofia da linguagem ideal). (OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p. 121-122). Apesar dos avanços proporcionados por essa perspectiva, a linguagem não deixou de ser um meio ou um caminho de expressão do ser.

²⁴¹ Apesar de existirem diferenças de propósitos entre os lógicos neopositivistas e pragmáticos, não se pode deixar de reconhecer que ambos patrocinaram uma revolução filosófica, trazendo a linguagem, como já foi anteriormente ressaltado, para o centro das questões filosóficas, afirmando a importância não somente histórica, mas, sobretudo, atual da filosofia da linguagem, concebida, agora, como um paradigma no pensamento filosófico. Ao mencionar uma revolução no âmbito filosófico, Rorty está a referir-se ao *linguistic turn*, a partir do qual filosofias como da linguagem ordinária voltaram-se ao estudo da linguagem.

²⁴² Isso não significa, no entanto, a descoberta de um novo campo da realidade a ser objeto das preocupações e das reflexões filosóficas, mas, sim, apenas, uma transformação no entendimento da própria filosofia e nas suas formas de abordagens e de procedimentos. Marca-se, desta forma, a passagem da filosofia da linguagem ideal para a filosofia da linguagem ordinária, recebendo a linguagem natural maior consideração no âmbito da filosofia. Isso significa dizer, conforme Warat, que as incertezas significativas e os modos de uso da linguagem nos diversos contextos passam a interessar à análise pragmática. Esta se divide em duas ordens ou subníveis de questões intervinculadas, ou seja, uma centrada nas incertezas significativas e outra, nos modos de significar, nível este que inclui, também, os problemas referentes aos efeitos valorativos e persuasivos da linguagem. (WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*, p. 63-64).

²⁴³ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado Lógico-Filosófico e Investigações Filosóficas*, p. 53 e 177-190.

Com o giro pragmático, a problemática central se volta para a linguagem como ação, passando a filosofia a levar em maior consideração as dimensões ilocucional ou performativa e discursiva da linguagem, o que se percebe, entre outros, nos estudos realizados por Austin, Searle, Habermas e Foucault.

Ao abrir-se um caminho para a filosofia da linguagem comum ou ordinária, segundo Nef, Austin retoma o problema da classificação dos jogos de linguagem suscitado, descritivamente, por Wittgenstein e procura distinguir, nos enunciados, as dimensões constativa (em que o enunciado descreve a realidade) e performativa, tentando estabelecer regras um tanto quanto complexas para os atos de linguagem.²⁴⁴ Assim, para que um ato seja tido como praticado, Austin considera necessário levar em consideração todas as circunstâncias em que as palavras são proferidas, isto é, que o procedimento seja convencionalmente aceito, que as pessoas e o procedimento sejam adequados e que os atos sejam executado corretamente e de acordo com as intenções dos participantes.²⁴⁵ Há, nesse propósito, conforme Oliveira, um salto em relação a Wittgenstein, pois, se este concebe a linguagem ordinária como perfeitamente em ordem, para Austin, essa linguagem não pode ser a última palavra porque perpassada de inadequações e arbitrariedades, não podendo ser considerada algo intocável, sendo necessário, por isso, aperfeiçoá-la.²⁴⁶

Outro avanço considerável na abordagem dos atos de fala foi proporcionado por Searle, ao considerá-los “um comportamento regido por regras”,²⁴⁷ especialmente por regras constitutivas, ou seja, regras que possibilitam a existência desses mesmos atos de fala, que são concebidos como fatos institucionais e não como fatos brutos.

São importantes, nessa concepção pragmática da linguagem, também, as teorias consensual da verdade e do agir comunicativo elaboradas por Habermas a partir das teorias dos usos da linguagem, de Wittgenstein, e, mais especificamente, dos atos de fala, de Austin e Searle. Enquanto o agir

²⁴⁴ NEF, Frederic. *A linguagem*, p. 153-154.

²⁴⁵ AUSTIN, John Langshaw. *Quando dizer é fazer*, p. 31.

²⁴⁶ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p. 167-168.

²⁴⁷ SEARLE, John R. *Os actos de fala*, p. 27.

comunicativo rejeita a possibilidade de a significação ser estabelecida objetivamente e com base numa relação entre a linguagem e o mundo, totalmente desligado do processo de comunicação, uma vez que a validade de um proferimento está relacionada tanto à perspectiva do falante quanto do ouvinte, o consenso, condição de validade de um ato de fala, ocorre, apenas, quando o falante tenta fazer-se entender pelo ouvinte e este aceita o que foi dito.²⁴⁸

A partir do conjunto de todos os enunciados escritos ou falados, Foucault, segundo Araújo, possibilita, por fim, uma análise de como a linguagem, na sua dimensão mais complexa – o discurso -, funciona como veículo e alvo de relações complexas de saber e poder e de como os sujeitos do discurso estão inseridos nessas relações.²⁴⁹

O giro pragmático da linguagem ocorre na mesma esteira do pragmatismo geral ou científico,²⁵⁰ que propugna, em suma, que a verdade é a medida da utilidade, pois o sentido de tudo está na utilidade ou no efeito prático que as ações ou proposições ou mesmo as coisas são capazes de gerar. Essa corrente filosófica influenciou, entre outros, o surgimento do interacionismo simbólico e da etnometodologia, correntes do pensamento sociológico que, entre outras, atribuem posição de destaque à linguagem nas relações sociais.

²⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico*, p. 123-125. Ainda dentro das correntes pragmáticas da linguagem, as teorias da argumentação, desenvolvidas, sobretudo, por Perelman e Olbrechts-Tyteca, buscam, segundo Monteiro, construir uma lógica dos juízos de valor, ou seja, uma lógica não-formal. Essas teorias desenvolvem a “nova retórica” a partir da análise de textos de discursos políticos, nos quais descobrem a existência de grandes quantidades de argumentos não oriundos da lógica formal que, entretanto, têm certo peso para os ouvintes. É necessário, portanto, o estudo das estruturas da argumentação que se dirige não só a determinados auditórios, mas, também, a um auditório universal. (MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da argumentação jurídica e nova retórica*, p. 7 e 46-47). Para Perelman e Olbrechts-Tyteca, “uma argumentação que visa somente a um auditório particular oferece um inconveniente” ou seja, o de levar o orador a se adaptar às concepções dos ouvintes, o que significa dizer que, nesse caso, o orador tende a “apoiar-se em teses que são estranhas, ou mesmo francamente opostas, ao que admitem outras pessoas que não aquelas a que, naquele momento, ele se dirige”. (PERELMAN, Chaïn; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação*, p. 34).

²⁴⁹ ARAÚJO, Inês Lacerda. *Do signo ao discurso*, p. 204.

²⁵⁰ O pragmatismo geral ou científico é uma concepção originária dos Estados Unidos da América, nos fins do século XIX e nas primeiras décadas do século XX, que sofreu influência do empirismo e do utilitarismo inglês e que tem em Peirce, James e Dewey os seus principais expoentes. Não obstante a pragmática linguística, sobretudo a linguagem ordinária, tenha caminhado pelos terrenos dos jogos da linguagem que ocorrem nas formas de vida e pelos atos de fala, Putnam estabelece uma relação entre a filosofia de Wittgenstein e o pragmatismo, ao afirmar que essa filosofia “tem também uma intenção moralizadora e que mostra, por um caminho distinto, o mesmo tema: a primazia da razão prática, enunciada pela filosofia de Kant, ainda que a partir de uma particular perspectiva de redimensionamento”. (PUTNAM, Hilary. *El pragmatismo*, p. 67).

O interacionismo simbólico é a corrente do pensamento sociológico que concebe a realidade social como constituída por uma infinidade de interações concretas entre indivíduos, nas quais, segundo Mead, a linguagem exerce papel primordial, uma vez que a significação surge e reside dentro do campo da relação entre o gesto de um determinado organismo humano e a subsequente conduta de outro organismo humano em face desse gesto. Esse processo, em certo sentido, é, pois, “responsável pelo surgimento e existência de novos objetos na situação social”, que corresponde ao campo da experiência dos organismos individuais que nele estão envolvidos, objetos estes que são “dependentes dessas significações ou constituídos por elas”. Isso significa dizer que “os objetos estão constituídos em termos de significação, dentro do processo social da experiência e da conduta”, o que ocorre em face da “adaptação mútua das reações ou ações dos distintos organismos individuais envolvidos nesse processo”. Essa adaptação é realizada por meio de uma comunicação que adota a forma de conversação por gestos nas primeiras e posteriores etapas desse processo. Assim, um gesto efetuado por um organismo em qualquer ato social provoca uma reação por parte do outro organismo, que está diretamente relacionada com a ação do primeiro organismo e é produto dela. Isso significa dizer que a linguagem “não simboliza simplesmente uma situação ou objeto que existe antecipadamente”, mas, sim, que ela “possibilita a existência ou a aparição de dita situação e objeto, porque é uma parte do mecanismo por meio do qual essa situação e objeto são criados”.²⁵¹

²⁵¹ MEAD, Georg Herbert. *Espíritu, persona y sociedad*, p. 114-119. [...] “es responsable del surgimiento y existencias de nuevos objetos en la situación social, [...] “dependientes de esas significaciones o constituídos por ellas”. [...] “los objetos están constituídos en términos de significación, dentro del proceso social de la experiencia y la conducta”, [...] “la adaptación mutua de las reacciones o acciones de los distintos organismos individuales involucrados en ese proceso”. [...] “no simboliza simplemente una situación u objeto que existe ya por anticipado”, [...], “posibilita la existencia o la aparición de dicha situación y objeto, porque es una parte del mecanismo por medio del cual esa situación y objeto es creado”. Reconhecendo inexistir qualquer definição acerca do interacionismo simbólico e ter sido Mead quem, primeiramente, lançou as bases dessa abordagem, Blumer diz ser essa “um enfoque prático ou realista dos estudos científicos da vida humana em grupo e da conduta humana” (BLUMER, Herbert. *Symbolic interactionism*, p. 1 e 47). Mead é mencionado por Reale e Antiseri como contemporâneo de Dewey na Universidade de Chicago, onde ambos laboraram em torno de problemáticas comuns, tendo aquele, também, a concepção de que “a função da filosofia é a de mostrar um universo não cindido, do qual emerge a continuidade entre o universo e o homem”, em que a filosofia tem, como pano de fundo, o “caráter social de todo aspecto da experiência humana”. Além disso, haveria, para Mead, uma “relação de condicionalidade recíproca entre *condicionante* e *condicionado*”, de modo que “o presente é condicionado pelo passado, mas, por seu turno, o presente ‘reescreve o seu passado’”. (REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*, v. 3, p. 498-499).

A comunicação, que implica a participação no outro, para Mead, é um princípio básico para organização social humana, o que “requer a aparição do outro na pessoa, a identificação do outro com a pessoa e a obtenção da consciência de si por meio do outro”. Isso explica porque a pessoa, ao empregar um gesto para se comunicar, adota uma atitude do outro indivíduo, ao mesmo tempo em que a provoca neste. A organização da sociedade consciente de si própria depende, portanto, de que os indivíduos adotem a atitude dos outros indivíduos.²⁵²

Por isso, para a abordagem interacionista, segundo Blumer, uma sociedade humana é vista “como pessoas engajadas na vida”, isto é, em “um processo contínuo de atividades em que os participantes desenvolvem linhas de ação nas múltiplas situações encontradas”, estando “envolvidos num vasto processo de interação em que suas ações devem se ajustar às ações desenvolvidas pelos outros”. Esse processo de interação consiste em indicar o que os outros devem fazer e como devem interpretar essas indicações. Deve-se levar em consideração “que as pessoas se reúnem em grupos diferentes, pertencem a diferentes associações, e ocupam posições diferentes”, o que faz com que “abordem umas as outras de maneiras diferentes, vivam em mundos diferentes e se guiem por diferentes conjuntos de significados”.²⁵³

Também influenciada pelo pragmatismo, a etnometodologia concebe a sociedade como produto de uma “construção social”, ou seja, de um processo de definição e de tipificação realizado por indivíduos e de grupos diversos.²⁵⁴ Não há,

²⁵² MEAD, G. H. *Op. Cit.* p. 271-274: O que “requiere la aparición del otro en la persona, la identificación del otro con la persona, la obtención de la conciencia de si a través del otro”.

²⁵³ BLUMER, Herbert. *Symbolic interactionism*, p. 2 e 20-21: [...]“as people engaged in living”, [...]“a process of ongoing activity in which participants are developing lines of action in the multitudinous situations they encounter”, [...] “caught up in a vast process of interaction in which they have to fit their developing actions to one another”, [...] “that people cluster in different groups, belong to different associations, and occupy different positions”, [...] “accordingly approach each other differently, live in different worlds, and guide themselves by different sets of meanings”.

²⁵⁴ A etnometodologia ou construtivismo social é uma corrente da sociologia americana, surgida nos anos 60, que tem Garfinkel como o seu fundador, em face, sobretudo, da obra *Studies in ethnomethodology*. Em face da ruptura radical com os modos de pensar da sociologia tradicional, mais que uma teoria constituída, a etnometodologia é, no dizer de Coulon, “uma perspectiva de pesquisa, uma nova postura intelectual”, pois propicia uma maior amplitude do pensamento, em face da importância atribuída à compreensão e não à explicação e à abordagem qualitativa e não quantitativa. A pesquisa etnometodológica organiza-se “em torno da ideia segundo a qual todos nós somos ‘sociólogos em estado prático’, segundo a bela fórmula de Alfred

nessa concepção, uma realidade natural oficial preestabelecida, sobre a qual o cientista se debruçaria, procurando entendê-la e explicá-la sem questioná-la ideologicamente, mas, sim, somente, uma realidade sedimentada sobre as construções mentais das pessoas. As atividades e as circunstâncias assim como o raciocínio sociológico prático são tratados por Garfinkel como temas de estudos empíricos, “concedendo à maior parte das atividades da vida diária a mesma atenção geralmente reconhecida aos acontecimentos extraordinários, procurando entendê-los como fenômenos em sentido pleno”.²⁵⁵

As descrições da vida cotidiana, explica Coulon, são descrições que, ao serem realizadas, “fabricam” ou “constróem” o mundo,²⁵⁶ estando o conhecimento, na vida cotidiana, portanto, no dizer de Berger e Luckmann, relacionado com a linguagem. É que, embora tenha origem na situação face a face, a linguagem pode ser facilmente destacada dessas situações, pois tem a capacidade de comunicar significados que não são expressões diretas da subjetividade “aqui e agora”, mas, sim, o repositório objetivo de vastas acumulações de significados e experiências, que podem se preservar no tempo e se transmitir às gerações seguintes. Tendo como origem e referência primária a vida cotidiana, a linguagem exerce efeitos coercitivos sobre as pessoas, forçando-as a entrar em seus padrões, e fornecendo possibilidades de contínua objetivação das experiências em desenvolvimento no curso da vida.²⁵⁷

Schütz”, uma vez que “o real já se acha descrito pelas pessoas”, de modo que “a linguagem comum diz a realidade social, descreve-a e ao mesmo tempo a constitui”. Por isso, essa concepção “não é uma corrente marginal”, mas, sim, ao contrário, mantém relações com outras correntes que, como o marxismo, a fenomenologia, o existencialismo, o interacionismo e o pragmatismo, alimentam a reflexão contemporânea sobre a sociedade. (COULON, Alain. *Etnometodologia*, p. 7-8 e 21).

²⁵⁵ GARFINKEL, Harold. *Studies in ethnomethodology*, p. VII e 1: [...]“the objective reality of social facts as an ongoing accomplishment of the concerted activities of daily life, with the ordinary, artful ways of that accomplishment being by members known, used, and taken for granted”. [...] “paying to the most commonplace activities of daily life the attention usually accorded extraordinary events, seek to learn about them as phenomena in their own right”.

²⁵⁶COULON, Alain. *Etnometodologia*, p. 46.

²⁵⁷ BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*, p. 57-59. Ao mesmo tempo em que a linguagem tipifica as várias experiências, Berger e Luckmann dizem que ela as torna anônimas, pois as experiências tipificadas podem, em princípio, ser repetidas por qualquer pessoa incluída na categoria em questão, de modo que, devido a essa capacidade de transcender o “aqui e agora”, “a linguagem estabelece pontes entre diferentes zonas dentro da realidade da vida cotidiana e as integra em uma totalidade dotada de sentido”. Como as transcendências têm dimensões espaciais, temporais e sociais, é possível transcender, por meio da linguagem, o hiato entre a área de atuação de uma e a de outra pessoa, como, também, sincronizar sequências biográficas temporais ou, ainda, conversar a respeito de indivíduos e coletividades com as quais

A linguagem tem, também, papel de destaque na ontologia hermenêutica, na hermenêutica da facticidade ou, ainda, na hermenêutica filosófica.

Ao tempo em que reconhece o salto proporcionado pela filosofia da consciência, Heidegger não poupa crítica aos autores que deram substrato a essa corrente filosófica²⁵⁸ e, reportando-se, segundo Stein, ao *cogito ergo sum* (penso logo existo) de Descartes, procura sustentar que não há uma separação entre a *mens* e a *res*, pois “o mundo é o correlato do *sum*” (da existência humana). Por meio dessa crítica, Heidegger dá, também, consistência à crítica a Husserl, que, tentando obter uma resposta para o problema da superação do psicologismo, acabou por cair no modelo da tradição cartesiana e na não superação do dualismo

não haja interação face a face, possibilitando, assim, que, por meio da linguagem, o mundo possa ser atualizado em qualquer momento. Esse poder que a linguagem tem de transcender e de integrar conserva-se mesmo quando se está tratando consigo próprio, no pensamento solitário, em que um mundo inteiro pode apresentar-se a qualquer pessoa e a qualquer momento, pois a linguagem possibilita “presenças” tanto de pessoas do passado quanto de pessoas imaginárias do futuro, que podem ser altamente dotadas de sentido, evidentemente, na contínua realidade da vida cotidiana. A linguagem, no entanto, pode transcender completamente a realidade da vida cotidiana e alcançar experiências pertencentes a áreas limitadas de significação, abarcando esferas separadas da realidade. Essa transcendência é realizada por meio da linguagem simbólica, que parece elevar-se sobre a realidade da vida cotidiana como se fosse presença de um outro mundo, como ocorre, por exemplo, nos maiores sistemas de símbolos historicamente mais importantes, isto é, a religião, a filosofia, a arte e a ciência. Nesses sistemas, “a linguagem constrói campos semânticos ou zonas de significação linguisticamente circunscritas”, entre os quais esquemas de classificação para diferenciar os objetos em gênero, número, formas para realizar enunciados da ação por oposição a enunciados do ser e modos de indicar graus de intimidade social, de modo a possibilitar a objetivação, conservação e acumulação da experiência. (BERGER, P. L.; LUCKMANN, T. *Op. Cit.* p. 59-62).

²⁵⁸ Ao iniciar o seu *Ser e Tempo*, Heidegger afirma sobre o primado da questão do ser, ressaltando que, embora essa temática estivesse presente nas reflexões desde Platão e Aristóteles, sempre esteve carente de uma real investigação a respeito. É que a ontologia tradicional concebe o conceito de ser como algo “universal”, “obscuro” e “indefinível”, por não se poder derivar uma definição do ser e nem explicá-lo a partir de conceitos superiores, ressaltando, ainda, ser esse “conceito evidente por si mesmo”. (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, Parte I, p. 27-30). A compreensão do pensamento heideggeriano, segundo Stein, pressupõe, contudo, uma compreensão dessa ontologia tradicional, que procura uma explicação metafísica acerca da realidade objetiva dos entes finitos, múltiplos e mutáveis. Essa ontologia procura resolver a questão da existência da realidade universal, recorrendo, por exemplo, ao fato bíblico da criação, em que, Deus é considerado a “causa última do ser dos entes”. Nessa concepção, é a própria ontologia que cria a possibilidade do homem conhecer a realidade, uma vez que a origem humana e o conhecimento humano têm sua raiz última no intelecto humano, que é uma criação divina, gerando-se, pois, um “círculo hermenêutico”, segundo qual “o homem explica a realidade pela ontologia e esta explicação se torna a possibilidade de o homem poder explicá-la (conhecê-la)”. Como já mencionado, essa ontologia tradicional entrou em crise, pois se levantaram dúvidas sobre o fundamento no qual repousa o conhecimento, acabando a filosofia moderna por se voltar para a subjetividade e para o problema do conhecimento. O método transcendental torna-se, assim, a estrada real em que se desenvolve todo o pensamento moderno, que se faz transcendentemente e não de modo objetivístico, como era na tradição aristotélica. As discussões sobre os problemas do ser passam, pois, a se realizar a partir do sujeito ou do homem, transformando-se a ontologia em um problema da teoria do conhecimento, em que a pergunta sobre o ser terá uma condição privilegiada. A descoberta desse método representa um progresso em relação à filosofia aristotélica, tornando-se impossível ignorá-lo, de modo que qualquer desvio dele pode ser considerado um retrocesso. (STEIN, Ernildo. *A questão do método na filosofia*, p. 136-139).

da teoria tradicional. Heidegger reconhece que o descerramento do espaço para uma radical pesquisa ontológica deu-se a partir da descoberta husserliana da intencionalidade, o que serviu de fundamento para a sua nova teoria do ser. Todavia, enquanto Husserl acredita que o ser se funda na correlação entre o dado e a consciência, Heidegger percebe que isso “é insuficiente”, uma vez que essa concepção carrega consigo um implícito sentido do ser que deve ser buscado, pois Husserl omitiu tanto o problema do ser quanto o problema daquele que o constitui, isto é, o sujeito ou o homem, razão pela qual há a necessidade de indagar “como se dá o ser do ente em geral e como se dá o ser do homem”. Conclui-se, assim, que “a pergunta pelo sentido do ser e a pergunta pela abertura do ser-aí coincidem”, tornando-se inseparáveis as questões relativas ao sentido do ser e à facticidade do ser-aí (a essência do homem).²⁵⁹

O pensamento de Heidegger irá caminhar, pois, na direção oposta à filosofia da consciência ou do sujeito, resultando, entre outros, segundo Stein, na substituição da consciência pela hermenêutica do “ser-aí”; na introdução da ideia de compreensão do “ser-no-mundo”, já que sempre jogado no mundo e historicamente determinado; e pondo no lugar do ideal do pensamento puro da teoria tradicional a ideia de conhecimento, um modo derivado da constituição ontológica do ser-aí. Em suma, Heidegger propõe que se pense no fim da metafísica a partir da “hermenêutica da facticidade”, ou seja, a partir da contingência, sendo perceptível, portanto, a importância que o ser adquire no pensamento heideggeriano, já que, na vida concreta, somente se pode compreender a si próprio em seu ser. É a partir dessa abertura que Heidegger estrutura a sua concepção sobre o ser, ou seja, uma ontologia do “ser-aí” e uma ontologia do ser que seria a condição de possibilidade de toda e qualquer ontologia. Essa nova reflexão está baseada na “analítica existencial”, pois o mundo passa a ser um elemento fundamental na estrutura do homem, o “ser-no-mundo”, o “eis-aí-ser”, o “estar-aí”, estrutura esta que se articula no horizonte da compreensão e que pode ser pensado e entendido no horizonte do sentido.²⁶⁰

²⁵⁹ STEIN, E. *Op. Cit.* p. 25, 26 e 148.

²⁶⁰ STEIN, Ernildo. *Idem*, p. 22-23, 32, 73, 145 e 146.

Esse ente que é o homem e que possui em seu ser a possibilidade de questionar é designado por Heidegger, também, com o termo “pre-sença” ou, conforme a versão original, *Dasein*, traduzido também por “ser-aí”.²⁶¹ O ser é ser antes de tudo. O pensar é, apenas, a consumação da relação do ser com a essência do homem, mas “não produz nem efetua essa relação”, tão-somente, oferece-a ao ser, oferta esta que “consiste no fato de, no pensar, o ser ter acesso à linguagem”, que “é a casa do ser”, em cuja habitação, também, mora o homem.²⁶² Portanto, o ser deixa de ser abstraído dos entes, chegando-se a ele pelo recurso transcendental à compreensão do ser pelo “ser-aí”, o homem. Enquanto o “ente é tudo de que falamos, tudo que entendemos, com que nos comportamos” e, também, “o que e como nós mesmos somos”, o “ser está naquilo que é e como é, na realidade, no ser simplesmente dado”.²⁶³

Para Heidegger, segundo Oliveira, é na linguagem, portanto, que o ser se desvela, sendo o homem o “momento fundamental do evento de desvelamento do ser”, razão pela qual “a questão da linguagem está vinculada à questão central do seu pensamento”. Enquanto a fenomenologia se preocupa com a teoria do sentido, a procura heideggeriana é pelo “*sentido dos sentidos*”, isto é, por uma interpretação do sentido de ser, como sentido que subjaz a toda e qualquer atividade do homem no mundo, reconduzindo o olhar, pois, “do ente para o ser”, que é “o espaço da revelação dos entes”. Isso passa, necessariamente, por uma análise do homem”, que é o “ente cujo ser consiste em compreender o ser” e que é, em si mesmo, hermenêutico, isto é, compreendedor do ser. Por isso, “o ser do eis-aí-ser é fundamentalmente *existência*, isto é, compreensão prévia do sentido do ser, presença do ser”, sendo a existencialidade, então, o conjunto das estruturas constitutivas do “eis-aí-ser”.²⁶⁴

²⁶¹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, parte I, p. 28-33.

²⁶² HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre o humanismo*, p. 1.

²⁶³ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, parte I, p. 29-30 e 32. Na explicação de Stein, em Heidegger, “o ser é, de certo modo, projeto de ser-aí”, que, por sua vez, “forma o horizonte em que todo o ente é compreendido”. Diferentemente do entendimento de Husserl, o ser-aí “não é presença originária”, mas sim “é temporalidade”, não sendo, pois, “o seu próprio fundamento, porque acontece como historicidade indisponível”. (STEIN, Ernildo. *A questão do método na filosofia*, p. 149).

²⁶⁴ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p. 201, 207 e 208. A superação tanto da ontologia tradicional quanto da filosofia da subjetividade, segundo Oliveira, é possível de ser alcançada por meio da análise dessas estruturas, explicando-se, assim, as dimensões

A tradição ocidental, lembra Oliveira, concebe a linguagem como “expressão do pensamento, da razão ou da consciência”, sendo reduzida, portanto, à informação. Perdura, no entanto, uma indagação sobre a possibilidade do caráter instrumental da linguagem dizer tudo sobre ela, se todas as experiências humanas são esgotadas ou não pelo processo contemporâneo e técnico-científico de racionalização da linguagem e se esta é possível de ser pensada e experimentada a partir de outro paradigma, isto é, para além da relação sujeito-objeto, consciência-mundo. Embora não negue o caráter instrumental da linguagem, Heidegger faz um esforço no sentido de apresentar fundamentos para um novo paradigma do pensamento, no qual a linguagem é constituída como momento fundamental para toda experiência do real, superando, assim, a postura, segundo a qual a linguagem seria um simplesmente um objeto que está diante de cada um, pois todo pensar se movimenta no seio da linguagem, num espaço no qual se abrem para cada um perspectivas para a experiência do mundo e das coisas. Assim, quando se fala da linguagem, nunca se abandona a linguagem, mas sempre se fala a partir dela, razão pela qual o ser-no-mundo é “sempre linguisticamente mediado, de tal maneira que é por meio da linguagem que ocorre a manifestação dos entes a nós”. Essa abertura não é produzida pela subjetividade, pois o sujeito está nela inserido, uma vez que “só onde existe linguagem o ente pode revelar-se como ente”, de tal forma que “o originário não é que falamos uma linguagem e dela nos utilizamos para manipular o real, mas, antes, que a linguagem nos marca, nos determina, e nela se dá a revelação dos entes a nós”. Nessa concepção, “a linguagem somente pode ser adequadamente pensada como o lugar onde a compreensão do ser emerge, competindo-lhe revelar o ente e exprimi-lo na palavra, pois, “é na palavra que o homem, ser histórico, vem ao ser”, ocorrendo a “*relação hermenêutica* entre o homem e o ser”.

constitutivas e revelando-se o caráter ontológico do “ser-no-mundo” ou do “eis-aí-ser”, uma vez que o homem possui tanto uma compreensão de si mesmo quanto dos utensílios com os quais lida e dos entes de seu mundo. É essa compreensão que constitui o homem como homem, ou seja, o existencial fundamental, “pois o eis-aí-ser sempre se movimenta numa compreensão de seu próprio ser e dos outros seres”, uma vez que o homem nunca é, simplesmente, um homem, mas um “ser-no-mundo”. Isso significa dizer que “ele já desde sempre se encontra situado num ‘mundo determinado como hermenêutico’, isto é, numa maneira determinada de ordenar a totalidade dos entes”. Portanto, “o eis-aí-ser é fundamentalmente ontológico”, uma vez que “ele é abertura original, verdade original, na medida precisamente em que o evento da temporalização é o a priori de toda compreensão do ser”. (OLIVEIRA, M. A. de. *Op. Cit.* p. 209 e 210).

Enquanto a ontologia hermenêutica é um retorno ao evento do desvelamento ou do ocultamento do ser, a linguagem, como “articulação da compreensão originária”, situa-se na esfera desse desvelamento ou desse ocultamento. A linguagem deixa aparecer o ser como sentido, de modo que, se o ser emerge na linguagem, é porque “a linguagem é o caminho necessário de nosso encontro com o mundo”.²⁶⁵

A linguagem não pode ser considerada um meio, um instrumento ou uma ferramenta da comunicação da consciência com o mundo, pois, segundo Gadamer, “uma das características essenciais do instrumento é dominarmos seu uso, e isso significa que lançamos mão e nos desfazemos dele assim que prestou seu serviço”. Ocorre diferentemente em relação à linguagem, pois é aprendendo a falar que se cresce e se conhece a si próprio e o mundo, ou seja, as pessoas e as coisas. Aprender a falar não significa aprender a arte da designação do mundo que é familiar a todos e conhecido pelo uso de um instrumento já dado, “mas

²⁶⁵ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p. 202, 203, 205-206, 207, 211, 213 e 215. O problema de nossa epocalidade, para Oliveira, “não é ter descoberto a linguagem como informação, mas, antes, ter absolutizado a dimensão instrumental da linguagem humana”, dimensão esta em que a “linguagem se reduz a um puro instrumento por meio do qual se entra em contato com os outros”. Desta forma, se a linguagem é puro instrumento, “o ideal é tornar esse instrumento o menos complicado possível e de fácil utilização”. Isso explica a existência, atualmente, de reduções e abreviações, o que, para Heidegger, não são coisas inocentes, mas manifestações que fazem das palavras apenas sinais de designação das coisas com as quais se pode dizer tudo, porque, no fundo, elas não dizem nada. Além disso, para cumprir sua função instrumental, a linguagem precisa ser formalizada, mediante a criação de linguagens artificiais que são cálculos lógicos. Enquanto, na ontologia clássica, o ser é “interpretado como presença pura permanente”, na ontologia hermenêutica, o ser passa a ser tido “como advento, como vinda ao encontro, como interpelação, que se dá ao homem cada vez diferentemente”. O homem não é, pois, o senhor do ser, mas, sim, é “o lugar onde, por meio da linguagem, põe-nos sob o ser, recebemos, a partir daí, sentido, significação, tarefa”, onde “o ser se dá (desvelamento) e ao mesmo tempo se retrai (ocultamento), já que não é produto da subjetividade, mas, antes, a história que justamente é ser no dar-se e retrair-se”. Supera-se, portanto, o paradigma da consciência, da representação ou da subjetividade, uma vez que, na visão de Heidegger, “não podemos escolher arbitrariamente o sentido histórico de nosso mundo e de nós mesmos, mas antes *esse sentido se nos dá, nos interpela, nos desafia, nos chama*”, de modo que a “nossa escolha consiste em acolher ou rejeitar o chamado”, emergindo o ser, assim, “como a instância que possibilita nossa liberdade e nossa verdade”. Na concepção de Heidegger, o evento ser “é entendido como um *evento linguístico*, o que significa dizer que nosso ser-no-mundo é sempre mediado por um ‘mundo linguístico’ determinado”. Aprende-se a conhecer a si próprio e os outros, assim como o mundo, à medida que se aprende a falar, de modo que, “aprender a falar é, portanto, ter o acesso originário ao mundo enquanto tal”, o que permite dizer que, se “a linguagem é a casa do ser”, então ela é a morada do “ser-no-mundo”, pois a compreensão que se tem do mundo é, sempre “linguisticamente interpretada”. Como evento, o ser “se revela como *dar-se ao homem de um sentido*, que ele mesmo não produziu, mas que antes produziu o homem, na medida em que o homem corresponde ao seu chamado”. Nessa perspectiva, “homem é originariamente diálogo, linguagem”, ou seja, “diálogo com o ser, com o sentido originário que historicamente nos interpela”. (OLIVEIRA, M. A. de. *Op. Cit.* p. 204, 216 e 219-221).

conquistar a familiaridade e o conhecimento do próprio mundo, assim como ele se nos apresenta”.²⁶⁶

A preocupação fundamental que, segundo Oliveira, vai se fazer presente no pensamento de Gadamer está relacionada com o significado da compreensão e da autocompreensão do homem, que se sabe “carregado” por uma história, que se lhe articula como linguagem dada pela tradição, de modo que se trata “de explicar a historicidade da compreensão, isto é, da forma originária do ‘ser-no-mundo’”. Essa historicidade fundamental do ser-aí-ser “implica que seu ser é uma mediação entre o passado e o presente na direção do futuro que se abre”, o que “significa dizer que nossa historicidade não é uma limitação, mas antes ‘condição de possibilidade’ de nossa compreensão”. Somente se pode compreender o ser a partir dos pré-conceitos gerados na história e que “são agora ‘condições transcendentais’ de nossa compreensão”. Isso significa dizer que “os pré-conceitos não são pré-conceitos de um sujeito, mas muito mais a realidade histórica de seu ser, aquele todo histórico de sentido no qual os sujeitos emergem como sujeitos”, ficando clara a preocupação fundamental do pensamento gadameriano, no sentido de que “o que importa, acima de tudo, é vincular o sujeito que compreende à história, explicitar a precedência e a influência da história em todo conhecimento humano, em última análise, no ser do sujeito”.²⁶⁷

Na concepção gadameriana, segundo Oliveira, o sujeito realiza as suas experiências no seio de um mundo de sentido, ao qual pertence e que não pode tornar-se seu objeto, pois é o horizonte a partir do qual qualquer conteúdo singular é captado em seu sentido, do que resulta evidente o caráter circular de toda compreensão, pois esta se realiza a partir de uma pré-compreensão, que é procedente de nosso próprio mundo de experiência e de compreensão, que pode enriquecer-se por meio da captação de conteúdos novos.²⁶⁸ Delineia-se, assim, a noção gadameriana de interpretação, que é a “realização da própria

²⁶⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*, p. 176.

²⁶⁷ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p. 226-229.

²⁶⁸ OLIVEIRA, M. A. de. *Op. Cit.* p. 230.

compreensão”, pois não se cumpre apenas em benefício dos outros, mas, também, em benefício do próprio intérprete, e “se dá na linguagem”.²⁶⁹

Partindo do pressuposto de que não é a história que pertence aos homens, mas estes é que pertencem àquela, Gadamer, no dizer de Oliveira, afirma que a ontologia deixa de ser uma construção da totalidade do mundo dos entes para fazer-se experiência histórica e interpretação dessa experiência. Nesse sentido, a ontologia gadameriana “não mais pergunta pelo efetivamente existente, mas pelo ‘ser enquanto sentido’, a partir de onde somente se pode determinar o que seja a realidade e em que grau algo pode valer como real”. Assim, “o ser que pode ser compreendido é linguagem”, razão pela qual “a linguagem emerge como horizonte intranscendível da ontologia hermenêutica”.²⁷⁰

²⁶⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, p. 514.

²⁷⁰ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p. 232. Não se poderia deixar de reconhecer, também, os grandes avanços proporcionados pela psicanálise, diante da necessidade, cada vez mais evidente, de investigações aprofundadas sobre o inconsciente humano, uma vez que, entre tantas outras considerações, é possível dizer, com Lacan, que o inconsciente se organiza como linguagem. O interesse da psicanálise pela linguagem remonta a Freud, especialmente à sua obra *A Interpretação dos Sonhos*, escrita no final do século XIX, e que contém dois capítulos especialmente dedicados aos trabalhos de condensação e de deslocamento, ocorridos na relação dos sonhos e nos pensamentos oníricos, fenômenos estes que têm relação com as estruturas metafóricas e metonímicas encontradas, sobretudo, nos Escritos de Lacan. Freud afirma que, quando se compara o conteúdo do sonho e o conteúdo dos pensamentos oníricos (dos sonhos), tem-se, com a devida clareza que, no que se refere ao primeiro, ocorreu um trabalho de condensação em larga escala, pois os sonhos são curtos, insuficientes e lacônicos, enquanto os pensamentos oníricos são mais extensos e completos, de modo que, “se um sonho for escrito, talvez ocupe meia página”, no entanto, se a análise recair sobre os pensamentos oníricos adjacentes aos sonhos, isto é, da interpretação dos sonhos, ele poderá ocupar até doze vezes mais esse espaço, decorrendo essa diferença do extenso processo de condensação no curso da formação do sonho. Procurando saber quais seriam as condições determinantes da seleção de alguns elementos do sonho que conseguem penetrar no seu conteúdo, Freud chega, pois, ao trabalho de deslocamento que ocorre durante os sonhos, porquanto “os elementos que se destacam como os principais componentes do conteúdo manifesto do sonho estão longe de desempenhar o mesmo papel nos pensamentos oníricos”, do que se deduz que “o que é claramente a essência dos pensamentos oníricos não precisa, de modo algum, ser representado no sonho”, pois “o sonho tem, por assim dizer, um foco diferente daquele dos pensamentos oníricos – seu conteúdo tem elementos diferentes como ponto central”. (FREUD, Sigmund. *A interpretação dos sonhos*, p. 278, 280, e 303). Mais específico que Freud, no que diz respeito à linguagem, Lacan, nos seus Escritos, especialmente no capítulo intitulado *A Instância da Letra no Inconsciente* ou *a Razão desde Freud*, expõe os seus conceitos e fórmulas do que, no seu entender, constituem as metáforas e metonímias, e como elas operam no inconsciente do sujeito. Lacan ressalta a possibilidade fornecida pela língua de servir para significar algo totalmente diferente do que ela diz, ou seja, de disfarçar o pensamento do sujeito, procurando construir uma noção do que seja a estrutura metonímica, baseada na concepção de que a parte pode ser tomada pelo todo, como, por exemplo, a vela pelo navio. A conexão entre essas duas palavras “não está em outro lugar senão no significante, de modo que é na palavra por palavra dessa conexão que se apóia a metonímia”. Quanto à metáfora, Lacan apresenta a sua fórmula como a utilização de um palavra por outra, razão pela qual se situa no ponto em que o sentido se produz no sem-sentido, de modo que a centelha criadora da metáfora “jorra entre dois significantes dos quais um substitui o outro tomando-lhe o lugar na cadeia significante, o significante oculto permanecendo presente pela sua conexão (metonímica) com o resto da cadeia”. A partir

Pode-se dizer, em conclusão, que o paradigma da linguagem é o que, na relação entre a realidade, o sujeito ou a consciência e a linguagem, atribui a esta um papel predominante, por ser, não somente a instância constituidora da consciência como também da realidade. A linguagem deixa, portanto, de exercer um papel secundário ou instrumental de expressão da realidade para ser o lugar onde esta se constitui.

Seção II

Aplicações jurídicas dos paradigmas do ser, do sujeito e da linguagem

No campo jurídico, a relação entre o ser, o sujeito e a linguagem também pode ser orientada pelos paradigmas antes descritos, de modo que, se o direito for compreendido como um ser ou um objeto estranho ao homem, a linguagem será concebida, somente, como um instrumento que serve de veículo dos seus sentidos preestabelecidos e, certamente, estará orientada pelo paradigma do ser; se no entanto, esses sentidos forem o resultado da consciência humana, que os constitui no processo de conhecimento, embora essa concepção esteja orientada pelo paradigma da consciência ou do sujeito, a linguagem continua sendo portadora de sentidos pré-constituídos; por fim, se a linguagem for compreendida como o lugar onde o direito se constitui, essa concepção está sendo orientada pelo paradigma da linguagem.

É necessário ter em mente que o ingresso da semiótica no campo jurídico ocorreu, segundo Streck, nos anos quarenta do século passado, por intermédio de Oppenheim, com o advento da sua obra *Outline of a Logical Analysis of Law*, cujas contribuições podem assim ser resumidas: a) o direito é compreendido como uma linguagem tanto de signos linguísticos expressos em linguagem natural, como, por exemplo, as regras jurídicas e as decisões judiciais, quanto de signos não-

dessas noções, Lacan faz a transposição de estudos freudianos acerca da ciência dos sonhos aos estudos de Saussure, concluindo que as metonímias e metáforas são, também, obras do inconsciente, interferindo na relação significante e significado. (LACAN, Jacques. *Escritos*, p. 236, 237 e 241-242). Não obstante a psicanálise propicie um importante campo de análise da linguagem, não faz parte dos objetivos da presente pesquisa uma análise mais aprofundada acerca da perspectiva psicanalítica.

linguísticos, como, por exemplo, as luzes que controlam o trânsito e as sirenes da polícia, que, também, podem traduzir-se em linguagem de palavras; b) o direito positivo ou o sistema jurídico de uma comunidade é a classe dos enunciados que constituem uma linguagem, uma vez que o sistema jurídico está composto pelos enunciados jurídicos; c) as ciências jurídicas consistem em proposições empíricas (história ou sociologia jurídica) e lógicas sobre enunciados jurídicos.²⁷¹

A linguagem permeia, como se percebe, todos os processos de produção legislativa e de conhecimento e aplicação do direito, sendo necessário aprofundar a reflexão sobre a relação entre o ser jurídico (ordem natural ou textos jurídicos), o intérprete e a linguagem jurídica. Sendo esse o objetivo da presente seção, foi essa dividida em três subseções, sendo a primeira destinada a discorrer sobre as aplicações jurídicas dos paradigmas do ser; a segunda, sobre as aplicações jurídicas do paradigma da consciência ou do sujeito; e, por fim, a terceira, sobre as aplicações jurídicas do paradigma da linguagem.

Subseção I Aplicações jurídicas do paradigma do ser

O paradigma do ser orienta as teorias clássicas do direito, especialmente as que integram a doutrina do direito natural e mesmo as que, oriundas do positivismo jurídico, concebem o direito como um sistema fechado e dotado de sentidos preestabelecidos, dos quais a linguagem é um mero veículo.

Para o jusnaturalismo clássico, o direito é algo preestabelecido pela natureza externa do homem, cabendo a este observá-lo e expressá-lo por meio da linguagem. No positivismo jurídico, por sua vez, o direito é preestabelecido pelo Estado nos textos legislativos. Quanto a esses textos, segundo Sanchis, há duas

²⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, p. 180. Outros autores, segundo Streck, dedicaram-se ao estudo da Semiótica jurídica, dentre os quais G. Kalinowski, que trabalhou uma semiótica voltada a uma linguagem concreta do Direito, dentre os quais se podem citar Denis Joly Brion, que se dedicou a estudos baseados na semiótica peirceana; A. J. Greimas e E. Landowski, que se dedicaram a uma análise semiótica do discurso jurídico legislativo; e André-Jean Arnaud, que introduziu a interdisciplinaridade no estudo do discurso jurídico (STRECK, L. L. *Op. Cit.* p. 181-183).

concepções distintas, ou seja, a do direito como sistema fechado, pleno, sem lacunas e contradições, representando a aplicação da norma ao caso concreto uma tarefa mecânica ou de subsunção na qual o juiz age como um autômato, como um sujeito “neutro”, moral e politicamente irresponsável em relação à decisão que adota; e a do direito como sistema aberto, com lacunas e contradições, padecendo a norma de uma vagueza congênita, com uma zona de penumbra, da qual sempre resultará duvidosa a correta subsunção do caso, agindo o juiz, na sua aplicação, com irremediável discricionariedade.²⁷²

O direito, no sistema fechado, é considerado algo estranho ou anterior ao intérprete e à interpretação, pois dotado de sentido preestabelecido, uma vez que distintos seriam os momentos da sua produção e da sua aplicação, exercendo a linguagem, por isso, papel secundário e instrumental de condução de sentidos. No entanto, isso somente seria possível se fosse admissível a tese da exclusão da interpretação (*in claris non fit interpretatio*), ou seja, se os textos fossem claros e inequívocos, cujos termos tivessem sentidos únicos, usuais e inalteráveis nos diversos contextos jurídicos. Além disso, nesse sistema, a subsunção seria o único método de aplicação do direito, consistindo esse método, conforme Alchourrón e Bulygin, em considerar um caso particular como adequado a uma hipótese geral prevista nos textos legislativos, os quais contêm somente regra gerais, pois se referem a indivíduos apenas indiretamente, ou seja, por meio de termos gerais ou predicados, entendendo-se por “indivíduo” todo o objeto particular, seja este uma pessoa, uma ação ou um acontecimento. As normas jurídicas extraídas desses textos, em consequência, devem ser aplicadas a indivíduos particulares que possuem predicados verdadeiros e que podem ou não figurar em tais normas. A subsunção, portanto, é compreendida como “o processo que conduz à afirmação de que um predicado é verdadeiro de um certo indivíduo”, ou seja, “que a propriedade designada pelo predicado esteja exemplificada nesse indivíduo ou que o indivíduo pertence à classe que é a extensão do predicado em questão”.²⁷³

²⁷² SANCHIS, Luis Prieto. *Constitucionalismo y positivismo*, p. 37-38.

²⁷³ ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. Os limites de la logica y el razonamiento jurídico, p. 304-305: a subsunção é compreendida como “el proceso que conduce a la afirmación de que un predicado es

Subseção II

Aplicações jurídicas do paradigma da consciência ou do sujeito

A clareza das leis e a apreensão do sentido textual, contudo, segundo Neves, não são suficientes para excluir a interpretação jurídica, que será sempre necessária.²⁷⁴ Por isso, a interpretação jurídica, como uma atividade cognitiva voltada a buscar o verdadeiro sentido dos textos jurídicos, orienta-se pelo paradigma da consciência ou da subjetividade. Essa atividade, segundo Streck, deve ser realizada pelo intérprete, que, como sujeito da cognição, põe-se diante do objeto (os textos legislativos), como um observador diante do mundo, “mundo este por ele ‘objetivável e descritível’, a partir de seu *cogito*”, porquanto se acredita “na possibilidade da existência de um sujeito cognoscente, que estabelece, de forma objetivante, condições de interpretação e aplicação”. O jurista, nessa posição, não se considera já e sempre no mundo, mas, sim, diante do mundo, o qual ele pode conhecer, por meio da linguagem jurídica, considerada um instrumento ou uma terceira coisa. Essa concepção parte da ideia de que o direito é portador de verdades apofânticas, o que justifica a busca constante do “correto sentido da norma”, um sentido “dado”.²⁷⁵

Orientada pelo mesmo paradigma, a teoria egológica do direito, de conteúdo acentuadamente fenomenológico, conforme Cossio, vai um pouco além, sustentando que “ao intérprete não basta pensar na conduta como fato externo representado na lei, mas sim que tem que viver o sentido jurídico dessa conduta, recriando-o em sua própria consciência, sem o qual não pode conhecê-la como conduta porque esse conhecimento é compreensão de seu sentido”.²⁷⁶

verdadero de un cierto individuo, que implica que la propiedad designada por el predicado está ejemplificada en ese individuo o que el individuo pertenece a la case que es la extensión del predicado en cuestión”.

²⁷⁴ NEVES, A. Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica I*, p. 28-29.

²⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica jurídica e(m) crise*, p. 96 e 98.

²⁷⁶ COSSIO, Carlos. *Teoria egologica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, p. 533: [...] “al intérprete no le basta pensar en el hecho externo de conducta representado en la ley, sino que además tiene que vivir el sentido jurídico de esa conducta, re-creándolo en su propia conciencia, y sin el cual no la puede conocer como conducta porque este conocimiento es comprensión de su sentido”.

Essa concepção está presente, entre tantos, em Maximiliano, que define o ato de interpretar como sendo, também, “mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão”, ressaltando que “o que se aceita como verdade, quando examinado de um modo geral, também se verifica no caso especial”.²⁷⁷

É em busca de sentidos verdadeiros dos textos legislativos que objetivistas e subjetivistas travam uma luta incessante, aqueles procurando saber a intenção ou a vontade da lei (*mens legis*), estes a intenção ou a vontade do legislador (*mens legislatoris*). A doutrina subjetivista, segundo Streck, sustenta que, como saber dogmático, a ciência jurídica é, basicamente, “uma compreensão do pensamento do legislador”, sendo importante, para tal, o aspecto genético e das técnicas que lhe são apropriadas (método histórico). Por outro lado, para a doutrina objetivista, a norma tem um sentido próprio porque é produto de fatores objetivos, sendo, portanto, “independente até certo ponto do sentido que lhe tenha querido dar o legislador”, sendo relevantes os aspectos estruturais em que a norma ocorre e as técnicas apropriadas a sua captação (método sociológico).²⁷⁸

Tendo de si própria, conforme Andrade, uma imagem de que a sua finalidade é “ser útil à vida, isto é, à aplicação do Direito”,²⁷⁹ a dogmática jurídica é a ciência que pretende ter a função de servir a essa concepção de interpretação, construindo um saber que possibilite respostas prontas, extraindo significados *a priori*, a fim de facilitar o entendimento dos juristas acerca dos “verdadeiros” significados dos textos legislativos, possibilitando, assim, a sua aplicação.

As investigações realizadas por Betti consideram a interpretação jurídica “uma atividade voltada a reconhecer e a reconstruir o significado a ser atribuído, na órbita de uma ordem jurídica, a formas representativas” que “são fontes de avaliações jurídicas”. A interpretação jurídica seria, apenas, “uma espécie, talvez a mais importante, do gênero denominado ‘interpretação em função normativa’”, concebida como “o entender para agir ou, de todo modo, para decidir, ou seja, para tomar posição em relação a preceitos a serem observados”, razão pela qual

²⁷⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 9.

²⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, p. 101.

²⁷⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Dogmática jurídica*, p. 18.

“a atividade interpretativa pressupõe e contém em si tanto o momento meramente recognitivo, quanto um momento reprodutivo ou representativo”.²⁸⁰

O pensamento jurídico de Betti, como se percebe, apesar de admitir a atividade criadora do intérprete, não deixa de orientar-se pelo paradigma da consciência ou do sujeito, tanto que Neves faz questão de qualificar essa atividade criadora como uma atividade “subordinada” e “vinculada”, reconhecendo, contudo, que esse pensamento possibilitou que se passasse de um sistema fechado para um sistema aberto.²⁸¹ Isso significa dizer que, apesar de se reconhecer a interpretação jurídica como uma atividade criadora de sentido, o foco é centrado no sujeito e não na linguagem, que continua com um caráter instrumental e secundário.

Subseção III Aplicações jurídicas do paradigma da linguagem

Um dos temas que mais têm despertado a atenção dos estudiosos e profissionais do direito em todos os tempos é o processo de criação do direito, não somente pelos legisladores, mas, sobretudo, pelos seus aplicadores, uma vez que, segundo Sanchis, a escola da exegese ou da jurisprudência dos conceitos já foi superada, tanto que o antiformalismo, o direito livre, o realismo, a retórica, a hermenêutica e o próprio positivismo normativista têm ressaltado, à sociedade, que a aplicação do direito não é um processo mecânico, que o raciocínio jurídico não é axiomático e que, em definitivo, as decisões judiciais têm sempre um componente valorativo.²⁸²

Tendo em mente que o direito não é um sistema fechado, pleno, sem lacunas e contradições e nem está sujeito, somente, ao método da subsunção, mas, sim, um sistema aberto, com lacunas e contradições, o que implica a admissão de certa discricionariedade judicial, os teóricos e filósofos do direito têm

²⁸⁰ BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*, p. 5 e 9.

²⁸¹ NEVES, A. Castanheira *O actual problema metodológico da interpretação jurídica I*, p. 56, 59-61.

²⁸² SANCHIS, Luis Prieto. *Constitucionalismo y positivismo*, p. 38.

buscado viabilizar critérios que impeçam que a interpretação seja um mero caminho para a subjetividade, ou seja, para a exacerbação dessa discricionariedade do intérprete, sobretudo do juiz.

De qualquer forma, a interpretação jurídica, em face da textura aberta ou da indeterminação do direito, das suas ambiguidades, vagezas, contradições e lacunas, não é uma atividade fácil. Para compreender e lidar com essa dificuldade, é necessário trazer a linguagem para o centro das reflexões jurídicas, orientando-as, pois, pelo paradigma da linguagem. Diversas concepções, entre as quais se encontram o realismo jurídico, a hermenêutica jurídico-filosófica, a interpretação normativa e a interpretação constitucional, atribuem à linguagem jurídica papel de destaque, orientando-se pelo mencionado paradigma. É por isso que se faz, em seguida, uma breve abordagem sobre essas concepções e sobre os critérios ou modelos de justificação dos usos da linguagem jurídica, tais como, a leitura moral, a ponderação e a noção de derrotabilidade.

§1º. O realismo jurídico

O realismo jurídico é uma corrente jusfilosófica que se constrói a partir do século XVII e que, segundo Bobbio, busca indagar acerca do momento constitutivo da experiência jurídica tendo por premissa que “o direito se forma e se transforma, nas ações dos homens que fazem e desfazem com seu comportamento as regras de conduta que os governam”.²⁸³ O realismo jurídico

²⁸³ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*, p. 62. Bobbio menciona a existência de três momentos distintos no desenvolvimento do realismo jurídico, ou seja, o primeiro momento, representado pela Escola histórica do direito (Savigny e Puchta), do séc. XVIII, que “ataca aquele modo racionalista abstrato de conceber o direito, que é o jusnaturalismo, segundo o qual há o um direito universalmente válido e dedutível de uma natureza humana sempre igual”. Para essa escola, “o direito não se deduz dos princípios racionais, mas é um fenômeno histórico e social que nasce espontaneamente do povo”, razão pela qual o seu fundamento está no “espírito do povo”. O segundo momento é marcado tanto por uma reação antijusnaturalista quanto antiformalista, isto é, antijuspositivista, ocorrida no séc. XIX, devido à defasagem existente entre as leis e a realidade, ou seja, entre o direito válido e o direito eficaz. Como principal produto deste segundo momento está a evocação, sobretudo, do direito judiciário, isto é, do direito elaborado pelos juízes por ocasião da aplicação das leis, do qual a maior expressão é a escola do direito livre, razão pela qual, podem ser citados como representantes deste segundo momento Kantorowicz, Géný, Ehrlich e Heck. (BOBBIO, N. *Op. Cit.* p. 63-65). Ehrlich diz que os fundadores da escola histórica “não conseguem apontar qualquer meio de como o direito novo possa ampliar o já estabelecido”, ou seja, “em nenhum lugar esclarecem como a ciência do direito reconhece e assimila direito novo, que não lhe seja fornecido pelo

adota, assim, uma posição antimetáfrica radical, pois refuta, segundo Toranzo, tanto as teorias religiosas e seculares do jusnaturalismo, que procuram explicar o direito, respectivamente, a partir da sua origem divina e a partir do ideal de justiça, quanto as teorias juspositivistas, formalistas ou voluntaristas, que procuram explicar o direito a partir da vontade do Estado ou de autoridades legalmente constituídas.²⁸⁴

Ao relacionar o direito com os fatos ou com a realidade social, pondo em relevância a eficácia em vez da justiça ou da validade, o realismo jurídico procura sustentar que o direito não é uma abstração, mas um fato, razão pela qual procura aproximar o direito à realidade e, via de consequência, das ciências do ser, especialmente das ciências sociológicas.

legislador”. Para Ehrlich, portanto, o direito não é “mais do que um sistema de normas de decisão para o juiz”, sendo, pois, insensata a ideia “de que todo o direito seja um sistema perfeito de regras que determina antecipadamente toda a ação humana em quaisquer circunstâncias”. Assim, segundo Ehrlich, “com o moderno movimento do direito livre não só se opera um passo à frente no conhecimento científico, mas ocorre também uma efetiva transformação na relação entre o estado e sociedade”. (EHRlich, Eugen. *Fundamentos de sociologia do direito*, p. 17, 20 e 22). O terceiro momento é o do realismo norte-americano, surgido na primeira metade do séc. XIX, cujos principais representantes são Holmes, Pound e Frank. Levando em consideração a grande influência do *common law* sofrida pelos países anglo-saxões, Holmes procurou introduzir a interpretação evolutiva do direito, por ser essa mais sensível às mudanças da consciência social. (BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*, p. 65). Para Holmes, “as necessidades sentidas em cada época, as teorias morais e políticas predominantes, intuições de ordem pública declaradas ou inconscientes, até os preconceitos que os juízes compartilham com os seus semelhantes, tiveram participação bem maior que o silogismo na determinação das normas que deveriam dirigir os homens. O direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação no curso de muitos séculos e não pode ser tratado como se apenas contivesse axiomas e corolários de um livro de matemática. Para saber o que é o direito, temos de saber o que foi e o que tende a ser. Devemos consultar, alternativamente, a história e as teorias existentes sobre legislação”. (HOLMES, Oliver Wendell. *O direito comum*, p. 29). Frank, por sua vez, sustenta a inexistência de um direito objetivo, isto é, que possa ser deduzido dos costumes, da lei ou dos precedentes jurisprudenciais, uma vez que “o direito é contínua criação do juiz, é obra exclusivamente do magistrado no ato em que decide uma controvérsia”, não havendo, por isso, “certeza jurídica”. Para Pound, por fim, o jurista deve levar em consideração, por ocasião da interpretação e aplicação do direito, os fatos sociais dos quais o direito deriva e que deve regular. (BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*, p. 65-66). Na tradição jurídica, segundo Pound, considerando a tripartição dos poderes, “a interpretação de maneira alguma foi concebida como um ato de legislação e a aplicação foi considerada como não envolvendo qualquer elemento administrativo, sendo totalmente mecânica”. A interpretação genuína seria aquela interpretação em que o tribunal se limita a um ato de mera apropriação do texto prescrito por um código ou um estatuto, ou seja, em que, determinado o sentido da norma é essa aplicada. Ocorre, no entanto, segundo Pound, que, em muitos casos, ocorre a confluência de vários textos que poderiam ser aplicados, devendo ocorrer a seleção de qual deve ser aplicada, assim como, em outros, não há normas a ser aplicada, de modo que “os casos que requerem uma interpretação genuína são relativamente poucos e simples”, ocorrendo, portanto, a interligação entre as funções judicial e legislativa. Pound reconhece que “é função do órgão legislativo fazer as leis”, todavia, ressalta que a dificuldade de haver “leis completas e abarcadoras que isente o órgão judicial de exercer também certa função legisladora”, o que significa, de certa forma, reconhecer que a atividade legislativa é uma função subalterna da atividade judicial. (POUND, Roscoe. *Introdução à filosofia do direito*, p. 56-58).

²⁸⁴ TORANZO, Miguel Villoro. *El realismo jurídico escandinavo*, p. 74-75.

Diferenças importantes são apontadas por Ross entre o realismo jurídico escandinavo²⁸⁵ e o realismo jurídico norte-americano,²⁸⁶ ou, em outros termos, entre o realismo psicológico, que “descobre a realidade do direito nos fatos psicológicos”, de modo que uma norma seria vigente somente “se aceita pela consciência jurídica popular”, e o realismo comportamentalista ou conductista, que “encontra a realidade do direito nas ações dos tribunais”. Em outras palavras, enquanto o realismo escandinavo se ocupa, sobretudo, com o direito experimentado nas relações sociais, o realismo norte-americano se ocupa do direito realizado nos tribunais. Assim, se, para o primeiro, “o direito é aplicado porque é vigente”, para o segundo, “o direito é vigente porque é aplicado”.²⁸⁷

A linguagem, para o realismo jurídico, segundo Olivecrona, serve tanto para descrever ou denotar a realidade ou informar acerca de fatos quanto, também, para expressar emoções, provocar, incitar e influir na conduta ou ação, embora, para exercer essas funções sociais, deva cumprir certas regras que regem o seu uso, de modo que, “para que uma promessa de pagar uma soma de dinheiro seja juridicamente relevante, tem de preencher os requisitos impostos pelo direito”.²⁸⁸

§2º. A hermenêutica jurídico-filosófica

A hermenêutica jurídico-filosófica é uma das concepções jurídicas que, de forma intensa, orienta-se pelo paradigma da linguagem, pois, em Gadamer, a

²⁸⁵ O realismo jurídico escandinavo é originário da escola histórica de Savigny e Puchta, e tem como expressões maiores os suecos da chamada Escola de Upsala, Hägerström (inspirador de toda a corrente), Lunstedt, Olivecrona, Illum e Ross. Num segundo momento, o realismo irá buscar seu fundamento na concepção sociológica do direito, que atribui maior importância ao direito judiciário, ou seja, o direito elaborado pelos juízes, razão pela qual, conforme lembra Bobbio, inserem-se nessa concepção o movimento do direito livre (Kantorowicz, Gény e Ehrlich). (TORANZO, M. V. *Op. Cit.* p. 73; BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*, p. 62-65).

²⁸⁶ O realismo jurídico norte-americano evidencia-se nas ideias de Holmes, Llewellyn e Frank e procura sustentar que o direito se resume à resolução dos casos concretos pelos juízes, assumindo relevância, por isso, os precedentes jurisprudenciais, pois as decisões judiciais são consideradas fontes do direito.

²⁸⁷ ROSS, Alf. *Direito e justiça*, p. 97, 99. Para Ross, no entanto, “só é possível atingir uma posição sustentável da vigência do direito por meio de uma síntese do realismo psicológico e do realismo comportamental”. Assim, diz ser a interpretação comportamentalista, quando visa “descobrir consistência e previsibilidade no comportamento verbal externamente observado do juiz”, e psicológica, quando a aludida consistência “constitui um todo coerente de significado e motivação somente possível com base na hipótese de que em sua vida espiritual o juiz é governado e motivado por uma ideologia normativa cujo conteúdo nós conhecemos”. (ROSS, Alf. *Direito e justiça*, p. 100).

²⁸⁸ OLIVECRONA, Karl. *Linguagem jurídica e realidade*, p. 51 e 58.

linguagem deixa de ser um meio de forma simbólica entre tantos outros para passar a exercer o primado, o que significa dizer que a linguagem deixa de ser instrumento e veículo de conceitos a serviço do intérprete para ser a condição de possibilidade dos sentidos, razão pela qual o sentido não ex-surge simplesmente porque a interpretação ocorre com observância deste ou daquele método.

A interpretação jurídica deixa, portanto, de ser desenvolvida em três momentos – cognição, explicação e aplicação das normas – para, no dizer de Streck, realizar-se em apenas um, ou seja, no momento da sua aplicação, razão pela qual, por ser a atribuição de sentido uma tarefa criativa, para Gadamer, a interpretação da lei é, também, uma tarefa criativa, já que há uma distância insuperável entre a generalidade da lei e a situação jurídica concreta, não podendo a hermenêutica jurídica contentar-se com a mera busca da intenção da lei ou da intenção do legislador. A aplicação da norma jurídica não significa, nessa concepção, subsunção de um caso particular a uma hipótese geral, mas um salto para além do dualismo texto-norma, uma vez que “a norma será sempre o resultado da interpretação do texto”. Uma hermenêutica jurídica com características ontológico-existencialista implica, assim, uma postura de comprometimento do intérprete, o que exige um novo olhar para o direito, que passa a ser compreendido a partir do paradigma da linguagem. Isso significa dizer que a interpretação somente é possível se existir compreensão, que, por sua vez, depende da pré-compreensão do intérprete, uma vez que este já compreende antes mesmo que pergunte se compreendeu, razão pela qual “a hermenêutica jurídica passa a ser existência, facticidade”. É importante, nessa concepção, “o lugar de inserção do homem, como ser-no-mundo e ser-com-os-outros”, uma vez que é o intérprete que faz a norma. Embora o texto não subsista separadamente da norma, não se pode confundir texto e norma. Em Heidegger, “o ente só existe no seu ser”, pois, segundo Streck, “o ser é sempre o ser de um ente”, de modo que, transportada essa noção para o direito, pode-se dizer que o texto corresponde ao ente e a norma, ao ser do ente. Quando se diz que “a norma será sempre o resultado da interpretação de um texto”, quer-se dizer que a norma é “o

sentido que esse texto vem a assumir no processo compreensivo”, ou seja, a norma (o ser) é o sentido do texto (ente).²⁸⁹

§3º. A interpretação normativo-constitutiva

Uma visão importante acerca da interpretação jurídica é apresentada por Neves ao discorrer sobre a relação existente entre as normas, os casos concretos ou problemas e a interpretação. Nessa concepção, as normas jurídicas são consideradas, apenas, padrões imediatos de comportamento para os destinatários do direito, de modo que, se o comportamento ou ato que tiver de se orientar imediatamente pela norma suscitar controvérsia, o sentido da norma resulta problematizado, tornando-se exigível uma interpretação. Interpretar é, pois, determinar o sentido normativo que há de ser assumido em relação ao problema concreto, tendo a norma como referência de critério jurídico. A interpretação jurídica, portanto, pressupõe um problema ou controvérsia e visa à concretização de uma validade normativo-jurídica, sendo o tribunal, pois, a sede paradigmática das controvérsias jurídicas e a interpretação jurisdicional o paradigma de interpretação jurídica,²⁹⁰ o que significa dizer que essa é uma concepção pragmática orientada pelo paradigma da linguagem.²⁹¹

Distinguem-se, assim, segundo Neves, a interpretação jurídica em sentido restrito e a interpretação em sentido global ou integral, uma vez que, enquanto a

²⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, p. 212-214, 218 e 219.

²⁹⁰ NEVES, A. Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica I*, p. 38-39.

²⁹¹ São importantes os pontos de contato estabelecidos por Neves entre a sua concepção e a filosofia da linguagem, ao mencionar as três épocas da filosofia (ser, consciência e linguagem) para afirmar que a virada linguística representa o ingresso na época da linguagem na filosofia, lembrando que a filosofia do “ser” marcou as idades antiga e medieval e a filosofia da “consciência” as idades moderna e contemporânea até o *lingüistic tur*. A linguagem, após essa virada, passou a ser, assim, o principal mediador de acesso cultural ao mundo, resultando excluída da nova orientação filosófica a representação objetiva pré-linguística. Assim, nessa terceira época da filosofia, o objeto da análise passa a ser a palavra, passando-se a atribuir a prioridade do *quidmodo* sobre o *quid*, ou da significação sobre a essência, ocorrendo, pois, a perda de relevância do “ser” e do “conhecimento”. No âmbito da filosofia da linguagem, não necessita perguntar o que é um objeto ou como o conhecemos, bastando que se fale dele, ocorrendo, assim, a superação do pensamento filosófico tradicional, em face da centralidade da linguagem, que passa de veículo de pensamento à instância constituidora do ser. À luz do *pragmatic turn* (giro pragmático), a linguagem somente alcança significação numa situação contextual, tanto na prescrição regulativa quanto na decisão judicante, sendo, portanto, irreduzível, embora não incompatível, com a semântica cognitivo-descritiva. (NEVES, A. C. *Op. Cit.* p. 116-121 e 221-226).

primeira se identifica com a perspectiva tradicional, isto é, com a interpretação da lei, diferenciando-se da integração de lacunas, a interpretação em sentido global é a que possibilita a admissão de “momentos integrativos em que se afirma o efeito normativamente constitutivo da interpretação jurídica em geral”. Compreendida a aplicação do direito como um problema prático de realização normativa, deixou de haver fronteira rígida entre a interpretação e a integração e fronteiras delimitáveis entre a interpretação extensiva e a analogia. Assim, se, por um lado, o direito se realiza concretamente pela mediação interpretativa, por outro, essa sua realização conjuga todos os seus momentos metodológicos num *continuum* constituindo. A interpretação global, portanto, expressa, conceitualmente, a totalidade da mediação normativa exigida pela realização do direito, sendo a interpretação *secundum legem* inseparável do desenvolvimento do direito. A interpretação jurídica, nessa perspectiva, vai além do conhecimento ou do pensamento, pois busca obter critérios normativos para um comportamento prático e para uma decisão, ou seja, visa obter um direito concreto a partir das normas jurídicas, princípios e valores, porquanto não pode abstrair-se do todo axiológico-normativo em que tais normas se integram, o qual permite extrair dele o fundamento constitutivo do seu próprio sentido normativo.²⁹²

Em suma, a interpretação jurídica, conforme Neves, compreende um momento de realização do direito, em que o caso jurídico decidendo e as exigências normativo-jurídicas do seu juízo decisório são o *prius* metodológico e a perspectiva determinante da interrogação interpretativa. O centro da interpretação jurídica é o juízo e não a norma, que é apenas critério de decisão e não uma entidade em sentido absoluto e invariável, mas, antes, uma variável normativa em função do problema judicativo-decisório, de modo que, nessa concepção, interpretação e aplicação passam a ser atos inseparáveis.²⁹³

Nessa perspectiva, explica Neves, o problema da interpretação jurídica não é hermenêutico, pois o seu objetivo não é compreender o “sentido” e a “significação” de textos jurídicos, assim como também não é um problema analítico, pois o seu objetivo também não é analisar esses sentidos e

²⁹² NEVES, A. C. *Idem*, p. 39-43.

²⁹³ NEVES, A. Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica I*, p. 344-346.

significações. O seu problema é normativo, pois tem o objetivo de atingir a *normatividade jurídica* das normas positivas ou do direito em geral, oferecendo um critério normativo jurídico que seja fundado e problematicamente adequado (em referência ao caso decidendo) “para o juízo decisório da concreta realização do direito”.²⁹⁴ Isso significa dizer, segundo Curi, que Neves “alude a um juízo autônomo da juridicidade sobre o caso decidendo, e não a categorias do entendimento sobre o sentido do Direito”.²⁹⁵

A partir do momento em que a interpretação jurídica passa a ser global ou integral, em que os textos legislativos passam a ser critérios de decisão de um caso jurídico concreto, em direção ao qual se movimenta o juízo decisório, que passa a ser o centro da interpretação, não se pode deixar de admitir que a linguagem tem um papel muito importante, pois é nela, sobretudo na linguagem judicial, que a interpretação realiza ou constitui o direito.

§4º. A interpretação constitucional

A interpretação realizada a partir dos textos constitucionais é uma atividade orientada, também, pelo paradigma da linguagem, dada a textura aberta desses textos, sobretudo, em face dos princípios e direitos fundamentais neles contidos, mormente em se tratando de constituições democráticas. É no âmbito do constitucionalismo²⁹⁶ que floresceram diversas teorias interpretativas que, atribuindo à linguagem jurídica papel primordial na construção do direito, não

²⁹⁴ NEVES, A. C. *Ibidem*, p. 343-344.

²⁹⁵ CURI, Ivan Guérios. *Virada de Copérnico*, p. 28.

²⁹⁶ O constitucionalismo, segundo Fioravanti, é concebido como o conjunto de doutrinas que, aproximadamente a partir da metade do século XVII, dedicaram-se a recuperar o limite e a garantia dos indivíduos em face do poder soberano, opondo a esse poder qualquer norma fundamental, garantindo, assim, a tutela dos direitos dos indivíduos (FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*, p. 85). Comanducci explica que os termos “constitucionalismo” como, também, o “neoconstitucionalismo” podem ser definidos em duas acepções diferentes, ou seja, como uma teoria e (ou) ideologia e (ou) método de análise do direito, ou, ainda, como um conjunto de mecanismos normativos e institucionais, realizados em um sistema jurídico-político historicamente determinado, que limita os poderes do Estado e (ou) protegem os direitos fundamentais [COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo) constitucionalismo*, p. 75]. Embora o constitucionalismo surja como paradigma jurídico no século XVII, as constituições, como já anunciado, sempre foram alvo das preocupações jurídicas desde a Antiguidade.

consideram a interpretação como mera captação dos sentidos da norma jurídica, mas como um momento de constituição da própria norma.

Isso se torna mais evidente quando se trata de direitos humanos fundamentais, em sede dos quais a teoria dos princípios tem encontrado campo fértil, embora, também incerto, uma vez que não há consenso acerca da configuração dos princípios jurídicos, da sua amplitude e das suas distinções e relações com as demais normas jurídicas. Disso tem resultado um enriquecimento do debate jurídico em torno da amplitude de todo o direito e do papel de todas as pessoas que o estudam e o operam, resultando fortalecido o papel da linguagem.

Os “direitos humanos”,²⁹⁷ para Laporta são direitos morais universais, pois os “direitos” são *algo* que estão *antes* que as ações, pretensões ou exigências, *antes* que os poderes normativos, *antes* que as liberdades normativas e *antes* que as imunidades de *status*. Assim, procura defini-los como a articulação de uma proteção normativa em favor de todos e de cada um dos membros individuais *da classe “ser humano”*, em face, entre outros, de uma posição ou situação ou de um aspecto ou estado de coisas, que se considera moralmente um bem tal que constitua uma razão forte para essa articulação. Nessa concepção, os direitos humanos são configurados como uma forma de expressão dos próprios aspectos constitutivos da moralidade interindividual e das condições de possibilidade do mundo moral.²⁹⁸ Em posição contrária, Vernengo sustenta que a admissão da tese de que há normas de origem não legislada e não-suscetíveis de derrogação por

²⁹⁷ Ao buscar o significado da expressão “direitos humanos”, Carrió leva em consideração a conceituação filosófico-metafísica de Nino e a conceituação convencional de Rabossi. A discussão é tão propícia ao confronto, que é Carrió quem afirma não querer tomar parte do debate, embora tenha deixado consignado a sua preferência pela tese de Rabossi, a qual está relacionada ao direito internacional público e procura estabelecer relações e distinções entre os direitos humanos e os modelos de Estado Liberal e de Estado de Bem-estar Social, evitando, assim, embrenhar-se em considerações metafísicas. Importantes, também, as abordagens de Carrió focadas na proteção dos direitos humanos no âmbito nacional, especialmente acerca da relevância do *habeas corpus*, do mandado de segurança, dos controles difuso e concentrado da constitucionalidade das leis, da ineficácia do Poder Judiciário; na consagração e tutela internacional dos direitos humanos, cujo início se deu com a declaração dos direitos do homem e com a comissão interamericana dos direitos humanos, bem como no problema da tutela internacional dos direitos humanos, especialmente no que tange à descentralização e ausência dos órgãos jurisdicionais, culminando numa abordagem sobre o direito internacional público e o dogma da soberania dos Estados e sobre o direito internacional em tempo de paz e em tempo de guerra; na tutela dos direitos humanos em situações de emergência, nos âmbitos nacional (estatal), do direito internacional tradicional e do direito internacional de proteção dos direitos humanos; e, por fim, no problema do subdesenvolvimento (CARRIÓ, Genaro Ruben. *Los derechos humanos e su proteccion*, p. 12-65).

²⁹⁸ LAPORTA, Francisco. Sobre el concepto de los derechos humanos, p. 27, 34 e 44.

atos políticos ou judiciais implicaria considerar inderrogáveis, também, todas as normas de direito positivo, pois sempre caberá encontrar a existência de moral prévia no código moral de alguém. Assim, a faculdade que invoca algum magistrado ou um particular para dirimir um conflito com base em normas morais é uma estratégia ideológica destinada a derrogar, para o caso, as normas gerais democraticamente produzidas, sendo a vontade geral do legislador substituída pelo arbítrio pessoal do julgador.²⁹⁹ Como não há um direito positivo nacional universal, também não há uma moralidade positiva universal e, nem mesmo, uma única moralidade crítica, não encontrando os direitos humanos, como fenômenos jurídicos, o seu fundamento de existência na moral, servindo esta, apenas, como um modo subalterno de direito, como uma forma de manifestação do poder social.³⁰⁰

Apesar dessa divergência, as características do Estado democrático de direito impõem uma nova dinâmica à interpretação jurídica, exigindo-se do intérprete que leve em consideração aspectos também materiais inseridos na constituição, de modo a combinar e equilibrar a teoria constitucional, a teoria dos direitos fundamentais e a teoria democrática. Por isso, segundo Streck, é importante o papel do Poder Judiciário e, especialmente, da justiça constitucional nessa conformação estatal,³⁰¹ pois a supremacia da constituição não é mais tida como mero elemento formal ou de estruturação do Estado, mas como repositório de um conteúdo material relevante.

Nessa esteira, em face do predomínio do constitucionalismo sobre o positivismo, estabeleceu-se um intenso e profícuo debate acerca das novas relações entre o direito e a política, especialmente sobre as relações da jurisdição com a legislação, debate este que tem, de um lado, os procedimentalistas, do

²⁹⁹ VERNENGO, Roberto J. *Dos ensayos sobre problemas de fundamentación de los derechos humanos*, p. 16, 17 e 19.

³⁰⁰ VERNENGO, Roberto J. Los derechos humanos como razones morales justificatorias, p. 291 e 299. Em resposta, Laporta afirma acreditar que toda moralidade *positiva* funciona *internamente* como se suas normas fossem de aplicação universal e que toda moralidade crítica, leva consigo, quase que por definição, uma pretensão equivalente. (LAPORTA, Francisco. *Acostaciones del trampolín: respuesta a Roberto Vernengo*, p. 308). Também para Brandão, “a relação entre os direitos da atualidade já não permite mais pensar que eles possuam caráter absoluto, posto que há uma evidente relatividade na manifestação dos direitos”. (BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações constitucionais*, p. 131).

³⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, p. 38.

outro, os substancialistas e, em posição conciliatória, os garantistas. Em qualquer dessas posições, a linguagem tem um papel fundamental, de modo que, enquanto no procedimentalismo o diálogo é a condição necessária de validade das leis, para o substancialismo, é na linguagem que o juiz cria o direito ao construir soluções jurídicas para os casos concretos ou, como quer o garantismo, para preservar o conteúdo das normas constitucionais.

4.1 O procedimentalismo

Fazendo referência a Habermas, Streck diz que o procedimentalismo é “um modelo de democracia constitucional que não se fundamenta nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade”.³⁰² Por isso, segundo Habermas, não se pode permitir a invasão da área da jurisdição pela legislação e vice-versa, isso porque a lógica da divisão dos poderes, fundamentada numa teoria da argumentação, impõe que ambas as esferas exerçam o autocontrole de suas próprias atividades. Assim, enquanto “o legislador não dispõe da competência para examinar se os tribunais, ao aplicarem o direito, se servem exatamente dos argumentos normativos que encontram eco na fundamentação presumivelmente racional de uma lei”, também “o controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador”, razão pela qual “não é inteiramente destituído de sentido reservar essa função, mesmo em segunda instância, a um autocontrole do legislador”.³⁰³

O crescente controle da vida social pela jurisdição ocorrido nas últimas décadas, em que “nada mais pode escapar ao controle do juiz”, fazendo o contencioso explodir e se multiplicar e diversificar, cada vez mais, a autoridade e o poder judicial, significa, para Garapon, uma apropriação da vida política pelo judiciário, que ocorre porque a justiça é vista como “o último refúgio de um ideal democrático desencantado”. O ativismo judiciário, portanto, “é apenas uma peça de um mecanismo complexo, que necessita de outras engrenagens como o

³⁰² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, p. 43.

³⁰³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, v.1, p. 301.

enfraquecimento do Estado, o progresso da sociedade civil e, logicamente, a força da mídia”. Os juízes, no entanto, adequam-se, apenas aparentemente, às instâncias políticas tradicionais, pois sua linguagem é a linguagem do direito e sua gramática é o processo. Assim, esse atual entusiasmo exagerado por justiça pode trazer frustração e voltar-se contra a própria justiça, o que impõe uma revisão do papel desta num Estado democrático de direito.³⁰⁴

Tentando evitar a interferência do Poder Judiciário na esfera política e buscando assegurar-lhe o seu espaço na distribuição do poder político, Habermas propõe o modelo “procedimentalista”, uma vez que “a constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida”, de modo que, “somente as *condições processuais da gênese democrática das leis* asseguram a legitimidade do direito”. Ao tribunal constitucional cabe proteger o sistema de direitos que possibilita essa autonomia privada e pública dos cidadãos, devendo “examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições precedimentais do processo de legislação democrático”. Isso significa dizer que o procedimentalismo imprime uma virada teórico-democrática ao problema da legitimidade do controle jurisdicional da constituição”, que passa a ser realizado por um tribunal legislativo.³⁰⁵ Não se pode desconsiderar que, em tese de consenso, Habermas foi um dos autores que buscaram apresentar o direito positivo como instância mediadora no enfrentamento que ocorre, além de outras, entre a política, a economia, o direito, a sociologia e a filosofia, o que denominou de tensão entre facticidade e validade, sobretudo a partir da razão e do agir comunicativo³⁰⁶ como uma nova formulação da razão prática.³⁰⁷ A tensão

³⁰⁴ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*, p. 24, 26-28 e 265.

³⁰⁵ Conforme assinalam Vianna *et alii*, o procedimentalismo permite compreender que “a invasão da política pelo direito, mesmo que reclamada em nome da igualdade, levaria à perda da liberdade”, o que significa dizer que, para Habermas, isso seria o “gozo passivo de direitos”, “a privatização a cidadania” e o “paternalismo estatal”, enquanto que, para Garapon, seria “a clericalização da burocracia” ou “uma justiça de salvação”, “com a redução dos cidadãos ao estatuto de indivíduos clientes de um Estado providência”. (VIANNA, Luiz Werneck *et alii*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 23-24).

³⁰⁶ Na razão comunicativa, cuja tradição se fastia da prescrição da razão prática, a normatividade somente se dará mediatamente, isto é, somente se torna prescritiva após ser estabelecida por um consenso discursivamente estabelecido, razão pela qual distancia-se da normatividade do mandamento moral para

existente abrange o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas.³⁰⁸

4.2 O substancialismo

O substancialismo, por sua vez, vislumbra um novo relacionamento entre o direito e a política, por meio, segundo Vianna *et alii*, sobretudo, da criação jurisprudencial do direito, que, além de inevitável, enriqueceria os valores de igualdade, sem prejuízo da liberdade. Valoriza, assim, “o juiz como personagem de uma *intelligenza*³⁰⁹ especializada em declarar como direito princípios já admitidos socialmente – vale dizer, não arbitrários – e como intérprete do justo na

estabelecer-se a partir do princípio do discurso que seja deontologicamente neutro. (MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*, p. 160-161).

³⁰⁷ A razão prática, que em Kant está comprometida com o imperativo categórico, funciona como esfera legislativa à medida que fornece ao indivíduo normas para agir. Faz-se imediatamente à vontade, assumindo a função de fonte imediata do agir à medida que se transforma em modelo para a ação, daí porque, em face desse caráter prescritivo, assume a forma de um mandamento moral, que possui validade deontológica. Juntando-se com a filosofia do sujeito, na modernidade, a razão prática passa a ser uma faculdade subjetiva, uma titularidade de indivíduos autônomos que passam a ter um lugar historicamente específico e a determinar a configuração de sua vida e de seu mundo. (MOREIRA, Luiz, *Op. Cit.*, p. 158-159).

³⁰⁸ HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia*, v.1. p. 245 e 326. Na razão prática, segundo Moreira, o direito natural-racional assume a forma de um mandamento moral, que serve de orientação ao direito positivo, para que este possa ser considerado justo e legítimo, sendo, portanto, complementar em relação àquele. Na razão comunicativa ou dialógica, por sua vez, Habermas sustenta que essa relação não é de subordinação nem de complementariedade, mas de co-originariedade, ou seja, o direito não obriga a moral nem esta aquele, pois ambos originam-se simultaneamente. É que, em Habermas, o direito é tido como instituição autônoma e não heterônoma, pois, o que legitima o ordenamento jurídico é a ideia de que os cidadãos são os produtores das leis, isto é, a ideia da autodeterminação ou de soberania política. Diferentemente dos heterônomos, Habermas não compreende a existência de duas instâncias distintas, ou seja, de uma instância produtora ou emissora das leis, o legislador, e de outra receptora ou destinatária, as pessoas em geral. O direito seria, portanto, uma instituição autônoma, o que significa dizer que é constituído por todos os cidadãos, que formam a comunidade jurídica, após o entendimento (consenso) que ocorre por meio do discurso, de tal forma que, somente emanado da vontade dos cidadãos é que pode ser tido como legítimo, sendo o processo democrático de criação do direito a única fonte pós-metafísica da legitimidade. (MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*, p.160, 162-165 e 169). A posição assumida por Habermas, no dizer de Streck, representa uma recusa à leitura moral da constituição proposta por Dworkin, à hermenêutica jurídica, ao realismo jurídico e ao positivismo jurídico. Opõe-se a Dworkin, pois, na concepção deste, o processo hermenêutico está orientado por princípios substantivos, assim como o enfoque nonológico de “um juiz que se sobressai por sua virtude e acesso privilegiado à verdade”; recusa a hermenêutica jurídica porque esta considera o pluralismo quando associa as normas e os princípios eticamente assentados; opõe-se ao realismo jurídico porque esse não delimita as fronteiras entre o direito e a política quando explica as decisões judiciais por meio de fatores externos ao sistema jurídico; por fim, recusa o positivismo jurídico por este optar pela garantia de certeza das decisões judiciais em detrimento de uma base de validade suprapositiva. (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, p. 42).

³⁰⁹ Inteligência (Tradução do Autor).

prática social”.³¹⁰ Como um dos mais importantes defensores desta corrente, Cappelletti reconhece que os juízes, efetivamente, “são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito”, de modo que, “certamente, do ponto de vista *substancial*, tanto o processo judiciário quanto o legislativo resultam em criação do direito, ambos são ‘*law-making processes*’”. Diverso é, no entanto, o modo, procedimento ou estrutura dessa produção jurídica, pois os juízes não são legisladores, uma vez que é característica de um “bom juiz” ser e manifestar-se como alguém criativo, dinâmico e “ativista”, de modo que somente um “juiz ruim” agiria como um legislador, pois isso, simplesmente, seria deixar de ser juiz.³¹¹

A acusação de ser antidemocrática essa possibilidade de o Poder Judiciário interferir na esfera política de produção do direito é rebatida por Cappelletti, que afirma, entre outras, que a história da sociedade e das instituições demonstra que alguns grupos raciais, religiosos e econômicos minoritários somente encontram proteção dos tribunais; o que significa dizer que, se a democracia estivesse, necessariamente, relacionada com a ideia de maioria, esses grupos teriam sido marginalizado por mais tempo. Como a função judicial constrange os juízes, dias após dia, a se inclinarem sobre a realidade social, decidindo casos que envolvem pessoas reais, fatos concretos e problemas atuais da vida, “a produção judiciária do direito tem a potencialidade de ser altamente democrática, vizinha e sensível às necessidades da população e às aspirações sociais”.³¹²

O substancialismo se aproxima muito do modelo de direito como integridade, considerado por Dworkin como uma virtude essencial na vida comunitária, devendo o juiz, na busca de soluções jurídicas corretas para os casos difíceis, fazer com que a integridade não seja violada, isto é, com que o direito seja a “expressão de uma série coerente de diferentes princípios de justiça,

³¹⁰ VIANNA, Luiz Werneck *et alli*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 24.

³¹¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* p. 74. Para Garcia, segundo Duarte, as pretensões substancialistas requerem que seja introduzida na interpretação uma dimensão crítica e evolutiva, permitindo-se forçar, por meio do poder crítico, em cada momento, o sentido das práticas sociais para exigir e dar respostas às novas demandas relacionadas com tais práticas. Além disso, uma dimensão construtiva, isto é, uma interpretação que não seja meramente mecânica ou causal, que, partindo do ponto de vista do intérprete, centra-se na investidura por parte deste na busca do melhor exemplo possível. (DUARTE, Écio Oto Ramos, *Teoria do discurso e correção normativa do direito*, p. 88).

³¹² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* p. 100 e 105.

equidade ou devido processo legal”, porque “numa comunidade de princípios, a legislação deve ser entendida, até onde for possível, como a expressão de um sistema coerente de princípios”.³¹³

4.3 O garantismo

Aproximando as duas correntes precedentes, o garantismo insiste que o respeito ao conteúdo constitucional material é condição de validade das leis, de modo a estarem estas sujeitas ao controle do Poder Judiciário não somente no que diz respeito ao seu procedimento de elaboração. Atualmente, para Ferrajoli, isso é possível, em face da específica complexidade da estrutura formal do direito, que, nos ordenamentos de constituições rígidas, caracteriza-se pelo caráter positivo das normas produzidas, herança do positivismo jurídico, e pela concepção de que, nos Estados constitucionais de direito, a “produção jurídica se encontra disciplinada por normas, tanto formais quanto substanciais, de direito positivo”. Assim, se, em face do caráter positivo, “o ‘ser’ ou a ‘existência’ do direito não pode derivar-se da moral nem se encontrar na natureza, senão que é, precisamente, ‘posto’ ou ‘feito’ pelos homens e é como os homens o querem e, antes ainda, pensam-no”, em face da constitucionalidade do direito, “também o ‘dever-ser’ do direito positivo, ou seja, suas condições de ‘validez’, resulta positivado por um sistema de regras que disciplinam as próprias opções a partir das quais o direito é pensado e projetado”.³¹⁴

Portanto, uma vez reconhecida a supremacia da Constituição, à qual se subordinam, rigidamente, as demais regras, resultam alteradas, segundo Streck, em primeiro lugar, as condições de validade das leis, que devem respeitar tanto as normas processuais de formação quanto as normas substantivas ou de conteúdo, ou seja, os “princípios de justiça estabelecidos pela Constituição”. Além disso,

³¹³ DWORKIN, Ronald, *O império do direito*, p. 224 e 403.

³¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*, p. 19: [...] “producción jurídica se encuentra disciplinada por normas, tanto formales como substanciales, de derecho positivo”. [...] “el ‘ser’ o la ‘existencia’ del derecho no puede derivar-se de la moral ni encontrarse en la naturaleza, sino que es, precisamente, ‘puesto’ o ‘heche’ por los hombres y es como los hombres lo quieren y, antes aún, lo piensan”, [...] “también el ‘debe ser’ del derecho positivo, o sea, sus condiciones de ‘validez’, resulta positivado por un sistema de reglas que disciplinan las propias opciones desde las que el derecho viene pensado y proyectado”.

altera-se a relação entre o juiz e a lei, deixando aquele de estar meramente sujeito à letra desta para se sujeitar à Constituição. Assim, diante de leis inválidas, o juiz deve reinterpretá-las constitucionalmente, declarando a sua inconstitucionalidade.³¹⁵

Em suma, esta posição difere do procedimentalismo, à medida que confere ao juiz o controle formal e substancial da constitucionalidade das leis, e do substancialismo, porque remete a atividade de criação jurídica do juiz ao conteúdo constitucional.

§5º. O uso da linguagem jurídica

Ocupando a linguagem um lugar central no mundo jurídico, surgiram critérios ou modelos que possibilitam que os seus diversos usos possam ser aceitos pela comunidade jurídica e, mais especificamente, pelos participantes do diálogo, sobretudo em se tratando de casos difíceis. Afora a subsunção,³¹⁶ que, interessando mais ao paradigma do ser, é aceita somente para os casos fáceis, encontram-se entre esses critérios ou modelos de justificação a “leitura moral” da constituição, o modelo da ponderação e a noção de derrotabilidade das normas jurídicas.

5.1 A leitura moral

Um critério de correção da linguagem jurídica é a “leitura moral”, uma vez que, no dizer de Dworkin, os, juízes, os advogados e os cidadãos devem interpretar e aplicar as cláusulas abstratas com o entendimento de que se referem a princípios morais sobre a decência política e a justiça.³¹⁷ Incorpora-se, pois, a moralidade política ao coração do direito constitucional e, por ser esta incerta e

³¹⁵ STRECK, Lenio Luz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, p. 48-49. Também a ciência jurídica passa a ter, além da função descritiva, uma função crítica, “em relação às antinomias e às lacunas da legislação vigente em relação aos imperativos constitucionais”, e uma função construtiva, “relativamente à introdução de técnicas de garantia que se exigem para superá-las. (STRECK, Lenio Luz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, p. 49).

³¹⁶ Ver Subseção I desta mesma Seção.

³¹⁷ DWORKIN, Ronald. *La lectura moral y la premisa mayoritarista*, p. 101.

controvertida, deve ser atribuída a alguém uma autoridade de fazê-la, como, via de regra, ocorre em relação aos juízes.

A leitura moral, segundo Dworkin, segue duas orientações, ou seja, em uma, “a interpretação constitucional deve começar com o que disseram os redatores”, isto é, “os juízes não podem ler suas próprias convicções na Constituição”, o que significa dizer que “não podem ler as cláusulas morais abstratas como se expressassem um juízo moral particular”, mas, sim, devem observar todo o seu desenho estrutural e os precedentes judiciais; a outra, embora não negue a premissa majoritária, considera que, na democracia, nem sempre devem as decisões coletivas favorecer a maioria dos cidadãos, mas, sim, que tais decisões devem buscar tratar todos os membros de uma comunidade como indivíduos, com igual consideração e respeito, de forma a impedir que a maioria possa tomar decisões que prejudiquem a minoria, uma vez que “democracia significa governo sujeito a condições, as quais poderíamos denominar condições ‘democráticas’ de igualdade de *status* para todos os cidadãos”.³¹⁸

5.2 O modelo da ponderação

Um segundo modelo de uso da linguagem jurídica é a ponderação, por meio da qual Alexy, que procura fazer com que os direitos fundamentais sejam utilizados de forma mais sistemática. Para esse modelo, se os princípios são normas que devem ser realizadas na maior medida possível, quando dois deles entram em colisão, um tem que ceder, porém sem haver a necessidade da declaração de invalidez nem da introdução de uma cláusula de exceção,³¹⁹ isso porque o modelo da ponderação constitui um modelo de raciocínio jurídico visivelmente diferenciado do modelo positivista da subsunção.

³¹⁸ DWORKIN, R. Op. Cit. p. 110 e 117: [...] “la interpretación constitucional debe comenzar con lo que dijeron los redactores”, [...] “los jueces no pueden leer sus propias convicciones en la Constitución”, [...] “no pueden leer las cláusulas morales abstractas como si expresaran un juicio moral particular” [...] “democracia significa gobierno sujeto a condiciones, las cuales podríamos denominar condiciones ‘democráticas’ de igualdad de estatus para todos los ciudadanos”.

³¹⁹ ALEXY, Robert. La estructura de las normas de derecho fundamental, 83 e 86-97.

A ponderação, portanto, no dizer de Alexy, “é uma parte daquilo que é exigido por um princípio mais amplo”, ou seja, o princípio da proporcionalidade, que se decompõe em três princípios parciais, isto é, os subprincípios da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, os quais expressam a ideia de otimização. No que concerne aos dois primeiros, essa otimização está relacionada às “possibilidades fáticas”, de modo que, por força do subprincípio da idoneidade, devem ser excluídos os meios que não sejam capazes de preservar, pelo menos, um dos princípios em colisão. O mesmo vale para o princípio da necessidade, segundo o qual se deve escolher, dentre os meios idôneos, os que sejam necessários para a preservação de um dos princípios em discussão. No entanto, no que tange ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, há a necessidade de ponderação, por estar relacionado às “possibilidades jurídicas”. Segundo a lei da ponderação, “quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”. A ponderação decompõe-se, assim, em três passos: 1) comprovação do grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio; 2) comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário; e 3) comprovação da justificativa da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justificando o prejuízo ou o não-cumprimento do outro.³²⁰

Embora não admita uma ordem “dura” de valores e de princípios que estabeleça a obrigatoriedade das decisões intersubjetivas sobre direitos fundamentais em todos os casos, Alexy não exclui possibilidade de uma ordem “branda” de valores, em nada se contrapondo, assim, à ponderação,³²¹ rechaçando-se, dessa forma, a ideia de que a ponderação restaria ao inteiro arbítrio de quem a realiza. A racionalidade da ponderação, dessa forma, brota da

³²⁰ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade, p. 110-111. A ponderação, segundo Alexy, pode ser graduada em passos ou estágios graves, médios e leves, admitindo, ainda, a possibilidade de uma escala tríade dupla, de maior precisão, ou seja, muito grave, moderadamente grave, menos grave, medianamente séria, média, levemente moderada, levemente séria, levemente moderada e levemente leve. Essa graduação é importante na utilização da “fórmula do peso” que se orienta pelas regras aritméticas, diferentemente da “fórmula da subsunção”, que se orienta pelas regras da lógica. (ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption: a structural comparison).

³²¹ ALEXY, Robert. La estructura de las normas de derecho fundamental, p. 156-157.

vinculação entre a teoria do discurso e o tema dos direitos humanos.³²² As condições de racionalidade do processo discursivo podem ser reunidas em um sistema de regras do discurso, que se dividem em dois grupos, ou seja, as regras que diretamente se referem à estrutura dos argumentos,³²³ e as regras cujo objeto imediato é o processo de discurso.³²⁴ É que a teoria da argumentação alexyana tem como fundamento o fato de que a justificação de afirmações normativas deve partir da consideração de que “uma teoria do discurso prático precisa providenciar regras e formas segundo as quais se possa testar a correção das regras morais por trás delas”.³²⁵

No que tange, especificamente, à vinculação entre a teoria do discurso e os direitos humanos, adotando uma posição kantiana sobre os direitos humanos, fundada, pois, na universalidade desses direitos e no princípio da autonomia (tanto pública como privada), Alexy reconhece a necessidade de que tal fundamentação dos direitos humanos tem de se apoiar discursivamente e que as tarefas dessa fundamentação seriam de fundamentar as regras do discurso prático. Assim, quem está interessado em correção e legitimidade tem de estar interessado também em democracia e igualmente deverá estar interessado em direitos humanos fundamentais.³²⁶

Seguindo a mesma linha de Habermas, no sentido de que o consenso é o fundamento da correção dos enunciados jurídicos, Alexy afirma que a teoria do discurso racional como teoria da argumentação jurídica pressupõe, mormente em disputas jurídicas, tanto a comunicação direta não coercitiva quanto procede sob a exigência de correção,³²⁷ e isso ocorre no âmbito do modelo procedimental.

³²² Ver ALEXY, Robert. *Teoria del discurso y derechos humanos*.

³²³ 1) Exigência de não contradição; 2) universalidade no sentido de um uso consistente dos predicados empregados; 3) clareza linguística conceitual; 4) verdade das premissas empíricas utilizadas; 5) completude dedutiva do argumento; 6) consideração das consequências; 7) ponderação; e 8) análise das convicções morais. (ALEXY, R., *Teoria del discurso y derechos humanos*, p. 49).

³²⁴ 1) Todos que podem falar podem tomar parte no discurso: 1.1) todos podem questionar qualquer afirmação; 1.2) todos podem introduzir qualquer afirmação no discurso; 1.3) todos podem exteriorizar seus critérios, desejos e necessidades; 2) ninguém pode ser impedido de exercer os seus direitos de fala anteriormente fixados. (ALEXY, R., *Teoria del discurso y derechos humanos* p. 50).

³²⁵ ALEXY, Robert, *Teoria da Argumentação Jurídica*, p. 114.

³²⁶ ALEXY, Robert, *Teoria del discurso y derechos humanos*, p. 130.

³²⁷ ALEXY, Robert, *Teoria da Argumentação Jurídica*, p. 217.

5.3 A noção de derrotabilidade das normas jurídicas

Também a noção de derrotabilidade (*defeasibility*)³²⁸ das normas jurídicas fornece um modelo de uso da linguagem jurídica a ser utilizado, sobretudo, na solução dos casos difíceis. Aprofundando a análise acerca da distinção entre interpretações prescritivas e descritivas e tendo por base a diferença entre a lógica das normas e a lógica das proposições normativas,³²⁹ Alchourrón sustenta que, enquanto na lógica deôntica (ou das normas) os operadores deônticos “obrigatório”, “proibido” ou “permitido” devem ser lidos como “é obrigatório”, “é proibido” e “é permitido”, na lógica normativa, as proposições dizem que um agente ditou uma norma. Assim, é necessário, para formalizar uma proposição, introduzir um conjunto de variáveis para agentes e uma expressão que estabeleça uma correspondência entre o agente e a norma ditada, ou seja, que X ditou uma norma que é obrigatória, permitida ou proibida.³³⁰ A compreensão da noção de derrotabilidade depende, assim, da distinção existente entre norma e proposição normativa,³³¹ uma vez que, diferentemente das normas, que está sujeita, apenas, ao critério da validade, as proposições normativas submetem-se ao critério da verificação, ou seja, proporcionam informação sobre o *status* deôntico de certas ações ou estados de coisas, anunciando que uma ação é obrigatória, proibida ou

³²⁸ Embora, no Brasil, essa noção não tenha sido muito difundida, não se pode, contudo, desprezar o seu conteúdo, a sua importância e a sua utilidade. No Recurso do Juizado Especial Federal nº 200535007164388, proveniente da 14ª Vara Federal, em Goiânia, o juiz relator referiu-se à teoria da derrotabilidade. A introdução desse modo de raciocínio jurídico deve-se, sobretudo, a Alchourrón e Bulygin, não se podendo deixar de mencionar, também, a importância do pensamento de Von Wright, que procura distinguir as interpretações prescritivas (relativas ao simbolismo das normas) das interpretações descritivas (relativas ao simbolismo das proposições acerca das normas). Essa observação é de autoria de Alchourrón e Bulygin, segundo os quais, ainda que haja importantes diferenças entre normas e proposições normativas, Von Wright decide não usar um simbolismo especial para umas e outras, retendo a ambiguidade da linguagem corrente em seu cálculo formal. Assim, no lugar de dois simbolismos, tem um simbolismo com duas interpretações: uma interpretação prescritiva e outra descritiva (ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. Von Wright y la filosofía del derecho, p. 87).

³²⁹ Alchourrón explica que a expressão lógica das normas é representada, também, pela expressão lógica deôntica, pois se refere ao sentido prescritivo das normas, enquanto a expressão lógica das proposições normativas é também representada por lógica normativa, no sentido descritivo das normas. Para esse Autor, a lógica normativa pressupõe a lógica deôntica e muitas das dificuldades relacionadas com a interpretação e aceitabilidade de vários sistemas de lógica deôntica existentes provêm da falta de distinção entre essas duas lógicas. (ALCHOURRÓN, Carlos E. *Logica de normas y logica de proposiciones normativas*, p. 25).

³³⁰ ALCHOURRÓN, C. E. Op. Cit. p. 27-28.

³³¹ Conferir essa distinção no §2º da Subseção I da Seção II do Capítulo I.

permitida, sendo verdadeiras somente se a ação em questão tem a propriedade de ser obrigatória, permitida ou proibida.³³²

Essa avaliação de veracidade ou falsidade, segundo Bayón, depende do conjunto complexo das condições em face das quais uma proposição afirma ser “p” obrigatório, proibido ou permitido. Contudo, tais proposições são formuladas elípticamente, havendo a supressão de termos que permanecem subentendidos pelo conceito linguístico ou pela situação. Contesta-se, assim, a suscetibilidade de veracidade ou falsidade das proposições normativas com base em dois grupos de teses, ou seja, da indeterminação parcial e da indeterminação radical. Para a primeira, somente os casos fáceis, isto é, os compreendidos no “núcleo claro” de normas são suscetíveis de veracidade ou falsidade, enquanto, nos casos difíceis, cuja solução não seria determinada pelo direito, as proposições normativas não estariam sujeitas ao critério de verificação. Para a segunda, por sua vez, haveria a impossibilidade de qualquer norma controlar condutas, uma vez que a indeterminação está na linguagem e não no direito, não se podendo afirmar previamente que uma norma é aplicável, sendo também os casos fáceis dependentes do acordo ou consenso comunitário.³³³

Essa indeterminação das normas e também das proposições normativas, que Hart³³⁴ já havia anunciado, segundo Bayón, permite afirmar que as normas estão sujeitas a exceções implícitas, que não podem ser enumeradas exhaustivamente de antemão, de maneira a não ser possível precisar, antecipadamente, as circunstâncias que operariam como genuína condição “suficiente” de sua aplicação.³³⁵ As normas, nessa concepção, portanto, não são condições suficientes de sua aplicação, pois, por serem abertas, estariam sujeitas a exceções implícitas.

Essa constatação implica reconhecer a importância das ideias de condição e de inferências derrotáveis, que, segundo Bayón, possibilita a admissão de

³³² ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugênio. Von Wright y la filosofía del derecho, p. 88.

³³³ BAYÓN, Juan Carlos. Propositiones normativas e indeterminación del derecho, p. 29-34 e 42-44.

³³⁴ Segundo Hart, há uma “textura aberta do direito”, pois “haverá na verdade casos simples que expressões gerais são claramente aplicáveis [...] mas haverá também casos em que não é claro se se aplicam ou não”, dependendo, assim, da interpretação (Hart, Herbert L. A. *O conceito de direito*, p. 139).

³³⁵ BAYÓN, Juan Carlos. Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo, p. 164-165.

raciocínio não monotônico, que é inaceitável do ponto de vista da lógica clássica, uma vez que esta se orienta por raciocínios monotônicos, ou seja, por premissas que são condições suficientes da conclusão e que não podem, por isso, resultar invalidadas pelo agregado de premissas novas. É que, na vida cotidiana, é possível extrair-se, intuitivamente, conclusões a partir de generalizações que têm exceções, as quais não são enumeráveis exaustivamente de antemão, porque se referem a propriedades “típicas” ou “normais” de indivíduos de um domínio, isto é, dizem respeito a determinados contextos, nos quais esses indivíduos estão inseridos. Essas propriedades “típicas” ou “normais” não comportam um cálculo quantificacional, porque não admitem – sem resultarem desnaturalizadas – uma quantificação universal. Os enunciados condicionais ou que contêm propriedades típicas ou normais não admitem ser formalizados como “condicionais estritos”, isto é, que expressam “condições suficientes”, mas, somente, como “condicionais derrotáveis”, por expressarem, apenas, “condições contribuintes”, uma vez que somente resultariam suficientes em conjunto com uma série de pressupostos que estão implícitos no contexto. Dessa classe de generalizações formalizáveis como condicionais derrotáveis, é possível extrair-se, no raciocínio cotidiano, conclusões não seguras, que podem resultar desfeitas se houver a agregação de informação nova, dando lugar a uma forma característica de “raciocínio por defeito” – não monotônico – que parece intuitivamente apropriado para contextos nos quais se manejam informações incompletas.³³⁶

A possibilidade de uma aproximação da noção de derrotabilidade ao direito é mencionada por Bayón, pois, se as normas têm uma estrutura condicional – que correlaciona circunstâncias genéricas com soluções normativas -, então poderia resultar atrativa a ideia de aproximar a noção intuitiva de uma norma *prima facie* ou aberta a essas elaborações teóricas, sugerindo, nesse caso, que, para sua formalização, haja de fazer-se uso da ideia de condicional derrotável e o raciocínio que se tenha de desenvolver para sua aplicação seja, justamente, “não monotônico” ou “por defeito” no sentido indicado.³³⁷ Assim, uma expressão normativa derrotável, na concepção de Alchourrón e Bulygin, é a expressão que,

³³⁶ BAYÓN, Juan Carlos. Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo, p. 165-166.

³³⁷ BAYÓN, J. C. Op. Cit. p. 167.

segundo Gaido, Brídido e Seleme, pode ser representada como uma condição, cujo antecedente não é condição suficiente para a derivação da solução normativa, isto é, uma condição sem maiores precisões ou sujeita a exceções implícitas ou que não estão explicitamente determinadas e que, por isso, podem derrotar a solução normativa prevista, de forma que, a menos que as exceções hajam sido explicitadas, o conteúdo conceitual de ditas expressões permanece indeterminado. Norma derrotável, assim, é a norma sujeita a exceções implícitas que não podem ser enumeradas exaustivamente de antemão.³³⁸

Os princípios que, num Estado democrático de direito, exercem importante papel, segundo Bayón, apresentam-se, nesse modelo, como normas derrotáveis capazes, inclusive, de justificar, implicitamente, exceções às regras. Isso significa dizer que, um caso compreendido, inequivocamente, na zona de clara aplicabilidade de uma regra, ou seja, de um caso fácil, pode ser resolvido de um modo diferente ao disposto por esta, podendo os princípios, portanto, transformar um caso fácil em um caso difícil. Torna-se impossível, assim, determinar, de antemão, não somente o conjunto preciso de casos governados por um princípio, mas, também, o conjunto preciso de exceções à regra, não se podendo dizer, de antemão, por isso, em que casos uma regra é aplicável, uma vez que um princípio pode concorrer, em muitos desses casos, com outros princípios, não havendo uma hierarquização ou ordenação estrita destes, de modo a permitir uma definição *ex ante* de seu “peso” respectivo. Própria dos casos difíceis, a argumentação por princípios, pode, também, ser utilizada nos casos fáceis, cuja condição passa a ser negada, deixando de haver a determinação do direito também em relação ao núcleo claro das normas juridicamente aplicáveis, sendo, por isso, também, derrotável esse núcleo claro com base em considerações valorativas internas do próprio sistema. Nessa ótica, seriam verdadeiras apenas as proposições normativas em relação às quais houvesse consenso.³³⁹

Nessa esteira, é importante a ideia de “derrotabilidade procedimental”, uma vez que, segundo Rodriguez e Sucar, para Alchourrón, a reclamação de qualquer direito pode ser derrotada pela parte contrária em juízo se essa demonstrar a

³³⁸ GAIDO, Paula; BRÍGIDO, Rodrigo Sanchez; SELEME, Hugo Omar. Introducción, p. 12-13.

³³⁹ BAYÓN, Juan Carlos. Propositiones normativas e indeterminación del derecho, p. 62-63 e 65.

concorrência de uma exceção, pois as reclamações jurídicas seriam seriamente dificultadas ou até impossibilitadas se fosse necessário ao pretendente de um respaldo judicial demonstrar a concorrência de todas as condições positivas e negativas que, conjuntamente, deveriam satisfazer para a derivação da solução normativa prevista pelo sistema.³⁴⁰ Assim, uma parte teria, apenas, um “caso *prima facie*” contra a outra, enquanto as suas provas sejam suficientemente fortes para que se convoque o seu opositor a que compareça no processo, podendo esse caso, todavia, ser rebatido pelas provas em sentido contrário, as quais abrirão exceções.

A noção de derrotabilidade é, pois, um critério ou modelo de justificação da linguagem jurídica à medida que as proposições jurídicas são formuladas com base nas condições existentes e, sobretudo, nas exceções mencionadas pelas partes envolvidas no processo.

Seção III

Aplicações jurídico-penais dos paradigmas do ser, do sujeito e da linguagem

Os paradigmas do ser, do sujeito ou da consciência e da linguagem são aplicáveis, também, no âmbito jurídico-penal, tanto em face dos diversos enfoques jurídicos mencionados na seção anterior quanto em face dos diversos enfoques criminológicos a serem descritos nesta seção. Assim, enquanto no paradigma do ser a realidade criminal é uma objetividade pré-constituída em relação à linguagem jurídico-penal e existente independentemente da consciência humana, no paradigma da consciência ou do sujeito, em face das concepções clássicas e positivistas, a consciência humana passa a ser importante na constituição dessa realidade, que, por sua vez, no paradigma da linguagem, é construída na linguagem.

³⁴⁰ RODRÍGUEZ, Jorge; SUCAR, Germán. Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho, p. 146.

O delineamento dessas distinções somente foi possível na Modernidade, mais precisamente a partir do século XVIII, quando a criminologia passou a ser definida e sistematizada,³⁴¹ surgindo formas distintas de conceber a realidade criminal. Definida, tradicionalmente, como a ciência que estuda o fenômeno criminal, a criminologia, como diz Mannheim, compreende, em seu sentido estrito, “o estudo do crime” e, em seu sentido amplo, também, “o estudo da punição”.³⁴²

Esse estudo pode ser realizado sob a orientação de paradigmas distintos, entre os quais, também, o paradigma do ser, da consciência ou do sujeito e da linguagem, razão pela qual, dividida em três subseções, esta seção procura discorrer, em cada uma delas, respectivamente, sobre a aplicação desses paradigmas no âmbito jurídico-penal.

Subseção I Aplicações jurídico-penais do paradigma do ser

Embora, como já dito, a criminologia tenha se estruturado, como ciência, apenas, durante a Modernidade e já sob a égide do paradigma do sujeito ou da consciência, não se poderia deixar de fazer uma breve menção à aplicação jurídico-penal do paradigma do ser, uma vez que, de acordo com os historiadores, a criminalidade acompanha a humanidade desde os tempos mais remotos, fazendo-se o direito penal presente entre os homens, também, desde então.

Nos primórdios da humanidade, segundo Führer, o direito penal era concebido como um direito natural, uma vez que “fundado nas relações de causa e efeito, anterior até mesmo ao nascimento do costume”. É antiga, pois, a ideia de um direito penal pré-constituído de origem natural, divina ou humana, sendo o crime e o criminoso realidades preexistentes, em relação à linguagem, contra as quais deveria haver reações individuais, grupais ou públicas. Inicialmente

³⁴¹ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*, p. 3.

³⁴² MANNHEIM, Hermann. *Criminologia comparada*, v.1, p. 21.

ilimitadas, a vingança passou a sofrer limitações graduais, entre as quais o talião.³⁴³

Ultrapassando as mais diversas épocas, culturas e povos, o direito criminal chega à Modernidade como algo inevitável, pois é castigando os autores de condutas maléficas que se asseguraria a sobrevivência social. Não há nesse vasto período maiores preocupações com o conhecimento da realidade criminal, pois esta é castigada como algo dado, preexistente, pré-constituído, razão pela qual a linguagem é, tão-somente, um instrumento secundário por meio do qual se descrevem situações ou condutas ou sanções que se impõem aos malfeitores.

Subseção II

Aplicações jurídico-penais do paradigma da consciência ou do sujeito

Foi a partir do humanismo da Renascença que se passou a exaltar o uso da razão para alcançar os fins últimos do homem, entre os quais o conhecimento, a liberdade e a felicidade. Com forte influência iluminista e seguindo a orientação cartesiana, surge o pensamento penal da escola clássica, do qual Beccaria, Carrara e Romagnosi são fortes expressões. Num segundo momento, como expressão do empirismo baconiano, surge o pensamento criminal da escola positiva, do qual Lombroso, Garófalo e Ferri são os principais representantes. Em qualquer dessas correntes, o foco está centrado no conhecimento ou na consciência humana. O raciocínio e o experimento estão relacionados com a consciência, à qual serve a linguagem, ainda, no entanto, como instrumento da expressão de sentidos pré-constituídos pela consciência.

A concepção clássica ou racionalista, surgida na segunda metade do século XVIII, procura explicar o fenômeno criminal a partir da noção de que esse fenômeno é um fato ou ente jurídico, cuja repressão está autorizada contratualmente (Beccaria), pela lei divina (Carrara) ou pelo direito natural

³⁴³ FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *História do direito penal*, p. 18 e 29. O talião é uma das formas de limitações da vingança presentes desde as antigas legislações, entre as quais o Código de Hamurabi, datado do século XXI a.C.

(Romagnosi), razão pela qual procura concebê-lo em face de um raciocínio lógico subsuntivo, o qual tem por base a prática de uma conduta e a legislação penal. É um aspecto importante do classicismo a preocupação com o indivíduo, uma vez que o Iluminismo se posicionou contrariamente ao absolutismo reinante, razão pela qual a legislação passou a ser concebida como uma limitação ao poder punitivo estatal e um instrumento indispensável na delimitação da criminalidade como ente jurídico.³⁴⁴

A explicação positivista ou naturalista, surgida na segunda metade do século XIX³⁴⁵ e que se orienta pelo denominado paradigma etiológico, por sua vez, concebe o fenômeno criminal como um fato natural, procurando explicá-lo a partir das suas “causas”, e que a reação a esse fenômeno é uma condição necessária para a sobrevivência social, daí porque, a cognição que se realiza no âmbito do positivismo tende a privilegiar a coletividade em detrimento do indivíduo. Por isso, segundo Andrade, a criminologia positivista “é definida como uma ciência causal explicativa da criminalidade”, o que significa dizer que tem como objeto de estudos a criminalidade concebida como um fenômeno natural, determinado por causas que devem ser explicadas empiricamente e com auxílio das estatísticas oficiais, indagando “o que o homem faz e porque o faz”, de modo a possibilitar os remédios que possam combater a criminalidade.³⁴⁶ O estudo das causas criminais, preocupação principal da concepção positivista ou etiológica, aponta como fatores determinantes da criminalidade, segundo Dias e Andrade, entre outros, os antropológico (Lombroso), os psicológicos ou morais (Garófalo) e os sociológicos (Ferri).³⁴⁷

³⁴⁴ São postulados dessa concepção, além do crime como entidade jurídica, as funções retributiva e intimidativa da pena e a crença no livre-arbítrio e na normalidade do criminoso.

³⁴⁵ O marco geográfico é a Itália, embora tenha angariado adeptos em muitos lugares; o pressuposto econômico e político é a ascensão do Estado social ou intervencionista; os pressupostos filosóficos e científicos são os oriundos do positivismo naturalista ou determinista; o seu objeto de estudos é o homem; suas promessas são a redução e o controle da criminalidade; e o seu método é o empírico-indutivo.

³⁴⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo X cidadania mínima*, p. 35. Essa vertente etiológica do paradigma da consciência ou do sujeito, surgiu no âmbito da escola positiva italiana, inspirada nas matrizes do positivismo naturalista, mais precisamente, como diz Ferri, na filosofia positiva (Comte, Spencer, Ardigó etc) e na doutrina biológica (Darwin, Lamark, Molleschott etc.), de modo que tal escola “apareceu quando as doutrinas desses grandes pensadores estavam em pleno apogeu e por isso – como todas as ciências biológicas e sociais – não deixou de lhes sentir o reflexo”.(FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal*, p. 63).

³⁴⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*, p. 15.

Conforme ressaltado em *Estigmas da Criminalização*, levando em consideração pesquisas anteriores realizadas no âmbito da antropologia criminal como, também, os estudos do evolucionismo darwiniano, e utilizando-se dos dados obtidos na sua atividade de médico do sistema prisional italiano, Lombroso “efetou uma série de comparações anatômico-fisiológicas acerca de criminosos e internos das prisões e hospitais psiquiátricos do sul da Itália”. Baseando-se, pois, em “dados estatísticos das pessoas já selecionadas pelo sistema penal”,³⁴⁸ Lombroso concluiu que, “desde a sua primeira manifestação, o crime está ligado às condições orgânicas das quais é efeito direto”,³⁴⁹ ou seja, que o delito é um ente natural, um fenômeno necessário, como o nascimento, a morte e a concepção, sendo, por isso, determinado por causas biológicas, sobretudo hereditárias.

A investigação dos aspectos psicológicos do homem criminoso, mais precisamente do seu senso moral, foi realizada por Garófalo, que, assim como Lombroso, valeu-se dos ensinamentos de Darwin, os quais atribuem a origem do senso moral “à simpatia instintiva do homem pelo homem”, e de Spencer, que sustenta ser esse senso transmitido, desde os primórdios, como hábito mental de geração em geração. Assim, concebe o crime como “a ofensa à parte do senso moral formado pelos sentimentos altruístas de *piedade* e de *probidade*”, mais precisamente à parte mais comum desses sentimentos, considerada patrimônio moral indispensável de todos os indivíduos em sociedade.³⁵⁰

O estudo das causas sociais da criminalidade é preocupação de Ferri, que considera ser o delito o resultado, entre outros, do meio social em que vive o delinquente, da densidade populacional, da opinião pública, da religião, da constituição familiar, do alcoolismo, dos sistemas educacional e industrial, da organização econômica e política, da administração pública, especialmente da justiça e da polícia judicial e dos sistemas legislativo civil e penal.³⁵¹

³⁴⁸ BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização*, p. 34-35.

³⁴⁹ LOMBROSO, César. *O homem delinquente*, p. 67.

³⁵⁰ GARÓFALO, Rafele. *Criminologia*, p. 11 e 29.

³⁵¹ FERRI, Enrico. *Sociologia criminal*, t.I, p. 224

Estudiosos como Lombroso, Garófalo e Ferri, como se percebe, seguem caminhos temporal e espacialmente muito próximos nas suas pesquisas, informados pelos mesmos pressupostos, tendo o mesmo objeto, as mesmas promessas, os mesmos métodos e os mesmos postulados.³⁵² Em suma, dizem que o crime é um fato natural e social determinado por causas biopsíquicas, morais e sociais, o que significa dizer que é a qualidade de um ato ou uma realidade que preexiste ou já está pré-constituída independentemente do processo de criminalização, isto é, em relação à reação social ou ao direito penal; que o criminoso não é uma pessoa normal, mas, sim, alguém que apresenta anomalias orgânicas e psíquicas, hereditárias e adquiridas, constituindo uma classe social especial ou uma variedade da espécie humana; que a responsabilidade penal é meramente social ou legal, não levando em consideração aspectos da imputabilidade do criminoso, uma vez que, para a escola positiva, em face do determinismo, o homem não é dotado de livre-arbítrio, ressaltando Ferri, que “a psicologia positiva justifica que o pretendido livre-arbítrio é uma pura ilusão subjetiva”,³⁵³ e que a pena, por isso, é somente preventiva, devendo-se constituir em medida de segurança. Para Andrade, o que a concepção positivista pretende é criar “a possibilidade de uma explicação ‘cientificamente’ fundamentada das causas do crime e, por extensão, de uma luta científica contra a criminalidade”.³⁵⁴

³⁵² *O Homem Criminoso*, de Lombroso, foi publicado em 1876, embora Dias e Andrade se refiram a 1892 como sendo a data da publicação (DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*, p. 16). O Pe. Gonzales del Ellba, por sua vez, no prólogo da obra *Sociologia Criminal*, refere-se à publicação como sendo 1878 (FERRI, Enrico. *Sociologia criminal*, t.1, p. XXVII). A *Sociologia Criminal*, de Ferri, foi publicada em 1878; e a *Criminologia: estudo do delito e da repressão penal*, de Garófalo, foi publicada em 1885.

³⁵³ FERRI, Enrico. *Sociología criminal*, t.1, p. 46: [...] ressaltando Ferri que “la psicologia positiva justifica que el pretendido libre albedrío es una pura ilusión subjetiva”.

³⁵⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Ilusão de segurança jurídica*, p. 75. A concepção positivista ou etiológica do fenômeno criminal, no entanto, é alvo de severas críticas. Além das objeções apresentadas no parágrafo seguinte, relativo ao paradigma da linguagem, é importante ressaltar que, segundo Baratta, ao ressaltar os aspectos bioantropológico e sociológicos, o paradigma etiológico parte do pressuposto de que o fenômeno criminal é “um dado ontológico pré-constituído à reação social e ao direito penal”, o que possibilita estudar as causas da criminalidade “independentemente do estudo das reações sociais e do direito penal”. Além disso, o objeto de suas observações, das quais surgiram as teorias das causas da criminalidade, são “indivíduos caídos na engrenagem judiciária e administrativa da justiça penal, sobretudo os clientes do cárcere e do manicômio judiciário”, o que significa dizer que são “indivíduos selecionados daquele complexo sistema de filtros sucessivos que é o sistema penal”. (BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*, p. 40). A concepção etiológica do fenômeno criminal, também, reforça o histórico caráter autoritário do sistema penal, fornecendo-lhe elementos que trazem consigo a marca, mesmo que discutível, da cientificidade, possibilitando a criação ou o incremento de modelos penais substancialistas ou ontológicos.

A linguagem, tanto nas concepções clássicas quanto nas positivistas, como é fácil de perceber, é considerada, tão-somente, um instrumento secundário, com a função de expressão da realidade criminal pré-constituída e produto da cognição humana.

Subseção III Aplicações jurídico-penais do paradigma da linguagem

As aplicações jurídico-penais do paradigma da linguagem são percebidas, sobretudo, no âmbito do *labelling approach* ou da *labelling theory*, ou, como prefere Becker,³⁵⁵ da teoria interacionista do desvio ou da teoria da ação coletiva, também denominadas paradigma da rotulação ou do etiquetamento ou da reação

Esses elementos “científicos”, segundo Ferrajoli, permitem que se conceba “o desvio criminal enquanto em si mesmo imoral ou antissocial e, para além dele, a pessoa do delinquente”, de modo que o delito é visto como uma manifestação contingente e suficiente da maldade ou antissociabilidade do delinquente, embora nem sempre necessária para justificar a punição. Isso implica uma desvalorização do papel da lei como critério exclusivo e exaustivo de definição dos fatos que podem ser considerados como desviados, de modo a possibilitar, em vez da univocidade, a descrição de tipos penais elásticos e indeterminados, aptos, por seus termos vagos ou valorativos, para a conotação de comportamentos globais, como, por exemplo, a obscenidade e o desacato. Desconsidera-se, assim, o comportamento criminoso como pressuposto da pena e passa-se a adotar tipos normativos de sujeito ou de autor como delinquente, a partir de um ponto de vista ético, naturalista ou social e, em todo caso, ontológico, como, por exemplo, o relacionado à periculosidade social do sujeito, “presumida conforme as condições pessoais ou de *status*, como as de ‘desocupado’, ‘vagabundo’, ‘propenso a delinquir’, ‘reincidente’, ‘delinquente habitual’ ou ‘profissional’, ‘de tendência delituosa’ ou similares”. No âmbito do processo penal, isso implica dar força ao “*decisionismo* processual”, ou seja, ao caráter postestativo e não cognitivo do juízo, em face da falta de fundamentos fáticos ou empíricos precisos ou exatos para a cognição, o que faz com que se privilegiem mais as valorações, os diagnósticos ou as suspeitas subjetivas do que as provas de fato, deixando à mostra a conseqüente subjetividade dos pressupostos da sanção nas aproximações substancialistas e nas técnicas conexas de prevenção e de defesa social. Isso gera a perversão inquisitiva do processo, uma vez que este não se volta à comprovação dos fatos objetivos (ou para além dela), mas para a análise da interioridade da pessoa julgada, o que se realiza pelo convencimento intimamente subjetivo e, portanto, irrefutável do julgador-inquisidor. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 35-37). Como importante exemplo da influência do paradigma etiológico na construção de concepções substancialistas, decisionistas e, por consequência, autoritária, menciona-se a doutrina do “direito penal do inimigo”, que tem em Jakobs uma dos mais conhecidos defensores e que, em resumo, admite que “uma pessoa também pode ser construída *contrafaticamente* como pessoa”, pois quem não se comporta como pessoa não somente pode esperar ser tratado como pessoa, como, também, o Estado não deve tratá-lo como pessoa para não vulnerar o direito à segurança das demais pessoas. (JAKOBS, Günther. *Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo*, p. 42).

³⁵⁵ Becker se insurge contra a denominação “teoria da rotulação”, preferindo adotar a denominação “teoria interacionista do desvio” ou “teoria da ação coletiva”, conforme se pode depreender do décimo capítulo da obra *Outsiders*, p. 181 e 182, e da obra *Teoria da ação coletiva*”.

social ou do controle ou, simplesmente, como se referirá doravante, por ressaltar o papel da linguagem, paradigma da definição.

§1º. O surgimento e configuração do paradigma da definição

O paradigma da definição surgiu no âmbito da segunda escola de Chicago,³⁵⁶ sendo Becker, conforme Dias e Andrade, em face, sobretudo, do seu

³⁵⁶ Esse paradigma surgiu no seio da segunda escola de Chicago, em fins da década de 50 e início da de 60 do século XX, em face dos movimentos de contracultura, principalmente dos hippies, da crise do estado-providência e dos questionamentos envolvendo a guerra do Vietnã, sobretudo no que diz respeito à participação dos EUA nesse conflito. A escola de Chicago e seu prolongamento, segundo Coulon, são marcados pela “insistência dos investigadores em produzir conhecimentos úteis para a solução de problemas sociais concretos”, pois foram desenvolvidos “métodos originais de investigação”, mediante a utilização científica de documentos pessoais, tais como cartas, históricos de vida e entrevistas, de trabalhos de campo sistemáticos e da exploração de diversas fontes documentais, o que permite que se diga que essa escola priorizou pesquisas de caráter qualitativo, privilegiando os históricos de vida e as situações concretas, em detrimento da pesquisa quantitativa, de caráter positivista e que enfatiza a questão numérica e estatística. As pesquisas sociológicas da escola de Chicago podem ser condensadas em dois grandes grupos, ou seja, a questão migratória e a criminalidade. Pertencem ao primeiro grupo de estudos as produções relacionadas à teoria da assimilação, à teoria da desorganização social, ao desvio individual ou desmoralização, à desorganização social, ao ciclo das relações étnicas (rivalidade, conflito, adaptação, assimilação), às tensões raciais, à aculturação, à distância cultural e ao homem marginal. Por sua vez, pertencem ao grupo de estudos sobre a criminalidade, as pesquisas sobre o desvio e a delinquência juvenil, especialmente as relacionadas: a) às gangues de Chicago (Frederic Thrasher, em 1923); b) ao crime organizado (John Landesco); c) à delinquência juvenil (Clifford Shaw); e d) aos ladrões profissionais (Edwin Sutherland). Em 1935, devido a divergências relativas a métodos de pesquisa qualitativa, a correntes teóricas e a temas abordados, ocorreu uma rebelião no âmbito da *American Sociological Society*, resultando, entre outras, na modificação do método qualitativo para o quantitativo. Ocorreu, assim, a tomada do poder político na sociologia dos EUA por um grupo de oponentes ao enorme domínio exercido por Chicago, que se organizou e conseguiu derrubar os líderes que dirigiam a Sociologia americana desde o seu início, deixando, assim, de prevalecer a influência de Chicago. Alguns integrantes da primeira escola de Chicago, descontentes com a nova orientação metodológica, não aderiram, contudo, a essa proposta e continuaram a orientar-se pela metodologia qualitativa, produzindo trabalhos de base interacionista, especialmente sobre as novas teorias do desvio. Dá-se a esse segmento, por ser um prolongamento da primeira escola de Chicago, a denominação de “segunda ou nova escola de Chicago”, em meio a qual surgiram os seguintes desenvolvimentos teóricos: a) teoria do *labelling approach* (Howard Becker, Edwin Lemert, Aaron Cicourel, David Matza); b) interações dos indivíduos nas suas vidas cotidianas (Erwing Goffman, Blumer); c) etnometodologia (Garfinkel) e análise de conversação; d) sociologia das emoções (Jack Katz), que procurou analisar quais são as emoções profundas dos indivíduos quando esses cometem delitos. (COULON, Alain. *A escola de Chicago*, p. 8, 29-56, 82 e 124-126). Para a compreensão da importância da escola de Chicago para a sociologia norte-americana e, sobretudo, para os estudos criminológicos, é necessário reportar-se à formação histórica de Chicago e, especialmente, da Universidade de Chicago. É importante ressaltar que, em meados do Século XIX, Chicago era um posto avançado da civilização americana, na frente de expansão do país para o oeste, tendo, no entanto, entre 1850 e 1890, Chicago, tornado-se uma grande cidade de mais de 1 (um) milhão de habitantes, a segunda maior do país, alcançando essa população, em 1930, a marca de 3,4 milhões de habitantes. A construção de diversas ferrovias foi importante para o desenvolvimento de Chicago, que, em 1860, era o entroncamento das grandes linhas para o oeste, tornando-se, por isso, o centro comercial do meio-oeste. Chicago permaneceu numa posição geográfica que coincidia com o cruzamento dessas vias, sobretudo as que se direcionavam à região oeste do país, surgindo, a partir de 1860, armazéns, atacadistas, indústrias e

já clássico *Outsiders* (1963), considerado “o fundador desta perspectiva criminológica”, persistindo essa obra, ainda, “como a obra central do *labelling*, a primeira onde esta nova perspectiva criminológica aparece consolidada e sistematizada”.³⁵⁷ Não somente amplia-se a compreensão do fenômeno criminal, como a linguagem passa a exercer papel predominante na constituição da realidade criminal, especialmente em face do processo de criminalização ter ocupado, nessa concepção, o centro das investigações criminológicas.

A concepção tradicional de criminalidade que se orienta pelo paradigma etiológico, para Becker, é equivocada, uma vez que essa perspectiva “define o

migrantes da área rural. No fim desse século, surgiram os imigrantes em busca de trabalho, de forma que, em 1900, 1 milhão e 700 mil habitantes eram pessoas não nascidas nos EUA. Desenvolveu-se o comércio, sobretudo em direção à região oeste, o que levou a uma migração da população para essa região, o que ocorria por meio das vias férreas que passavam por Chicago, que acabou recebendo uma quantidade muito grande de migrantes, muitos deles se estabelecendo na Cidade. Esse processo migratório levou a um processo de urbanização acelerada sem precedentes. Por outro lado, as práticas comerciais e a forma de organização social resultaram na formação de sociedades complexas e na prática de um capitalismo selvagem. Até 1870, a instituição típica de ensino era a faculdade (*college*), pequena e sectária, com seis a oito professores, normalmente membros de organizações religiosas. Dentro dessa configuração econômica e demográfica, surge a Primeira Universidade de Chicago, em 1856, uma universidade pequena, religiosa e provinciana, mantida por contribuições de homens de negócio locais. Em 1871, essa Universidade foi atingida por um incêndio, não mais se recuperando, tendo funcionado, precariamente, até 1885, quando fechou por falência. A Segunda Universidade de Chicago (a atual), foi criada em 1890, sendo uma fundação batista que recebeu o apoio da contribuição filantrópica de John Rockefeller. O seu 1º Presidente foi Willian Rainey Harper, antigo professor de grego e hebraico da Yale University, que se empenhou em fundar uma universidade voltada à pesquisa básica e ao ensino em nível de pós-graduação, fundando, assim, em 1892, o Departamento de Sociologia da Universidade de Chicago. Harper convidou o professor Albion Small para chefiar o Departamento de História, mas este sugeriu que fosse criado o Departamento de Sociologia, que passou a ser integrado, também, por George E. Vicente, Willian I. Thomas e Harles Richmand Hendersen. Small talvez tenha sido quem mais contribuiu para o estabelecimento da Sociologia nos EUA. O ensino passava, assim, por um processo de secularização e de modernização da cultura, de modo que muitos estudantes passaram a preferir continuar os estudos universitários no próprio país e não mais na Europa, o que levou a uma perda de status dos religiosos, que foram substituídos por uma geração de estudantes de inspiração secular. Desde 1894, a Universidade de Chicago converteu-se no principal centro de investigações e estudos em nível universitário, especialmente no campo das ciências sociais, e no principal núcleo formador de professores, o que foi determinante no surgimento da escola de Chicago, que deve ser compreendida em dois momentos distintos. No seu primeiro momento, a escola de Chicago congregou, segundo Coulon, “um conjunto de trabalhos de pesquisa sociológica realizadas, entre 1915 e 1940, por professores e estudantes da Universidade de Chicago” (EUA), apresentando “diversas características que sem dúvida lhe conferem uma grande unidade e lhe atribuem um lugar particular e destino na sociologia americana” (p. 25). É necessário ter em mente, como diz Eufrásio, que “ao se falar na escola sociológica de Chicago, nomeia-se, ampla e vagamente, um conjunto de linhas de interesses e de desenvolvimento de temas, de orientações teóricas e de tradições de postura de investigações e de tratamento e de procedimentos de pesquisa” (p. 35-36), não se podendo negar, conforme Coulon, suas influências intelectuais e filosóficas, como o pragmatismo de Dewey e o interacionismo de Mead, em parte desenvolvido nessa escola. (COULON, Alain. *A escola de Chicago*, p. 7-27; EUFRÁSIO, Mário A. *Estrutura urbana e ecologia humana*, p. 9-44).

³⁵⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*, p. 50. É necessário ressaltar, no entanto, que Sutherland já incluía, como objeto da criminologia, tanto os processos de elaboração de leis quanto os de infração e de reação a elas. (SUTHERLAND, Edwin. *Princípios de criminologia*, p. 9).

desvio como o descumprimento de alguma regra em relação a qual há concordância”, o que faz com que surjam indagações sobre “quem infringe as regras, e procura os fatores de sua personalidade que possam explicar as infrações em situações do cotidiano”. Pressupõe-se, assim, que “aqueles que descumpriram uma regra constituam um grupo homogêneo de pessoas, porque cometeram o mesmo desvio”, ignorando “o fato central em relação ao desvio que é o de que este é criado pela sociedade”. Isso não significa dizer “que as causas do desvio estão localizadas na condição social do desviante ou nos ‘fatores sociais’ que determinam a sua ação”, mas, sim, mais do que isso, “que os *grupos sociais criam o desvio ao fazer as regras cuja infração constitui desvio e ao aplicar essas regras a pessoas específicas, rotulando-as como marginais*”. Nessa perspectiva, o “desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma decorrência da aplicação por outras pessoas de regras e sanções a um ‘transgressor’”, sendo, pois, o desviante “alguém a quem aquele rótulo foi aplicado com sucesso” e “comportamento desviante é o comportamento que as pessoas rotulam como tal”.³⁵⁸

Se o desvio é uma decorrência das respostas de outros ao ato de uma pessoa, os estudiosos do desvio, segundo Becker, “não podem supor que estejam lidando com um grupo homogêneo quando estudam pessoas que foram rotuladas como desviantes”, isso porque “eles não podem supor que essas pessoas realmente cometeram um ato desviante ou descumpriram alguma regra, porque o processo de rotular pode ser falível”, uma vez que “algumas pessoas que, na verdade, não infringiram uma regra podem ser rotuladas como desviantes”. Além disso, esses mesmos estudiosos “não podem supor que a categoria daqueles que foram rotulados como desviantes conterà todos os que realmente descumpriram

³⁵⁸ BECKER, Howard. *Outsiders*, p. 8 e 9: [...] “defines deviance as the infraction of some agreed-upon rule”, [...] “who breaks rules, and to search for the factors in their personalities and life situations that might account for the infractions”, [...] “those who have broken a rule constitute a homogeneous category, because they have committed the same deviant act”, [...] “the central fact about deviance: it is created by society” [...] “the causes of deviance are located in the social situation of the deviant or in ‘social factors’ which prompt his action”. [...] “that *social groups create deviance by making the rules whose, that factions constitutes deviance, and by applying those rules to particular people and labeling them as outsiders*”, [...] “deviance is *not* a quality of the act the person commits, but rather as consequence of the application by others of rules and sanctions to an ‘offender’”, [...] “one to whom that label has successfully been applied” e “deviant behavior is behavior that people so label”.

uma regra, pois muitos infratores podem fugir à prisão e, assim, não serem inseridos na população de 'desviantes' que eles estudam". Portanto, se falta homogeneidade a essa categoria, uma vez que não consegue abranger todas as ocorrências que lhe pertencem, é razoável que não se espere encontrar fatores comuns de personalidade ou situação de vida que expliquem o suposto desvio.³⁵⁹

No paradigma da definição, não se fala mais em crime e em criminoso como realidades preexistentes, ontológicas, pré-constituídas, mas em condutas, conflitos ou pessoas criminalizadas e em criminalização, que nada mais é do que o processo que faz surgir tais realidades. O desvio deixa de ser, pois, a qualidade de um ato, e passa a ser um ato qualificado como tal na reação social formal ou informal, ou seja, são os atos de linguagem que qualificam os diversos comportamentos como desvio e os seus autores como desviados, razão pela qual a linguagem assume um papel relevante nesse processo de criminalização. Nessa concepção, o objeto da investigação científica passa a ser, pois, o processo de criminalização, que é o meio pelo qual se constrói a realidade criminal (o fenômeno criminal).

§2º. Dimensões subjetiva e objetiva do paradigma da definição

Essa concepção, que tem por matrizes o interacionismo simbólico (Mead) e a etnometodologia (Garfinkel, Schutz, Berger e Luckmann),³⁶⁰ revela a dimensão subjetiva do paradigma da definição, à qual pode ser agregada uma dimensão objetiva, a partir das concepções da criminologia crítica. Essa dimensão objetiva abrange as condições sociais de existência, decorrentes das relações sociais de produção, objeto, sobretudo, da teoria marxista, que concebe o homem como o conjunto das relações sociais, uma vez que não existe uma natureza humana dada, de modo que, ao abandonar-se a noção de defeito do homem e ao se levar

³⁵⁹ BECKER, H. *Op. Cit.* p. 9: [...] "cannot assume that they are dealing with a homogeneous category when they study people who have been labeled deviant", [...] "they cannot assume that these people have actually committed a deviant act or broken some rule, because the process of labeling may not be infallible", [...] "some people may be labeled deviant who in fact have not broken a rule". [...] "cannot assume that the category of those labeled deviant will contain all those who actually have broken a rule, for many offenders may escape apprehension and thus fail to be included in the population of 'deviants' they study"..

³⁶⁰ Sobre o interacionismo simbólico e a etnometodologia, ver a Subseção III da Seção I deste Capítulo.

em consideração as relações sociais, a concepção acerca do homem é alterada. Passa-se a falar, portanto, de determinações históricas, econômicas e políticas, que permitem ver o homem não como uma natureza dada, e que possibilitam que se pense, por exemplo, na violência estrutural da falta de emprego, de moradia e de saúde como determinações que estruturam o ser humano, transformando anjos em demônios, o que permite afirmar que a definição dos comportamentos em criminosos se revela como uma tentativa de resolver problemas materiais.

Conciliando as dimensões subjetiva e objetiva, a criminologia crítica estuda o fenômeno criminal orientada pelo paradigma da definição, levando em consideração as relações sociais de produção e de poder e tendo como objetos de sua investigação, segundo Baratta, “o sistema positivo e a prática oficial”. Assim, além do processo de criminalização, que constitui a dimensão subjetiva da investigação, a investigação criminológica tem por objeto, nessa concepção, o sistema penal, que constitui a dimensão objetiva dessa investigação. Sua tarefa é, pois, examinar, de maneira científica, a gênese, a estrutura, os mecanismos de seleção e as funções realmente exercidas por esse sistema e os seus custos econômicos e sociais, avaliando, sem preconceitos, o tipo de resposta que ele está em condições de fornecer e que efetivamente fornece aos problemas sociais reais, prometendo “uma construção alternativa ou antagonista dos problemas sociais ligados aos comportamentos socialmente negativos”.³⁶¹ Isso representa um amadurecimento do pensamento criminal, que, saindo do comportamento desviante, desloca-se em direção aos mecanismos de seu controle social. O direito penal deixa de ser considerado, somente, um sistema estático de normas e passa a ser considerado um “sistema dinâmico de funções, no qual se pode distinguir três mecanismos analisáveis separadamente”, ou seja, “o mecanismo de produção das normas (criminalização primária), o mecanismo de aplicação das normas, isto é, o processo penal, compreendendo a ação dos órgãos de investigação e culminando com o juízo (criminalização secundária)” e, por fim, “o mecanismo de execução da pena ou das medidas de segurança”³⁶².

³⁶¹ BARATTA, Alessandro. *Sobre a criminologia crítica e sua função na política criminal*, p. 153.

³⁶² BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*, p. 161.

§3º. Objetos da investigação científica no paradigma da definição

Se, no paradigma etiológico, o crime e o criminoso são considerados realidades pré-constituídas em relação à reação social, cujas causas haverão de ser encontradas no homem delinquente, considerado um anormal, no paradigma da definição e na criminologia crítica, segundo Baratta, a distinção entre o comportamento “criminoso” e o comportamento “conforme a lei” depende, especialmente, da definição legal. Toma corpo, pois, em face dessa distinção, a ideia de “criminalização”, pois “não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela”, de modo que o problema da definição do delito passou a figurar no centro da discussão da sociologia criminal. Na perspectiva da linguagem, os estudos abrangem tanto as “normas abstratas” quanto “a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam)”, de modo que “o *status* social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinqüência”, sobretudo “o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes”, uma vez que, apesar das respectivas particularidades, essas instâncias têm função constitutiva da realidade criminal. O objeto da investigação passa a ser a criminalidade como realidade social construída, interativamente, no processo de criminalização. Isso significa dizer que, enquanto “os criminólogos tradicionais examinam problemas do tipo ‘quem é criminoso?’, ‘como se torna desviante?’, ‘em quais condições um condenado se torna reincidente?’, ‘com que meios se pode exercer controle sobre o criminoso?’”, os pesquisadores que se orientam pelo paradigma da definição perguntam “‘quem é definido como desviante?’, ‘que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo?’, ‘em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?’ e, enfim, ‘quem define quem?’”³⁶³.

Como já mencionado, os objetos da investigação científica, nos estudos criminais orientados pelo paradigma da definição, na dimensão subjetiva, é o

³⁶³ BARATTA, A. *Op. Cit.* p. 85-88.

processo de criminalização e, pela criminologia crítica, na dimensão objetiva, é o sistema penal.

3.1 O sistema penal

O sistema penal, conforme descrito em *Estigmas da Criminalização*, é compreendido, em termos gerais, como “o aparato total de normas, instituições, saberes, ações e decisões, direta ou indiretamente, relacionados com o fenômeno criminal”.³⁶⁴ Esse sistema pode ser configurado, portanto, com base nas suas agências, no seu funcionamento e na sua ideologia.

As agências do sistema penal podem ser formais e informais. Aquelas, segundo Dias e Andrade, estão “situadas dentro do campo estrito da atuação jurídica sobre o crime”, abrangendo, assim, “a lei, como instância de criminalização primária”, e as agências de aplicação da lei ou de criminalização secundária, o que inclui as agências encarregadas da execução penal e as agências jurídicas encarregadas da assistência social aos delinquentes. As agências informais, por sua vez, são aquelas “agências sociais que, não atuando dentro do sistema da justiça penal, condicionam ainda a resposta social ao crime e ao delinquente”,³⁶⁵ ou seja, todas as demais agências do sistema social, como, por exemplo, a família, a escola, a igreja, a mídia, as empresas e as associações. As agências formais podem ser compreendidas em seu sentido estrito e em seu sentido amplo. Compreendem-se, entre as primeiras, os subsistemas legislativo (Poder Legislativo), policial, de justiça criminal (Ministério Público, Poder Judiciário e Advocacia) e de execução de penas (prisão e programas de penas alternativas). Entre as segundas, incluem-se as Universidades que formam, entre outros, bacharéis em direito, medicina, contabilidade, engenharia, psicologia, assistência social e economia, desenvolvendo o saber que será empregado pelos agentes do sistema no processo de criminalização, bem como todos os demais órgãos públicos, tais como os Tribunais de Contas, o Fisco e a Polícia Administrativa, que concorrem para o processo de criminalização.

³⁶⁴ BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização*, p. 55.

³⁶⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Criminologia*, p. 365-366.

A função principal do sistema penal é criminalizar, ou seja, é fazer com que as condutas e as pessoas sejam criminalizadas e, conseqüentemente, punidas, o que depende do cumprimento de todas as etapas do processo de criminalização. Assim, sua função é possibilitar a definição de condutas abstratas (criminalização primária) e a atribuição dessas condutas a determinadas pessoas (criminalização secundária), para que sobre elas possa ser imposta a sanção penal. Levando-se em consideração que essa é a função principal ou geral do sistema penal, pode-se dizer que cabe às agências informais, especificamente, a iniciativa de anteprojetos de lei e de ações concretas (empresários morais); às agências legislativas, a elaboração, discussão e aprovação de projetos de lei; às agências policiais, a vigilância e a investigação; ao Ministério Público, a promoção da ação penal pública e a fiscalização da correta aplicação do direito; à Advocacia, a defesa dos acusados e, eventualmente, o patrocínio dos interessados na promoção da ação penal privada; às agências judiciais, o processamento e o julgamento dos feitos criminais; e, por fim, às agências executivas, a execução das penas e medidas de segurança.

Cada uma dessas agências, contudo, segundo Hulsman, atua desvinculada uma da outra, porquanto “cada órgão ou serviço trabalha isoladamente e cada uma das pessoas que intervém no funcionamento da máquina penal desempenha o seu papel sem ter que se preocupar com o que se passou antes dela ou com que se passará depois”, de modo que “cada corpo desenvolve, assim, critérios de ação, ideologias e culturas próprias e não raro entram em choque, em luta aberta uns contra os outros”. Não obstante essa desvinculação e irresponsabilidade recíproca de uma agência em relação a outra, essas agências são vistas “como um conjunto ‘prestando justiça, combatendo a criminalidade’”.³⁶⁶ Embora também reconheça a heterogeneidade e a compartimentalização das diversas agências do sistema de justiça criminal, Zaffaroni faz questão de sublinhar que, na atuação desse sistema, há uma “*soma dos exercícios de poder de todas agências que operam independentemente*”.³⁶⁷ Para Andrade, no entanto, as agências do sistema penal funcionam integradas e num “*continuum* no qual é possível

³⁶⁶ HULSMAN, Louk. *Penas perdidas*, p. 59.

³⁶⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*, p. 144.

individualizar segmentos que vão desde o legislador até os órgãos encarregados do controle e assistência dos liberados e os sujeitos sob o regime de liberdade condicional”.³⁶⁸ Pode-se concluir, pois, que o sistema penal se caracteriza pela compartimentalização, desvinculação e integração desarmônica das suas diversas agências, que são, reciprocamente, irresponsáveis pela atividade uma da outra, apesar da continuidade dessas atividades, pela heterogeneidade na formação dos seus agentes e, por fim, pela institucionalização e verticalização das relações internas de cada uma dessas agências.

O sistema penal tem uma ideologia dominante, que compreende tanto os princípios integrantes da ideologia liberal, próprios do Estado liberal, quanto os da ideologia da defesa social, relacionados ao Estado social.³⁶⁹ A ideologia liberal está construída, principalmente, sobre a ideia de legalidade, de modo que, segundo Andrade, o Estado não está apenas legitimado para controlar a criminalidade, mas é autolimitado pelo direito penal no exercício desta função punitiva, realizando-a no marco de uma estrita legalidade e garantia dos direitos humanos do imputado, não havendo, assim, crime, nem pena, sem lei anterior, escrita, estrita e certa que o defina.³⁷⁰ A ideologia da defesa social, por sua vez, conforme Baratta, pode ser sintetizada no *princípio da legitimidade*, segundo o qual o Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade, da qual são responsáveis determinados indivíduos, por meio das agências do sistema penal; no *princípio do bem e do mal*, segundo o qual o delito é um dano para a sociedade, sendo, juntamente com o delinquente, um elemento negativo e disfuncional do sistema social, enquanto a sociedade constituída é o bem; no *princípio da culpabilidade*, segundo o qual o delito é a expressão de uma atitude interior reprovável, contrária aos valores e às normas presentes na sociedade mesmo antes de serem sancionadas pelo legislador; no *princípio da finalidade ou da prevenção*, segundo o qual a pena não tem somente a função de retribuir, mas a de prevenir o crime; no *princípio da igualdade*, segundo o qual a criminalidade é a violação da lei penal e, como tal, é o comportamento de uma

³⁶⁸ ANDRADE, Vera Regima Pereira. *Ilusão de segurança jurídica*, p. 210.

³⁶⁹ Ver noções sobre o Estado no §3º da Subseção I da Seção II do Capítulo III.

³⁷⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Ilusão de segurança jurídica*, p. 133 e 137.

minoria desviante, de modo que, se a lei penal é igual para todos, a reação penal deve ser aplicada de modo igual aos autores de delitos; no *princípio do interesse social e do delito natural*, segundo o qual, o núcleo central dos delitos definidos nos códigos penais das nações civilizadas representa ofensa de interesses fundamentais, de condições essenciais à existência de toda sociedade, sendo os interesses protegidos pelo direito penal comuns a todos os cidadãos. Apenas uma pequena parte dos delitos representa violação de determinados arranjos políticos e econômicos, e é punida em função da consolidação destes (delitos artificiais).³⁷¹

3.2 O processo de criminalização

A criminalização, por sua vez, é o processo por meio do qual o sistema penal define ou tipifica condutas na lei penal e as atribui a algumas pessoas, como crimes ou contravenções penais, juntamente com as sanções, sendo dividido em criminalização primária e secundária. O processo de criminalização primária é aquele que, ocorrendo no âmbito do processo legislativo, com participação de grupos sociais e da mídia, define ou tipifica as condutas passíveis de serem imputadas às pessoas, podendo, assim, ser consideradas crimes no processo de criminalização secundária. Já o processo de criminalização secundária é aquele que, ocorrendo por meio do processo penal, no âmbito das agências do sistema penal formal, especialmente nas agências policiais, judiciais, do Ministério Público e de execução penal, atribui às condutas típicas a qualidade de crime e, conseqüentemente, de criminoso aos seus autores, o que significa dizer que, com essa atribuição da qualidade de criminoso, ocorre uma mudança do estado pessoal deste, isto é, a manipulação da sua identidade (estigmatização).

³⁷¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*, p. 42-43. O sistema penal brasileiro recepciona, integralmente, a ideologia da defesa social, que informa não somente a produção da legislação penal, processual penal e de execução penal vigente, mas, também, por meio da dogmática penal, a atuação dos diversos agentes do sistema penal. Com o passar dos tempos, as diversas ciências, sobretudo as psicológicas e sociológicas, passaram a fornecer inúmeras teorias, questionando os princípios formadores da ideologia da defesa social, tendo o conjunto dessas teorias sido sistematizado pelo criminólogo crítico Alessandro Baratta, em sua obra *Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal*, conforme se pode depreender dos Capítulos III a IX da referida obra.

É possível perceber, conforme assinala Baratta, que o *status* atribuído aos indivíduos no processo de criminalização obedece a uma dupla seleção, ou seja, “a seleção de bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais” e “a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas”. A criminalidade passa, assim, a ser concebida como “um ‘bem negativo’, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema sócio-econômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos”.³⁷² A seletividade é, pois, a característica principal do processo de criminalização, em face dessa filtragem que ocorre em relação às condutas que devem ser tipificadas e das pessoas às quais devem aquelas ser atribuídas. Essa seletividade é percebida, no âmbito da criminalização primária, quando o legislador, na tipificação, seleciona as condutas que devem ser definidas como infrações penais, protegendo bens, valores e interesses e, em face dessa escolha, fazendo um prognóstico das classes sociais que serão atingidas pela criminalização e das respostas de que essas condutas são passíveis. Já, no âmbito da criminalização secundária, a seletividade ocorre quando as pessoas (vítimas ou não), a Polícia, o Ministério Público, o Poder Judiciário e o sistema prisional selecionam quem deve ser, respectivamente, noticiado, investigado, acusado, condenado e cumprir penas, consoante a legislação existente.

A seletividade pode ser tanto qualitativa, quando realizada em face da qualidade da conduta ou do bem juridicamente tutelado e da pessoa, quanto quantitativa, quando realizada em face da incapacidade do sistema diante das inúmeras condutas passíveis de serem definidas como infrações penais e das muitas práticas de tais condutas. Essa seletividade, que é inerente ao processo de criminalização, gera impunidade, que é um fenômeno incontornável, tanto que, segundo Zaffaroni, se o sistema penal realizasse a planificação contida nas leis penais, é certo que produziria “o indesejável efeito de se criminalizar várias vezes toda a população”, provocando “uma catástrofe social”.³⁷³

³⁷² BARATTA, A. *Op. Cit.* p. 123.

³⁷³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*, p. 26 e 27.

Essa filtragem ocorre em etapas, de modo que o primeiro filtro é o que corresponde aos fatos ocorridos, mas não percebidos, os quais são constituídos por fatos normalmente sem vítimas.³⁷⁴ O segundo filtro ocorre em relação aos fatos percebidos, mas não levados a conhecimento da polícia, por razões de proximidade ou parentesco entre o agente e a vítima, como se percebe, por exemplo, nas relações familiares, nos estupros e nas agressões, ou em face do medo que as vítimas têm de serem novamente agredidas.³⁷⁵ O terceiro filtro ocorre em relação aos fatos percebidos e registrados, mas não esclarecidos pela polícia, que tem conhecimento, em regra, acerca da identidade da vítima, mas não do autor. Nesses casos, a polícia não investiga a autoria por deliberação própria ou políticas de prioridades motivadas na impossibilidade estrutural. O quarto filtro encontra-se na esfera da justiça, ou seja, abrange os fatos percebidos, registrados e investigados, mas que não resultam em processo, porque não são denunciados pelo Ministério Público (nos casos de ação pública) ou em relação aos quais não são oferecidas queixas pelas vítimas ou pelos demais legitimados (nos casos de ação privada) perante o Poder Judiciário. O quinto filtro refere-se aos fatos percebidos, registrados, investigados e processados, mas não condenados pelo Poder Judiciário, por razões de falta ou insuficiência de provas de autoria, ou em face da presença de excludente de tipicidade, ilicitude ou exculpação, ou de ausência de condição objetiva de punibilidade, da presença de escusa absolutória ou mesmo da causa de extinção de punibilidade, entre as quais a prescrição é a mais frequente. O sexto e último filtro se refere aos fatos percebidos, registrados, investigados, processados e condenados, mas que acabam não sendo executados, porque as penas são alcançadas por alguma causa de extinção de punibilidade, sobretudo pela prescrição, ou pela insuficiência de vagas para o

³⁷⁴ Entre esses estão o aborto, o consumo e o tráfico de drogas, as condutas que não exponham bens jurídicos a perigo concreto ou que não lesem vítima específica, como, por exemplo, condutas que afetam o meio ambiente e o sistema financeiro.

³⁷⁵ Nos estupros, a vítima normalmente é submetida a uma nova cadeia de sofrimento, em face dos exames e inquirições, em que sua intimidade será novamente exposta. As vítimas, em regra, têm seus comportamentos analisados no processo, sendo, muitas vezes, alvo de ataques na produção da defesa. Os crimes ocorridos nas empresas, como estupros, furtos, lesões corporais, normalmente resolvem-se na própria empresa, uma vez que há um custo para a empresa, se o fato for noticiado à polícia.

cumprimento das penas privativa de liberdade ou restritivas de direito, ou, ainda, por ser o apenado insolvente para o pagamento da pena de multa.

As investigações orientadas pelo paradigma da definição situam-se, segundo Andrade, em três níveis, ou seja, no nível da criminalização primária, em que a atenção se volta “para a investigação do processo de definição da conduta desviada”, mais especificamente para o estudo de quem detém, em maior ou menor medida, o poder social desta definição; no nível da criminalização secundária, em que a investigação se ocupa da “atribuição do *status* criminal”; e, por fim, no nível do desvio secundário, em que a investigação trata do “impacto da atribuição do *status* de criminoso na identidade do desviante”.³⁷⁶

A linguagem, no paradigma da definição, como é fácil de perceber, diversamente do que ocorre em relação ao paradigma etiológico ou positivista, não exerce uma função secundária e instrumental de expressão da realidade criminal, porquanto é nela que se constitui a criminalidade, quando se qualifica, abstratamente, as condutas passíveis de criminalização concreta nos tipos penais e quando essas condutas são definidas e atribuídas concretamente a pessoas determinadas. A compreensão desses processos pressupõe, pois, a compreensão da própria linguagem.

³⁷⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Ilusão de segurança jurídica*, p. 208. Na visão barattiana, no entanto, as indagações acerca do comportamento desviante, quando orientadas pelo paradigma da definição, seguem duas direções, isto é, uma que se preocupa com o “estudo da formação da ‘identidade’ desviante, e do que se define como ‘desvio secundário’, ou seja, o efeito da aplicação da etiqueta de ‘criminoso’ (ou também de ‘doente mental’) sobre a pessoa em que se aplica a etiqueta”, e uma segunda linha investigativa que trata do “problema da definição, da constituição do desvio como qualidade atribuída a comportamentos e a indivíduos, no curso da interação”. Essa segunda linha remete ao “problema da distribuição do poder de definição, para o estudo dos que detêm, em maior medida, na sociedade, o poder de definição, ou seja, as agências de controle social”. Situam-se na dimensão da “definição”, segundo Baratta, as pesquisas realizadas no âmbito do interacionismo simbólico (H. Becker, E. Goffman, J. Kitsuse, E. M. Lemert, E. M. Schur, F. Sack), da fenomenologia e a etnometodologia (P. Berger e T. Luckmann, A. Cicourel, H. Garfinkel, P. McHugh, T. J. Scheff), enquanto a sociologia do conflito (G. B. Vold, A. T. Turk, R. Quinney, K. F. Schumann) se dedica, particularmente, à dimensão do poder (BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*, p. 89 e 92). No campo estrito do direito, pode-se dizer que, enquanto a criminalização primária corresponde, em linhas gerais, ao processo legislativo de criação dos tipos penais, a criminalização secundária está relacionada ao processo penal em seu sentido amplo, abrangendo, pois, desde a investigação criminal até a execução da pena, e, por fim, o desvio secundário está relacionado à reincidência criminal.

Capítulo III A METALINGUAGEM JURÍDICO-PENAL

Apresentação

Quando se fala sobre algo, usa-se uma linguagem, todavia, quando a linguagem é o objeto do qual se fala, como é o caso da presente tese, não se pode exprimi-la a não ser por meio de outra linguagem, que é a metalinguagem, pois, para comunicar-se acerca da linguagem-objeto, é necessário utilizar-se de categorias próprias que permitem exprimir ou construir sentidos sobre essa linguagem. Isso ocorre, também, em relação ao direito, especificamente, ao direito penal e ao direito processual, cuja metalinguagem possui uma série de teorias, conceitos e doutrinas que possibilitam a comunicação sobre o teor dos textos normativos dessas referidas áreas do direito.

Assim, é preciso discorrer sobre as categorias principais da metalinguagem jurídico-penal, com os seus sentidos mais comuns ou usuais, as quais permitem a comunicação sobre a linguagem jurídico-penal objeto.

Dividido em duas seções, o presente capítulo tem o propósito, na primeira seção, de distinguir a linguagem-objeto da metalinguagem e, na segunda, de discorrer sobre os principais elementos estruturais da metalinguagem jurídico-penal.

Seção I Metalinguagem jurídico-penal e linguagem jurídico-penal objeto

A distinção entre a metalinguagem jurídico-penal e a linguagem jurídico-penal objeto é uma decorrência da função metalinguística da linguagem, percebida, segundo Chalhub, somente quando, numa mensagem, “o emissor e o

receptor precisam verificar se o código que utilizam é o mesmo”.³⁷⁷ Isso ocorre quando a linguagem se transforma em objeto, passando, como diz Jakobson, a ser compreendida tanto no seu nível de linguagem-objeto, ou do qual se fala, quanto no seu nível metalinguístico, isto é, no qual se fala.³⁷⁸ A necessidade de estabelecer esses dois níveis da linguagem, segundo Warat, surge quando se toma como objeto de nossa reflexão a própria linguagem, pois as linguagens são incapazes de “produzirem processos de autocontrole sobre a lei de sua organização lógica”, sendo necessária, então, a “construção de um outro nível de linguagem, a partir do qual se possa fazer uma investigação problematizadora dos componentes que se pretende analisar”.³⁷⁹

Essa distinção tem suas raízes no nominalismo, uma vez que Ockham, conforme Ghisalberti, já distinguia termos de primeira e de segunda imposição. Enquanto os primeiros se referem a objetos que não sejam palavras ou signos, os segundos indicam outros sinais convencionais e as suas propriedades, como, por exemplo, os termos gramaticais que indicam o substantivo e o adjetivo. Os termos de primeira imposição se dividem em termos de primeira e segunda intenção. Os termos de primeira intenção “são signos naturais de objetos ou de coisas”, como, por exemplo, homem, cavalo e árvore, e os de segunda intenção “significam conceitos ou intenções da mente e que, portanto, são signos de signos naturais”, como, por exemplo, os termos universal, gênero e espécie. Em suma, Ockham descreve três níveis ou planos linguísticos, ou seja, os níveis ou planos dos objetos que são significados, mas não significam; dos signos naturais ou termos que significam os objetos; e, por fim, dos signos dos signos ou termos que significam outros termos.³⁸⁰

Mais recentemente, no entanto, Carnap designou metalinguagem ou L2 a linguagem que é utilizada para falar de outra linguagem, designada, por sua vez, linguagem-objeto ou L1. Enquanto esta tem uma forma simples que cobre um limitado campo de conceitos definidos, aquela é rica de expressão em relação a

³⁷⁷ CHALHUB, Samira. *A metalinguagem*, p. 27-28.

³⁷⁸ JAKOBSON, Roman. *Linguística e comunicação*, p. 127.

³⁷⁹ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*, p. 48.

³⁸⁰ GHISALBERTI, Alessandro. *Guilherme de Ockham*, p. 42 e 43.

esta, a qual abrange como uma sublinguagem. Essa diferenciação permite que se faça uma distinção, também, entre a designação e o objeto designado, pois essa designação de um objeto pode ser tanto um nome próprio como a descrição desse objeto, como, por exemplo, a palavra “Paris” e a “cidade de Paris”, de modo que, ao se afirmar que “‘Paris’ é bissilábica”, está-se referindo à palavra “Paris” e não à “cidade de Paris”.³⁸¹

Para os lógicos positivistas, explica Warat, as leis de organização lógica não pertencem ao mesmo corpo da linguagem-objeto, pois isso levaria a “situações paradoxais”, como, por exemplo, a “antinomia do mentiroso”, presente na afirmação do cretense, quando diz que “os cretenses sempre mentem”, uma vez que, “se aceitássemos a proposição como verdadeira, o cretense que a formulou também mentiu e, assim, nem sempre os cretenses mentem”, sendo, pois, falsa, ao mesmo tempo, a afirmação. Essa contradição somente pode ser superada se houver uma separação entre os níveis de linguagem, estando a afirmação “os cretenses sempre mentem” num nível distinto da linguagem que busca qualificar tal afirmação como verdadeira ou falsa. Assim, enquanto a afirmação é uma linguagem-objeto, a qualificação da informação é uma metalinguagem, afastando-se a contradição, uma vez que essa não ocorre em níveis diferenciados de linguagem.³⁸² Por isso, segundo Pasquinelli, a distinção apontada por Carnap entre “linguagem objetual” e “metalinguagem” representa importante contribuição “para assegurar extrema precisão e imunidade nas confrontações de paradoxos, antinomias e similares”.³⁸³

A existência desses dois níveis da linguagem é representada por Wittgenstein, conforme Warat, por meio das expressões “dizer” e “mostrar”, de modo que, “o que se diz em uma linguagem pode ser mostrado ou problematizado em sua metalinguagem, que, por sua vez, pode ser objeto de uma nova problematização em uma nova metalinguagem”. Por isso, pode-se falar de “metalinguagem de primeiro e segundo graus” e de cadeias linguísticas que podem “prosseguir até o infinito”. No plano da ciência, a metalinguagem tem por

³⁸¹ CARNAP, Rudolf. *The logical syntax of language*, p. XIII, XIV, 33 e 153.

³⁸² WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*, p. 48.

³⁸³ PASQUINELLI, Alberto. *Carnap e o positivismo lógico*, p. 48.

objeto “o estudo da estrutura da linguagem científica”, permitindo que sejam determinadas “as regras de controle dos processos de elucidação e de transformação das linguagens da ciência”.³⁸⁴

As noções de linguagem-objeto e de metalinguagem foram transportadas por Kelsen ao direito, ao estabelecer distinção entre normas e proposições jurídicas, de modo que, enquanto aquelas são produzidas para serem aplicadas e observadas pelos destinatários do direito, estas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem essas normas.³⁸⁵ Assim, se a ciência jurídica tem como objeto “efetuar uma descrição do direito positivo de um país”, então os textos normativos, que são objetos da reflexão científica, segundo Warat, constituem-se em linguagem-objeto e as proposições descritivas desse direito positivo, uma metalinguagem. Há, pois, uma linguagem própria dos textos normativos, isto é, entre outros, da constituição, das leis, dos decretos, das resoluções e das portarias, e outra própria da ciência do direito, que é a linguagem voltada a explicar esses mesmos textos normativos, não se confundindo, portanto, as normas com suas proposições descritivas.³⁸⁶

A correlação entre o direito positivo como linguagem-objeto e a ciência do direito como metalinguagem presente no pensamento kelseniano desenvolve-se, segundo Rocha, em dois momentos, sendo o primeiro aquele em que ocorre a “definição da norma jurídica como um esquema de interpretação do mundo”, pois “um fato só é jurídico se for o conteúdo de uma norma”, exercendo a linguagem, nesse momento, uma função meramente prescritiva; e o segundo, o da transformação da norma jurídica em linguagem-objeto da ciência do direito e desta em metalinguagem, com função descritiva das estruturas das normas jurídicas.³⁸⁷

Inspirado em Capella, também Coelho admite haver uma linguagem jurídica “constituída pelas expressões da legislação” e outra, a metalinguagem, “constituída pelas expressões utilizadas pelos juristas enquanto falam das leis”. A linguagem da lei pode ser tanto “normativa”, quando “tem força vinculante em

³⁸⁴ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*, p. 49.

³⁸⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 80.

³⁸⁶ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*, p. 50-51.

³⁸⁷ ROCHA, Leonel Severo. *Da teoria do direito à teoria da sociedade*, p. 69-70.

relação a atos de conduta”, quanto não-normativa, quando não tem essa força vinculante, como no caso das definições, sendo essa, também, “uma metalinguagem incorporada à lei”. A linguagem da interpretação judicial, que também é uma metalinguagem, compõe-se de elementos normativos e não-normativos, o que corresponde à ordem contida na sentença e à motivação, de modo que, constituindo esses elementos não-normativos uma metalinguagem em relação aos normativos, pode-se dizer que temos “uma metalinguagem dentro da metalinguagem”.³⁸⁸ A metalinguagem distingue-se em “metalinguagem sintática”, que se refere somente a termos, e a “metalinguagem semântica”, que se refere tanto a termos quanto a objetos. A linguagem usada pelos juristas nos trabalhos científicos é metalinguagem semântica, pois se refere tanto aos termos da lei quanto aos objetos que tais termos designam.³⁸⁹

No âmbito jurídico-penal, os textos legislativos, que contêm as normas penais, sejam elas incriminadoras (tipos penais), não incriminadoras (normas diretivas, explicativas, de aplicação, de justificação, de exculpação ou de não-punição), ou processuais penais, são os objetos sobre os quais se debruçam os estudiosos do direito penal e processual penal, por meio da metalinguagem jurídico-penal, que constitui, entre outros, os conceitos, doutrinas e teorias penais.

Seção II

Elementos estruturais da metalinguagem jurídico-penal

Os principais elementos estruturais da metalinguagem jurídico-penal são aquelas categorias consideradas básicas dessa metalinguagem, sem as quais não se pode falar da linguagem jurídico-penal, quando esta estiver na condição de objeto da investigação científica, como é o caso da presente pesquisa.

Assim, não se pode falar de indivíduo, de sociedade, de Estado, de direito de punir, de norma e lei penal e processual penal, de fato punível, de sanção

³⁸⁸ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*, p. 281-282.

³⁸⁹ COELHO, L. F. *Op. Cit.* p. 281.

penal, de vítima e criminoso e de processo e suas relações, sem que seja por meio das teorias, conceitos e doutrinas respectivas. O propósito da presente seção é, tão-somente, discorrer sobre alguns sentidos mais usuais dessas categorias, com o fim de situar o leitor, por serem básicas e figurarem, com frequência, no debates que ocorrem nos meios legislativo, científico e processual penal, embora, como adverte Brandão, seja “preciso contextualizar os institutos para uma perfeita compreensão sobre as causas que determinam a sua existência” e, mais que isso, “que se renove sempre o olhar crítico para sua operação cotidiana, especialmente quando a realidade das Sociedades contemporâneas muda cada vez mais rapidamente”.³⁹⁰

A presente seção está dividida, assim, em seis subseções, estando a primeira voltada para o indivíduo, a sociedade, o Estado e o direito de punir; a segunda, para a norma e a lei penal e processual penal; a terceira, para fato punível, o que abrange o crime, a criminalidade e a criminalização; a quarta, para a sanção penal; a quinta, para a vítima e o criminoso; e, por fim, a sexta, para o processo penal e suas relações.

Subseção I

O indivíduo, a sociedade, o Estado e o direito de punir

O indivíduo, a sociedade, o Estado e o direito de punir são categorias frequente na metalinguagem jurídico-penal. A relação entre essas categorias, especialmente as três primeiras, e a linguagem é reconhecida por Hobbes ao afirmar que, sem esta, “não haveria entre os homens nem Estado, nem sociedade, nem contrato, nem paz”.³⁹¹ Indivíduo, sociedade e Estado são, no entanto, termos que dependem dos seus conceitos, doutrinas e teorias, que nada mais são do que linguagens que servem para falar de linguagem, isto é, são metalinguagens, que têm formas e conteúdos os mais variados, conforme se alteram as concepções

³⁹⁰ BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações constitucionais*, p. 19.

³⁹¹ HOBBS DE MALMESBURY, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*, p. 43.

relacionadas às suas origens e aos seus estágios de desenvolvimento ou mesmo aos diversos modelos organizacionais.

§1º. O indivíduo

Como categoria da linguagem jurídico-penal, o termo *indivíduo* designa a pessoa humana, ou seja, a menor unidade de um sistema maior e mais complexo, que, no dizer Wolkmer, vive na dimensão de um mundo simbólico, linguístico e hermenêutico, refletindo padrões culturais múltiplos e específicos.³⁹² O indivíduo está inserido e se relaciona com a sociedade e o Estado, sendo a menor unidade dos agregados sociais e, por consequência, também, do Estado, difícil de ser encontrado longe desses agregados, nos quais se fazem presente a comunicação e o direito que regula a relação entre as pessoas. Importa, portanto, uma visão do indivíduo na sua relação com os demais indivíduos, os quais podem ser considerados isolada ou conjuntamente. Ressalvadas as posições que admitem a responsabilidade penal da pessoa jurídica, é contra o indivíduo supostamente transgressor das leis que a sociedade, por meio do Estado, volta-se com o intento de puni-lo, sendo aquele, também, o detentor das garantias penais e processuais que devem por este ser respeitadas, isso porque, no âmbito do processo penal, estabelece-se uma relação de adversidade entre a sociedade, por meio do Estado, e o indivíduo, sem que este perca a condição de integrante daquelas organizações mais complexas.

§2º. A sociedade

A *sociedade*, por sua vez, como diz Dallari, é o termo que designa “o produto da conjugação de um simples impulso associativo natural e da cooperação da vontade humana”, tendo, como elementos necessários para o seu reconhecimento, a “sua finalidade”, a “manifestação de conjunto ordenadas” e o

³⁹² WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*, p. 61.

“poder social”.³⁹³ A sociedade é definida por Wolkmer como “uma realidade racional, fruto da cooperação natural dos homens que buscam a realização de fins que satisfazem suas necessidades, ou uma realidade artificial e fictícia, resultado, não de uma associação natural, mas de acordo e vontades”.³⁹⁴

É usada, também, a expressão *sociedade civil* que, no dizer de Bobbio, tem diversos significados no pensamento político, utilizando-a Hobbes em contraposição à sociedade natural; Rousseau, com o sentido de sociedade civilizada; Hegel, como um estágio intermediário entre o “estado de natureza” e o “Estado”; Marx, como “sociedade burguesa”; e Gramsci, em contraposição à “sociedade política”, como dois elementos que compõem a superestrutura do Estado e, por isso, com este se identificando. Atualmente, a expressão sociedade civil se refere à “esfera das relações entre indivíduos, entre grupos e entre classes sociais, que se desenvolvem à margem das relações de poder que caracterizam as instituições estatais”, ou seja, é “o terreno dos conflitos econômicos, ideológicos, sociais e religiosos que o Estado tem a seu cargo resolver”, ou, ainda, “a base da qual partem as solicitações às quais o sistema político está chamado a responder”, que nada mais é do que “o campo das organizações das forças sociais que impelem à conquista do poder político”.³⁹⁵

Inexiste, no entanto, uma sociedade homogênea ou apenas uma sociedade, pois o impulso associativo ou de cooperação que está por trás do conceito de sociedade não tem a mesma origem ou não pressupõe indivíduos ou grupos com os mesmos interesses e objetivos.

No âmbito jurídico-penal, o que se percebe é que a legitimação social para o controle da criminalidade é transferida da sociedade para o Estado, pois, segundo Baratta, este é considerado “expressão da sociedade”.³⁹⁶ Assim, embora a sociedade seja uma categoria muito presente no âmbito jurídico-penal, é o Estado que concentra em si o direito de punir, exercendo-o em nome da

³⁹³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*, p. 12 e 20. O detalhamento de cada um desses elementos pode ser conferido nas páginas 22 e ss. desta mesma obra de Dallari.

³⁹⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*, p. 61.

³⁹⁵ BOBBIO, Norberto *et alli*. *Dicionário de política*, v.2, p. 1206-1210.

³⁹⁶ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*, p. 42.

sociedade, com o propósito de garantir o indivíduo contra o arbítrio e a reação ilimitada.

§3º. O Estado

É no *Estado*³⁹⁷ que se produzem tanto a linguagem jurídico-penal objeto quanto a metalinguagem jurídico-penal, uma vez que é ele que tem o controle direto ou indireto das agências do sistema penal, sendo, em razão disso, uma categoria muito presente na linguagem jurídico-penal.

Apesar de reconhecer o caráter problemático do conceito de Estado, Dallari afirma que esse termo designa “a *ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território*”.³⁹⁸ Para Wolkmer, por sua vez, o Estado pode ser compreendido em dois sentidos, ou seja, por um lado, “como um jogo de papéis e funções que se interligam e se complementam na esfera de uma estrutura sistêmica”; por outro, “como um aparelho repressivo que tende a defender os interesses das classes dominantes no bloco hegemônico de forças”.³⁹⁹

Diz-se que é no Estado que se produz a linguagem, pois, conforme Heller, o seu poder deve ser compreendido tanto como uma “unidade de ação política” quanto como uma “unidade de decisão política”. Isso significa dizer que a criação e a execução jurídicas são atribuídas ao poder do Estado, “o qual, para esses fins, mantém um aparelho especial que se apresenta geralmente como a unidade de decisão e ação mais forte dentro do território do Estado”.⁴⁰⁰ A linguagem,

³⁹⁷ Prepondera a concepção no sentido de foi Maquiavel o primeiro a utilizar o termo “estado” (BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*, p. 65; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*, p. 24; BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Das sociedades pré-estatais ao estado moderno e deste ao estado contemporâneo: evolução da sociedade civil*, p. 27). Referindo-se a “organizações políticas anteriores ao estado moderno”, Brandão emprega o termo “Estado” para indicar e descrever a organização estatal a partir do “Estado moderno”, que é a “forma de ordenamento político que floresceu na Europa no século XIV, no período que ficou conhecido como Renascença”. (BRANDÃO, P. de T. *Op. Cit.* p. 22 e 26).

³⁹⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*, p. 119. É necessário ter em mente, conforme Dallari, que há duas orientações conceituais de Estado, ou seja, uma que se liga à noção de força, que resultam em conceitos políticos (Heller e Bourdieu) e outra que realça a noção jurídica (Ranelletti, Jellinek, Kelsen) (DALLARI, D. de A. *Op. Cit.* p. 117-118).

³⁹⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*, p. 61.

⁴⁰⁰ HELLER, Hermann. *Teoria do estado*, p. 283, 287 e 288.

sobretudo no que diz respeito à sua dimensão discursiva, acompanhou as diversas transformações às quais foi submetido o Estado desde a sua origem.

Apesar da ausência de consenso, segundo Brandão, acerca da origem da organização estatal,⁴⁰¹ há concepções que se referem às suas origens natural, racional, divina e contratual, atribuindo-a Aristóteles à criação da natureza externa ao homem;⁴⁰² Cícero, à natureza interna ou à razão humana;⁴⁰³ o agostinismo e o tomismo, à obra divina;⁴⁰⁴ e, por fim, o contratualismo, que parte da tradicional distinção hobbesiana entre estado de natureza e estado civil (*Leviatã*), atribui à necessidade do estabelecimento de um pacto que propiciasse à humanidade um poder comum. Com esse pacto, ter-se-ia conferido força e poder a um homem ou a uma assembléia de homens, desde que esta possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade, surgindo uma vontade soberana, a quem caberia realizar a defesa de todos contra as invasões dos estrangeiros, e garantir uma segurança suficiente para que todos pudessem trabalhar e sobreviver do seu trabalho.⁴⁰⁵ Na visão rousseauana, contudo, essa renúncia não se operaria em favor de somente uma pessoa ou de uma assembléia, mas de todos, pois cada membro é “parte indivisível do todo”.⁴⁰⁶

Inúmeras foram as transformações sofridas pelo Estado com o passar dos tempos, podendo-se falar, assim, do Estado antigo,⁴⁰⁷ do Estado medieval,⁴⁰⁸ ou

⁴⁰¹ BRANDÃO, Paulo de Tarso. Das sociedades pré-estatais ao estado moderno e deste ao estado contemporâneo: evolução da sociedade civil, p. 20.

⁴⁰² ARISTÓTELES. *Política*, p. 56.

⁴⁰³ CÍCERO. *Da república*, p. 70.

⁴⁰⁴ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, p. 97 e 99. AQUINO, São Tomás de. *Suma teológica*, I – II Parte, p. 529.

⁴⁰⁵ HOBBS DE MALMESBURY, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*, p. 143 e 144.

⁴⁰⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social e outros escritos*, p. 31.

⁴⁰⁷ O Estado antigo abrange as particularidades relacionadas ao estado teocrático ou oriental, ao estado grego e ao estado romano. Explicam Streck e Morais que o Estado oriental ou teocrático, era caracterizado por sua natureza unitária, inexistindo qualquer divisão interior, nem territorial, nem de funções, e por sua religiosidade, uma vez que a autoridade do governante e as normas de comportamento eram tidas como manifestação de um poder divino, o que demonstra a estreita relação entre o Estado e a divindade. O Estado grego, por sua vez, era conhecido como Cidade-estado, ou seja, a *polis* era a manifestação maior da sociedade política, visando a um ideal de autossuficiência, contendo uma elite (classe política), com intensa participação nas decisões do Estado nos assuntos públicos; e, nas relações de caráter privado, a autonomia da vontade individual restrita. Já o Estado romano tinha base familiar de organização (*pater familiae*), com uma restrita noção de povo, compreendendo faixa estreita da população, sendo os magistrados tidos como governantes superiores. Em suma, os Estados antigos, genericamente considerados, são caracterizados como Estados não-nacionais, pois o povo não estava ainda ligado por tradições, lembranças, costumes, língua e cultura, mas por

das formas estatais pré-modernas e dos Estados modernos e contemporâneo,⁴⁰⁹ sendo as duas últimas as mais importantes para o presente estudo, pois é nelas em que se estrutura e se sedimenta o direito penal e processual penal.

Não há um marco preciso do surgimento do Estado moderno, tendo este resultado, conforme Dallari, das deficiências da sociedade política medieval, as quais mantinham de pé uma antiga aspiração à unidade.⁴¹⁰ De qualquer forma, pode-se dizer que a passagem do Estado medieval ao moderno iniciou-se por volta do século XIV, na Europa, em meio aos fenômenos do mercantilismo, da migração, da formação das cidades e, sobretudo, da ascensão do capitalismo.⁴¹¹

produtos de guerra e conquistas; o modelo social estava baseado na separação rígida das classes e no sistema de castas; os governos eram marcados pela autocracia ou por monarquias despóticas; o poder político, tido como de origem teocrática, era exercido de modo autoritário; possuíam sistemas econômicos de produção rural e mercantil baseados na escravidão; e sofriam profunda influência religiosa (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*, p. 20). Pode-se dizer, ainda, que, nesse período de desenvolvimento estatal, predominava a forma de dominação tradicional, que, no dizer de Weber, estava “baseada na crença cotidiana na santidade das tradições vigentes desde sempre e na legitimidade daqueles que, em virtude dessas tradições, representam a autoridade” (WEBER, Max. *Economia e sociedade*, v.1, p. 141).

⁴⁰⁸ Os Estados medievais, permeados por uma pretensão cristã de construir um estado universal e marcados pelas invasões bárbaras que levaram ao surgimento de unidades independentes e estruturadas com base no modelo social e econômico feudal, podem, segundo Streck e Morais, ser caracterizados como de permanente instabilidade política, econômica e social. É possível verificar a distinção e o choque entre os poderes espiritual e temporal, assim como a fragmentação do poder, mediante a infinita multiplicação de centros internos de poder político, distribuídos, entre outros, aos nobres, bispos, universidades, reinos e corporações. Por isso, esses Estados possuíam um sistema jurídico consuetudinário, embasado em regalias nobiliárquicas, em que o senhor feudal detinha os poderes econômico, político, militar, jurídico e ideológico sobre seus “servos”, havendo, pois, relações de dependência pessoal (hierarquia de privilégios), em que o plebeu (vassalo) estava submetido ao senhor (suserano) e não ao rei, não havendo, assim, centralização do poder (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*, p. 21 e 23). Predominava, nos Estados medievais, a forma de dominação carismática, que, no dizer de Weber, está “baseada na veneração extracotidiana da santidade, do poder heróico ou do caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por esta reveladas ou criadas” (WEBER, Max. *Economia e sociedade*, v.1, p. 141).

⁴⁰⁹ Os marcos temporais que caracterizam esses momentos de transformação do Estado não necessariamente coincidem integralmente com os mesmos marcos dos respectivos períodos históricos.

⁴¹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*, p. 65 e 70. O surgimento do Estado moderno pressupõe um período de transição depois do Estado medieval, no qual se situa o Estado estamental, que, para Quintana, segundo Streck e Morais, é a forma estatal presente na Europa no século XIV. Essa forma estatal era formada por estamentos como a alta e a baixa nobreza, o clero e a burguesia das cidades, sendo fundada em pactos elaborados e subscritos pelos membros de múltiplas classes, que juravam lealdade entre si e obediência aos seus príncipes e reis. Era um conglomerado de direitos adquiridos e privilégios, e não uma constituição, que dava forma jurídica a este protoestado medieval. (STRECK Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*, p. 27).

⁴¹¹ A ascensão do capitalismo é um processo que durou séculos, na Europa ocidental e central, coexistindo com o feudalismo, um modelo econômico e social que, no dizer de Wolkmer, surgiu na Idade Média “como resultado da combinação de dois significativos eventos: a decadência da sociedade escravista romana e a fragmentação da sociedade gentílica dominante entre os povos nórdicos da Europa”. A sociedade feudal estava fundada na posse e na produção econômica agrária, cujas relações sociais eram marcadas pela relação de servidão entre o senhor da terra e os vassalos e pela hierarquia dos privilégios, sendo a posse da terra o

limite dessas relações, tanto no âmbito político quanto no jurídico. Havia, nesse modo de organização social e econômica, um pluralismo político pela descentralização do poder, como, também, uma visão social de vida corporativa, em que se faziam presentes fenômenos coletivos e múltiplos corpos sociais, cada qual com sua autonomia interna para desenvolver funções políticas e jurídicas, mas dispostos a colaborar e a participar solidariamente do conjunto, de modo a reconhecer a existência de um sistema jurídico múltiplo e consuetudinário, com a convivência supletiva, também, com os direitos canônico, visigótico e romano, o que caracteriza um modelo jurídico pluralista. (WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico*, p. 23-24). O feudalismo, contudo, esvaia-se, passando o vassalo a ser súdito do rei, sendo os diversos poderes dispersos pelos feudos substituídos e unificados no poder soberano da monarquia absoluta. Esta, por sua vez, buscou estabelecer um conjunto de normas impessoais e gerais que desse segurança e garantias aos súditos, isto é, para que a burguesia em ascensão pudesse comercializar e produzir riquezas (e delas desfrutar) com segurança e com regras determinadas. (STRECK Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*, p. 22, 24-26 e 28). Isso tudo ocorreu, segundo Wolkmer, porque, entre os séculos XI e XV, em face de sucessivas crises na esfera da formação social, do modo de produção da riqueza e da organização político-institucional, a economia agrário-senhorial cedeu espaço para uma economia mercantil-assalariada. Essas crises sociais consistiam no despovoamento do campo e na conseqüente queda da produção agrícola, o que implicou a desintegração das comunidades de pequenos agricultores autônomos, causando a emergência de um setor social organizado voltado à prática de atividade comercial lucrativa, o que resultou no desenvolvimento de uma economia de mercado urbano, na acumulação de capital e nas trocas de mercadorias em base monetária. Os pequenos agricultores, ao tempo em que se libertaram das relações de servidão com os seus senhores, acabaram caindo em outro tipo de relação, desta feita com os detentores desse capital, relação esta também de subordinação, ou seja, de trabalho assalariado. Ascende, pois, gradualmente, a partir do final da idade das trevas, um novo modelo econômico e social, o capitalismo, que irá se sedimentar, nos séculos XVI e XVII, firmando pé até os dias atuais, (WOLKMER, Antônio Carlos. *O pluralismo jurídico*, p. 24-26), sendo esse modelo de produção decisivo para o surgimento do Estado moderno. O capitalismo é, pois, segundo Rusconi, um sistema que privilegia a “propriedade privada dos meios de produção, para cuja ativação é necessária a presença do trabalho assalariado formalmente livre”, em que “o sistema de mercado está baseado na iniciativa e na empresa privada, não necessariamente pessoal” e em que há “processos de racionalização de meios e métodos diretos e indiretos para a valorização do capital e da exploração das oportunidades de mercado para efeito de lucro”. (RUSCONI, Gian Enrico. *Capitalismo*, p. 141). Nesse sistema, conforme Marx, a capacidade ou a força de trabalho se transformam em mercadoria adquirida, como qualquer outra, pelo possuidor do capital no mercado, entendendo-se por força de trabalho ou capacidade de trabalho “o conjunto das faculdades físicas e mentais, existentes no corpo e na personalidade viva de um ser humano, as quais ele põe em ação toda a vez que produz valores-de-uso de qualquer espécie”. (MARX, Karl. *O capital*, Livro 1, V. 1, p. 187). Existe, também, uma estreita relação entre a ascensão do capitalismo, o Estado e a religião protestante emergente no início da Idade Moderna. Estudando a ética protestante, Weber observou a preferência dos protestantes, mais que os católicos, para uma preparação técnica e administrativa de elevado nível, destinada a ocupar postos na atividade comercial e industrial, o que lhes habilitou mais para o exercício de atividades econômicas, e não tanto para a política, e lhes possibilitou a obtenção de riquezas. Há por trás disso a ideia de que o indivíduo tem o dever de aumentar de seu capital, que é tomado como um fim em si mesmo, ideia esta que é a maior característica da ética capitalista e, em certo sentido, a sua base fundamental. Esse espírito do capitalismo teve que lutar contra uma série de forças hostis para conseguir a sua supremacia, podendo-se mencionar, entre tais componentes de oposição, o “tradicionalismo”, pois o espírito capitalista, diferentemente do pré-capitalista, escolhe os empreendimentos e trabalhadores de que tiver necessidade, selecionando, economicamente, os mais aptos. (WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*, p. 21-23 e 31-34). Não se pode perder de vista, no entanto, aspectos trazidos à baila por Wolkmer, ao afirmar, lembrando Sombart, que o capitalismo “transcende aos meros fatores econômicos, pois suas raízes se prendem ao ‘estado de espírito’, ao ‘comportamento humano’, enfim, ao conjunto de ‘atitudes psicológicas e culturais’ que subsistem na sociedade moderna”. Também, para Weber, o capitalismo é considerado “produto histórico de um modo racional de pensar as relações sociais no contexto do mundo moderno ocidental, modo particular e determinante de racionalidade que não se faz presente nas demais civilizações”, daí porque “buscou priorizar a ‘racionalidade’, como expressão fundamental do mundo moderno europeu”. (WOLKMER, Antônio Carlos. *O pluralismo jurídico*, p. 27). Conforme ressalta De La Fuente, Weber se guia, em suas investigações histórico-sociológicas, políticas, morais e metodológicas, por uma ideia determinante para suas construções conceituais e para a estruturação de suas teorias, isto é, pela

O Estado moderno se caracteriza, segundo Streck e Morais, pela centralização do poder exercido pelo monarca, identificado com o Estado e representante da soberania e da autonomia estatal; pela distinção entre as esferas privada e a pública, sobretudo pela dissociação entre os poderes político e econômico e entre o Estado e a sociedade civil; pela separação entre as funções administrativas e políticas e pela monopolização de alguns serviços essenciais para a manutenção da ordem interna e externa, tais como a produção do direito por meio da lei e o reordenamento da imposição e do recolhimento fiscal; pela organização burocrática dos sistemas monetário, fiscal e de justiça; e pelo surgimento do exército nacional.⁴¹² Essa estrutura burocrática obedece ao modelo de dominação racional ou legal, o qual, segundo Weber, está baseado na “crença na legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação”.⁴¹³

O Estado moderno nasce, portanto, como um Estado absolutista, ou como um “Estado policial”, em que, no dizer de Streck e Morais, o detentor do poder exerce o governo sem dependência ou controle de outros poderes, superiores ou inferiores, havendo, portanto, a concentração de poder nas mãos do soberano, que personifica o Estado, conforme se pode depreender da célebre frase de Luiz XIV: *l'état c'est moi* (o Estado sou eu). Embora haja leis nessa etapa de desenvolvimento do Estado, são estas um instrumento do arbítrio, pois servem

ideia da racionalização crescente de todos os âmbitos da vida. Assim, para Weber, o estudo do capitalismo, que é “o” poder que conforma a vida de cada um, constitui-se em objeto de interesse exclusivamente a partir do ponto de vista de sua contribuição para o racionalismo ocidental, isto é, na medida em que contribui para clarificar o específico desenvolvimento da razão ocidental moderna (FUENTE, Yolanda Ruano de la. *Racionalidad y consciencia trágica*, p. 41-42). Essa racionalidade, segundo Freund, consiste no fato de se fazer do cálculo racional “a norma de todos os grandes empreendimentos de produção que se ocupam do atendimento das necessidades cotidianas”. (FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*, p. 127). Essa racionalidade se estende para o campo da dominação, que é definida por Weber como “a probabilidade de encontrar obediência a uma determinada ordem”. (WEBER, Max. *Metodologia das ciências sociais*, parte 2, p. 349).

⁴¹² STRECK Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*, p. 24-25 e 29.

⁴¹³ WEBER, Max. *Economia e sociedade*, v. 1. p. 141. O modelo de dominação racional, segundo Weber, é regido pelo princípio de áreas de jurisdição fixas e oficiais, ordenadas de acordo com regulamentos, ou seja, por leis ou normas administrativas; pelo princípio da hierarquia dos postos e dos níveis de autoridades, em que o mando e a subordinação estão ordenados e supervisionados; e pela administração especializada e baseada em documentos escritos, em que se exige a plena capacidade de trabalho dos funcionários enquanto esses estiverem na repartição, cujo desempenho segue regras gerais mais ou menos estáveis. (WEBER, Max. *Burocracia*, p. 139-140).

para atender a vontade do soberano e não propriamente limitá-lo,⁴¹⁴ bastando, para que se mantenha no poder, conforme Maquiavel, que o príncipe evite “a transgressão dos costumes tradicionais” e saiba “adaptar-se a circunstâncias imprevistas”.⁴¹⁵

A busca de limites para o Estado absolutista resultou no Estado de direito, que, em seu sentido amplo, surge durante a segunda metade do século XIX, na Alemanha, sendo, posteriormente, incorporado à doutrina francesa. Nessa conformação, o Estado se constrói fundado no princípio da hierarquia das regras jurídicas, com o objetivo de enquadrar e limitar o seu próprio poder, razão pela qual tem como ideia central a supremacia da lei sobre a administração. Inicia-se, assim, o desenho do Estado contemporâneo, embora, segundo Brandão, a passagem do Estado moderno para o contemporâneo também não tenha um marco preciso, uma vez que, sendo caracterizado pelo seu “compromisso com a função social”, o principal indicativo do seu surgimento é a integração da sociedade política com a sociedade civil.⁴¹⁶

Não há, contudo, no Estado contemporâneo, o abandono das características presentes no Estado moderno, apenas maior ênfase à sociedade civil e ao papel do direito como regulador da relação entre essa sociedade, o governo e o indivíduo. Assim, o Estado contemporâneo, cuja conformação é de um Estado de direito, também tem suas variações, podendo, segundo Streck e Morais, ser visualizado, inicialmente, como um Estado legal, no qual a lei é, apenas, um limite formal e condição da atividade administrativa, sem uma preocupação acerca da hierarquia da ordem jurídica, mas, tão-somente, com a supremacia parlamentar.⁴¹⁷ Em um sentido mais aprofundado, no entanto, o Estado de direito tem como pano de fundo, além da lei como dispositivo formal de limitação do poder estatal e de garantia das liberdades públicas (Estado liberal), o

⁴¹⁴ STRECK Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*, p. 44-45 e 87.

⁴¹⁵ MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe e dez cartas*, p. 12.

⁴¹⁶ BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Das sociedades pré-estatais ao estado moderno e deste ao estado contemporâneo: evolução da sociedade civil*, p. 41.

⁴¹⁷ STRECK Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*, p. 86-88.

seu papel na prestação de atendimento social (Estado social) e como instrumento da democracia (Estado democrático).

Mais especificamente, o Estado liberal, segundo Streck e Moraes, é o modelo de Estado de direito que está atrelado ao conteúdo próprio do liberalismo, impondo, assim, aos liames jurídicos do Estado a concreção do ideário liberal, especialmente no que diz respeito ao princípio da legalidade, à separação entre Estado e sociedade civil, à democracia vinculada ao ideário de soberania da nação, à divisão de poderes ou funções, à garantia dos direitos ou das liberdades individuais e ao Estado mínimo.⁴¹⁸

A noção de Estado social de direito, por sua vez, no dizer de Streck e Moraes, agrega às características do Estado liberal, a proposta de realização de prestações sociais, criando uma situação de bem-estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana (*welfare state*).⁴¹⁹ Essa conformação social resulta, segundo Copetti, do “não-cumprimento pela burguesia dos princípios filosóficos que embasaram sua revolta social, e com a evidência de que o Estado jurídico puro se revelara inócuo para transformar as amargas realidades sociais”,

⁴¹⁸ STRECK Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*, p. 89-90. Importantes sustentáculos da noção de Estado liberal de direito são Locke e Montesquieu, uma vez que o primeiro se opõe ao poder absoluto do soberano, estabelecendo que a liberdade dos homens não pode estar sujeita à restrição de outra vontade, salvo à prevista numa lei elaborada pelo Poder Legislativo e ao alcance de todos, assegurando-se, assim, a “liberdade de seguir minha própria vontade em tudo quanto escapa à prescrição da regra e de não estar sujeito à vontade inconstante, incerta, desconhecida e arbitrária de outro homem”. Esse Poder Legislativo, segundo Locke, não é apenas “o *poder supremo* da sociedade política”, que não é, somente, sagrado, como, também, é inalterável por quem o tenha recebido da comunidade, de modo que, nenhum edito de quem quer que seja pode ter a força e obrigação de lei “se não for *sancionado pelo legislativo* escolhido e nomeado pelo público”. (LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, p. 402-403, 459 e 503). Com sua teoria da separação dos poderes, Montesquieu, por sua vez, afirma que a liberdade não existe quando os Poderes Legislativo e Executivo estão reunidos na mesma pessoa, de modo que se pode “temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente”. Assim, “não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo”, de modo que, “se estiver ligado ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador” e “se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz teria a força de um opressor”. Portanto, “tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos”. (MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*, v.1, p. 202). Diferentemente de Locke, que sustenta a supremacia do Poder Legislativo, para Montesquieu, deve haver o equilíbrio entre os poderes, que formam, entre si, na verdade, um sistema de freios recíprocos ou de pesos e contrapesos. É importante ressaltar, contudo, que Aristóteles, em *Política*, já havia discorrido sobre as funções deliberativas, sobre as magistraturas e sobre o Poder Judiciário, as quais podem ser correlacionadas, em parte, com as atuais funções legislativas, executivas e judiciárias, respectivamente. Há, no entanto, no pensamento aristotélico, uma pulverização dessas funções, com as suas inúmeras variedades, de modo a resultar dúvidas quando à real divisão de tais funções estatais.

⁴¹⁹ STRECK Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*, p. 91.

ocorrendo, pois, uma transformação da concepção de cidadania, que passa do plano civil e político para a esfera social, assim como da ordem jurídica, que procura ser um “instrumento de atingimento de metas sociais concretas, dentro de uma lógica distributiva de satisfação de direitos humanos sociais, igualitários, destinados a organizar a sociedade de forma mais justa”. O Estado de direito deixa, portanto, “de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, com a pretensão de realização da justiça social”.⁴²⁰

Por fim, o Estado democrático de direito, para Streck e Moraes, “tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado social de direito, a uma adaptação *melhorada* das condições sociais de existência”, de modo que “o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem”, passando “a agir simbolicamente como fomentador da participação pública”, irradiando, assim, “os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica”. A ideia de democracia contém e implica, necessariamente, “a questão da solução do problema das condições materiais de existência”. Entre os princípios desse modelo de Estado encontram-se: a constitucionalidade, isto é, a sua vinculação a uma constituição como instrumento básico de garantia jurídica; a organização democrática da sociedade com a participação dos indivíduos e da coletividade ou da sociedade civil na escolha dos governantes, na estruturação do Estado e na definição das políticas públicas; o sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, como Estado de distância, em que os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, e, como Estado antropologicamente amigo, que respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade; a justiça social, com a instituição de mecanismos corretivos da desigualdade social; a igualdade como garantia formal e como garantia da diminuição das diferenças materiais, sobretudo de oportunidades de vida; a divisão dos poderes e das

⁴²⁰ COPETTI, André. *Direito penal e estado democrático de direito*, p. 54 e 55.

funções, facilitando o controle e a pluralidade; e a segurança e certeza jurídicas, possibilitando-se a previsibilidade das ações e consequências.⁴²¹

Aspecto importante relacionado com o Estado e com o controle penal é o que diz respeito ao monopólio da violência legítima, reivindicado, segundo Weber, pelo quadro administrativo estatal para realizar as ordens vigentes.⁴²² Assim, se a forma de produção monista⁴²³ do direito atribui, exclusivamente, ao Estado, a

⁴²¹ STRECK Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*, p. 93.

⁴²² WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, v.1, p. 34.

⁴²³ O monismo jurídico, segundo Wolkmer, pode ser caracterizado em quatro ciclos distintos. O primeiro, ou do monarca soberano, corresponde ao positivismo experimentado nos séculos XVI e XVII e, principalmente, às ideias de Hobbes, em que o direito é produto da vontade soberana do monarca, estando, por isso, relacionado tanto ao surgimento do Estado absolutista quanto à ascensão do capitalismo mercantilista e ao declínio do feudalismo, da Igreja e das corporações medievais. O segundo ciclo, ou da nação soberana, que é orientado pelo modelo de Estado liberal, pode, conforme Wolkmer, ser dividido em dois momentos. Primeiramente, no período compreendido entre o Antigo Regime e a Revolução Francesa, em que, por influência das ideias de Grócio, Puffendorf, Voltaire, Diderot, Locke, Rosseau, Montesquieu, Kant e Hegel, sobretudo em face da teoria da separação dos poderes e do princípio da soberania popular, passou-se a “privilegiar a lei escrita como fonte de Direito, entretanto, agora, não mais como expressão do Estado incorporado pelo soberano absolutista”, mas como expressão da “vontade da nação soberana”, de modo que, “objetivando legitimar o funcionamento de novos mercados, a realidade emergente proclama que é a Nação soberana e não mais o Príncipe o verdadeiro sujeito de Direito”. É, pois, nesse momento, que são reconhecidas as liberdades e os direitos civis individuais. Num segundo momento deste segundo ciclo, a ascensão da burguesia ao poder, a industrialização capitalista e o processo de sistematização da legislação por meio das codificações causaram o surgimento da dogmática jurídica, ainda que com diferentes procedimentos, constituindo-se numa vigorosa reação às correntes jusnaturalistas, que buscavam definir a origem, a essência e o fim do direito na natureza ou mesmo na razão humana. Assim, a partir desse momento, o positivismo jurídico tentou banir do direito positivo todas as concepções de teor metafísico-racionalista, “reduzindo tudo à análise de categorias empíricas na funcionalidade de estruturas legais em vigor”, sendo, pois, o direito explicado “pela sua própria materialidade coercitiva e punitiva”. É neste momento que se expandem os direitos políticos da cidadania e do sufrágio. O terceiro ciclo, ou de desenvolvimento do monismo jurídico, ou da construção técnico-formal da ciência do direito, ou da legalidade dogmática com rígidas pretensões de cientificidade, é considerado o ponto culminante, sendo percebido, a partir dos anos 30 até os anos 60/70 do século XX, no formalismo dogmático da escola de Viena, sobretudo com Kelsen e sua teoria pura do direito, em que se reconhece uma identidade entre o direito e o Estado, no qual este é considerado uma ordem politicamente centralizada, um “Estado de Direito”, configurando-se, pois, “como uma organização de caráter político-jurídico que visa não só à manutenção e coesão, mas a regulamentação da força em uma formação social determinada”. Durante este ciclo, ocorre a expansão do intervencionismo estatal na esfera da produção e do trabalho, a passagem de um capitalismo industrial para um capitalismo monopolista organizado, sustentado por oligopólios e corporações transnacionais e a implementação de políticas públicas de distribuição, assistindo-se, ainda, ao reconhecimento dos direitos sociais. Por fim, o quarto ciclo, ou do esgotamento do monismo jurídico ou do paradigma da legalidade, que ocorre a partir dos anos 60 ou 70 do século XX, na fase já do capitalismo avançado [que, em substituição ao capitalismo competitivo ou liberal, está relacionado aos processos de concentração econômica, especialmente às empresas nacionais e multinacionais, e à organização dos mercados para bens, capitais e trabalho, bem como à intervenção do Estado no mercado quando cresce um hitato funcional (HABERMAS, Jürgen, *A crise de legitimação no capitalismo tardio*, p. 47-48)], em face da necessidade de reorganização do capital monopolista e do enfraquecimento do Estado de Bem-estar Social, dada a sua crise fiscal e a sua ingovernabilidade, uma vez que o princípio da legalidade surgido no século XVII já não mais responde eficazmente às novas demandas políticas, econômicas e sociais de uma sociedade de massa. Instala-se, assim, a despeito do surgimento de diferentes tendências formalistas, decorrentes, sobretudo a partir do neopositivismo lógico, uma crise no

reprodução das leis, agrega-se a essa atribuição o uso monopólico e legítimo da violência por parte dos agentes estatais, o que representa uma garantia para os indivíduos, que, ao ingressarem na esfera de proteção do Estado, passaram a acreditar que estavam livres das reações defensivas dos seus semelhantes.⁴²⁴

§4º. O direito de punir

Se cabe ao Estado o monopólio da violência, diferentemente não seria em relação ao *direito de punir*, expressão que designa a legitimidade do Estado em relação à punição, que acompanha a história da humanidade desde antes do surgimento do Estado,⁴²⁵ havendo um período em que essa prática esteve, sem

monismo jurídico estatal, sendo visível, no dizer de Faria, “o colapso do individualismo jurídico, o esvaziamento de um Direito burguês edificado em torno da concepção de Direito subjetivo”, constatando-se, ainda, que há uma “crescente dificuldade de se definir, em contextos sociais estratificados e estruturalmente diferenciados, combinatórias exequíveis entre legitimidade política e eficácia normativa”. O radical processo de transformação pelo qual passou a concepção acerca do próprio direito somente pode ser compreendido “na práxis cotidiana interativa de um todo concreto que se organiza para produzir a vida social”, de modo que tal fenômeno jurídico “corresponderá à visão de mundo predominante no âmbito da formação social burguesa, do modo de produção capitalista, da ideologia liberal-individualista e da centralização política, através da figura de um estado nacional soberano”. (WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico*, p. 21-22, 43-48 e 51-53).

⁴²⁴ Talvez tenha sido uma importante conquista para os indivíduos em geral a promessa de que a violência não poderia mais ser praticada pelos particulares, mas sim somente pelo Estado. Essa é, ao menos, uma ilusão que faz parte da condição do homem moderno, isto é, acreditar que essa estrutura abstrata e imensa efetivamente dará conta do seu trabalho de exercer o monopólio da violência, subtraindo-a das mãos privadas. Se, por um lado, isso pode não ser verdade, por outro, a história do pensamento político demonstra que o Estado passou a exceder-se, e não pouco, no exercício desse monopólio, tanto que a luta dos liberais está voltada a restringir a esfera de intervenção estatal, sobretudo da violência, por meio do princípio da legalidade, passando-se do Estado absolutista ao Estado de direito liberal. Também se verifica que, com o propósito de exercer a violência legítima e diante da impossibilidade de exercê-la em relação a todos os infratores da lei, a violência estatal acaba recaindo, prioritariamente, sobre a classe de pessoas que não detém o capital. Isso deixa evidenciado que o Estado não somente está a serviço do capitalismo, como, por meio da violência legítima, transformou-se em instrumento de sustentação desse modelo econômico e social. Este é, no dizer de Offe, um dos problemas estruturais do Estado capitalista, que “*precisa simultaneamente praticar e tornar invisível o seu caráter de classe*”, pois “as operações de seleção e direcionamento de caráter *coordenador e repressor* que constituem conteúdo de seu caráter classista, precisam ser desmentidas por uma *terceira* categoria de operações seletivas de caráter *ocultador*”, ou seja, operações que “seguem direções opostas”, porquanto, “somente a preservação da aparência da neutralidade de classe permite o exercício da dominação de classe”. (OFFE, Claus. *Problemas estruturais do estado capitalista*, p. 163). Por isso, há de se ter em mente que Estado se constitui, também, em uma estrutura de opressão, possibilitando o arbítrio e o abuso de poder físico e a manipulação ideológica, isso porque, como diz Poulantzas, “o Estado tem um papel essencial nas relações de produção e na delimitação-reprodução das classes sociais, porque não se limita ao exercício da repressão física organizada”, mas, também, “tem um papel específico na organização das relações ideológicas e da ideologia dominante”. (POULANTZAS, Nicos. *O estado, o poder, o socialismo*, p. 33).

⁴²⁵ A história da humanidade é a história necessidades reais do homem, as quais estão relacionadas com a sua existência e com a sua qualidade de vida, levando em consideração o seu grau de desenvolvimento e a sua

restrições, ao alcance das pessoas e dos grupos sociais, e outro em que passou a ser monopolizada pelo Estado.

Tanto quanto a origem do Estado, não se sabe ao certo como se originou o direito de punir, embora haja diversas especulações a respeito, as quais, a exemplo da origem do Estado, também se reportam, entre outras, às origens natural, divina e contratual da punição. Para Romagnosi, a gênese da punição estaria na natureza, ou seja, no direito de defesa do indivíduo e da sociedade, uma vez que esta possui uma índole de agregação, de modo que um atentado contra a *vida* de um indivíduo é um atentado contra o direito que este indivíduo e a sociedade têm de, juntos, conservarem, *por si* mesmos. Assim, “contra o agressor injusto militam *dois* direitos: 1) o de defesa do agredido; 2) e o que compete à sociedade em favor de seus membros e dela mesma”. A sociedade, portanto, adquire, por necessidade, o direito de destruir o agressor injusto, “porém não mediante a *transfusão* do direito do agredido para ela, senão em virtude de *seu*

capacidade de produção material e cultural nas diversas formações econômicas e sociais. O direito integra essa história, embora se saiba que o fenômeno jurídico é mais antigo que a sua história. Como diz Gilissen, apesar do estudo da história do direito ser realizado “a partir da época em relação à qual remontam os mais antigos documentos *escritos* conservados”, há uma pré-história do direito, o que significa dizer que, antes do período histórico, cada povo já tinha percorrido uma longa evolução jurídica. (GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, p. 31). Imagina-se que, nos seus primórdios, como integrante da natureza, o homem procurasse satisfazer as suas necessidades reais, relacionando-se com os seus semelhantes e com os demais seres animados e inanimados, orientado, apenas, por padrões comportamentais imediatos ou circunstanciais. A sobrevivência humana como a dos demais animais, isto é, a busca do atendimento das suas necessidades ocorria, pois, obedecendo a diversos critérios, sobretudo ao emprego da força física, da astúcia, da destreza e de outras habilidades pessoais, de modo que as ameaças à sobrevivência ou à autoconservação eram repelidas dentro das suas possibilidades, levando vantagem, nessa disputa, obviamente, os mais fortes, os mais astutos e os mais hábeis. Conforme Ferri, “o homem, como todo ser vivo, tem três instintos fundamentais e imperiosos – a conservação individual – a reprodução da espécie – a defesa-ofensa”, de modo que, “contra qualquer fato que venha agredir e pôr em perigo a conservação do indivíduo e da espécie, surge, inevitavelmente, a reação do instinto de defesa-ofensa”. A forma mais primitiva de reação é a vingança, ou como prefere Ferri, *vingança defensiva*, uma vez que “na reação do ofendido contra o ofensor, além do ressentimento de vingança pelo passado, há também a intenção, mais ou menos consciente de defesa para o futuro, reduzindo o ofensor à impossibilidade de repetir a agressão”. Essa forma de reação pode ser privada, quando dirigida “contra o ofensor por parte do indivíduo ofendido, ou dos seus parentes se ele morreu (*vindicta de sangue*)”, ou pública, “quando, pois, a ação ofensiva ameaça ou põe em perigo diretamente a existência da coletividade (família, clã, tribo), a reação da vingança defensiva é exercida pela própria coletividade (*vindicta pública*) ou por quem a representa ou dirige”. Tanto uma quanto a outra “constitui não só um direito, mas um dever, imperioso na moral primitiva, uma vez que a moral humana consagra e impõe sempre o que é útil à conservação da espécie”, podendo a vingança defensiva assumir “a forma ou de reação imediata contra a ofensa ou de reação diferida, exercida por largo tempo, consoante o temperamento do ofendido e as suas condições perante o ofensor”. Essa forma de reação pode, ainda, assumir um “caráter completamente sacerdotal e teocrático (*vindicta divina*)”, quando as regras de convivência advêm dos livros religiosos. (FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal*, p. 33-34 e 35).

próprio direito, distinto, simples e universal, produzido pela índole mesma da agregação”.⁴²⁶

Os inevitáveis excessos da prática dessa reação vingativa, segundo Ferri, “acabariam por enfraquecer o grupo social, que ao contrário carece de ser forte de homens válidos para a guerra agressiva ou defensiva contra os grupos vizinhos e inimigos”, razão pela qual “sobrevém da parte da coletividade a imposição de normas limitativas da vindicta entre os indivíduos do mesmo grupo”. Entre essas normas limitativas encontram-se o *talião* e a *composição*. O talião⁴²⁷ que, segundo Ferri, atualmente, é considerado um símbolo de ferocidade bárbara, representou, nas comunidades primitivas, um grande avanço moral e jurídico, “justamente porque impôs um limite, uma medida à reação pela vindicta defensiva (olho por olho, dente por dente)”. A composição, por sua vez, possibilitava ao ofensor resgatar, por meio do pagamento de gados, armas, utensílio ou dinheiro, a vingança do ofendido, possibilitando, desta forma, atenuar e regular os excessos e as consequências da vingança pessoal e familiar⁴²⁸. Pode-se dizer, pois, que o talião e a compensação são dois embriões da função limitadora do direito penal e processual penal.

A origem divina do direito de punir é mencionada por Carrara, uma vez que, sendo um *ente jurídico*, o delito consiste na violação de um direito, direito este que “é congênito ao homem, porque lhe foi dado por Deus, desde o momento de sua criação, para que possa cumprir os seus deveres nesta vida”. Por isso, deve o direito “ter existência e critérios anteriores às inclinações dos legisladores terrenos”, sendo esses critérios, pois, “absolutos, constantes, e independentes dos

⁴²⁶ ROGMAGNOSI, Giandomenico. *Génesis del derecho penal*, p. 96-97: [...] “contra el agresor injusto militan dos derechos: 1) el de defensa del agredido; 2) y el que lê compete a la sociedad em favor de sus miembros y de ella misma”. [...] “pero no mediante la *trasfusión* del derecho del agredido en ella, sino en virtud de un derecho *proprio suyo*, distinto, simple y universal, producido por la índole misma de la agregación”.

⁴²⁷ Consta do Código de Hamurabi, mais precisamente nos seus artigos 196 e 200: “Se um homem livre destruiu um olho de outro homem livre, destruirão o seu olho”; “Se um homem arrancou um dente de um outro homem livre igual a ele, arrancarão o seu dente” (LIMA, João Batista de Souza. *As mais antigas normas de direito*, p. 24). No *Pentateuco*, mais precisamente no Levítico, consta: “Quem matar um homem, torna-se réu de morte; Quem matar um animal, deverá dar uma compensação: vida por vida; Se alguém ferir seu próximo, deverá ser feito para ele, aquilo que ele fez para o outro: fratura por fratura, olho por olho, dente por dente” (*Bíblia*, Levítico, 24:17-20).

⁴²⁸ FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal*, p. 34-35.

seus caprichos e da utilidade avidamente anelada por eles”. Assim, “a ciência do direito criminal vem a ser reconhecida como uma ordem racional que emana da lei moral-jurídica, e preexiste a todas as leis humanas, tendo autoridade sobre os próprios legisladores”.⁴²⁹

Por fim, a origem construtual da punição estatal é explicada, entre outros, por Locke ao afirmar que o poder de punir os delitos de todos os membros da sociedade somente existirá na sociedade em que cada qual de seus membros renunciou a esse poder natural e o colocou nas mãos do corpo político.⁴³⁰ Nessa mesma esteira, Beccaria explica que os indivíduos, que estavam “cansados de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do resto com mais segurança”. Desta forma, “a soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou a soberania na nação”, razão pela qual “aquele que foi encarregado pelas leis do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado o soberano do povo”. A formação desse depósito de liberdades, contudo, não era suficiente, sendo “necessário protegê-lo contra as usurpações de cada particular, pois tal é a tendência do homem para o despotismo que ele procura, sem cessar, não só retirar da massa comum sua porção de liberdade, mas ainda usurpar a dos outros”, razão pela qual “eram necessários meios sensíveis e bastante poderosos para comprimir esse espírito despótico”, meios estes que são “as penas estabelecidas contra os infratores das leis”. Assim, “o conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir”, de modo que “todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo”.⁴³¹

⁴²⁹ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*, v. 1, p. 24-25.

⁴³⁰ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, p. 458.

⁴³¹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, p. 16-17. É possível dizer que Beccaria se insurgia contra as práticas punitivas das Idades Antiga e Medieval. Nas formas estatais antigas, predominava a vindita privada e pública, sobretudo as fundadas no temor divino, embora, nessas formações, já houvesse limites tênues impostos pelo talião e pela composição. Os processos, em Estados como o romano e o grego, por exemplo, eram contraditórios, cabendo a ação penal a qualquer pessoa. Nos Estados medievais, por sua vez, a punição, predominantemente corporal, era exercida, de forma pulverizada, pelo rei, pelo senhor feudal ou pela Igreja, em processos inquisitivos promovidos *ex-offício* ou pelo procurador do rei, em que a tortura era um meio importante de obtenção da confissão, considerada a prova mais importante. Beccaria também se insurgia

Por isso, o Estado pode ser considerado a primeira e mais ampla garantia do indivíduo em face dos seus semelhantes, não sendo diferente diante da vingança defensiva, constituindo, também, uma garantia penal e processual penal, embora se saiba que, na sua versão absolutista, essa garantia é quase imperceptível ou, ao contrário, representa uma ameaça séria aos indivíduos. Quando se diz que o Estado constitui uma garantia, tem-se em mente que cabe a ele, tão-somente, ressalvadas raras exceções, tais como a legítima defesa e o estado de necessidade, reagir diante das práticas agressivas, obstando, assim, a realização da justiça privada ou, como se convencionou dizer, da “justiça com as próprias mãos”. É inegável que a subtração ou minimização das possibilidades dos indivíduos particulares realizarem a vingança defensiva constitui uma importante garantia do indivíduo diante dos seus semelhantes, evitando-se ou diminuindo-se a possibilidade de reações generalizadas.⁴³²

Transferindo-se para o Estado o direito de punir, passa ele, e tão-somente ele, a ser o detentor da legitimidade para punir, razão pela qual o princípio da legitimidade íntegra, no dizer de Barata, a ideologia da defesa social, segundo

contra as práticas do Regime Ancião marcadas, conforme Foucault, pela “má economia do poder”, ou seja, pelo arbítrio, pelo poder ilimitado, pela absoluta incerteza, enfim, pela total ausência de garantia do indivíduo diante do poder do soberano ou do Estado. Segundo Foucault, havia um poder excessivo das jurisdições inferiores, que podiam “negligenciar as apelações de direito e mandar executar sem controle sentenças arbitrárias”; havia poder excessivo da acusação, que possuía, “quase sem limite meios de prosseguir, enquanto que o acusado está desarmado diante dela”, o que levava os juízes a serem, às vezes, severo demais, às vezes, por reação, indulgentes demais; havia poder excessivo dos juízes que podiam se contentar com provas legais fúteis; havia poder excessivo da “gente do rei”, “não só em relação aos acusados, mas também aos outros magistrados”; havia poder excessivo, enfim, exercido pelo rei, pois ele podia “suspender o curso da justiça, modificar suas decisões, cassar os magistrados, revogá-los ou exilá-los, substituí-los por juízes por comissão real”(FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*, p. 74). Quando Beccaria publicou a obra *Dos Delitos e das Penas*, em 1764, a burguesia já havia ascendido socialmente, mas, segundo Rusche e Kirchheimer, “ainda não havia ganho sua batalha pelo poder político”. É verdade que “a questão da natureza da pena afetava primordialmente as classes subalternas”, mas a burguesia “procurava obter garantias legais para sua própria segurança”.(RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*, p. 101). Para Losano, com a obra beccariana, “tomou forma penalista a agitação política que assinalou o fim do absolutismo e a ascensão da burguesia”, agitação esta que, encontrando expressão também nas constituições, procurava codificar os princípios da razão “em defesa do indivíduo contra o monarca que, a partir desse momento, deixava de estar acima das leis para se tornar um soberano constitucional”. (LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*, p. 101).

⁴³² O Código Penal brasileiro, em seu art. 345, descreve o tipo penal incriminador de “exercício arbitrário das próprias razões”, de modo que “fazer justiça pelas próprias mãos para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite”, é passível da pena de “detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa, além da pena correspondente à violência”. Por outro lado, esse mesmo Código, em seu artigo 23, estabelece que “não há crime, quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade; II – em legítima defesa; III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”, resultando claro que, nessas hipóteses, o direito de reação permanece na esfera privada.

qual, “como expressão da sociedade”, o Estado “está legitimado para reprimir a criminalidade, da qual são responsáveis determinados indivíduos, por meio de instâncias oficiais de controle social (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias)”, de modo que a tais instâncias cabe interpretar “a legítima reação da sociedade, ou da grande maioria dela, dirigida à reprovação e condenação do comportamento desviante individual e à reafirmação dos valores e das normas sociais”.⁴³³

Se, por um lado, o Estado está legitimado para, em nome da sociedade, exercer o direito de punir, por outro, está limitado pelo princípio da legalidade penal, segundo o qual a punição somente pode ser praticada dentro dos estritos limites legais, o que significa dizer que, nos Estados de direito, a atividade punitiva é uma atividade que passou a ser regida por normas materiais ou substantivas e formais ou adjetivas, as quais são objetos de estudos científicos da dogmática penal e processual penal, que consiste na metalinguagem jurídico-penal.

O direito de punir está relacionado com as acepções subjetivas do direito penal e processual penal, uma vez que, conforme Batista, indica a “faculdade de que seria titular o Estado para cominar, aplicar e executar as penas”,⁴³⁴ bem como a expectativa do indivíduo de somente ser punido dentro dos limites da lei penal e processual penal. O direito de punir do Estado (*jus puniendi*), contudo, não se confunde com o poder de punir do Estado (*potestas puniendi*), que decorre do *jus imperii*, ou seja, da faculdade compreendida no poder político de império ou de dominação do Estado. O poder punitivo, a princípio, é ilimitado, pois decorre da soberania estatal. São a Constituição e as leis que, regendo e estabelecendo o exercício da atividade punitiva pelo Estado, que limitam as práticas punitivas às situações nele previstas, definindo, assim, o âmbito do direito penal e processual penal objetivo e fazendo surgir o direito penal subjetivo do Estado e dos indivíduos no sentido de que a atividade punitiva seja exercida dentro desses contornos. Diz-se, portanto, que o direito penal e processual subjetivo do Estado surge com a norma penal e que é sempre atingido pela ação delituosa, pois, uma vez estabelecidos os tipos penais, o Estado tem direito que não sejam praticadas

⁴³³ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*, p. 42.

⁴³⁴ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, p. 50.

condutas a eles subsumíveis. Em outras palavras, o Estado tem o poder de estabelecer o “quando” e o “como” deve ser exercida a atividade punitiva, o que se denomina poder punitivo, surgindo, para ele, uma vez estabelecidos esses limites, o direito penal subjetivo à observância do preceito e, para o cidadão, o direito penal subjetivo à liberdade, ou seja, de não ser punido por ações que não sejam abrangidas por esse mesmo direito. Uma vez descumprido, pelos indivíduos, o direito penal objetivo, surge, para o Estado a pretensão punitiva, a fim de que sejam aplicadas e executadas as penas previstas.⁴³⁵

⁴³⁵ As expressões *direito penal* e *direito processual penal* podem ser empregadas, ainda, com os sentidos normativo e científico. Pertencem ao campo normativo as acepções de direito penal e direito processual penal objetivo, isto é, as que se referem a esses direitos como conjuntos de normas jurídicas que regulam a atividade punitiva do Estado, quer seja estabelecendo o seu âmbito de aplicação temporal e espacial, quer seja definindo a estrutura jurídica das infrações penais (crimes e contravenções) e as modalidades e limites das sanções penais (penas e medidas de segurança), ou seja, dispondo sobre a tipicidade, a antijuridicidade, a culpabilidade e a punibilidade. E o faz descrevendo as condutas especificamente passíveis de punição concretas, assim como as respectivas sanções, ou dispondo sobre a forma como devem ser praticados os atos pelos agentes do Estado no exercício dessa atividade punitiva, sejam eles atos de jurisdição ou não. Pertencem ao campo científico as acepções do direito penal e processual penal como ciência, ou seja, a dogmática penal e processual penal. Enquanto dogmática penal é a ciência que tem por objeto o direito penal positivo vigente em dado tempo e espaço, a dogmática processual penal é a ciência que tem por objeto o direito processual penal positivo (inclusive o que diz respeito ao processo de execução penal), também vigente em dado tempo e espaço. Essas ciências, segundo Andrade, têm “por tarefa metódica (técnico-jurídica, de natureza lógico-abstrata) a construção de um sistema de conceitos elaborados a partir da interpretação do material normativo, segundo procedimentos intelectuais de coerência interna”; e, por finalidade, “ser útil à vida, isto é, à aplicação do Direito”. (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Ilusão de segurança jurídica*, p. 117). Embora não pertencentes ao campo do direito penal e processual penal, não se pode perder de vista que a criminologia e a política criminal integram com a dogmática penal e processual penal as ciências penais. Não obstante as restrições que possam se impostas à dogmática penal e processual penal, interessa ela a todos os estudiosos que pesquisam e buscam compreender a legislação penal e processual penal, os quais, na sua atividade de investigação científica, para chegar a um resultado que possa ser aceito no mundo científico, devem se valer de um método, denominado técnico-jurídico ou dogmático. O método técnico-jurídico, segundo Rocco, é composto pelas etapas da exegese, da dogmática, do sistema e da investigação crítica. A exegese visa estabelecer o conteúdo e o exato significado da lei, constituindo a atividade inicial do jurista e a base fundamental da reconstrução científica do direito, o que, segundo Ihering, seria denominado de “jurisprudência inferior”. A dogmática, que é a fase realmente científica, ou da “jurisprudência superior”, elabora indutivamente os institutos jurídicos, realizando o que se tem chamado de concentração lógica da matéria. Esses institutos jurídicos são a união sistemática de princípios que regulam uma relação jurídica, proporcionando, assim, a dogmática, o estabelecimento de conceitos superiores, pela reunião de caracteres comuns a grupos de normas. O sistema classifica e organiza os institutos entre si, além de pô-los em relação com a totalidade da ordem jurídica, classificação esta que se faz pelo objeto e pelo nexos que liga uns institutos a outros, segundo os critérios da generalidade, da particularidade e, finalmente, da excepcionalidade. Por fim, a investigação crítica leva à indagação se o direito tem razão de ser e até que ponto, bem como se deve haver a substituição do direito vigente por outro, devendo-se ter em mente, contudo, que por meio do método técnico-jurídico pode o jurista vir a perder contato com a realidade social. (ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*). Para Batista, contudo, o método dogmático tem quatro etapas, ou seja, a demarcação do universo jurídico, que é a enumeração de todos os textos normativos que estão em vigor na área investigada; a análise e a ordenação, que compreendem a apreciação das leis a partir das suas semelhanças e disparidades e o seu agrupamento em uma nova e provisória ordem lógica; a simplificação e a categorização, em que o material resultante das fases anteriores é submetido a um processo de simplificação

Subseção II A norma e a lei penal e processual penal

A norma e a lei penal e processual penal são importantes categorias da metalinguagem jurídico-penal, uma vez que, nos Estados ocidentais, em que prepondera o modelo de Estado de direito, o princípio da legalidade penal é o fio condutor e limitador de todo o processo de criminalização. Por serem noções complexas que, embora interrelacionadas, não se confundem, serão apresentadas em dois parágrafos distintos, ou seja, um voltado à norma penal e processual penal, outro, à lei penal e processual penal.

§1º. A norma penal e processual penal

Em termos gerais, *normas penais*, são termos que, segundo Fragoso, designam “as normas jurídicas que definem crimes e estabelecem sanções, bem como as condições de aplicação da sanção penal”.⁴³⁶ Também Bruno concebe como norma penal tanto a norma jurídica na qual se manifesta a vontade do Estado na definição dos fatos puníveis e na cominação das sanções quanto “aquelas que completam o sistema penal com os seus princípios gerais e dispõem sobre a aplicação e os limites das normas incriminadoras”.⁴³⁷

As normas penais podem ser divididas em normas incriminadoras e não-incriminadoras. As primeiras, no dizer de Marques, são as que “definem condutas puníveis, e a respectiva sanção”, conforme se pode constatar nas partes especiais dos códigos penais e na legislação esparsa. As segundas, por sua vez, são as

qualitativa e quantitativa, do qual resultam princípios em torno dos quais serão elaboradas novas categorias; e a sistematização, que compreende a reconstrução dogmática, na qual ocorre a classificação e a reorganização da matéria legal que, assim reconstruída, revela e demarca o conteúdo e o inter-relacionamento lógico dos textos legais. O método dogmático segue dois princípios ou leis, isto é, a lei da proibição da negação, que, segundo Batista, “exprime o caráter de dogma que o texto legal deve ter, para que o trabalho de desenvolvimento lógico não induza a erros sobre o conteúdo do direito”; e a lei da proibição da contradição, que “exprime a impossibilidade de haver princípios ou proposições contraditórias”. (BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao estudo do direito penal*, p. 119-120). No direito penal brasileiro, por exemplo, abortamento necessário – art. 128, I, do CP – tem caráter justificativo ou caráter exculpante, não os dois conjuntamente.

⁴³⁶ FRAGOSO, Heleno. *Lições de direito penal*, p. 73.

⁴³⁷ BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, t. 1, p. 117.

normas que, não possuindo esse caráter incriminador, disciplinam a aplicação e os limites das normas incriminadoras, em regra previstas nas partes gerais dos códigos penais, tendo, às vezes, “sentido antinômico às que prevêm comportamento puníveis”, como, por exemplo, as que tratam das discriminantes penais.⁴³⁸ Pode-se dizer, também, que as normas incriminadoras somente se destinam à descrição das condutas típicas e das penas ou medidas de segurança correspondentes, compreendendo, também, as normas que têm a função de serem aplicadas de forma integrada com as normas incriminadoras, como, por exemplo, as que dispõem sobre a tentativa, sobre os tipos culposos e sobre o concurso de agentes,⁴³⁹ e as normas que estabelecem circunstâncias qualificadoras, causas gerais e especiais de aumento, agravantes e circunstâncias judiciais, que, de uma forma ou de outra, possam tornar a pena mais grave. As normas não-incriminadoras,⁴⁴⁰ por sua vez, voltam-se à disciplina da aplicação

⁴³⁸ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*, v. 1, p. 125.

⁴³⁹ Tais normas integradoras podem ser encontradas nos arts. 13, § 2º, 14, II, 18, II, e 29 do Código Penal brasileiro.

⁴⁴⁰ Entre as normas não-incriminadoras, conforme Fragoso, estão as normas integrantes ou de segundo grau, “que estabelecem os limites de validez e aplicabilidade das normas incriminadoras”, que dispõem sobre a aplicação da lei penal no tempo e no espaço, como, por exemplo, as contidas nos arts. 2º a 7º do Código Penal brasileiro; as normas diretivas, “que fixam os princípios a serem obedecidos em determinada matéria”, como, por exemplo, o princípio da legalidade penal; e as normas interpretativas, “que servem à interpretação de outras normas”, como, por exemplo, as que fixam a finalidade repressiva e preventiva da pena; ou, ainda, as normas declarativas ou explicativas, “que definem certos conceitos previstos na lei”. (FRAGOSO, Heleno. *Lições de direito penal*, p. 73-74). Mencionando as classificações de Rocco e Petrocelli, ressalta Marques que o primeiro classifica as normas não-incriminadoras “em negativas imperativas, negativas proibitivas e negativas permissivas”, de modo que a conduta típica não punível, quando “tratar-se de ato (omissivo ou comissivo) levado a efeito em estrito cumprimento de dever legal, estaria enquadrada em norma negativa imperativa ou proibitiva, respectivamente, conforme se tratasse de ação ou omissão”. No caso de legítima defesa ou de erro sobre discriminante putativa, Marques explica que “o comportamento do agente se subsumiria em norma negativa permissiva”. Para Petrocelli, contudo, as normas podem ser agrupadas “do ponto de vista da imperatividade”, ou seja, em “normas imperativas, que contêm o preceito sancionado pela pena; permissivas, que tornam lícito o que normalmente é ilícito; finais, que estatuem sobre as condições de um determinado fim relativo à aplicação da norma imperativa”. Todavia, para Marques, da perspectiva da imperatividade, “melhor será falar-se em norma incriminadora, norma permissiva e norma final complementar”. Para esse autor, as normas penais classificam-se em dois grupos, ou seja, em normas de aplicação ou de superdireito e em normas substanciais. As primeiras são as que “disciplinam a aplicação das normas substanciais”, sendo, por isso, “normas sobre normas porque o seu conteúdo não é uma relação jurídico-penal, e sim outras normas penais”. Essas normas se agrupam em normas penais internacionais, “que cuidam da aplicação no espaço das normas penais substanciais”, ou da aplicação da lei penal no espaço; em normas penais intertemporais, “que regulam a aplicação no tempo das normas penais”; em normas penais de hermenêutica, “que versam sobre a interpretação das normas penais”; e em normas penais de integração, “que disciplinam a forma de se cobrirem as omissões e lacunas das leis penais”. As normas penais substanciais, por sua vez, são as que “disciplinam as relações jurídicas penalmente relevantes”, podendo ser classificadas em normas incriminadoras, “que definem condutas típicas e penais”; normas penais permissivas, “que estatuem sobre as condutas lícitas ou não puníveis enquadradas embora em fatos típicos”; e normas finais

das normas incriminadoras, fixando os seus limites formais, como é o caso do princípio da legalidade penal e da competência legislativa em matéria penal e processual penal,⁴⁴¹ limites temporais, que decorrem, por exemplo, do princípio da irretroatividade da lei penal maléfica,⁴⁴² e os seus limites espaciais, presentes nos princípios da territorialidade e da extraterritorialidade da lei penal,⁴⁴³ bem como as condições que excluem⁴⁴⁴ ou justificam⁴⁴⁵ a prática da conduta típica ou a tornam passível de exculpação⁴⁴⁶ ou, ainda, impunível,⁴⁴⁷ e, por fim, estabelecem diretrizes⁴⁴⁸ e interpretam o sentido de termos presentes na lei penal.⁴⁴⁹

Seguindo a distinção apontada por Kelsen entre normas primárias e secundárias, as normas incriminadoras têm, também, segundo Fragoso, uma estrutura formada em duas partes, ou seja, o preceito e a sanção, os quais “constituem *unidade lógica* indissolúvel”.⁴⁵⁰ O preceito primário ou simplesmente preceito é a parte da norma penal que contém a “descrição de uma conduta penalmente proibida, pois expressa um imperativo que, segundo Bruno, é “de proibição ou comando”, isto é, “exprime a vontade estatal de estender a determinados bens jurídicos a proteção penal, proibindo ou ordenando atos, em conformidade com essa proteção”. O preceito secundário ou simplesmente sanção, por sua vez, é a parte da norma penal que contém a descrição da pena correspondente à conduta descrita no preceito primário, razão pela qual, é considerada a punição que ameaça a violação do preceito, manifestando a coercibilidade deste, que é uma das características da norma jurídica.⁴⁵¹

complementares, “que estatuem sobre certas condições relativas à aplicação das normas incriminadoras”. (MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*, v. 1, p. 125-127).

⁴⁴¹ Ver arts. 5º, XXXIX, e 22, I, da Constituição Federal, e art. 1º do Código Penal brasileiro.

⁴⁴² Ver art. 5º, XL, da Constituição Federal, e arts. 2º ao 4º do Código Penal brasileiro.

⁴⁴³ Ver arts. 5º a 9º do Código Penal brasileiro.

⁴⁴⁴ Ver art. 20 do Código Penal brasileiro.

⁴⁴⁵ Ver art. 23 do Código Penal brasileiro.

⁴⁴⁶ Ver arts. 21, 22 e 26 a 28 do Código Penal brasileiro.

⁴⁴⁷ Ver art. 107 do Código Penal brasileiro.

⁴⁴⁸ A norma prevista na parte final do *caput* do artigo 59 do Código Penal brasileiro estabelece que a pena será aplicada com o fim de reprovação e de prevenção do crime, assim como, o artigo 1º da Lei de Execução Penal estabelece que a pena visa à reintegração social do condenado.

⁴⁴⁹ O artigo 327 do Código Penal brasileiro, que conceitua funcionário público para efeitos penais, é um exemplo de norma explicativa ou declarativa.

⁴⁵⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*, p. 75.

⁴⁵¹ BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, t. 1, p.117.

O caráter descritivo e prescritivo das normas incriminadoras tem provocado intenso debate, tendo de um lado Binding, Prins e De Marsico, sustentando que tais normas jurídicas não encerram preceito, mas, tão-somente, sanção, pois, o que é violado é a norma de conduta supralegal (Binding) ou o princípio consagrado na sanção penal (Prins) ou, ainda, o preceito que se encontra nesta (De Marsico),⁴⁵² enquanto, do outro lado, encontram-se os que, como Marques, Fragoso e Bruno, sustentam que tal preceito não está ausente na proposição, mas implícito.⁴⁵³

⁴⁵² Em sua teoria das normas, Binding, segundo Bruno, sustenta que “o preceito, que é a verdadeira norma, é estranho e preexistente ao Direito punitivo”, ou seja, esse preceito “é uma regra de Direito público, em sentido genérico, formulada em lei ou não, a que aquele daria apenas maior caráter imperativo sancionando-a, sem que mesmo assim sancionada, ela venha a fazer parte do Direito punitivo”, razão pela qual o que resulta violado não é a norma penal, mas, sim, “a norma de conduta daquele Direito, digamos, supralegal, e com essa transgressão atua de acordo com o que pressupõe a lei penal”. (BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, t. 1, p. 118). A partir da concepção bindinguiana, Prins, no dizer de Marques, explica que “o agente que pratica uma infração não viola a lei penal”, mas sim “infringe o princípio que deu origem ao artigo do Código”, de modo que “o indivíduo que comete um homicídio não viola o texto do [...] Código Penal; ao contrário, esse texto se adapta aos fatos cometidos; o culpado viola o princípio que proíbe matar”, de modo que, “a infração, por isso, do ponto de vista jurídico, é simplesmente a reunião das condições exigidas pela lei para a aplicação da sanção penal”, isto é, “ela é a violação do princípio consagrado pela sanção penal”. (MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*, v. 1, p. 123). Nessa concepção, explica Bruno, sendo o preceito “conteúdo de uma norma de outro setor do Direito”, a conclusão é que “o Direito Penal viria a ser, no sistema jurídico geral, o Direito complementar, puramente sancionador, cobrindo com a sua força coercitiva normas originárias de outro setor jurídico”, isto é, “não seria um Direito autônomo, mas acessório, na dependência, por sua própria natureza, de outras construções jurídicas”. Para De Marsico, segundo Bruno, o preceito estaria contido na sanção, tese esta muito próxima da tese de Binding e que, contestando a correlação indissolúvel entre preceito e sanção, diz que a denominação de “penal”, “civil” etc. é referente às sanções, mas não aos preceitos, pois, enquanto estes seriam “somente legislativos [...] as sanções podem ser disciplinares, administrativas, civis, comerciais, penais etc.” Para Bruno, contudo, “a sanção e o preceito são elementos integrativos do conteúdo da lei penal e é esta que cria e sanciona os seus próprios preceitos, dando-lhes a expressão do seu registro específico, que é a tipificação”. (BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, t.1, p. 117-120).

⁴⁵³ Opondo-se a Binding, Marques diz que não existe diferença estrutural entre preceitos penais e não-penais, embora reconheça uma maior amplitude do campo da ilicitude em relação ao campo da punibilidade, razão pela qual conclui que as normas são, apenas, proibições ou imperativos relativos à conduta. (MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*, v.1, p. 124). Também Fragoso contesta a posição de Binding, de que o preceito pertence a uma norma extrapenal e a sanção à norma penal, pois essa concepção parte de uma distinção entre norma e lei penal, em que a norma criaria o ilícito, enquanto a lei criaria o delito, de modo que a conduta delitativa violaria a norma, mas não a lei, pois o criminoso realiza exatamente a ação que esta descreve (por exemplo, matar alguém), deixando claro, que, nessa concepção, “as normas não pertenceriam ao direito penal, mas a outros ramos do direito, constituindo um imperativo puro imotivado”. O preceito, no dizer de Fragoso, “é a parte dispositiva da norma que expressa um imperativo”, sendo esse imperativo estabelecido, geralmente, “de modo implícito”, uma vez que “os códigos modernos não contêm mais os mandamentos diretos ‘não furtar’, ‘não matar’, mas a proibição indireta, descrevendo o fato como pressuposto da sanção”. Não há, portanto, a distinção estabelecida por Binding, uma vez que norma é imperativo jurídico que possui os seus atributos, enquanto “a lei é uma das formas de expressão da norma jurídica, ou seja, é fonte formal da norma, que pode revelar-se também através do direito não escrito (consuetudinário), ou da jurisdição”, isto é, dos precedentes jurisprudenciais. Assim, “na norma penal (cuja única fonte é a lei) o preceito está implícito na descrição da conduta incriminada, que aparece como um pressuposto de aplicação da sanção”, de modo que “esta é elemento essencial à norma, constituindo (antes de sua transgressão) a

A *norma processual penal*, por fim, segundo Marques, é a “norma jurídica que regula a atuação da jurisdição penal”, contendo uma *regra* de conduta, uma *ordem* e a necessária *garantia* para se fazer cumprida. A *regra* consiste “nas disposições estatuídas sobre as atividades que se desenvolvem no processo com os seus conseqüências lógicas”, ou seja, “na regulamentação da atuação do juiz, das partes e de terceiros, quer fixando-lhes a respectiva posição processual, quer dispondo a respeito e suas recíprocas relações”; a *ordem* imanente à norma processual penal, por sua vez, “traduz-se na obrigatoriedade, imposta a todos os que intervêm no processo, de não se afastarem das regras de conduta traçadas”, salvo quando autorizado pela própria norma”; a *garantia*, por fim, “compreende a

ameaça de um mal a ser infligido pela inobservância do preceito”, surgindo a sanção, após a violação do preceito, “como sua consequência jurídica”. (FRAGOSO, Heleno. *Lições de direito penal*, p. 74 e 75). Não obstante esse modo implícito de prescrever, Marques assinala que, quando se trata de normas não incriminadoras, ou seja, normas que não descrevem condutas puníveis, “o direito penal formula seus preceitos com outras técnicas, em proposições jurídicas das quais se extrai diretamente o conteúdo imperativo da norma”. As normas incriminadoras, no entanto, ligam a descrição das condutas ilícitas com os preceitos secundários, os quais estatuem a *sanctio juris* aplicável, embora não haja, nessa descrição, “um conteúdo imperativo, explícito, mas apenas latente”, de modo que o legislador “não diz que é proibido matar, mas sim que a morte de alguém será punida com determinada sanção”, esclarecendo, ainda, que essa técnica legislativa peculiar, ou seja, “em que só por via indireta se constrói a regra proibitiva”, é uma consequência da “imprescindibilidade de descrição prévia das condutas puníveis como consequência do *nullum crimen sine lege*”, porquanto “o ilícito punível não se estende num espaço contínuo e sem fronteiras, mas é cunhado em figuras típicas especiais”. Pode-se dizer, no entanto, que há exemplos de imperativos (ou permissivos) explícitos no Código Penal brasileiro, entre os quais os arts. 33, 51, 79, 85 e 107. Para Marques também não existe a diferença apontada por Binding entre a norma penal e a lei penal, porquanto “norma é, antes, o direito objeto (a denominada norma agendi), enquanto à lei se reserva o significado de fonte formal da norma”, ou seja, “a norma é conteúdo da lei, e se emprega e usa a palavra lei, em referência às regras jurídicas, para designar o jus scriptum em oposição ao direito não escrito ou consuetudinário”. Assim, a lei penal “contém em si a revelação de uma norma, a qual consiste na proibição da conduta descrita no texto com a cominação da pena”, podendo-se concluir, portanto, que “a norma penal está contida na lei penal, pois a proibição por aquela estatuída é decorrência lógica do texto que define a conduta conexamente à sanção respectiva”. (MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*, v. 1, p. 121, 122 e 124). Nessa mesma esteira, Bruno também diz que “não é exato que a norma penal não contenha o preceito”, pois, “como as outras normas de Direito, ela é preceito e sanção”, de modo que “definido o fato punível e apondo-lhe a sanção punitiva, a norma penal, implicitamente, enuncia o imperativo da sua proibição, que é o preceito”, resultando refutada, portanto, a tese de que o direito penal é um direito complementar ou meramente sancionador, e passando a defender-se a concepção de que, na verdade, esse direito é originário e autônomo, como os demais ramos das disciplinas jurídicas, uma vez que, embora muitos dos seus preceitos estejam previstos, também, em outras normas de direito, é fácil verificar que “há preceitos que só existem nas normas penais”, de modo que “os fatos neles definidos, se lhes tirássemos a sanção cominada, passariam a ser juridicamente indiferentes”. Além disso, afirma Bruno que o preceito penal não está expresso em outro ramo do direito, uma vez que o direito penal “não o repete pura e simplesmente”, mas, sim, submete-o à elaboração própria, com alteração, ampliação ou redução de conteúdo e adequação do fato às circunstâncias estritas, de acordo com o seu próprio processo de tipificação, o que lhe permite elevar certos bens à tutela jurídico-penal e construir o seu preceito originário e autônomo. (BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, t. 1, p. 119).

série de medidas destinadas a tutelar a aplicação do conteúdo preceptivo da norma, como a imposição de ônus e sanções”.⁴⁵⁴

Em sede de norma penal e processual penal, não se poderia deixar de fazer referência aos princípios penais e processuais penais que, juntamente com as regras, são suas espécies e que, explícitos ou implícitos na constituição, como normas não-incriminadoras, dirigem, limitam e integram a produção e a aplicação normativa incriminadora e não incriminadora, impondo, em face da sua força normativa, que a produção e a aplicação da normatização infraconstitucional seja realizada com a sua observância. Encerrando os princípios constitucionais o arcabouço dos direitos e garantias fundamentais, não se pode perder de vista, conforme Tavares, que a norma penal tem, apenas, “caráter limitativo e não está associada a qualquer sistema teleológico de proteção ou de realização social”, devendo esse caráter limitativo “valer tanto para a fase legislativa de sua elaboração, quanto para a fase judicial de sua aplicação” e referir-se “tanto à legalidade quanto à oportunidade da intervenção”.⁴⁵⁵ Assim, os aspectos relativos ao caráter dos princípios em geral e ao relacionamento com as demais normas, sejam elas princípios ou regras, bem como à indeterminação do direito, são aplicáveis integralmente aos princípios penais e processuais penais.

§2º. A lei penal e processual penal

Partindo-se das concepções anteriormente expostas, pode-se dizer que a *lei penal* e a *lei processual penal* são termos que designam, respectivamente, as principais fontes das normas penais e processuais penais, especialmente, no que concerne às primeiras, das normas incriminadoras, em face do princípio do *nullum crimen, nulla poena, sine lege*. A propósito, Beccaria é enfático ao dizer que “só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social”.⁴⁵⁶

⁴⁵⁴ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v.1, p. 35-36.

⁴⁵⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 120.

⁴⁵⁶ BECCARIA, Marquês di. *Dos delitos e das penas*, p. 18.

Levando em consideração os aspectos formais e materiais que envolvem a lei, Marques lembra que, segundo Serpa Lopes, pode-se dizer que, em seu sentido formal, a lei pode ser definida como “a norma que é a expressão da vontade estatal manifestada pelos órgãos a que a Constituição atribui como função própria e essencial a de estatuir normas jurídicas”.⁴⁵⁷ Isso significa observância ao princípio da representação popular, que, no dizer de Baratta, “impõe, no procedimento de formação da lei penal, o respeito dos requisitos mínimos do Estado de direito no que concerne à representatividade da assembléia legislativa e ao seu funcionamento regular”. Entre esses requisitos mínimos, está “a participação popular na formação da vontade legislativa mediante eleições livres e secretas e a livre organização dos partidos e dos movimentos políticos”.⁴⁵⁸

Essa preocupação com o caráter formal e substancial da lei penal está em conformidade com a sua função de garantia inerente ao Estado democrático de direito, devendo os pressupostos da pena e as consequências do fato, segundo Jescheck, já estar estabelecidos pela lei quando da prática da ação, pois “o fundamento da pena e a sua agravação não podem proceder do direito consuetudinário ou da aplicação analógica da lei penal, nem ter efeito retroativo”. Redigidas com o máximo de precisão, as leis penais devem possibilitar que o seu conteúdo e os seus limites sejam desprendidos do texto legal com a maior segurança possível, devendo-se ter em mente que, enquanto a exclusão do direito consuetudinário e a proibição da analogia se dirigem, sobretudo, ao juiz, as proibições da retroatividade e da indeterminação das leis penais orientam, prioritariamente, a atividade do legislador.⁴⁵⁹ Importa, como fonte das *normas penais incriminadoras*, somente, a lei penal produto de regular processo

⁴⁵⁷ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*, v.1, p. 148.

⁴⁵⁸ BARATTA, Alessandro. *Principi del diritto penale minimo*, p. 450: Baratta diz que “impone nel procedimento di formazione della legge penale il rispetto dei requisiti minimi dello Stato di diritto per quanto riguarda la rappresentatività delle assemblee legislative ed il loro funzionamento regolamentare”. Entre esses requisitos mínimos, está “la partecipazione popolare allá formazione della volontà legislativa attraverso elezione libere e segrete e la libera organizzazione dei partiti e movimenti politici”.

⁴⁵⁹ JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal*, p. 114: [...] “el fundamento de la pena y la agravación de la misma no pueden proceder del Derecho consuetudinario o de la aplicación analógica de la ley penal, ni tener efecto retroactivo”.

legislativo,⁴⁶⁰ admitindo-se, como normas não-incriminadoras, as normas decorrentes de outras fontes.

Subseção III O fato punível

O fato punível é, talvez, a mais importante categoria da metalinguagem jurídico-penal que, estando relacionada com as categorias anteriormente expostas, especialmente com a norma e a lei penal, contém uma série de outras subcategorias não menos importantes, entre as quais o crime, a criminalidade e a criminalização. É a categoria metalinguística que permite compreender as disposições do direito penal relacionadas às condutas proibidas e permitidas, bem como as condições de reprovação e do apenamento dessas mesmas condutas.⁴⁶¹

⁴⁶⁰ O ordenamento constitucional brasileiro dispõe que cabe, privativamente, à União Federal legislar em matéria de direito penal e processual penal, embora possam os Estados-membros, desde que autorizados por lei complementar, legislar sobre questões específicas dessas matérias. (Art. 22, I e parágrafo único, da Constituição da República Federativa do Brasil). A produção legislativa em matéria penal e processual penal, contudo, é complexa, pois admite a iniciativa de diversas instâncias, isto é, dos membros ou comissões da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e da presidência da República, além da iniciativa popular, desde que satisfeitos os requisitos legais. (Art. 61 e seu § 2º da Constituição da República Federativa do Brasil). Cabe ao Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, dispor sobre as matérias de competência da União Federal, devendo, no entanto, o trâmite do projeto ocorrer separadamente em cada uma das casas legislativas, iniciando-se, em caso de iniciativa do presidente da República, na Câmara de Deputados, exigindo-se, para a aprovação do projeto, em cada uma dessas casas legislativas, a maioria dos votos, desde que presente a maioria absoluta de seus membros. Aprovado o projeto de lei penal ou processual penal, esse vai à sanção do presidente da República, que poderá vetá-lo, total ou parcialmente, no prazo de 15 (quinze) dias, contados do recebimento. Ocorrendo o veto, este poderá ser rejeitado pela maioria absoluta dos votos dos deputados e senadores. Com a sanção ou com a rejeição do veto, se houver, cabe ao presidente da República promulgar a lei penal ou processual penal ou, na omissão desse, ao presidente ou vice-presidente do Senado. (Arts. 47, 48, 64, *caput*, 65 e 66 da Constituição da República Federativa do Brasil). Após a promulgação, segue a publicação, sem a qual a lei não pode entrar em vigor. [Art. 1º da Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro)].

⁴⁶¹ A ideia de “fato punível” remete a conceitos que, para Santos, podem ter natureza *real*, *material*, *formal* ou *operacional*, conforme mostrem a origem, os efeitos, a natureza ou os caracteres constitutivos da realidade conceituada. As definições reais explicariam a gênese do fato punível, sendo importantes para delimitar o objeto de estudo da criminologia; as definições materiais indicariam a gravidade do fato punível como lesão a bens jurídicos capaz de orientar formulações que pertencem ao campo da política criminal; as definições formais revelariam a essência do fato punível, como violação da norma legal ameaçada com a pena; e, por fim, as definições operacionais identificariam os elementos constitutivos do fato punível, necessários, como método analítico, para determinar a existência concreta de ações criminosas. (SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*, p. 1-2).

Percebe-se, contudo, que, muitas vezes, ocorre confusão entre as diversas categorias metalinguísticas relacionadas com o fato punível, sobretudo entre este e o crime, como se ambas pudessem se substituir reciprocamente como sinônimas. É bem verdade que, em sentido amplo, o termo crime, a exemplo do fato punível, pode indicar um gênero, mas, em sentido estrito, compõe, juntamente com a contravenção penal, espécies de fatos puníveis.

É necessário distinguir, no entanto, o conceito de fato punível do fato em si, pois, como metalinguagem jurídico-penal, os conceitos ou descrições são atos de linguagem que qualificam um fato ou uma conduta. A propósito, Machado afirma que o fato em si “é rico, variado, circunstanciado”, enquanto o tipo de fato “é seco, conclusivo, fechado”.⁴⁶²

Também se deve distinguir os termos *crime* (e *contravenção*) e *tipo penal*, embora, conforme é possível perceber-se na parte especial do Código Penal brasileiro, haja confusão a esse respeito, pois o legislador dispõe sobre os tipos penais, tratando-os como se fossem “crimes”. Conforme assevera Machado, “na verdade, ao falar de crime, o Código refere-se ao tipo formal”,⁴⁶³ embora essa parte do Código Penal esteja dividida em títulos, capítulos e seções, com designações, tais como, “Dos crimes contra a pessoa” e “Dos crimes contra a vida”.

A presente subseção tem o propósito, tão-somente, de apresentar algumas das significações da categoria *fato punível*, assim como, sobre as suas subcategorias, sem a preocupação, contudo, de esgotar o rico debate que envolve os seus conteúdos, até mesmo porque esse não é o propósito da presente pesquisa, restringindo-se, pois, a indicar alguns dos tantos “conceitos” existentes na linguagem jurídico-penal.

§1º. O crime, a criminalidade e a criminalização

Como antecipado na introdução desta subseção, a categoria *fato punível* é, às vezes, confundida com a categoria *crime*, razão pela qual inicia-se uma breve

⁴⁶² MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal*, p. 98.

⁴⁶³ MACHADO, Luiz Alberto. *Op. Cit.* p. 103.

abordagem acerca desta, até mesmo por ser mais usada que aquela, estendendo-se esta abordagem, também, para categorias correlatas, tais como a *criminalidade* e a *criminalização*.

Contudo, antes de adentrar-se, propriamente, na abordagem relativa aos conceitos de *crime*, é necessário ressaltar, com base em Machado, que o este é, sempre, “um desvalor jurídico”, que “varia espacial e temporalmente em consequência da mutação dos conceitos culturais, filosóficos e políticos”. Por isso, tem sido “muito importante para o Direito Penal a fixação do bem jurídico, isto é, do bem ou interesse protegido contra o ataque da conduta criminosa”. Não obstante essa importância do bem jurídico, o progresso mais significativo tem ocorrido com o abandono da sua supremacia, para entender-se que o crime é, antes e acima de tudo, essencialmente, “um desvalor da conduta”, que “deve ser entendido sob um aspecto de ‘qualificação do fato’”. Assim, o crime é concebido como “um ato socialmente negativo, uma conduta desviante da normalidade social”, embora nem todo ato desviante da normalidade social seja crime⁴⁶⁴.

A categoria *crime* contempla diversos conceitos,⁴⁶⁵ entre os quais a conceituação criminológica, que compreende os conceitos clássicos, positivistas e ecléticos,⁴⁶⁶ e a conceituação jurídica, que compreende os conceitos formais, materiais e analíticos.

1.1 A conceituação criminológica

Marcando o período filosófico da escola clássica, Beccaria deixou evidenciado, já no século XVIII, que o *crime* surge, na verdade, como produto de definições legais, de modo que, “quanto mais se estender a esfera dos crimes,

⁴⁶⁴ MACHADO, Luiz Alberto. *Idem*, p. 77.

⁴⁶⁵ A propósito, Delmas-Marty diz que “o crime, inicialmente, é designado por cada sociedade segundo seus critérios, múltiplos, às vezes contraditórios”. Os critérios utilizados são os mais variados, entre os quais os critérios religiosos, raciais, políticos, geográficos e a gravidade. Além disso, Delmas-Marty menciona que o “estado de perigo” é uma espécie de fenômeno criminal, que, nas sociedades primitivas e no regime ancião, era representado pelas feiticeiras, assim como, com a ascensão do capitalismo, passaram a ser os mendigos e vagabundos e, nas sociedades industrializadas, os *hippies*, naturistas, loucos, doentes mentais, adeptos de seitas, drogados, deficientes físicos, alcoólatras, ciganos, nômades e forasteiros, mães solteiras, imigrantes, prostitutas, homossexuais e tantos outros. (DELMAS-MARTY, Mireille. *Modelos e movimentos de política criminal*, p. 25-27). A concepção mais recente de estado de perigo é a de “inimigo”, desenvolvida por Jakobs.

⁴⁶⁶ Os conceitos ecléticos são combinações dos conceitos clássicos e positivistas.

tanto mais se fará que sejam cometidos, porque se verão os delitos multiplicar-se à medida que os motivos de delitos especificados pelas leis forem numerosos”.⁴⁶⁷ Integrando o período jurídico dessa mesma escola, Carrara define o delito como “a *infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso*”. Nessa concepção, delito é “um ente jurídico”, uma vez que “a sua essência deve forçosamente consistir na violação de um *direito*”. É, também, uma concepção adequada à formula sacramental, à medida que esse direito “é congênito ao homem, porque lhe foi dado por Deus, desde o momento da sua criação, para que possa cumprir os seus deveres nesta vida”, tendo, pois, “existência e critérios anteriores às inclinações dos legisladores terrenos”, critérios estes “absolutos, constantes, e independentes dos seus caprichos e da utilidade avidamente anelada por eles”.⁴⁶⁸

A escola positiva, por sua vez, adota conceitos que levam em consideração as causas biopsíquicas e sociais, estando baseados nos estudos de Lombroso, Garofalo e Ferri. Para o primeiro, “o crime está ligado às condições orgânicas das quais é efeito direto”,⁴⁶⁹ sendo o delito, pois, um ente natural, um fenômeno necessário, como o nascimento, a morte e a concepção, determinado por causas biológicas, sobretudo hereditárias. Para Garófalo, o crime é produto de causas morais ou sentimentais, sendo, pois, “a ofensa à parte do senso moral formado pelos sentimentos altruístas de *piedade* e de *probidade*”. Não se considera essa ofensa “à parte superior e mais delicada deste sentimento, mas à mais comum”, ou seja, “a que se considera patrimônio moral indispensável de todos os indivíduos em sociedade”. Enquanto a *piedade* é capaz de fazer com que a pessoa se abstenha de praticar “*atos capazes de produzir no próximo uma dor física ou moral*”, a *probidade* é “o sentimento de respeito pela propriedade alheia”,⁴⁷⁰ agregando a essas definições as causas sociais da criminalidade, Ferri afirma que há outros sentimentos cuja violação constitui delito natural, como, por

⁴⁶⁷ BECCARIA, Marquês di. *Dos delitos e das penas*, p. 99.

⁴⁶⁸ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*, v. 1, p. 24-25.

⁴⁶⁹ LOMBROSO, César. *O homem delinquente*, p. 67.

⁴⁷⁰ GARÓFALO, Rafeale. *Criminologia*, p. 13, 21, 27 e 29.

exemplo, o pudor, a religião e o patriotismo, e que, além e antes da violação dos sentimentos, há a ofensa às condições de existência social, sendo a violação de tais condições e sentimentos o que constitui, verdadeiramente, um delito natural.⁴⁷¹

Na esteira dessa mesma conceituação criminológica, que se orienta pelo paradigma tradicional ou etiológico, a *criminalidade ou delinquência*, em sentido estrito, segundo Soares, é concebida como “a qualidade inerente a determinada ação ou omissão antissocial, ou seja, um ato de natureza delituosa”, enquanto, em sentido lato, “é o fenômeno antissocial, que abrange o conjunto de delitos, em suas várias modalidades, durante certa época e em cada região, ou país”. Portanto, “o conceito de criminalidade não se cinge à ideia de somatório de infrações penais cometidas, conhecidas ou não a autoria, e submetidas à Justiça Penal”, englobando “não só as condutas antissociais criminalizadas e objeto de repressão penal, como também todas ações antissociais, ainda que não estejam tipificadas, na lei penal, isto é, que ainda não foram objeto de criminalização”.⁴⁷²

A categoria *criminalização*, por sua vez, orientada pelo paradigma da reação social, compreende conceitos críticos acerca de crime e criminalidade, a partir da concepção de Becker, segundo a qual são os grupos sociais que criam o desvio ao fazer as regras e ao aplicá-las sobre determinadas pessoas, rotulando-as como “marginais”, sendo o desvio, pois, uma decorrência da aplicação dessas regras e não uma qualidade do ato que a pessoa comete.⁴⁷³ Assim,

⁴⁷¹ FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal*, p. 355.

⁴⁷² SOARES, Orlando. *Criminologia*, p. 110.

⁴⁷³ BECKER, Howard. *Outsiders*, p. 9. A partir dessa concepção, constroem-se as as noções de “desvio primário” e “desvio secundário” ou de “carreira criminal”, cuja linha investigativa, embora tenha forte tendência etiológica, não pode ser desconsiderada, uma vez que, por ação do sistema penal, o indivíduo é levado ao desvio secundário em face da estigmatização decorrente da criminalização do desvio primário. Buscando uma distinção entre os desvios “primário” e “secundário”, Lemert explica que aquele “surge em uma grande variedade de contextos sociais, culturais e psicológicos e que, no máximo, não terá senão implicações marginais no que diz respeito à estrutura psíquica do indivíduo”, ressaltando, ainda, no que diz respeito ao desvio secundário, que “as ‘causas’ originais do desvio desaparecem e cedem lugar à importância e isolamento de parte da sociedade”. (LEMERT, Edwin M. *Desviación primaria y secundaria*, p. 97). Esses desvios não seriam significativos, se não estivessem subjetivamente organizados e transformados em relações ativas, convertidos, assim, em critério social para a atribuição do *status*, de modo que o “desvio secundário” surge por causa da reação da sociedade a algum ato inicial que foi interpretado como desviado. Quando alguém começa a empregar a sua conduta desviada como um meio de defesa, de ataque ou de adaptação aos problemas explícitos ou implícitos criados pela reação consecutiva da sociedade para com ele, pode-se dizer que esta segunda conduta é um “desvio secundário”. Assim, uma viciada em drogas que não pode pagar o

diferentemente das concepções de que o criminoso é produto de causas biopsíquicas e sociais, a noção de *criminalização* está relacionada com a atribuição, com sucesso, de qualidades criminais a condutas e pessoas pelas agências do sistema penal, passando o crime ou a contravenção penal assim como o criminoso ou o contraventor a existir somente em face do processo de criminalização.⁴⁷⁴

Do que foi dito, é possível depreender-se que há dois tipos de *criminalidade*, ou seja, as ações que ainda não foram criminalizadas, sendo consideradas como tais antes mesmo da criminalização, concepção esta orientada pelo paradigma etiológico; e as ações antissociais que integram a criminalidade

preço da substância, uma vez estigmatizada, poderá prostituir-se ou cometer furtos para obter dinheiro. Em suma, é possível dizer que o “desvio secundário” desenvolve-se da seguinte forma: a) desvio primário; b) punições sociais; c) novo desvio primário; d) reação e punição mais forte; e) ulteriores desvios, com hostilidades e ressentimentos que se começam a dirigir sobre aqueles que puseram em prática as punições; f) crise alcançada pelo limite (quociente) de tolerância, expressada mediante ações formais da sociedade estigmatizando o desviado; g) fortalecimento da conduta desviada como uma reação à estigmatização e às punições; h) aceitação final do Estado social desviado e esforços de adaptação baseada na associação de relações com pessoas igualmente estigmatizadas. O desvio primário, portanto, converte-se em secundário, em função da reação social, de modo que a concepção de desviado que este tem de si mesmo depende da reação social negativa. Sobre a teoria de Lemert, Baratta enfatiza que os desvios sucessivos à reação social, isto é, os desvios secundários, que compreendem, também, a incriminação e a pena, “são fundamentalmente determinados pelos efeitos psicológicos que tal reação produz no indivíduo”, de modo que “o comportamento desviante (e o papel social correspondente) sucessivo à reação torna-se um meio de defesa, de ataque ou de adaptação em relação aos problemas manifestos e ocultos criados pela reação social ao primeiro desvio”. Assim, o indivíduo estigmatizado pela punição tende a mudar a sua identidade social, permanecendo “no papel social no qual a estigmatização o introduziu, ou seja, uma carreira criminal”. A teoria da criminalidade centrada na distinção entre os desvios primário e secundário, no dizer de Baratta, “não constitui, necessariamente, uma negação, mas pode ser um complemento da investigação etiológica sobre o desvio criminal”, porquanto “não deixa de considerar a estigmatização ocasionada pelo desvio primário também como uma *causa*, que tem seus efeitos específicos na identidade social e na autodefinição das pessoas objeto da reação social”, o que levou Fritz Sack a afirmar que a perspectiva do *labelling approach* é compatível com a pesquisa etiológica sobre o comportamento criminalizado. (BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*, p. 89 e 91). De qualquer forma, é importante ressaltar que, na abordagem de Lemert, aparecem como relevantes aspectos que, segundo Bergalli, em um enfoque etiológico, passariam despercebidos, tais como, o caráter dinâmico e processual da formação do comportamento desviado, no sentido de que chega a ser tal por meio de uma interação entre um certo tipo de diversidade originária e a resposta social a ela; a importância da estigmatização e da sanção, que explica em que sentido a adoção de atitudes particulares - desviadas - pode depender de anomalias físicas que não têm nenhuma relação direta com tais atitudes; e, por último, a produção de condutas discriminadas pelas instâncias estabelecidas para o seu controle e reforma, por meio dos mecanismos da definição pública do comportamento e de sua aberta atribuição a certos indivíduos. (BERGALI, Roberto. *Crítica a la Criminología*, p. 195). A teoria do desvio secundário, para Baratta, põe em dúvida o princípio do fim ou da prevenção e, em particular, a concepção reeducativa da pena, pois mostra que a intervenção do sistema penal, especialmente as penas detentivas, antes de terem um efeito reeducativo sobre o delinquente determinam, na maioria dos casos, uma consolidação da identidade desviante do condenado e o seu ingresso em uma verdadeira e própria carreira criminosa. (BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*, p. 90).

⁴⁷⁴ O processo de criminalização foi objeto de descrição do subitem 3.2 do § 3º da Subseção III da Seção III do Capítulo II.

porque foram objetos da criminalização, cuja concepção se orienta pelo paradigma da reação social, que propicia uma visão mais precisa da *criminalidade*, pois induz a que se considere, apenas, a criminalidade construída no processo de criminalização, não se concebendo a existência do crime e do criminoso antes desse processo.

1.2 A conceituação jurídica

A conceituação jurídica compreende, conforme já anunciado, os conceitos formal, material e analítico de crime ou delito. Em seu enfoque meramente jurídico-formal, crime é a violação da norma penal, independentemente da relevância dessa lesão, de modo que, sendo anterior aos estudos relacionados ao tipo penal, concebe o injusto como decorrente, apenas, da contrariedade a todo o direito, sendo, no dizer de Bruno, “todo fato a que a lei proíbe sob a ameaça de uma pena”. Adotam-se, nessa definição, fórmulas estritamente jurídicas, sintéticas e formais, ou seja, que levam em consideração, apenas, “um dos aspectos do fenômeno, o mais aparente, que é a sua contradição a uma norma do Direito ou a sua punibilidade definida na legislação”.⁴⁷⁵

Além dessa concepção, há a definição material, segundo a qual, no dizer de Bruno, crime é “o ato que ofende ou ameaça um bem jurídico tutelado pela lei penal”, ou seja, é a violação relevante de bem jurídico,⁴⁷⁶ ou ainda, como prefere Ferri, a violação de um direito ou de um bem (objeto jurídico) que se concretiza na pessoa ou na coisa (objeto material).⁴⁷⁷ Trata-se de uma definição que pretende ser universalmente aceita, independentemente do sistema jurídico positivo vigente, ou seja, segundo Machado, que pretende ser “a essência ontológica do delito, a fixação de limites legislativos à incriminação de condutas”, sendo, por

⁴⁷⁵ BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, t. 1, p. 173. Nessa mesma esteira, Lizst também sustenta que “crime é o injusto contra o qual o Estado comina pena, e o injusto criminal, isto é, do crime, é a ação culposa e contrária ao Direito”. (LIZST, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*, t.1, p. 209).

⁴⁷⁶ BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, t. 1, p. 175.

⁴⁷⁷ FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal*, p. 360.

isso, inevitavelmente, “um conceito amplo, que busca conter as espécies e variações dos crimes”.⁴⁷⁸

Por fim, ultrapassando os limites do estritamente jurídico, o conceito analítico é um conceito que procura a precisão e a técnica jurídica, pondo em relevo os elementos analíticos ou estruturais do crime, mesmo sendo divergentes as opiniões dos teóricos sobre os elementos que compõem a estrutura jurídica do crime e sobre o conteúdo desses elementos. É dessas estruturas e de seus conteúdos que trata o parágrafo seguinte.

§2º. O conceito analítico

Por ser difícil trabalhar ou com um conceito tão amplo (material) ou com um tão estreito (formal), pois “não servem de base a uma análise dialética e didática do crime”, Machado explica acerca da necessidade de um conceito analítico de crime, utilizando-se da metáfora da água, pois, “ainda que, formalmente, a água seja água e, materialmente, seja um líquido insípido, inodoro e incolor que serve para, entre outras coisas, saciar a sede, analiticamente sua composição é H₂O”. Além de uma reação em relação aos conceitos formal e material de crime, o conceito analítico, em face da “necessidade de decompor o crime em seus elementos integrantes para exame e compreensão da sua estrutura”, passou a “determinar os elementos do crime a fim de facilitar a análise de todos os institutos de Direito Criminal”, considerando o crime, na concepção analítica, “ação (ação e omissão) sobre a qual recaem os atributos dos demais elementos”.⁴⁷⁹

Tendo em vista que o fato punível é gênero, passa-se a utilizar, doravante, a categoria fato punível para designar o conjunto dessas estruturas conceituais ou metalinguísticas, tendo em mente, segundo Mezger, que o “*fato punível é o conjunto dos pressupostos da pena*”.⁴⁸⁰ O propósito deste parágrafo é aprofundar

⁴⁷⁸ MACHADO, Luiz Alberto. *Direito Criminal*, p. 78.

⁴⁷⁹ MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal*, p. 78-79.

⁴⁸⁰ MEZGER, Edmundo. *Derecho penal*, t. 1, p. 77: [...] “*hecho punible es el conjunto de los pressupostos de la pena*”.

o estudo acerca das principais categorias que compõem a estrutura do fato punível, os seus conteúdos e dos diversos conceitos e espécies de fato punível.

2.1 As categorias do fato punível

Fazem parte do fato punível, como seus elementos estruturais, as noções de conduta (ação ou omissão), de tipo penal e de tipicidade, de injusto penal e de antijuridicidade, de culpabilidade e de punibilidade, os quais, segundo Machado, não são encontrados sequencialmente ou de forma cronologicamente ordenada, na definição analítica de fato punível, pois, “acontecem todos no mesmo momento histórico, no mesmo instante, tal como o instante da junção de partículas de hidrogênio com uma de oxigênio produz a molécula da água”.⁴⁸¹

2.1.1 A conduta (ação e omissão)

A *conduta* (ação ou omissão) é objeto da preocupação de várias correntes do pensamento jurídico-penal e, também, a principal base sobre a qual se estrutura a teoria do fato punível, sendo, por isso, o fundamento da pena, de modo que, segundo Machado, a opção por uma entre tantas teorias da ação “compromete, de forma evidente, todo o conceito analítico de crime”.⁴⁸²

É necessário ressaltar, primeiramente, os aspectos relacionados aos termos “ação”, “conduta”, “fato” e “ato”, devendo-se ter em mente que prepondera entre os pensadores do direito penal a utilização do signo “ação”, em vez de “conduta”, com sentido tanto de ação em sentido estrito quanto de omissão. Ação e omissão, no dizer de Machado, são, pois, o “suporte material básico do crime”, tendo a ação, portanto, “forma positiva (*facere*, ação em sentido estrito) e negativa (*non facere*, omissão)”.⁴⁸³ Entretanto, segundo Toledo, há autores “que preferem conservar a diferença entre ação e a omissão (não-ação), considerando-as espécies distintas que se unificariam no conceito mais abrangente de ‘conduta

⁴⁸¹ MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal*, p. 78-79.

⁴⁸² MACHADO, L. A. *Op. Cit.*, p. 85.

⁴⁸³ MACHADO, L. A. *Idem, idem.*

humana”⁴⁸⁴. A utilização do termo “fato”, no dizer de Machado, é equivocada, porquanto esse termo designa “o resultado da ação, nem sempre necessário à configuração do crime (no homicídio, a ação é matar, enquanto o fato é a morte; no entanto, o crime de homicídio é a ação de matar, não o fato morte em si)”. Além disso, para Machado, distinguem-se os termos “ação” e “ato”, pois “uma ação pode compor-se de um (unissubsistente) ou de vários atos (plurissubsistente)”⁴⁸⁵.

Não é qualquer conduta penal, contudo, que interessa ao direito penal, não sendo considerada ação, no dizer de Machado, quando inexistir a vontade final ou quando esta não for manifestada, como ocorre, por exemplo, nos movimentos reflexos, nos estados de inconsciência, como, por exemplo, o sono, a epilepsia e o sonambulismo, e na coação física absoluta, inclusive por meio de narcóticos. Já as ações de curto-circuito, em que a vontade está subordinada a um comando reflexo, e os estados de demência e de coação moral, em que a vontade é válida, embora não censurável, não excluem a ação.⁴⁸⁶

As teorias relacionadas à conduta ou à ação podem ser abrangidas em dois grupos principais, isto é, às que se alinham ao direito penal do autor e as que se situam no âmbito do direito penal do fato.⁴⁸⁷ Para as teorias do primeiro grupo, explica Mezger, “o fato punível não deve formar a base própria da pena, senão que há de ser, antes, um *indício*, um *senal*, um ‘*sintoma*’ de uma *situação* determinada e, do ponto de vista jurídico-penal, significativa em relação ao *autor*”.

⁴⁸⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 91. A propósito, Kaufmann, referido por Wessels, menciona que “o conceito comum para o fazer e para a omissão é constituído pela *conduta humana*” (WESSELS, Johannes. *Direito penal*, p. 18).

⁴⁸⁵ MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal*, p. 79 e 86.

⁴⁸⁶ MACHADO, L. A. *Op. Cit.*, p. 85. Inexiste ação daquele que, em um ataque de convulsão, danifica objetos alheios ou que, em razão de uma síncope, não pode cumprir o seu dever, assim como não se dá ação por parte de quem é coagido pelo poder físico de outrem a fazer ou deixar de fazer alguma coisa.

⁴⁸⁷ Machado menciona quatro teorias que tratam do conceito de ação, ou seja, a teoria sintomática, que concebe que ação é todo sintoma de desrespeito ao direito criminal, perquirindo-se, assim, o íntimo do agente, para saber se porta o sintoma da delinquência; a teoria causal ou naturalista, para a qual a ação é todo comportamento humano voluntário que modifica o mundo exterior, tendo como elementos a vontade, a exteriorização da vontade e o resultado; a teoria normativa, que adota os mesmos elementos da teoria causal ou naturalista, mas, admitindo o caráter normativo da omissão, substitui o último elemento – resultado natural – pela relevância jurídica e social; e, por fim, a teoria finalista, na qual a ação é definida como atividade final, tendo os tipos dolosos, os tipos culposos e os tipos omissivos, ressaltando, ainda, ser “inegável a procedência da teoria finalista da ação, a alcançar os mais elevados padrões filosóficos e dogmáticos”. (MACHADO, L. A. *Ibidem*, p. 88).

É esse sintoma que “deve constituir, pois, o fundamento verdadeiro do castigo”, porquanto “*não* se castiga alguém porque haja cometido um fato punível, senão porque é uma *pessoa* socialmente perigosa, o que se desprende do próprio fato que cometeu”, deixando-se claro, assim, que “o fundamento verdadeiro da pena está situado na periculosidade pessoal do autor”.⁴⁸⁸ As teorias do segundo grupo, por sua vez, preponderantes no direito penal ocidental, estruturam-se com base no conceito de ação e não do seu autor, consoante se pode perceber nos modelos de ação causal ou clássico, neoclássico, final, social e negativo.

No âmbito do causalismo,⁴⁸⁹ vigora uma concepção naturalista de ação, atribuída a Lizst e Beling. Para o primeiro, somente “*atos* juridicamente relevantes”, isto é, os que causam “mudanças do mundo exterior apreciáveis pelos sentidos”, são circunstâncias ou condições para que se siga um efeito jurídico, desde que esses acontecimentos dependam da vontade humana. A ação, assim, passa a ser definida como “a mudança do mundo exterior referível à vontade do homem”, trazendo consigo, pois, a ideia de resultado, uma vez que a mudança haverá de ser *causada* (comissão) ou *não impedida* (omissão) voluntariamente, sendo, portanto, a *comissão* e a *omissão* “as duas formas fundamentais da ação e conseqüentemente do crime” e o resultado da comissão e da omissão a mudança do mundo exterior causada ou não impedida. A voluntariedade na comissão ou na omissão “não quer dizer livre-arbítrio no sentido metafísico”, mas, tão-somente, “isenção de coação mecânica ou psicofísica”.⁴⁹⁰ Se a punibilidade, para um indivíduo, surge sempre somente de suas próprias ações, para Beling, também, deve-se entender por ação, “um *comportamento corporal (fase externa, ‘objetiva’*

⁴⁸⁸ MEZGER, Edmund. *Derecho penal*, t. 1, p. 85-86: [...] que “pone en duda el significado central del concepto de acción y reclama con ello una decisión fundamental acerca del punto de partida del sistema jurídico-penal”. Segundo essa concepção, “el fato punible no debe formar la base propia de la pena, sino que há de ser, más bien, un *indicio*, un *señal*, un ‘*síntoma*’ de una *situación* determinada y, desde el punto de vista jurídico-penal significativa respecto *del autor*”, [...] “debe constituir, pues, el fundamento verdadero del castigo”, [...] “no se castiga a uno porque haya cometido un hecho punible, sino porque es una *persona* socialmente peligrosa, como se desprende del próprio hecho que ha cometido”, [...] “el fundamento verdadero de la pena está situado en la peligrosidad personal del autor”.

⁴⁸⁹ Com a sua concepção de ação, segundo Santos, o causalismo fornece as bases para a estruturação do “sistema *clássico* de crime, baseado na separação entre processo causal exterior (causação do resultado) e relação psíquica do autor com o resultado (conteúdo da vontade, sob formas de dolo e imprudência)”. (SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*, p. 12).

⁴⁹⁰ LIZST, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*, t. 1, p. 217-218 e 220.

da ação) produzido pelo domínio sobre o corpo (liberdade de inervação muscular, ‘voluntariedade’), (fase interna, ‘subjéitiva’ da ação)”. Nessa concepção, a ação é, também, “um ‘comportamento corporal voluntário’, consistente tanto em um fazer (ação positiva), isto é, um movimento corporal, como, por exemplo, levantar a mão, movimentos para falar, quanto em um não fazer (omissão), ou seja, a distênção dos músculos.⁴⁹¹

Apesar da teoria causal da ação utilizar a expressão “ação humana” em sentido amplo, ou seja, para designar tanto a ação propriamente dita (atividade positiva) quanto a omissão (atividade negativa, ou ausência de ação em sentido estrito), segundo Machado, não foi ela capaz de conciliar a ação em sentido estrito e a omissão e de explicar a existência de crimes desprovidos de resultado natural, largamente aceitos pela doutrina. Foi no neoclassicismo ou na segunda etapa da causalismo, somente, cujas concepções sofreram influência do neokantismo, que se propôs a compensar esse fracasso da teoria natural quanto à omissão, por meio da teoria normativa da ação, segundo a qual “a omissão é, para os seus adeptos, puramente normativa”. Fixou-se, assim, uma premissa com enfoque diferenciado, segundo a qual “não há crime sem resultado”, o que “não significa necessariamente a modificação do mundo exterior, como resultado natural”, sendo suficiente “a composição do tipo”, isto é, o resultado jurídico, uma vez que “o crime é um ente jurídico”.⁴⁹²

Para o finalismo, por sua vez, que tem em Welzel o seu principal expoente, “a ação é o exercício de atividade finalista”, isto é, é “um acontecer ‘finalista’ e não somente ‘causal’”, o que se baseia na concepção de que “o homem, sobre a base de seu conhecimento causal, pode prever determinada escala de conseqüências

⁴⁹¹ BELING, Ernest Von. Esquema de derecho penal, p. 42. [...] “un comportamiento corporal (fase externa, ‘objetiva’ de la acción) producido por el dominio sobre el cuerpo (liberidad de inervación muscular, ‘voluntariedad’), (fase interna, ‘subjéitiva’ de la acción)”, ou seja, ação é “un ‘comportamiento corporal voluntario’” [...].

⁴⁹² MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal*, p. 86-87. No início do século XX, Radbruch já havia ressaltado, segundo Bitencourt e Conde, que “o conceito causal de ação era inaplicável à omissão”. (BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*, p. 35). Para Mezger, o conceito de ação não é um conceito puramente neutro, pois, quando se exige que o fazer o não-fazer sejam voluntários, contém um elemento valorativo (MEZGER, Edmundo. *Derecho penal*, t.1, p. 88), ou seja, a ação passa a ser concebida de forma mais ampla, deixando de ser um movimento exclusivamente corpóreo, para compreender, também, como manifestação exteriorizada da vontade, daí porque a omissão e as ações culposas podem ser abrangidas pelo novo conceito, em face do ingresso do elemento normativo.

possíveis de uma atividade com vistas ao futuro” e, além disso, “propor-se a objetivos de índole diversa a dirigir sua atividade segundo um plano tendente à obtenção desses objetivos”. Essa atividade finalista distingue-se da atividade causal, pois “a pura causalidade não está dirigida desde o objetivo, mas que é a resultante dos componentes causais circunstancialmente concorrentes”, de modo que, “graficamente falando, a finalidade é ‘vidente’; a causalidade é ‘cega’”. Assim, “pertence também à ação a vontade finalista, como fator que conforma objetivamente o acontecimento real”. Essa vontade “se espalha a todas as consequências que o autor deve realizar para a obtenção do objetivo”, abrangendo, também, “1) o objetivo que se propõe a alcançar; 2) os meios que emprega para isso; 3) as consequências secundárias que estão necessariamente vinculadas com o emprego dos meios”. Isso significa dizer que “a atividade finalista não somente compreende o objetivo da ação, mas também os caminhos necessários e as consequência secundárias, precisamente vinculadas”.⁴⁹³

Esse modelo de ação, contudo, para Welzel, “é indiferente ao valor”, o que significa dizer que pode ser empregado tanto para a realização de objetivos socialmente positivos quanto para a realização dos objetivos socialmente negativos. A interferência do direito penal ocorre, somente, com o propósito de proibir “a concretização finalista de objetivos socialmente negativos”, sendo qualificadas de antijurídicas, nos tipos dolosos, “as ações finalistas, cuja vontade de realização está dirigida até a efetivação de resultados socialmente negativos”, uma vez que dolo “é aquela vontade finalista de ação que está dirigida até a concretização das características objetivas de um tipo de injusto”. Todavia, para o finalismo, “o direito não proíbe somente ao homem desenvolver uma atividade dolosa jurídica”, esperando dele “que observe em suas demais ações um mínimo de direção finalista, para evitar a lesão de bens jurídicos”. Pretende-se reprimir, assim, também, “aquelas ações que não sendo antijurídicas e vistas do ângulo de suas consequências finalistas puramente causais, não aportam o mínimo

⁴⁹³ WELZEL, Hans. *Direito penal*, p. 79-81. Dias faz questão de sublinhar que “um puro conceito causal-naturalístico de ação está desde logo fora de questão”, já não sendo hoje defendido por ninguém, o mesmo se dizendo, “de um conceito puramente normativo, que logo à partida revela não cumprir minimamente a função de ligação, na medida em que pré-determina de uma forma absoluta a tipicidade”. (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*, p. 207).

necessário na atividade finalista, para evitar tais consequências”, ações estas compreendidas pelos tipos culposos ou como “lesões imprudentes ou negligentes de bens jurídicos”.⁴⁹⁴

A teoria social da ação, da qual Wessels é a maior expressão, “vê na *relevância social* do fazer ou da omissão humanos o critério conceitual comum a todas as formas de comportamento”, englobando “o agir como *fator sensível da realidade social*, com todos os seus aspectos pessoais, finais, causais e normativos”.⁴⁹⁵

O conceito negativo de ação, por sua vez, segundo Santos, foi desenvolvido por Harzberg, Beherendt e Otto, tendo “como núcleo fundamental o *princípio da inevitabilidade*, segundo o qual um resultado é atribuível ao autor, se o direito *ordena* sua evitação, e o autor *não o evita*, embora *possa evitá-lo*”, de modo que “comportamentos penalmente relevantes são comportamentos acessíveis à direção da vontade, definidos como *omissão da contradireção*

⁴⁹⁴ WELZEL, Hans. *Direito penal*, p. 83-84. Na forma como originalmente foi imposta, explica Machado, a teoria finalista “era incapaz de resolver os crimes culposos”, porquanto, “se a ação é final, dirigida a um fim”, não havia como se equacionarem “os crimes culposos em sentido estrito, cujos resultados não se encontram no desenrolar da conduta, vale dizer, dentro da finalidade da ação”. É que, para Welzel, o desvalor da conduta não está relacionado com a vontade em si, mas com a direção que essa vontade toma no mundo da realização”. Assim, “no crime doloso a direção da vontade coincide com o fim visado”, enquanto “no crime culposos a direção é desviada de seu fim pela infração do cuidado a que o agente está obrigado e é exatamente esse desvio que se transforma na direção juridicamente desvalorada pelo tipo”, razão pela qual “o motorista que dirige em alta velocidade, pretendendo mostrar a sua perícia à namorada, infringe o dever de cautela a que está obrigado”. No entanto, esse motorista só se torna punível quando atropela, lesionando ou matando alguém”, pois “o atropelamento, desvio da vontade final, é a direção que toma a vontade e que o Direito desvaloriza no tipo”. O tipo culposos é, pois, para Machado, composto pela “falta de atenção e da cautela devidas nas circunstâncias, desde logo representando a vontade final de assim proceder”, ou seja, de “infringir o dever de cautela e de atenção a que está obrigada no seu atuar”, sendo o resultado condicionante da apenação, por isso, “mera condição objetiva de punibilidade”, aperfeiçoando-se, portanto, o tipo penal, “com a tão-só ofensa ao dever de cuidado e de cautela e de atenção requerido do agente, e essa desatenção é final”. (MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal*, p. 87-88).

⁴⁹⁵ WESSELS, Johannes. *Direito penal*, p. 20. Wessels discorre, também, sobre os conceitos de ação dos autores que se dedicaram a essa teoria, entre eles Engisch, Maihofer, Schmidt, Jescheck e Kaufmann, de modo que, nessa concepção, para Engisch, ação “é a causação voluntária de consequências calculáveis e socialmente relevantes”; para Maihofer, por sua vez, ação é “a conduta objetivamente controlável pelo homem, dirigida a um resultado social objetivamente previsível”; para Schmidt, ação é “a conduta portador de vontade, que afeta a esfera da vida de seus co-sócios através de seus efeitos, e que se apresenta, sob aspectos normativos, como unidade de sentido social”; enquanto, para Jescheck, ação é a “conduta humana socialmente relevante, que representa a resposta do homem às possibilidades de ação que lhe são exigidas, e que lhe permite aparecer em sua função humano-social”; por fim, para Kaufmann, ação é a “manifestação responsável e sensível da realidade, com consequências causais domináveis pela vontade”. (WESSELS, Johannes. *Op. Cit.*, p. 20-21).

mandada, ou como *evitável não-evitação na posição de garantidor*.⁴⁹⁶ Assim, para Herzberg, ação é, no dizer de Dias, “o não evitar evitável de um resultado”.⁴⁹⁷

Por fim, o conceito pessoal de ação, segundo Dias, é desenvolvido, entre outros, por Roxin, “como ‘*expressão da personalidade*’”, abrangendo “tudo aquilo que pode ser imputado a um homem como centro de ação anímico-espiritual”.⁴⁹⁸

2.1.2 O tipo penal e a tipicidade

Duas categorias importantes do fato punível e, por consequência, da metalinguagem jurídico-penal são o *tipo penal* e a *tipicidade*, cujos estudos, apesar da existência de alguns antecedentes históricos,⁴⁹⁹ iniciaram somente em 1906, no âmbito do causalismo, com o surgimento da *Doutrina do Delito*, de Beling.⁵⁰⁰ Essa doutrina procura explicar que o delito-tipo ou *tipo penal* mostra-se como o “esquema reitor”, ou seja, “como o *conceito troncal do direito penal*, do

⁴⁹⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*, p. 23-24.

⁴⁹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*, p. 212. Com a teoria negativa de ação, explica Dias, busca-se construir uma base para uma doutrina geral do fato, abrangendo tanto as ações quanto as omissões, dolosas e culposas, parecendo-lhe “por demais claro todavia, desde logo, que, sob qualquer uma das múltiplas formulações que o aludido pensamento pode assumir, a caracterização só abrange os chamados crimes de resultado, não os de mera atividade ou mera omissão” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*, p. 212).

⁴⁹⁸ DIAS, J. de F. *Op. Cit.* p. 213. A definição de ação como manifestação da personalidade, segundo Santos, “permitiria excluir todos os fenômenos somático-corporais insuscetíveis de controle do *ego* e, portanto, *não-dominados* ou *não-domináveis* pela vontade humana”, como, também, a força física absoluta, as convulsões, os movimentos reflexos, por não serem manifestação “da personalidade”, e as emoções e pensamentos encerrados na esfera psíquico espiritual do ser humano, por não serem “manifestações” da personalidade. Os limites incertos ou difusos do conceito de *personalidade*, por outro lado, não permitem, todavia, incluir todos os fenômenos definíveis como suas manifestações sobre o controle do *ego*, porquanto, “nem a *personalidade*, cujas *manifestações* constituem ação, se reduz ao *ego*, nem todas as *manifestações* atribuíveis à *personalidade* “*estão sob controle do ego, a instância de governo psíquico-espiritual do homem*” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*, p. 26 e 27).

⁴⁹⁹ Sobre os antecedentes históricos do tipo penal, Tavares se refere ao direito penal renascentista, mais precisamente a Tiberius Decianus, que fazia referência à “causa formal do delito”; às concepções do direito penal comum europeu acerca do *corpo de delito*; às obras de autores germânicos do século XIX, como Stübel e Von Liszt (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 133-134). A propósito, Liszt afirma que “crime é o *injusto contra o qual o Estado comina pena*” (LIZST, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*, t.1, p. 209).

⁵⁰⁰ A mais importante contribuição da teoria causal no tocante à elaboração da teoria do delito, para Tavares, talvez tenha sido o conceito de tipo, conforme proposto por Beling, uma vez que “a noção de tipo constitui dogmaticamente uma verdadeira revolução no direito penal, de tal modo que, depois disso, todas as construções sistemáticas do delito partem inquestionavelmente do seu pressuposto”, uma vez que, “com o conceito de tipo foi possível a formulação do conceito analítico e a própria elaboração do conceito de ação, pois proporciona a distinção entre a conduta, tomada como corpo de delito e sua previsão legal”. (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 134).

qual provêm os demais conceitos jurídicos penais, no sentido de que sem aquele não se logra nenhuma determinação jurídico-penal concreta e definitiva”. O tipo penal (*Tadbestand*) é definido como “a abstração conceitual que designa o delito, tanto para a face externa (objetiva), como interna (subjativa)”, revestindo-se esse conceito de muita importância prática “para o método na elaboração da casuística, e para a subsunção de um caso prático no conceito de delito”. A tipicidade, por sua vez, “é a correspondência entre um fato e o esquema legal que rege a figura de um delito concreto”.⁵⁰¹ Em outros termos, pode-se dizer que, enquanto o tipo penal é definido como uma descrição de uma hipótese de conduta na lei penal, isto é, de um comportamento proibido, com todas as suas características subjetivas, objetivas, descritivas e normativas, realizada, em regra, nas partes especiais dos códigos penais e nas leis extravagantes, a tipicidade é definida como a característica de uma conduta adequada ao tipo penal, ou seja, é a característica que torna típica uma determinada conduta.⁵⁰²

⁵⁰¹ BELING, Ernest von. *Esquema de derecho penal. La doctrina del delito-tipo*, p. 277, 281, 282, 295 e 298: [...] “como el concepto troncal del Derecho penal, del cual provienen los demás conceptos jurídicos penales, en el sentido de que sin aquél no puede lograr-se ninguna determinación jurídica penal concreta e definitiva”. [...] “la tipicidad es la correspondencia entre un hecho y el esquema legal que rige la figura de un delito concreto”. [...] “la abstracción conceptual que designa el delito, tanto para a faz externa (objetiva), como interna (subjativa)”, [...] “par el método en la elaboración de la casuística, y para la subsunción de un caso práctico en el concepto de delito”. É necessário ter em mente, segundo Beling, que, no Antigo Regime, qualquer conduta antijurídica e culpável era punível, o que gerava insegurança jurídica, pois o soberano podia impor qualquer pena, desde as mais leves às mais graves. O movimento liberal que se instalou, no século XVIII, em reação a esse regime fez com que a legislação posterior estreitasse o conceito de ação antijurídica, definindo, dentro do universo da antijuridicidade, determinados tipos delitivos do domínio comum da ilicitude culpável que passaram a ser penalmente puníveis e prevendo uma pena concreta e precisamente determinada para cada um de tais tipos. Disso resultou que certas formas de agir antijurídicas que não correspondiam a nenhum desses tipos enumerados se tornassem penalmente impunes, de modo que somente certos modos de conduta antijurídica, ou seja, as condutas típicas, foram consideradas relevantes para a intervenção da retribuição pública, sendo o direito penal reduzido, portanto, “a um *catálogo de tipos delitivos*”. A antijuridicidade e a culpabilidade subsistiram, concorrentemente com a tipicidade, como atributos da ação punível, sendo esta compreendida, apenas, como a “adequação ao catálogo”, delimitando-se, assim, dentro do ilícito culpável um espaço dentro dos quais estão as ações penalmente puníveis, passando a ação punível a ser definida como “a ação *tipicamente* antijurídica e culpavel”. (BELING, E. Von. *Op. Cit.* p. 73-74).

⁵⁰² A conceituação ora apresentada de tipo penal permite que se estabeleça uma distinção clara entre “tipo de fato” e “tipo de autor”, uma vez que este, segundo Machado, estaria motivado em “considerações político-criminais, indicativas de pessoas com inclinada propensão ao cometimento de crimes, ainda que possuidoras de plena capacidade de entendimento, de vontade e de auto-determinação”. Assim, em face do tipo de autor, “a culpabilidade, embora mantendo o seu suporte inafastável de censura, pode ser encarada como reprovabilidade pelo ato isolado, pela conduta da vida e ou pelo caráter”. O tipo de fato, por sua vez, pode ser analisado do ponto de vista formal e do ponto de vista material. O tipo material, por traduzir uma desvalorização jurídica da conduta, pertence ao campo da antijuridicidade na doutrina tradicional, enquanto que o tipo formal, em Beling, “é a imagem retora (*leitbild*) a que se deve ajustar a conduta para constituir-se em crime”, e, em Welzel, “é a descrição concreta da conduta proibida (do conteúdo ou da matéria da norma)”.

Além das diversas funções do tipo penal,⁵⁰³ há inúmeras situações designadas por esses termos, impondo-se, segundo Beling, que, em face dessa confusão terminológica, tais termos sejam usados, exclusivamente, em sentido estrito, conforme anteriormente definido, empregando-se, em relação às demais situações, as expressões distintas e adequadas. Como já mencionado anteriormente, o tipo penal não se confunde com a figura delitiva correspondente, uma vez que, apenas, é o esquema comum para os elementos do delito, ou seja, um quadro “regulativo” para os elementos da figura. Assim, o catálogo dos tipos penais é completamente distinto do rol das figuras delitivas existentes, podendo um tipo penal reger várias figuras delitivas ao mesmo tempo, as quais se diferenciam entre si com base em elementos “extratípicos”, como, por exemplo, o

(MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal*, p. 91-92, 95). A linguagem jurídico-penal também emprega os termos “tipo penal” (*Tatbestand*) em outros sentidos completamente distintos, mencionando Beling, entre outros, que esses termos são usados para designar o caso concreto que se deve julgar, a totalidade das condições da existência de uma ação punível, um tipo especial de delito ou classe de delitos, como, por exemplo, o homicídio, ou, ainda, para distinguir o tipo objetivo do tipo subjetivo, como, também, para mencionar formas acessórias de delito, tais como a tentativa, a co-autoria e a participação, ou para indicar características de todo conceito jurídico, como o tipo da legítima defesa, ou para designar as palavras literais e externamente textuais, com as quais os parágrafos especiais da lei estabelecem as condições para que se possa aplicar a pena. (BELING, Ernest Von. *Esquema de derecho penal. La doctrina del delito-tipo*, p. 82-83). Também Santos afirma que o tipo pode ser definido de três diferentes pontos de vista: a) como *tipo legal*, em que se constitui na descrição do comportamento proibido, com todas suas características subjetivas, objetivas, descritivas e normativas, realizada na parte especial do CP e nas leis complementares; b) como *tipo de injusto*, representando a descrição de lesão do bem jurídico e compreendendo os fundamentos positivos da tipicidade (descrição do comportamento proibido) e os fundamentos negativos da antijuridicidade (ausência de causas de justificação); c) como *tipo de garantia* ou tipo em sentido amplo, realizando a função político-criminal atribuída ao princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, CF), expressa na fórmula *nullum crimen, nulla poena sine lege*, e compreendendo todos os pressupostos da punibilidade, ou seja, além de caracteres do *tipo de injusto* (tipicidade e antijuridicidade), abrange, também, os fundamentos de reprovação do autor pela realização do tipo de injusto (culpabilidade), assim como as condições objetivas de punibilidade e os pressupostos processuais. (SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*, p. 33).

⁵⁰³ As funções do tipo penal, para Maurach, são, segundo Machado, de garantia das liberdades individuais e de fundamentação da limitação do *jus puniendi* do Estado democrático de direito, podendo-se, a partir de tais funções, ser extraídas outras, tais como a fixação do conceito de consumação e de tentativa; a limitação da corrente causal; a resolução do concurso aparente de normas; o ajuste da censurabilidade à figura penal; e a instituição de um regime de estabilidade e de segurança. Assim, para Beling, o tipo formal dá certeza e segurança ao direito punitivo, permitindo aos destinatários da norma penal o conhecimento dos comandos e proibições. (MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal*, p. 97-98). Roxin, por sua vez, ressalta as funções de garantia e de regulação do erro e a função sistemática do tipo penal, lembrando, quanto à primeira, que “somente se pode sancionar um fato quando sua punibilidade está legalmente determinada antes do seu cometimento”, cumprindo-se, assim, “a exigência do princípio *nulla poena sine lege*”. A função de regulação do erro está relacionada ao fato de que “o autor somente pode ser sancionado pelo cometimento de um fato doloso quando pelo menos conhecia as circunstâncias de fato”. Por fim, no que diz respeito à função sistemática, está essa relacionada à “necessidade de um conceito fundamental do sistema de direito penal que possa inserir-se entre os elementos ‘ação’ e ‘antijuridicidade’”. (ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal*, p. 170-172).

tipo “matar alguém” rege tanto o homicídio doloso quanto o homicídio culposo. Isso deixa evidenciado, também, que o rol das figuras delitivas é maior que o catálogo de tipos penais.⁵⁰⁴

A composição dos elementos do tipo penal também varia conforme os modelos de ação antes mencionados. Assim, no causalismo e, sobretudo, segundo Beling, o conceito de tipo penal é objetivo, porque todos os elementos subjetivos integram a culpabilidade, e livre-de-valor, porque a tipicidade é neutra e toda a valoração legal pertence à antijuridicidade, razão pela qual “todos os tipos penais são, em consequência, de caráter puramente descritivo”, não se expressando neles, ainda, a valoração jurídica que qualifica a antijuridicidade.⁵⁰⁵ Os tipos penais, nessa concepção, são compostos, portanto, apenas, de elementos descritivos, definidos por Bacila como “aqueles que podem ser percebidos pelos sentidos, como é o caso do olfato, paladar, tato, visão e audição”, como, por exemplo, a *coisa*, no tipo de furto, e *alguém*, no tipo de homicídio.⁵⁰⁶

Aos elementos descritivos objetivos o neokantismo agregou os elementos normativos do tipo legal, os quais foram identificados por Mayer como elementos próprios da antijuridicidade, os quais “têm um duplo caráter”, ou seja, de *elementos normativos* (e, por isso, inautênticos) *da tipicidade*, e de *autênticos elementos da antijuridicidade*”. Esses elementos são definidos como “aquelas partes integrantes do resultado típico que somente têm um significado valorativo”, como, por exemplo, o fato de ser “alheia” a coisa subtraída no tipo de furto.⁵⁰⁷

⁵⁰⁴ BELING, Ernest Von. *Esquema de derecho penal. La doctrina del delito-tipo*, p. 83-84.

⁵⁰⁵ BELING, Ernest Von. *Op. Cit.*, p. 283: [...]“todos los delito-tipos son, en consecuencia, de carácter puramente descriptivo”.

⁵⁰⁶ BACILA, Carlos Roberto. *Teoria da imputação objetiva no direito penal*, p. 17. A objetividade é, segundo Tavares, no sistema causal, uma característica marcante do tipo penal, por ser este compreendido como “a descrição objetiva e neutra do desenrolar de uma conduta, prevista na lei penal”. Por isso, o movimento do agente (realidade causal) e o resultado exercem papéis preponderantes nesse modelo, devendo-se ter em mente que o resultado, como parte integrante da ação causal, deve estar contido necessariamente em todos os delitos, pois o conceito causal de ação não pode reconhecer crimes sem resultado. Assim, todos os delitos teriam resultado, ou seja, tanto os delitos materiais quanto os formais e os de mera atividade, pois, mesmo que não tenham resultado naturalístico, concebem os causalistas que o resultado se confunde com a própria atividade do agente, como movimento corpóreo que modifica o mundo exterior. (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 134-135).

⁵⁰⁷ MAYER, Max Ernest. *Derecho penal*, p. 228: [...] “son aquellas partes integrantes de un resultado típico que solamente tienen un significado valorativo”. Uma vez que o tipo não é tido, nessa corrente, como uma

No que tange aos elementos subjetivos, o causalismo clássico compreendeu como pertencentes, exclusivamente, à culpabilidade, por ser esta depositária da parte interna ou subjetiva. Foi no âmbito do causalismo neokantista ou neoclássico, sobretudo por obra de Mayer e Mezger, que começou a se abrir uma fresta importante, fazendo com que a subjetividade passasse a integrar o tipo penal; fato este que se sedimentou apenas no âmbito do finalismo. Para Mayer, “os processos subjetivos que tornam uma ação antijurídica e aqueles que imprimem o selo da culpabilidade não são, necessariamente, idênticos”.⁵⁰⁸ A propósito, para Mezger, “a convivência externa das pessoas é sempre, somente, a expressão da atitude interna e psíquica delas”, de modo que “pode e deve incluir em suas apreciações também o psíquico como origem da conduta externa”.⁵⁰⁹ Descobrem-se, assim, segundo Santos, os elementos subjetivos do injusto, mostrando “que o tipo de injusto pode depender da direção de vontade do autor, como se comprovou, primeiro, em relação aos elementos subjetivos das causas de justificação, e depois, em relação ao próprio tipo legal”, como ocorre, por exemplo, na intenção de apropriação nos crimes patrimoniais, ou a tendência lasciva nos crimes sexuais,⁵¹⁰ considerados elementos subjetivos especiais.

No âmbito do finalismo, completa-se, sobretudo com Welzel, “a subjetivação do conceito de tipo”, retirando-se da culpabilidade a vontade consciente de realizar os elementos objetivos do fato para integrar a dimensão subjetiva do tipo legal, como dolo de tipo. Ao impulso dado pelo neokantismo com a descoberta dos elementos subjetivos especiais acrescentou-se a constatação de Welzel no sentido de que a tentativa não pode ser comprovada em forma puramente “objetiva”, isto é, sem que seja considerada a decisão subjetiva do autor acerca de qual tipo penal quis concretizar. Isso fez que com que o dolo fosse

estrutura autônoma da antijuridicidade, é nessa relação tipo-antijuridicidade que, segundo Tavares, o tipo é despojado “de seu caráter de absoluta autonomia, para constituir um indício de antijuridicidade”, ou seja, como “o elemento identificador da antijuridicidade”(TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 138-139), tanto que, para Mezger, o tipo de injusto passou a ser definido “como antijuricidad tipificada”. (MEZGER, Edmundo. *Derecho penal*, t.1, p. 145).

⁵⁰⁸ MAYER, Max Ernest. *Derecho penal*, p. 232: [...] “los procesos subjetivos que hacen antijurídica una acción y aquellos que le imprimen el sello de la culpabilidad no son, necesariamente, idénticos”.

⁵⁰⁹ MEZGER, Edmundo. *Derecho penal*, t. 1, p. 135-136: [...] “a convivência externa de las personas es siempre, al fin y al cabo, solamente la expresión de la actitud interna y psíquica de ellas”, de modo que “puede y debe incluir en sus apreciaciones también lo psíquico como origen de la conducta externa”.

⁵¹⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*, p. 34.

reconhecido “como elemento subjetivo de todos os tipos dolosos de injusto”,⁵¹¹ passando o tipo penal, portanto, a ser integrado, também, ao lado dos elementos descritivos e normativos, pelos elementos subjetivos.

Com o deslocamento dos elementos subjetivos para o tipo penal, pode este, conforme Machado, ser decomposto em “tipo objetivo” e “tipo subjetivo”, de modo que, o tipo objetivo, como regra, “porta os elementos descritivos, modais e normativos”, enquanto o tipo subjetivo, além do dolo (nos tipos dolosos), a inaquiescência ou a imprevisão quanto ao resultado natural, de dano ou de perigo” (nos tipos culposos), porta, também os demais elementos subjetivos especiais do injusto, tais como as intenções, os motivos e as tendências especiais.⁵¹²

A teoria social, por sua vez, não diverge em muito do finalismo, fazendo Wessels distinção entre “tipo em sentido amplo”, que se refere “à *totalidade dos pressupostos da punibilidade*”, e “tipo em sentido estrito” ou “tipo de injusto” como a “síntese daqueles elementos que fundamentam o *conteúdo de injusto da conduta proibida* (sentido proibitivo)”.⁵¹³

Em síntese, segundo Machado, o tipo penal é composto de um núcleo, que é um verbo, geralmente transitivo; dos elementos descritivos, os quais são constatáveis, objetiva e faticamente, podendo também ser designados como elementos modais, isto é, circunstâncias de tempo e lugar e relativas aos sujeitos passivo e ativo; dos elementos normativos, que podem ser jurídicos ou próprios, como, por exemplo, o conceito de funcionário público, e extrajurídicos ou impróprios, tais como o conceito de documento; e dos elementos subjetivos, nos quais estão compreendidos o dolo, os elementos subjetivos especiais e a previsibilidade.⁵¹⁴

Em face dessa composição, podem-se distinguir os tipos fechados e abertos, sendo aqueles, no dizer de Welzel, os tipos penais que “reúnem todos os elementos necessários à subsunção”, ou seja, os que “enumeram exhaustivamente os pressupostos *materiais* da antijuridicidade”, enquanto estes são os tipos penais

⁵¹¹ WELZEL, Hans. *Direito penal*, p. 113 e 114.

⁵¹² MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal*, p. 103.

⁵¹³ WESSELS, Johannes. *Direito penal*, p. 30-31.

⁵¹⁴ MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal*, p. 96.

que apresentam a falta de algum elemento a ser complementado pelo intérprete”, não indicando de per si a antijuridicidade, que deve ser fundamentada por intermédio de um juízo ulterior independente.⁵¹⁵

A *tipicidade*, por sua vez, como já antecipado, é a característica de uma conduta adequada ao tipo penal, pois, como Marques explica, “a ação humana mais resultados são os termos iniciais da noção do crime como fato jurídico, desde que entre ambos haja relação de causa e efeito”, de modo que “a relevância do acontecimento integrado por esses dois elementos entre si correlacionados só se manifestará no campo jurídico se o fato se enquadrar numa descrição prévia contida na lei, de conduta considerada delituosa”.⁵¹⁶ A conduta é, pois, típica quando está adequada à descrição contida no tipo penal, ou seja, quando está caracterizada pela tipicidade, sendo a tipicidade a palavra que designa essa característica. A ligação entre o fato, que é rico, colorido e variado, e o tipo penal, que deve ser seco, fechado, certo e indiscutível, é feita, assim, no dizer de Machado, com a tipicidade,⁵¹⁷ o primeiro atributo em direção ao fato punível, recebendo a conduta (ação ou omissão), até então pertencente ao mundo dos fatos, a caracterização para ingressar no mundo jurídico-penal.

2.1.3 O injusto penal e a antijuridicidade

O *injusto penal* ou *tipo de injusto* e a *antijuridicidade* são, também, categorias metalinguísticas do fato punível, cujos contornos devem ser especificados mais aprofundadamente, pois, segundo Tavares, “subsiste uma distinção terminológica entre antijuridicidade ou ilicitude, de um lado, e injusto, de outro”. Aquelas são expressões empregadas, muitas vezes, como sinônimas⁵¹⁸

⁵¹⁵ (WELSEL, Hans, *Direito penal*, p. 135-136).

⁵¹⁶ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*, v. 2, p. 37.

⁵¹⁷ MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal*, p. 103.

⁵¹⁸ Prefere-se o termo *antijuridicidade* em vez de *ilicitude*, por ser aquele mais abrangente, uma vez que alcança todo o sistema jurídico e não somente o positivo ou escrito, podendo a palavra *ilicitude* induzir, somente, à ideia de lei, desconsiderando normas não escritas. A tipicidade faz presumir a antijuridicidade, daí porque o critério de determinação da antijuridicidade é o negativo, ou seja, a antijuridicidade ocorre quando não há causas de justificação legais (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito, por exemplo) e supralegais (consentimento do ofendido, por exemplo). No conceito analítico do crime, diz-se que a antijuridicidade é formal, quando se confunde com a tipicidade, e

que designam “uma característica da ação típica, ou melhor, a relação de contradição entre a conduta proibida ou imposta e a totalidade da ordem jurídica”. Este, por sua vez, designa “a própria ação típica e antijurídica, ou seja, o objeto do juízo de valoração da ordem jurídica”. Englobam-se, assim, “todos os elementos da conduta típica e antijurídica, em contraste com a culpabilidade, que trataria especificamente da relação entre o injusto e o autor”, de modo que, quando se refere ao injusto penal, faz-se no sentido de “totalidade dos elementos do tipo e da antijuridicidade”. Os fundamentos do injusto dizem respeito, pois, tanto aos limites e pressupostos do tipo quanto ao juízo de antijuridicidade decorrente da ausência de causas de justificação da conduta.⁵¹⁹

O surgimento das categorias *injusto penal* ou *tipo de injusto e antijuridicidade*, segundo Machado, está relacionado com o fato de não ser o tipo penal uma categoria hermética, fechada ou estanque, uma vez que é visível, palpável, sensorialmente perceptível a sua relação com a antijuridicidade, tanto que, para Mayer, o tipo é a *ratio cognoscendi* da antijuridicidade” e, para Mezger, é a sua *ratio essendi*.⁵²⁰ Por isso, explica Tavares, enquanto o *tipo penal* designa a descrição de uma conduta punível na lei penal e a *tipicidade*, a conformidade entre essa descrição e a prática de um fato concreto que ofenda bem jurídico alheio, a *antijuridicidade*, por sua vez, “costuma ser tratada pela doutrina de forma ambivalente, ora como elemento negativo da própria tipicidade, ora como elemento autônomo, mas de qualquer modo associada, como conseqüente, ao tipo como antecedente”.⁵²¹ A tipicidade e a antijuridicidade são, assim, inseparáveis, não podendo, por isso, ser compreendidas como compartimentos estanques, mesmo que análises distintas possam levar à conclusão de que o tipo

material ou propriamente dita, quando ocorre a valoração da conduta típica em face da totalidade do ordenamento e do sistema jurídico. Preferindo o termo *ilicitude*, Toledo diz que essa possui mais de uma função no direito penal, ora atuando “como elemento geral e estrutural de todo delito, com função delimitadora do ilícito penal”; ora caracterizando o ato ilícito, em sentido amplo, penetrando na esfera penal para aí produzir efeitos distintos e “atuar como fator de identificação daquelas lesões a bens jurídicos que podem ser legitimamente repelidas pela reação defensiva e daquelas outras que estamos obrigados a suportar, contra as quais nada podemos fazer”. (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 164).

⁵¹⁹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 116.

⁵²⁰ MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal*, p. 119.

⁵²¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, p. 130 e 131.

e a tipicidade encerram a matéria da proibição e a antijuridicidade, um juízo de inadequação à ordem jurídica.⁵²²

Em suma, pode-se dizer que, assim como a tipicidade é a característica de uma conduta que se adequa ao tipo penal, a antijuridicidade é a característica de uma conduta que se adequa ao injusto penal, ou seja, é a contrariedade existente entre a conduta típica e o conjunto do ordenamento jurídico, compreendido este em seu sentido amplo, isto é, abrangido por normas escritas e não-escritas.

2.1.4 A culpabilidade

A *culpabilidade* é o juízo de reprovação que recai sobre a conduta típica e antijurídica, sendo, para Falconi, “um juízo de censurabilidade, de reprovabilidade que emite o homem médio comum quando frente a certas condutas humanas”,⁵²³ ou, como prefere Mezger, “o conjunto dos pressupostos que fundamentam a reprovação pessoal do autor pelo fato punível que cometeu”.⁵²⁴

É necessário ter em mente, no entanto, conforme já salientado, as transformações ocorridas na estrutura do conceito analítico de fato punível e a migração de elementos que pertenciam à categoria da culpabilidade para o tipo penal, as quais resultaram nos diversos modelos de fato punível antes mencionados, sobretudo, o causal clássico, o causal neoclássico e o modelo final, que, no que tange à culpabilidade, foram orientados, também, por diversas teorias.

⁵²² Uma teoria do injusto penal, para Tavares, tem por base, em primeiro lugar, a unidade do injusto, por ser essa “uma questão de legalidade e, pois, de garantia individual”; em segundo lugar, tendo a norma penal caráter limitativo e não estando associada a qualquer sistema teleológico de proteção ou de realização social, a avaliação da conduta, como ato injusto, deve ser executada em duas fases, ou seja, fazendo-se, primeiramente, “uma avaliação global da tipicidade e da antijuridicidade com vistas ao sujeito e à sua conduta”, afastando-se qualquer pretensão estatal de proteção da sua política social ou da pessoa humana, e, num segundo momento, uma análise dos “elementos da tipicidade e as autorizações especiais de conduta, legalmente previstas tanto na lei penal quanto no ordenamento jurídico”; em terceiro lugar, essa teoria tem por base que “todos os atos autorizados pelos outros setores do direito devem obrigatoriamente produzir efeitos justificantes penais”, em face da “existência dessas circunstâncias autorizadoras da conduta em outros setores do direito”, nos quais as consequências são menos graves, o que demonstra “a não necessidade da intervenção estatal no âmbito penal”; e, em quarto lugar, para uma teoria do injusto penal, “a norma delimitadora não vale por si mesma”, sendo necessário que se “justifique a incriminação sob o ponto de vista de seus efeitos sociais”, o que significa dizer que a conduta deve efetivamente causar um dano individual e social de certa gravidade ou que, pelo menos, tenha constituído um perigo concreto desse dano”. (TAVARES, J. *Op. Cit.* p. 116-125).

⁵²³ FALCONI, Romeu. *Lineamentos de Direito Penal*, p. 156.

⁵²⁴ MEZGER, Edmundo. *Derecho penal*, t. I, p. 189: [...] “es el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho punible que há cometido”.

Assim, enquanto na teoria psicológica a culpabilidade é constituída basicamente pela relação psíquica do autor do fato com o resultado praticado, ou seja, pelo dolo ou pela culpa em sentido estrito, uma vez que, para essa teoria, segundo Beling, “o que importa é o estado anímico do sujeito ao tempo da ação”;⁵²⁵ na teoria psicológico-normativa, a culpabilidade não é somente constituída por essa relação psíquica, mas, também, é normativa, isto é, compreende um juízo de valor acerca dessa relação. Assim, segundo Mayer, atua culpavelmente quem, atuando em contrariedade ao seu dever, produz um resultado típico;⁵²⁶ por fim, na teoria normativa,⁵²⁷ a culpabilidade é apenas normativa, sendo constituída, tão-somente, pelo juízo de valor ou de reprovação ou, como diz Welzel, “é somente a *censurabilidade*, ou seja, a qualidade específica de desvalor na vontade de ação”.⁵²⁸ Portanto, para a teoria normativa, a culpabilidade é conceituada, conforme Machado, como “um juízo de censura, de reprovação que se dá ao agente capaz de culpa (imputável), com potencial conhecimento do ilícito e, do qual, seja exigível uma conduta adequada aos comandos do Direito”.⁵²⁹

Por isso, também variam os componentes do conceito de culpabilidade em relação a esses modelos penais, de modo que, enquanto no modelo causal clássico, segundo Liszt, a culpabilidade compreende a imputabilidade do agente, somente podendo a imputação do resultado ocorrer quando houver dolo ou culpa em sentido estrito;⁵³⁰ no modelo causal neoclássico, que não concebe a existência de relação psíquica entre o agente e o resultado na culpa inconsciente, a culpabilidade passa a compreender, também, elementos normativos, ou seja, o

⁵²⁵ BELING, Ernest Von. *Esquema de derecho penal. La doctrina del delito-tipo*, p. 63.

⁵²⁶ MAYER, Max Ernst. *Derecho penal*, p. 288.

⁵²⁷ A teoria normativa tem duas versões: a teoria normativa pura, que, além do erro de proibição direto, concebe, como erro de proibição indireto, qualquer erro sobre causa de justificação, isto é, tanto o erro sobre os elementos do tipo permissivo quanto o erro sobre a existência ou os limites das causas de justificação; e a teoria normativa limitada, que, além do erro de proibição direto, concebe, como erro de proibição indireto, somente o erro sobre os limites ou existência de causa de justificação, de modo que os erros sobre os elementos de tipo os erros sobre os elementos do tipo permissivo (discriminantes putativas), são considerados erros de tipo e não de proibição. Esta é a teoria adotada pelo direito penal brasileiro.

⁵²⁸ WELZEL, Hans. *Direito penal*, p. 216.

⁵²⁹ MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal*, p. 138-139. Também Falconi prefere discorrer sobre a teoria normativa da culpabilidade, que foi elaborada por Frank e aperfeiçoada posteriormente por Mezger, que a estruturou sobre o tripé da imputabilidade, da consciência do injusto e da exigibilidade de conduta conforme a norma jurídico-penal (FALCONI, Romeu. *Lineamentos de Direito Penal*, p. 157).

⁵³⁰ LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal*, t. I, p. 260.

juízo de censurabilidade sobre a conduta, especialmente, segundo Welzel, sobre a vontade de ação dolosa e não-diligente. Para esse modelo, é culpável o agente capaz, de modo geral, de entender o injusto penal e de determinar-se conforme esse entendimento (imputabilidade), sendo-lhe exigível, no caso concreto, além desse poder de entendimento e de autodeterminação, conduta diversa, nas circunstâncias específicas em que a ação foi praticada.⁵³¹ Por fim, no modelo final, conforme Welzel, eliminam-se da culpabilidade os elementos subjetivos-psíquicos (dolo e culpa estrito senso), permanecendo somente o elemento normativo da censurabilidade.⁵³² Nesse modelo, a culpabilidade passa a ser composta, apenas, das categorias da capacidade de culpabilidade ou da imputabilidade, da real ou potencial consciência do ilícito (ausência de erro de proibição) e da exigibilidade de conduta diversa. Este é o modelo preponderante na dogmática penal contemporânea.

A capacidade de culpabilidade ou imputabilidade, no dizer de Santos, é o atributo jurídico presente em indivíduos com “determinados níveis de *desenvolvimento biológico* e de *normalidade psíquica*”, o qual é “necessário para compreender a natureza proibida de suas ações ou orientar o comportamento de acordo com essa compreensão”.⁵³³ A consciência do injusto, por sua vez, segundo Falconi, possibilita o reconhecimento da culpabilidade, somente, de quem domina com consciência o terreno do injusto culpável, ou de quem, em última análise, não percebe, por distração ou desatenção, a ausência de previsibilidade, quando sobre essa previsibilidade deveria estar atento.⁵³⁴ Por isso, pertencem ao campo da consciência do ilícito, os temas relacionados ao erro de proibição evitável e inevitável. Por fim, a exigibilidade de conduta diversa ou conforme ao direito somente pode ser reconhecida quando a realização do injusto típico pelo autor capaz de culpabilidade (imputável) e com conhecimento real ou potencial da proibição concreta ocorre em circunstâncias normais. Em sentido contrário, explica Santos, as circunstâncias anormais podem constituir situações de exculpação que

⁵³¹ WELZEL, Hans. *Direito penal*, p. 235 e 240.

⁵³² WELZEL, H. *Op. Cit.* p. 219.

⁵³³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*, p. 215.

⁵³⁴ FALCONI, Romeu. *Lineamentos de direito penal*, p. 158.

excluem o juízo de exigibilidade de comportamento conforme ao direito,⁵³⁵ podendo-se mencionar como exemplos dessas circunstâncias anormais a coação moral irresistível e a obediência hierárquica à ordem manifestamente legal, além de, supralegalmente, circunstâncias como o estado de necessidade exculpante.

2.1.5 A punibilidade

A *punibilidade* é a possibilidade jurídica de ser imposta pena a alguém em face de uma conduta, o que, concretamente, somente ocorre quando presentes as demais categorias do fato punível, ou seja, a *tipicidade*, a *antijuridicidade* e a *culpabilidade*, as quais, segundo Santos, são, em regra, suficientes “para determinar a punibilidade respectiva”. Excepcionalmente, no entanto, o surgimento da punibilidade “pode depender da existência de outros pressupostos ou circunstâncias, conhecidos como *condições objetivas de punibilidade*”, que consistem em determinados requisitos ou certos resultados, cuja existência objetiva condiciona a punibilidade da ação típica, antijurídica e culpável, como, por exemplo, a sentença declaratória da falência, em relação aos crimes falimentares, e o resultado morte ou lesão corporal grave no induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio. Ao contrário dos chamados pressupostos processuais, que, a exemplo da representação, não pertencem ao fato, as condições objetivas de punibilidade são características que pertencem a este, que somente pode existir se presente a condição. A punibilidade também está relacionada com os fundamentos excludentes de pena, também denominados *escusas absolutórias*, que, quando presentes, impedem o surgimento da punibilidade, podendo ser de natureza *pessoal*, como, por exemplo, as imunidades parlamentares, a relação de parentesco no favorecimento pessoal e a relação de casamento, ascendência ou descendência nos crimes contra o patrimônio, ou *objetiva*, tais como a prova da verdade, na calúnia e na difamação.⁵³⁶

Por fim, uma vez presente a punibilidade, pode essa deixar de existir em face da ocorrência das denominadas *causas de extinção de punibilidade*, como,

⁵³⁵ CIRINO DOS SANTOS, J. *A moderna teoria do fato punível*, p. 252.

⁵³⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*, p. 271-273.

por exemplo, a morte e a prescrição, como, também, pode sofrer suspensão, em face do advento de causas suspensivas, como, por exemplo, a existência de questão prejudicial.⁵³⁷

2.2 Os diversos conceitos de fato punível

As categorias anteriormente expostas constituem, apenas, ingredientes do conceito de fato punível, sendo possível imaginar que o fato somente é “punível” se presentes todos esses ingredientes, os quais são necessários para que o fato exista como punível e para que a punição possa ser aplicada. No entanto, frutos de distintas combinações dessas categorias, há conceitos também distintos de fato punível. Se, em sentido estrito, o fato somente pode ser punível se presentes todas as categorias antes descritas, qualquer conceito que afaste alguma dessas categorias deve ser compreendido numa dimensão ampla ou diferenciada.

Entre esses diversos conceitos estão os conceitos bipartite, tripartite e quadripartite de fato punível, distinguidos uns dos outros pela exclusão de uma ou mais dessas categorias.⁵³⁸

Os conceitos bipartites⁵³⁹ de fato punível (crime ou contravenção penal) comportam duas variações, ou seja, uma que exclui a culpabilidade e a punibilidade e outra que exclui somente a punibilidade, mas condensa as

⁵³⁷ No direito penal brasileiro, essas causas extintivas e suspensivas da punibilidade estão relacionadas, de forma exemplificativa, respectivamente, nos artigos 107 e 116 do Código Penal.

⁵³⁸ Além desses, há o conceito sintomático de crime ou contravenção penal, com o qual se alinham as posições dos pensadores da escola positiva, entre os quais, FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal*, p. 368; e GARÓFALO, Rafeale. *Criminologia*, p. 49. Essa concepção, orientada pelo direito penal do autor, condiciona a existência do crime ou da contravenção, também, à personalidade do agente, especialmente à sua periculosidade. O ato delituoso, no dizer de Ferri, ou seja, o que “viola a lei penal”, seria, portanto, “a expressão de uma personalidade que, pelo menos no momento da ação, demonstra-se indadapta à vida social, enquanto que a grande maioria do cidadão a ela se adapta”.(FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal*, p. 368). Para Garófalo, por sua vez, “o delinquente não se denuncia apenas pelo ato criminoso, mas pela coerência desse ato com certos caracteres especiais; o crime não é nele, portanto, um fato isolado, mas o sintoma de uma anomalia moral”.(GARÓFALO, Rafeale. *Criminologia*, p. 49). A periculosidade, embora não definida no direito positivo, poderia ser concebida apenas como característica do agente não como elemento caracterizador do crime. Como característica do fato, a periculosidade integra a teoria do bem jurídico-penal, que fundamenta o princípio da ofensividade, necessária para a configuração de uma ação como típica, embora seja despcienda essa categoria, pois, em sede de tipo de fato, já estaria inserida na conduta típica.

⁵³⁹ Alinham-se a essa concepção, entre outros, MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código penal interpretado*, p. 130; BASTOS JÚNIOR, Edmundo José. *Código penal em exemplos práticos*, p. 31; JESUS, Damásio de. *Comentários ao código penal. Parte geral*, v.1, p. 151; BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito penal. Parte Geral*, p. 75-76.

categorias da tipicidade e antijuridicidade. A primeira versão exige apenas dois atributos para a conduta, isto é, considera fato punível a conduta típica e antijurídica, o que significa dizer que confunde o conceito de fato punível com o conceito de injusto penal. A culpabilidade, para esta corrente, não integra esse conceito, funcionando, apenas, como pressuposto da aplicação da pena, sendo, portanto, o juízo de censura decisivo à fixação da pena, que recai, predominantemente, sobre o agente, e não sobre a conduta. A culpabilidade, assim, seria o elo entre o fato punível e a aplicação da pena, pois, sem ela não haveria possibilidade de aplicação desta. A punibilidade também não é determinante do fato, mas, apenas, a possibilidade de haver a consequência jurídica na esfera do direito penal.⁵⁴⁰ A segunda versão do conceito bipartite inclui a culpabilidade, mas, segundo Reale Júnior, funde a antijuridicidade à tipicidade, uma vez que reconhece que “a ação é típica pela ausência de causas de justificação, ou seja, o que já se contém na compreensão de fato típico, pois só é típico o que for lesivo de um valor por não se realizar a ação iluminada pelo sinal positivo do valor presente em uma causa de justificação”. Assim, o fato punível é composto “da ação típica, em suas faces positiva e negativa, e da culpabilidade, o que não importa em prejuízo de se examinar a face negativa da tipicidade separadamente, ou seja, as causas de exclusão da tipicidade, sob o nome de antijuridicidade”.⁵⁴¹ Com a fusão da antijuridicidade e da tipicidade, o fato punível é a conduta qualificada como típica (o que inclui a antijuridicidade) e culpável.⁵⁴²

⁵⁴⁰ É bem verdade que, em face do princípio *nulla poena sine culpa*, a culpa é pressuposto para a imposição de uma pena, no entanto, somente pode ser reconhecida se estiverem presentes a tipicidade e a antijuridicidade, que, por isso, também são pressupostos da pena, razão pela qual não há porque ser excluída a culpabilidade do conceito analítico de fato punível. Apenas para ilustrar essa afirmação, a prevalecer o conceito bipartite tracional, crianças, adolescentes e doentes mentais, mesmo sendo inimputáveis, poderiam ser sujeitos ativos de um fato punível. Os primeiros, inclusive, estariam, também, sujeitos a julgamento pelo tribunal do júri, uma vez que essa garantia, consoante dispõem o art. 5º, XXXVIII, *d*, da Constituição da República Federativa do Brasil, e o art. 74, §1º, do Código de Processo Penal brasileiro, refere-se ao julgamento dos “crimes” dolosos contra a vida, tentados ou consumados. Excluída a culpabilidade do conceito de crime, por exemplo, uma conduta praticada sob coação moral irresistível, ou em obediência à ordem manifestamente legal de superior hierárquico, ou mesmo em erro de proibição inevitável, desde que típica e antijurídica, deve ser considerada crime ou contravenção.

⁵⁴¹ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*, v.1, p. 147.

⁵⁴² Ao afirmar a unidade conceitual da tipicidade e da antijuridicidade como elementos integrantes do tipo de injusto, segundo Santos, o conceito bipartite, na sua segunda versão, admite a operacionalização analítica separada, mas não a constituição de categorias estruturais diferentes do fato punível. Assim, embora, nesse conceito, o tipo legal seja “a descrição da lesão de bens jurídicos” e a antijuridicidade, “um juízo de

O conceito tripartite de fato punível,⁵⁴³ por sua vez, relaciona como necessários três atributos para a conduta, considerando punível, portanto, a conduta qualificada como típica, antijurídica e culpável. Como pai do finalismo, Welzel afirma que uma ação converte-se em delito se for típica, antijurídica e culpável, de modo que “a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são os três elementos que convertem a ação em delito”.⁵⁴⁴ Dominante na dogmática contemporânea, esse o conceito, segundo Santos, considera o fato punível formado por “um *substantivo* qualificado pelos *atributos* da adequação ao modelo legal, da contradição aos preceitos proibitivos e permissivos e da reprovação de culpabilidade”.⁵⁴⁵

valoração do comportamento descrito no tipo legal, formando o conceito de *tipo de injusto*”, as causas de justificação estão separadas dos tipos legais apenas por motivos técnicos, porque todo *tipo* de injusto deveria ser lido assim: *matar alguém, exceto em legítima defesa, em estado de necessidade, em estrito cumprimento de dever legal, etc.* Enquanto a inclusão das causas de justificação no tipo legal transforma os preceitos permissivos em características *negativas* do tipo de injusto, o tipo legal descreve as características *positivas* do tipo de injusto, de modo que um homicídio em legítima defesa seria uma *ação atípica* – e não uma *ação típica justificada*. Nessa conceituação, o fato punível é composto por duas categorias principais, ou seja, o *tipo de injusto* ou *injusto penal* (constituído pelo *tipo legal*, como fundamento *positivo*, e *antijuridicidade* ou ausência de *justificação*, como fundamento *negativo* do conceito) e a *culpabilidade*. (SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*, p. 3-4). A unicidade da estrutura do tipo e da antijuridicidade também é admitida por Machado, ao afirmar que, “no Direito Penal o injusto é típico, referindo-se, portanto, tanto ao tipo como à ‘antijuridicidade’ para a sua configuração”, tanto que possuem as expressões ‘indevidamente’, ‘ilegalmente’, ‘sem justa causa’, ‘sem justo motivo’”, concluindo que, “ainda que alguns pretendam diferenciar os elementos subjetivos do tipo dos elementos subjetivos da ‘antijuridicidade’, parece desnecessária e supérflua a dicotomia”. (MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal*, p. 119).

⁵⁴³ Alinham-se a essa concepção, entre outros, WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*, p. 57; LEAL, João José. *Curso de direito penal*. p. 146; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 80; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito pena*, p. 146; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 1, p. 243.

⁵⁴⁴ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*, p. 47. Embora admita os conceitos de *injusto penal* ou *tipo de injusto* e de *culpabilidade* como categorias elementares do fato punível, o conceito tripartite, segundo Santos, “afirma a *autonomia* do conceito da *tipicidade* em relação à *antijuridicidade* no âmbito do *tipo de injusto*”, uma vez que “tipicidade e antijuridicidade não se esgotam na tarefa de constituir o *tipo de injusto*, mas realizam funções político-criminais independentes”, ou seja, “o *tipo legal* descreve ações proibidas sob ameaça de pena e, portanto, realiza o princípio da legalidade”, enquanto “a *antijuridicidade* define preceitos permissivos que excluem a contradição da ação típica com o ordenamento jurídico”. No entanto, “a permissão *concreta* de realizar proibições *abstratas* do tipo legal não autoriza *identificar* ações atípicas com ações típicas justificadas, como ocorre no *sistema bipartido*, de modo que, matar alguém em legítima defesa não parece o mesmo que matar um inseto”. Assim, para o sistema tripartido, a validade do conceito de *tipo de injusto* que compreenda tanto o *tipo legal* quanto o tipo de *antijuridicidade*, “não permite nivelar diferenças entre comportamentos justificados, que devem ser suportados, e comportamentos atípicos, que podem variar desde ações insignificantes até ações antijurídicas”. (SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*, p. 4-5).

⁵⁴⁵ SANTOS, J. C. dos. *Op. Cit.* p. 5-6.

O conceito quadripartite de fato punível⁵⁴⁶ é o único que possibilita uma compreensão estrita do “fato punível”, pois agrega a categoria da punibilidade, destacando Garcia, segundo Barros, que esse conceito considera crime ou contravenção penal a conduta qualificada como típica, antijurídica, culpável e punível.⁵⁴⁷ No mesmo sentido, encontra-se Falconi, segundo o qual “crime é um fato (injusto punível) provocado por uma *conduta humana*”. Todavia, para que seja juridicamente relevante, é necessário que essa conduta seja tipificada e tenha como componente o agente e, como conteúdo, a figura da ilicitude, tornando passível de apuração da culpabilidade, “derivando daí uma punibilidade, uma vez provada aquela culpa (culpa lata)”, resultando claro, pois, que nessa concepção, “o crime se alicerça sobre quatro ‘elementos’”, ou seja, a antijuridicidade (ou ilicitude), a tipicidade, a culpabilidade e a punibilidade.⁵⁴⁸

Embora as condições objetivas, consideradas pela lei como indispensáveis à punibilidade do fato, sejam exteriores ao tipo, e embora também a punibilidade, pela mesma razão, tenha vida própria, afirma Falconi que, nem por isso se poderá excluir a punibilidade da teoria do crime, uma vez que “não se pune, se ausentes os elementos já enumerados, como ademais de nada valeria a análise axiológica destes, se não houve no epílogo a punibilidade”.⁵⁴⁹

Não se pode deixar de acrescentar, também, que a punibilidade, na verdade, é uma possibilidade de se impor uma punição, desde que presente uma conduta que seja típica, antijurídica ou ilícita e culpável. No entanto, a atribuição dessas características a uma determinada conduta, ou seja, a uma conduta concreta, ocorre somente no processo penal, que é possível, apenas, se presente a punibilidade.

⁵⁴⁶ Alinham-se a essa concepção, entre outros, Balileu Garcia, referido por BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal: parte geral*, p. 75, e FALCONI, Romeu. *Lineamentos de Direito Penal*, p. 152.

⁵⁴⁷ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal: parte geral*, p. 75

⁵⁴⁸ FALCONI, Romeu. *Lineamentos de Direito Penal*, p. 152.

⁵⁴⁹ FALCONI, R. *Op. Cit.* p. 159. Não obstante esse conceito quadripartite, segundo Machado, “a punibilidade não é um dos elementos analíticos (moleculares, estruturais, dogmáticos) do crime, pois que, a sua indagação incoorre no momento da sua realização e aperfeiçoamento, traduzindo-se a punibilidade, tão-somente, em obstáculo à propositura ou ao andamento do processo penal, de modo que as “condições objetivas de punibilidade não pertencem ao conceito analítico de crime, pois não modificam sua estrutura”. (MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal*, p. 79 e 80).

2.3 Espécies de fatos puníveis

O conceito de fato punível ou de infração penal é um gênero, do qual o crime, o delito e a contravenção são espécies. Também nessa seara, contudo, vislumbram-se critérios diferenciados de designação, de modo que, pelo critério tricotômico, crime e delito seriam espécies distintas ao lado da contravenção, isto é, crimes seriam os fatos puníveis mais graves ou a que se cominam, abstratamente, penas mais severas; delitos, os fatos puníveis de gravidade média ou a que se cominam penas menos severas; e, por fim, as contravenções, os fatos puníveis de menor gravidade ou a que se cominam penas brandas. Por outro lado, segundo o critério dicotômico, o gênero fato punível ou infração penal comportaria, somente, duas espécies, isto é, os crimes ou delitos e as contravenções, de modo que crimes ou delitos seriam os fatos puníveis a que se cominam penas mais severas; e as contravenções, os fatos puníveis a que se cominam penas mais brandas.⁵⁵⁰

Há dificuldade, no entanto, em se estabelecer critérios para a distinção entre crimes e contravenções penais, pois, segundo Jesus, “não há diferença ontológica” entre essas duas categorias, uma vez que “o mesmo fato pode ser considerado crime ou contravenção pelo legislador, de acordo com a necessidade da prevenção social”, de modo que “um fato que hoje é contravenção pode no futuro vir a ser definido como crime”.⁵⁵¹ Embora Hungria, segundo Barros, denomine contravenção o “crime anão”, por ser de menor gravidade social,⁵⁵² esse critério não permite uma perfeita distinção, pois, nem sempre, os fatos de menor gravidade estão tipificados como contravenção e vice-versa. Também o critério da espécie de pena cominada não impede que crimes sejam apenados,

⁵⁵⁰ O direito penal brasileiro adota o critério dicotômico, pois não há distinção entre crime e delito, que são expressões utilizadas como sinônimas. O fato punível, como gênero, segundo Barros, é identificado, na linguagem dos juristas brasileiros, também, com as expressões “infração ou ilícito penal”, das quais são espécies o crime (ou delito) e contravenção. Às vezes, contudo, a lei e a Constituição Federal, também, empregam os termos “crime” e “delito” no sentido de infração penal ou de fato punível, compreendendo tanto o crime ou delito como a contravenção. (BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito penal*, v.1, p. 100). Citam-se, como exemplo dessa ausência de unissidade dos termos infração penal, ilícito penal, crime, contravenção, delito, o art. 5º, XI, da Constituição da República Federativa do Brasil, e os arts. 301 e 302 do Código de Processo Penal brasileiro.

⁵⁵¹ JESUS, Damásio de. *Direito penal*, v.1, p. 152.

⁵⁵² BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito penal*, v. 1, p. 99.

também, com penas mais brandas.⁵⁵³ Assim, a distinção entre crimes e contravenções penais é produto da designação convencional, pois a atribuição do nome à conduta pelo legislador ocorre arbitrariamente, podendo ser designada tanto como crime ou quanto como contravenção penal.

Subseção IV A sanção penal

Os termos *sanção penal*, na metalinguagem jurídico-penal, designam a consequência jurídica passível de ser imposta pela prática de um crime ou de uma contravenção penal, estando, pois, essa categoria relacionada com a finalidade do direito penal, que é, sobretudo, sancionatório, sendo necessário, para compreendê-la, recorrer às noções gerais de sanção e sanção jurídica. As práticas criminais específicas, no entanto, conforme Rusche e Kirchheimer, não são fenômenos isolados sujeitos apenas às leis especiais de uma dada sociedade, mas, sim, são partes integrantes de todo o sistema social. Em face dessa correlação entre o sistema penal e os sistemas social e econômico, pode-se compreender, por

⁵⁵³ Consoante dispõe o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal brasileiro (Decreto-lei nº 3.914, de 09 de dezembro de 1941), se a pena cominada é de prisão simples ou multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente, trata-se de contravenção. Já para o crime ou delito a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa. Não obstante essa distinção, o critério da severidade da pena não é suficiente para distinguir crimes ou delitos e contravenções, isso porque a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao se referir às infrações penais de menor potencial ofensivo, que, segundo a definição do artigo 61 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, com a alteração decorrente da Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006, são as contravenções penais e os crimes, cuja pena máxima cominada não seja superior a 2 (dois) anos, igualou o tratamento entre contravenções penais e crimes. Contravenções podem, pois, ser apenadas com a mesma pena dos crimes, pois alguns destes foram igualados, no que concerne à gravidade, às contravenções, em face do conceito de infração de menor potencial ofensivo. Além disso, há infrações não consideradas nem crimes nem contravenções penais, em que o legislador comina isoladamente pena de multa, como, por exemplo, as infrações administrativas de trânsito, tipificadas nos artigos 161 e seguintes do Código de Trânsito Brasileiro. Há outras, por sua vez, consideradas crimes, que o legislador não comina pena privativa de liberdade, como é o caso do art. 20 da Lei nº 9.434 de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Não obstante isso, pode-se dizer que, em face das penas cominadas, no direito penal brasileiro, é possível vislumbrar a existência da classe dos crimes hediondos e assemelhados, em relação aos quais há maior rigor no cumprimento da pena; dos crimes graves que, embora não hediondos ou assemelhados, não admitem a suspensão condicional do processo; dos crimes de média potencialidade, em relação aos quais cabe esse benefício processual; e das infrações de menor potencial ofensivo, crimes e contravenções penais, que são passíveis de transação penal.

exemplo, por que a prisão pode existir numa sociedade industrial e por que a sanção penuniária é possível numa economia monetária.⁵⁵⁴

§1º. A sanção

Em termos conceituais, pode-se dizer que a *sanção* é uma consequência de algo que se situa no campo da imputação ou do “dever-ser”. É que, segundo Kelsen, há dois modos de nexos entre o antecedente e o conseqüente, ou seja, a causalidade e a imputação. Enquanto na causalidade o nexo existente entre a causa e o efeito decorre de uma lei da natureza e não da vontade humana, sendo objeto, portanto, das ciências naturais, na imputação, que é objeto das ciências normativas, o nexo entre a condição e a consequência é produto da vontade humana, ou seja, de uma lei moral ou de uma lei jurídica,⁵⁵⁵ que têm a finalidade de regular a conduta humana.

No campo da causação, segundo Kelsen, o nexo entre o antecedente e o conseqüente é orientado pelo enunciado “se é A, então é (ou *será*) B”, que é uma expressão do “ser”, de modo que, se um corpo metálico é aquecido, ele se dilatará, pois a ligação de condição e consequência é de causa e efeito, ou seja, uma ligação causal, uma vez que a necessidade de nexo é de *ter de*. No campo da imputação, por sua vez, “a ligação de condição e consequência não tem abertamente o caráter de uma necessidade causal”, sendo orientada pelo enunciado “se é A, então *deve ser* B”, que é uma expressão do “dever-ser”.⁵⁵⁶ Enquanto, na causação, a consequência necessariamente terá de ocorrer se estiver presente a causa, pois tem um caráter absoluto, no campo da imputação, a consequência deve ocorrer, mas tem apenas um caráter relativo, uma vez que não necessariamente ocorrerá. Isso significa que, se A estiver na miséria, B *deve* socorrê-lo, ou se A é devedor de B, A deve pagar-lhe, havendo, apenas, uma

⁵⁵⁴ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*, p. 18 e 273-274. Essa relação entre os sistemas penais e sociais é objeto de profunda análise historiográfica, sobretudo por RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. *Op. Cit.*; FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*; e MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*.

⁵⁵⁵ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*, p. 32.

⁵⁵⁶ KELSEN, H. *Op. Cit.* p. 29.

necessidade normativa e não causal, já que, diversamente do nexos causal, é possível que tal consequência não ocorra, ou seja, nos exemplos dados, é possível que B não socorra A, nem que A pague a B.

Situando-se as sanções no campo da imputação, faz-se necessário, também, distinguir as sanções morais das jurídicas. Aquelas, de acordo com Kelsen, são as prescritas pela moral, que, ao estabelecer determinadas condutas como corretas, prescreve que se deve reagir às condutas que lhe forem contrárias com atos como os de censura, exteriorização de desprezo e outros semelhantes, mas não com atos de força física. As sanções jurídicas, por sua vez, são prescritas pelo direito, podendo, portanto, ser impostas coativamente, isto é, por ato de força física.⁵⁵⁷ Nessa concepção, portanto, a sanção é uma consequência à violação de uma norma de conduta humana, moral ou jurídica, que se constitui na supressão ou na redução de um bem do sujeito passivo da sanção.

Como já visto,⁵⁵⁸ Bobbio distingue não somente as sanções morais e jurídicas, mas também as sociais. Aquelas são as sanções puramente “interiores” do ser humano, pois decorrem das normas morais, de modo que “a única consequência desagradável da violação de uma norma moral seria o sentimento de culpa, um estado de incômodo, de perturbação, às vezes de angústia, que se diz na linguagem da ética, ‘remorso’ ou ‘arrependimento’”. As sanções sociais, por sua vez, são “exteriores”, pois provêm dos outros, tanto individualmente quanto coletivamente, razão pela qual estão relacionadas com as normas sociais, isto é, com todas as normas do costume, da educação, da vida em sociedade em geral, que são voltadas ao fim de tornar mais fácil ou menos difícil a convivência. Estas normas não são institucionalizadas, pois nascem, geralmente, de um grupo social em forma de costume, o mesmo grupo social que responde à sua violação com diversos comportamentos que constituem as sanções. Essas sanções contêm modalidades que vão desde a simples reprovação, passando pela eliminação ou expulsão do grupo, chegando às formas mais graves como o linchamento.⁵⁵⁹

⁵⁵⁷ KELSEN, H. *Idem*, p. 30.

⁵⁵⁸ Ver o §2º da Subseção I da Seção II do Capítulo I.

⁵⁵⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*, p. 155, 156, 157 e 159.

§2º. A sanção jurídica

As sanções jurídicas, por fim, no dizer de Bobbio, são externas, como as sociais, mas destas diferenciam-se porque são “institucionalizadas” ou instituídas pelo Estado. Como sanções externas e institucionalizadas, as sanções jurídicas propõem-se a evitar não somente os defeitos da escassa eficácia das normas morais, como também da incerteza, da inconstância e da falta de medida das sanções puramente sociais.⁵⁶⁰ Para Kelsen, as normas primárias descrevem uma conduta proibida ou exigida e as normas secundárias, uma consequência para quem pratica a conduta proibida ou deixa de praticar a conduta exigida.⁵⁶¹

As sanções jurídicas compreendem as sanções civis, as administrativas, as penais e as políticas. As sanções civis decorrem da violação de uma norma civil e são aplicáveis pelo Poder Judiciário; as administrativas decorrem de uma norma administrativa, sendo aplicadas pelas autoridades administrativas dos diversos órgãos da administração direta ou indireta e, em casos excepcionais, pelos órgãos do Poder Judiciário;⁵⁶² as penais decorrem da violação de uma norma penal, sendo aplicáveis somente pelo Poder Judiciário; e, por fim, as políticas decorrem, sobretudo, da violação das normas relativas a mandatos eletivos, sendo aplicáveis pelos Poderes Legislativos da União, dos Estados-membros e dos Municípios.

§3º. A sanção penal

A expressão *sanção penal* muitas vezes não é utilizada, preferindo muitos estudiosos o uso do termo *pena*. Todavia, nem todas as consequências ou respostas que podem ocorrer em face da prática de uma infração penal são penas, sendo necessário, por isso, buscar um conceito genérico que abrigue não somente estas, mas também as medidas de segurança, os efeitos penais

⁵⁶⁰ BOBBIO, N. *Idem*, p. 159-160 e 161.

⁵⁶¹ KELSEN, H. *Teoria geral das normas*, p. 181.

⁵⁶² Como, por exemplo, de sanções administrativas, citam-se as medidas administrativas aplicáveis pelo Poder Judiciário, em face de infrações praticadas por entidades de atendimento a crianças e adolescentes, conforme dispõe o art. 148, VI, c/c os arts. 245 e seguintes, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990).

secundários⁵⁶³ e as sanções penais consensuais,⁵⁶⁴ que, não sendo penas, constituem, inegavelmente, respostas ou consequências da prática de uma conduta descrita na norma penal.⁵⁶⁵

Se a sanção jurídica é a consequência da violação de uma norma jurídica, a sanção penal é a consequência da violação de uma norma jurídico-penal. Na verdade, as sanções penais compreendem um conjunto de consequências jurídicas que se contrapõem à prática de um fato punível ou de uma infração penal, isto é, a um crime ou a uma contravenção penal, não podendo ser confundidas com a punibilidade, que é apenas a possibilidade de vir a ser aplicada uma sanção penal. Esta é a consequência propriamente dita, que somente pode ser concretizada diante da possibilidade de existir a punibilidade.

Os destinatários, a forma, os fins e a intensidade dos efeitos almejados pelas sanções penais impõem que estas sejam conceituadas, distinguidas e classificadas em categorias diferentes, ou seja, as penas, os efeitos secundários da condenação, as medidas de segurança e as sanções penais consensuais.

A *pena* é a espécie de sanção penal que produz um efeito primário, razão pela qual está cominada no preceito secundário do tipo penal ou, de forma substitutiva, fora dele para que as penas privativas de liberdade possam ser substituídas por outras modalidades de pena.

A pena, segundo Carrara, é definida como “o mal que, segundo a lei do Estado, inflige o magistrado àqueles que, observadas as formalidades devidas, foram reconhecidos culpados por um delito”.⁵⁶⁶ Pressupõe, pois, a pena um juízo definitivo ou de certeza acerca do fato, o que inclui a culpabilidade do apenado, a ser realizada no devido processo penal. Mezger, por sua vez, refere-se à pena, em sentido estrito, como a imposição de um mal proporcionado ao fato, isto é,

⁵⁶³ Ver arts. 91 e 92 do Código Penal brasileiro.

⁵⁶⁴ São exemplos de sanções penais consensuais as introduzidas pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, como é o caso da transação penal e da suspensão condicional do processo.

⁵⁶⁵ Ressalta-se que existem autores, entre os quais Jesus (JESUS, Damásio E. *Direito penal*, v. 1. p. 517 e ss.) e Andreucci (ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Manual de direito penal*, v. 1. p. 101), que, embora mencionem o gênero sanção penal, restringem-no às penas e às medidas de segurança, não aprofundam acerca das demais consequências penais.

⁵⁶⁶ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*, v. 2. p. 44. Também Liszt define a pena como “o mal, que, por intermédio dos órgãos da administração da justiça criminal, o Estado inflige ao delincente em razão do delito” (LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal*, t. 2. p. 373).

uma privação de bens jurídicos que alcança o autor na medida do fato punível que cometeu, sendo, por isso, uma retribuição pelo mal que o autor do fato cometeu, embora essa não seja a única finalidade da pena.⁵⁶⁷

Desses conceitos, é possível extrair elementos que possibilitam distinguir as penas das sanções civis, bem como das demais modalidades de sanções penais, isto é, dos efeitos secundários da condenação, das medidas de segurança e das sanções consensuais.

As penas distinguem-se das sanções civis, em face do seu caráter predominantemente retributivo, embora não exclusivo, porquanto podem elas ter outras finalidades, uma vez que constituem lesão (supressão ou redução) a bem jurídico do sujeito passivo da sanção ou do apenamento. Assim, enquanto a sanção civil visa, predominantemente, ao restabelecimento do bem jurídico do ofendido lesado pela conduta do sujeito passivo da sanção, a pena visa, ao contrário, à lesão do bem jurídico a este pertencente, ou seja, além de não visar à reparação do bem jurídico lesado pela infração penal, busca suprimir ou reduzir o bem jurídico pertencente ao autor dessa lesão. Em suma, a pena tem um caráter predominante retributivo, enquanto a sanção civil, um caráter é reparatório.

Pela mesma razão, distinguem-se as penas dos efeitos secundários da condenação, pois não podem ser consideradas penas, entre outras, a obrigação de reparar o dano, pois não representaria lesão do bem jurídico do apenado. Não obstante isso, no direito penal brasileiro, há efeitos penais secundários que se confundem com penas, como é o caso da perda do cargo ou da função pública, que está prevista, também, como pena restritiva de direitos. Nesses casos, esses efeitos secundários podem ser compreendidos como penas que se aplicam cumulativamente, sobretudo porque os seus efeitos não são automáticos.

Distinguem-se, também, as *penas das medidas de segurança*, porque estas têm um caráter predominantemente preventivo, enquanto as penas, como já dito, têm um caráter predominantemente retributivo. Dito de outra forma, as penas são aplicadas porque o sujeito passivo da sanção praticou uma infração penal, isto é, porque delinuiu (*punitor quia peccatum*) e as medidas de segurança, que

⁵⁶⁷ MEZGER, Edmundo. *Derecho penal*, t. 1. p. 353.

necessariamente implicam tratamento do sujeito passivo da sanção, para que não volte mais a praticar infrações penais (*punitor ut ne peccetur*). Naquelas, há um olhar para trás; nestas, para frente. É por essa razão que, enquanto as penas são aplicáveis, basicamente, apenas aos imputáveis e aos semi-imputáveis que não necessitam de especial tratamento psiquiátrico, em ambos os casos após a análise da culpabilidade, as medidas de segurança aplicam-se aos imputáveis e aos semi-imputáveis que carecem desse tratamento especial, limitando-se a análise à periculosidade do paciente.

Por fim, distinguem-se as penas das sanções penais consensuais, uma vez que, enquanto aquelas são sempre impostas, após o trâmite do devido processo penal, em sentença penal condenatória, pela autoridade judiciária competente, as sanções penais consensuais são produtos da proposta de transação penal ou de suspensão condicional do processo formulada pelos legitimados ativos devidamente aceita pelo sujeito passivo da sanção e homologada pela autoridade judiciária competente, antes, porém do acertamento do caso penal.

Encerrando esta seção, cabe uma breve menção à teleologia penal⁵⁶⁸ - embora esta não pertença, propriamente, à seara da presente tese, mas estando

⁵⁶⁸ No debate teleológico acerca das penas, é possível perceber que estas são aplicadas, como já se disse, com finalidades diversas. Em *Estigmas da Criminalização*, fez-se uma abordagem a respeito, retratando-se tanto um conteúdo que busca a legitimação das funções da pena quanto outro que busca a sua deslegitimação. No presente momento, faz-se uma breve retrospectiva das teorias legitimadoras, uma vez que esse conteúdo integra, também, a metalinguagem jurídico-penal, sobretudo a motivação contida nas razões das partes técnicas e do juiz na sentença. As teorias legitimadoras da pena dividem-se em absolutas, relativas e ecléticas. As primeiras atribuem à sanção penal uma finalidade meramente retributiva, ou seja, num olhar para trás, pois se pune o concenato porque este praticou uma infração penal, enquanto que as teorias relativas vislumbram nelas finalidades preventivas, isto é, olhando para frente, punindo-se para que o autor da infração não a pratique mais ou para que outras infrações não sejam praticadas. As teorias ecléticas, por fim, procuram conciliar a retribuição e a prevenção. Na busca da prevenção, a sanção penal pode estar voltada tanto à coletividade (prevenção geral) quanto à pessoa do condenado (prevenção especial). Numa ou noutra, a prevenção pode ser positiva ou negativa. A prevenção geral é positiva, quando se destina à coletividade com o intuito de restabelecer a sua confiança no aparato normativo, integrando-a em torno desse propósito (função integrativa); é negativa, por sua vez, quando a pena se destina a intimidar as pessoas, dissuadindo-as da prática de uma conduta típica (função intimidativa geral). A prevenção especial, por sua vez, é positiva, quando tem o propósito de fazer com que o condenado se adeque aos padrões preestabelecidos pelo grupo (função educativa ou ressocializadora); e negativa, quando visa, pela intimidação, evitar o condenado pratique outra infração penal, ou quando visa retirar-lhe, parcialmente, a capacidade e a possibilidade de nova prática (função neutralizadora) ou mesmo subtraindo-lhe totalmente essa possibilidade (função aniquiladora). (BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização*, p. 138-156 e 205-214). Sobre a teologia da prisão, especialmente, importante estudo realizado na atualidade por Guimarães revela que “a terceirização/privatização dos presídios é o ápice de toda a ideologia que sempre permeou as verdadeiras funções da pena privativa de liberdade, garantir lucros e privilégios para uma pequena parcela da sociedade”,

com ela relacionada -, ressaltando o dito por Carvalho, que, com propriedade, resume o atual papel da pena, como sendo “um instrumento político de negação da vingança; um limite ao poder punitivo; o mal menor em relação às possibilidades vindicativas que se produziriam na sua inexistência”.⁵⁶⁹

Subseção V A vítima e o criminoso

A *vítima* e o *criminoso* são termos que designam categorias, também, muito presentes na metalinguagem jurídico-penal, as quais tratam de “estados” ou “situações” de pessoas envolvidas no fato punível. A primeira é utilizada para referir ao sujeito passivo da conduta típica, ou, como diz Oliveira, “alguém que sofre ou recebe as consequências de uma ação ou omissão”. A importância desta categoria está relacionada com os limites da relação entre o autor (sujeito ativo) e a vítima (sujeito passivo), considerando as suas qualidades pessoais; com a natureza do interesse ou do bem juridicamente protegido pela lei penal concernente à vítima; com a caracterização da culpabilidade; com a sua concorrência ou o seu consentimento com a infração; com as circunstâncias ou elementos do crime; e com as questões processuais.⁵⁷⁰

A categoria *criminoso*, que, em sentido amplo, abrange, também, o *contraventor*, por sua vez, é utilizada em relação ao sujeito ativo de uma conduta típica, inclusive antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A posição sustentada nesta tese é, contudo, que o uso dessa categoria somente é cabível em relação a quem houver sido condenado em sentença transitada em julgado, de modo que, nesse sentido, o criminoso e o contraventor têm, também, o

ou seja, havendo uma enorme “massa excluída do consumo pela falta de oportunidades”, resta a alternativa da “obtenção de lucro com o seu encarceramento, em outras palavras, o dinheiro público ao invés de ir para programas sociais, inclusive de criação de empregos, vai para o sistema de justiça penal pagar pelo custo de seus detentos e, assim, fazer com que a economia continue aquecida” (GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista*, p. 312 e 321).

⁵⁶⁹ CARVALHO, Salo. *Penas e garantias*, p. 150.

⁵⁷⁰ OLIVEIRA, Edmundo. *Vitimologia e direito penal*, p. 171-172.

significado de *criminalizado*, pois as qualificações de *criminoso* ou de *contraventor* alteram a situação fática e jurídica do sujeito ativo de uma conduta típica, sobre o qual recai o peso da investigação, da acusação e da condenação.

Assim como a *vítima*, também o *criminoso* carrega estigmas pessoais, de modo que, enquanto aquela é, em regra, portadora das marcas do “bem”, este, ao inverso, é portador das marcas do “mal”.

O pensamento clássico considera o *criminoso* uma pessoa que, na posse do livre-arbítrio, viola livre e conscientemente a norma penal, de modo que, conforme Andrade, “a única diferença entre o criminoso e o que respeita a lei é a diferença do fato”,⁵⁷¹ o que significa dizer que o *criminoso* é uma pessoa “normal”, pois todos os homens são iguais perante a lei e podem, por isso, atuar responsabilmente, compreendendo o caráter benéfico do consenso implícito no contrato social. Diferentemente pensam os criminólogos positivistas, pois, conforme mencionado em *Estigmas da Criminalização*, o positivismo naturalista viu o homem criminoso como um ser anômalo, do qual depreendeu os estigmas da criminalidade.⁵⁷²

Entre esses estudos, destacam-se os realizados por Lombroso, que procura demonstrar que são as características físicas, biológicas e psíquicas que determinam o homem delinquente, estando algumas delas presentes nos criminosos de modo geral, os quais “têm grande inteligência, à qual se ajunta uma certa gentileza de maneiras”, sendo encontradas neles, ainda, com certa frequência, algumas “características femininas”, como, por exemplo, a ausência de barba, a abundância da cabeleira e a palidez. O “criminoso nato” ou os criminosos em geral seriam, pois, os que “têm orelhas de abano, cabelos abundantes, barba escassa, sinos frontais e maxilares enormes, queixo quadrado e saliente, zigomas largos, os gestos frequente, em suma, um tipo aproximado do mongol, às vezes, do negro”.⁵⁷³ Por isso, as ações que parecem delitos são, na verdade, “resultados necessários da hereditariedade, da estrutura orgânica, ou são impostas pela concorrência vital”, pois, apesar de todos os meios vingativos e

⁵⁷¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Ilusão de segurança jurídica*, p. 58.

⁵⁷² BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização*, p. 37 e 42.

⁵⁷³ LOMBROSO, César. *O homem delinquente*, p. 247 e 248.

punitivos empregados desde os primórdios da humanidade, “se o crime não cessou de se produzir mesmo nas raças mais cultas, sua verdadeira causa reside no atavismo”.⁵⁷⁴

Partindo da sua concepção naturalista de delito, Garófalo procura vincular a existência desse homem criminoso à falta ou deficiência do senso moral, isto à ideia de anomalia moral ou psíquica do criminoso, o que possibilita acreditar que “os criminosos constituem uma classe de seres degenerados”, que se contrapõe ao tipo do “homem honesto”, de modo que “o delinquente não se denuncia apenas pelo ato criminoso, mas pela coerência desse ato com certos caracteres especiais; o crime não é nele, portanto, um fato isolado, mas o sintoma de uma anomalia moral”. A anomalia do criminoso não é, pois, somente física, mas também moral, sendo esta a verdadeira causa do crime, porquanto o criminoso, às vezes fisicamente anômalo, “o é sempre moralmente”.⁵⁷⁵

Concentrando os seus estudos científicos no ambiente social em que vive o homem delinquente, Ferri, por fim, afirma que criminoso é quem comete um crime ou delito, mas esclarece que a solução conceitual acerca do delinquente se dá em dois terrenos distintos, ou seja, sob o ponto de vista naturalístico ou social e no campo tecnicamente jurídico ou legal. Assim, “sob o ponto de vista natural, não pode ser delinquente senão quem seja um anormal”, anormalidade esta que pode ser congênita ou adquirida, permanente ou transitória, morfológica, biopsíquica ou por doença, mas sempre anormalidade. Enquanto o homem normal é o adaptado à vida social, o anormal é o que, na vida social, reage aos estímulos externos com uma ação delituosa. Sob o prisma jurídico, por sua vez, “o homem somente pode ser delinquente até que e porque vive em sociedade”, pois o homem que vive solitário fica fora do círculo humano das normas de conduta social, entre as quais

⁵⁷⁴ LOMBROSO, César. *O homem delinquente*, p. 53 e 123. Essa conclusão tornou-se a essência da teoria do criminoso nato, que estabeleceu uma relação entre o instinto sanguinário e a regressão atávica, admitindo que o homem criminoso é nato, idêntico ao louco moral, apresenta base epilética e constitui, por um conjunto de anomalias, um tipo especial denominado “lombrosiano”. Em sua investigação, Lombroso classificou os delinquentes em três categorias distintas, ou seja, os criminosos natos, os loucos morais e os epiléticos.

⁵⁷⁵ GARÓFALO, Rafael. *Criminologia*, p. 13, 21, 27, 29, 49, 50, 52 e 68. Levando em consideração a ausência ou deficiência do senso moral nas pessoas, Garófalo elaborou a sua tipologia criminal, denominando delinquentes típicos os que estão absolutamente privados do senso moral; violentos, que apresentam ausência do sentimento de “piedade”; e ladrões ou neurastênicos os que apresentam ausência do sentimento de “probidade”. (GARÓFALO, R. *Op. Cit.* p. 78-79 e 90).

o direito. A principal condição para que alguém seja considerado legal ou socialmente delinquente, é que o crime por ele praticado seja a “expressão genuína da sua personalidade”. Assim, um homem será considerado delinquente quando, por sensações do mundo externo, forem os seus sentimentos atravessados por uma ideia criminosa e essa ideia não encontrar nas suas condições físiopsíquicas do momento (permanentes ou transitórias) uma suficiente resistência, tanto por repugnância moral quanto por previsão das danosas consequências ou, ainda, pelas duas razões conjuntamente. Dessa forma, a diferença entre o homem honesto e o homem delinquente está em que, na mente daquele, ao surgir essa ideia, ela é imediatamente dissipada ou repelida, ao passo que, na mente do homem delinquente, ela não somente fica, como se enraíza, aprofundando-se e intensificando-se até se transformar em volição ativa e ser exteriorizada em ação física.⁵⁷⁶

Percebe-se, pois, que, para o positivismo naturalista, há causas biopsíquicas e sociais que determinam o “estado de criminoso”, sendo o processo de criminalização, pois, mera formalidade ou condição secundária nessa determinação.

Diferente é a concepção da criminologia da reação social, segundo a qual o *criminoso* é somente alguém que recebeu, com sucesso, no processo de criminalização, a qualificação de *criminoso*, sendo propósito desta investigação demonstrar o momento exato em que se pode considerar atribuída essa qualificação. Sob a ótica do paradigma da reação social, em que a ênfase está na criminalização, isto é, na criminalidade como realidade construída, conforme Becker, o criminoso ou desviante é, portanto, alguém no qual a qualificação de

⁵⁷⁶ FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal*, p. 203, 204 e 210-211. Os diversos delinquentes podem ser classificados, segundo Ferri, em criminosos *loucos*, *natos*, *habituais* ou por hábito adquirido, *ocasionais* e *passionais*”. O *criminoso nato* é aquele que se caracteriza, sobretudo, “pela impulsividade desta vontade anormal, que, na debilidade congênita das energias de inibição, passa *precipitadamente* da ideia à ação e, por motivos absolutamente desproporcionados, à gravidade do delito”, distinguindo-se dos demais tipos de criminosos, especialmente “pela falta ou debilidade do senso moral”; o *criminoso louco* é o levado ao crime tanto pela enfermidade mental quanto pela atrofia do senso moral”; o *criminoso habitual* é o que se caracteriza pela “grave periculosidade e fraca readaptabilidade social”; o *delinquente ocasional*, por sua vez, é o que “tem, naturalmente, como todos os demais tipos criminais, por anomalias bio-psíquicas congênitas ou adquiridas, uma qualquer predisposição ou insuficiente repulsão orgânica ou psíquica ao delito”; por fim, o *delinquente passionais*, por fim, é aquele que, antes de tudo, é movido por uma paixão social”. (FERRI, E. *Idem*, p. 164, 256, 257, 259 e 60).

criminoso foi aplicada, com sucesso,⁵⁷⁷ pelas agências encarregadas do processo de criminalização,⁵⁷⁸ ou seja, pelas agências do sistema penal, sendo, pois, uma realidade construída nesse processo.

Subseção VI O processo penal e suas relações

O *processo penal* é, também, uma categoria muito importante da metalinguagem jurídico-penal, uma vez que, a exemplo das demais categorias estudadas, congregam uma série de outras subcategorias, pois o processo penal é um importante espaço do uso da linguagem jurídico-penal, no qual ocorre tanto a fala quanto o silêncio e no qual as pessoas envolvidas no “caso penal” comunicam-se sobre este regidas pelas normas processuais. É nele, também, que são usadas todas as demais categorias da metalinguagem jurídico-penal e em que se discute o direito penal e processual penal, porquanto, segundo Fernandes, o processo penal “constitui o pólo metodológico do direito processual”, de onde “irradiam os outros institutos fundamentais” como a investigação, a ação, a defesa e a jurisdição.⁵⁷⁹

Dividida esta subseção em dois parágrafos, discorre-se, no primeiro, sobre o processo penal em si e, no segundo, sobre as suas relações.

§1º. O processo penal

A noção de *processo penal* compreende os seus conceitos, a sua finalidade, os diversos sistemas processuais penais e os aspectos relacionados com o devido e justo processo penal, cujos aspectos serão tratados, separadamente, nos itens seguintes.

⁵⁷⁷ BECKER, Howard. *Outsiders*, p. 9.

⁵⁷⁸ O processo de criminalização foi objeto do item 3.2 do § 3º da Subseção III da Seção III do Capítulo II.

⁵⁷⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*, p. 31.

1.1 Os conceitos de processo penal

Os conceitos de processo e, conseqüentemente, de processo penal, podem ser divididos em três fases, ou seja, do processo como procedimento, como relação jurídica e como relação complexa. Na primeira fase, o processo se confunde com o procedimento, sendo concebido como sequência de atos coordenados que se desenvolvem até a sentença, interessando, apenas, o seu caráter evolutivo ou a marcha em que se desenvolve ou o caminho que percorre de forma progressiva. Nesta fase, como diz Carvalho, “processo é a reunião das formalidades estabelecidas pelas leis e praxe para se regularem as questões em juízo”. É importante, pois, a ordem do processo, estabelecida tanto pelo direito natural quanto pelo civil, de modo que, enquanto aquela é fixa e imutável, esta varia conforme a natureza das causas e a vontade dos legisladores.⁵⁸⁰

Na segunda fase, isto é, do processo como relação jurídica, segundo Bülow, procura-se ressaltar a relação de direito público que se desenvolve no processo, de modo progressivo, entre o tribunal e as partes. Essa relação, na qual estão em jogo direitos e obrigações recíprocos, avança gradualmente e se desenvolve passo a passo, por meio de atos particulares, até o aperfeiçoamento do contrato de direito público, no qual, enquanto o tribunal, de um lado, assume a obrigação concreta de decidir e realizar o direito deduzido em juízo, de outro lado, as partes ficam obrigadas tanto a prestarem uma colaboração indispensável quanto a se submeterem aos resultados desta atividade comum.⁵⁸¹ Trata-se, pois, de uma relação que, no dizer de Fernandes, tem pressupostos, objeto e sujeito próprios, distintos, portanto, da relação jurídica material. Na relação processual, o procedimento é abrangido pelo processo, como o modo de ser da relação processual, que é determinado pelo desenvolvimento gradual, pela ordem e sucessão dos atos processuais e pelo modo e pela forma como esses atos são

⁵⁸⁰ CARVALHO, Alberto Antonio de Moraes. *Praxe forense*, p. 9, 10, 12 e 13. Segundo Fernandes, nesta fase, não há tratamento científico do processo, mas, sim, apenas, mera visão procedimentalista, satisfazendo-se os estudiosos em enunciar regras práticas para a atuação nos processos, ou se limitando em descrever os dispositivos referentes aos seus atos e às suas formas. (FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*, p. 33).

⁵⁸¹ BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*, p. 5, 6 e 7.

realizados.⁵⁸² Nos séculos XVIII e XIX, segundo Tornaghi, essa noção de processo como relação jurídica foi transportada para o processo penal, sendo o acusado transformado em sujeito dessa relação, uma vez que, no procedimento inquisitório, o acusado havia sido transformado em objeto, sendo, pois, colocando em segundo plano.⁵⁸³

Como os teóricos da fase anterior não demonstraram a distinção entre o processo e o procedimento, ressurgiu, na mente dos processualistas, o valor do procedimento como instituto processual fundamental e essencial para a conceituação do processo, passando-se à terceira fase conceitual, ou seja, do processo como entidade complexa. O processo, segundo Fernandes, passa, assim, a ser concebido, mais especificamente, como “procedimento animado pela relação jurídica processual”, ou, ainda, como “entidade complexa, que abrange a relação jurídica e o procedimento, pois é este quem anima a relação processual, que, prioritária na segunda fase, nesta é decorrência do procedimento”.⁵⁸⁴

Essa conceituação é construída, como se percebe, sobre os pilares do procedimento e da relação jurídica. O procedimento, explica Dinamarco, é concebido como “um sistema de atos interligados numa relação de dependência sucessiva e unificados pela finalidade comum de preparar o ato final de consumação do exercício do poder”. É ele que regula tanto o exercício do poder quanto recebe legitimidade do modo como disciplina esse exercício do poder, dimensionando as garantias constitucionais e favorecendo a efetiva participação dos sujeitos interessados.⁵⁸⁵ Essa legitimação pelo procedimento, segundo

⁵⁸² FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*, p. 34-36.

⁵⁸³ TORNAGHI, Helio. *A relação processual penal*, p. 2-5.

⁵⁸⁴ FERNANDES, A. S. *Op. Cit.* p. 41. A importância da teoria do processo como relação processual complexa é ressaltada por Cintra, Grinover e Dinamarco, que afirmam ser “inegável que o Estado e as partes estão, no processo, interligados por uma série muito grande e significativa de liames jurídicos”, isso porque são “titulares de situações jurídicas em virtude das quais se exige de cada um deles a prática de certos atos do procedimento ou lhe permite o ordenamento jurídico essa prática”. (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 282)

⁵⁸⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 152, 158-159. Cabe, nessa concepção, lembrar que, segundo Marques, o procedimento “é o conteúdo formal do processo”, isto é, “o *modus faciendi* com que essa atividade se realiza e se desenvolve”, do mesmo modo que “a lide é o seu conteúdo material ou substancial”, enquanto “o processo é a atividade jurisdicional na sua função de aplicar a lei”. (MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v.1, p. 349). Assim, pode haver diversos procedimentos em um processo ou fases do processo, que são procedimentos parciais. O conceito de procedimento tem, pois, um conteúdo formal, que é a sequência de atos coordenados produtores de efeitos

Luhmann, torna provável a obtenção de decisões satisfatórias e substitui os antigos fundamentos jusnaturalistas ou os métodos variáveis de estabelecimento do consenso, sendo reconhecida independentemente do mérito de decisão isolada e que arrasta consigo a aceitação e consideração de decisões obrigatórias.⁵⁸⁶ A relação jurídica, por sua vez, no dizer de Cintra, Grinover e Dinamarco, “é exatamente o nexó que liga dois ou mais sujeitos, atribuindo-lhes poderes, direitos, faculdades, e os correspondentes deveres, obrigações, sujeições, ônus”. Isso não significa dizer que o processo seja a própria relação processual ou que processo e relação processual sejam expressões sinônimas, uma vez que, sendo uma entidade complexa, o processo pode ser encarado sob o aspecto dos atos que lhe dão corpo e da relação entre esses atos (procedimento) e, igualmente, sob o aspecto das relações entre os seus sujeitos (relação processual). Em suma, pode-se dizer que “o processo é uma síntese dessa relação jurídica progressiva (relação processual) e da série de fatos que determinam a sua progressão (procedimento) e que essa teoria, surgida, desenvolvida, discutida e consolidada no âmbito do processo civil, “tem igual validade para o direito processual penal”.⁵⁸⁷

meramente formais, e um conteúdo teleológico, pois além de coordenados, os atos devem ser praticados para alcançar um fim. O procedimento não se confunde com o rito, que é a forma como se estabelece a sequência dos atos do procedimento.

⁵⁸⁶ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*, p. 31-32. A participação constitui postulado inafastável da democracia, sendo o processo, em si mesmo, por isso, segundo Dinamarco, democrático e, portanto, participativo sob pena de não ser legítimo. Essa participação ocorre em face do contraditório, razão pela qual “o processo é todo *procedimento realizado em contraditório*”, fundindo-se o procedimento e o contraditório numa unidade empírica percebida, somente, porque o procedimento é o lado visível do processo. A efetivação da exigência política do contraditório no procedimento dá-se pela outorga de situações jurídicas ativas e passivas aos litigantes, permitindo-lhes, respectivamente, atos na defesa dos seus interesses ou exigindo a realização de atos ou a imposição de abstenções ou de sujeições à eficácia de atos alheios. A definição de processo associa, assim, procedimento e contraditório e pela sua inserção no conceito de relação jurídica processual. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 159).

⁵⁸⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 282, 283 e 284. Na tessitura processual, esclarece Fernandes, “não há só poderes, faculdades, direitos, deveres, ônus e sujeições das partes e do juiz”, porquanto “as situações nele configuradas não são formadas só pelas posições jurídicas destes três sujeitos processuais”, uma vez que a decisão judicial não interessa apenas ao autor e ao réu, mas a toda a comunidade, que espera que a administração da justiça seja correta. É importante ter em mente a possibilidade de outras pessoas trazerem ao processo informações que interessam à compreensão do objeto discutivo e destinado à apreciação judicial. Disso é possível concluir que o processo não seria só procedimento e contraditório, mas, sim, “procedimento, contraditório e participação”, de modo que é a ideia de participação que abrange o contraditório não o contrário, pois aquela é de âmbito maior, efetivando-se o contraditório mediante a participação, entre outras, das partes, do juiz, da vítima, das testemunhas, dos peritos, dos advogados e dos serventuários. (FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*, p. 42).

É importante a noção de processo como uma entidade complexa, pois, incorporando a ideia de relação processual e de procedimento, resulta claro que, visto sob a perspectiva da linguagem, o processo nada mais é do que a comunicação entre os personagens envolvidos no processo, que se compõe, como se verá, de inúmeros atos de linguagem, que se desenvolvem de forma regrada, isto é, por meio do procedimento, e que são constitutivos de situações jurídicas. Os sistemas processuais que se construíram, na verdade, buscam ampliar ou limitar o espaço da linguagem ou do silêncio.

Especificamente no que diz respeito ao *processo penal*, sem prejuízo aos conceitos anteriormente apresentados, pode-se conceituá-lo, também, sob o prisma institucional, segundo o qual, no dizer Mariconde, seria um instrumento jurídico indispensável à função judicial do Estado, estabelecido pelo direito processual com o fim de administrar justiça em face das suspeitas de infração à lei penal, sobretudo para que possa ser descoberta a verdade sobre o suposto fato delituoso, possibilitando a aplicação concreta da lei penal.⁵⁸⁸ Sob o prisma pragmático, por sua vez, Florian concebe o processo penal como “o conjunto das atividades e formas, mediante as quais os órgãos competentes, pré-estabelecidos na lei, observando certos requisitos, provêm, julgando, a aplicação da lei penal em cada caso concreto”.⁵⁸⁹ Em suma, neste prisma, o processo penal pode ser configurado como um conjunto de atos sucessivos, progressivos e preordenados com base na legislação processual penal, que podem ou devem ser levados a

⁵⁸⁸ MARICONDE, Alfredo Vélez. *Derecho procesal penal*, t. II, p. 113-114

⁵⁸⁹ FLORIAN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*, p. 14. [...] “el conjunto de las actividades y formas, mediante las cuales los órganos competentes, preestablecidos en la ley, observando ciertos requisitos, proveen, juzgando, a la aplicación de la ley penal en cada caso concreto”. Apresenta uma visão instrumental do processo, entre outros, Carnelutti, segundo o qual o processo penal como o “conjunto de atos” que se levam a cabo, em sua maior parte, no *palácio de justiça*, por obra de vários agentes (polícia judiciária, oficiais de justiça, assessores técnicos, oficiais e agentes da força pública)”, estando relacionado com “vários interessados (acusados, vítimas, testemunhas)” e que tem por finalidade “comprovar o delito e determinar a pena”. (CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*, t.1, p. 60). Também, para Manzini, o processo penal é uma “atividade judicial progressiva”, ou seja, “o conjunto dos atos concretos, previstos e regulados em abstrato pelo direito processual penal, cumpridos por sujeitos públicos ou privados, competentes ou autorizados, aos fins do exercício da jurisdição penal”, com vistas “à pretensão punitiva feita valer mediante a ação ou em face de outra questão legitimamente apresentada ao juiz penal”, constituindo-se, pois, o conteúdo do processo penal, “na declaração de certeza jurisdicional das condições que determinam, excluem ou modificam a realizabilidade da pretensão punitiva do Estado”. (MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*, t. I, p. 108 e 248). Por fim, em Tucci, o processo penal é definido “como um conjunto de atos que se realizam sucessivamente, preordenados à solução de um conflito de interesses de alta relevância social”. (TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*, p. 169).

efeito por diversas pessoas, pertencentes ou não ao sistema penal, com a finalidade de obter a certeza acerca da ocorrência de uma conduta para qualificá-la como crime ou contravenção penal e para que haja, em face dessa qualificação, uma sanção penal.

1.2 A finalidade do processo penal

Os fins do processo penal são abordados por Carnelutti, que faz distinção entre os processos declaratórios, constitutivos ou dispositivos e condenatórios. No que diz respeito às duas primeiras espécies, leva em consideração que o processo declaratório ocorre quando “o conflito de interesses já se encontra composto por uma norma material, mas a composição não pode se efetuar, por obra do desencontro entre as partes”. Nesse caso, o processo será declaratório, pois tem a finalidade de realizar “o *acertamento (accertamento) de um estado jurídico já existente*”, de modo que, “em virtude do processo declaratório o mandato *abstrato (norma material)* se individualiza, e por isso, se transforma em mandato *concreto*”. Situação diversa é a que diz respeito ao processo constitutivo, em que “o conflito não está previsto por uma norma material, e sim por uma norma instrumental, que atribui ao juiz o poder de compô-lo por meio de um mandato concreto”. Nesse caso, o processo constitutivo ou dispositivo é o que tem como finalidade “a *constituição de um estado jurídico que ainda não existe*”, entendendo-se por estado jurídico “o modo de ser de um conflito de interesses conforme o direito”. No processo constitutivo, portanto, “o juiz não *declara*, e sim, *cria* direito”, pois não é direito a regra que vive em estado amorfo na consciência dos cidadãos. Esta é apenas mandato, convertendo-se em direito somente quando se lhe agregar o mandato contido na sentença do juiz. O processo condenatório, por fim, assenta-se na ideia de que a contenda recai “não sobre a existência, mas acerca da violação de uma relação jurídica”, ou seja, “quando, em vez de *discussão (contestazione)* tão-somente da pretensão, existir *lesão*, o que faz falta não é tanto conhecer para saber quem tem razão e quem não tem, quanto *fazer* o que sirva para levar a termo a sanção”, tendo Carnelutti concluído

“ser o processo penal uma subespécie do processo de condenação”.⁵⁹⁰ Não obstante essa seja a conclusão carneluttiana acerca da finalidade do processo penal, não se pode deixar de mencionar que este é, também, constitutivo, pois sua finalidade não é apenas condenar, mas, também, constituir uma situação jurídica inexistente antes da sentença penal condenatória, que é a modificação do estado de inocente do acusado para de culpado.

Contudo, qualquer que seja o conteúdo do processo, Fernandes, inspirado em Greco Filho, explica que o processo penal constitui-se em garantia ativa, “porque, diante de alguma ilegalidade, pode a parte dele utilizar-se para a reparação dessa ilegalidade”, como, por exemplo, o habeas corpus, que é garantia contra a violação do direito de locomoção sem justa causa, e em garantia passiva, “porque impede a justiça pelas próprias mãos, dando ao acusado a possibilidade de ampla defesa contra a pretensão punitiva do Estado, o qual não pode impor restrições à liberdade sem o competente e devido processo legal”,⁵⁹¹ o que significa dizer que a intervenção estatal deve ser limitada.

1.3 Os sistemas processuais penais

É importante ter em mente, conforme lembrado por Mariconde, que “a história põe em relevo as necessidades sociais que inspiraram o costume ou a obra legislativa, os fatores que determinaram as instituições jurídicas e o ideário triunfante nas diversas épocas”. No que diz respeito, especificamente, ao processo, “a evolução demonstra essa eterna luta entre os interesses da sociedade e o indivíduo, que aquela deve tutelar, ou mesmo a íntima conexão que existe entre o direito político e o processual penal”, conforme é possível perceber nos

⁵⁹⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*, v. I, p. 223, 224, 225, 229 e 233. Partindo dessa noção carneluttiana de processo, Marques também admite ser o processo condenatório a parte nuclear e básica do direito processual penal, acrescentando que “as demais categorias do processo penal de conhecimento (processo declaratório e processo constitutivo) são tão esporádicas e excepcionais, ou tão ligadas ao processo de condenação, que quase se lhe não percebe a existência”. Além disso, “o processo de condenação não fica circunscrito à área jurisdicional da cognição, visto que, sem hiato ou interrupção, distende-se procedimentalmente pela execução forçada, conjugando-se, assim, numa só instância, a *cognitio* e a *executio*”. (MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v. II, p. 115).

⁵⁹¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*, p. 32.

sistemas acusatório, inquisitório e mistos,⁵⁹² embora, como ressalta Coutinho, não exista mais *sistemas puros*, na forma clássica como foram estruturados.⁵⁹³ Enquanto os sistemas acusatório e inquisitório são diametralmente opostos, o sistema misto, segundo Ramos, “não apresenta, senão formalmente, as características de um verdadeiro sistema”, uma vez que “foi, em realidade, o produto da fusão dos outros dois”, de modo que, “com mais propriedade, poder-se-ia concluir que se trata de mais uma forma de administrar a justiça criminal que aproveitou elementos dos ‘sistemas’ acusatório e inquisitório”.⁵⁹⁴

1.3.1 O sistema acusatório

O sistema acusatório, conforme Mariconde, caracteriza-se, sobretudo, pela concepção de que a acusação é a base sem a qual o processo não pode prosseguir, cabendo ação penal pública, quando a conduta lesar interesses da coletividade, ou ação penal privada, quando o interesse for exclusivamente do lesado, não podendo, por isso, o julgador, em qualquer caso, atuar de ofício; o acusador e o acusado encontram-se em paridade jurídica, isto é, protegidos por direitos iguais e podendo fazer uso dos mesmos instrumentos ou armas; o julgador, por sua vez, aparece como um árbitro do litígio, o qual deve ser levado a cabo; as provas são introduzidas por obra exclusiva das partes, o que significa dizer que o julgador não tem autonomia para investigar os fatos, devendo limitar-se a examinar as provas acerca das quais versou a discussão das partes (*iuxta allegata et probata*), não obstante, na valoração desses elementos, impere o regime da livre convicção; o acusado, em regra, goza de liberdade, sendo, pois, uma exceção, a sua prisão preventiva; por fim, o procedimento é oral, público,

⁵⁹² MARICONDE, Alfredo Velez. *Derecho procesal penal*, t.1, p. 15-16 e 19: [...] “la historia pone de relieve las necesidades sociales que inspiraron la costumbre o la obra legislativa, los factores que determinaron las instituciones jurídicas y el ideario triunfante en las diversas épocas”, de modo que, “con relación al proceso, especialmente, la evolución demuestra esa eterna lucha entre los intereses de la sociedad y el individuo, que aquél debe tutelar, lo mismo que la íntima conexión que existe entre el derecho político y el procesal penal”.

⁵⁹³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal, p. 17.

⁵⁹⁴ RAMOS, João Gualberto Garcez. *Audiência processual penal*, p. 25.

contraditório e contínuo, fazendo a sentença coisa julgada e não sendo admitidos, salvo raras exceções, os indultos ou as graças.⁵⁹⁵

O processo acusatório é, como se vê, o que amplia e descentraliza ao máximo as oportunidades de uso da linguagem, de modo a possibilitar com que todos os envolvidos, sem serem “senhores” da verdade, construam as suas versões, estando o juiz, como parte neutra, entre a acusação e a defesa, não como detentor de uma verdade previamente estabelecida, mas de uma “verdade” construída no espaço da linguagem processual.

1.3.2 O sistema inquisitório ou inquisitivo

No sistema processual inquisitivo ou inquisitório, por sua vez, explica Mariconde, o indivíduo já não é tratado como fim, não sendo, por isso, alvo da proteção estatal, mas sim, como meio, passando a ser explorado o seu temor à punição. Em face do crescimento do Estado e não sendo prioritária a proteção dos interesses do ofendido, desfaz-se a figura do juiz neutro e equidistante das partes

⁵⁹⁵ MARICONDE, Alfredo Velez. *Derecho procesal penal*, t.1, p. 21 e 22. O processo de tipo acusatório, segundo Mariconde, é encontrado desde a Grécia e na República romana, tendo adquirido, entre os germânicos, características próprias, sendo, ainda, o que vigora na Inglaterra e nos Estados Unidos da América, cada qual a seu modo. Desconsiderada a situação dos escravos, na Antiguidade, o indivíduo ocupava o primeiro plano de importância na sua relação com o Estado, razão pela qual o legislador pensava, antes de tudo, na dignidade e liberdade de homem e no que, depois, foi denominado de direitos subjetivos. O Estado se posicionava a serviço dos indivíduos no intuito de resolver os seus conflitos. (MARICONDE, A. V. *Op. Cit.* p. 20). Raciocinando na lógica do sistema acusatório, Ferrajoli afirma que as garantias relativas ao processo são formadas pelos princípios da *nulla culpa sine iudicio*, também denominado de princípio da *jurisdiccionariade*; do *nullum iudicium sine accusatione*, ou também denominado de princípio *acusatório* ou da separação entre juiz e acusação; da *nulla accusatio sine probatione*, também denominado de princípio do *ônus da prova* ou da verificação; e, por fim, da *nulla probatio sine defensione*, também denominado de princípio *contraditório* ou da defesa, ou da falseabilidade, sendo autoritários, portanto, os modelos processuais penais que excluem um ou mais desses princípios garantidores. Assim, denomina *sistema de mera legalidade* o sistema que subtrai os princípios do ônus da prova ou da verificação e do contraditório ou da defesa ou falseabilidade e *sistema sem acusação separada*, que configura o *método inquisitivo*, o que exclui o princípio acusatório ou da separação entre o juiz e a acusação. Há, ainda, sistemas pré-penais ou extrapenais, que Ferrajoli denomina *sistemas irracionais*, por excluírem o princípio da retributividade, ou da legalidade, ou da jurisdiccionariade, de modo que, se a exclusão recair sobre o princípio da retributividade, o sistema é denominado de *mera prevenção*; se recair sobre o princípio da legalidade, o sistema é denominado de *estado policial*; e, por fim, se recair sobre o princípio da jurisdiccionariade, o sistema é denominado como de *justiça patriarcal* ou *do cádi*. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 75, 79 e 81-82). O aspecto mais importante do sistema acusatório, segundo Coutinho, é o fato de não caber ao juiz a gestão da prova, o que, segundo Cordero, impede-o de entrar num “*quadro mental paranóico*”, o que significa dizer que se retira dele “a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a ‘sua’ versão”, o que seria a legitimação da *possibilidade da crença no imaginário*, o qual toma como verdadeiro. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal, p. 32).

interessadas e surge a do inquisidor, que atua defendendo os interesses do Estado, sobretudo do soberano, e, por iniciativa própria, para castigar o delinquente, deixando o acusado de ser uma pessoa digna de direitos para se transformar em objeto da persecução penal. O processo penal realiza, assim, uma função instrumental para a concretização do castigo, substituindo-se, desta forma, a ideia de justiça pela concepção autoritária e despótica do Estado de polícia, sendo válidos e legítimos os meios utilizados em defesa dos interesses estatais. Em suma, o processo inquisitivo pode ser caracterizado pela ausência de separação nítida entre o acusador e o jogador, sendo a ação penal, em regra, promovida de ofício pelo próprio inquisidor, mediante o eventual concurso de uma denúncia secreta, o que implica, portanto, confusão entre a ação e a jurisdição; o inquisidor tem, também, poderes absolutos de impulsão do processo e de produção da prova, sendo o único “diretor” do processo, sujeitando o acusado a torturas para a obtenção da confissão e dificultando o seu direito de defesa; a prisão preventiva com a incomunicabilidade do imputado é a regra, sem exceção; a valoração da prova é regida pelo sistema legal ou positivo, facilitando, assim, o controle das instâncias revisoras, inclusive do soberano, uma vez que, sendo a jurisdição exercida em seu nome, a revisão das decisões é uma possibilidade sempre presente; é desconsiderado o princípio da coisa julgada para favorecer a vontade do soberano por meio das instâncias revisoras e por meio de procedimentos escritos, secretos e não-contraditórios.⁵⁹⁶

⁵⁹⁶ MARICONDE, Alfredo Vélez. *Derecho procesal penal*, t.1, p. 20 e 22. O sistema inquisitório ou inquisitivo era encontrado na Roma imperial, tendo triunfado durante a baixa Idade Média, afirmando Coutinho ser um sistema que, apesar de suas raízes romanas, nasceu, por volta do ano 1000, no âmbito da Igreja Católica para fazer frente às “doutrinas heréticas”, sobretudo em face do aumento das caravanas de mercadores impregnadas por hebreus e árabes, os quais, por não serem cristãos e por se apresentarem, cada vez mais, aparelhadas belicosamente, ameaçavam as velhas práticas e as verdades consolidadas do poder constituído, uma vez que se desenvolveram a atividade comercial e, conseqüentemente, as cidade ou burgos e, com eles o Estado administrativo, caracterizado por novas relações comerciais e de trabalho e novos hábitos na vida social. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal, p. 18-21). Bethencourt diz que “os delitos religiosos e morais sob jurisdição inquisitorial são praticamente os mesmos em todos os tribunais, observando-se, contudo, algumas variações: é o caso da sodomia, perseguida pelo ‘Santo Ofício’ em Aragão, em Portugal e nos Estados italianos, mas não em Castela, onde a jurisdição foi conservada pelos tribunais civis. Na prática, sobretudo, podia ser bastante diferente: a celebração da missa por um indivíduo não ordenado, por exemplo, era objeto de uma sentença mais severa na península Itálica do que na Espanha. Além disso, os delitos de jurisdição mista, como a feitiçaria e a bigamia, não podiam ser julgados pela Inquisição sem fortes presunções de heresia – no primeiro caso, estava em questão a fronteira entre a superstição e a adoração do demônio (entendida como renegação de Deus, pecado capital contra o primeiro

Sem dúvida alguma, o sistema inquisitivo é o que, privilegiando o silêncio, obsta ou dificulta as oportunidades de uso da linguagem, que se concentra na voz singular do inquisidor. É esse que recebe denúncias anônimas, observa o silêncio, ouve as respostas das testemunhas às perguntas capciosas ou as confissões obtidas pela violência ou por meios também capciosos e conclui, solitariamente, procurando fazer o silogismo entre a acusação, formulada por ele próprio, e as provas, também construídas por ele próprio, para confirmar a sua tese inicial ou “o que ele já sabe” e, talvez, não queira mudar. É possível que a linguagem mais importante no processo penal inquisitivo seja a linguagem do silêncio ou do que não se diz.

1.3.3 O sistema misto

O sistema processual penal misto, no dizer de Mariconde, é caracterizado pelo exercício da ação penal por um órgão estatal, o Ministério Público, ainda que, em alguns países, tenha se atribuído ao lesado, também, o direito de acusar, tendo aquele, ainda, legitimidade para exercer a ação civil ressarcitória relativa ao delito; a situação dos sujeitos processuais é distinta na etapa da investigação ou

mandamento); no segundo caso, estava em questão não apenas a violação do sacramento do matrimônio, mas também o desprezo pelos sacramentos da Igreja. Em outros domínios, a definição da heterodoxia revelava-se difícil, como no caso da distinção entre a blasfêmia provocada pela cólera momentânea (em situação do jogo, por exemplo) e as proposições heréticas que contestavam a virgindade de Maria, a divindade de Cristo ou a capacidade de intervenção dos Santos. Finalmente, verificou-se um alargamento da jurisdição inquisitorial a novos delitos, como a solicitação dos fiéis pelo padre no ato de confissão (final do século XVI) ou o molinismo (final do século XVII)”. (BETHENCOURT, Francisco. *História das inquisições*, p. 30-31). O processo inquisitivo, na descrição de Foucault, permanecia secreto até a sentença, o que significa dizer que era “opaco não só para o público, mas para o próprio acusado”, desenrolando-se sem que pudesse conhecer a acusação, a identidade dos denunciados, as imputações, os depoimentos e as demais provas, pois isso “era privilégio absoluto da acusação”, sendo impossível, pois, “ter acesso às peças do processo” ou faver valer os “fatos justificativos” ou “ter um advogado, seja para verificar a regularidade do processo, seja para participar da defesa”. Ao contrário, os inquisidores podiam receber denúncias anônimas, esconder do acusado a natureza da causa, interrogá-lo de maneira capciosa e usar insinuações, uma vez que constituíam sozinhos e com plenos poderes uma verdade”, que era apresentada pronta sob a “forma de peças e de relatórios escritos”, os quais eram considerados suficientes para comprovar, deixando claro que “a forma secreta e escrita do processo confere com o princípio de que em matéria criminal o estabelecimento da verdade era para o soberano e seus juízes um direito absoluto e um poder exclusivo”. (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*, p. 35-36). A característica fundamental do sistema inquisitório, segundo Coutinho, é a “gestão da prova”, confiada essencialmente ao magistrado” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal, p. 24), não sendo essencial, portanto, à inquisitividade, conforme afirma Ramos, “a ausência de partes”. (RAMOS, João Gualberto Garcez. *A audiência processual penal*, p. 69).

da instrução preliminar ou preparatória, uma vez que a autoridade investigante dirige a investigação com autonomia; na fase processual, as partes podem propor provas que serão produzidas pelo juiz, que também pode produzi-las de ofício e recusá-las quando consideradas impertinentes e inúteis, sendo a valoração da prova regida pelo princípio da livre convicção; durante o julgamento, o julgador atua geralmente como um árbitro, gozando as partes iguais direitos; o procedimento durante a investigação é escrito, com restrições à publicidade e ao contraditório, enquanto, durante a instrução definitiva e o julgamento propriamente dito, é oral, público, contraditório e contínuo.⁵⁹⁷

A principal marca do sistema inquisitivo misto, como visto, não é o fato de haver a separação entre a acusação e a jurisdição e o contraditório entre a acusação e a defesa, uma vez que, na perspectiva da linguagem, a existência de contraditório é importante, mas, talvez tenha menos peso. É que a gestão da prova, no sistema inquisitivo misto, ainda permanece em poder do juiz, que, no exercício desse mister, parte em busca da sua verdade, que já pode estar pré-constituída. Em outras palavras, é a prova que possibilita a reconstituição de um fato pretérito narrado pela acusação, indicando os caminhos para a verificação da sua narrativa. Enquanto a acusação e a defesa podem aceitar ou refutar as provas, o magistrado, gestor da prova, pode ir por caminhos diversos, pois a sua soberania, nessa atividade é tamanha, que lhe cabe, em face dos seus pré-julgamentos, escolher os caminhos que levam à verificação ou à refutação.

1.4 O devido e justo processo penal

Não é qualquer processo que interessa ao direito processual, mas, sim, o que é devido e justo. O devido processo legal,⁵⁹⁸ segundo Fernandes, foi

⁵⁹⁷ MARICONDE, Alfredo Velez. *Derecho procesal penal*, t.1, p. 23: O sistema misto, segundo Mariconde, surge com o Código francês de 1808, no qual legislador buscava equilibrar os interesses individuais e sociais, fazendo com que o Estado administrasse a justiça penal sacrificando minimamente a liberdade pessoal. Abandonaram-se, assim, aspectos que afetavam o acusado, instituindo-se duas etapas distintas do processo, ou seja, uma preparatória, realizada sempre por escrito, e outra definitiva, em que prevalece a forma oral, e afirmando-se o direito de defesa como essencial ao processo. (MARICONDE, A. V. *Op. Cit.* p. 20-21).

⁵⁹⁸ Os antecedentes históricos do devido processo legal encontram-se no art. 39 da Magna Carta inglesa, outorgada, em 1215, pelo rei João Sem-Terra. Há textos em que a disposição está inserida no art. 48, com a

concebido, no início do século XX, como direito público subjetivo, dada a sua orientação, inicialmente, individualista, porquanto destinado a resguardar algo que estava na esfera das faculdades individuais para ser usado ou não. Essa concepção, contudo, perdeu força em face da ótica publicista, passando o devido processo legal a ser concebido como garantia processual e não como direito das partes, razão pela qual não podem os sujeitos da relação processual dele dispor. Essa garantia pode ser formal, quando diz respeito ao processo como instrumento de concretização do direito material, e substancial, quando diz respeito à razoabilidade e ao senso de justiça que deve orientar os sujeitos do processo legislativo, na produção legislativa, para que não se produzam leis desarrazoadas e injustas, bem como os sujeitos do processo formal (judicial ou administrativo), para que não apliquem, nos casos concretos, normas desarrazoadas e injustas.⁵⁹⁹ Assim, o processo também deve ser justo, embora, conforme adverte Souza, o “‘justo processo’ não passa de uma utopia impossível de se alcançar na concretude de uma realidade”. De qualquer forma, fruto, apenas, de construções doutrinárias e jurisprudenciais, o “processo justo” é o que tem por objetivo “garantir o respeito à dignidade jurídica material e substancial da pessoa humana, mediante as garantias específicas que são observadas para a realização de uma boa administração da justiça”.⁶⁰⁰

seguinte redação: “Ninguém poderá ser detido, preso ou despojado de seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de julgamento de seus pares segundo as leis do país” (LIMA, João Batista de Souza. *As mais antigas normas de direito*, p. 76). O devido processo legal está, também, estabelecido nas Emendas V e XIV da Constituição dos EUA. Segundo a Emenda V, “ninguém poderá ser detido para responder por crime capital, ou por outra razão infame, salvo por denúncia ou acusação perante um grande júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças da terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá ser sujeito, por duas vezes, pelo mesmo crime, a ter sua vida ou integridade corporal postas em perigo; nem poderá ser obrigado a qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo, nem poderá ser privado da vida, liberdade, ou propriedade, sem devido processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização” A Emenda XIV, por sua vez, dispõe que “todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado-membro onde residam. Nem Estado-membro poderá fazer ou aplicar nenhuma lei tendente a abolir os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privá-los da vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal; nem poderá denegar a nenhuma pessoa sob sua jurisdição igual proteção das leis” (RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*, p. 265 e 269). A Constituição da República Federativa do Brasil previu a garantia do devido processo legal no seu art. 5º, LIV, ao estabelecer que “ninguém será privado da liberdade e de seus bens sem o devido processo legal”.

⁵⁹⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*, p. 43.

⁶⁰⁰ SOUZA, Artur César de. *A parcialidade positiva do juiz*, p. 223.

A garantia do devido e justo processo penal é uma decorrência do princípio do devido e justo processo legal, que compreende diversas garantias, entre as quais as garantias da imparcialidade judicial,⁶⁰¹ da igualdade, do contraditório, da publicidade e da verificação e refutação da prova, sendo, por isso, mais adequada aos sistemas acusatório e misto e quase inexistente no sistema inquisitório.

1.4.1 A garantia da igualdade processual

Pertencente ao âmbito maior da igualdade jurídica, a garantia da igualdade processual, indica, segundo Cintra, Grinover e Dinamarco, que “as partes e os procuradores devem merecer tratamento igualitário, para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões”.⁶⁰² Desdobra-se, assim, essa garantia nas garantias da igualdade de tratamento processual e da paridade de armas. A primeira, segundo Fernandes, garante “o mesmo tratamento aos que se encontrem na mesma posição jurídica no processo”,⁶⁰³ o que significa dizer que “todos os que ostentem a posição de réu devem ser tratados igualmente, somente se justificando tratamento especial em virtude de peculiaridades relativas a determinados acusados”, como, por exemplo, a inferioridade física e mental, que enseja a necessidade de curador especial; a inferioridade econômica, que enseja

⁶⁰¹ Esta garantia será objeto de abordagem no subitem 2.2.4 do §2º da Subseção I da Seção II do Capítulo VII.

⁶⁰² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 53. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe sobre o princípio da igualdade no *caput* do seu artigo 5º, segundo o qual “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. A garantia da igualdade jurídica é explicada tanto pelas teorias que sustentam que a igualdade é absoluta, formal ou estática quanto por aquelas que, ao contrário, afirmam ser a igualdade relativa, positiva, real, proporcional ou dinâmica. Deve-se ter em mente, no entanto, como dizem Cintra, Grinover e Dinamarco, que não se pode “eliminar a desigualdade econômica” e que um conceito realista de igualdade significa “tratamento igual aos substancialmente iguais”. (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 53 e 54). A garantia da igualdade processual, especificamente, parte do pressuposto de que há partes no processo penal, o que ocorre somente no sistema acusatório, pois, conforme Ramos, no sistema inquisitório puro, não há partes, salvo o próprio julgador, enquanto, no sistema inquisitivo misto, há partes, apenas, em sentido formal, pois o argüido neste processo, é mero objeto da investigação, estando em situação de clara inferioridade. (RAMOS, João Gualberto Garcez. *A audiência processual penal*, p. 73).

⁶⁰³ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*, p. 47.

a necessidade de assistência judiciária,⁶⁰⁴ e o exercício de profissões ou cargos públicos relevantes, que enseja a necessidade de foro ou de prisão especiais.⁶⁰⁵

Pela garantia da igualdade de armas, segundo Cunha, as partes que estão em pólos opostos da relação processual têm “igualdade de direitos, ônus, obrigações e faculdades”, pois isso é uma consequência necessária do sistema acusatório, devendo, pois, a acusação e a defesa dispor das mesmas armas, isto é, “iguais possibilidades de intervenção no processo para demonstrarem perante o tribunal as várias razões que invocam”.⁶⁰⁶ Essa paridade de forças não exclui a necessidade de, em determinadas situações, dar-se a uma das partes tratamento especial para compensar eventuais desigualdades, suprindo-se o desnível da parte inferiorizada a fim de, justamente, resguardar a paridade de armas. Essa possibilidade, no dizer de Cintra, Grinover e Dinamarco, “obedece exatamente ao princípio da igualdade real e proporcional, que impõe tratamento desigual aos desiguais”, sendo necessário, pois, que essas desigualdades sejam supridas, atingindo-se, assim, a igualdade substancial. É por isso que, no processo penal, “o interesse do acusado goza de prevalente proteção, no contraste com a pretensão punitiva”,⁶⁰⁷ aplicando-se-lhe, em seu favor, os princípios do *in dubio pro reo* e do *favor rei*, o *habeas corpus* e a revisão criminal.⁶⁰⁸

1.4.2 A garantia do contraditório

A garantia do contraditório, outro desdobramento importante da supergarantia do devido e justo processo legal, no dizer de Almeida, assegura às

⁶⁰⁴ A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe sobre a assistência judiciária gratuita no seu artigo 5º, LXXXIV.

⁶⁰⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*, p. 47.

⁶⁰⁶ CUNHA, Rogério Sanches. Introdução: uma breve síntese dos postulados constitucionais, p. 26.

⁶⁰⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 54.

⁶⁰⁸ Nessa esteira de pensamento, o princípio da proporcionalidade, segundo Barros, serve de parâmetro para balizar tanto a conduta do legislador quanto a do intérprete e do aplicador do direito, quando esteja em jogo limitações a direitos fundamentais, impondo que toda intervenção estatal, na esfera desses direitos, dê-se por necessidade, de forma adequada e na justa medida, objetivando a máxima eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes. (BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade*, p. 95). Assim, o princípio da proporcionalidade pode ser invocado para garantir o indivíduo contra os excessos na atuação dos órgãos detentores do poder, buscando encontrar uma medida adequada, necessária e justa, fazendo atuar certa regra ou prevalecer determinado princípio de maneira equilibrada.

parte a “*ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los*”,⁶⁰⁹ o que, conforme Ramos, também é próprio do sistema acusatório, tanto que foi o princípio mais ferido pelo sistema inquisitório.⁶¹⁰

O contraditório tem, como elementos, a necessidade de informação e a possibilidade de reação, devendo, na esfera penal, segundo Fernandes, ser pleno, “porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até o seu encerramento”, e efetivo, “porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhe os meios para que tenha condições reais de contrariá-los”.⁶¹¹

É o contraditório, pois, que assegura o direito de dizer e contradizer, ou seja, as oportunidades de uso da linguagem, em que podem ser exploradas todas as suas funções, razão pela qual abrange todos os atos capazes de influir na formação do convencimento do julgador (produção de provas e alegações),⁶¹²

⁶⁰⁹ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*, p. 82.

⁶¹⁰ RAMOS, João Gualberto Garcez. *A audiência processual penal*, p. 73 e 91. A garantia do contraditório no processo penal passou a integrar a Constituição brasileira de 1937, tendo sido mantido nas constituições posteriores, estando consagrado, também, no art. 5º, LV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que declara que, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

⁶¹¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*, p. 58.

⁶¹² A garantia do contraditório, segundo a posição amplamente majoritária, alcança somente a fase do processo penal, resultando excluída a fase investigatória, isso porque, segundo Ramos, o inciso LV do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil “fala em litigantes e em acusados”, não estando a litigar o indiciado em inquérito policial. (RAMOS, João Gualberto Garcez. *A audiência processual penal*, p. 146). No entanto, em face das inúmeras dúvidas que pairam sobre a figura do indiciamento, e reinando a mais absoluta incerteza, em inequívoco detrimento da situação jurídica do indiciado, do seu *status libertatis* e da sua própria dignidade pessoal, além de serem graves os prejuízos para sua defesa, sobretudo quando comparece diante da autoridade policial na condição de testemunha, quando deveria fazê-la na condição de imputado, Lopes Júnior propõe que devamos “caminhar para uma maior eficácia do contraditório e do direito de defesa previstos no art. 5º, LV, da Constituição”, ou seja, no sentido “de um contraditório mínimo, que de forma concreta garantisse a comunicação e a participação do sujeito ativo em determinados atos”, como, por exemplo, a comunicação imediata da existência de uma imputação, quando existirem indícios de autoria; como o direito ao silêncio e de solicitar diligências; a duração do segredo interno; a produção antecipada de provas e provas técnicas irrepetíveis; a fase intermediária contraditória e o valor probatório limitado dos atos de investigação e exclusão de peças. (LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, p. 273-274). A inquisitorialidade não afasta o interesse do indiciado pelo exercício do direito de defesa durante o inquérito policial, porquanto, segundo Almeida, “seu interesse, ali, consiste, ao menos, em demonstrar que não deve ser denunciado”. Além disso, se “o inquérito policial se destina a servir de base à denúncia ou queixa, a servir de fundamento a um despacho judicial de que resulta para o indiciado o mal do processo”, não se admite, por ser “contrário a qualquer senso de justiça”, o afastamento do indiciado do inquérito policial “como se nada tivesse ele a ver com sua própria liberdade”. (ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*, p. 214 e 217). De qualquer forma, conforme assevera Fernandes, a inexigência ou inexistência de contraditório durante a atividade investigativa não prejudica a

devendo ser observado em todo o processo e alcançando tanto o acusado quanto o Ministério Público e o querelante.⁶¹³

1.4.3 A garantia da publicidade

A garantia da publicidade é outro desdobramento importante do devido e justo processo legal, que, no dizer de Cerqueira, compreende a “divulgação dos atos e conteúdo de um processo criminal”.⁶¹⁴ Não é por nada que, conforme ressalta Ramos, o sistema inquisitório tratou de eliminar a publicidade do processo, restringindo-a a níveis comparáveis ao segredo, podendo-se dizer que a característica externa mais importante do sistema acusatório é a sua publicidade.⁶¹⁵

prática de atos pela defesa, no resguardo de relevantes interesses do suspeito, “como o requerimento de diligências, o pedido de liberdade provisória, o relaxamento do flagrante, a impetração do *habeas corpus*”. (FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*, p. 64-65). Assim, não se faz obrigatória a cientificação dos atos a serem realizados no curso das investigações policiais, nada impedindo, no entanto, que a autoridade investigante cientifique ou permita a participação do suspeito ou indiciado ou do seu advogado em determinados atos da investigação, desde que não haja prejuízo à investigação, como a inquirição de testemunhas e a realização de perícias. Diversas medidas cautelares e também perícias são, em regra, determinadas durante a investigação sem a audiência do suspeito ou do indiciado e sem a participação de advogado, dando-se a oportunidade ao acusado de, posteriormente, no processo, contestar a providência cautelar ou de combater a prova pericial realizada no inquérito. Trata-se do contraditório postergado, que é possível porque o princípio constitucional não define o momento em que deve o acusado ser cientificado do ato e quando deve a ele contradizer o ato.

⁶¹³ Não se pode invocar a norma constitucional do art. 5º, LV, da Constituição da República Federativa do Brasil, que fez referência expressa somente aos acusados, para sustentar a afirmação de que o contraditório não é devido ao Ministério Público e ao querelante, pois, ao exigir-se o contraditório em relação a estes, está-se garantindo também o indivíduo, dando-se a todos a certeza de um julgamento imparcial, devendo-se ter em mente que a instituição do Ministério Público surgiu, justamente, para que, mediante um processo acusatório, fosse superado o período inquisitorial, quando, nas mãos de uma só pessoa, reuniam-se as funções de acusar e julgar. Ao tempo em que o contraditório põe uma parte em confronto com a outra, exigindo que tenha ela ciência dos atos da parte contrária, com possibilidade de contrariá-los, coloca as duas partes em posições de similitude perante o Estado e, no processo, perante o juiz, não se confundindo essa igualdade com o contraditório, nem o abrangendo, apenas com ele se relacionando, pois, ao garantir-se a ambos os contendores o contraditório, também se lhes assegura tratamento igualitário. Eventual tratamento diferenciado relacionado aos deveres e poderes das partes diante de um ato judicial deve ser analisado à luz do princípio da igualdade e não à luz do princípio do contraditório. Assim, se, diante de uma decisão, é assegurada só ao réu a oportunidade de recurso, sem idêntica possibilidade ao Ministério Público, o problema não é de ofensa ao contraditório, mas ao princípio da isonomia processual.

⁶¹⁴ CERQUEIRA, Josemar Dias. O princípio da publicidade no processo penal brasileiro, p. 389 e 390. Cerqueira diz, também, que a publicidade é tão antiga quanto a atividade jurisdicional, tanto que, na Grécia, o tribunal se chamava Helión, porque realizava suas sessões na praça pública e sob a luz do sol. (CERQUEIRA, Josemar Dias. O princípio da publicidade no processo penal brasileiro, p. 390).

⁶¹⁵ RAMOS, João Gualberto Garcez. *A audiência processual penal*, p. 72 e 90.

Como reação aos processos secretos, a publicidade⁶¹⁶ assegura uma maior visibilidade no uso da linguagem, ou seja, segundo Fernandes, a “transparência da atividade jurisdicional”, permitindo que esta seja fiscalizada pelas partes e pela própria comunidade, evitando-se, assim, “excessos ou arbitrariedades no desenrolar da causa”.⁶¹⁷

A publicidade no processo penal pode ser plena, popular ou geral, quando os atos do processo estão abertos a todo o público, ou restrita, especial, mediata, interna ou para as partes, quando há limitação à publicidade dos atos do processo.⁶¹⁸

1.4.4 A garantia da verificação e da refutação fática

O que dizem a acusação e a defesa está sujeito à verificação probatória assim como à refutação recíprocas, razão pela qual o julgamento deve ser motivado nas provas. Tanto uma linguagem quanto a outra busca uma proximidade com a realidade, sendo as provas o meio utilizado para essa aproximação, isso porque, no dizer de Malatesta, são por meio delas que a

⁶¹⁶ No ordenamento jurídico penal brasileiro, esse princípio era tratado antes apenas no art. 792 do Código de Processo Penal, embora essa garantia já estivesse incorporada à cultura do processo brasileiro. Na atual Constituição da República Federativa do Brasil, a publicidade está prevista no seu art. 5º, LX, que dispõe que “a lei só pode restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”, e no seu art. 93, IX, segundo o qual “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, [...], podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”.

⁶¹⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*, p. 67-68.

⁶¹⁸ Constitucionalmente, a publicidade é, em regra, plena, admitindo-se, excepcionalmente, exceções relativas à defesa da intimidade e ao interesse social e, por força do artigo 792, § 1º, do Código de Processo Penal brasileiro, para evitar-se o escândalo e inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem. De qualquer forma, em face da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, prevista no inciso X do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, não se admite a publicidade desnecessária e sensacionalista no processo penal, ou seja, aquela que, no dizer de Fernandes, “expõe demasiadamente os protagonistas da cena processual ao público em geral e causa constrangimento ao acusado, à vítima e às testemunhas”, ocorrendo, quase sempre, pela televisão ou pelo rádio (FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*, p. 68). Restringe-se, no entanto, a publicidade dos atos realizados na fase investigatória, segundo a regra do artigo 20 do Código de Processo Penal brasileiro, e a divulgação de dados relativos à vítima e de testemunhas, sobretudo àquelas incluídas no programa de proteção a vítimas e testemunhas (Lei nº 9.807/99). Também está assegurado o sigilo das votações do tribunal do júri (art. 5º, XXXVIII, b, da Constituição da República Federativa do Brasil), a fim de preservar os jurados, que podem sentir-se intimidados e perder a imparcialidade, assim como, também, não podem ser divulgadas as gravações e as transcrições obtidas com base em interceptações telefônicas (art. 8º, *caput*, Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996).

verdade atinge o espírito. Essa aproximação pode ocorrer tanto pela simples credibilidade quanto pela probabilidade ou, ainda, pela certeza, em face do que se pode dizer que “a prova estabelece a relação concreta entre a verdade e o espírito humano nas suas especiais determinações de credibilidade, probabilidade e certeza”. Enquanto a credibilidade está relacionada com “a percepção de um objeto, como possibilidade de realidade já explicada” ou, simplesmente, como “realidade possível”, a probabilidade está relacionada com a percepção dos “motivos convergentes e divergentes”, os quais são julgados “todos dignos de serem levados em conta, se bem que mais os primeiros e menos os segundos”; por fim, tendo-se a verdade como “a conformidade da noção ideológica com a realidade”, a certeza “é a crença na percepção desta conformidade”, sendo, por isso, por sua natureza, assim como a probabilidade, subjetiva.⁶¹⁹

Tendo o processo penal, por objeto, um caso penal pretérito, pode-se dizer, na esteira de Malatesta, que a verdade somente pode ser perseguida pela via mediata, ou seja, por meio de “um fato físico que nos conduz ao conhecimento de um outro fato, físico ou moral”, sendo a prova, portanto, esse “fato que nos conduz ao conhecimento de um outro não diretamente percebido”.⁶²⁰

Entre as modalidades de provas admitidas no processo penal estão as testemunhais, as periciais e as documentais, as quais, segundo Malatesta, podem ser diretas quando se referem ao delito mesmo “em um dos seus mínimos elementos ou quando se constituem em um dos elementos do delito”, ou indiretas, quando, ao contrário, referem-se “a *uma coisa diversa do delito*, da qual, por um esforço da razão se passa ao delito, referindo-se, assim, a este *mediatamente*”, podendo “consistir diretamente nessa coisa diversa”. Constituem provas indiretas as presunções, que são afirmações da ligação ordinária de uma qualidade a um sujeito homem ou a um sujeito coisa, e os indícios, que são argumentos probatórios indiretos que deduzem o desconhecido do conhecido por meio da relação de causalidade.⁶²¹

⁶¹⁹ MALATESTA, Nicola Framarino Del. *A lógica das provas em matéria criminal*, v.1, p. 21, 57, 61, 67, 68 e 87.

⁶²⁰ MALATESTA, N. F. Del. *Op. Cit.* p. 27.

⁶²¹ MALATESTA, N. F. Del. *Idem*, p. 154, e v. II, p. 210 e 216.

Muito se tem dito, conforme acentua Coutinho, sobre o princípio da verdade material, remetendo, assim ao estudo do processo como “reconstrução de um fato pretérito”, fato este que é histórico, que “traduz uma verdade histórica e, assim, reconhecível”,⁶²² sendo as provas, pois, o meio encontrado para essa reconstrução, pois, segundo Carnelutti, correspondem aos “*objetos mediante os quais o juiz obtém as experiências que lhe servem para julgar*”.⁶²³

Se a posição majoritária concebe a prova como o meio para alcançar a verdade, sabe-se, todavia, que esta é inalcançável, pois, conforme Coutinho, “a verdade está no todo”, não podendo este, no entanto, ser apreendido pelo homem, que pode conhecer, apenas, algumas das suas partes, assim como somente é possível perceber algumas faces de um polígono, uma vez que as demais, que embora dele façam parte, ficam na penumbra, não sendo percebidas, de modo a não se poder conceber essa figura apenas pelas partes percebidas.⁶²⁴ A propósito, ao discorrer sobre a validade da reconstrução fática, Hulsman faz questão de ressaltar que “o cardápio não é a refeição”, assim como “o mapa não é o território”, porquanto “um evento que é o objeto de um discurso ou de qualquer tipo de processo de tomada de decisão é sempre reconstruído”, não sendo a reconstrução “nunca idêntica ao evento”, sendo “válida somente se for baseada nos significados dos atores principais do mundo vivo”.⁶²⁵ Por outro lado, diante da impossibilidade de se alcançar a verdade material ou real, é válida a crítica de Coutinho, escorada em Carnelutti, à tese da verdade formal ou processual, pois, “a verdade, se assim o é, há de ser, ou melhor, é uma só; e aquela dita formal, por evidente, em sendo um mero reflexo no espelho, ‘não é verdade’”.⁶²⁶

Conforme o princípio do ônus da prova ou da verificação, segundo Ferrajoli, a acusação deve estar fundada em provas, pois *nulla accusatio sine probatione*, garantia esta que inclui a possibilidade da contraprova ou da refutação e a

⁶²² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro, p. 130.

⁶²³ CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*, v.1, p. 275.

⁶²⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro, p. 132.

⁶²⁵ HULSMAN, Louk. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal, p. 195.

⁶²⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro, p. 131.

motivação da decisão com base nas provas.⁶²⁷ Cabe ao juiz, pois, no dizer de Fernandes, “garantir às partes a plenitude do direito à prova” e “determinar de ofício a efetivação da prova relevante”. Esse direito compreende, também, a igualdade de oportunidades de pleitear a produção de provas, a inexistência de disparidade de critérios de deferimento ou indeferimento das provas pelo órgão judicial e a igualdade, para as partes, de possibilidade de participar dos atos probatórios e de pronunciar-se sobre os resultados. De forma mais detalhada, isso compreende o direito a que o juiz decida sobre o pedido de produção da prova; que, uma vez deferida, seja esta realizada, tomando-se todas as providências necessárias para a sua produção, com a participação das partes, o que deve ser feito em contraditório e com a participação do juiz; e, por fim, que, uma vez realizada a prova, possam as partes manifestar-se a seu respeito, sendo essa manifestação objeto de apreciação pelo julgador. Em meio a isso tudo, deve-se frisar que são inadmissíveis as provas ilícitas, isto é, as obtidas mediante violação de qualquer vedação constante do ordenamento jurídico, ou seja, as que ofendam tanto as normas constitucionais quanto as normas infraconstitucionais substanciais e processuais.⁶²⁸

§2º. As relações processuais penais

As relações processuais penais, ou seja, as participações dos personagens no processo penal, encerram as oportunidades de uso da linguagem, ocorrendo, diferentemente, conforme sejam os sistemas processuais adotados, sendo mais evidentes nos sistemas acusatório e misto. Não obstante a ideia de relação jurídica envolva, sobretudo, o autor, o réu e o juiz, para Fernandes, permanece sem a devida explicação e realce a participação de outros protagonistas da cena processual, que também colaboram para a prestação do ato jurisdicional, entre os quais estão as vítimas e testemunhas e os peritos, os quais também são

⁶²⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 75 e 119.

⁶²⁸ A vedação das provas ilícitas está prevista no art. 5º, LVI, da Constituição da República Federativa do Brasil, estabelecendo o art. 157 do Código de Processo Penal brasileiro que são consideradas ilícitas “as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

importantes e necessários, pois influenciam e legitimam a decisão judicial perante toda a comunidade.⁶²⁹

A ideia de relação processual remete à visão carneluttiana, segundo a qual “o sistema de relações do processo se desenrola em duas grandes diretrizes, às quais podem convir os antigos nomes de *ação* e de *jurisdição*”. Enquanto “a ação é essencialmente o desenvolvimento de um interesse”, a jurisdição denota “o resultado para o qual tende o juízo, que é o *ius dicere* do *iudex*, ou seja, sua resposta às perguntas das partes”.⁶³⁰ Essas duas direções serão objetos dos itens seguintes.

⁶²⁹ FERNANDES, A. S. *Op. Cit.* p. 36-38. Contestando a existência das relações processuais, Goldschmidt constrói a sua teoria da situação jurídica, não concebendo a prática de atos destinados a um mesmo fim como relação jurídica, pois “a faculdade de *produzir* uma consequência jurídica não constitui a característica de uma relação jurídica, mas apenas de um tipo legal”. Essa teoria é construída a partir da dupla natureza das normas jurídicas – imperativo dirigido aos cidadãos e imperativo dirigido ao juiz – de modo que os laços processuais das partes decorrem da concepção de que as normas jurídicas são medidas para o juiz, ou seja, “são *expectativas* de uma sentença favorável ou *perspectivas* de uma sentença desfavorável”. Assim, como a sentença é precedida do processo, “as expectativas de uma sentença *favorável* dependem, *geralmente*, de um ato processual anterior da parte interessada, a qual obtém êxito” e, ao contrário, “as expectativas de uma sentença *desfavorável* dependem *sempre* da omissão de tal ato processual pela parte interessada”. Dessa forma, “a parte que se encontrar na situação de produzir por um ato uma vantagem processual tem uma *possibilidade* ou *ocasião* ou *oportunidade* processual”, já, “quando a parte tiver de praticar um ato para evitar uma desvantagem processual, em última análise, para a uma sentença desfavorável, lhe incumbe uma *obrigação* processual”. Os direitos ou as obrigações processuais, para Goldschmidt, dependem de prova que, por sua vez, é obtida de um ato processual. Assim, “todas as categorias processuais estabelecidas anteriormente representam situações jurídicas, o que quer dizer *estado de uma pessoa com respeito ao seu direito sob o ponto de vista da sentença judicial que se espera com fundamento nas leis*”. Por sua vez “as situações processuais se formam pelos atos processuais”, sendo estes “definidos como *aqueles atos das partes ou do juiz que constituem, modificam ou extinguem expectativas, possibilidades ou obrigações processuais ou a dispensa de obrigações processuais*”. Esses atos processuais podem ser “de obtenção”, quando “têm o fim imediato de levar um fato à evidência”, como, por exemplo, petições, afirmações, contribuições de prova etc., ou “de causação”, que compreendem todos os demais atos das partes, como as declarações unilaterais de vontade, os atos reais etc. Essa noção de situação jurídica é transportada por Goldschmidt para o âmbito do processo penal, quando diz que “o assinalamento de condenação e de execução da pena não enlaça um tipo material, ou seja, o fato punível, mas um resultado processual, isto é, a prova desse fato”, de modo que “a obrigação que se impõe pela ameaça penal é a necessidade de um fazer, como o é a característica de uma obrigação processual, ou seja, evitar as desvantagens processuais da condenação e da execução”, ressaltando que, para esse fim, a omissão do fato punível não é nem *necessária*, “porque também o culpado pode conseguir evitar sua condenação”, nem *suficiente*, “porque também um inocente pode chegar a ser a vítima de uma condenação”, uma vez que, “os assinalamentos de pena impõem uma obrigação de *defesa*”. (GOLDSCHMIDT, James. *Princípios de direito processual penal*, p. 49-52 e 54-55).

⁶³⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*, v. 2, p. 18 e 19. A produção do direito, no dizer de Carnelutti, ocorre tanto como atividade legislativa e administrativa quando como atividade judicial ou processual, de modo que, “enquanto no campo legislativo o direito se produz *super partes* e no campo administrativo *inter partes*, no processo verifica-se uma mediação entre esses dois extremos”, razão pela qual “operam nele, conjuntamente, a jurisdição e a ação, as quais, pelo contrário, na atividade legislativa ou administrativa não estão em absoluto combinadas”, porquanto, se, “na primeira não há ação, ou seja, não há partes; na segunda há somente ação, ou seja, só há partes”. No processo, contudo, procura-se enfatizar a combinação entre a ação (das partes) com a jurisdição (do juiz). Essa relação entre a ação e a jurisdição é

2.1 A ação penal

A *ação penal* é conceituada, genericamente, por Carnelutti, como “um direito subjetivo público (cívico), que pertence à parte não em relação a seu adversário senão em face do juiz”, correspondendo a esse direito “o dever do juiz de fazer o necessário para pronunciar sobre a demanda que se lhe propõe uma sentença justa”. É necessário não perder de vista, no entanto, que “o estudo da relação jurídica processual começou a pôr em relevo tanto o lado ativo como o lado passivo” da ação, deixando evidenciado que, no processo, existem tanto direitos quanto obrigações processuais, de modo que “a ação entendida como atividade da parte no processo, não se resolve num só e isolado direito, ao qual corresponde um só e isolado dever, mas num grande número de relações, as quais devem ser cuidadosamente separadas umas das outras”. Assim, a palavra *ação* é empregada para “indicar todo o conjunto das relações que se opõem à jurisdição”, razão pela qual reconhece que ela designa “todas as relações jurídicas, ativas ou passivas, constituídas para garantir ao juiz a provisão de razões e de provas de que tem necessidade”. Em outras palavras, pertencem ao gênero ação penal tanto as atividades da persecução criminal quanto as da defesa, não se restringindo a ação penal, apenas, ao seu início, pois, embora a iniciativa da acusação seja “necessária a fim de que o processo se inicie e a fim de que assim se exerça a jurisdição de primeiro grau, não é necessária para que o processo chegue até a apelação e assim a fim de que a jurisdição se exerça num grau ulterior”,⁶³¹ de modo que a defesa também pode ter a iniciativa da ação no

cronológica, etiológica, teleológica e circular, isso porque, se “as partes operam antes do juiz”, podendo-se dizer que enquanto a ação é um *prius*, a jurisdição é um *posterius* (relação cronológica); por outro lado, se “o juiz age porque as partes agiram”, é possível dizer que “o caráter da sentença é o de ser uma resposta a uma proposta”, de modo que “a ação é, pois, uma *causa*, e a jurisdição um *efeito*” (relação etiológica); ainda, “se o juiz fala porque as partes falaram, as partes falam *a fim de que* o juiz responda”, de modo que “a ação é um *meio* e a jurisdição um *fim*” (relação teleológica); por fim, percebe-se que “a atividade procede como ação das partes ao juiz e retrocede do juiz às partes como jurisdição” (relação circular). (CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*, v.2, p. 21).

⁶³¹ CARNELUTTI, F. *Op. Cit.* p. 23, 24, 29 e 31-32. Para Leone, pode-se “falar de *pluralidade da ação penal*”, de modo que, “além da ação penal principal do Ministério Público dirigida a obter a decisão do juiz acerca de uma *notitia criminis*, existem outros casos em que o poder de pedir ao juiz a decisão é reconhecido também a sujeitos distintos do Ministério Público”. Essa possibilidade, obviamente, “se dirige a obter a

segundo grau de jurisdição. Distinguem-se, nos subitens seguintes, as atividades relacionadas à persecução criminal e as relacionadas à defesa.

2.1.1 A persecução penal

A *persecução penal* compreende as relações jurídicas ativas da ação penal, ou seja, as atividades que, inseridas no âmbito do direito de punir do Estado, destinam-se a satisfazer a sua pretensão punitiva diante do fato concreto, uma vez que, segundo Romeiro, ao descrever os tipos penais, cominar as penas e definir os institutos afins, a lei penal cria o direito objetivo, atribuindo ao Estado o direito subjetivo de punir os possíveis transgressores da lei penal, “impondo, por essa forma, a obediência, o respeito à lei penal”. No entanto, esse direito de punir, inicialmente abstrato e indistinto, pois visa aos possíveis infratores da lei penal, modifica-se em relação aos seus reais infratores, transformando-se num direito concreto, atual e efetivo de punir; direito este que passa a ser denominado *pretensão punitiva*, definida por Massari “como o direito subjetivo à aplicação da sanção, quando se verifica a infração do preceito penal”.⁶³² Isso significa dizer que, uma vez praticado o fato tido como delituoso, o direito de punir do Estado, antes abstrato, hipotético e potencial, passa a ter existência concreta e efetiva, tornando imperativa sua persecução por parte da sociedade (*persecutio criminis*) a fim de ser submetido o agente à pena prevista em lei. Assim, segundo Marques, “a pretensão punitiva decorre do direito concreto de punir que surge para o Estado após a prática do delito”, sendo, pois, “a exigência de que o *jus puniendi* do Estado prevaleça sobre o direito de liberdade do autor da infração penal, com a sujeição deste à pena cabível na espécie”.⁶³³

A ação penal tem, pois, o propósito de satisfazer a pretensão punitiva do Estado, razão pela qual, conforme Romero, esta é o objeto daquela, que, por sua

decisão, não acerca da *notitia criminis*, senão acerca de um objeto diferente, como, por exemplo, as ações de extradição e as ações constitutivas, entre as quais se pode mencionar a ação de reabilitação e de aplicação de lei superveniente ab-rogativa, assim como as ações de *habeas corpus* e os mandados de segurança em matéria criminal. (LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*, t. I, p. 150 e 151).

⁶³² ROMEIRO, Jorge Alberto. *Da ação penal*, p. 3.

⁶³³ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v.I, p. 128.

vez, é o meio que visa fazer com que a pretensão de punição se torne realidade.⁶³⁴

É somente com a propositura da ação, segundo Marques, que se torna possível a instauração do processo penal, devendo aquela ser “precedida de uma fase de pesquisas, ou *informatio delicti*, em que se colhem os dados necessários para ser pedida a imposição da pena”. Dessa forma, “a *persecutio criminis* apresenta dois momentos distintos: o da *investigação* e o da *ação penal*”,⁶³⁵ ou, em outros termos, uma fase preparatória ou preliminar, denominada instrução ou investigação preliminar, e outra judicial, denominada acusação ou, também, *persecutio criminis in iudicio*; fases estas não necessariamente interdependentes e, não raras vezes, confundidas com a ação penal, embora sejam somente partes desta.

A) A *instrução ou investigação preliminar*,⁶³⁶ embora dispensável, constitui-se numa importante etapa da persecução criminal, sendo definida por Lopes Júnior como o conjunto de atividades realizadas, concatenadamente, de ofício ou a partir de uma notícia de crime, por órgãos do Estado, com caráter preliminar e preparatório da relação processual penal, que tem por objetivo identificar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente típico, para justificar o exercício da ação penal ou a não instauração do processo (arquivamento da investigação).⁶³⁷

⁶³⁴ ROMEIRO, Jorge Alberto. *Da ação penal*, p. 6. A propósito da noção de “pretensão punitiva” e de sua relação com a “ação penal”, Florian diz que “a ação penal seria o meio de fazer valer a pretensão punitiva (o doteito de castigar)”, ressaltando, no entanto, que o seu conceito não está claro, uma vez que se pode entender que esta seja “um momento intermediário entre o direito abstrato de castigar do Estado e o concreto, que resulta declarado na sentença”, o que significa dizer que a noção de pretensão punitiva se confunde com “o direito subjetivo de castigar em potencial, que se dirige contra determinada pessoa para obter a condenação”, razão pela qual lhe parece “que o conceito é aqui inútil e que serve para complicar”, até mesmo porque “a locução se presta ao equívoco por não se poder considerar como pretensão o direito que o Estado faz valer sem ter em frente um adversário”.

⁶³⁵ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v.I, p. 128.

⁶³⁶ Lopes Júnior informa que, no Brasil, a terminologia mais utilizada é “inquérito policial”; na Itália, usa-se o termo “*indagine preliminare*”; em Portugal, emprega-se o termo “inquérito preliminar”; na Alemanha, usa-se “*vorverfahren* e *ermittlungswverfahren*” (procedimento preparatório ou fase de averiguação); na França, “*l’enquete preliminaire* e *l’instruction*”; na Inglaterra, “*prosecution*” e “*preliminary inquiry*”; na Espanha, “*sumario*”, “*diligencias previas*” e “*instrucción complementaria*”; e, no Código Modelo, *procedimento preparatório* (LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, p. 33).

⁶³⁷ LOPES JÚNIOR, A. *Op. Cit.* p. 36. Mariconde afirma ser essa uma “*atividade destinada a reunir os elementos úteis para justificar ou não o julgamento em plenário*” (MARICONDE, Alfredo Vélez. *Derecho procesal penal*, t. 1, p. 384), servindo, no dizer de Florian, “para determinar se se cometeu um delito, identificar o seu autor e os partícipes e decidir se existem elementos suficientes para o juízo, ou se deve impronunciar”, isto é, arquivar o caso. (FLORIAN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*, p. 228). O

É, pois, uma atividade caracterizada como um procedimento administrativo pré-processual, por compreender atos de natureza, predominantemente, administrativa, uma vez que realizados, sobretudo, pela Polícia judiciária,⁶³⁸ órgão

caráter preparatório e informativo da investigação, segundo Marques, decorre do seu objetivo, que é o de “levar aos órgãos da ação penal os elementos necessários para a dedução da pretensão punitiva em juízo”. (MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v. I, p. 139).

⁶³⁸ É importante ter em mente que a investigação ou instrução preliminar é uma atividade, em regra a cargo da polícia judiciária, mas que não se confunde com esta, uma vez que, como diz Florian, “a polícia judiciária está composta por determinados funcionários do Estado que realizam uma quádrupla função”, ou seja, a “investigação dos delitos”; o “descobrimento e apreensão dos autores”; a “busca de toda classe de dados e de provas dos delitos e sua entrega à justiça”; e, por fim, “o impedimento na continuação da execução dos delitos”. (FLORIAN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*, p. 237). A função policial que, segundo Carnelutti, insere-se na função administrativa, visa “promover as condições materiais favoráveis à ordem social”, de modo que, se “o delito é uma desordem, compreende-se que a polícia participe da luta contra ela”, sendo, por isso, chamada de “*polícia criminal*”, e “como a luta contra o delito culmina no juízo penal, entende-se que, quando assim participa do juízo, a polícia tome também o nome de *polícia judiciária*”. (CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*, v.1, p. 249). Essa função também é reconhecida por Mariconde ao sustentar que a polícia judiciária deve “reprimir fatos acontecidos”, isto é, a que se aplique a lei penal em relação aos infratores, a que se administre a justiça penal mediante a aplicação do direito que se presume violado”, sendo, portanto, “uma *atividade repressiva* que se cumpre quando se presume já cometido um fato delituoso, dentro de uma órbita jurídica precisa (*nullum crimen nulla pena sine lege*) e com observância às normas rígidas da lei processual”. (MARICONDE, Alfredo Vélez. *Derecho procesal penal*, t.1, p. 262 e 263). Ao tentar caracterizar a polícia judiciária, Meirelles diz ser essa “a que o Estado exerce sobre as pessoas sujeitas à sua jurisdição, através do Poder Judiciário e dos órgãos auxiliares, para a repressão dos crimes e contravenções tipificadas nas leis penais”, sendo, por isso, uma polícia “eminentemente repressiva, pois só atua após o cometimento dos delitos e visa precipuamente, a identificação dos criminosos e de sua condenação penal”. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Polícia de manutenção da ordem pública e suas atribuições*, p. 91). É fácil perceber, pois, que “investigação” ou “instrução” preliminar não se confunde com “polícia judiciária”, pois aquela é apenas uma das atribuições desta, que é uma atividade que se caracteriza, sobretudo, pelo emprego da força, fazendo Bayley questão de anotar que a palavra “polícia”, a despeito de todos os seus significados, refere-se “a pessoas autorizadas por um grupo para regular as relações interpessoais dentro deste grupo através da aplicação da força física”. (BAYLEY, David. *Padrões de policiamento*, p. 20). A polícia judiciária seria, pois, o uso da força em proveito da persecução criminal. Nem sempre a investigação preliminar necessita do emprego da força, daí porque deve ficar claro que a polícia judiciária realiza uma série de atividades, entre elas a investigação, não se confundindo, pois, esta com aquela. Quando envolver o emprego de força, cabe a ela, por se tratar de uma atividade eminentemente policial, a sua realização. As disposições constitucionais e legais conferem a atividade de investigação ou instrução preliminar à polícia judiciária (regularmente às Polícias Federal, Polícias Civis estaduais e às autoridades militares e policiais militares, estas em relação às condutas típicas militares), conforme se extrai das regras do art. 144, § 1º, I e IV, § 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil, e dos arts. 4º e 6º do Código de Processo Penal brasileiro e do art. 7º do Código de Processo Penal Militar brasileiro. Não se pode, por isso, negar que a atividade investigativa ou de instrução preliminar é uma atividade de polícia judiciária, embora a Constituição da República Federativa do Brasil, ao mencionar, no artigo 144, as atribuições da Polícia Federal e da Polícia Civil, fê-lo, separadamente, no que diz respeito às atividades de polícia judiciária e de investigação criminal. Assim, cabe à Polícia Federal, “apurar infrações penais” (inciso I do § 1º do art. 144 da Constituição da República Federativa do Brasil) e “exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União” (inciso IV do mesmo artigo). A investigação é uma atividade, segundo o Código de Processo Penal brasileiro (art. 4º) a ser exercida pela polícia judiciária, sem prejuízo das atividades investigativas a serem realizadas a outras autoridades administrativas a quem por lei seja cometida a mesma função (parágrafo único do citado art. 4º), enquanto que a polícia judiciária da União é atividade exclusiva da Polícia Federal. Em outras palavras, a atividade investigativa será realizada pela Polícia Judiciária, como parte integrante das suas diversas funções. Essa separação entre a atividade de investigação preliminar e a de Polícia Judiciária se aplica, também, às Polícias Civis, conforme dispõe o § 4º do art. 144 da Constituição da República Federativa

da estrutura administrativa do Poder Executivo, embora não se exclua, no âmbito desse procedimento, a possibilidade de uma intervenção de órgãos jurisdicionais, como, por exemplo, na decretação de medida restritiva de direitos fundamentais.⁶³⁹

A instrução ou investigação preliminar também se caracteriza por sua autonomia, que é evidenciada, segundo Lopes Júnior, nos casos em que não é necessária para o início do processo, como ocorre, por exemplo, no sistema processual brasileiro, com o inquérito policial; ou nos casos em que a investigação preliminar não dá origem a um processo penal, como o arquivamento; ou, ainda, porque tem sujeitos, objetos e atos próprios. O sujeito ativo da investigação é o investigador, principal protagonista da investigação, sendo ausente o sujeito passivo. O objeto da investigação é a notícia de um fato aparentemente típico. Os atos, por fim, obedecem a forma rígida da escritura, praticados em segredo, sem a observância do contraditório.⁶⁴⁰

Por fim, esclarece Lopes Júnior, a investigação ou instrução preliminar tem, também, um caráter instrumental, pois visam obter elementos necessários para o

do Brasil, no qual aparece, também, claramente tal distinção, ao ser mencionado que “às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”. Em sede de exclusividade, fica claro concluir que o legislador constituinte estabeleceu-a somente em relação à polícia judiciária da União, que cabe à Polícia Federal (inciso IV), não alcançando a atividade investigativa, porquanto esta foi disciplinada em outro inciso (inciso I). No que tange às Polícias Cíveis, não lhe foi atribuída exclusividade nem mesmo no que concerne à Polícia Judiciária, podendo esta ser exercida por outros órgãos. Assim, não está excluída a possibilidade de que outros órgãos possam realizar a investigação ou a instrução preliminar, tanto que a apuração de infrações penais, a despeito do art. 58, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil, pode ser realizada, também, pelas comissões parlamentares de inquérito. Entre outros, pode-se dizer, também, que os órgãos fazendários, na sua atividade fiscalizatória, realizam investigações ou instruções preliminares sobre a prática de condutas típicas contra a ordem tributária, assim como os tribunais de contas, no que diz respeito às condutas típicas relacionadas à administração pública, os órgãos ambientais, no que diz respeito às condutas ao meio ambiente, aos órgãos de defesa do consumidor, no que está relacionado com as condutas que afrontam o consumo, a vigilância sanitária, referente aos casos de saúde pública, o instituto nacional de produção industrial, no que concerne às condutas que afetam a propriedade intelectual e industrial, e os órgãos da infância e da juventude, no que diz respeito às condutas que afetam as crianças e os adolescentes.

⁶³⁹ Como há modelos organizacionais em que o Ministério Público pertence ao Poder Judiciário, como é o caso da Itália e de Portugal, ou em que é o próprio Poder Judiciário que realiza a investigação ou instrução preliminar, como é o caso da Espanha, Lopes Júnior esclarece que essa atividade pode ter a natureza judicial pré-processual, embora não jurisdicional. Essas possibilidades, contudo, não transformam a instrução preliminar em processual, nem essa adquire o *status* de procedimento jurisdicional, uma vez que o juiz instrutor não pode condenar ou absolver, pois inexistem, entre outros, o exercício de uma pretensão, partes contrapostas, contraditório, decisão e coisa julgada. (LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, p. 38-40).

⁶⁴⁰ LOPES JÚNIOR, A. *Op. Cit.* p. 41.

exercício da pretensão acusatória, ou seja, como o processo penal também é um instrumento, “a investigação preliminar é um verdadeiro *instrumento a serviço do instrumento-processo*”.⁶⁴¹

B) A *acusação penal*, por sua vez, é a dedução, de forma arrazoada, da pretensão punitiva em juízo, estando relacionada com a dimensão ativa da ação penal, isso porque é na acusação que a pretensão punitiva se desenvolve, em que, segundo Carnelutti, agregam-se as razões às exigências de castigo de uma determinada pessoa, sendo a “acusação”, portanto, a palavra mais apropriada para se contrapor àquela que designa a atividade oposta, isto é a “defesa”. Ressalta, ainda, que a acusação “é a *proposta* ou o *projeto de um juízo*, e assim um juízo dirigido a determinar o juízo alheio”, de modo que “o acusador faz aquilo que faz o juiz para julgar, mas não com o mesmo fim”, pois propõe um juízo e o juiz o pronuncia.⁶⁴² É por isso que os elementos investigativos ou peças informativas, quando em juízo, deverão ficar à disposição da acusação para análise acerca da propositura ou não da ação penal.

Enquanto, segundo Manzini, a acusação é uma atuação destinada a “obter do juiz a decisão sobre a realizabilidade da pretensão punitiva do Estado derivada de um fato que a lei prevê como delito”, o acusador “é o sujeito que intervém na relação processual penal, para propôr a pretensão punitiva derivada do delito”, isto é, é “o que promove e exercita a ação penal”.⁶⁴³

A acusação, no dizer de Florian, serve tanto para delimitar os objetos fundamentais e acessórios do processo quanto para viabilizar uma defesa adequada e fixar os limites de fato da sentença,⁶⁴⁴ estando para o processo penal condenatório, segundo Marques, “assim como o *pedido* está para o processo civil de conhecimento”. Constitui-se, pois, no “ato fundamental do processo penal condenatório”, sendo a sua “mola propulsora e a *ratio essendi* de sua instauração”, razão pela qual, além de certa e determinada a imputação, é

⁶⁴¹ LOPES JÚNIOR, A. *Idem*, p. 42 e 44.

⁶⁴² CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*, v.1, p. 212.

⁶⁴³ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*, t. II, p. 311 e t.IV, p. 143:[...] “obtener del juez la decisión sobre la realizabilidad de la pretensión punitiva del Estado derivada de un hecho que la ley prevé como delito”. [...] “es el sujeto que interviene en la relación procesal penal, para proponer la pretensión punitiva derivada del delito.[...] “el que promueve y ejercita la acción penal”.

⁶⁴⁴ FLORIAN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*, p. 387.

imprescindível que nela se fixe, com exatidão, a conduta do acusado, descrevendo o acusador, de maneira precisa, certa e bem individualizada, o fato delituoso, pois deste depende a imposição da sanção.⁶⁴⁵

Essa descrição ocorre com base nos resultados de qualquer investigação ou instrução preliminar, ou mesmo em qualquer outra peça informativa que esteja na posse do acusador, isso porque, no dizer de Carnelutti, o primeiro propósito de quem tem o encargo de verificar a suspeita de um delito é “buscar” as “provas” ou as razões que demonstram o fundamento ou a falta de fundamento de uma suspeita, as quais são obtidas na investigação. No entanto, o trabalho da acusação não se resume nessa busca, pois abrange, também, a “valoração”, que é o julgamento efetuado pelo acusador acerca dessas provas. A acusação, portanto, sustenta-se numa investigação das razões e das provas e na sua valoração.⁶⁴⁶

Não se pode satisfazer, segundo Carnelutti, com a ideia de que o ofício de acusador se esgote na proposição de uma dúvida, pois se espera que ele realize mais que isso, ou seja, que faça um “juízo e assim proponha a solução da dúvida”, razão pela qual o ato que se chama *denúncia* “não é, em absoluto, obrigatório”, cumprindo o Ministério Público o seu dever “tanto propondo a condenação do acusado como sua absolvição”.⁶⁴⁷

É necessário ter em mente, como já dito, que a acusação se realiza na dimensão ativa da ação penal e que a forma de exercício e a legitimação ativa desta sofreram variações no curso da história, sendo exercida, no dizer de Romeiro, “pelo próprio ofendido, por um funcionário estatal ou por qualquer cidadão, daí as suas diversas e comuns denominações, respectivamente, de ação penal privada, pública e popular”.⁶⁴⁸

⁶⁴⁵ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v. 2, p. 151 e 152. A importância da descrição do fato e de todas as suas circunstâncias é aspecto que perfeitamente perceptível na regra do artigo 41 do Código de Processo Penal brasileiro, que, diferentemente da regra que estabelece os requisitos da petição inicial do processo civil brasileiro, segundo dispõe o artigo 282 do Código de Processo Civil brasileiro, não exige que se mencione expressamente o pedido.

⁶⁴⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*, v.1, p. 212.

⁶⁴⁷ CARNELUTTI, F. *Op. Cit.* v.1, p. 212-213.

⁶⁴⁸ ROMERO, Jorge Alberto. *Da ação penal*, p. 33-34. Romeiro faz um resumo histórico das diversas formas de exercícios da ação penal, a começar pela Babilônia, em que a ação penal era exercida somente pelo ofendido, possibilitando-lhe, no entanto, o perdão; na Índia, “qualquer pessoa do povo podia exercitar a

acusação”; no Egito, havia as três formas típicas de ação penal, ou seja, a pública, a privada e a popular, vislumbrando-se, inclusive, um embrião de Ministério Público, ou seja, um corpo de funcionários, denominado “*mangiaí*”, incumbidos de denunciar aos magistrados os delitos cuja prática chegava ao seu conhecimento”. Além disso, na dinastia dos Lágidas, havia certos funcionários, designados de *crematistas*, que possuíam, à porta de suas casas, um vaso fechado, destinado a receber as acusações; na Judéia, “campeou triunfante a ação penal popular”, defendendo-se o acusado em pessoa, pois os tribunais de Israel desconheciam a nobre classe dos advogados; em Atenas, distinguiram-se os crimes públicos, em relação aos quais qualquer cidadão tinha o direito de acusar, e os crimes privados, em que a acusação cabia ao ofendido, seus parentes, tutores ou senhores. Todavia, quando o crime atentava também contra a pátria, o direito de acusação cabia também ao “*tesmóteta*”, magistrado que podia oferecer denúncia ao senado ou à assembléia do povo; em Esparta, exerciam-se a ação penal pública e a ação penal popular; quanto à primeira, havia o *Eforato*, instituição composta de cinco membros, eleitos anualmente, e destinada a acusar aos magistrados, não excluídos os reis, que faltassem os deveres do seu ofício. No entanto, com o correr do tempo, os “ambiciosos *éforas*” “usurparam ainda as funções de julgar, inaugurando assim, na Grécia, o processo inquisitório”; em Roma, no período da realeza e grande parte do período da república, a ação penal era exercida pelos *quaestores parricidii*, ou seja, “funcionários estatais que tiveram também a missão de convocar, para a instauração da instância criminal, os comícios por cúria (*comitia curiata*). No último século da república (sec. III), floresceu a ação penal popular. No entanto, “a atrofia no cidadão romano do sentimento de justiça como dever cívico, em razão, por um lado, dos muitos obstáculos que as leis imperiais foram criando ao exercício do direito popular de acusação, e, por outro, das odiosas e sangrentas vinganças que permitiam as exceções da lei”, além de “muitos outros fortes motivos que tornaram raro o exercício eficiente e sadio da *actio popularis*, tiveram como consequência, a substituição desta ação penal pela *ex officio*, a fim de que os malfeitores não continuassem gozando da impunidade”, substituindo-se, desta forma, também, o sistema acusatório pelo inquisitivo; na Alemanha, o duelo e as composições pecuniárias (*wergeld*, *mannsgeld*, *fredo*) foram práticas que refugavam a ação penal necessária e exercida de ofício por funcionários estatais. A ação penal estava confiada, quase que exclusivamente, ao ofendido, cabendo a ação penal popular quando, em caso de delito perturbador da paz social, não houvesse a iniciativa do ofendido. Por longo tempo, até os séculos XI e XII, essa sistemática de ação penal como, também, o sistema acusatório, vigorou entre os povos germânicos. Com a influência do direito eclesiástico, passa a ter força a ação penal popular, a ação penal pública e a ação penal *ex officio*; na Itália, funcionários estatais estavam encarregados da acusação, como, por exemplo, os *avogadori del comum*, na república veneziana, e os *conservatori di legge*, na república florentina; na França, mais precisamente nos séculos XIV, XV e XVI, nasce e se desenvolve a instituição do Ministério Público, com as ordenações de Felipe, o Belo, de Carlos III, de Luís XII e, notadamente, com a célebre Ordenança de Luís XIV. Os *avocats* e os *procureurs du roi* junto aos parlamentos franceses, representando o império do direito, personificado no soberano, e a força executiva da lei foram a mais genuína e imediata fonte do moderno e também já glorioso instituto do Ministério Público. No entanto, em 1532, Carlos V consagrou a acusação *ex officio*, confiada aos juízes; na Espanha, mais precisamente no século XV, o Código das Partidas continha disposições regulando a atividade dos *procuradores fiscales*, cujas funções consistiam em vigiar o que ocorria nos tribunais criminais e obrar de ofício em nome do soberano, que representava o povo, quando não existissem acusadores particulares; em Portugal, era possível tanto a acusação pelo Ministério Público quanto a de ofício pelos juízes, se ficasse provada a falta de iniciativa do ofendido ou de sua família; na Inglaterra, contudo, imperou a ação penal popular, sendo, até os dias atuais, o *private prosecutor* o principal titular da ação penal, de modo que, em face da “colusão e da inércia dos cidadãos ante o crime, determinadas pelas contingências da asfixiante vida moderna, restringindo, dia a dia, os interesses de cada ser humano, já existem ali os acusadores públicos”, denominado de *director of public prosecution*, que atua sob a vigilância do procurador-geral (*attorney general*), que somente promove a ação penal na ausência de iniciativa privada. Além desses, há inúmeras associações destinadas à tutela da paz social por meio do exercício da ação penal contra determinados crimes, embora a sua atuação tem sido caracterizada, muitas vezes, como política; na Escócia e na Irlanda, ao contrário da Inglaterra, a ação penal é exercida por órgãos estatais, de modo que, na Escócia, são acusadores públicos o *lorde-advocate*, *solicitor general*, *advocate deputies*, *crown agent*, *procurator fiscal*, enquanto que na Irlanda, a acusação é exercida pelo *attorney general*, *crow solicitor*, *queen’s counsel*, resultando assegurada a atuação da parte ofendida quando ocorrer a inércia do acusador público (ROMEIRO, Jorge Alberto. *Da ação penal*, p. 33-67). Relativamente ao exercício da ação penal nos Estados Unidos da América, Ramos afirma que “os promotores são os únicos responsáveis pela dedução da acusação criminal em juízo”, pois “não há, nos EUA, ação penal

A *ação penal popular*, segundo Romeiro, originária dos tempos mais remoto e presente, ainda, em países como a Inglaterra, é a que pode ser exercida por “qualquer pessoa do povo”⁶⁴⁹, embora esse exercício possa produzir incômodos, ódios, represálias e despesas, facilitando injustiças, em face de ser instrumento de vingança, de acusações temerárias ou caluniosas e de sórdidas especulações, razão pela qual passou ser, como as estatísticas têm demonstrado, quase letra morta nos Códigos.⁶⁵⁰

A *ação penal privada*, por sua vez, no dizer de Romeiro, “é aquela cujo exercício incumbe ao ofendido ou ao seu representante legal”,⁶⁵¹ sendo admitida, segundo Tourinho Filho, em face da “tenuidade da lesão à sociedade”, bem como do “assinalado caráter privado do bem jurídico tutelado” e do “*streptus iudicii* (o escândalo do processo, a publicidade dada ao fato em decorrência do processo), que pode ser muito mais prejudicial ao interesse da vítima que a própria impunidade do culpado”. Não obstante essa transferência da legitimidade ativa para o particular, “o direito de punir continua pertencendo ao Estado”, de modo que o ofendido “ingressa em juízo para, em nome próprio, defender um interesse alheio, vale dizer, um interesse exclusivo do Estado, qual o de reintegrar a ordem

de iniciativa privada” (RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*, p. 105). No Brasil, segundo dispõe o artigo 100 do Código Penal, “a ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido” e, nos termos do § 1º desse mesmo artigo, “a ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça”. Por força do artigo 129, I, da Constituição da República Federativa do Brasil, a ação pública é privativa do Ministério Público. No entanto, consoante dispõe o artigo 5º, inciso LIX, dessa mesma Constituição, “é admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”.

⁶⁴⁹ ROMEIRO, Jorge Alberto. *Da ação penal*, p. 119.

⁶⁵⁰ ROMEIRO, J. A. *Op. Cit.* p. 134. Romeiro informa que a Carta Constitucional do Império, no seu art. 157, e o Código de Processo Criminal de 1832, no seu art. 74, previam a possibilidade da ação penal popular para determinados crimes, ao dispor que “a denúncia compete ao promotor público e a qualquer do povo”. O Código Penal republicado, de 1890, não fez referência à ação penal popular, ao contrário da Constituição da República, de 1891, que dispôs, no seu art. 72, § 9º, que “é permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos poderes públicos, *denunciar* abusos das autoridades e *promover a responsabilidade dos culpados*”. A legislação ordinária que se seguiu à Constituição Republicana manteve a ação penal popular para determinados crimes. A Constituição de 1937 não se referiu à ação penal popular, nem o Código Penal de 1940. A Constituição de 1946 referiu-se à ação penal popular em seu texto, sendo esta cabível para crimes de responsabilidade das autoridades públicas. A Emenda Constitucional de 1969 derogou a Constituição de 1946, na parte que se referia à ação penal popular. Não figura ela no atual ordenamento jurídico brasileiro, salvo no que diz respeito aos crimes de responsabilidade, nos termos da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950. Romeiro afirma, ainda, que “a ação penal popular sempre foi entendida como *ação pública* em nosso país e concorrente com a exercida pelo Ministério Público”. (ROMEIRO, J. A. *Idem*, p. 119-137).

⁶⁵¹ ROMEIRO, J. A. *Ibidem*, p. 199.

jurídica violada pela infração penal”. Não obstante seja a ação penal privada assim designada, não perde ela o seu caráter de ação pública, isso porque, “toda ação penal é pública”, uma vez que “o direito de ação nada mais é senão um direito público, subjetivo, posto que destinado a provocar a atividade do Estado-Juiz”, não se lhe podendo negar o caráter publicístico.⁶⁵² Também Carnelutti inclui o direito de ação privada no campo dos direitos públicos, uma vez que “o interesse mediante ela tutelado é um interesse essencialmente público”, de modo que, quando intentada por um particular, a ação penal constitui “exercício privado da função pública”.⁶⁵³

A *ação penal pública*, por fim, no dizer de Romeiro, é “aquela que pertence ao Estado, sendo cometido o seu exercício a funcionários que a lei designa”, fazendo referência, assim, à ação penal *ex officio*, quando exercida pelo juiz. Não obstante essa possibilidade, o exercício da ação penal pública é, em regra, “delegado ao Ministério Público, órgão do Estado que, hodiernamente, constitui uma instituição universal, destinada a promover a ação penal”.⁶⁵⁴

⁶⁵² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, v.1, p. 399, 400, 401 e 401.

⁶⁵³ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*, v. 2, p. 773. Para Jardim, no entanto, quando a ação penal era privada ou pertencia a qualquer pessoa do povo, “o Estado se mostrava absolutamente indiferente com o resultado da batalha processual, que dependia principalmente da habilidade, tenacidade ou malícia das partes”, cujo “sistema debilitava em muito a persecução penal, sendo fruto da sociedade liberal individualista romana” (JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública*, p. 23-24). Fazendo referência ao “sentimento de vingança” e ao “interesse pecuniário que leva o particular a promover a ação penal, móveis esses incompatíveis com a finalidade da pena”, Tourinho Filho afirma serem essas críticas improcedentes, uma vez que “o ofendido se dirige ao juiz, terceiro imparcial, para decidir”.(TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, v. 1, p. 401 e 402). Mesmo que se admita a possibilidade da ação penal privada em casos excepcionais, é necessária, no dizer de Carnelutti, a ação penal pública, uma vez que, em face dos perigos causados pela primeira, “o objetivo acusatório não pode normalmente ser confiado à parte lesionada”, porquanto é muito presente nesta “o estímulo de obter a restituição ou o ressarcimento”, enquanto que “menor pode ser o estímulo do castigo do réu”, sendo necessário ter em mente que “ao delito é atribuída a pena por razões que vão muito além do interesse da parte lesionada, envolvendo o interesse de toda a sociedade e inclusive, e até em primeira linha, do réu mesmo”, de modo que, assim como “a existência de uma acusação injusta por si só constituiria um dano, que deve ser evitado”, também o castigo do réu “não pode depender do beneplácito da parte lesionada”. Esses riscos são menores na acusação pública, considerada a “*parte imparcial*”, uma vez que “a acusação pública não é uma acusação de parte”, por ser uma parte somente em sentido instrumental ou formal e não material. (CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*, v.1, p. 214, 215 e 216).

⁶⁵⁴ ROMEIRO, Jorge Alberto. *Da ação penal*, p. 145, 152 e 154. Pimenta Bueno, segundo Romeiro, insurge-se contra a ação penal *ex officio* proposta pelo próprio juiz, pois este “constitui-se simultaneamente julgador e parte adversa do delinquentes”, o que significa dizer que “dá a denúncia a si próprio, escolhe as testemunhas e inquire-as, perguntando o que julga conveniente, e por fim avalia as provas que ele criou, e pronuncia, ou não, como entende!”.(ROMEIRO, J. A. *Op. Cit.* p. 145). Não se pode esquecer, conforme lembrado por Jardim, que o sistema inquisitório, em oposição ao sistema acusatório privado, faz desaparecer o “frágil triângulo processual (*actum trium personarum*), formando-se uma relação linear entre juiz e réu, que passa a ser objeto

O exercício da ação penal pública, segundo Tourinho Filho, pode ser orientado por princípios distintos, de modo que, se prevalecer o princípio da obrigatoriedade ou da legalidade, impõe-se ao órgão acusador “o dever de promover a ação penal”,⁶⁵⁵ e, se prevalecer o princípio da oportunidade, permite-se que julgue a “conveniência ou não da propositura da ação penal”.⁶⁵⁶

Outro aspecto importante relativo tanto à ação penal pública quanto à privada é o que diz respeito ao princípio da indivisibilidade da ação penal, uma vez que, no dizer de Tourinho Filho, esta deve abranger “todos aqueles que cometeram a infração”, não podendo a acusação pública ou privada “escolher contra quem deva ela ser proposta”.⁶⁵⁷

A ação penal pública apresenta variações, entre as quais se encontram a *ação penal pública incondicionada* e a *condicionada*. A primeira, segundo Tourinho Filho, é a ação proposta pelo Ministério Público “sem que haja manifestação de vontade de quem quer que seja”, sendo “irrelevante contrária manifestação de vontade do ofendido ou de quem quer que seja”, bastando que haja provas capazes de gerar, ao menos, um juízo de probabilidade. Isso significa

de investigação, pois não se lhe reconhece direito algum no plano do processo”, de modo a se perder “qualquer resquício da imparcialidade do juiz”, que, partindo de “um convencimento formado *a priori*”, procura demonstrá-lo com a prova a ser colhida posteriormente. (JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública*, p. 24). Romeiro faz menção, ainda, à Exposição de Motivos do atual Código de Processo Penal brasileiro, segundo a qual o princípio *ne procedat iudex ex officio* “reclama a completa separação entre o juiz e o órgão da acusação, devendo caber exclusivamente a este a iniciativa da ação penal” (ROMEIRO, J. A. *Ibidem* p. 148). A legitimação do Ministério Público para a ação penal pública, segundo Jardim, constitui um “grande salto de qualidade” no processo penal, pois, com a institucionalização do Ministério Público, “o Estado assumiu a titularidade da *persecutio criminis in iudicio* sem precisar comprometer a neutralidade judicial”, entregando-se, assim, as três funções processuais a sujeitos diversos, “sem retorno à acusação privada”. Publiciza-se, portanto, o sistema acusatório, com a admissão, apenas, da ação penal pública promovida pelo Ministério Público, admitindo-se, quando muito, a representação do ofendido, de modo a possibilitar que o processo penal seja “ao mesmo tempo um engenhoso instrumento de repressão penal e uma forma de autolimitação do Estado, pelo princípio *nulla poena sine iudicio*”, ressaltando ainda, que o Ministério Público, nesse sistema exclusivamente público, haveria de atuar com observância ao princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal. (JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública*, p. 25-27).

⁶⁵⁵ O direito brasileiro segue a primeira orientação, como, também, ao princípio da indisponibilidade da ação penal, de modo que não é possível ao Ministério Público, por não lhe pertencer a ação penal pública, mas sim a sociedade, “dela desistir, transigindo ou acordando, pouco importando seja ela incondicionada ou condicionada” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, v.1, p. 308). Isso, no dizer de Romeiro, não significa que o Ministério Público deva “invariavelmente denunciar e pedir a condenação do acusado”, uma vez que “quando os elementos de informação que o Ministério Público possuir sobre uma infração penal não o convencerem da existência dela ou de que o imputado seja o seu autor, deve pedir o arquivamento” desses elementos ou, ainda, “a absolvição do acusado quando acreditar na sua inocência”. (ROMEIRO, Jorge Alberto. *Da ação penal*, p. 159).

⁶⁵⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, v.1, p. 309.

⁶⁵⁷ TOURINHO FILHO, F. da C. *Op. Cit.* p. 313.

dizer que o órgão acusador deve agir *ex officio*, sendo a ação penal pública incondicionada regida pelo princípio da oficialidade. A *ação penal pública condicionada*, por sua vez, é exercida pelo Ministério Público, embora “subordinada, condicionada, a uma manifestação de vontade”.⁶⁵⁸ Essa vontade, como ocorre no direito brasileiro, normalmente é expressa por meio da representação do ofendido, titular do direito lesionado, ou de seus representantes legais, podendo ocorrer, ainda, conforme explica Romeiro, por meio de requisição do ministro da justiça, nos casos especificados, por razões de “conveniências do governo”, quando o exercício da ação penal possa dar lugar “a explorações de funestas consequências, pela tendenciosidade das dissensões políticas”. Nesses casos, é possível a revogação tanto da representação quando da requisição, desde que antes do oferecimento da denúncia pelo órgão estatal acusador.⁶⁵⁹

2.1.2 A defesa

Se a persecução criminal encerra as relações jurídicas ativas da ação penal, a *defesa* encerra as suas relações passivas,⁶⁶⁰ o que significa dizer, na esteira de Carnelutti, que, se a acusação é o desenvolvimento racional da pretensão penal, então a defesa é sua racional contestação, sendo o conceito desta oposto ao de pretensão, e contestação desta “a *exigência do não castigo do imputado*”, pois, enquanto a acusação proporciona razões e provas para castigo deste, a defesa as proporciona em sentido oposto. A formação do juízo penal, assim, segue a ordem da tríade lógica, ou seja, da tese, da antítese e da síntese, isso porque, “se o juízo é síntese de acusação e defesa, não pode existir acusação sem defesa, a qual é um contrário e, por isso, um igual da acusação”.

⁶⁵⁸ TOURINHO FILHO, F. da C. *Idem* p. 306 e 307.

⁶⁵⁹ ROMEIRO, Jorge Alberto. *Da ação penal*, p. 165. Romeiro diz que, diversamente do Código Penal italiano, o Código Penal brasileiro não dispõe expressamente sobre a irrevogabilidade da requisição do ministro da justiça, não havendo, contudo, inconveniente que, assim como a representação do ofendido, possa haver retratação acerca dessa requisição, desde que essa retração ocorra antes de iniciada a ação penal pelo Ministério Público (Art. 102 do Código Penal brasileiro (ROMEIRO, J. A. *Op. Cit.* p. 166).

⁶⁶⁰ É importante ressaltar que, no processo penal, somente o Estado ou o ofendido podem figurar no pólo ativo da ação penal, enquanto o acusado figura no seu pólo passivo, havendo, no entanto, exceções, como, por exemplo, no *habeas corpus*, no mandado de segurança em matéria criminal, na revisão criminal, ou mesmo nos recursos interpostos pela defesa.

Também a defesa se sustenta em uma investigação de razões e de provas e na sua valoração, resolvendo-se, da mesma maneira que a acusação, em um juízo, pois não deixa de consistir “numa *proposta de decisão*”, de modo “que uma das duas propostas, pelo menos, deva ser excluída pelo juiz, salvo se, seguindo este um caminho intermediário, deixar de acolher uma e outra.”⁶⁶¹

Incluindo o direito de defesa na abordagem relativa à ação penal, Marques explica que, se, em seu sentido amplo, esse direito “constitui o fundamento primário e básico da segurança jurídica estabelecida na vida social organizada”, em seu sentido estrito, “a palavra defesa exprime o direito de opor-se alguém a uma pretensão, a fim de garantir um direito ou interesse que afirma existir e de que entende ser o titular”. A defesa é, portanto, “essa resistência transformada em contrariedade à pretensão do autor”, de modo que, tendo o processo de conhecimento, por substrato, o contraditório, à tese da acusação deve opor-se a da defesa, ou seja, à pretensão punitiva da acusação deve haver a resistência do réu para garantir seu direito de liberdade. Assim, “entre direito de defesa e direito de ação não existem diferenças essenciais na estrutura processual que cada um apresenta”, pois “a diferença entre um e outro é de simples posição”, o que significa dizer que “o autor ataca e o réu reage”.⁶⁶²

O direito à defesa⁶⁶³ é mais que um direito, pois constitui uma garantia do acusado por um lado e do justo processo por outro, o que, para Greco, compreende, segundo Fernandes, o “conhecimento claro da imputação” (direito à informação), a apresentação de “alegações contra a acusação” (bilateralidade da audiência), o acompanhamento da “produção da prova” e a realização da “contraprova”, a “defesa técnica por advogado”, considerada esta essencial, e o recurso contra a decisão desfavorável.⁶⁶⁴ Como se vê, o direito de defesa e a

⁶⁶¹ CARNELUTTI, Francisco. *Lições sobre o processo penal*, v.1, p. 221.

⁶⁶² MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v.1, p. 341 e 342.

⁶⁶³ O direito de defesa está previsto no art. 5º, LV, da Constituição da República Federativa do Brasil, tendo ingressado no nosso ordenamento por meio da Constituição do Império de 1824.

⁶⁶⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*, p. 266. Inserem-se, também, no âmbito do direito de defesa, conforme Fernandes, o direito a não ser submetido a tratamento desumano ou degradante; de ser respeitada a sua integridade física e moral; à identificação do responsável pela prisão ou pelo interrogatório policial; à não-identificação criminal quando já identificado civilmente; à assistência da família; ao silêncio e à não autoincriminação; à comunicação imediata da prisão ao juiz competente, à sua família ou à pessoa indicada pelo preso; a não ser considerado culpado antes da sentença penal condenatória

garantia do contraditório estão intimamente ligados e ambos são manifestações da garantia do devido e justo processo legal.

Distinguem-se a autodefesa e a defesa técnica, pois, segundo Carnelutti, é evidente a necessidade de um defensor técnico, pois o acusado está, em geral, “privado da força e da habilidade necessárias para expressar suas razões”, de modo que, “quanto mais progride a técnica do juízo penal, mais se agrava esta incapacidade”. É que o acusado está “na posição de quem não sabe falar a língua de que necessita para fazer-se entender, ou está de toda a maneira, tomado de um estado de ânimo que lhe tornaria mais difícil o uso da língua”.⁶⁶⁵ Como esse direito compreende tanto a faculdade que tem o réu de contestar a ação quanto o direito de praticar atos processuais relacionados ao reconhecimento de sua inocência, Marques também sustenta que, para que haja um perfeito equilíbrio e igualdade processual entre a acusação e a defesa, é necessário que seja realizada por um órgão técnico.⁶⁶⁶ Defesa técnica é, pois, segundo Fernandes, a realizada por advogado, sendo necessária, porquanto essencial para garantir paridade de armas; indeclinável, uma vez que não pode o acusado renunciá-la; plena, pois deve manifestar-se durante todo o *iter* processual; e efetiva, pois visa alcançar resultados em proveito do acusado, não sendo suficiente, portanto, a aparência de defesa. A autodefesa, por sua vez, é aquela exercida pelo próprio acusado, sendo, por isso, renunciável, compreendendo o direito de audiência (apresentar pessoalmente a sua defesa no interrogatório), o direito de presença (acompanhar a instrução), o direito de postular pessoalmente (interpor recursos e *habeas corpus*).⁶⁶⁷

2.2 A jurisdição penal

Além da ação, conforme já mencionado, também a *jurisdição* é diretriz da relação processual, tendo sido concebida, historicamente, como a manifestação

transitada em julgado; e à busca domiciliar a ser precedida de mandado judicial, ressalvadas as hipóteses de flagrante delito, prestação de socorro à vítima e desastre. (FERNANDES, A. S. *Op. Cit.* p. 278).

⁶⁶⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*, v. 2, p. 223.

⁶⁶⁶ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v. I, p. 345 e 346.

⁶⁶⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*, p. 270-274 e 279-281.

da soberania do Estado, isso porque, segundo Manzini, “a jurisdição é, juntamente com a legislação e a administração, uma das três funções fundamentais do Estado”, as quais não se confundem. Enquanto nos atos administrativos prevalece o elemento da *vontade*, nos atos jurisdicionais prevalece o elemento do *juízo*. Por outro lado, enquanto a legislação produz normas abstratas, gerais e prefixadas, a jurisdição produz normas individuais, concretas, contingentes, aplicáveis aos casos particulares, que não estendem sua força para além dos casos decididos.⁶⁶⁸

A jurisdição é concebida, ao mesmo tempo, como poder, função e atividade, explicando Cintra, Grinover e Dinamarco que a jurisdição “é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões”; como função, a jurisdição “expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo”; por fim, como atividade, a jurisdição “é o complexo de atos do juiz no processo”. É possível perceber, no entanto, que “o poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal)”.⁶⁶⁹ Não obstante essa divisão, a jurisdição, conforme Manzini, “é uma função unitária”, cuja função característica é declarar o direito que se aplica ao caso concreto, razão pela qual não se confunde com competência, que “é o âmbito legislativamente limitado dentro do qual um juiz que tem jurisdição, ordinária ou especial, pode exercer essa sua jurisdição”.⁶⁷⁰ Assim, como “não há diferença no trabalho legislativo de quem promulga uma norma de Direito Civil e o

⁶⁶⁸ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*, t. II, p. 24 e 25: [...] “la jurisdicción es, juntamente con la legislación y la administración, una de las tres funciones fundamentales del Estado”, [...]. A jurisdição, no dizer de Carnelutti, sempre esteve relacionada com a manifestação do *imperium* ou do poder do magistrado superior romano de fixar regras jurídicas, o que ocorria por meio do processo, cujo nome serviu para designar o fim e o meio, e, por conseguinte, nem tanto a função jurídica quanto a função processual, passando-se a chamar jurisdição a essa função processual,⁶⁶⁸ que, em Marques, designa “a função estatal de aplicar as normas da ordem jurídica em relação a uma pretensão”. (MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v. I, p. 171).

⁶⁶⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 131.

⁶⁷⁰ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*, t. II, p. 27 e 40: [...] “es el ámbito legislativamente limitado dentro del cual un juez que tiene jurisdicción, ordinária o especial, puede ejercer esa su jurisdicción”.

de quem elabora preceitos de Direito Penal”, Marques diz haver “identidade substancial entre o exercício do poder de julgar, tanto na justiça civil como na justiça penal”, de modo que, “em sua essência, a jurisdição penal não se distingue da jurisdição civil”. Trata-se, na verdade, da mesma função estatal atribuída a órgãos específicos do Poder Judiciário, o que caracteriza a incidência do mesmo “poder jurisdicional” sobre matéria diversa.⁶⁷¹

A jurisdição traz em si a ideia de decisão, ressaltando Carnelutti que “*decidir* (de *de-caedere*), em seu valor literal, alude precisamente ao corte de um nó, isto é, à resolução de uma dúvida; entre o sim e o não, que na dúvida se encontram estreitamente unidos, opera-se uma separação, pela qual um é rejeitado e o outro aceito”, de modo que “se produz a superação, na síntese, da tese e da antítese”.⁶⁷²

Especificamente sobre a jurisdição penal, Carnelutti afirma ser “uma espécie da jurisdição geral”, a qual “se manifesta no processo penal mediante a *comprovação do delito e a aplicação da pena*”.⁶⁷³ Como, na lei, encontram-se previsões abstratas e indeterminadas de imputabilidade para os delitos, Florian esclarece que, para que a lei penal possa ter aplicação, “é preciso que as previsões abstratas se individualizem e se convertam em inculpações concretas e mais tarde em penas ou sujeição a medidas de segurança ou na absolvição”. O conceito de jurisdição penal resulta, pois, dessa necessidade, compreendendo: “o poder de declarar a aplicação da lei penal nos casos concretos, declaração esta que tem lugar mediante um juízo”; também, “o poder de imprimir força executiva à declaração com que se aplica a lei penal no caso concreto”; e, por fim, “a faculdade de ditar as disposições adequadas para a execução da sentença e, em geral, para a efetiva aplicação da lei penal”.⁶⁷⁴ É, pois, na jurisdição penal, que,

⁶⁷¹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v.I, p. 174-175.

⁶⁷² CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*, v.1, p. 236.

⁶⁷³ CARNELUTTI, F. *Op. Cit.* v. 2, p. 147.

⁶⁷⁴ FLORIAN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*, p. 145-146: [...] “es preciso que las previsiones abstractas se individualicen y se conviertan en inculpaciones concretas y más tarde en penas o sujeción a medidas de seguridad o en la absolución”. [...] “la potestad de declarar la aplicación de la ley penal en los casos concretos, declaración que tiene lugar mediante un juicio”; también, “la potestad de imprimir fuerza ejecutiva a la declaración con que se aplica la ley penal en el caso concreto”; por fim, “la facultad de dictar las disposiciones adecuadas para la ejecución de la sentencia y, en general, para la efectiva aplicación de la ley penal”. O conteúdo da jurisdição penal, segundo Manzini, “consiste particularmente no poder de conhecer e de

segundo Marques, “aplica-se o direito penal objetivo em conexão com uma pretensão punitiva ou com uma pretensão baseada no direito de liberdade individual”.⁶⁷⁵

Apesar da unidade da jurisdição, cabe um aprofundamento da análise desse importante aspecto da relação processual, levando em consideração as especificidades das jurisdições instrutória, decisória e executiva, objetos dos subitens seguintes.

2.2.1 A jurisdição instrutória

A *jurisdição instrutória*, segundo Carnelutti, é “aquela espécie de potestade jurisdicional que é fornecida ao juiz *a fim de que ele possa prover-se dos meios, ou seja, das razões e das provas, necessárias à decisão*”.⁶⁷⁶ Constitui-se, na verdade, no conjunto das atividades realizadas pelo juiz com vistas à instruir-se sobre o fato, o que, no dizer de Almeida, consiste em obter conhecimento, pois a instrução é “tanto a *atividade* de instruir quanto o seu *resultado*”. A instrução judiciária é, pois, “a instrução do juiz”, no que diz respeito às “premissas maior e menor do silogismo a que se reduz sua função, isto é, “o direito” e “o fato”, de modo que “não pode julgar, efetivamente, quem não conhece a lei” (premissa maior) como, também, quem “desconhece o caso ocorrente” (premissa menor). A instrução judiciária criminal pode ser definida, portanto, como “*toda a atividade reveladora do fato incriminado ao conhecimento do juiz*”. A instrução sobre o direito ocorre por meio do “ensino jurídico propiciador de diplomas”, cuja eficácia é conferida pelos “concursos de títulos e provas para ingresso na carreira da magistratura”. A instrução sobre o fato, por sua vez, é buscada tanto pelo juiz quanto pelo ofendido, pelo indiciado, pelo Ministério Público, pela Polícia, pelo defensor, pelas testemunhas, pelos peritos ou por qualquer outra pessoa.⁶⁷⁷

declarar a certeza dos fatos penais”; como, também, “de dar lugar à vontade da lei em face do fato positiva ou negativamente declarado certo”; e, por fim, “de excluir ou de fazer realizável uma determinada pretensão punitiva”. (MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*, t. II, p. 24 e 40).

⁶⁷⁵ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v.I, p. 174.

⁶⁷⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*, v.2, p. 163.

⁶⁷⁷ ALMEIDA, Joaquim Canuto de. *Princípios fundamentais do processo penal*, p. 5 e 6.

Essas atividades instrutórias, conforme Carnelutti, podem ser ordinatórias, coercitivas ou perquisitivas. As primeiras compreendem “*todas as prescrições necessárias para integrar o ordenamento legal do processo* e, portanto, o cumprimento dos atos do processo em tempos, lugares e modos, que permitam sua convergência para o fim comum”. As atividades coercitivas, por sua vez, compreendem aquelas atividades que obrigam, sancionando em caso de inobservância, como, por exemplo, a condução coercitiva de testemunhas, o sequestro das coisas pertinentes ao delito e a captura do imputado. As atividades perquisitivas, por fim, consistem “em trabalhar as pessoas e as coisas a fim de extrair delas a verdade”, como, por exemplo, buscar na memória das testemunhas ou do acusado as respostas necessárias, ou realizar buscas pessoais e inspeções.⁶⁷⁸

Encontram-se, de uma ou de outra forma, sob a jurisdição instrucional, as medidas de urgência do processo penal que, segundo Ramos, podem ser classificadas em pessoais, instrutórias e patrimoniais. Enquanto as primeiras “cuidam do *status libertatis* do imputado”, protegendo-o ou restringindo-o, as medidas de urgência instrutórias se destinam à proteção das provas que serão examinadas pela autoridade judiciária, a fim de “viabilizar um melhor conhecimento a respeito dos fatos em virtude dos quais se pretende aplicar norma de natureza penal”; por fim, as medidas de urgência patrimoniais “pretendem compensar ou ao menos minimizar os prejuízos econômicos causados pela infração penal ao ofendido, dando-lhe instrumentos com os quais poderá garantir o princípio da responsabilidade patrimonial”.⁶⁷⁹

Formam o conjunto de medidas pessoais de urgência, segundo Ramos, as medidas privativas de liberdade, entre as quais se encontram “a *prisão preventiva*, a *prisão em flagrante*, a *prisão decorrente de pronúncia*, a *prisão decorrente de sentença condenatória recorrível* e a *prisão temporária*”, e as medidas protetivas da liberdade do imputado, nas quais se inserem “todas as formas de *liberdade vinculada*, com ou sem fiança”. As medidas instrutórias de urgência, por sua vez, que se dividem em administrativas e jurisdicionais, compreendem, entre as

⁶⁷⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*, v.2, p. 166, 170 e 201.

⁶⁷⁹ RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*, p. 39-40.

primeiras, o inquérito policial e o auto de prisão em flagrante, e, entre as segundas, “o depoimento *ad perpetuam rei memoriam* e a busca e apreensão de elementos de prova decretada pela autoridade judiciária”. Por fim, as medidas patrimoniais de urgência abrangem “o *sequestro dos proventos* (móveis e imóveis) *do crime*, a *especialização da hipoteca penal*, o *arresto prévio* e o *arresto subsidiário*”.⁶⁸⁰

2.2.2 A jurisdição decisória

A jurisdição decisória, por fim, trata da decisão em si, procurando, segundo Carnelutti, “estabelecer positiva ou negativamente a certeza do delito”, absolvendo

⁶⁸⁰ RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*, p. 43, 60, 66, 67, 70 e 74. Por servir a qualquer dessas finalidades, a busca e apreensão tem uma classificação híbrida. (RAMOS, J. G. G. *Op. Cit.* p. 73). No âmbito do direito processual brasileiro, a prisão preventiva é forma clássica de prisão cautelar, cuja tutela de urgência somente pode ser deferida para garantir a ordem pública ou econômica, a instrução criminal e a aplicação da lei penal, admissível somente nos casos que possam constituir crime doloso, punível com pena de reclusão, salvo se o imputado por vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer elementos para a sua identificação, ou se já houver sido condenado pela prática de outro crime doloso, ou se o fato envolver violência doméstica. Não é admissível essa modalidade de prisão, se existirem indícios de excludente de ilicitude. (Arts. 311 a 316 do Código de Processo Penal brasileiro). A prisão em flagrante, por sua vez, é a que exige a atualidade e a visibilidade da flagrância, ou seja, que alguém haja assistido ao ato ou a prisão e que possa atestar a sua ocorrência. As situações de flagrância compreendem a flagrância propriamente dita, ou seja, o estar cometendo ou acabar de cometer a infração penal; a quase-flagrância, isto é, o ser perseguido logo após a prática do ato; e o flagrante presumido, ou o ser encontrado logo após com instrumentos, armas, e outros objetos que façam presumir a autoria do crime. Para a lavratura do flagrante exige-se tão-somente o *fumus boni iuris*, ou seja, a situação de flagrância, enquanto que o *periculum in mora* deve ser analisado pelo juiz por ocasião da concessão ou não da liberdade provisória (Arts. 301 a 310 do Código de Processo Penal brasileiro). A prisão temporária, que não pode ser decretada de ofício, é admissível, somente, se ocorrer uma das condutas e hipóteses entre as relacionadas no art. 1º, I a III, lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989. As prisões decorrentes de sentença de pronúncia ou de sentença condenatória recorrível (Arts. 408, § 1º e 594 do Código de Processo Penal brasileiro) somente podem ser inseridas no contexto das medidas de urgência, se a sua decretação for fundada em razões que imponham a necessidade da custódia. Como medida de urgência de proteção à liberdade do imputado, concebe-se a liberdade provisória, com ou sem fiança, como a liberdade vinculada ao processo pela sujeição do acusado ao ônus, de maior ou menor gravidade que, se descumpridos, podem fazer cessar o estado de liberdade, vindo a ser determinada a sua prisão. (Arts. 310 e 321 a 350 do Código de Processo Penal brasileiro). O inquérito policial (Art. 4º a 23 do Código de Processo Penal brasileiro), o auto de prisão em flagrante (Art. 304 do Código de Processo Penal brasileiro), a produção antecipada de prova (Art. 225 do Código de Processo Penal brasileiro) e a busca e apreensão (Arts. 240 a 250 do Código de processo Penal brasileiro), com maior ou menor cautelaridade, visam assegurar a instrução processual penal definitiva, sobretudo diante do risco que correm os vestígios, testemunhos, documentos instrumentos ou produtos da conduta investigada. As medidas patrimoniais de urgência procuram assegurar que ofendido ou os seus sucessores possam ser reparados do dano causado pela conduta objeto da investigação ou instrução preliminar ou do caso penal. O sequestro compreende bens móveis e imóveis (Arts. 125 a 133 do Código de Processo Penal brasileiro). A especialização da hipoteca legal, o arresto prévio, que é preparatório daquela, e o arresto subsidiário (Art. 134 a 137 do Código de Processo Penal brasileiro) são admissíveis somente se houver certeza da infração e indícios da autoria.

ou condenando o imputado,⁶⁸¹ embora não se resuma a essa absolvição ou condenação, estendendo-se, também, às questões preliminares. Desta forma, a jurisdição decisória compreende uma jurisdição de ordem e uma jurisdição de mérito e, além disso, uma jurisdição principal (afirmação ou negação do delito e aplicação da sanção principal) e uma jurisdição acessória (declaração de certeza das relações secundárias ao processo, como, por exemplo, a aplicação de sanções a testemunhas, a condenação em custas e demais ônus da sucumbência etc.), deixando evidenciado que “o conceito de jurisdição decisória, ainda que pareça à primeira vista bastante simples, resolve-se, na verdade, quando melhor observado, numa coisa complexa”.⁶⁸²

A) *A jurisdição de ordem* é aquela, segundo Carnelutti, que se refere às “questões de ordem”, ou seja, “à *possibilidade do processo*, e, assim, à existência do poder jurisdicional e de seu exercício”, em face da qual o juiz decide se pode ou não julgar, o que remete a uma relação circular viciosa, em que a existência do delito depende “do poder jurisdicional do juiz, como também o poder jurisdicional depende da existência do delito”.⁶⁸³

Para entender esse círculo vicioso, é preciso ter em mente, na esteira do pensamento jurídico-penal carneluttiano, que “o *delito não existe, ou seja, um fato não existe como delito senão quando o juiz tenha-o declarado certo, isto é, tenha-o considerado como tal*”, de modo que “um fato, ainda quando pareça semelhante a um fato abstratamente previsto, não é um delito antes da declaração de certeza judicial”⁶⁸⁴. Essa declaração de certeza, no entanto, pertence à jurisdição de mérito, que sucede a jurisdição de ordem, que é a que admite a possibilidade do processo e a existência do poder jurisdicional.

Para sair desse círculo vicioso, Carnelutti confere ao conteúdo da jurisdição de ordem, tão-somente, o caráter de um juízo de probabilidade e não de certeza, razão pela qual a jurisdição decisória, nesse caso, “consiste sempre numa *decisão*, que pode ser no sentido de que o processo deva ou não deva

⁶⁸¹ CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*, v.2, p. 228.

⁶⁸² CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*, v.2, p. 228 e 229.

⁶⁸³ CARNELUTTI, F. *Op. Cit.* v.2, p. 230-231.

⁶⁸⁴ CARNELUTTI, F. *Idem*, v.1, p. 140.

prossequir”, estabelecendo, pois, uma certeza conforme o estado do processo, segundo as provas à disposição do juiz, sem exclusão da possibilidade de que provas ulteriores poderão induzir decisão diversa. Inserem-se nessa jurisdição, por exemplo, as decisões que declaram a nulidade do processo, quando este não “é conduzido com a observância da lei”, isto é, quando os atos não “são cumpridos nele de conformidade com o esquema descrito pela lei”,⁶⁸⁵ como, também, as decisões que recebem a denúncia ou a queixa e que pronunciam o réu.

B) Na *jurisdição de mérito*, por sua vez, segundo Carnelutti, o juiz decide se pode ou não castigar, diferentemente da jurisdição de ordem, em que a decisão consiste em dizer se pode ou não julgar. Há duas espécies fundamentais da decisão de mérito, ou seja, a declaração de certeza positiva e a declaração de certeza negativa de delito, de modo que “não se pode castigar sem estar certo de que quem é castigado deve sê-lo porque um delito foi cometido e ele o cometeu”.⁶⁸⁶

É necessário ter em mente que, no dizer de Carnelutti, “antes do processo, existem dois termos desligados”, ou seja, “*o fato abstrato penalmente previsto*”, como, por exemplo, quando o legislador diz que “quem mata um homem deve ser castigado”, e “*o fato concreto*”, isto é, quando um homem efetivamente mata outro, de modo a não se poder castigar quem matou sem vincular estes dois termos. A atividade abrangida pela jurisdição decisória de mérito é fazer essa conjunção, ou seja, uma “confrontação entre o modelo preparado pelo legislador e o fato ocorrido na realidade, confrontação da qual nasce um sim ou um não: existe ou não existe o delito”. O resultado desse trabalho é denominado “*declaração de certeza do delito*”, uma vez que, antes do processo e, mais precisamente, do julgamento, não se sabe ao certo se o fato ocorrido é ou não um delito, de modo que “depois do processo, é certo que foi ou não cometido, isto é, que ocorreu ou não o delito”. Assim, “a declaração de certeza *positiva* do delito é uma condição *necessária* da existência do delito, assim como a declaração de certeza *negativa* é condição

⁶⁸⁵ CARNELUTTI, F. *Ibidem*, v.2, p. 233, 234 e 235.

⁶⁸⁶ CARNELUTTI, F. *Ibidem*, v. 1, p. 138.

suficiente de sua inexistência”, constituindo tanto a condenação quanto a absolvição exercício do poder jurisdicional.⁶⁸⁷

Não se comprova um delito somente para saber se foi ou não praticado, mas para infligir o castigo, razão pela qual a declaração de certeza positiva do delito, no dizer de Carnelutti, “é o *prius* para a aplicação da pena”, aludindo a palavra *condenação* (de *cum-damno*) ao dano, isto é, à lesão do interesse do condenado por meio do castigo. Assim, a consequência dessa declaração de certeza não pertence à fase da execução, mas, sim, da cognição, pois implica, não somente que *um delito* foi cometido, mas *qual delito* foi cometido, referindo-se tanto à sua existência quanto à sua *gravidade*. É o juízo sobre a gravidade do delito que determina a pena, razão pela qual, após a declaração da certeza de um delito, segue-se a declaração da responsabilidade penal de quem o cometeu. Se a declaração de certeza da responsabilidade é chamada de condenação, então a *declaração de certeza positiva do delito* se resolve na *condenação do réu*, sendo, pois, a declaração de certeza positiva do delito e a condenação do réu, assim como o delito e a pena, duas faces da mesma moeda.⁶⁸⁸

A decisão de mérito abrange, como se vê, segundo Carnelutti, uma questão de fato e outra de direito. A primeira está relacionada com a reconstrução do caso particular, culminando na declaração da existência ou da inexistência do fato, atividade esta caracterizada como discricionária, pois a análise da prova, por ser orientada apenas excepcionalmente pelo princípio da prova legal, obedece ao princípio da livre valoração ou do livre convencimento. De qualquer forma, os limites dessa decisão são os limites da imputação, porquanto o processo penal é “governado pelo princípio da *correlação entre a imputação e a decisão*”, não podendo o juiz, no exercício dessa jurisdição, observando esses limites, deixar de absolver ou de condenar o réu. A questão de direito está relacionada com “a *confrontação do fato declarado certo com uma hipótese penal*”, desde que seja

⁶⁸⁷ CARNELUTTI, F. *Ibidem*, v.1, p. 138 e 140, e v.2, p. 239. Se a declaração de certeza do delito for negativa, ocorre a absolvição, o que, no dizer de Carnelutti, “não é outra coisa, na verdade, que o *descobrimto e a declaração de um erro judicial*”, uma vez que, “mesmo que a absolvição seja pronunciada nas primeiras fases do juízo, ela vem depois de um início de processo contra quem mais tarde se reconhece inocente, mas precisamente porque, grande ou pequeno, o processo é uma pena”. (CARNELUTTI, F. *Ibidem*, v.1, p. 145-146).

⁶⁸⁸ CARNELUTTI, F. *Ibidem*, v.1, p. 141.

positiva a declaração anterior sobre a existência do fato, sendo essa uma atividade caracterizada como vinculada.⁶⁸⁹

Em caso de condenação, a cognição realizada na jurisdição decisória de mérito abrange, ainda, a aplicação da pena e a sua respectiva dosagem, por ser esta variável, sendo necessário, pois, no dizer de Carnelutti, que o juiz conheça, entre outras, as circunstâncias do fato, tais como o modo e os motivos da prática delitiva.⁶⁹⁰

2.2.3 A jurisdição executiva

Por fim, compreendem-se na esfera da jurisdição penal executiva, segundo Carnelutti, todos os casos relacionados à vigilância sobre a execução das penas, tais como as relativas ao trabalho externo e ao livramento condicional. O caráter essencialmente jurisdicional da execução, no entanto não aparece claramente porque a execução penal ainda está modelada sobre o esquema da execução civil, tanto que, no que diz respeito à execução civil em matéria penal, como ocorre, por exemplo, quando a condenação imposta em jurisdição principal consiste apenas em pena patrimonial, ou quando, no exercício da jurisdição acessória, houve a imposição de obrigação de pagar importância em dinheiro, ocorre uma contaminação entre as jurisdições penal e civil. Igualmente, no que tange aos incidentes da execução penal, sobretudo os relacionados à identificação da pessoa detida e os atinentes à extinção do delito por institutos como a anistia, são casos em que a jurisdição executiva é contaminada pela jurisdição decisória.⁶⁹¹

⁶⁸⁹ CARNELUTTI, F. *Ibidem*, v.2, p. 244, 249 e 253.

⁶⁹⁰ CARNELUTTI, F. *Ibidem*, v.1, p. 143.

⁶⁹¹ CARNELUTTI, F. *Ibidem*, v.2, p. 265-268.



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE DOUTORADO EM DIREITO**

FRANCISCO BISSOLI FILHO

**LINGUAGEM E CRIMINALIZAÇÃO
A CONSTITUTIVIDADE DA SENTENÇA PENAL
CONDENATÓRIA**

VOLUME II

**CURITIBA
2009**



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE DOUTORADO EM DIREITO**

FRANCISCO BISSOLI FILHO

**LINGUAGEM E CRIMINALIZAÇÃO
A CONSTITUTIVIDADE DA SENTENÇA PENAL
CONDENATÓRIA**

VOLUME II

**CURITIBA
2009**

PARTE II A CONSTITUTIVIDADE DA LINGUAGEM JURÍDICO-PENAL

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Enquanto a primeira parte deste trabalho procura realizar uma introdução ao estudo da linguagem jurídico-penal, esta segunda parte busca aprofundar essa mesma reflexão, focada, no entanto, no papel que a linguagem exerce na sua relação com a realidade, mais especificamente no que tange à sua constitutividade, isso porque, mais que uma função, essa é uma característica que permeia todas as funções, os tipos e as formas de linguagens.

A partir dos aspectos abordados na parte anterior, é possível perceber que a realidade pode ser concebida como se ela já estivesse constituída em relação à linguagem (pré-constitutividade da realidade), conforme se pode depreender tanto das correntes que se orientam pelo paradigma do ser quanto daquelas que se situam no âmbito do paradigma do sujeito ou da consciência. Nessa concepção, a linguagem seria um instrumento de expressão da realidade, por ser um terceiro na relação entre o sujeito e o objeto, tendo, portanto, a função secundária de designação, de indicação, de representação ou de significação da realidade.

Contudo, numa concepção orientada pelo paradigma da linguagem, a realidade é constituída na linguagem, que é, pois, constitutiva (constitutividade da linguagem), pois forma ou cria essa mesma realidade. Essa concepção leva em consideração não somente os usos contextuais da linguagem, como, também, a pré-compreensão do sujeito, que não pode, todavia, abdicar da sua historicidade, sendo essas as condições que dão a dimensão concreta da realidade.

Constitutividade e pré-constitutividade são, pois, dois vocábulos muito presentes, sobretudo, nesta e na parte seguinte, razão pela qual se impõe que se exponham os seus significados, em face dos propósitos do presente trabalho, o que deve ser feito nestas considerações iniciais, uma vez que tais termos farão

parte das exposições dos capítulos seguintes, devendo-se ater ao aspecto de que os significados desses dois termos estão inter-relacionados.

O adjetivo “constitutivo”, segundo Houaiss, revela, entre outros, aquilo “que constitui” ou “que compõe”, ou, ainda, que é algo “constituente” ou “formado”, isto é, “que é a base” ou “o cerne de”, sendo, por isso, “essencial” ou “indispensável”. O verbo “constituir”, por sua vez, indica, entre outros, “ser ou ter como parte principal, a base (de algo), formar(-se), compor(-se)”, ou, ainda, “dar ou dever a existência a; formar(-se), organizar(-se), criar(-se)”, ou, também, “concorrer, com outros elementos, para formar (um todo)”, ou “fundamentar, basear”, ou “colocar (alguém) [em determinada condição]”, ou, por fim, “fazer”.⁶⁹²

Não presente nos dicionários, o termo *constitutividade*, neste trabalho, é um substantivo usado para designar algo qualificado como constitutivo e que, por isso, tem a capacidade de constituir. A *constitutividade* que está na linguagem, designa, assim, o elemento que forma, que compõe, que dá existência ou que cria a realidade.

Assim, enquanto a linguagem em sentido amplo tem uma carga constitutiva da realidade em geral, na linguagem jurídica, a *constitutividade* está relacionada com a realidade jurídica, ou seja, com a existência, com o surgimento, com a formação ou com o ser do próprio direito e, via de consequência, com as condições ou situações que lhe são inerentes, podendo-se dizer que a promulgação de uma lei está relacionada com as condições e situações constitutivas dessa mesma lei. A linguagem jurídico-penal, por sua vez, faz surgir a realidade criminal, o que significa dizer que, sem essa linguagem, as condutas e as pessoas não receberiam qualificações próprias do mundo jurídico-penal, em regra dotadas de sentidos negativos, pois modificam substancialmente o estado dessas condutas e dos seus autores.

Por outro lado, quando se fala em *pré-constitutividade*, está-se referindo a um substantivo que designa uma realidade já constituída ou preexistente ou preestabelecida, isto é, que já foi criada e que existe independentemente da linguagem. Assim, se a *constitutividade* é um atributo, um aspecto, uma qualidade,

⁶⁹² HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, p. 813. No mesmo sentido, FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI*, p. 536.

uma característica ou uma propriedade da linguagem, a pré-constitutividade é um atributo, uma característica, uma qualidade ou uma propriedade da realidade em relação à linguagem, que tem, apenas, a função de designá-la, isto é, de indicá-la, representá-la ou significá-la.

Se a linguagem constitui a realidade, o papel que exerce em face dessa mesma realidade é prioritário, enquanto, se a realidade for considerada como pré-constituída, a linguagem exerce um papel secundário, apenas designando, ou seja, indicando, representando ou significando essa realidade pré-constituída.

O propósito desta segunda parte é, portanto, expor os pensamentos filosóficos, jurídicos e jurídico-penais a partir dos quais essa constitutividade passou a ser ressaltada. Contudo, esse objetivo não poderia ser alcançado, se não houvesse, também, uma reflexão prévia sobre a pré-constitutividade da realidade e a linguagem designativa. Assim, dividida esta segunda parte em dois capítulos, está um deles, isto é, o quarto capítulo, voltado, exclusivamente, à abordagem tanto da pré-constitutividade da realidade nos âmbitos geral, jurídico e jurídico-penal, quanto da linguagem designativa. O quinto capítulo, por sua vez, aprofunda a noção de constitutividade, também nos âmbitos geral, jurídico e jurídico-penal. Como a terceira parte da tese trata, também, da constitutividade da linguagem jurídico-penal, restringiu-se o quinto capítulo à constitutividade abstrata da linguagem jurídico-penal, isto é, tão-somente, à linguagem que se faz presente na criminalização primária ou na constituição do tipo penal como realidade abstrata.

Capítulo IV A PRÉ-CONSTITUTIVIDADE DA REALIDADE E A LINGUAGEM DESIGNATIVA

Apresentação

O presente capítulo trata da pré-constitutividade da realidade em relação à linguagem, tanto no âmbito geral quanto nos âmbitos jurídico e jurídico-penal, uma vez que é inerente à ideia de pré-constitutividade a concepção de que a realidade está dada e que cabe à linguagem, tão-somente, designá-la, isto é, indicá-la, representá-la ou significá-la, atividades estas consideradas secundárias em relação a essa mesma realidade.

O objetivo deste capítulo é, pois, discorrer sobre o pensamento filosófico que considera a realidade como algo pré-constituído ou que existe independentemente da linguagem e que atribui a esta uma função secundária de designação,⁶⁹³ isto é, uma função instrumental de nomeação, de identificação e de distinção das coisas, dos seres ou da realidade.

Essa primeira aproximação acerca da linguagem e de sua relação com a realidade é muito importante para a compreensão da constitutividade da linguagem jurídico-penal e da sentença penal condenatória, objetos da presente tese, pois, conforme assinala Oliveira, a designação, que é o centro das considerações linguísticas tradicionais, “não é um jogo de linguagem propriamente dito, mas apenas uma preparação para isso”, de modo que “temos de saber como manejar, como usar designações para poder aplicá-las”.⁶⁹⁴

Este capítulo está dividido, pois, em três seções distintas, voltadas, respectivamente, à pré-constitutividade e à linguagem designativa nos âmbitos geral, jurídico e jurídico-penal. Assim, enquanto na primeira seção procura-se discorrer sobre o pensamento a partir do qual se construiu a noção de pré-

⁶⁹³ Quando se refere ao caráter designativo da linguagem, está se afirmando, segundo Houaiss, que a linguagem exerce um papel de “indicação” da realidade, ou de sua “representação”, “significação”, “denominação” ou “qualificação”. (HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, p. 995).

⁶⁹⁴ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p. 141.

constitutividade, desde o sofismo, o platonismo, o aristotelismo e o nominalismo, passando pela fenomenologia e chegando ao neopositivismo lógico, na segunda seção, por sua vez, busca-se ressaltar a pré-constitutividade do direito natural e do direito positivo bem como o caráter designativo da linguagem jurídica. Por fim, na terceira seção, discorre-se sobre a pré-constitutividade ou preexistência da realidade criminal em face da linguagem, que tem um caráter meramente designativo dessa realidade.

Seção I

A pré-constitutividade da realidade e a linguagem no âmbito geral

Como já antecipado inicialmente, *pré-constitutividade* é um substantivo que designa uma realidade já constituída, isto é, que indica, representa ou significa uma realidade que preexiste ou que já está preestabelecida em relação à linguagem, sendo, pois, um atributo, um aspecto, uma característica, uma qualidade ou uma propriedade da realidade em relação à linguagem.

Se a pré-constitutividade indica que a realidade é preexistente, ou que já está constituída ou criada em relação à linguagem, então, nesse caso, esta seria, apenas, designativa.⁶⁹⁵ ou seja, teria por função indicar, representar ou significar a realidade. A designação serve, portanto, tão-somente, para indicar, representar ou significar a realidade no processo de comunicação intersubjetiva, ou mesmo, para servir aos processos de reflexão individual, nos quais a linguagem também se faz presente.⁶⁹⁶

A tradição do pensamento filosófico, segundo Oliveira, sempre pressupôs uma “isomorfia entre realidade e linguagem”, pois concebe que “há uma essência

⁶⁹⁵ Para Houaiss, designar é, entre outros significados, “indicar (alguém ou algo) de maneira a distingui-lo de todos os demais; apontar, mostrar”, como, também, “representar, significar”, ou, ainda, “caracterizar por meio de palavra ou expressão, chamar, denominar, qualificar”, de modo que a designação é, entre outros, o “ato ou efeito de designar”, de “indicação de (alguém ou algo) entre os demais”, é uma “representação”, “significação”, uma “indicação por meio de signo não linguístico”, um “símbolo”, uma “caracterização por meio da palavra ou expressão”, uma “denominação”, “qualificação”. (HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, p. 995).

⁶⁹⁶ Ver §1º da Subseção II da Seção I do Capítulo I.

comum a um determinado tipo de objetos”, cabendo às palavras designá-los a partir dessa essência comum, de forma que “a palavra designa, precisamente, não a coisa individual, mas o comum a várias coisas individuais, ou seja, sua essência”. Assim, “para a metafísica clássica, o conhecimento verdadeiro consiste na captação da essência imutável das coisas”, cuja comunicação está a cargo da linguagem, não havendo, para a tradição, portanto, conhecimento verdadeiro sem conhecimento da essência. A linguagem não passa, pois, de um reflexo ou de uma cópia do mundo, razão pela qual “o decisivo é a estrutura ontológica do mundo que a linguagem deve anunciar”, da qual depende a essência da linguagem, pois concebe que “existe um mundo em si que nos é dado independentemente da linguagem, mas que a linguagem tem a função de exprimir”. Nessa visão, então, a principal e até mesmo a única função da linguagem é a designação, função esta que assume duas formas distintas, ou seja, uma que afirma que “as palavras designam pura e simplesmente as coisas singulares, pois, além de coisas singulares e palavras, nada existe”, e, outra, mais forte na tradição ocidental, que sustenta que, com uma palavra, pode-se “designar muitas coisas, porque as palavras designam não coisas singulares, mas a essência comum a muitas coisas”.⁶⁹⁷

Nessa relação da linguagem com o mundo real, segundo Oliveira, busca-se uma linguagem ideal, para que ela possa ser a imagem fiel do real, linguagem esta que haveria de ser “uma linguagem artificial construída segundo o modelo de um cálculo lógico”, que, em última análise, busca “atingir a precisão absoluta no caráter designativo das palavras”. De qualquer forma, a linguagem, na concepção tradicional, é tida como uma atividade complexa que se realiza em duas dimensões, isto é, numa dimensão externa, porquanto se constitui em atos corpóreos de produção de sons, e numa dimensão interna, por serem tais atos de produção de sons acompanhados no interior do espírito por atos que lhe conferem significação, de tal modo que somente o seu produtor tem acesso a eles, sendo interpessoais somente no momento da comunicação, o que revela a abstração da

⁶⁹⁷ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p. 120-121.

comunidade concreta da constituição da linguagem, sendo apenas o seu uso intersubjetivo.⁶⁹⁸

A exposição que segue está relacionada com os principais textos herdados dos filósofos de diversos tempos até o início do século XX, que podem ser agrupados na presente seção, porquanto, ressalvadas as diferenças que caracterizam cada um dos seus pensamentos, são estes caracterizados pela admissão da concepção de que a linguagem tem esse caráter de designação das coisas, exercendo, pois, um papel secundário e instrumental, uma vez que é por meio dela que o homem acessa a realidade e se comunica com os seus iguais.

Entre os autores alinhados com essa concepção designativa da linguagem estão os que se afeiçoam à ontologia tradicional, à filosofia da consciência ou do sujeito e, uma parte dos filósofos da linguagem, especialmente os que se inserem no neopositivismo lógico, os quais sustentam que a linguagem é, também, considerada um meio ou um instrumento secundário a serviço do conhecimento humano. Para esses filósofos, o mundo, uma vez conhecido, exterioriza-se por meio da linguagem, em face, segundo Oliveira, do seu “caráter designativo”, pois as palavras teriam significado à medida que designam objetos, de modo que, “para saber qual é a significação de uma palavra qualquer, temos de saber o que é por ela designado”. A linguagem é, assim, uma “condição de possibilidade da comunicação do resultado do conhecimento humano”, mas não “condição de possibilidade do próprio conhecimento humano”.⁶⁹⁹

Subseção I O sofismo e o caráter arbitrário da designação

Os sofistas, como já visto,⁷⁰⁰ procuram sustentar, de formas diferentes, a aderência entre a linguagem e o ser, ou, dito de outra forma, que a linguagem constitui “um” ser ou “o” ser. Isso lhes permite “*manusear* a linguagem”, sendo

⁶⁹⁸ OLIVEIRA, M. A. de. *Op. Cit.* p. 121-122 e 125.

⁶⁹⁹ OLIVEIRA, M. A. de. *Idem*, p. 119.

⁷⁰⁰ Ver Subseção I da Seção I do Capítulo II.

considerados por Rohden como os primeiros *filósofos da linguagem* que prescindiam da sua dimensão *ontológica*.⁷⁰¹

Já muito cedo, segundo Santos, os sofistas conseguiram vislumbrar as relações da linguagem com o poder, com a onibrangência e com a persuasão, ressaltando, de um modo geral, o poder da linguagem, pois o discurso é um poder soberano que permite chegar ao mais sedutor dos poderes, que é o poder político. Independentemente do tema, os sofistas se propunham a afirmá-lo ou a negá-lo, e porque, em todas as coisas, há duas razões contrárias entre si, bastaria ao autor do discurso decidir por qual das razões optar. A linguagem teria, pois, tão-somente, a função de persuasão,⁷⁰² o que revela o caráter arbitrário da designação.

Para o niilista Górgias, segundo Santos, nada existe, pois o ser teria a idêntica natureza do não-ser. Caso o ser existisse, seria ele incognoscível, pois, aquilo que se pensa não existe como ser, uma vez que o ser não é pensado. Se o ser fosse cognoscível, seria ele incomunicável, isto é, não seria transmissível aos outros.⁷⁰³ Górgias nega, portanto, a dimensão ontológica ao questionar a existência dos seres, os quais, se existentes, não poderiam ser apreendidos por meio dos sentidos, pois são estes que colocam o homem em contato com os objetos exteriores. Como a comunicação ocorre por meio de palavras, não são os seres ou as coisas que são comunicadas, mas o que é falado, não podendo esses seres ou coisas se transmudar no objeto comunicado, assim como o audível não pode tornar-se tátil, de modo que as palavras permanecem, apenas, como um ente a mais entre os entes.⁷⁰⁴

Em outro prisma, restringindo “o ser” somente ao mundo palpável e desconsiderando inúmeras outras realidades formadas pelos atos, pelas gerações e por todo o mundo invisível, Antístenes afirma que somente se pode conhecer o que pode ser captado pelos sentidos humanos. Além disso, segundo Aristóteles, Antístenes concebia que “de cada coisa só se podia afirmar sua própria noção,

⁷⁰¹ ROHDEN, Luiz. *O poder da linguagem*, p. 41.

⁷⁰² SANTOS, Fausto dos. *Filosofia aristotélica da linguagem*, p. 65-61.

⁷⁰³ SANTOS, F. dos. *Op. Cit.* p. 70.

⁷⁰⁴ SANTOS, Fausto dos. *Idem*, p. 73.

uma noção única de uma coisa única”.⁷⁰⁵ O conhecimento das coisas, nessa concepção, conforme Santos, deve ficar “restrito ao seu próprio nome”, sendo a investigação dos nomes o princípio da instrução, não se podendo contradizer e dizer o falso, porque “cada palavra expressa o verdadeiro”, pois, se quem fala diz algo e se quem diz algo diz o ser, logo, “quem diz o ser, exprime o verdadeiro”.⁷⁰⁶

Afirmando Antístenes que “o logos é o ser”, não podendo, pois, deixar de expressá-lo, e Górgias, que “o logos é um ser”, não podendo expressar nada além dele mesmo, segundo Santos, ambos, embora de formas diferentes, sustentam um princípio comum, ou seja, o princípio da aderência plena entre a linguagem (a palavra ou o nome) e o ser. Existiria, pois, uma relação imediata entre esses dois referentes que, na verdade, seriam um só, uma vez que, nessa concepção, quem tem a palavra tem o ser, princípio este que conduz, simultaneamente, a dois extremos, pois, se, para Górgias, a verdade não pode ser expressa pela linguagem, para Antístenes, esta somente expressa a verdade.⁷⁰⁷

Os modos de pensar de Górgias e Antístenes, no entanto, no que concerne ao papel da linguagem, não se confundem com os modos de pensar dos filósofos do ser e do sujeito nem tampouco dos filósofos da linguagem, pois, conforme se pode perceber, enquanto, para aqueles, a linguagem é “um” ou “o” ser (princípio da aderência da linguagem ao ser), para estes, expressa, refere ou constitui o ser. Uma linguagem concebida de tal maneira, segundo Santos, não remete para nada além de si mesma, tornando as pessoas prisioneiras dos nomes, “que apenas *espelham* as coisas nomeadas”.⁷⁰⁸ Não se pode deixar de reconhecer, no entanto, que, se, por um lado, Górgias e Antístenes abrem um espaço importante para a reflexão acerca do caráter da linguagem, por outro, a confusão que fazem desta com o ser possibilita o seu uso arbitrário no jogo da persuasão, uma vez que a linguagem, sendo autorreferencial, não se refere a um ser ou à realidade.

⁷⁰⁵ ARISTÓTELES. *Metafísica*, v. 2, p. 261.

⁷⁰⁶ SANTOS, Fausto dos. *Filosofia aristotélica da linguagem*, p. 63-67.

⁷⁰⁷ SANTOS, F. dos. *Op. Cit.* p. 77 e 118.

⁷⁰⁸ SANTOS, F. dos. *Idem*, p. 67-68.

Subseção II

O platonismo e a busca da designação correta

Os problemas decorrentes da confusão entre a linguagem e o ser e do caráter arbitrário da designação herdados dos sofistas começaram a ser amenizados pelo debate existente no *Crátilo* de Platão, que contrapõe duas teorias, isto é, o convencionalismo de Hermógenes e o naturalismo de Crátilo. Ambas as posições, contudo, encerram concepção única acerca da pré-constitutividade da realidade, em face da qual a linguagem aparece separadamente, uma vez que aquela já está pré-constituída, servindo esta, apenas, para designá-la.

Partindo do pressuposto de que o ser está pré-constituído em relação à linguagem, o debate trata dos limites ou da forma dessa designação, ou seja, o que Platão busca é a correção no ato de designar. Assim, enquanto Crátilo afirma que “cada um dos seres tem um nome correto que lhe pertence por natureza”, sendo esse nome, portanto, sempre verdadeiro, Hermógenes sustenta que a correção dos nomes é uma questão simplesmente de convenção, acordo e uso da linguagem, sendo correto “aquele nome que alguém puser a uma coisa”, de modo que, mesmo que houver uma mudança desse nome, “o segundo em nada será menos correto do que o primeiro”.⁷⁰⁹ Há, no naturalismo, portanto, uma limitação maior, pois somente seriam corretos os nomes atribuídos às coisas em virtude da sua natureza, cabendo ao homem descobri-los a fim de poder expressá-los, enquanto, no convencionalismo, essa correção não está estabelecida pela natureza das coisas, mas é decorrente da convenção ou dos usos dos nomes.

Tendo como insuficientes essas duas posições, Platão se opõe à tese Hermógenes por haver discursos verdadeiros e falsos, e porque as coisas, por sua natureza, “têm uma certa entidade estável”, razão pela qual a ação de nomear deve, também, ser realizadas conforme a sua própria natureza.⁷¹⁰ Resultaram fracassadas, contudo, as suas tentativas de recorrer à origem divina dos nomes e

⁷⁰⁹ PLATÃO. *Crátilo*, p. 43-44.

⁷¹⁰ PLATÃO. *Op. Cit.*, p. 45-53.

à sua decomposição em nomes primitivos e derivados para demonstrar a estabilidade das coisas e dos nomes. É que tais investigações, segundo Santos, demonstram um efeito oposto, ou seja, de que, na grande maioria das etimologias investigadas, há “inequívocos sinais de movimento”,⁷¹¹ reconhecendo Platão que, ao invés de permanecerem inertes, as coisas se movem, sendo agitadas por um fluxo universal.⁷¹² Isso, para Santos, implica a proliferação das estratégias de transformação e interpretação dos nomes e, via de consequência, a refutação da tese naturalista da origem dos nomes,⁷¹³ a partir da distinção entre os “nomes” e as “coisas”. Concebido o nome como “uma imitação da coisa”, seriam verdadeiras, somente, as imitações corretas ou semelhantes e falsas as suas imitações incorretas ou dessemelhantes em relação às coisas. No entanto, se os nomes fossem semelhantes às coisas em todos os seus aspectos, estas se tornariam duplas e ninguém poderia dizer, acerca de nenhuma delas, se é a própria coisa ou o seu nome. Assim, diferentemente de Crátilo, para Platão, é possível dizer verdades e falsidades, pois os nomes podem ser corretos ou incorretamente atribuídos,⁷¹⁴ representando as coisas, segundo Santos, apenas “por espécie de *semelhança*, e não por uma pretensa igualdade”. Admite-se, assim, a possibilidade de um nome ser bem compreendido por aqueles que o usam, mesmo que a representação não esteja em pleno acordo com as propriedades características da coisa representada. Isso poderia ser explicado pelo costume, que é considerado uma espécie de convenção, caindo por terra, dessa forma, o principal suporte do naturalismo estrito sustentado por Crátilo, uma vez que se passa a admitir certa convencionalidade na correção dos nomes.⁷¹⁵

Como o costume e a convenção podem manifestar a correção tanto dos nomes que sejam semelhantes às coisas quanto daqueles que são dessemelhantes, Platão procura esclarecer a questão por outro ângulo, introduzindo o saber na sua reflexão, pois “aquele que sabe o que é o nome saberá também o que são as coisas”. Assim, se a investigação sobre as coisas

⁷¹¹ SANTOS, José Trindade dos. Introdução, p. 15.

⁷¹² PLATÃO. *Crátilo*, p. 83.

⁷¹³ SANTOS, José Trindade dos. Introdução, p. 16.

⁷¹⁴ PLATÃO. *Crátilo*, p. 110-111 e 113.

⁷¹⁵ SANTOS, Fausto dos. *Filosofia aristotélica da linguagem*, p. 36-37.

seguir atrás dos nomes, ou seja, se buscar o exame do que quer dizer cada um deles, é possível que haja enganos, pois “aquele que primeiro estabeleceu os nomes, os estabeleceu segundo aquilo que pensava serem as coisas”. Deve-se, pois, admitir a possibilidade de erro na atribuição dos nomes, de modo que, “se aquele que estabeleceu os nomes estiver inicialmente enganado e houver obrigado os outros a concordar com ele, nada haverá de estranho nisso, pois, uma vez estabelecido o princípio de todas as coisas, as restantes parecerão segui-las. Além disso, é possível que, ao estabelecer nomes, não se tenha necessariamente o conhecimento das coisas para as quais os estabelecia, isso porque não poderão ser aprendidas ou descobertas as coisas, se ainda não estão atribuídos os nomes primitivos. Passa-se a sustentar, assim, que “o poder que estabeleceu os nomes primitivos para as coisas era mais do que humano, de tal maneira que é necessário que eles estejam corretos”. Portanto, não é a partir dos nomes, mas das coisas em si que estas devem ser aprendidas e investigadas, devendo-se admitir que o conhecimento das coisas não passa pelo conhecimento dos seus nomes, pois os nomes primitivos foram estabelecidos sem o conhecimento do “legislador dos nomes”,⁷¹⁶ o que, segundo Santos, impõe que se reconheça o que anteriormente foi dito no sentido de que a justa correção dos nomes não pode repousar única e exclusivamente na investigação dos nomes, mas, sim, nas coisas mesmas.⁷¹⁷

Todavia, para Platão, “se todas as coisas mudam e nada permanece” e se a própria forma de saber variar, “nunca haverá saber e, por este argumento, não haverá quem saiba, nem algo a ser sabido”.⁷¹⁸ Com essa afirmação, segundo Santos, Platão deixa transparecer que acredita que as coisas devem possuir, de alguma forma, algo que nelas permaneça, de modo a possibilitar um conhecimento sobre elas. A aceitação da tese do fluxo universal obsta, portanto, a possibilidade do conhecimento, já que a própria noção platônica de conhecimento carrega em seu bojo a necessidade da permanência. Deixa-se antever, assim, que “a justa correção dos nomes não é algo que se explicita sem a fundamentação de

⁷¹⁶ PLATÃO. *Crátilo*, p. 117-123.

⁷¹⁷ SANTOS, Fausto dos. *Filosofia aristotélica da linguagem*, p. 39.

⁷¹⁸ PLATÃO. *Crátilo*, p. 124-125.

uma teoria do conhecimento⁷¹⁹ que seja “capaz de mostrar ao mesmo tempo como os falantes se exprimem e *comunicam* uns com os outros, conseguindo ainda *conhecer* a realidade”. A caminhada, como se percebe, é no sentido de uma descoberta do sujeito da linguagem, pois, “demonstrada a possibilidade de engano na atribuição, a imitação passa das entidades para os nomes e destes para a mente do falante”.⁷²⁰

Não aceitando um naturalismo extremado, isto é, que busca descobrir a significação das palavras nas formas dos sons, Platão, segundo Oliveira, apresenta uma tese intermediária acerca da “essência da linguagem e de sua função no conhecimento humano”, afirmando que, apenas, há ou que deve haver certa afinidade natural entre o som e sua significação. Assim, as palavras não imitariam os sons, mas apresentariam a essência das coisas, sendo justas e certas à medida que trariam as coisas à apresentação, pois as coisas possuem qualidades objetivas, relações e diferenças em si mesmas. Dessa forma, falar sobre as coisas é também uma ação que se realiza com elas, razão pela qual não se pode agir arbitrariamente, mas se devem observar as regras da essência das coisas, havendo, portanto, uma ordem objetiva, isto é uma verdadeira ordem das coisas que, uma vez percebida, seria a norma da retidão da linguagem, cabendo à linguagem expressar corretamente essa ordem objetiva.⁷²¹ A linguagem surge, assim, como um *aspecto* do conhecimento, um instrumento, um tanto quanto imperfeito para designar aquilo que se conhece sem o seu auxílio.

As possibilidades platônicas de acessar a realidade sem nomes e de distinguir o falso do verdadeiro, segundo Santos, dão-se pela “contemplação” das ideias, cabendo à linguagem, no discurso, apresentar ou desvelar, aquilo que foi apreendido pelo intelecto. Assim, se esse desvelamento é possível, também o é o

⁷¹⁹ SANTOS, Fausto dos. *Filosofia aristotélica da linguagem*, p. 30-40.

⁷²⁰ SANTOS, José Trindade dos. Introdução, p. 30 e 38.

⁷²¹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p. 18-19. Como deixa claro Santos, “a lógica platônica não se restringe ao plano puramente semântico, mas possui antes um alcance metafísico”, sendo, desde sempre, “uma ontologia”, pois a discussão se move no campo do ser. (SANTOS, Fausto dos. *Filosofia aristotélica da linguagem*, p. 41).

seu ocultamento, o que demonstra que, em Platão, a linguagem não é o fundamento da verdade,⁷²² pois está em relação a esta em posição secundária.⁷²³

Em suma, pode-se dizer que, no *Crátilo*, a realidade está preestabelecida ou pré-constituída, cabendo ao instituidor dos nomes atribuir o nome correto às coisas, com base na sua essência (naturalismo) ou no uso convencional (convencionalismo). O caráter designativo da linguagem ou dos nomes está presente, assim, tanto no convencionalismo quanto no naturalismo linguístico, pois a realidade está constituída como tal, cabendo aos nomes, apenas, expressá-la, possibilitando a informação e a distinção entre as diversas coisas. Nessa concepção, apenas os critérios de aferição da correção dos nomes são diferentes, de modo que no convencionalismo essa correção está relacionada ao uso dos nomes e, no naturalismo, à essência das coisas nomeadas.

Subseção III O aristotelismo e a designação apofântica

Também Aristóteles, a exemplo de seu mestre Platão, constrói uma concepção linguística que procura romper com a herança sofística, cujas teses, segundo Oliveira, estão concentradas em duas direções, isto é, uma que acentua a “diferença entre a linguagem e o ser”, caminhando, pois, na mesma linha da concepção platônica, segundo a qual a linguagem tem um papel secundário em relação ao ser e, por isso, estaria relacionada, proximamente, com o caráter designativo da linguagem; e outra que, contrariando a perspectiva platônica, procura retratar o papel mediador desempenhado pela linguagem na reflexão filosófica em relação ao ser e que, portanto, abre as portas para o reconhecimento do caráter constitutivo da linguagem,⁷²⁴ como se percebe quando Aristóteles sustenta ser o princípio da não-contradição o princípio dos princípios.

⁷²² SANTOS, F. dos. *Op. Cit.* p. 43-44.

⁷²³ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p. 28.

⁷²⁴ OLIVEIRA, M. A. de. *Op. Cit.* p. 26-28.

Interessam, para a compreensão da pré-constitutividade, as teses que caminham na primeira direção, em que Aristóteles se contrapõe não somente ao princípio sofístico da aderência entre a linguagem e o ser, mas também ao convencionalismo hermogeniano, procurando sustentar o primado da proposição como célula apofântica, por encerrar esta verdade ou falsidade. Além disso, Aristóteles procura ressaltar as sutilezas que envolvem a linguagem, sobretudo o que diz respeito à sua condição dialética e polissêmica, possibilitando uma evolução para o conceito de essência como princípio da substância.

As teses de primeira direção, que estão relacionadas com o caráter designativo da linguagem, procuram refutar o princípio sofista da aderência entre a linguagem e o ser, sustentando que, entre as palavras e as coisas, não há uma ligação imediata, mas uma mediação dos estados da alma, e que os nomes não são coisas, mas, apenas, símbolos.

No pensamento aristotélico, explica Santos, tanto o nome quanto o verbo e a frase são, por princípio, “sons que possuem uma significação arbitrária, instaurados convencionalmente”, não levando a frase em consideração a verdade ou falsidade de seus proferimentos, de modo a se poder afirmar que a “linguagem é *um conjunto de sinais convencionais*”. Todavia, lembra que se deve distinguir o convencionalismo linguístico aristotélico do convencionalismo linguístico hermogeneano, pois, enquanto este se baseia na concepção de que cada homem, medida de todas as coisas, estaria apto a convencionar a designação das coisas longe do padrão de verdade ou falsidade, o convencionalismo de Aristóteles está mais preocupado em determinar “o *princípio regente* da linguagem”, isto é, com a investigação da “essência” dessa potencialidade que torna o homem tão diferente dos demais animais, sendo as coisas medida da verdade ou falsidade, cabendo ao homem, tão-somente, acessar a estrutura inteligível dos entes para deles extrair o conhecimento, sendo a linguagem, assim, o veículo da efetivação desse conhecimento.⁷²⁵ Está clara, pois, a pré-constitutividade da realidade, uma vez que cabe ao homem, apenas, acessar a essência desta, para poder expressá-la por meio da linguagem. O nome, em Aristóteles, diversamente da concepção dos

⁷²⁵ SANTOS, Fausto dos. *Filosofia aristotélica da linguagem*, p. 88 e 89.

sofistas, não é uma coisa, mas um símbolo, pois “nenhum som é *naturalmente* um nome”, convertendo-se em um quando se torna um símbolo. Assim, nenhum ruído inarticulado, como aqueles produzidos pelos animais, embora possam significar alguma coisa, pode ser considerado um nome.⁷²⁶

Na concepção aristotélica, a linguagem tem dupla estrutura, pois, conforme Santos, é formada pelos seus elementos sensíveis (estrutura material) e pela essência das coisas a ser captada pela inteligência humana (estrutura formal). A análise da linguagem deve compreender, pois, tanto a sua capacidade de significar objetos quanto o que se pensa a respeito deles, como, ainda, “a capacidade de *significar verdadeiramente* esta relação entre a linguagem, o mundo e o pensar”.⁷²⁷ Essa tríplice relação fica evidenciada quando Aristóteles diz que os sons emitidos pela fala são símbolos das paixões da alma (criações do pensar), assim como os caracteres escritos, formando palavras, são os símbolos dos sons emitidos pela fala, de forma que, como a escrita, também a fala não é a mesma em toda parte e para todas as raças humanas, embora as paixões da alma, das quais esses sons falados e caracteres escritos são originalmente signos, são as mesmas em toda parte ou para toda a humanidade, como são também os objetos dos quais essas paixões são representações ou imagens.⁷²⁸

A linguagem, para Aristóteles, segundo Santos, consiste em “dizer algo sobre algo”, embora não seja possível haver uma perfeita identidade entre o que se diz e a coisa referida.⁷²⁹ Assim, é necessário saber como a linguagem é capaz não apenas de significar as coisas, mas de dizer delas aquilo que elas realmente são, ou seja, a verdade.

Pertencente à dimensão proposicional, a verdade, na visão aristotélica, está encerrada na proposição, a células apofântica, pois é esta, somente, capaz de ser portadora de verdade ou falsidade, uma vez que somente ela está sujeita à verificação.⁷³⁰ Sustenta-se, com base nela, o primado do discurso apofântico,

⁷²⁶ ARISTÓTELES. Da Interpretação, p. 82.

⁷²⁷ SANTOS, Fausto dos. *Filosofia aristotélica da linguagem*, p. 94.

⁷²⁸ ARISTÓTELES. Da Interpretação, p. 81.

⁷²⁹ SANTOS, Fausto dos. *Filosofia aristotélica da linguagem*, p. 97.

⁷³⁰ ARISTÓTELES. Da Interpretação, p. 84.

conferindo-se um destaque especial ao verbo “ser”,⁷³¹ pois, no dizer de Santos, é por meio desse verbo que os elementos semânticos são relacionados e combinados adequadamente entre si”, sendo capazes de dizer algo sobre algo de modo a serem verificados. A verdade, segundo Aristóteles, ocorre quando há a união entre o sujeito e o atributo e a falsidade, quando isso não ocorre.⁷³²

Entre as sutilezas que envolvem a linguagem, Aristóteles dedica-se, especialmente, às suas condições dialéticas e à polissemia. Aquelas, segundo Santos, são as condições que possibilitam a linguagem atingir a verdade das coisas, pois, assim como as experiências químicas dependem de condições adequadas de temperatura e pressão, também a linguagem depende de condições especialíssimas rigorosas para um dizer verdadeiro. Essas condições são dificultadas pelo cotidiano, porquanto, dado o processo de comunicação, como dito anteriormente, a linguagem não se resume em dizer algo sobre algo, mas, antes, “em *dizer algo sobre algo a alguém*”, de modo que, no diálogo, a atenção dos interlocutores está mais voltada ao que se diz, ou seja, à própria linguagem e não às coisas mesmas, o que configura uma especificidade da linguagem dialógica.⁷³³

A polissemia, por sua vez, segundo Aristóteles, está ligada à infinidade das coisas por um lado, e às limitações da linguagem por outro, o que impõe que se fale no “geral”, não havendo, por isso, semelhança entre os nomes e as coisas, de modo que a mesma expressão e um único nome têm necessariamente que significar muitas coisas.⁷³⁴ Isso causa dificuldades às definições, uma vez que as palavras são empregadas em relação a outras coisas que não as que se está definindo, pois quem define não poderá cunhar novos nomes, porque, nesse caso, a definição ficaria incompreensível, sendo correta a aplicação de um mesmo termo para referir-se a coisas distintas.⁷³⁵

Em face dessas sutilezas e dificuldades relacionadas à finidade dos nomes e a infinidade das coisas, não se pode esperar, conforme ressalta Santos, a

⁷³¹ ARISTÓTELES. *Metafísica*, v. 2, p. 213.

⁷³² ARISTÓTELES. *Op. Cit.*, p. 431.

⁷³³ SANTOS, F. dos. *Op. Cit.* p. 102-103.

⁷³⁴ ARISTÓTELES. *Refutações sofísticas*, p. 546.

⁷³⁵ ARISTÓTELES. *Metafísica*, v. 2, p. 355.

“*univocidade semântica*”.⁷³⁶ Essa falta de univocidade semântica é encontrada, sobretudo, segundo Aristóteles, na homonímia,⁷³⁷ ou seja, “quando as coisas têm apenas um nome em comum e a definição de essência correspondente ao nome é diferente”.⁷³⁸ Nesse caso, a equivocidade se relaciona ao referente ou ao significado ou mesmo à pluralidade de significações de um mesmo termo. A equivocidade relativa ao referente ou ao significado, isto é, que decorre da relação entre a linguagem e as coisas (ou o mundo), é um vício essencial e uma marca indelével na estrutura dessa mesma relação, de modo que, mesmo sendo as coisas infinitas e singulares e limitada e finita a linguagem que se utiliza para a elas se referir, nada impede a comunicação entre os homens.⁷³⁹ A equivocidade relativa à homonímia pode causar problemas no cotidiano das pessoas, pois, nem sempre, é possível saber, porquanto nem sempre fica claro, a que se refere o interlocutor quando usa um determinado termo. Assim, Aristóteles adverte para o fato de que um significado pode ser verdadeiro num contexto, mas não em outro, significando alguma coisa que tanto é como não é,⁷⁴⁰ razão pela qual sustenta que o exame dos vários significados de um termo mostra-se útil tanto em benefício da clareza quanto também para que seus silogismos possam ser dirigidos à coisa real e não ao nome pelo qual é designada, garantindo-se, assim, que o estado da alma que anima quem pergunta seja semelhante ao daquele que responde.⁷⁴¹

A pretensão de Aristóteles é fazer com que a linguagem seja apofântica, isto é, que uma proposição declarativa diga algo sobre o que já esteja definido e não que defina algo ao dizer, pois, para esse autor, “o *ser* precede o *dizer*”,⁷⁴² o

⁷³⁶ SANTOS, Fausto dos. *Filosofia aristotélica da linguagem*, p. 104.

⁷³⁷ Aristóteles se refere, ainda, às palavras “sinônimas”, “quando não só têm o mesmo nome, como este nome significa o mesmo em cada caso”, ou seja, “apresenta a mesma definição correspondente”; e às “parônimas”, “quando as coisas extraem seu próprio nome de uma outra, recebendo uma nova forma verbal”. (ARISTÓTELES. *Categorias*, p. 39).

⁷³⁸ ARISTÓTELES. *Op. Cit.* p. 39.

⁷³⁹ SANTOS, Fausto dos. *Filosofia aristotélica da linguagem*, p. 105-106.

⁷⁴⁰ ARISTÓTELES. *Refutações sofísticas*, p. 585.

⁷⁴¹ ARISTÓTELES. *Tópicos*, I 1, p. 370. Esses mesmos procedimentos devem ser adotados nas reflexões individuais, isto é, nas que não contam com a participação de um interlocutor, porquanto, mesmo quando se investiga algo por si mesmo sem o auxílio do diálogo com o outro, não se deixa de correr o risco de guiar-se mais pelas palavras do que pelas coisas mesmas, até mesmo porque quem foi induzido a erro por uma outra pessoa poderia incorrer nesse mesmo erro no âmbito do seu próprio intelecto. (ARISTÓTELES. *Refutações sofísticas*, p. 578).

⁷⁴² SANTOS, Fausto dos. *Filosofia aristotélica da linguagem*, p. 107.

que se constitui em uma concepção da linguagem que revela o caráter designativo da linguagem, pois parte do pressuposto que a realidade ou o ser está pré-constituído. Além de orientar-se pelo princípio da distância entre a linguagem e o ser, embora não perca aquela contato com este, pois é significativa, Aristóteles diz que, sob condições especiais, é possível essa significação agregar a verdade, o que seria aproximar a linguagem ao ser, tornando ambos semelhantes.⁷⁴³

É, pois, na concepção do “ser” que está a origem da filosofia ontológica da linguagem em Aristóteles, cujo conceito, por sua vez, remete a uma pluralidade significativa, de modo que, se a linguagem é polissêmica, também “o ser se diz em múltiplos significados”. Distinguem-se, assim, o “ser accidental”, que seria aquilo que não existe sempre nem na maioria das vezes; o “ser em si”, que está mais relacionado à “essência” ou “substância”, razão pela qual é tido como “o ser por excelência”; o “ser da linguagem”, que está relacionado ao ser do dizer verdadeiro e do dizer falso; e, por fim, o “ser como ato” e o “ser como potência”, cujos conceitos podem ser aplicados às conceituações antes mencionadas, pois é possível dizer que vê tanto quem “pode” ver como quem “vê em ato”.⁷⁴⁴

Um segundo aspecto das concepções aristotélicas do ser está relacionado com a “substância”, a partir da qual é construído o conceito de essência. Aristóteles procura investigar a natureza da substância, segundo Santos, para verificar se existe outra substância além das sensíveis e inteligíveis, distinguindo nessa busca, a matéria, a forma e a essência. Num sentido mais vago e comum, a substância é identificada com a matéria, pois aparece mais manifesta nos corpos, embora os predicados primeiros da substância não pareçam determinados pela matéria. Um exemplo disso é a qualidade da doçura da torta, que não parece eliminada se forem abstraídos a sua massa, o seu recheio e o seu glacê, podendo ser encontrada na goiabada que está na geladeira. As coisas concretas, também, não são constituídas de pura matéria indeterminada, pois “há uma *forma* que subsiste a todas determinações materiais”, devendo, assim, “a substância, de maneira geral, ser compreendida em seu duplo aspecto, isto é, ‘o *material* e o *formal*”, o que permite a compreensão de todas as coisas sensíveis, sendo a

⁷⁴³ SANTOS, F. dos. *Op. Cit.* p. 118.

⁷⁴⁴ ARISTÓTELES. *Metafísica*, v. 2, p. 131, 214-215, 275 e 289

consideração isolada da matéria “mera possibilidade indeterminada, quase um não ser”. Há, no entanto, “uma prioridade intelectual da *forma* em relação à *matéria*”, de modo que o que individua a matéria, alçando-a do ser em potência ao ser em ato, é a *forma* que ela adquire ao se atualizar, forma esta que não necessariamente precisa ser a plástica, pois é “o *princípio intelectual* que informa a matéria, estruturando-a e organizando-a para que ela seja *isto* ou *aquilo*, um *algo determinado*”,⁷⁴⁵ algo que, como diz Aristóteles, “não é um elemento, mas a causa” ou “a substância de cada coisa” ou, ainda, “a causa primeira do ser”.⁷⁴⁶

Levando em consideração os diversos sentidos antes mencionados da palavra substância, Santos organiza-os hierarquicamente, afirmando que a substância, num nível inferior, “é a *matéria*, ainda que como mera possibilidade substancial”; num nível intermediário, “é o *sínolo*, composto de matéria e forma que individualiza os sensíveis concretos”; e, por fim, na mais alta instância ou em sentido pleno, “substância é a *forma*, a natureza inteligível das coisas”, ou seja, “a *essência do ser*, aquilo através do qual todos os outros modos do ser *são*”.⁷⁴⁷

Em face das dificuldades relacionadas à investigação da “essência”, Aristóteles concentra nesta a sua reflexão,⁷⁴⁸ por ser ela, conforme Santos, o princípio que abarca todos os demais sentidos da substância, ou seja, “o princípio estruturante *imanente* às próprias coisas” ou, ainda, “é *algo cognoscível das coisas*” e “não um objeto contemplado metaempiricamente”. A fórmula da essência é a definição, que se constitui num “daqueles momentos em que a linguagem mais

⁷⁴⁵ SANTOS, Fausto dos. *Filosofia aristotélica da linguagem*, p. 128-129.

⁷⁴⁶ ARISTÓTELES. *Metafísica*, v. 2, p. 365. Aristóteles diz que, “de certo modo, até dos contrários a forma é a mesma: de fato, a substância da enfermidade, por exemplo, é a saúde, porque a enfermidade se deve à ausência de saúde; ao contrário, a saúde é a forma presente na alma < do médico > e < portanto > é a ciência. Ora, o sadio se produz de acordo com o seguinte raciocínio: posto que a saúde consiste em algo determinado, para se obter a cura é necessário que se realize algo determinado, por exemplo, certo equilíbrio < das funções do corpo > e, ulteriormente, para realizar esse equilíbrio é preciso certo calor; e o médico continua a raciocinar desse modo até chegar, finalmente, ao que está em seu poder produzir. O movimento realizado pelo médico, isto é, o movimento que tende a curar chama-se produção. Segue-se daí que, em certo sentido, a saúde gera-se da saúde e a casa gera-se da casa; entenda-se: a material da imaterial. De fato, a arte médica e a arte de construir são, respectivamente, a forma da saúde e da casa” (ARISTÓTELES. *Op. Cit.* p. 313).

⁷⁴⁷ SANTOS, Fausto dos. *Filosofia aristotélica da linguagem*, p. 129-130. Santos explica, ainda, que o termo “forma” é utilizado por Aristóteles em contraposição à matéria, ao analisar a substância na terminologia analítica do *sínolo*, “mas, quando passa a considerá-la como causa ou como *princípio causal* abstraído do *conjunto* substancial edificador das coisas concretas sensíveis, prefere empregar o termo traduzido pelos latinos por *essência*” (SANTOS, F. dos. *Op. Cit.* p. 131).

⁷⁴⁸ ARISTÓTELES. *Metafísica*, v. 2, p. 295.

se aproxima do ser próprio das coisas”, pois, “embora o *ser* seja dito de muitos modos”, todos esses modos são ditos em referência última à *substância*. Como a substância também pode ser dita sob vários aspectos, será dita em sentido primário e simples em referência ao seu *princípio causal*, isto é, que corresponde àquele “algo determinado apreendido intelectivamente e expresso simbolicamente através da linguagem na definição”.⁷⁴⁹

Em síntese, é nessa abordagem ontológica da linguagem, também denominada realismo clássico ou realismo aristotélico, que Aristóteles sustenta que existe uma distância entre a linguagem e o ser, mas, também, que há uma relação entre ambos centrada no ser, a partir da qual constroi uma teoria da significação que desemboca na proposição, que é a dimensão da linguagem suscetível de verificação.

Assim como o platonismo, o pensamento aristotélico constitui a base de um saber que viria a influenciar o pensamento filosófico entre os séculos IV a.C. e XIX.⁷⁵⁰

Subseção IV O nominalismo e a designação singular

A relação entre a linguagem e as coisas, embora mantenha a tradição do caráter designativo da linguagem, tem, durante a Idade Medieval,⁷⁵¹ no

⁷⁴⁹ SANTOS, Fausto dos. *Filosofia aristotélica da linguagem*, p. 131-135.

⁷⁵⁰ No dizer de Streck, pode-se dizer que acompanham essa mesma concepção, apesar das particularidades que diferenciam cada um dos seus pensamentos, entre outros, Agostinho, Aquino, Descartes, Spinoza, Leibniz, Kant, Fichte, Schelling e Hegel [STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, 125].

⁷⁵¹ Kristeva esclarece que a Idade Média é marcada por dois fenômenos da esfera da linguagem: o primeiro seria o despertar do interesse linguístico pelas línguas “bárbaras”, o que resultará, entre outros, na elaboração de alfabetos para essas línguas e de traduções das Escrituras; o segundo, é o desenvolvimento de uma teoria da significação baseada no cristianismo, na tradição greco-latina e na teoria gramatical. Segundo Kristeva, “as gramáticas *especulativas* da Idade Média concebiam o estudo da linguagem como um espelho (*speculum*), que refletia a verdade do mundo diretamente inacessível”. Distinguem-se a gramática e a lógica, de modo que esta “tende a distinguir o verdadeiro e o falso, enquanto que a gramática capta as formas corretas que o pensamento toma na linguagem”, ou, por outras palavras, “a relação semântica entre o conteúdo e a forma”. Kristeva ressalta, por fim, que a Idade Média também foi marcada pela discussão entre realistas e nominalistas, de modo que os primeiros, representados por Scot, defendiam a tese de Platão e Santo Agostinho, no sentido de que as coisas são apenas exteriorização da realidade do ser infinito, enquanto os

nominalismo ockhamiano, uma contribuição importante, uma vez que, por distinguir claramente as palavras e as coisas, compreendendo aquelas apenas como signos destas, possibilitou a conclusão de que as coisas, por definição, podem apenas ser simples, isoladas, separadas, seres únicos ou distintos.

Assim, conforme Villey, os gêneros, as formas comuns, as relações que, em Aristóteles, pertencem ao mundo do “ser”, em Ockham, passam a ser “apenas conceitos, instrumentos, etapas no caminho do conhecimento e da realidade exclusivamente singular, isto é, apenas um começo de conhecimento nebuloso dos indivíduos”. Isso significa dizer que “universais e relações são apenas instrumentos de pensamento”, de modo que, para o nominalismo, no mundo real, não existe nada acima dos indivíduos, não resultando dúvida, pois, que a posição ockhamiana é diversa da tese aristotélica.⁷⁵²

Concebendo as palavras e os conceitos como “sinais das coisas”, Ockham, segundo Ghisalberti, denomina *categoremáticos* os termos que possuem significado preciso ou que estejam definidos de uma vez por todas, e, *sincategoremáticos* os termos que não significam nada de definido ou que não evocam à mente nada de determinado, como, por exemplo, todo, nenhum, algum, tudo.⁷⁵³ Os termos categoremáticos são divididos, entre outros, em absolutos e conotativos, sendo os primeiros os que exprimem “seu objeto diretamente, sem significar ao mesmo tempo, direta ou indiretamente, qualquer outra coisa”, como, por exemplo, animal. Sua importância está “evidenciada pelo fato de que são o resultado de um contato direto e imediato do intelecto com as coisas, fruto de um ato de abstração operada pela própria realidade”. Os termos conotativos, por sua vez, significam uma coisa diretamente e outra indiretamente, implicando “sempre uma combinação de conceitos” e tendo “um significado composto”, como, por exemplo, branco. Assim, enquanto os termos absolutos oferecem uma definição real, ou como as coisas são, exprimindo, portanto, a essência da coisa, o termo

nominalistas, representados por Ockham, Abelardo e São Tomás de Aquino, “defendiam a existência real das coisas particulares, e consideravam que o universal só existia na alma dos sujeitos conhecedores, pondo em dúvida, a equivalência entre as ideias e as palavras” (KRISTEVA, Julia. *História da linguagem*, p. 191, 195 e 199).

⁷⁵² VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, p. 227-231.

⁷⁵³ GHISALBERTI, Alessandro. *Guilherme de Ockham*, p. 40-41.

conotativo comporta uma definição nominal, ou seja, “diz que coisa eu penso a respeito de uma determinada coisa”.⁷⁵⁴

A posição sustentada por Ockham não altera a noção de pré-constitutividade da realidade em relação à linguagem e nem o caráter designativo desta, o qual está evidenciado no pensamento tradicional, mas representa um passo na distinção entre a linguagem que está no mundo exterior, ou seja, na linguagem que brota das coisas, e na linguagem que surge no indivíduo, pois há, nessa concepção, uma distinção entre o mundo restrito das coisas e o mundo da linguagem, onde se encontram os conceitos.

Subseção V

A fenomenologia e a designação como expressão da consciência

Como já visto,⁷⁵⁵ a fenomenologia concebe a subjetividade humana como a fonte de todo saber cognitivo, sendo o espírito finito e condição de possibilidade do processo de objetivação, o que significa dizer que o processo de conhecimento passa a ser mediado pela consciência humana.

Abordando a temática da linguagem, Husserl faz a distinção entre “signo” e “expressão”, afirmando que todo signo é signo de algo, mas nem todo signo tem uma significação, um sentido, que esteja expresso pelo signo, pois designar não vale tanto quanto significar, que caracteriza as expressões. Os *signos*, no sentido de *indicações*, isto é, de sinais, notas ou distintivos, não expressam nada, a não ser que, além da função indicativa, cumpram uma função significativa. Já a *expressão* tem uma parte física, ou seja, o signo sensível, que é o complexo vocal articulado ou o signo escrito no papel, e uma parte formada pelo conjunto das vivências psíquicas, que, enlaçada à expressão, converte-a em “expressão de algo”, sendo essas vivências designadas, geralmente, com o nome de *sentido* ou

⁷⁵⁴ GHISALBERTI, A. *Op. Cit.* p. 41-42.

⁷⁵⁵ Ver Subseção II da Seção I do Capítulo II.

significação da expressão, embora tal distinção entre o signo físico e as vivências não seja suficiente para fins lógicos.⁷⁵⁶

Os termos de uma expressão, para Husserl, têm significações essencialmente distintas e isso ocorre porque “toda expressão não somente diz algo, senão que também o diz *acerca de* algo; não tem somente seu sentido, senão que se refere também a alguns objetos”. Resulta clara, portanto, a necessidade de distinguir entre a significação (conteúdo) e o objeto, já que várias expressões, que podem ter a mesma significação, podem designar distintos objetos, bem como várias expressões, com distintas significações, podem designar o mesmo objeto, sendo possível que diverjam ou coincidam em ambas direções.⁷⁵⁷

O complexo vocal articulado ou o sinal gráfico escrito, segundo Husserl, torna-se palavra falada ou discurso comunicativo, quando quem fala ou produz o sinal sonoro ou escrito o faz com o propósito de manifestar-se acerca de algo que quer comunicar a quem o escuta ou lê o texto. Isso somente é possível se quem escuta ou lê compreende a intenção de quem fala ou escreve, sendo este, pois, tido não como uma pessoa que emite meros sons ou sinais gráficos, mas como uma pessoa que executa com a voz e a escrita certos atos de sentido, os quais quer comunicar. O que torna possível o discurso, portanto, é a correlação entre a parte física do discurso, isto é, a articulação dos sinais vocais ou escritos, e as vivências físicas e psíquicas das pessoas envolvidas nesse discurso, ou seja, o ouvir e o falar, de modo que, se houver o reconhecimento desse nexos, será reconhecido, também, que todas as expressões, no discurso comunicativo, funcionam como “sinais” do pensamento ou das vivências psíquicas de quem fala, emitidos para quem escuta. Em outras palavras, a expressão indica algo, ou seja, nomina o objeto. Essa indicação não passa, no entanto, de mera menção, quando o objeto não existe intuitivamente, isto é, quando não existe como nomeado ou como indicado, de modo que, ao cumprir-se a intenção significativa, inicialmente

⁷⁵⁶ HUSSERL, Edmund. Investigaciones para la fenomenología y teoría del conocimiento, p. 233 e 239.

⁷⁵⁷ HUSSERL, E. Op. Cit. p. 248-249. [...]“toda expresión no solo dice algo, sino que también lo dice *acerca de* algo; no tiene solo su sentido, sino que se refiere también a algunos objetos”.

vazia, realiza-se a referência objetiva, convertendo-se a nomenclatura em uma referência consciente do nome ao nominado.⁷⁵⁸

A esse aporte fenomenológico, segundo Wagner, Schutz agregou as noções sociológicas de Weber, especialmente a sua definição de relacionamento social, como sendo a conduta de diversas pessoas que se dirigem e se orientam umas com relação às outras, conforme um dado contexto de significado. Procurando estabelecer os fundamentos de uma sociologia fenomenológica, Schutz irá dedicar-se, entre outros, ao estudo da estrutura e do funcionamento do mundo social como um conjunto de construções mentais e suas duplas raízes na experiência individual e nos padrões preestabelecidos de relacionamentos sociais.⁷⁵⁹

Assim, a linguagem usada na vida diária, segundo Schutz, é uma linguagem que, predominantemente, “nomeia coisas e eventos”, mas que inclui uma tipificação e uma generalização empírica não-essencial, podendo a linguagem humana pré-científica ser interpretada “como uma mina de ouro de tipos e características pré-constituídos, cada um deles com seu horizonte de conteúdos típicos inexplorados”. Ao nomear um objeto vivenciado, está-se relacionando-o, pela sua tipicidade, “a coisas já vivenciadas, de estrutura típica semelhante”, aceitando a possibilidade de referir-se “a experiências futuras do mesmo tipo, que podem, portanto, receber o mesmo nome”. Os termos relevantes escolhidos do vocabulário nada mais são do que “a generalização típica pré-vivenciada” que interessam aos interlocutores na situação presente. Além disso, conforme retratado por Husserl, embora todas as formas de reconhecimento e identificação, mesmo de objetos reais do mundo exterior, estejam baseadas num conhecimento *generalizado* do *tipo* desses objetos ou do estilo *típico* em que eles se manifestam, “cada um desses tipos tem seu modo típico de ser vivenciado”, pois “cada experiência é única, e até a recorrência da mesma experiência não é a

⁷⁵⁸ HUSSERL, E. Idem, p. 240 e 243.

⁷⁵⁹ WAGNER, Helmut R. Abordagem fenomenológica da sociologia, p. 9-13. Wagner ressalta que Husserl já havia se preocupado em estender as fronteiras da fenomenologia para abranger, também, a “intersubjetividade”, ou seja, a “consciência comum” ou aquilo “que é visto como uma ‘sociedade’ de ‘pessoas’ que compartilham uma vida consciente”, de modo que o fenomenologista deve se preocupar não somente com o exame da experiência do seu próprio “eu”, mas também com a experiência que deriva de outros “eus” e da sociedade. (WAGNER, Helmut R. Abordagem fenomenológica da sociologia, p. 9).

mesma, porque é recorrência”.⁷⁶⁰ Também Berger e Luckmann afirmam que a realidade da vida cotidiana não contém, apenas, objetivações, porquanto se está “constantemente envolvido por objetos que ‘proclamam’ as intenções subjetivas” da demais pessoas, podendo-se, às vezes, “ter dificuldade de saber ao certo o que um objeto particular está ‘proclamando””.⁷⁶¹

Assim, apesar das objetivações da linguagem, torna-se, evidente, na fenomenologia, a importância do sujeito no processo comunicativo, uma vez que os sentidos ou significações portados pela linguagem são determinados subjetivamente. De qualquer forma, embora o foco esteja voltado para o sujeito que participa da constituição da realidade, esta já está pré-constituída em relação à linguagem, que, por isso, continua exercendo, apenas, o papel secundário e instrumental de designação dessa realidade, reforçando-se, assim, com Husserl, segundo Oliveira, as tradicionais ideias, uma vez que os atos que dão significação a uma expressão nada mais são do que as “vivências intencionais” que implicam relação com o objeto, razão pela qual “é em virtude de vivências intencionais que expressões significam algo, e na medida que significam, referem-se a algo objetivo”.⁷⁶²

Subseção VI

O neopositivismo lógico e a designação como figuração do mundo

O neopositivismo lógico, no dizer de Warat, tem “o rigor discursivo como o paradigma da ciência”, tanto que, nessa concepção fazer ciência seria “*traduzir numa linguagem rigorosa os dados do mundo*”, isto é, “elaborar uma linguagem mais rigorosa que a linguagem natural”.⁷⁶³

⁷⁶⁰ SHUTZ, Alfred. *Fenomenologia e relações sociais*, p. 116 e 117.

⁷⁶¹ BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*, p. 53 e 54. Sobre Berger e Luckmann, ver, também, a Subseção III da Seção II do Capítulo II.

⁷⁶² OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p. 36-37 e 44.

⁷⁶³ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*, p. 37.

Entre tantas, o neopositivismo lógico sofreu influência do *Tractatus*, que marca o primeiro período filosófico de Wittgenstein, no qual este se ocupa com a estrutura do mundo e da linguagem, concebendo ser esta detentora de uma função designativa, por ser instrumento de designação do mundo, definido como “a totalidade dos fatos”, uma vez que “o mundo se decompõe em fatos”, razão pela qual “a realidade total é o mundo”. Um mundo imaginado, mesmo que seja muito diferente do real, “tem que ter *algo* – uma forma – em comum com o real”, sendo a imagem “um modelo da realidade”, estando, assim, em conexão com esta, de modo que, se a imagem concorda com a realidade, é correta ou verdadeira e, se não concorda, é incorreta ou falsa. Não é possível, no entanto, que somente a imagem da realidade seja reconhecida como esta, com a qual é necessário compará-la, pois, se “a imagem lógica dos fatos é o pensamento”, a totalidade dos pensamentos verdadeiros seria a imagem do mundo e a proposição, a forma como o pensamento se exprime pelos sentidos, sendo o sinal proposicional um fato. A linguagem seria, pois, a totalidade das proposições, possuindo o homem a capacidade de construir linguagens para expressar sentido sem ter nenhuma noção do que significa cada palavra. Acredita-se, assim, que, se existe um mundo que é dado a todos independentemente da linguagem, esta teria, apenas, a função de exprimi-lo, sendo a proposição a forma como se pode exprimir a realidade, pois é “uma imagem da realidade”, ou seja, é um modelo da realidade tal qual é pensada.⁷⁶⁴

Essa é a teoria da figuração de Wittgenstein, pois, segundo Oliveira, “a linguagem *figura o mundo*” sobre o qual ela fala e informa. É possível distinguir, nessa teoria, dois momentos, isto é, o momento da “transformação do mundo em pensamento” e, depois, o momento da “sua expressão linguística”. Essa figuração “diz respeito à identidade estrutural”, uma vez que os objetos podem pertencer a mundos diversos, embora a sua configuração permaneça a mesma, pois há “uma identidade estrutural entre o mundo dos fatos e o mundo do pensamento”. A estrutura do pensamento corresponde à estrutura do mundo e “só quando se realiza tal condição, podemos dizer que alguém tem pensamentos sobre o mundo,

⁷⁶⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus*, p. 29, 32, 34-35, 38-40 e 52-53.

encontrando Wittgenstein, com isso, sua resposta ao problema da verdade, concebida como “a identidade das estruturas das coisas e do pensamento”.⁷⁶⁵

Em última análise, diz Oliveira, nessa concepção wittgensteiniana, a linguagem é apenas uma descrição do mundo, pois, por meio dela descrevem-se os seus eventos,⁷⁶⁶ de modo que, para Wittgenstein, “o que é de todo exprimível, é exprimível claramente; e aquilo de que não se pode falar, guarda-se em silêncio”.⁷⁶⁷

Seção II

A pré-constitutividade da realidade e a linguagem no âmbito jurídico

Se, como visto, há correntes sustentando que a realidade está pré-constituída em relação à linguagem geral, o mesmo se constata acerca da preexistência do direito em relação à sua linguagem, sobretudo em se tratando das concepções jusnaturalistas, segundo as quais o direito já se encontra pré-constituído, quer seja porque está presente na ordem natural externa e objetiva, quer seja porque é uma emanção da natureza racional do homem ou mesmo porque é uma prescrição da divindade criadora do universo. O mesmo pode ser dito das concepções juspositivistas, em que os textos jurídicos são considerados objetos ou coisas, com sentidos pré-constituídos a serem desvendados pelo intérprete. Nessas duas hipóteses, a linguagem é considerada instrumento ou veículo da designação do direito.

⁷⁶⁵ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p. 96, 101, 104 e 105.

⁷⁶⁶ OLIVEIRA, M. A. de. *Op. Cit.* p. 112 e 113.

⁷⁶⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus*, p. 27. Essa concepção designativa da linguagem, como se percebe, difere consideravelmente do Wittgenstein das *Investigações Filosóficas*, que marca a virada pragmática e que enfatiza o caráter constitutivo da linguagem. Não obstante essa distinção, Pears faz questão de acentuar que há “muitos pontos de conexão entre as ideias iniciais e as posteriores de Wittgenstein”, embora as diferenças entre elas sejam claras e definidas, de modo que, tanto em um quanto em outro período, Wittgenstein busca “compreender a estrutura e os limites do pensamento”, sendo o seu método o de “estudar os limites e a estrutura da linguagem”. Vale, portanto, o esclarecimento de Pears, segundo o qual Wittgenstein, num sentido mais positivo, busca “alcançar a compreensão da estrutura daquilo que pode ser dito”, de modo que a linguagem e o pensamento merecerão a sua atenção nos seus dois momentos, mas em perspectivas diferentes. (PEARS, David. *As ideias de Wittgenstein*, p. 13-14).

O objetivo desta seção é, pois, descrever essa pré-constitutividade e o caráter designativo da linguagem jurídica, estando dividida em duas subseções, ou seja, uma que descreve a pré-constitutividade do direito natural; e outra que se ocupa da pré-constitutividade do direito positivo.

Subseção I A pré-constitutividade do direito natural

As doutrinas do direito natural, no curso da história do pensamento jurídico, têm conteúdos diversos, entre os quais as doutrinas do direito natural clássico, do direito natural de origem divina e do jusracionalismo natural.

Em termos gerais, as doutrinas do direito natural clássico, que foram recepcionadas pelo direito romano, fundam-se nas concepções platônicas e aristotélicas, as quais se centram na ideia de justiça como decorrente da ordem natural externa e objetiva. As doutrinas do direito natural de origem divina, por sua vez, surgiram na Idade Medieval, sobretudo a partir de Agostinho, do qual foram seguidores Escoto, Lutero e Calvino, concebendo o direito como originário das prescrições contidas nas Sagradas Escrituras, sendo, portanto, resultado da vontade divina. Essas doutrinas são compreendidas como do direito natural, na medida em que a ordem natural é uma especificação da vontade divina, embora as bases do positivismo jurídico estejam, também, nessa concepção, uma vez que os textos bíblicos nada mais são do que a positivação do direito. Também o fundamento do poder temporal soberano estaria nesses textos, decorrendo deles a legitimação para a produção de leis humanas. Não obstante o direito de origem divina esteja mais próximo da noção de direito positivo, por ser fruto da vontade de alguém, é ele apresentado como um direito natural, pois, conforme Bobbio, é dado por alguém que está além do homem.⁷⁶⁸ Por fim, as doutrinas do direito originário na natureza humana, também conhecidas como racionalismo jurídico ou

⁷⁶⁸ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*, p. 19. Doutrinas conciliatórias como o tomismo combinam as doutrinas do direito natural clássico e as do direito de origem divina, construindo, a partir dessas, um sistema de direito positivo.

jusracionalismo natural, cujo marco inicial está no estoicismo ciceroniano, são desenvolvidas, entre outros, pelo nominalismo de Ockham e por pensadores da modernidade como Bodin, Althusius e Grócio, resultando na doutrina dos direitos subjetivos.

Em qualquer dessas correntes do pensamento jusnaturalista, a linguagem jurídica tem uma função meramente designativa, pois os direitos já estariam pré-constituídos em relação a ela, cabendo ao filósofo, ao jurista ou a toda e qualquer pessoa, apenas, designá-los corretamente por meio dessa linguagem.

§1º. A pré-constitutividade do direito natural clássico

As doutrinas clássicas do direito natural, cujas origens estão em Platão e Aristóteles, influenciaram o pensamento jurídico de todos os tempos, conforme se pode perceber já no direito romano, alcançando, assim, grande parte do território global, dada a abrangência do Império Romano.

É clara, em Platão, a crença na existência de uma realidade suprassensível, ou de uma dimensão suprafísica do ser, que seria o mundo das ideias ou o mundo ideal, o que fê-lo descobrir, também nessa dimensão, as leis, nas quais residiriam o justo e o seu conceito de “justiça”, bem como a sua concepção de que é justo restituir a cada um o que lhe é devido,⁷⁶⁹ o que constitui o cerne da sua doutrina do direito natural. Essa concepção é acompanhada da noção de direito positivo, por ser “difícil admitir que se deva governar sem leis”, não devendo a atividade dos juízes na aplicação dessas leis ir além do que ditam as leis oriundas do rei legislador, uma vez que “os juízes não se elevam à força real”, portanto, “são apenas guardiões das leis e subordinados a essa força”.⁷⁷⁰

Buscando uma maior precisão no âmbito da justiça, embora utilizando, inicialmente, um termo ambíguo – *dikaion* - para designar tanto o direito quanto a justiça, Aristóteles acaba por restringi-la ao âmbito das relações entre cidadãos (*dikaion politikón*). Assim, não negando a noção geral de justiça como uma virtude completa e partindo da concepção platônica no sentido de que a justiça é a virtude

⁷⁶⁹ PLATÃO. *A República*, p. 11 e 40.

⁷⁷⁰ PLATÃO. *Político*, p. 325 e 341.

de atribuir a cada um o que é seu, Aristóteles procura construir uma noção de justiça particular, estabelecendo critérios de distribuição de bens pelos magistrados em relação aos cidadãos, com base na igualdade proporcional (justiça distributiva), e de troca entre os cidadãos particulares, com base na igualdade absoluta ou aritmética (justiça comutativa).⁷⁷¹

A observação da natureza como uma realidade objetiva fez com que Aristóteles compreendesse os agrupamentos humanos, ou seja, a *polis*, como construções naturais, considerando o homem um animal político. O direito natural ou direito natural do cosmos, assim, nada mais seria do que a emanção dessa criação natural. Portanto, tanto no conceito do direito ideal, em que o justo é a virtude de dar a cada um que lhe é devido, quanto no âmbito de uma ordem natural externa e objetiva que orienta, inclusive, a formação das cidades, o direito justo se apresenta pré-constituído e como um objeto ou um ser que deve ser buscado na solução das controvérsias.

A existência do direito positivo também é admitida por Aristóteles, que afirma que esse direito deve estar conforme o direito natural,⁷⁷² cujo controle, com base nos critérios de justiça, deve ser realizado pelos legisladores e pelos juristas, que, dotados da equidade, estariam autorizados a desempenhar um papel de “correção da lei quando esta é deficiente em razão da sua universalidade”.⁷⁷³ A busca de soluções justas e conformes com o direito natural haveria de seguir o método do silogismo dialético,⁷⁷⁴ que, aplicável ao direito, consiste em raciocinar

⁷⁷¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, p. 108.

⁷⁷² ARISTÓTELES. *Op. Cit.* p. 108. Essa convivência entre o direito natural e o direito positivo, conforme Villey, implica dizer que “a solução do direito deve ser alcançada *conjuntamente* por essas duas fontes, que não são opostas, mas complementares”, procedendo o direito “ao mesmo tempo da natureza e da convenção”, trabalhando o legislador “sobre a base do justo material ao qual acrescenta, contudo, algo de sua vontade própria, para fazer dele um justo completo”. (VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, p. 47, 59, 63 e 64).

⁷⁷³ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, p. 125.

⁷⁷⁴ O uso do método do silogismo dialético e da casuística pelos romanos possibilitaria, no dizer de Andrade, a herança jurisprudencial para a dogmática jurídica moderna (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica*, p. 31), uma vez que, segundo Ferraz Júnior, “o direito assumiu a forma de um programa decisório onde eram formuladas as condições para uma decisão correta”, surgindo, assim, “o pensamento prudencial com suas regras, princípios, figuras retóricas, meios de interpretação, instrumentos de persuasão etc.” (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, p. 59), revelando a importância das decisões judiciais e, via de consequência, da participação do juiz na produção do direito.

“a partir de opiniões de aceitação geral”, as quais se baseiam no que pensam a totalidade ou maioria dos sábios mais renomados e ilustres.⁷⁷⁵

O direito romano está profundamente marcado pelas concepções platônicas e aristotélicas do direito natural clássico, embora também seja influenciado pelo direito natural racional, em face, sobretudo, do estoicismo ciceroniano.

A ideia de um direito comum a todos os povos, independente das suas leis e costumes particulares, é perceptível, no direito romano, entre outras fontes, nas *Institutas* do Imperador Justiniano, segundo as quais “todos os povos que se regem por leis e costumes usam, em parte, do seu próprio direito, e em parte de um direito comum a todos os homens”. Enquanto o direito civil ou direito positivo é o direito que um povo toma, exclusivamente ou não, para si ou para a própria cidade, podendo mudar pelo consenso tácito do povo ou pela promulgação da lei posterior, o direito das gentes ou direito natural é “o direito que a razão natural constitui para todos os homens”, sendo observado igualmente por todos os povos, permanecendo sempre firme e imutável.⁷⁷⁶

O direito romano, conforme Villey, surge na história, portanto, como aplicação das ideias platônicas e aristotélicas, das quais é extraída, pelos juristas romanos, a definição de justiça, segundo a qual esta “é a virtude que tem por objeto próprio atribuir a cada um a parte que lhe corresponde”. Aceita-se, assim, a doutrina de que o direito deriva da justiça, pois “direito é aquilo que é justo”. Não concebe a lei como a fonte primeira do direito, mas, sim, a natureza, sendo função dos juristas buscar o justo segundo a natureza nos textos legislativos. Utiliza-se, nessa tarefa, do método de interpretação ensinado por Aristóteles, que concebe que “o direito é sempre problema e deve ser buscado em cada caso”, não sendo, portanto, uma ciência acabada, mas, sim, “é buscado pela confrontação das opiniões dos prudentes” e “pela observação dos dados sempre móveis da natureza” e levando em consideração “as circunstâncias”, embora também não

⁷⁷⁵ ARISTÓTELES. *Tópicos* L I, p. 347-348.

⁷⁷⁶ JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. *Institutas do imperador Justiniano*, p. 23 e 26. Essa convivência de um direito natural com o direito positivo é retratada, também, por Cretella Júnior, quando diz que, “no direito romano, classificam-se as fontes em *escritas* (‘jus scriptum’) e *não escritas* (‘jus non scriptum’)”, sendo o costume uma forma de direito não escrito, enquanto as leis, os plebiscitos, os senatosconsultos, as constituições imperiais, os editos dos magistrados e as respostas dos prudentes são formas de direito escrito. (CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*, p. 28).

exclua “a possibilidade de haver, numa *polis*, algumas regras fixas de ordem pública”.⁷⁷⁷

Essas poucas referências aos pensamentos jurídicos platônicos e aristotélicos e ao direito romano, que, em muito, influenciaram os filósofos do direito de todas as épocas, permitem que se conclua que a admissão da existência de um direito natural implica na admissão, também, de um direito pré-constituído ou preexistente ao homem e a sua linguagem, que seria apenas o veículo de sua expressão, de modo que, observada a natureza e percebida a ordem natural, desta seria extraído o conjunto de regras que é imanente a essa mesma ordem. A observação e a extração do direito da ordem natural constituem, nessas concepções, trabalho do filósofo, sobretudo do filósofo do direito, o jurista, que deve estar orientado pelo senso de justiça geral (que corresponde à virtude geral) e particular (que corresponde à justiça distributiva e comutativa). Caberia à linguagem jurídica, tão-somente, designar as regras descobertas da natureza e expressá-las, exercendo, assim, um papel secundário.

O método aristotélico do silogismo dialético e da casuística, ambos empregados na busca das soluções justas, sobretudo no direito romano, é, na verdade, preocupação com a instituição de uma forma, de um meio ou de um processo que possa orientar a busca dessas soluções e, por consequência, o uso da linguagem jurídica, voltada à designação do direito.

§2º. A pré-constitutividade do direito natural de origem divina

A doutrina do direito natural de origem divina desenvolvida, no Medievo, por Agostinho, sustenta que a cidade terrena, assim como o direito e suas leis, são obras, como todas as coisas, da providência divina, cumprindo certa função em nosso caminho para a salvação,⁷⁷⁸ que seria obtida pela observância das Sagradas Escrituras. Talvez esse seja o exemplo da mais pura e evidente pré-constitutividade do direito, mas, também, não se pode negar que há uma

⁷⁷⁷ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, p. 67-74 e 559.

⁷⁷⁸ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, p. 82-83.

dificuldade em compreender se essa pré-constitutividade se insere no âmbito do direito natural ou do direito positivo.⁷⁷⁹

Inspirado em Agostinho e opondo-se, também, à ideia clássica de ordem natural, por conduzir esta à diminuição do poder de Deus e a sua subordinação à natureza, Escoto, segundo Villey, considera as Sagradas Escrituras as fontes do direito, não vendo nelas a fala de deuses impessoais ou abstrações, mas de pessoas ou divindades concretas, como Jeová e Jesus. Há, pois, nessas escrituras, um primado da vontade, de modo que “a moral do Evangelho passa a estar harmonizada com uma nova filosofia”, ou seja, a “filosofia do indivíduo”, o que salva a independência e a liberdade deste da ditadura da razão objetiva, constituindo-se no germe da filosofia moderna fundada no individualismo. Sendo a vontade dos indivíduos um aspecto importante na caracterização do direito, a justiça é definida como a “retidão da vontade”. Essa filosofia será propícia, também, para o positivismo jurídico, pois propugna pela soberania absoluta da lei positiva divina, representando o *Decálogo* a expressão da vontade de Deus. Assim, “para encontrar o conteúdo do direito, é preciso fixar-se no *texto* da proibição divina, e não mais nos raciocínios fundados na natureza das coisas”, de modo que, na “ordem proveniente da *vontade* divina, promulgada na Sagrada Escritura, o texto positivo divino terá um lugar privilegiado entre as regras jurídicas”. Fundado na convenção e fruto da vontade humana, o poder político é, também, originário da lei divina, cabendo-lhe a elaboração de leis positivas que procedam à distribuição dos bens.⁷⁸⁰

⁷⁷⁹ A Idade Medieval deixou para a Modernidade, segundo Andrade, uma herança exegética, com importantes reflexos na moderna dogmática jurídica, herança esta que está relacionada ao trabalho dos glosadores (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica*, p. 32-33). Os glosadores, explica Ferraz Júnior, eram estudiosos que se debruçavam sobre os digestos Justiniano (*littera boloniensis*), transformados em textos escolares do ensino universitário em “base indiscutível do direito”, que, utilizando-se de uma técnica de análise que provinha das técnicas explicativas usadas em aula, técnica esta que compreendia a Gramática, a Retórica e a Dialética, realizavam a glosa gramatical e filosófica de tais textos, o que consistia em encontrar uma explicação harmônica entre todos eles, que nada mais era do que uma “atividade eminentemente exegética que se fazia necessária porque os textos nem sempre concordavam”. Para isso, os glosadores procuravam identificar as contrariedades, das quais surgiam as dúvidas, que conduziam os juristas à discussão, após o que chegavam a uma solução, que era obtida quando se atingia, finalmente, uma concordância (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, p. 61-62).

⁷⁸⁰ VILLEY, M. *Op. Cit.* p. 207-212.

Como monge agostiniano, por obviedade, Lutero também sofreu a influência da doutrina de Agostinho, de modo que, ao tempo em que enaltece o direito divino, propicia, com sua doutrina, uma depreciação do direito, professando, com base nas epístolas de Paulo aos Coríntios e aos Romanos, que “um cristão é senhor livre sobre todas as coisas e não está sujeito a ninguém”.⁷⁸¹ Em outras palavras, Villey explica que, para Lutero, “o cristão está isento de obediência a qualquer lei – a não ser que se trate da ‘lei de Cristo’”, não obstante essa lei seja “informulada, informulável, completamente interior, subjetiva”, sendo a fé o seu único conteúdo, liberta, pois, dos vínculos do direito canônico.⁷⁸²

Para o luteranismo, os verdadeiros cristãos estariam desobrigados de respeitar qualquer lei e poderiam ignorar o direito. Contudo, segundo Villey, Lutero sabia que esses cristãos não existem ou são pouquíssimos, pois o pecado tomou conta da humanidade. Assim, se os verdadeiros cristãos teriam a liberdade plena, a Providência divina teria de cuidar do reino do mundo, ou seja, dos pecadores ou dos maus, por meio de leis temporais ou humanas, que seriam instrumentos de repressão. Em Lutero, portanto, a finalidade do direito passa a ser a repressão por meio da sanção, diferentemente do direito natural clássico, que tinha a função de descobrir a parte justa que corresponde a cada um, razão pela qual a doçura e a não resistência ao mal não se aplicam ao príncipe, ao policial ou a todas as pessoas que estão imbuídas da missão de organizar e de punir. Percebe-se, pois, uma redução do direito a uma técnica de repressão a serviço da ordem e uma ruptura entre o direito e a justiça, ressaltando-se que, para o luteranismo, “não há lugar para a justiça no reino terrestre”.⁷⁸³

O direito natural, na visão de Lutero, nada mais é, segundo Villey, do que a lei divina, ou seja, o Antigo e o Novo Testamento, revelada pela teoria agostiniana tradicional, rejeitando, assim, a tese aristotélico-tomista da existência de uma ordem natural e, mesmo, da lei eterna, o que significa um fechar de portas para uma síntese entre o direito natural clássico e o cristianismo. Mais que isso, Lutero não compreende que se encontram presentes, na humanidade, aquelas

⁷⁸¹ LUTERO, Martim. *Da liberdade cristã*, p. 9.

⁷⁸² VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, p. 312.

⁷⁸³ VILLEY, M. *Op. Cit.* p. 314 e 315.

“inclinações” naturais nem o desenvolvimento de instituições sadias, de famílias bem constituídas e de cidades bem estruturadas, que se encontram nas teses tomistas do direito natural. Ao contrário, diz que a natureza está pervertida e que, por isso, “o direito não deve formar-se segundo a natureza, mas ir *contra* a natureza”.⁷⁸⁴

Embasado nos apóstolos Paulo e Pedro, Lutero, segundo Villey, não concebe a existência de autoridade “que não venha de Deus”, uma vez que “as que existem foram instituídas por ele”, de modo que “quem resiste à autoridade resiste à ordem estabelecida por Deus”, sendo essa autoridade temporal limitada, pois “não tem a capacidade de coagir a fé”. Dessa forma, “a justiça da lei não é mais condição de sua validade”, passando a contar, apenas, com a justiça *formal*, que tem como condição ser procedente da autoridade, de modo que “toda lei deve ser obedecida porque é a ordem do príncipe e porque a autoridade do príncipe é de direito divino”, sendo o mandamento arbitrário a única fonte da lei. A equidade, portanto, passa a ter uma caracterização diferente, pois, se, na doutrina do direito natural clássico, representa ela um esforço por justiça; se, no agostinismo, consiste na correção das leis pela graça, pela piedade e pela misericórdia; em Lutero, é concebida como a apologia da arbitrariedade do príncipe.⁷⁸⁵

Também o calvinismo concebe a moral cristã como a única válida, pois, conforme assinala Biéler, “pelo Evangelho e pela nova vida em Jesus Cristo, o homem é libertado da lei e sua maldição”. Assim, se a lei está abolida, não é porque a moral foi suprimida, mas, sim, porque esta “se confunde com a vida inteira”.⁷⁸⁶ Essa moral, segundo Villey, é a que está inserida nas Sagradas Escrituras, sobretudo nos Evangelhos, nos Atos dos Apóstolos, na lei judaica do Pentateuco e nos livros proféticos e sapienciais, e repercute sobre a noção que Calvino tem do direito, uma vez que este visa “regrar por meio de leis propriamente cristãs todos os atos da vida temporal”. Embora não desconsidere,

⁷⁸⁴ VILLEY, M. *Idem*, p. 319 e 321. É importante a contribuição de Lutero para o positivismo jurídico moderno, uma vez que, no dizer de Villey, “a lógica de seu sistema convida a não reconhecer outras fontes de direito além das *leis positivas*”, às quais reserva uma função marcadamente repressiva, sendo Lutero considerado mais um autor de uma doutrina política que jurídica, já que, na sua concepção, fica claro que o direito tem “na ordem pública sua finalidade essencial” (VILLEY, M. *Ibidem*, p. 322-325).

⁷⁸⁵ VILLEY, M. *Ibidem*, p. 325-333.

⁷⁸⁶ BIÉLER, André. *O pensamento econômico e social de Calvino*, p. 293.

por completo, a razão humana, Calvino atribui-lhe uma função meramente auxiliar, não tendo o condão, contudo, de servir de fonte do direito. O fato é considerado uma fonte do direito, cabendo ao direito “manter” a cada um o que lhe pertence conforme a partilha dos bens operada por Deus. Todos devem, pois, aceitar os mandamentos da autoridade estabelecida, da parte do legislador, da desigualdade dos bens e das condições tal como fez a Providência. Acreditando na exclusividade da lei divina, a ponto de querer cristianizar a vida laica, Calvino diz que a distribuição de riquezas e honrarias deve ser competência do soberano, que é a pessoa que detém a autoridade temporal, razão pela qual considera o regime monárquico como o melhor regime e com origens no direito divino.⁷⁸⁷

Influenciado pelo aristotelismo,⁷⁸⁸ também Aquino atribui supremacia à lei divina sobre as demais espécies de leis, por dirigir o homem ao seu fim, que é a bem-aventurança. Como decorrência da razão divina, há a lei eterna, que tem conceito de eterno, pois é a razão de Deus ordenando o *cosmos*, uma vez que o mundo é cheio de ordem. Na sequência, há a lei natural, pois, como participantes da lei eterna, todas as coisas têm inclinações para os atos e fins próprios. Por fim, há a lei humana, que, proveniente da razão humana, dispõe particularmente sobre algumas coisas, observados os princípios comuns e indemonstráveis.⁷⁸⁹

Pretendendo uma posição hegemônica sobre o direito natural clássico e sobre o direito positivo, o direito divino deixa evidenciado que o direito também está pré-constituído, carecendo, apenas, de designação pelos teólogos, exercendo a linguagem, na sua relação com o direito, também, um papel secundário de veículo dos sentidos depreendidos dos textos bíblicos e legislativos.

§3º. A pré-constitutividade do direito natural racional

As doutrinas do direito natural racional, por fim, são aquelas fundadas na natureza ou na razão humana, sendo, também, denominadas racionalismo jurídico

⁷⁸⁷ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, p. 337-334, 353-355 e 358-361.

⁷⁸⁸ Enquanto a concepção agostiniana de direito divino sofreu influência da filosofia grega, conforme expressamente reconhecido por Agostinho ao referir-se a Platão (AGOSTINHO, Santo. *Confissões*, p. 194-196), a concepção tomista sofreu influência de Aristóteles, dando origem à filosofia aristotélico-tomista.

⁷⁸⁹ AQUINO, São Tomás de. *Suma teológica*, I – II Parte, p. 529-533.

ou jusracionalismo natural, em cujo âmbito se encontram as doutrinas dos direitos subjetivos. As raízes dessas doutrinas estão na Antiguidade, mais precisamente no estoicismo ciceroniano, tendo-se desenvolvido na Idade Média, com o individualismo de Ockham, e se sedimentado na Modernidade, com o humanismo de Bodin, Althusius e Grócio.

Diferentemente de Aristóteles, os estóicos, segundo Villey, não concebem a natureza como um conjunto ordenado de seres, mas, apenas, como seres singulares. A palavra “natureza” designa, assim, a força presente em toda a parte que produz e organiza o mundo, estando uma parcela desse *logos* criador em todos os seres, sobretudo nos homens, constituindo a razão a “natureza” específica do homem, porquanto determina o curso das coisas e das atividades humanas. Por isso, para o estoicismo, o direito natural não está *na* natureza, mas sim vem *da* natureza.⁷⁹⁰

Essa reta razão, para Cícero, é uma lei suprema, imutável e eterna que, não podendo ser contestada, derogada ou anulada, nem ser descumprida,⁷⁹¹ prescreve o que pode e o que não pode ser feito, sendo, por isso, “o critério do justo e do injusto”.⁷⁹² Segundo essa lei, todo ser vivo tem “a aptidão inata de conservação, para defender seu corpo e sua vida, para evitar o que danifica, para procurar todo o necessário com que viver”, havendo, assim, uma diferença entre os homens e os demais animais, pois estes somente vivem o presente, enquanto aqueles têm uma percepção sobre o passado, o presente e o futuro. Com o auxílio da razão, portanto, o homem “percebe as consequências, a origem, o passo das coisas, compara-os uns com os outros”, conseguindo dialogar e viver em comunidade⁷⁹³ e sendo-lhe essencial compreender plenamente que nasceu para a justiça e que o direito não se baseia em convenções, “mas sim na Natureza”.⁷⁹⁴

Assim, na concepção estoicista, conforme Villey, “o que deu origem à sociedade e ao direito, aquilo que é a sua fonte, é a parcela do *logos*, presente nos homens e que os leva a se associarem”, ou seja, é a razão que a natureza

⁷⁹⁰ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, p. 465-467.

⁷⁹¹ CÍCERO. *Da república*, p. 70.

⁷⁹² CÍCERO. *Das leis*, p. 40-41.

⁷⁹³ CÍCERO. *Dos deveres*, p. 34.

⁷⁹⁴ CÍCERO. *Das leis*, p. 44.

pôs neles, de modo que o homem “é o construtor de seus próprios agrupamentos sociais”, deixando de ser um “animal político” para ser apenas sociável por natureza, o que significa dizer que a *polis* deixa de ser ela mesma natural.⁷⁹⁵ Há de se admitir, também, que é essa mesma razão que torna apto o homem para “criar” o direito, sendo, pois, a causa ou o fundamento deste, o que não se confunde com a arbitrariedade de um povo, como subproduto de sua vontade, uma vez que a “razão imprime nas almas de todos ‘noções comuns’, certos princípios gerais em torno dos quais há um acordo quase universal”.⁷⁹⁶

Não obstante isso, lembra Villey, para o estoicismo, “a razão está longe de se encontrar igualmente presente nas almas de todos”, uma vez que, “no vulgo, ela só existe em germe, não cultivada, sem ter alcançado sua perfeita eclosão”. Como somente os “sábios” têm a razão em estado puro, não há nada mais seguro que se fundar no direito dos sábios,⁷⁹⁷ Cícero deixa visível a sua devoção pelos sábios, sobretudo quando afirma que é “feliz o homem que pode verdadeiramente gozar do bem universal, não por mandamento das leis, mas em virtude de sua sabedoria”. Agrada-lhe, pois, “as ciências, os sábios e os seus próprios estudos”, razão pela qual “o sábio tem a obrigação de estudar essas revoluções periódicas e de moderar com previsão e destreza o curso dos acontecimentos”.⁷⁹⁸

Outra forte concepção oposta à doutrina clássica do direito natural foi construída, durante o Medievo, por Ockham, na esteira do estoicismo ciceroniano, a partir da natureza humana, ou seja, do indivíduo. O individualismo, portanto, torna-se o centro de interesse da ciência do direito, que passa, segundo Villey, a esforçar-se para “descrever as qualidades jurídicas do indivíduo, a extensão de suas faculdades, de seus *direitos individuais*”, porquanto as normas jurídicas já não podem mais ser extraídas da ordem natural, mas, sim e apenas, das vontades positivas dos indivíduos, deixando claro, pois, que o “*positivismo jurídico* é filho do nominalismo”.⁷⁹⁹

⁷⁹⁵ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, p. 477.

⁷⁹⁶ VILLEY, M. *Op. Cit.* p. 477 e 478.

⁷⁹⁷ VILLEY, M. *Idem*, p. 478.

⁷⁹⁸ CÍCERO. *Da república*, p. 26, 28 e 32.

⁷⁹⁹ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, p. 233 e 236. O grande legado do individualismo ockhamiano é, portanto, a doutrina dos direitos subjetivos, que, segundo Villey, “é

O humanismo moderno, por fim, é o conjunto de doutrinas que pertencem ao terceiro momento do direito natural racional, sendo composto, entre outras, pelas ideias de Bodin, Althusius e Grocio, surgidas a partir do Renascimento, no século XVI, que, segundo Villey, produziu profundos efeitos sobre o pensamento jurídico. Essas ideias foram influenciadas, também, pelas doutrinas helenísticas, especialmente pelo estoicismo, podendo a sua contribuição em favor da ascensão do racionalismo ser visualizada na sistematização⁸⁰⁰ e no novo conteúdo do direito positivo, em face, sobretudo, do desenvolvimento e da sedimentação de novas concepções relacionadas aos direitos subjetivos.

A sistematização do direito, para Villey, está em consonância com o projeto do racionalismo jurídico, que queria fazer das regras do direito uma emanção da

logicamente incompatível com o direito natural clássico”, embora as noções de direito subjetivo que se sucederam a Ockham até os dias atuais em muito se afastassem das ideias originais. É necessário ter em mente, no entanto, que, na doutrina do direito natural clássico, o indivíduo é um elemento da *polis* e sua conduta está inserida numa rede de moral fechada, pois está aprisionado numa razão impessoal. O direito, nessa concepção, é aquilo que é justo, ou seja, “a justa relação objetiva, a justa proporção descoberta entre os poderes reservados ao rei, aos guardiões, às outras classes de cidadãos”, ou, ainda, “entre os respectivos patrimônios de dois proprietários vizinhos, ou entre aqueles que mantêm uma relação de negócios”, ficando claro, então, que “a própria consistência da *partilha* é o objeto da arte jurídica”, tanto que, numa acepção mais estrita, a palavra *jus* designa a parte que o indivíduo recebe, ou seja, “a coisa, imóvel, crédito ou dívida que constitui a parte desse indivíduo”. Na linguagem jurídica clássica, visa-se “um mundo das *coisas*, de bens exteriores, porque é somente nas coisas e na partilha feita nas coisas que se manifesta a relação jurídica *entre* as pessoas”, razão pela qual se diz que “a autêntica linguagem jurídica é essencialmente *objetiva*”. A concepção de direito subjetivo, no entanto, inicialmente, “aplica o selo, a rubrica do jurídico (a força normativa do *direito*) a uma faculdade do sujeito, a um de seus *poderes*”, de modo que “o direito subjetivo de propriedade é, por exemplo, o *poder* de usar, de desfrutar, de dispor da coisa, atribuído ao proprietário, ele mesmo reconhecido, garantido, sancionado *juridicamente*”. Essa noção se associa às ideias *direito* e de *poder*, pois, em vez de visar à ordem do grupo, está centrada na ideia de *sujeito* particular, tentando conceber e exprimir as suas “qualidades”, as suas “faculdades”, as suas forças ou os poderes que esse sujeito irradia, designados pela palavra capacidade da pessoa, inerente ao sujeito, no sentido *subjetivo*. Como imagens e semelhanças divinas, “os homens têm por missão exercer uma *potestas absoluta*”, de modo que sua conduta não está ordenada por uma razão preestabelecida pela natureza, mas pressupõe a liberdade. O próprio cristianismo tende a individualizar ou particularizar as ideias das pessoas, como acontece com Jesus Cristo. Assim, é preciso que “cada indivíduo seja um foco de conduta livre”, ou seja, “um centro de poderes absolutos”, sendo essa noção de poder absoluto ou de liberdade a pedra angular do direito. (VILLEY, M. *Op. Cit.*, p. 252-255, 279-283 e 296). No sistema de direito desenvolvido por Ockham, “o duplo poder, de apropriar-se das coisas temporais e de instituir chefes com jurisdição temporal, foi dado imediatamente por Deus não somente aos fiéis, mas também aos infiéis”. Quanto ao poder de instituir a jurisdição temporal, há casos em que esse poder foi atribuído por Deus, como é o caso do poder do marido sobre a mulher, do poder do pai sobre o filho e do poder do rei sobre o povo, havendo, no entanto, a possibilidade de tal poder ser conferido “por eleição, por constituição dos homens ou por outro modo”. OCKHAM, Guilherme de. *Brevilóquio sobre o principado tirânico*, p. 113-117).

⁸⁰⁰ Os autores da modernidade tentaram montar diversos sistemas, uns enfatizando os direitos subjetivos do homem, outros tentando justificar a ordem estatal indispensável e outros que pressentiam a necessidade de sair do individualismo moderno, sendo inegável, assim, no dizer de Andrade, a herança deixada pelo jusracionalismo natural para a dogmática jurídica, que é a herança sistemática (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica*, p. 34).

razão, fazendo prevalecer o *axiomatismo* sobre o velho método *dialético*. Se o direito romano clássico atribuía peso aos estudos de caso, isso se inverte no direito moderno, pois, “os novos sistemas de direito passarão a ocupar o lugar de honra nas produções dos juristas”, uma vez que o direito será encontrado nas regras sistematizadas nos tratados de doutrina. Resulta claro, assim, “que a primazia da *jurisprudência* como fonte criadora do direito foi substituída pelo reino da *doutrina*”, pois “fazer direito não exige mais esse contato com casos específicos que o jurisconsulto romano tinha, essa proximidade dos fatos, aos quais devia adaptar a solução com ‘*prudência*’”. A sistematização do direito viria, assim, ao encontro dos anseios da burguesia, que necessitava “de um direito homogêneo, coerente, certo”, qualidades estas que não estavam presentes no direito natural clássico.⁸⁰¹

O conteúdo do direito também marca o jusracionalismo natural moderno, pois é possível dizer que o direito positivo, nessa concepção, passa a ter um novo papel, em face do desenvolvimento da doutrina dos direitos subjetivos, para a qual, segundo Villey, os direitos “são dados de antemão”, tendo o direito positivo apenas a função de protegê-los, razão pela qual os direitos subjetivos, com a sistematização do direito, foram alçados ao primeiro plano dos tratados das ciências jurídicas, passando a ser tarefa essencial dos juristas a redação do catálogo desses direitos e a descrição do seu conteúdo, que nada mais é que a sua classificação, bem como as ações, que são “os meios para fazer valer os direitos”.⁸⁰²

Para a doutrina do direito natural clássico, o direito procura dar a cada um o que lhe pertence, não se encontrando “o direito de cada um” estabelecido de antemão, mas há de ser buscado pelo jurista, consideradas as circunstâncias de cada caso, a fim de instaurar ou de manter uma justa distribuição. Na doutrina moderna dos direitos subjetivos, contudo, esses direitos são dados antecipadamente, em relação aos casos, isto é, são resultantes das leis, que funcionam como axiomas, de modo que, à medida que se amplia o processo de axiomatização, as máximas gerais da razão prática, ou seja, as leis morais, vão

⁸⁰¹ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, p. 553-569.

⁸⁰² VILLEY, M. *Op. Cit.* p. 571-575.

ganhando destaque, cabendo à doutrina, em nome da ciência, transformar essas máximas em leis, catalogando os direitos subjetivos existentes, analisando o seu conteúdo e impondo-os aos juristas. O direito, pois, deixa de ser a promoção da justa distribuição e passa a exercer o papel de conservação dos bens, de fato, já em poder das pessoas, como, por exemplo, o direito de propriedade ou de posse efetiva e o direito do primeiro ocupante, o que em muito agradou os mais ricos.⁸⁰³

Esse novo sistema, no dizer de Villey, admite a existência de direitos absolutos, como a propriedade e o crédito, ganhando a “certeza” em prejuízo da “justiça”, isso porque passa a haver uma “regra geral” e os princípios passam a integrar o reino do direito. É nisso que, para os modernos, consiste o direito, razão pela qual “o juiz moderno estará sujeito às regras gerais”, enquanto o juiz romano não estava submetido à regra, pois o direito reservava às leis um papel reduzido, servindo de auxiliar na busca dialética do direito.⁸⁰⁴

Nessa moderna concepção dos direitos subjetivos, em que a sistematização do direito é uma marca e em que os direitos são estabelecidos de antemão por meio de raciocínios dedutivos nos tratados jurídicos, passa a ter relevância a distinção entre o saber científico e o saber filosófico. Essa distinção, segundo Villey, está baseada no método, porquanto o saber científico rejeita os argumentos de autoridade e embasa as suas conclusões na experiência *artificial*; método este que, além das ciências exatas, aplica-se, também, às ciências humanas, especialmente ao estudo do direito, passando o saber jurídico a ser científico e não apenas filosófico. Essa distinção está relacionada, também, à presença de uma moral utilitarista no saber científico, que, autônomo em relação à filosofia, não mais pertence ao gênero da especulação desinteressada, colocando-se a serviço das necessidades humanas.⁸⁰⁵ Dessa forma, os filósofos, conforme Bacon, devem se preocupar “não com a vitória sobre os adversários por meio de argumentos, mas com a vitória sobre a natureza, pela ação; não em emitir opiniões elegantes e prováveis, mas em conhecer a verdade de forma clara e

⁸⁰³ VILLEY, M. *Idem*, p. 575-577.

⁸⁰⁴ VILLEY, M. *Ibidem*, p. 577-580 e 660.

⁸⁰⁵ VILLEY, M. *Ibidem*, p. 587-590.

manifesta”.⁸⁰⁶ Essa tendência utilitarista se faz presente, também, no direito,⁸⁰⁷ embora Bacon reconheça que, nos assuntos políticos, a experiência de uma mudança na ordem civil se apoia na autoridade, na conformidade geral, na fama e na reputação e não sobre a demonstração.⁸⁰⁸ Como, em Bacon, o fim do direito “não é o justo, mas o útil”, Villey diz que o direito “consiste nas leis”, que são da alçada “do homem de Estado, não do filósofo”, devendo o intérprete limitar-se “à exegese estrita dos textos”, não havendo espaço para a equidade e nem para o papel criador da doutrina, o que corresponde aos anseios do positivismo jurídico moderno.⁸⁰⁹

A busca pela sistematização do direito, segundo Villey, é possível de ser visualizada em Bodin, que concebe o direito em forma de uma “cascata de leis hierarquizadas entre as quais deve predominar a lei da Razão”. Dessa concepção resultaram as codificações modernas, ocorrendo, portanto, “uma mutação radical da *forma* do direito, que passará a se apresentar numa ordem lógica”, tornando esse direito “mais fácil, mais acessível aos homens de bem, e mais *racional*”, o que “constitui um acontecimento capital na história do direito”. Assim, com a sistematização do direito, há uma substituição da casuística romana e do silogismo dialético de Aristóteles pela lógica dedutiva, copiada das ciências físicas e matemáticas, que procede, sobretudo, de cima para baixo ou dos princípios para as consequências ou, ainda, das causas para seus efeitos. Essa dedução, em se tratando do direito, ocorre a partir das normas, de modo que o direito passa a ser regra, ou “o que se tira ou se deduz a partir das regras”. Tal sistematização ocorre com base nas causas materiais, que distinguem pessoas, coisas e ações; na causa formal, que é a essência do direito, sendo “constituída pela razão naturalmente impressa na alma do homem (o direito natural) e pelas leis que dela

⁸⁰⁶ BACON, Francis. *Novum organum*, p. 30.

⁸⁰⁷ Villey admita a dificuldade de construir-se uma teoria das fontes e da essência do direito a partir do método experimental de Bacon, uma vez que tal método não é o mais adequado para o estudo da justiça universal. (VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, p. 595).

⁸⁰⁸ BACON, Francis. *Novum organum*, p. 73.

⁸⁰⁹ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, p. 596.

decorrem (o direito das gentes e o direito civil)”; e no conteúdo do direito, que são os direitos individuais “fixos e pré-constituídos”.⁸¹⁰

A sistematização do direito em Althusius, por sua vez, ocorre com base em uma dicotomia fundamental existente entre o fato (*factum*) e o direito. Enquanto ao cientista político cabe investigar “quais são as fontes da soberania” e “o que deve ser essencial para a constituição de uma comunidade”, ao jurista cabe tratar “do direito (*jus*) que deriva em certas ocasiões dessas fontes de soberania e do contrato entre o povo e o príncipe”.⁸¹¹ Para entender essa sistematização, é necessário ter em mente a metodologia de Althusius, que, segundo Villey, está numa posição intermediária entre a dialética aristotélica do jusnaturalismo clássico e o método cartesiano do racionalismo jurídico. É que, inspirado em Ramus, Althusius procura construir um sistema coerente do direito, por meio da descrição das realidades naturais e da ordenação de todos os seus conceitos num sistema do tipo matemático, ou seja, “partindo de um termo geral, ele é subdividido, por dicotomias sucessivas, ao mesmo tempo em espécies (*species*) cada vez menos abrangentes e em elementos constituintes (*partes* ou *membra*)”, tendo como resultado “uma pirâmide das noções da ciência jurídica de grande clareza, para quem sabe ler, e onde cada termo é definido com uma precisão perfeita”.⁸¹²

⁸¹⁰ VILLEY, M. *Op. Cit.* p. 429, 546, 554, 574 e 586.

⁸¹¹ ALTHUSIUS, Johannes. *Política*, p. 90-92.

⁸¹² VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, p. 622 e 623. Mais especificamente, na concepção de Althusius, segundo Villey, o fato é anterior ao direito, devendo dele o jurista, pelo menos, ter um conhecimento sumário, pois é o *negotium* ou “o ‘ato’ que dá à vida social o que lhe é útil ou necessário, ou, ao contrário, cria-lhe empecilhos”, e sobre o qual o direito é constituído, estando dividido em partes e espécies. As partes são as coisas e as pessoas. As coisas estão divididas, entre outras, em singulares, corpóreas, incorpóreas e universais, enquanto as pessoas, que são os sujeitos dos atos, estão divididas, entre outras, em singulares e coletivas. As espécies do *negotium* são os atos voluntários, como, por exemplo, os contratos, e involuntários, tais como o delito e o quase-delito. O direito, por sua vez, está fundado no “primado da lei”, ou seja, “de uma norma cuja fonte não está mais no estudo dos *factos* naturais, mas em outro lugar, no mundo do *espírito*”. Althusius distingue, assim, as leis naturais e civis, sendo aquela “uma síntese da lei racional e da lei divina positiva”, ou seja, “a lei *moral* que Deus inscreveu no espírito do homem e da qual resultam nossos deveres para com nós mesmos (*defensio; conservatio*) e para com o outro”. Abaixo da lei natural encontra-se o direito de cada grupo ou as leis civis, que o juiz tem o dever de interpretar literalmente, o que revela o caráter legalista desse sistema, dada a negação do caráter criador da doutrina e da jurisprudência. Nessa concepção, o direito é o que é constituído, por ocasião do fato, para atender às necessidades e utilidade do homem e para a reta conduta da vida em relação às coisas e pessoas, o que corresponde, segundo Villey, a uma definição de direito subjetivo. O direito, em Althusius, no dizer de Villey, tem, como “partes”, as leis, o direito natural e o direito civil, e, como “espécies”, os direitos subjetivos, que são consequências das leis, não sendo, portanto, tirado das coisas, pois “é produto da razão separada do homem”, isto é, “o que os sábios podem deduzir dessa razão e o que elas as leis positivas acrescentam no âmbito de cada *polis*”. Em outros termos, são o *dominium* e a *obligatio*, estando o primeiro subdividido no

Se, para Cícero, é a razão que faz o homem ser sociável, aproximando-se do seu semelhante, dialogando e vivendo em comum com ele,⁸¹³ para Althusius, “a vida social é estabelecida e mantida”, por meio de um pacto voluntário, envolvendo essas comunidades simbióticas bens, serviços e direitos comuns.⁸¹⁴ Portanto, segundo Villey, “antes de existir a comunidade, os indivíduos que virão a ser seus membros já possuíam direitos”,⁸¹⁵ isto é, alguma espécie de controle sobre alguns pertences e sobre as suas próprias atividades, que nada mais são do que “direitos subjetivos”.⁸¹⁶

O direito também é extraído por Grócio da natureza do homem, isto é, da sua razão, que é a sua essência, e não da natureza externa e objetiva,⁸¹⁷ isso porque, segundo Villey, Deus teria inscrito no coração do homem uma lei comum que valeria, “por sua própria natureza”, independentemente das “opiniões e costumes” particulares, e que se imporá igualmente a todos, para além das fronteiras, uma vez que existiria, entre os homens, um parentesco natural. Essa lei ordenaria a preservação de cada um, permitindo que cada um acrescentasse as coisas úteis à sua existência e delas se apossasse, proibindo, nas relações mútuas, de prejudicar ou ocupar as coisas alheias e obrigando a todos cumprir suas promessas, decorrendo, daí, o valor dos tratados internacionais, de modo que, se tais regras obtiverem o consentimento de todos, terão o valor de direito. Ao extrair dessa noção o seu sistema de direito, de alcance universal, Grócio tornou-se um

poder sobre coisas, que pode ser pleno ou secundário, e sobre pessoas, que compreende o poder sobre si próprio e o poder sobre os outros, que, por sua vez, também pode ser dividido em doméstico, como, por exemplo, o pátrio poder, ou público, tal como a soberania. *A obligatio*, por sua vez, compreende, entre outros, direitos de crédito. (VILLEY, M. *Op. Cit.*, p. 566-567 e 625-627).

⁸¹³ CÍCERO. *Dos deveres*, p. 34.

⁸¹⁴ ALTHUSIUS, Johannes. *Política*, p. 105-106 e 113.

⁸¹⁵ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, p. 619.

⁸¹⁶ Essas comunidades simbióticas, no entanto, carecem de leis que regulem sua ordem interna, razão pela qual a sua constituição repousa na existência de uma lei comum e na lei natural, referindo-se, em face da sua religião calvinista, à lei divina revelada no Evangelho e no Decálogo, que acaba sendo confundida com a lei moral estoica, que se resume no dever de autopreservação e de não lesar as pessoas e os bens alheios; lei esta que continua regendo a vida da comunidade. As demais leis, na linha do positivismo, devem estar adaptadas a cada comunidade e emanar da vontade do corpo social, que é o soberano, como, também, do príncipe mandatário da comunidade, a quem cabe complementar o direito em proveito comum, pois a lei deve ter por finalidade servir ao interesse dos particulares ou aos seus interesses comuns. (ALTHUSIUS, Johannes. *Política*, p. 191-194). Para Villey, no entanto, Althusius é apenas um teórico que se move no mundo dos conceitos e continua submetido às soluções tradicionais, não ousando enfrentar a substância das regras do direito. (VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, p. 630).

⁸¹⁷ GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*, v. I, p. 79.

articulador importante do “direito comum”, ou seja, de uma fusão do direito romano com o direito consuetudinário que pudesse substituir a variedade de direitos da sociedade medieval, que, por sua infinidade de fontes, estaria causando a confusão e a desordem das fontes do direito privado, constitucional e internacional.⁸¹⁸

A ciência do direito é sistematizada por Grócio a partir do ângulo do fato guerra, muito rica em consequências. Diferentemente de Aristóteles, que concebe o direito como a busca do justo, em Grócio, segundo Villey, o objetivo do direito é a realização, pelo jurista, da tarefa útil de contribuir para a extinção das desordens e das violências públicas e privadas, que devem ser sufocadas antes que eclodam, devendo o jurista fazer-se um defensor das regras morais, ou seja, da moral estoíca, pois esta “é o instrumento da ordem e da paz social”, atendendo, também, aos anseios da burguesia européia. Para responder a esse objetivo prático, o direito adota, em primeiro lugar, a forma de *um sistema de regras gerais*”, que está construído a partir do dever de sociabilidade, que é a fonte do direito, e que se resume em três máximas, segundo as quais, é preciso abster-se do bem alheio, restituindo o que porventura se tenha em mão, ou o proveito que disso se tenha tirado, devendo-se, também, manter a palavra e reparar o dano causado por culpa própria.⁸¹⁹

Essas três máximas, extremamente gerais, segundo Villey, são transportadas por Grócio para o topo do sistema do direito, tratando-se, pois, de um método que deduz o direito dos princípios da razão moral, fornecendo, desde o início, regras de direito. O direito, assim, é concebido como “regras extraídas da razão e que devem comandar os fatos em nome da razão de onde elas saem”, o que significa dizer que são regras gerais “independentes dos fatos, orgulhosamente instaladas acima dos fatos particulares”, pois são regras “universalmente válidas, aplicáveis tanto ao direito privado como ao direito

⁸¹⁸ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, p. 641, 642 e 644.

⁸¹⁹ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, p. 657 e 658. Classificando as guerras, Grocio dividiu-as em guerras públicas, ou seja, entre Estados, guerras privadas, que envolvem particulares, nas quais se insere o problema da criminalidade, e guerras mistas, constituídas de revoltas internas de particulares contra o Estado, tratando, assim, do direito público, do direito penal e de vários outros ramos do direito. (GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*, v. I, p. 159-160).

internacional, imutáveis e válidas em todos os lugares e em qualquer circunstância”. O sistema de direito, no entanto, não se restringe apenas a essas três regras gerais, porquanto “*se estende num pulular de regras, muito numerosas e detalhadas*”, sendo propósito de Grócio, pois, “*demonstrar as regras de direito, dispondo-as em boa ordem e ligando-as dedutivamente aos primeiros princípios ‘evidentes’ da razão e da moral*”.⁸²⁰

Vê-se, pois, segundo Villey, uma distinção visível entre o direito natural clássico e o sistema proposto por Grócio, pois, naquele, “o direito não é tirado das regras, mas do direito que existe é tirada a regra”. Assim, enquanto o método casuístico adotado pelos romanos “tira o direito dos casos particulares, adaptado a cada caso particular”, o método de Grócio “deduz o direito da razão”, ou seja, extrai as regras do direito “a partir dos axiomas primeiros da moral racional”. Dessa maneira, quando o direito adota a forma de uma série dedutiva de normas, de um sistema *axiomático*, o seu conteúdo também fica submetido a essa lógica. Há, nessa doutrina, uma laicização e uma moralização do direito, isso porque, não obstante os precedentes nesse sentido, Grócio transpõe a doutrina estoíca das fontes do direito para o pensamento humanista, fazendo “da doutrina do direito natural uma ciência profana e laica”. Não se pode esquecer, por outro lado, a formação calvinista e, por isso, extremamente moralista de Grócio, o que o levou a conceber a finalidade do direito como idêntica à da doutrina moral.⁸²¹ É dessa mesma moral que deve proceder, segundo Grócio, a noção de “direito voluntário” (direito civil), de modo que, enquanto o direito natural “é ditado pela reta razão”, razão esta afetada moralmente, o direito voluntário é o “direito estabelecido”. Assim, enquanto a natureza humana é a mãe do direito natural, este, por sua vez, é mãe da obrigação, que vem a ser a mãe do direito civil, de modo que “a natureza pode ser considerada a bisavó também do direito civil”.⁸²²

⁸²⁰ VILLEY, M. *Op. Cit.* p. 658, 659, 661 e 663.

⁸²¹ VILLEY, M. *Idem*, p. 647, 651, 660 e 663.

⁸²² GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*, v. I, p. 43 e 78. O direito, em Grócio, é, pois, segundo Villey, “*qualita personae*, atributo do sujeito”, ou seja, “é extraído da natureza do homem”, tendo “como fundamento original a lei ligada imutavelmente à essência do indivíduo”, razão pela qual “o direito consiste numa *liberdade*”, que torna a pessoa apta a possuir ou a realizar uma certa ação, sem que a moral seja ofendida”. Substitui-se, assim, a antiga acepção de justo pela de direito subjetivo, distinguindo-se “o que é nosso” – o que corresponde a um poder sobre que se tem sobre si próprio, tais como a liberdade e a legítima

As poucas referências anteriores ao direito natural clássico, ao direito divino e ao direito racional natural que influenciaram o pensamento dos filósofos do direito de todas as épocas admitem, como se percebe, a existência de um direito pré-constituído. Assim, se, para a doutrina do direito natural clássico, o direito está na natureza externa ou na ordem natural, para a doutrina do direito divino, o direito decorre da divindade, estando materializado, sobretudo, nas Sagradas Escrituras,

defesa, ou sobre outras pessoas, como o pátrio poder e a soberania, ou, ainda, sobre coisas, como a propriedade, ou um poder de realizar certas ações, entre as quais o direito de passagem em terras alheias -, do “que nos é devido”, que corresponde ao direito de crédito; crédito este que pode ser originário em uma promessa, contrato, delito ou em danos que criam direito à reparação. Resultam claros, pois, os propósitos utilitaristas dessa teoria, ou seja, “defender *direitos*”, triunfando, assim, o ponto de vista do advogado sobre o do juiz. Esses direitos subjetivos, estabelecidos em benefício dos Estados ou dos particulares, seriam absolutos ou de contornos bem determinados e rigorosamente exigíveis, merecendo o nome de “direitos em sentido estrito” e estariam, somente “indiretamente”, ligados à natureza do sujeito, “por intermédio da lei que está na consciência do homem”. Deixa o direito, portanto, de ser um problema aberto, como na antiga filosofia clássica, e passa a ser “a *dedução certa* de uma máxima indiscutível”. Assim, pela razão ou pela natureza, e, independentemente das contingências do direito positivo arbitrário, os Estados e particulares possuem direitos estritos e rigorosamente definidos, entre os quais os direitos de posse de suas terras, de seu ouro ou de seus créditos. Todavia, para Grócio, o fato de alguém ter o dever de não roubar significa que tem o direito de conservar tudo o que possui; e, se tem o dever de cumprir as suas promessas, também tem o direito de exigir que os outros cumpram o pacto realizado, o que, na verdade, representa a substância dos direitos subjetivos no pensamento grociano. Há, pois, um desprezo pela justiça distributiva, uma vez que a solução envolvendo os direitos do Estado e dos particulares não leva em conta, como queria a filosofia aristotélica, as circunstâncias de cada causa ou a justa parte que corresponde a cada um numa situação dada em relação à parte dos outros, mas sim, de maneira mecânica e automática, o que se deduz da regra. Essa solução favorece as nações mais desenvolvidas ou as classes mais abastadas, o que permite a concluir que o sistema dos direitos subjetivos de Grócio tenha servido de “impulso ao sistema de direito ‘liberal’ e ‘capitalista’ moderno”, porquanto “é totalmente apropriado para proporcionar a garantia das posses estabelecidas, a garantia das transações, a tranquilidade necessária para o desenvolvimento econômico, a limitação das violências, mas em detrimento da justiça”, respondendo “à necessidade de ordem suscitada pela conjuntura política e econômica”, sendo, pois, “produto de um espírito pragmático, que soube explorar de forma genial, tendo em vista os fins temporais perseguidos pela sociedade de seu tempo, uma ideologia reinante”. As modificações trazidas pelo sistema grociano resultarão na falta de interesse pela justiça (no sentido aristotélico da palavra), uma vez que a classe burguesa mercantil estará muito mais interessada na segurança e certeza que um direito regulamentado, rígido, de soluções previsíveis poderá trazer para as suas riquezas e transações comerciais. Não é por nada que a “proliferação de regras será uma das características da cultura jurídica da Europa moderna”, fenômeno este conhecido como “racionalização do direito”. É importante ressaltar que o conformismo presente no sistema de Grócio, uma vez que este admite o absolutismo do príncipe, rejeita o direito de resistência e reconhece o direito de conquista, tudo isso arbitrário, mas aceito em nome do consentimento dos povos, que nada mais é do que uma suposição gratuita, pois o racionalismo, para obter soluções viáveis, necessita recorrer a essas suposições ou mitos, como é o caso, também, do contrato social, que são inseridos sub-repticiamente no corpo da demonstração e que, embora sejam premissas falsas, são bastantes para fazer aceitar um conjunto de soluções novas e provisoriamente úteis e justas, uma vez que “revestidas de um falso semblante de moralidade rigorosa e de estrita racionalidade”. É por isso que “a Europa tira proveito das conclusões de Grócio, porque, na prática, todas elas tenderão ao restabelecimento da paz, à tranquilidade pública à segurança dos bens”, qualidades pragmáticas estas inegáveis do seu tratado sobre a guerra e a paz. (VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, p. 571-575, 661-662, 665-667 e 669-671).

enquanto, para a doutrina do jusracionalismo natural, esse direito decorre da razão humana.

Entre as várias concepções do direito natural racional, pode-se dizer que, na versão original estoicista, a razão produz na mente compreensões que são partilhadas igualmente por todos, fazendo com que haja alguns princípios gerais em face dos quais todos estão de acordo. Além disso, a mudança de foco da natureza externa para a razão humana implicou o surgimento, com Ockham, da doutrina dos direitos subjetivos, sistematizada, depois, sobretudo por Bodin, Althusius e Grocio. Esses direitos, definidos e sistematizados de antemão, constituirão o cerne do racionalismo jurídico, permitindo a utilização do método dedutivo, com vistas a uma maior certeza e segurança jurídica.

Estando o direito pré-constituído, a linguagem jurídica exerceria o papel secundário e instrumental da designação dos seus conteúdos e sentidos. Na doutrina do direito natural clássico esse conteúdo está na natureza externa, por isso, pertenceria, tão-somente, ao ser. Na doutrina do direito divino, esse conteúdo pertence aos textos bíblicos, expressão da vontade divina, estando situado, também, no mundo do ser. Na doutrina do jusracionalismo natural, esse conteúdo pertence à razão humana, embora não arbitrária, mas fundada no consenso universal, estando, portanto, no sujeito, de modo que em relação ao direito da natureza humana ou ao direito racional, a pré-constituição não ocorre em face de uma natureza externa do homem, mas, sim, de uma subjetividade.

A designação de sentidos do direito natural é uma atividade dos legisladores e dos juizes, por se tratar de uma função pública. Os estóicos atribuíam-na, também, aos sábios. Os modernos acrescentaram os doutrinadores, estudiosos do direito. No Medievo, o direito divino não pode prescindir do auxílio dos teólogos, bem como dos glosadores, de modo que o âmbito dessa atividade não se reduz à esfera do Estado, estendendo-se aos âmbitos acadêmico e eclesiástico. A partir da Modernidade, com a sistematização, essa designação observou forma mais precisa, em face da sistematização do direito, razão pela qual passaram os doutrinadores a usar linguagem própria.

Subseção II A pré-constitutividade do direito positivo

O direito positivo, como já visto, é uma invenção da Modernidade, mas suas raízes remontam à Antiguidade e permeiam o Medievo, pois, tanto em Platão quanto em Aristóteles e Aquino, assim como em Agostinho, Escoto, Lutero e Calvino, como, ainda, em Cícero, Ockham, Bodin, Althusius e Grócio, entre tantos outros, as leis escritas e postas pelo poder temporal se fazem presentes. Muito já foi dito, na subseção anterior, sobre o positivismo jurídico, daí porque a presente subseção se aterá, somente, aos aspectos principais caracterizadores do direito positivo.

Contudo, segundo Villey, é necessário lembrar que o direito positivo alcança a sua hegemonia absoluta, somente no século XVI, com a versão monista hobbesiana do positivismo jurídico, que concebe a existência de apenas duas fontes distintas para a lei, de modo que, enquanto, tanto a lei divina quanto a lei natural proviriam de Deus, a lei civil seria originária apenas do Estado, o que constitui o cerne e a originalidade do pensamento hobbesiano.⁸²³

A lei da natureza, segundo Villey, seria apenas o ponto de partida, o fundamento do sistema, em face do que teria ocorrido o pacto, que é o instrumento de mediação entre a natureza e o direito positivo e que marca a passagem do estado de natureza para o estado civil. Surge, assim, um artifício para suprir as necessidades do homem nesse seu estado de decadência, ou seja, o corpo político, o *Leviatã*, que produzirá a lei civil, fonte de todo o direito e que, não obstante sua procedência da lei natural, na passagem do estado de natureza para o estado civil, modificou-se, adaptando-se a essas circunstâncias novas e tornando-se, em certo sentido, o inverso da lei natural. Esse artifício, a lei civil, contém algo que estava faltando para que a lei seja considerada propriamente uma lei, que é a promulgação, a essência da lei, porquanto é o que faz a lei existir, criando direitos e obrigações, distribuindo riquezas e estabelecendo o “meu”, o

⁸²³ VILLEY, M. *Idem*, p. 726-727.

“teu”, a segurança e a paz nas relações sociais.⁸²⁴ Não se pode perder de vista que, no dizer de Hobbes, “a lei consiste na declaração ou manifestação da vontade de quem ordena”, havendo, ainda, de ser escrita e de ser publicada em lugares que possibilitem o seu conhecimento.⁸²⁵

Embora a lei humana imponha limites ao direito civil, Villey explica que a substância deste não é decorrente daquela, uma vez que “o direito é esse resto de liberdade que a lei não cortou”, pois “o soberano permite reter uma parte desse direito que o súdito já possuía no estado de natureza e que ele detinha por si mesmo e por sua razão”. Esse direito ganhou em eficácia, sobretudo, porque agora repousa “sob a proteção do Estado”, uma vez que está sancionado, o que se constitui em critério do pensamento jurídico moderno.⁸²⁶

Por estarem destituídos da fé e da razão, os seres humanos, segundo Villey, não poderiam ser conduzidos eficazmente somente pela moral, razão pela qual foi “preciso acrescentar a ela instrumentos de pressão, de coerção imediata e real”, os quais, no *Leviatã*, constituem-se da sanção, representada pela espada do soberano, pois, enquanto, por um lado, “as convenções sem espada não passam de palavras”, por outro, “a lei civil sancionada dá toda a segurança quanto ao comportamento futuro do outro; aliás, ela constringe cada uma das partes; está-se realmente obrigando”.⁸²⁷

Tais leis, como também as leis não escritas, ressalta Hobbes, carecem de interpretação, que deve ficar a cargo de alguém designado pelo soberano, não bastando as opiniões dos filósofos.⁸²⁸ Essa interpretação, segundo Villey, cabe aos juízes, que deverão buscar, sobretudo, a *intenção* do legislador, fazendo uso da equidade somente quando ocorrer o silêncio da lei, sem perder de vista, em qualquer caso, que o soberano é o verdadeiro intérprete, devendo, por isso, estar em consonância com este. Essa interpretação não cabe aos doutrinadores, aos doutores, pois suas opiniões “são um amontoado de discordâncias”, não se

⁸²⁴ VILLEY, M. *Ibidem*, 739-742.

⁸²⁵ HOBBS DE MALMESBURY, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*, p. 210-211.

⁸²⁶ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, p. 713-715.

⁸²⁷ VILLEY, M. *Op. Cit.* p. 742-743 e 745.

⁸²⁸ HOBBS DE MALMESBURY, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*, p. 213-214.

podendo saber a qual delas seguir, razão pela qual o único intérprete é o príncipe, ou quem este designar para, em seu nome, proceder à interpretação.⁸²⁹

Resulta claro, pois, que, nessa concepção, a pré-constitutividade é atribuída, também, ao direito positivo, em face do qual a linguagem é, somente, designativa, pois exerce o papel de veículo dos sentidos que estariam presentes nos textos legislativos. A hermenêutica tradicional tem se ocupado exatamente disso, ou seja, descobrir a intenção da lei ou a intenção do legislador, servindo a linguagem, pois, para designar os sentidos descobertos pelo intérprete.

Conforme ressaltado no primeiro capítulo,⁸³⁰ o jurista, tradicionalmente, parte da ideia de que o direito é portador de verdades, o que justifica, no dizer de Streck, a “constante busca do ‘correto sentido da norma’, um sentido ‘dado’, um ‘sentido-em-si’, enfim, uma espécie de ‘sentido-primevo-fundante’”.⁸³¹ Por isso, Maximiliano define o ato de interpretar como “mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão”, ressaltando que “o que se aceita como verdade, quando examinado de um modo geral, também se verifica em o caso especial”, isto é, “no caso da jurisprudência”.⁸³² Esses sentidos, segundo os objetivistas, estariam na intenção ou na vontade da lei (*mens legis*), enquanto, para os subjetivistas, estariam na intenção ou na vontade do legislador (*mens legislatoris*), ou, no dizer de Streck, enquanto, para a doutrina subjetivista, a ciência jurídica consiste, basicamente, na “compreensão do pensamento do legislador”, para a doutrina objetivista, “a norma goza de um sentido próprio, determinado por fatores objetivos”.⁸³³

O caráter designativo da linguagem jurídica, presente, sobretudo, na dogmática jurídica, consistiria, pois, em fazer transitar os sentidos do direito positivo, com o propósito de utilidade, a fim de possibilitar a aplicação desses textos, mas presa nesses imaginários sentidos originais, e de abrigar o seu projeto ideológico, que é, segundo Andrade, fazer com que as prescrições jurídicas sejam

⁸²⁹ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, p. 747-750.

⁸³⁰ Ver o § 2º da Subseção I da Seção II.

⁸³¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, p. 96 e 98.

⁸³² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 9.

⁸³³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, p. 101.

“incondicionalmente obedecidas”, uma vez que, no positivismo jurídico, o direito justo está fundado no cumprimento nas normas jurídicas.⁸³⁴

Em se tratando de pré-constitutividade do direito positivo e do caráter constitutivo do direito, é importante a referência de Neves à teoria analítica do direito, a qual está baseada na concepção de que o direito positivo é um sistema de regras da realidade empírico-social objetivado numa linguagem, que, como *objeto* seria suscetível de descrição, explicação e análise (pressuposto epistemológico), sendo identificado com o sistema positivo das prescrições legislativas, construído sobre as bases dos princípios da representação política e da separação dos poderes (pressupostos político ou do Estado pluralista e da legalidade democrática). A interpretação jurídica, na conformação analítico-linguística, é tida como interpretação semântica. Sendo esta a ciência da significação dos enunciados da comunicação linguística, a interpretação semântica teria, por objeto, o texto legal; por objetivo, a explicitação, a determinação ou a imputação das significações próprias dos enunciados linguísticos dos textos legais; e, por finalidade, a fundamentação dedutiva das decisões legais a partir dos textos legais. Interpretar as prescrições legais seria explicitar, determinar ou atribuir a significação aos enunciados linguísticos dessas prescrições, segundo as regras semânticas. A determinação metodológica da interpretação jurídico-semântica decorre do método, definido pelas regras da significação linguístico-semântica, aplicando-se ou adaptando-se as regras da semântica geral à interpretação jurídica.⁸³⁵

No que diz respeito à concepção do direito, Neves diz que direito, na perspectiva analítica, seria, unicamente, “o conjunto das prescrições legais”

⁸³⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica*, p. 63.

⁸³⁵ NEVES, A. Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica I*, p. 115-116, 156-160, 163 e 166. A conceituação geral de significação, segundo Neves, é marcada pelo repúdio ao naturalismo ou ao essencialismo semântico (relação ontológica necessária entre o significante – palavras, expressões, enunciados – e o significado – a extralinguística realidade referida) e pela aceitação do convencionalismo (significados como resultados dos usos da linguagem). O conceito de significação dos enunciados jurídicos em particular é marcado pela relação entre o significante e o significado mediada pela significação (da qual se ocupa a semântica). (NEVES, A. C. *Op. Cit.*, p. 159-160).

objetivadas como dados empírico-linguísticos como manifestações do poder legislativo democraticamente legítimo.⁸³⁶

Seção III

A pré-constitutividade da realidade e a linguagem no âmbito jurídico-penal

No âmbito jurídico-penal, a ideia de pré-constituvidade remete à ideia de preexistência da realidade criminal, ou seja, do crime ou da contravenção penal e do criminoso ou do contraventor, o que significa dizer que a criminalidade é concebida como uma realidade ontológica, pré-constituída ou preexistente em relação à linguagem jurídico-penal, que teria um caráter meramente designativo dessa mesma realidade. No entanto, essa pré-constitutividade possui peculiaridades próprias, em se tratando da linguagem criminológica ou político-penal, da linguagem penal e da linguagem processual penal, o que significa dizer que a designação, em cada uma dessas linguagens, não é exatamente a mesma.

Esta seção está dividida, pois, em três subseções, percorrendo a primeira sobre a pré-constitutividade do fenômeno criminal na criminologia positivista e na política penal, enquanto as duas subseções seguintes tratam, respectivamente, da pré-constitutividade do fenômeno criminal na lei e na dogmática penal e na lei e na dogmática processual penal.

Subseção I

A pré-constitutividade do fenômeno criminal na criminologia positivista e na política penal

A apresentação realizada no segundo capítulo sobre o paradigma etiológico ou positivista,⁸³⁷ assim como no terceiro capítulo, sobre os elementos estruturais

⁸³⁶ NEVES, A. C. *Idem*, p. 204.

⁸³⁷ Ver Subseção II da Seção III.

da metalinguagem jurídico-penal⁸³⁸, deixa evidenciado, claramente, que, para a criminologia positivista, o crime e a contravenção penal, bem como o criminoso ou o contraventor são realidades que existem antes mesmo da reação social, isso porque são efeitos de causas biopsicológicas e sociais que determinam a ocorrência da realidade criminal.

Essa concepção marca tanto uma forma de pensar e de dizer o fenômeno criminal em si quanto as ações que possam ser realizadas em face desses fenômenos e, mais precisamente, deixa evidenciada a pré-constitutividade do fenômeno criminal em relação à linguagem criminológico-positivista e à político-penal. Essas linguagens, nessa perspectiva, apenas exprimem, designam, referem ou informam algo que já existe, ou seja, têm um caráter meramente designativo da realidade criminal que já estaria pré-constituída. Seriam as causas biopsíquicas e sociais, portanto, que determinam as características de uma conduta qualificada como crime ou contravenção penal ou de uma pessoa, como criminoso ou contraventor. Essas qualificações não seriam produtos da atribuição humana, pois tanto a conduta quanto o homem são compreendidos como tais antes mesmo dessa qualificação.

Assim, a pré-constitutividade do crime e do criminoso estaria nas causas biopsíquicas, ou seja, na forma física deste, pois, em Lombroso, “o crime está ligado às condições orgânicas das quais é efeito direto”, uma vez que, “se o crime não cessou de se produzir mesmo nas raças mais cultas”, é porque “sua verdadeira causa reside no atavismo”. Essa pré-constitutividade resulta mais evidente, sobretudo se a anatomia do autor da ação contar com “orelhas de abano, cabelos abundantes, barba escassa, sinos frontais e maxilares enormes, queixo quadrado e saliente, zigomas largos, os gestos freqüentes”.⁸³⁹

A base da pré-constitutividade da realidade criminal, em Garófalo, é a “anomalia moral”, ao afirmar, ao mesmo tempo que sustenta a existência do delito natural, que “o criminoso, muitas vezes fisicamente anômalo, o é sempre moralmente” e que essa anomalia o coloca em condições de inferioridade relativamente à raça a que pertence, sendo, sociologicamente, uma *degeneração*.

⁸³⁸ Ver Subseções III e V, ambas da Seção II.

⁸³⁹ LOMBROSO, César. *O homem delinquente*, p. 67, 123 e 248.

Essa inferioridade pode ser imputada a causas hereditárias ou do meio em que vive o indivíduo, embora as causas do crime não sejam as circunstâncias em que o delinquente se encontra, mas, sim, a sua *degeneração individual*. Essa degeneração decorre da falta total do senso moral, isto é, dos sentimentos de piedade e de probidade nos tipos denominados assassinos ou delinquentes típicos, caracterizados pela obediência, única e exclusiva, “ao próprio egoísmo, aos próprios desejos e apetites instantâneos, atuando sem cumplicidade alguma indireta do ambiente social”. Nos demais tipos, ou seja, nos violentos ou enérgicos e nos ladrões ou nevrostênicos, não haveria a falta total do senso moral, uma vez que, nos primeiros, falta apenas o sentimento de piedade, enquanto que os ladrões e nevrostênicos acusam a falta, somente, do sentimento de probidade.⁸⁴⁰

Por fim, a pré-constitutividade da realidade criminal, em Ferri, está relacionada ao organismo fisiológico e psíquico do indivíduo autor de “as ações honradas ou desonrosas” e à atmosfera física e social em que esse indivíduo nasceu e vive, ou seja, a uma série de fatores do delito, que podem ser divididos em antropológicos, psíquicos e sociais. Os primeiros estão relacionados com o indivíduo isolado ou como membro de uma sociedade, ou seja, em suas relações sociais, compreendendo, pois, as anomalias orgânicas ou físicas, tais como estudadas por Lombroso. Esta categoria é a que está relacionada com os caracteres pessoais do criminoso, isto é, com a sua raça, a sua idade, o seu sexo e com as suas condições biológicas e sociais, como, por exemplo, o estado civil, a profissão, o domicílio, a classe social, a instrução e a educação, que são dados obtidos mediante estatísticas criminais. Incluem-se nesta categoria, ainda, os fatores físicos ou cosmotelúricos do delito, ou seja, os que abrangem “todas as causas pertencentes ao meio físico”, tais como o clima, a natureza do solo, as condições atmosféricas e a produção agrícola. Os fatores psíquicos, por sua vez, compreendem todas “as anomalias da inteligência e dos sentimentos, sobretudo do sentido social, e todas as particularidades da literatura e da gíria dos criminosos”. Por fim, os fatores sociais do delito, os quais “resultam do meio social em que vive o delinquente” e que compreendem tanto “a densidade diferente de

⁸⁴⁰ GARÓFALO, Raffaele. *Criminologia*, p. 29, 68 e 90.

população, o estado da opinião pública e de religião, a constituição da família e o sistema de educação, a produção industrial, o alcoolismo” quanto “a organização econômica e política, da administração pública, da justiça e da polícia judiciária, e em fim, o sistema legislativo civil e penal em geral”.⁸⁴¹

Essa pré-constitutividade do crime e do criminoso fica mais evidente ainda no âmbito da política criminal, definida, por Delmas-Marty, como “o conjunto de procedimentos através dos quais o corpo social organiza respostas ao fenômeno criminal”,⁸⁴² ou seja, o conjunto das medidas de prevenção e repressão ou de reação ao fenômeno criminal, o que compreende tanto o crime ou a contravenção penal quanto o estado de perigo.

Nessa concepção, em que a política criminal se reduz à política penal,⁸⁴³ as respostas são buscadas por meio da edição de leis penais que definem condutas que passam a ser consideradas crimes ou contravenções penais e sanções, cujo caráter é eminentemente repressivo. Essa criminalização de condutas, como medida de política penal, pressupõe a preexistência do crime ou da contravenção penal, uma vez que, a política penal, assim concebida, constitui reação ou resposta a tais realidades criminais, consideradas antecedentes das penas, que são suas consequências, numa relação de causa e efeito.

O que precisa ficar bem claro, a fim de que se possa atender aos propósitos da presente subseção, não é propriamente o marco etiológico em que se encontram os estudos da criminologia positivista, mas, sim, e sobretudo, o fato de que o crime e a contravenção penal, bem como o criminoso e o contraventor, nessa concepção, são tidos como realidades pré-constituídas ou preexistentes na

⁸⁴¹ FERRI, Enrico. *Sociologia criminal*, t.I, p. 223 e 224: [...]“las acciones honradas o deshonrosas del hombre son siempre producto de su organismo fisiológico y psíquico e de la atmósfera física y social en que ha nacido y vive”[...] [...]“todas as causas pertenecientes al medio físico”. [...] “as anomalías de la inteligencia y de los sentimientos, sobre todo del sentido social, y todas las particularidades de la literatura y del argot de los criminales”. [...]“resultan del medio social en que vive el delincuente” e que comprenden tanto “la densidad diferente de población, el estado de la opinión pública y de religión, la constitución de la familia e el sistema de educación, la producción industrial, el alcoholismo” [...] “la organización económica y política, la de la administración pública, justicia y policía judicial, y en fin, el sistema legislativo civil y penal en general”.

⁸⁴² DELMAS-MARTY, Mireille. *Modelos e movimentos de política criminal*, p. 24.

⁸⁴³ Distinguem-se as políticas criminal e penal, uma vez que, enquanto esta propõe, apenas, respostas repressivas às condutas criminosas e contravençionais, aquela inclui medidas mais abrangentes, correspondendo a ações políticas e sociais, voltadas, inclusive, à redução do uso de penas e medidas de segurança.

natureza em face das causas que lhes são determinantes. A linguagem é, apenas, um meio ou instrumento de mera designação e de informação, cabendo-lhe, tão-somente, referir ou designar tais situações já pré-constituídas.

As definições legais dos comportamentos tidos como criminosos, para a política penal, são tidas como meras ações em busca de formalidades, uma vez que a realidade criminal já estaria preestabelecida. Em outras palavras, haveria um desvalor natural, ou seja, um desvalor que não pertence ao mundo jurídico, mas sim ao mundo das ciências naturais, pois é um desvalor levado a efeito pelo médico, pelo psicólogo, pelo antropólogo, pelo sociólogo ou pelo pedagogo, com base no mesmo signo utilizado pelo legislador e pelo jurista, que designam como criminais determinadas situações ou comportamentos, em face das causas consideradas determinantes. O desvalor jurídico, no âmbito da noção de pré-constitutividade, seria secundário, pois, em face do princípio da legalidade penal (*nullum crimen, nulla poena, sine lege*), caberia à lei, diante da existência do fato já preexistente, tão-somente, defini-lo e cominar-lhe as penas. Essa descrição seria a mera conformação jurídica a uma situação já preestabelecida, uma vez que a reprovação penal seria a consequência jurídica a um fato naturalmente negativo.

Essa conclusão pode ser extraída, também, da ideologia da defesa social, mais precisamente do princípio do interesse social e do delito natural, que, no dizer de Baratta, concebe rol de tipos penais existente nos códigos penais das nações civilizadas como a descrição das possíveis ofensas a interesses fundamentais, ou seja, àquilo que constitui condição essencial à existência de toda sociedade e que seria comum a todas as pessoas.⁸⁴⁴

Em síntese, pode-se dizer que, em qualquer dessas concepções, o crime ou a contravenção penal e o criminoso ou o contraventor são considerados realidades naturais, cabendo à linguagem, tão-somente, designá-las, uma vez que pré-constituídas em relação a essa mesma linguagem.

⁸⁴⁴ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*, p. 42.

Subseção II

A pré-constitutividade do fenômeno criminal na lei e na dogmática penal

A pré-constitutividade do crime ou da contravenção penal e do criminoso ou do contraventor não é percebida apenas na criminologia positivista e na política penal. Ela se procura fazer presente, também, na lei penal e na ciência jurídico-penal, que concebem o crime e a contravenção penal como uma definição legal, como decorrência do *nullum crimen, nulla poena, sine lege*.⁸⁴⁵ Nessa perspectiva, o crime e a contravenção penal seriam, pois, uma definição, que, por não ser unívoca, confunde-se, algumas vezes, com o tipo penal e, em outras, abrange estruturas mais complexas, que se integram no conceito analítico de crime.⁸⁴⁶

Como já visto, o conceito de tipo penal, segundo Beling, constitui “o conceito troncal do Direito penal, do qual provêm os demais conceitos jurídicos penais, no sentido de que, sem aquele, não se logra nenhuma determinação jurídica penal concreta e definitiva”.⁸⁴⁷ O tipo penal é uma norma, um dever-ser, mais precisamente uma regra penal incriminadora, proibitiva, portanto.

A definição mais simplificada de crime – ou seja, a definição encerrada no tipo penal - é obra do legislador penal, sendo fácil de ser percebida por meio da simples leitura da parte especial do código penal, quando se identificam condutas *abstratamente* descritas e organizadas em títulos, capítulos e seções, designando, por exemplo, “Dos crime contra a pessoa”,⁸⁴⁸ “Dos crime contra a vida”⁸⁴⁹ e “Dos crimes contra a liberdade pessoal”.⁸⁵⁰ Ora, se o legislador designa as condutas descritas na lei penal como “crimes”, é porque as considera e quer que sejam

⁸⁴⁵ No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da legalidade penal encontra-se previsto no inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil e no artigo 1º do Código Penal brasileiro, com o seguinte teor: “não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal”.

⁸⁴⁶ Ver a Subseção III da Seção II do Capítulo III.

⁸⁴⁷ BELING, Ernest von. *Esquema de derecho penal. La doctrina del delito-tipo*, p. 277 e 282: [...]“el concepto troncal del Derecho penal, del cual provienen los demás conceptos jurídicos penales, en el sentido de que sin aquél no puede lograr-se ninguna determinación jurídica penal concreta e definitiva”.

⁸⁴⁸ Título I da Parte Especial do Código Penal brasileiro.

⁸⁴⁹ Capítulo I do Título I da Parte Especial do Código Penal brasileiro.

⁸⁵⁰ Seção I do Capítulo VI do Título I da Parte Especial do Código Penal brasileiro.

consideradas como tais. Assim as definições que, para a teoria do delito, são apenas “tipos penais”, para o legislador, são “crimes” ou “contravenções penais”.

A definição legal contida no tipo penal, designada, pelo legislador, como “crime” ou “contravenção penal” é linguagem descritiva e prescritiva, pois, além de informar, comunicar, transmitir ou fazer conhecer, contém prescrições. Descrevem-se condutas imaginárias e, por isso, abstratas, às quais se cominam penas, a fim de que, se praticadas concretamente, possam ser sancionadas. O tipo penal encerra, pois, também, uma prescrição, ou seja, uma proibição, um comando negativo, procurando influir no comportamento alheio.⁸⁵¹

Com o tipo penal, surge a hipótese de se considerar como crime ou contravenção penal qualquer conduta adequada à descrição contida nesse mesmo tipo penal, e o seu autor um criminoso ou um contraventor, como se essas realidades fossem compostas, tão-somente, da tipicidade.

Foi esse raciocínio que permitiu Sutherland admitir, como “crimes do colarinho branco”, práticas empresariais ilícitas julgadas por tribunais ou comissões administrativas, antes mesmo de serem julgadas pelos tribunais penais. É que a definição de crime, na sua concepção, encerra dois critérios abstratos, os quais são geralmente considerados pelos estudiosos como elementos necessários em uma definição de delito, ou seja, “*a descrição legal de um ato como socialmente daninho e a provisão legal de uma pena para esse ato*”.⁸⁵² Neste caso, Sutherland se referiu a casos concretos, prejulgando-os como delitos, tarefa exclusiva do julgador. Nesse prejulgamento, com certeza, não foram

⁸⁵¹ Sobre o caráter prescritivo das normas penais, ver § 1º, da Subseção II da Seção II do Capítulo III.

⁸⁵² SUTHERLAND, Edwin H. *El delito de cuello blanco*, p. 89: [...]“*la descripción legal de un acto como socialmente dañino y la provisión legal de una pena para esse acto*”. A propósito, tendo por base 980 decisões contrárias às 70 grandes corporações americanas, numa média de 14 decisões por corporação, decisões estas proferidas por tribunais ou comissões administrativas, Sutherland constatou que somente em relação a 158 delas, ou seja, 16% dos casos foram julgados também por tribunais penais, recebendo sentenças no sentido de que as ações eram delitivas. No entanto, analisando os dois critérios da definição de delito – a definição legal de um ato como dano social e a previsão legal de uma pena para esse ato – Sutherland verificou que esses dois critérios se aplicavam a 779 casos, uma vez que tais atos estavam definidos como dano social e havia, nas leis, a previsão de penas, de modo que “*a delinqüência em sua conduta não se fazia evidente pelos procedimentos convencionais da lei penal, senão que estava oculta por procedimentos especiais*”, de modo a eliminar ou a minimizar “*o estigma do delito*”. (SUTHERLAND, E. H. *Op. Cit.* p. 87 e 98).

levadas em considerações as demais estruturas elementares do crime, as quais haveriam de ser objeto de avaliação no processo penal.

De qualquer forma, resulta evidenciada a pré-constitutividade das definições contidas no tipo, consideradas crimes ou contravenções penais independentemente das demais estruturas que compõem a definição de crime ou de contravenção penal.

Remete-se, pois, à teoria do delito e à dogmática jurídico-penal que, embora em nível abstrato, concebem a definição de crime como decorrente de uma estrutura mais complexa. É que, em qualquer dos modelos de fato punível, o crime é uma ação que recebe uma série de atributos, como produto do raciocínio jurídico a ser formulado pelo jurista. O crime e a contravenção penal estariam, pois, preestabelecidos por uma definição teórica que contém uma estrutura racional. Cabe ao jurista, apenas, dizer que determinada e hipotética conduta está adequada a essa estrutura conceitual, tendo a linguagem usada, tão-somente, a função de designar tal conduta hipotética como crime ou contravenção penal.

Ocorre que, no âmbito da teoria do delito e da dogmática jurídico-penal, há uma tendência a se confundir a definição da conduta com a conduta em si. Além disso, é comum que uma conduta determinada seja considerada crime ou contravenção penal pela simples junção, entre outros, dos atributos da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade, como se esses atributos estivessem presentes ou pertencessem a essa conduta e não como decorrentes dessa análise e do seu dizer.

É necessário ter em mente, por fim, que não é próprio do legislador ou do cientista jurídico-penal, salvo a hipótese de estudos de caso concreto, a análise de condutas concretas, porque, para ambos, o crime e a contravenção penal assim como o criminoso e o contraventor são, apenas, abstrações, pois se resumem a definições. É no caso concreto, sobretudo, na linguagem usada no processo penal, que essas realidades surgem. As hipóteses estranhas ao processo penal são imaginárias ou abstratas.

Subseção III
A pré-constitutividade do fenômeno criminal
na lei e na dogmática processual penal

Embora a linguagem processual penal seja constitutiva da realidade criminal, resta, ainda, uma breve alusão à pré-constitutividade do crime ou da contravenção penal e do criminoso ou do contraventor presente na lei e na ciência processual penal, uma vez que, considerando que há um momento preciso do surgimento dessa realidade, qualquer referência anterior a esse momento a tal realidade indica que, também no âmbito do processo penal, há um espaço para a pré-constitutividade do crime ou da contravenção penal e do criminoso ou do contraventor.

Isso se deduz, entre outros, das expressões notícia “do crime”, investigação “criminal” e processo “criminal”, as quais se referem, como se percebe, ao “crime” (o que abrange a contravenção), utilizando uma linguagem designativa para indicar, representar ou significar uma conduta como crime ou contravenção penal, fazendo parecer, pois, que o pré-julgamento é inerente ao processo penal, pois é comum e inevitável, sobretudo para os sujeitos processuais, tratar a conduta objeto de um processo penal, antecipadamente, como crime ou contravenção.

A vítima ou qualquer pessoa do povo, ao comparecer perante as autoridades para relatar um comportamento concreto passível de criminalização, faz, comumente, menção a um crime ou a uma contravenção penal,⁸⁵³ pois se refere à notícia de crime (*notitia criminis*) que, no dizer de Marques, é “o conhecimento espontâneo ou provocado que tem a autoridade pública da prática de um fato delituoso”.⁸⁵⁴

Essa menção ao fato delituoso, no entanto, é induzida pela linguagem processual penal, porquanto é o legislador que, ao instituir essa faculdade, abre espaço para esse prejulgamento, em face das expressões por ele próprio

⁸⁵³ Cumpre lembrar que, no direito penal brasileiro, conforme já dito anteriormente, a infração penal é um gênero que compreende as espécies crime e contravenção penal (BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito penal*, v.1, p. 100).

⁸⁵⁴ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v.1, p. 132.

inseridas no texto legal.⁸⁵⁵ Os tratados doutrinários, por sua vez, reprisando essa linguagem, reforçam a ideia de que o fenômeno criminal parece preexistir a essa mesma linguagem.

Os meios de comunicação social, por sua vez, ao noticiarem esse mesmo fato, também fazem menção, muitas vezes, à prática de um crime ou de uma contravenção penal, embora, na linguagem comum e mesmo na linguagem jornalística, com mais intensidade, os sentidos das palavras “infração penal”, “crime”, “delito” e “contravenção” são os mais diversos.

A linguagem comum utilizada pela vítima ou pelos delatores de modo geral, assim como a linguagem jornalística, portanto, no que diz respeito ao “fato delituoso”, são linguagens descritivas, que têm a função de designar, referir, informar, denominar ou dar significado a uma situação que estaria pré-constituída aos olhos da vítima ou de qualquer outro delator ou mesmo dos jornalistas. Em outras palavras, há um fato ou uma conduta humana que é designada por tais pessoas, de imediato, como “infração penal”, “delito”, “crime”, “contravenção” ou qualquer outro signo com essa denotação, cuja designação, todavia, encerra um pré-julgamento.

A polícia judiciária, por sua vez, investiga um crime ou uma contravenção, embora se trate de uma ação ou de uma conduta que possa ou não ser considerada criminosa ou contravencional. Há, assim, uma designação prévia do fato como crime ou contravenção penal e do seu autor como criminoso ou contraventor, o que encerra um prejulgamento. Como diz Tourinho Filho, “se a Autoridade Policial souber, por meio das suas atividades de rotina, da existência de um crime, cumprir-lhe-á de logo examinar se se trata de crime de ação pública incondicionada”, de modo que, se, efetivamente, tratar-se de uma conduta desse gênero, “a Autoridade Policial terá o dever jurídico de instaurar o inquérito, isto é, de determinar sejam feitas investigações para se apurar o fato infringente da norma e sua autoria”.⁸⁵⁶ O mesmo deverá ocorrer em se tratando de requisição do

⁸⁵⁵ O §3º do artigo 5º do Código de Processo Penal brasileiro, por exemplo, estabelece que “qualquer pessoa do proço que tiver conhecimento da existência da infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito”.

⁸⁵⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, v.1, p. 203.

Ministério Público e da Autoridade Judiciária ou de delação, ou, se presente a representação ou a requisição do Ministro da Justiça, em se tratando de crime de ação pública condicionada, ou, em caso de ação penal privada, se presente requerimento para instauração do inquérito policial.⁸⁵⁷ A linguagem processual penal induz, pois, as autoridades encarregadas da investigação a realizarem um prejulgamento acerca do fato investigado, caracterizando-o, mesmo que provisoriamente, como um crime ou uma contravenção penal, como se estivesse pré-constituído, tendo, pois, a linguagem que a ele se refere um caráter designativo.

A acusação, por sua vez, seja ela privada ou pública, é, a toda evidência, a que mais é induzida pela legislação processual penal a conceber o fato como delituoso, antes mesmo de eventual condenação, uma vez que deverá deduzir a acusação, descrevendo o crime ou a contravenção penal com todas as suas circunstâncias.⁸⁵⁸ A linguagem descritiva utilizada na denúncia ou na queixa tem a função de designar e de denominar o fato pretérito como um crime ou uma contravenção, informando todos os dados necessários a que, no curso do processo e na sentença possa ser efetuada a correlação entre o fato e a sua descrição.

Por fim, as jurisdições de ordem e instrutória, sobretudo na admissão da acusação e, especialmente, nas atividades coercitivas, isto é, as que determinam o sequestro das coisas pertinentes ao delito e a captura do imputado, partem da concepção da pré-constitutividade do fato delituoso, utilizando a linguagem com

⁸⁵⁷ O Código de Processo Penal brasileiro disciplinou a instauração do inquérito policial no seu artigo 5º, de modo que, “nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: I – de ofício; II – mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo. §1º O requerimento a que se refere o n. II conterá sempre que possível: a) a narração do fato, com todas as circunstâncias; b) a individualização do indiciado ou seus sinais característicos e as razões de convicção ou de presunção de ser ele o autor da infração ou os motivos de impossibilidade de o fazer; c) a nomeação das testemunhas, com indicação de sua profissão e residência. §2º Do despacho que indeferir o requerimento da abertura de inquérito caberá recurso para o chefe de Polícia. §3º Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito. §4º O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado. §5º Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la”.

⁸⁵⁸ O Código de Processo Penal brasileiro, em seu artigo 41, dispõe que “a denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas”.

função designativa. Veja-se, por exemplo, como a decisão que decreta a prisão preventiva do acusado deve ser precedida de um juízo acerca da existência do crime.⁸⁵⁹

Portanto, por decorrência dos termos abstratos presentes na própria lei processual penal ou nos tratados doutrinários respectivos, a pré-constitutividade do fenômeno criminal passa a ser uma marca nos casos concretos em relação à linguagem jurídico-penal usada nos diversos processos penais; linguagem esta que exerce um papel secundário e meramente designativo da realidade criminal.

⁸⁵⁹ Dispõe o art. 312 do Código de Processo Penal brasileiro que “a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.

Capítulo V
A CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA E A
CONSTITUTIVIDADE DA LINGUAGEM JURÍDICO-PENAL

Apresentação

Enquanto a pré-constitutividade é um termo usado para indicar que a realidade preexiste ou já está constituída em relação à linguagem, exercendo esta um papel secundário de designação, ou seja, de indicação, representação ou significação dessa mesma realidade, a constitutividade é um aspecto da linguagem que revela que a realidade não pode ser concebida senão a partir da linguagem, que exerce um papel indispensável, sem o qual a realidade não pode ser compreendida e, sequer, existir.

O presente capítulo trata, pois, da constitutividade da linguagem jurídico-penal, todavia, em seu plano, tão-somente, abstrato. Para realizar esse propósito, dividiu-se o capítulo em três seções, cada qual procurando retratar, respectivamente, a constitutividade da linguagem nos âmbitos geral, jurídico e jurídico-penal, ressalvada, quanto a este, a constitutividade das realidades criminais concretas, ou seja, a constitutividade presente no âmbito do processo penal, que abrange as condutas concretas, definidas como crimes ou contravenções e os seus autores como criminosos ou contraventores, o que será objeto dos capítulos sexto e sétimo, que dizem respeito à preparação da constituição da realidade criminal e à sentença penal condenatória.

Seção I
A constitutividade da linguagem no âmbito geral

Diferentemente do que ocorre com a pré-constitutividade, que é um atributo da realidade em face da linguagem, a constitutividade é um atributo da linguagem

em face da realidade. De qualquer forma, não se pode perder de vista que o objeto da filosofia da linguagem, como já visto, é a relação entre as palavras ou a linguagem e o mundo, as coisas ou a realidade.

A palavra “realidade”, no entanto, é usada em distintos contextos e áreas de atuação, com diferentes significados, pois variadas, também, são as faces do mundo ou as perspectivas que orientam o olhar que a ele se dirige. Pode-se dizer, assim, que as coisas adquirem estatutos diversos, segundo as várias formas de a consciência se postar perante elas, o que leva à conclusão de que não se deve falar de uma, mas de inúmeras realidades. Por isso, o conceito de realidade é extremamente complexo, pois, segundo Duarte Júnior, cuida do questionamento acerca do sentido da vida humana, que, dotada de uma consciência reflexiva, constroi os seus conceitos, a partir dos quais a vida se exerce no mundo e se multiplica, alterando, a cada momento, a face do planeta. A realidade, portanto, não enseja algo dado, mas algo construído pelo homem, que é o seu edificador, sendo “forjada no encontro incessante entre os sujeitos humanos e o mundo onde vivem”.⁸⁶⁰

Há, também, diversos níveis de realidade, os quais, conforme Duarte Júnior, decorrem das várias maneiras como o homem se relaciona com o mundo, entre as quais se encontram a ciência, a filosofia, a arte e a religião, que são as quatro formas marcantes e especiais desse relacionamento, havendo, também, a realidade cotidiana, que é a que se impõe a todas as pessoas, sendo, pois, considerada a realidade por excelência.⁸⁶¹

O homem constroi a realidade em face de sua existência, que é diferente de todas as demais formas de existência que habitam o planeta, uma vez que, como explica Duarte Júnior, somente o homem pode tomar o mundo e a si próprio como um objeto de seu pensamento, reflexão e projeto e dar-lhes sentidos próprios. Essa diferença reside na linguagem, pois a consciência humana é reflexiva, podendo o homem pensar sobre si próprio e tornar-se objeto de sua própria reflexão somente graças à linguagem. É esta, também, que possibilita ao homem criar o tempo e a consciência de que vive em um universo não apenas físico, mas

⁸⁶⁰ DUARTE JÚNIOR, João-Francisco. *O que é realidade*, p. 12.

⁸⁶¹ DUARTE JÚNIOR, J. F. *Op. Cit.* p. 15.

também, simbólico, criado pelos significados que as palavras emprestam ao mundo, que é o que pode ser dito, isto é, o conjunto ordenado de tudo aquilo que tem nome. Assim, as pessoas constroem as suas realidades a partir da linguagem que empregam, passando o sistema linguístico adotado a ser o condicionante de sua maneira de interpretar e de agir no mundo.⁸⁶² A realidade, assim, no dizer de Berger e Luckmann, “é construída socialmente”, sendo a compreensão da “realidade” uma preocupação tanto do homem comum quanto do filósofo, embora em graus diferentes.⁸⁶³

A realidade e a linguagem, como se percebe, andam juntas, pois, segundo Araújo, “sem linguagem, não há acesso à realidade”, como, também, “sem linguagem não há pensamento”.⁸⁶⁴ A propósito, estudando o desenvolvimento do pensamento das crianças, Piaget, segundo Vygotsky, conclui que o pensamento surge com a socialização gradual, que se segue à fala social, que, por sua vez, é precedida da fala egocêntrica, a qual precede, até mesmo, a socialização dos estados mentais das crianças. Em suma, a fala egocêntrica seria anterior à fala social e, por consequência, ao pensamento, uma vez que este é decorrente da fala social, à medida que esta vai se desenvolvendo.⁸⁶⁵

As palavras ou a linguagem se relacionam com a realidade, mas, também, com a imaginação em face da grande distância existente entre as palavras e as coisas, de modo que, enquanto o real está do lado das coisas, o imaginário está do lado do homem, não existindo o real se o homem não o fizer existir. O imaginário remete à imagem, que, por sua vez, também está relacionada com a linguagem. Uma reflexão importante sobre a imagem está na alegoria platônica da caverna, em que pessoas estão presas, pelos pés e pescoços, a correntes na entrada de uma caverna, voltadas para o seu interior, impedidas de mudar de lugar e de olhar para os lados ou para trás, somente podem ver o que está diante delas. A sua retaguarda encontra-se uma fogueira acesa sobre uma colina, de modo que, entre essa fogueira e os prisioneiros, há um muro e, por trás deste, um

⁸⁶² DUARTE JÚNIOR, J. F. *Idem*, p. 17-27.

⁸⁶³ BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*, p.11.

⁸⁶⁴ ARAÚJO, Inês Lacerda. *Do signo ao discurso: introdução à filosofia da linguagem*, p. 9.

⁸⁶⁵ VYGOSTKY, Lev. *Pensamento y language*, p. 69-73.

caminho elevado por onde passam alguns trabalhadores com utensílios, ultrapassando a altura do muro, fazendo com que as pessoas aprisionadas tenham a visão somente das sombras dos trabalhadores e seus utensílios.⁸⁶⁶

Essa alegoria possibilita uma reflexão sobre as diferenças existentes entre objetos reais, representados pelos trabalhadores e os seus utensílios, e as sombras, ou seja, as imagens desses trabalhadores e seus objetos, surgindo, assim, a ideia, que se mantém na tradição ocidental, de que a imagem é uma cópia, ou seja, uma imitação do objeto. Tanto a imagem quanto o signo se relacionam com que está ausente, que seria o objeto real. Contudo, deve-se admitir que há imagens virtuais, ou seja, imagens de algo que não existe, mas que pode vir a existir, de modo que, se na primeira hipótese, o objeto dava origem à imagem, na segunda, é a imagem que dá origem ao objeto.

A crença na existência de realidades pré-constituídas em relação à linguagem tem cedido espaço à concepção, surgida a partir da guinada pragmática ocorrida, no início do século XX, no âmbito da filosofia da linguagem, de que a realidade não é preexistente, mas, sim, é constituídas nos processos linguísticos, ou seja, a partir “da” e “na” linguagem que os sujeitos praticam.

O propósito desta seção é, pois, retratar as ideias daqueles autores que, de uma formam ou de outra, contribuíram para essa concepção de constitutividade da linguagem, estando dividida em três subseções. Enquanto a primeira subseção discorre sobre os antecedentes filosóficos da constitutividade da linguagem geral, a segunda trata da constitutividade da linguagem geral no pragmatismo e, por fim, a terceira, da constitutividade da linguagem geral na hermenêutica filosófica.

Subseção I

Antecedentes filosóficos da constitutividade da linguagem geral

Embora a ideia de constitutividade da linguagem tenha se desenvolvido e se sedimentado na Idade Contemporânea, podem ser encontrados antecedentes

⁸⁶⁶ PLATÃO. *A república*, p. 225.

filosóficos dessa concepção tanto na Antigüidade, no âmbito da filosofia aristotélica da linguagem, quanto na Modernidade, no âmbito dos estudos realizados por Humboldt, conforme se expõe nos dois parágrafos seguintes.

§1º. Raízes aristotélicas da constitutividade da linguagem geral

Além dos aspectos relacionados ao paradigma do ser, à pré-constitutividade da realidade e à linguagem designativa, o pensamento aristotélico possibilitou, também, reflexões sobre a constitutividade da linguagem, pois, conforme Oliveira, “a *ontologia*, ou seja, a tematização do ser como o *a priori* da comunicação humana *não é realizável, fazendo-se abstração da linguagem*”. A linguagem, neste nível de considerações, não é apenas necessária para a designação e expressão do objeto já conhecido, mas também, e isto é uma dimensão mais radical, “para a sua constituição”.⁸⁶⁷

A abertura para uma nova direção nas reflexões aristotélicas inicia-se com a descoberta da essência como princípio causal e fundamento da substância, que, por sua vez, é o fundamento do ser, o que, segundo Santos, remete à indagação acerca da existência ou não de um fundamento da essência, afirmando Aristóteles que a constatação da essência remete à existência de uma ciência que investiga “o ser *enquanto ser*”. Essa ciência se preocupa com “os atributos *essenciais* do ser” e pretende ser, em sentido estrito, a ciência dos *princípios primeiros*, intitulada, por Aristóteles, “Filosofia Primeira”, que, no dizer de Tugendhat e Wolf, “tematiza aquilo que todas as ciências formalmente pressupõem”, sustentando todas as demais.⁸⁶⁸ Esse princípio é tão geral e onabrangente quanto o conceito de “ser”, pois, se a essência é definida como o princípio da substância e, se esta é definida como o princípio do ser, então o princípio agora buscado será o “princípio dos princípios”, isto é, o “axioma de todos os axiomas”, que, não sendo mera hipótese, mas o enunciado da verdade primeira e comum a todas as coisas, traduz-se no princípio ontológico. Segundo esse princípio, explica Aristóteles, “é impossível a quem quer que seja acreditar que uma mesma coisa seja e não seja”

⁸⁶⁷ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p. 32.

⁸⁶⁸ SANTOS, Fausto dos. *Filosofia aristotélica da linguagem*, p. 135-136.

ao mesmo tempo.⁸⁶⁹ Eis aí, portanto, o princípio de não-contradição, que, conforme Santos, constitui-se na “condição prévia de todo conhecimento”, cuja potencialidade para a sua aquisição reside na própria essência humana, isto é, na racionalidade do homem, estando relacionado com o ser e sendo expresso pela linguagem, razão pela qual é, simultaneamente, “uma lei do ser, do pensar e do dizer”. Portanto, para Aristóteles, “não há expressão do ser que não seja mediada linguisticamente”, razão pela qual impõe-se que o primeiro princípio ontológico seja instituído por meio da linguagem, pois é o princípio da própria linguagem.⁸⁷⁰

Toda linguagem, segundo Oliveira, inclui uma ontologia, não um discurso imediato sobre o ser, isso porque “a linguagem só é compreensível a partir de seu fundamento, que é o ser”, podendo-se dizer, pois, nessa linha de raciocínio, “que *ontologia*, para Aristóteles, no sentido da ciência primeira, é o *estudo das condições de possibilidade da comunicação humana*”.⁸⁷¹ Assim, do plano do ser, Aristóteles salta para o plano da substância e, desta, para o plano da essência (a ontologia), que, por sua vez, resulta no princípio de não-contradição, o qual, segundo Santos, não pode prescindir da linguagem, pelo fato de que esta “é necessária para a própria constituição do objeto”, havendo, pois, “uma estreita relação entre a estrutura ontológica do mundo e a estrutura gramatical da linguagem”. Além disso, Aristóteles procura negar a possibilidade de refutação do princípio de não-contradição, pois essa negação somente pode ocorrer por meio da essência da própria linguagem.⁸⁷² É que essa refutação resultaria num absurdo, uma vez que, “se relativamente a um mesmo sujeito são verdadeiras, ao mesmo tempo, todas as afirmações contraditórias, é evidente que todas as coisas se reduzirão a uma só”.⁸⁷³

Transparece, assim, no pensamento aristotélico, que a linguagem não exerce um mero papel secundário de designação, pois, se a refutação do princípio da não-contradição somente poderia ocorrer pela linguagem, isso significa dizer

⁸⁶⁹ ARISTÓTELES. *Metafísica*, v.2, p. 145.

⁸⁷⁰ SANTOS, Fausto dos. *Filosofia aristotélica da linguagem*, p. 137-138.

⁸⁷¹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p. 32.

⁸⁷² SANTOS, Fausto dos. *Filosofia aristotélica da linguagem*, p. 138-139, 141-142 e 153.

⁸⁷³ ARISTÓTELES. *Metafísica*, v. 2, p. 155.

que esta pode tanto negar o ser quanto constituí-lo, abrindo-se, portanto, uma porta importante para reflexões acerca da constitutividade da linguagem.

Outras contribuições importantes de Aristóteles para a perspectiva da constitutividade da linguagem estão relacionadas às ciências apodícticas, à dialética e à retórica. É que a ciência apodíctica é caracterizada, segundo Rohden, pela obtenção de conclusões necessárias a partir do conhecimento das causas de determinado fato e de determinadas premissas tidas como verdades universais provadas.⁸⁷⁴ Essas conclusões, no entanto, são obtidas por meio de silogismos, que, para Aristóteles, consistem em demonstrações formuladas, argumentativamente, a partir de premissas, sendo possível distinguir dois tipos de silogismos, ou seja, o silogismo puro e o dialético. No silogismo puro, próprio das ciências apodícticas, raciocina-se a partir de premissas consideradas verdadeiras, consistentes em opiniões de aceitação geral, provadas ou baseadas no que pensam a totalidade ou a maioria dos sábios,⁸⁷⁵ apresentando-se, como diz Rohden, “como um monólogo” ou “um ensinamento”. No silogismo dialético, por sua vez, raciocina-se com base em premissas apenas verossímeis, prováveis,⁸⁷⁶ dóxicas, de caráter opinativo, apresentando-se como “um diálogo onde uma pessoa sustenta uma tese e outra a contesta”. A dialética, assim, não se opõe à ciência, pois é a sua preparação ou o seu complemento,⁸⁷⁷ remetendo à retórica, que, em Aristóteles, é “a faculdade de observar os meios de persuasão disponíveis em qualquer caso dado”.⁸⁷⁸ A retórica é considerada, por Rohden, um “ramo da dialética”, pois não se situa no campo da ciência demonstrativa, nem da metafísica, assemelhando-se, em alguns aspectos, à dialética, por não possuir um caráter apodíctico, e dela se diferenciando, por ser uma técnica particular que visa à persuasão do ouvinte em face de uma determinada tese, enquanto a dialética é uma técnica de argumentação em geral.⁸⁷⁹

⁸⁷⁴ ROHDEN, Luiz. *O poder da linguagem*, p. 132-133.

⁸⁷⁵ ARISTÓTELES. *Tópicos*, l. 1, p. 347-348.

⁸⁷⁶ O termo “provável” pode ser compreendido em dois sentidos, ou seja, como referência àquilo que “ainda não foi provado” ou, ainda, para designar a ideia do plausível, no sentido de “que tem chances de provocar a persuasão”. (ROHDEN, Luiz. *O poder da linguagem*, p. 139).

⁸⁷⁷ ROHDEN, Luiz. *O poder da linguagem*, p. 138.

⁸⁷⁸ ARISTÓTELES. *Retórica*, p. 23.

⁸⁷⁹ ROHDEN, Luiz. *O poder da linguagem*, p. 149-155.

A importância da dialética e da retórica é evidente tanto para a compreensão do caráter designativo da linguagem quanto da sua constitutividade e, no que diz respeito à filosofia aristotélica da linguagem, está relacionada com o primado da proposição como célula apofântica. É necessário ter em mente que, em Aristóteles, diferentemente dos sofistas, a verdade deve estar presente na relação entre a linguagem e o ser, pois é algo a ser buscado, quer pela ciência apodíctica, quer pela retórica. Naquela, a verdade é expressa pela linguagem, que, por isso, tem um papel secundário; nesta, a linguagem assume um papel de maior relevância, havendo um maior espaço para a sua constitutividade.

§ 2º. Humboldt e a linguagem como condição do pensamento humano

Importantes elementos para o reconhecimento da existência da constitutividade da linguagem surgem a partir de Humboldt,⁸⁸⁰ considerado o pai da filosofia moderna da linguagem,⁸⁸¹ por sustentar que a linguagem é a condição do pensamento humano, atribuindo àquela a função criadora deste, pois, assim como os números servem para calcular, as palavras servem para pensar.⁸⁸²

Uma observação atenta do estado em que atualmente se encontra a cultura política, artística e científica, conduzirá, no dizer de Humboldt, a uma cadeia de causas e efeitos que vêm condicionando uns aos outros há muitos séculos, fazendo parte dessa cadeia aquela força do espírito cuja essência não é possível penetrar por inteiro e cujos efeitos não podem ser calculados de antemão. Essa força interior, não somente “impõe sua ação sobre o curso das coisas deste

⁸⁸⁰ Friedrich Wilhelm Christian Karl Ferdinand, Barão von Humboldt, nasceu em Potsdam, no dia 22 de junho de 1767, e faleceu no dia 8 de abril de 1835, em Berlim, tendo sido o fundador da Universidade de Berlim, hoje conhecida como a Humboldt-Universität, concebendo a linguagem como um sistema que faz infinitos usos de meios finitos, significando que um número infinito de frases pode ser criado usando um número finito de palavras. Ao escrever o prólogo da obra de Humboldt, intitulada *Sobre la diversidad de la estructura del lenguaje humano e su influencia sobre el desarrollo espiritual de la humanidad*, Agud faz questão de ressaltar que “Humboldt parece ter entendido no decorrer de sua vida que o verdadeiro conhecimento é o que se funda na experiência viva das pessoas e de seu entorno”, sendo suas obras “o mais eloqüente testemunho dessa atitude”. (AGUD, Ana. Prólogo, p. 13). Essa referência a Humboldt muito bem evidencia a sua orientação teórica relacionada com o paradigma da consciência ou do sujeito.

⁸⁸¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, p. 566. No mesmo sentido: REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*, v. 3. p. 387.

⁸⁸² REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*, v. 3. p. 387.

mundo”, como, também, “é o verdadeiro princípio criador que rege a evolução ao mesmo tempo escondida e misteriosa da humanidade”. Originam-se nessa força interior do homem a sensibilidade, o desejo, a ideia, a resolução, a linguagem e a ação, de modo que, quando o interior entra em contato com o mundo, começa a ter efeito sobre ele, e, em virtude da forma que lhe é própria, exerce uma determinação sobre ações alheias, tanto internas quanto externas. A linguagem, portanto, “é uma das facetas a partir das quais a força universal do espírito humano entra em uma atividade de criação incessante”, remontando a eficácia de uma língua à força do pensamento humano e à capacidade de criação desse pensamento. Por essa razão, a linguagem passa a ser, em sentido muito mais profundo, imanente e constitutiva desse pensar. Portanto, “a língua mesma não é uma obra (*ergon*) senão uma atividade (*energeia*)”, motivo pelo qual não deve ser considerada um produto inerte, mas uma produção, abstraída, em maior medida, de sua ação designadora de objetos, e mediadora da compreensão, para que possa ser remontada à atividade interior e criadora do espírito.⁸⁸³

Na concepção de Humboldt, segundo Franchi, a linguagem é um fator indispensável para o desenvolvimento do poder intelectual do homem e para que este tenha acesso a uma visão do mundo, razão pela qual constitui “uma condição necessária que governa o pensamento do indivíduo singular ao nível de sua existência mais solitária”, sendo, pois, pela linguagem, que “o homem organiza seus pensamentos, produz ideias que se reiteram e compõem, passo e passo, o quadro de referência de sua vida”. A linguagem, portanto, tem por função primordial não propriamente transmitir aos outros nossas experiências, mas “constituí-las”. Por isso, “*Bildung*” é a expressão que perpassa a obra de Humboldt, pois, “por meio da linguagem o homem ‘dá forma’ (*bildet*) ao mesmo tempo a si mesmo e ao mundo, ou melhor, torna-se consciente de si mesmo, projetando um mundo no exterior”. Dessa forma, a linguagem não pode ser

⁸⁸³ HUMBOLDT, Wilhelm Von. *Sobre la diversidad de la estructura Del lenguaje humano e su influencia sobre el desarrollo espiritual de la humanidad*, p. 25, 26, 27, 32, 35 43, 63 e 65: [...] “impone su acción sobre el curso de las cosas de este mundo”, [...] “es el verdadero principio creador que rige la evolución a un tiempo escondida y misteriosa de la humanidad”. [...] “es una de las facetas a partir de las cuales la fuerza universal del espíritu humano entra en una actividad de creación incesante”. [...] “la lengua misma no es una obra (*ergon*) sino una actividad (*energeia*)”.

compreendida somente como um processo de representação, de que se podem servir os discursos demonstrativos e conceituais, mas, mais que isso, é uma prática que permite passar, no pensamento e no tempo, a diferentes universos mais amplos, atuais, possíveis e imaginários.⁸⁸⁴

Subseção II A constitutividade da linguagem geral no pragmatismo

A ideia de constitutividade da linguagem se desenvolve e se sedimenta no âmbito do pragmatismo, que abrange tanto o pragmatismo geral⁸⁸⁵ quanto o pragmatismo linguístico. Aquele é uma corrente do pensamento filosófico surgida nos Estados Unidos da América do Norte, em fins do século XIX, que, segundo Ramos, tem suas raízes mais profundas no hedonismo de Epicuro⁸⁸⁶ e no utilitarismo⁸⁸⁷ inglês de Bentham, Mill e Stuart Mill, segundo os quais “os métodos,

⁸⁸⁴ FRANCHI, Carlos. Linguagem – Atividade constitutiva, p. 28, 29 e 32.

⁸⁸⁵ O pragmatismo é, pois, no dizer Reale e Antiseri, a forma que o empirismo tradicional assumiu nos Estados Unidos, de modo que, enquanto Bacon, Locke, Berkeley e Hume, representantes do empirismo tradicional, consideravam “válido o conhecimento baseado na *experiência* e a ela redutível – concebendo a experiência como acumulação e organização progressiva de dados sensíveis passados ou presentes”, para o pragmatismo norte-americano “*a experiência é abertura para o futuro, é previsão, é norma de ação*”, (REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*, v. 3. p. 485), tanto que, para Saldaña, “o pragmatismo é uma *filosofia subjetivista*”, embora não se trate de um subjetivismo “passivo”, mas, sim, “um *subjetivismo ativo, criador*”. (SALDAÑA, Quintiliano. Estudo preliminar, p. 21 e 22).

⁸⁸⁶ Epicuro é considerado um dos filósofos da antiguidade grega, do período helênico, que, após ter fundado os Jardins, neles realizada a propagação da filosofia hedonista, ou seja, daquele conjunto de ideias que concebem o prazer como o bem maior, finalidade e fundamento da vida moral, não explicando, todavia, o conteúdo e as características da plena fruição desse prazer e como este pode ser obtido. O pensamento do epicurismo está assim resumido por Reale e Antiseri: “a) a realidade é perfeitamente penetrável e cognoscível pela inteligência do homem; b) nas dimensões do real existe espaço para a felicidade do homem; c) a felicidade é falta de dor e perturbação; d) para atingir essa felicidade e essa paz, o homem só precisa de si mesmo; e) não lhe servem absolutamente a cidade, as instituições, a nobreza, as riquezas, todas as coisas nem mesmos os deuses: o homem é perfeitamente ‘autárquico’” (REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*, v.1. p.237).

⁸⁸⁷ O utilitarismo é um movimento que, inspirado no empirismo inglês, surgiu na Inglaterra, na segunda metade do século XVIII e na primeira metade do século XIX, tendo Bentham, James Mill e Stuart Mill como os seus principais expoentes. Para o utilitarismo, é verdade o que é tangível e bom o que é útil. Bentham inicia a sua *Introdução aos princípios da moral e da legislação*, afirmando que “a natureza colocou o gênero humano sob o domínio de dois senhores soberanos: a *dor* e o *prazer*. O princípio da utilidade, sustentado pelo utilitarismo, portanto, “aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo”, o que vale tanto para a pessoa em particular quanto para os governos (BENTHAM, Jeremy. *Introdução aos princípios da moral e da legislação*, p. 3-4).

as ideias, os conceitos devem ser medidos por sua utilidade”, que, por sua vez, é a definidora do valor de uma ideia. A utilidade, nessa corrente filosófica, seria, portanto, “a propriedade de qualquer objeto, pela qual ele tende a produzir benefício, vantagem, prazer, bem ou felicidade” ou, ainda, a capacidade de “impedir que aconteça o dano, a dor, o mal ou a infelicidade para a parte cujo interesse está sendo considerado”.⁸⁸⁸ O pragmatismo linguístico, por sua vez, sem destoar do pragmatismo geral, reúne os estudos realizados, sobretudo, por Wittgenstein, Austin, Searle e Habermas, sobre os usos da linguagem, mais precisamente sobre os atos de linguagem, e sobre os diferentes sentidos que a linguagem constitui nos diversos contextos em que é usada.

§1º. O pragmatismo geral e a linguagem como condição da experiência humana

Entre os autores que, de modo geral, dedicaram-se à visão pragmática estão Peirce, James e Dewey, cujas ideias permitem concluir que a linguagem não somente produz efeitos práticos, mas também que é a condição da experiência humana acerca dos eventos da natureza, sendo objetiva a significação, por ser produto da interação social.⁸⁸⁹

O pragmatismo surge com o texto intitulado *How to make ideas clear*, publicado no ano de 1878,⁸⁹⁰ no qual Peirce concita todos a fazerem com que a

⁸⁸⁸ RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*, p. 65, 66 e 73.

⁸⁸⁹ Deve-se ressaltar que, a Subseção III da Seção I do Capítulo II tratou, entre outros, do interacionismo simbólico e da etnometodologia, cuja abordagem tem, também, forte influência do pragmatismo.

⁸⁹⁰ Mariconda, ao escrever sobre a vida e a obra de James, outro grande expoente de pragmatismo, referiu-se a Peirce como “o verdadeiro criador do pragmatismo”. [MARICONDA, Pablo Ruben. *Vida e obra (W. James)*, p. XI]. Também atribuindo a Peirce a introdução do termo “pragmatismo” na filosofia, palavra esta que deriva da palavra grega *pragma*, que significa “ação”, de onde advém as palavras “prática” e “prático”, James afirma que o escopo do pragmatismo é ser, primeiramente, um método, que consiste em assentar disputas metafísicas intermináveis, tentando extrair de cada noção as “suas consequências práticas”, pois é comum que essas disputas não resultem em consequências concretas, de modo que “a função da filosofia deve ser a de achar que diferença definitiva fará para mim e você, em instantes definidos de nossa vida, se esta fórmula do mundo ou aquela outra for a verdadeira”. Assim, o pragmatismo apresenta-se, apenas, como um método ou como uma atitude empírica mais radical, que se afasta “da abstração e das insuficiências, das soluções verbais, das más razões *a priori*, dos princípios firmados, dos sistemas fechados, com pretensões ao absoluto e às origens”, preferindo voltar-se “para o concreto e o adequado, para os fatos, a ação e o poder”, de modo a contrapor-se aos dogmas, à artificialidade e à pretensão de verdade. O pragmatismo, portanto, diferencia-se do racionalismo, pois, enquanto este “fica à vontade somente em presença de abstrações”, aquele “se sente

lógica ensine as pessoas a tornarem suas ideias mais claras, isto é, a “sabermos o que pensamos” e a “sermos senhores do que queremos”, uma vez que “uma única ideia confusa, uma simples fórmula sem significado, escondida na mente de um jovem, atuará por vezes como um material inerte obstruindo uma artéria”, o que fará com que esse jovem defina na abundância do seu vigor intelectual. Por isso, Peirce sugere que se devam considerar os efeitos práticos de certos comportamentos, pois a concepção desses efeitos constitui o conjunto das concepções que se tem do objeto.⁸⁹¹ Em suma, para Peirce, as ideias claras produzem efeitos práticos, pois a ação humana é impulsionada pela capacidade de inteligência e pela volição.

Para o pragmatismo, segundo James, “uma ideia é verdadeira na medida em que acreditar nela é proveitoso para nossas vidas”, devendo-se ter em mente que “o maior inimigo de qualquer de nossas verdades pode ser o resto de nossas verdades”, porquanto “as verdades têm, de uma vez por todas, o instinto desesperado da autopreservação e do desejo de extinguir o que quer que as contradiz”. Em suma, o pragmatismo “não tem quaisquer preconceitos, quaisquer dogmas obstrutivos, quaisquer cânones rígidos do que contará como prova”, sendo, pois, completamente maleável, porque acolhe qualquer hipótese e considera qualquer evidência.⁸⁹²

A experiência é importante para a formação de uma teoria filosófica da natureza, razão pela qual Dewey⁸⁹³ procura associar “experiência” e “natureza”,

mal longe dos fatos”, razão pela qual “fala a respeito de verdades no plural”, agarrando-se aos fatos e coisas concretas, observando como a verdade opera em casos particulares, de modo que, a verdade “torna-se uma classificação para todos os tipos de valores definitivos de trabalho em experiência”. (JAMES, William. Pragmatismo, p. 17, 18, 19, 20, 25 e 26).

⁸⁹¹ PEIRCE, Charles Sanders. *How to make our ideas clear*, p. 3, 4 e 8. [...] “to know what we think, to be masters of our own meaning”. [...] “a single unclear idea, a single formula without meaning, lurking in a young man's head, will sometimes act like an obstruction of inert matter in an artery. Também Duguit afirma que, para o pragmatismo, “um conceito responde a uma realidade na medida em que tem uma eficácia moral e social” (DUGUIT, Leon. *El pragmatismo jurídico*, p. 63), podendo o seu legado para a constitutividade da linguagem ser resumido na noção de que as ideias devem estar voltadas às ações concretas.

⁸⁹² JAMES, William. Pragmatismo, p. 28-30.

⁸⁹³ Por considerar a invenção de instrumentos e o seu uso como meios que permitem projetar as consequências das coisas, Dewey é tido por Reale e Antiseri, como o transformador do pragmatismo em instrumentalismo, ressaltando que a filosofia de Dewey foi definida como “naturalismo”, embora se mova no leito do pragmatismo e se situa no quadro da tradição empírica. Entretanto, Dewey optou por chamar a sua filosofia de *instrumentalismo*, que, em primeiro lugar, se diferencia do empirismo clássico quanto ao conceito fundamental de *experiência*, uma vez que este concebe a experiência como estados de consciência claros e

pois ambas “convivem harmoniosamente”. A linguagem, no âmbito da experiência, tem uma importância especial, porquanto possibilita que todos os eventos da natureza se tornem sujeitos à reconsideração e à revisão, sendo readaptados para que enfrentem as exigências da conversação, tanto no discurso público quanto no pensamento, uma vez que “os eventos tornam-se objetos, coisas que possuem significados”. Após nomeados, os eventos passam a gozar de vida independente, tornando-se “sujeitos à experimentação”, podendo seus significados ser combinados e rearranjados de maneiras infinitas na imaginação e o resultado dessa experimentação interna, que é o pensamento, entrar em interação com os eventos grosseiros ou brutos.⁸⁹⁴

Diferentemente dos gregos, que concebiam as coisas, os significados e as palavras em relação de correspondência anterior ao discurso e ao intercurso social, e dos modernos racionalistas, que concebiam o discurso como “um mundo separado das existências materiais e espaciais”, isto é, um mundo “feito de sensações, imagens, sentimentos”, Dewey sustenta que, no pragmatismo, “a linguagem é uma função natural de associação humana, e suas consequências interferem com outros eventos, físicos e humanos, conferindo-lhes significado ou significação”, ou seja, “os eventos, na medida em que são objetos, ou coisas significantes, existem em um contexto no qual adquirem novos modos de operação e novas propriedades”. Assim, a linguagem “não é simples agência de economia de energias na interação dos seres humanos”, mas, sim, “é a liberação das energias que constituem a mencionada interação, e que confere a elas a qualidade adicional do significado”.⁸⁹⁵

Os eventos que possuem significado comunicável, segundo Dewey, têm marcas, isto é, notações, sendo capazes de “co-notação” e “de-notação”, em face das associações humanas. Todavia, “a significação reside não no simples fato de associação”, mas, sobretudo, “nas consequências que decorrem dos distintos

distintos, ao passo que, para Dewey, a experiência não é consciência, e sim história. (REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*, v. 3. p. 501). Na concepção de Dewey, por ser a linguagem “o instrumento dos instrumentos”, é ela, também, considerada “a fonte da qual emana toda significação”. (DEWEY, John. *Experiência e natureza*, p. 199).

⁸⁹⁴ DEWEY, J. Op. Cit. p. 161, 163 e 187.

⁸⁹⁵ DEWEY, J. Idem, p. 190-192.

modelos de associação humana”. A história da linguagem, assim, seria a história do uso da linguagem, dos signos e da significação, pois, os sons apenas tornam-se linguagem “quando usados dentro de um contexto de auxílio e direção mútuos”. Não é fundamental na linguagem que se expresse algo ou mesmo um pensamento antecedente, mas, sim, que haja comunicação, ou seja, “o estabelecimento de cooperação em uma atividade na qual há parceiros, e na qual a atividade de cada um é modificada e regulada pela relação de parceria”, sendo o significado, pois, primordialmente, “uma propriedade do comportamento” e, secundariamente, uma propriedade dos objetos, e não uma existência psíquica. Dito de outro modo, o significado é intenção, mas não intenção pessoal, privativa e exclusiva. Além disso, o significado é aquisição de significação pelo compartilhamento, pois “a comunicação é uma troca que alcança algo desejado”, porquanto “envolve reivindicação, apelo, ordem, instrução ou pedido”, possibilitando que se obtenha o desejado “a custo mais baixo do que o faria o trabalho pessoal”, já que “conta com a assistência cooperativa de outros”.⁸⁹⁶

A escrita, o som e o gesto envolvidos na linguagem são, para Dewey, existências particulares, que somente constituem uma *palavra* pela aquisição de significado, o que ocorre quando sua utilização estabelece uma autêntica comunidade de ação. A linguagem é, pois, “um modo de interação de pelo menos dois seres, um dos quais fala enquanto o outro ouve”, pressupondo um grupo organizado ao qual pertencem tais criaturas, e do qual hajam adquirido seus hábitos de linguagem, de modo que o significado dos signos “sempre inclui algo comum entre as pessoas e um objeto”.⁸⁹⁷

Todo significado, no dizer de Dewey, “é genérico ou universal”, pois “é algo comum ao locutor, ao ouvinte e à coisa à qual o locutor se refere”, uma vez que é um meio de utilizar as coisas com vistas a uma consumação partilhada, razão pela qual, mesmo que as coisas sejam particulares, o significado “indica uma interação possível, não uma coisa tomada separadamente em sua singularidade”.⁸⁹⁸

⁸⁹⁶ DEWEY, J. Ibidem, p. 192-193, 195 e 197.

⁸⁹⁷ DEWEY, J. Ibidem, p. 198.

⁸⁹⁸ DEWEY, J. Ibidem, p. 200.

Os significados não podem ser concebidos como propriedades privadas ou como construções ou existências psíquicas ou subjetivas, pois, segundo Dewey, são dotados de objetividade, uma vez que “são modos de interação natural”, que incluem, entre outras, a força de regulação dos significados legais. É exemplo disso o ato de apitar do policial que controla o trânsito, o qual tem significado “independente do panorama psíquico e das sensações e imagens do policial e das pessoas envolvidas”, mas tem, como significado último, “o consequente sistema total de comportamento social, no qual os indivíduos são conduzidos, por meio de um ruído, à coordenação social”, ou seja, “uma coordenação de movimentos das pessoas e dos veículos vizinhos e diretamente afetados”. Há muitas outras coisas que não tem existência físicas nem psíquicas, sendo comprovadamente dependentes da associação e da interação humanas, ou seja, funcionam na liberação e na regulação do subsequente intercurso humano, de modo que, retornando-se ao exemplo do policial que ordena o trânsito, embora o ruído produzido pelo seu apito possa ser tido como um evento particular, a regra por ele manifestada e tornada efetiva não se constitui evento particular, uma vez que expressa a organização da atividade humana que é uma consequência de uma ordem legal presente no som do apito, constituindo, assim, a sua significação. Por isso, Dewey leva em consideração, na discussão sobre o significado e a essência, as entidades legais, uma vez que estas possibilitam a existência de coisas que não existiriam nem possuiriam qualquer significação se fossem tidas separadamente de uma interação entre os seres humanos, de modo que “a significação legal de um ato depende de *onde* ele ocorre”, porquanto um ato é “uma interação, uma transação, não é isolado, auto-suficiente”.⁸⁹⁹

§2º. O pragmatismo linguístico e os usos da linguagem

Com o pragmatismo linguístico, passaram a ter relevo outros estudos sobre os usos da linguagem e sobre os diversos sentidos por ela constituídos nos diversos contextos. Entre esses estudos, além da nova perspectiva surgida com

⁸⁹⁹ DEWEY, J. *Ibidem*, p. 201-202 e 204-205.

as *Investigações Filosóficas*, de Wittgenstein, há as teorias dos atos de fala de Austin, que distinguem atos locucionários, ilocucionários e perlocucionários ou performativos; de Searle, que procura demonstrar que os atos de fala são uma atividade regrada; e de Habermas, que procura buscar uma condição de validade da significação por meio do consenso. Esses pensadores, em suma, buscam destacar que a linguagem não se restringe a exercer o papel secundário e instrumental de mera designação da realidade, mas, sim, adentrando nas dimensões ilocucional e discursiva da linguagem, evidenciam que a sua importância para a constituição dessa mesma realidade.

2.1 Wittgenstein e os usos contextuais da linguagem

Em suas *Investigações Filosóficas*, Wittgenstein deixa claro que “o sentido de uma palavra é o seu uso na linguagem”, razão pela qual “a denotação de um nome explica-se, por vezes, ao apontar-se para o seu *portador*”. Além disso, afirma que “todo símbolo, *isolado*, parece morto”, sendo somente o uso o que lhe dá vida. É necessário ter em mente, no entanto, que, quando se fala em usos da linguagem, está-se referindo a hábitos no manejo das palavras que são válidos nas relações intersubjetivas, pois “uma pessoa só se orienta por um sinal na medida em que existir um uso contínuo, um costume de se orientar por ele”. Assim, não se considera como regra a que foi seguida por alguém uma única vez, porquanto não se concebe que uma comunicação ou que uma ordem tenha ocorrido apenas uma vez, o que permite concluir que “seguir uma regra, fazer uma comunicação, dar uma ordem, jogar uma partida de xadrez, são *costumes* (usos, instituições)”. Nessa perspectiva, é possível realizar uma lista de atividades com a linguagem, de modo que falar seria apenas uma parte dessas atividades, podendo-se imaginar uma multiplicidade de “jogos de linguagens”, entre os quais dar ordens, agir de acordo com elas, descrever um objeto e construí-lo a partir da linguagem, fazer conjecturas, formar e examinar uma hipótese, representar

resultados, inventar uma estória, cantar, fazer piada, traduzir uma língua, pedir, agradecer, cumprimentar e rezar.⁹⁰⁰

Apesar desse apelo aos “jogos de linguagem”, Wittgenstein não apresenta, sobre esses jogos, um conceito claro, mencionando, apenas, que são fenômenos que têm em comum, tão-somente, o fato de serem *aparentados*, sendo chamando de “linguagem” em face desse parentesco. Isso significa negar a existência de essências comuns entre as coisas e admitir a existência de semelhanças de família entre conceitos. De qualquer forma, há incertezas envolvendo os usos da linguagem, uma vez que “a aplicação da palavra não está regulada”, ou seja, “o jogo que com ela jogamos não está regulado”, o que significa dizer que “não está completamente delimitado por regras”, assim como “não há uma regra que determine no tênis a que altura se deve jogar a bola, ou com que força”, embora o tênis seja um jogo e também tenha regras.⁹⁰¹

Pairando essa indefinição, da parte de Wittgenstein, em relação aos jogos de linguagem, Oliveira explica que esses jogos de linguagem são compostos por três elementos, ou seja, os linguísticos propriamente ditos, como, por exemplo, os nomes; os parceiros da conversa; e as situações linguísticas ou formas de vida, que nada mais são do que “o contexto de uma construção em que alguém pede os elementos da construção a um auxiliar”. A linguagem serve à compreensão entre o construtor e seu auxiliar, sendo definida por Wittgenstein como a unidade entre elementos linguísticos e modos de comportamento ligados à situação dos parceiros.⁹⁰²

Na sua posição inicial exposta no *Tractatus*, que se alinha ao pensamento linguístico tradicional, Wittgenstein concebe o conhecimento humano como algo não-linguístico e aceita a existência de um mundo em si, imediato e independente da linguagem, que, por isso, tem um caráter meramente designativo. No seu segundo momento, no entanto, há uma alteração em relação à posição inicial, resultando evidenciado que esse mundo não existe. A linguagem, portanto, deixa

⁹⁰⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. Investigações filosóficas, p. 189-190, 207, 320 e 413.

⁹⁰¹ WITTGENSTEIN, Ludwig. Op. Cit. p. 227-230.

⁹⁰² OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p. 138-139.

de ser, segundo Oliveira, mero instrumento de comunicação do conhecimento, para ser condição de possibilidade para a própria constituição desse conhecimento. Passa-se a afirmar, pois, “que não há consciência sem linguagem”, de modo que a pergunta típica da filosofia acerca das condições de possibilidade do conhecimento humano não pode ser respondida sem uma consideração da linguagem humana. A linguagem passa a ter um caráter constitutivo, porquanto, se as coisas, as entidades, os atributos, as propriedades, os eventos não podem ser dados sem a mediação linguística, não se pode, também, querer estabelecer a significação das palavras ou das expressões linguísticas, tão-somente, pela simples ordenação convencional de palavras a realidades. Nega-se, assim, a concepção tradicional, segundo a qual os objetos podem ser designados, tanto individualmente quanto em sua essência. Além disso, enquanto na concepção filosófica tradicional a definição significa o estabelecimento de limites, fronteiras e fins definitivos, unitários e universais do real, na nova concepção, mostra-se que a significação das palavras e dos conceitos universais não é unitária nem estacionária, nem está estabelecida de modo definitivo.⁹⁰³

A busca da linguagem ideal ou da exatidão, presente no seu primeiro momento é, portanto, abandonada, por Wittgenstein, no segundo, passando este, conforme Oliveira, a sustentar que o ideal de exatidão é um mito filosófico sem sentido, por estar “completamente desligado das situações concretas do uso da linguagem” e por ser “impossível determinar a significação das palavras sem uma consideração do *contexto socioprático* em que são usadas”. É exatamente a análise detalhada desses contextos que irá mostrar que as palavras não são usadas de acordo com uma significação definitiva estabelecida de antemão, nem também de modo arbitrário, “mas de acordo com *semelhança* e *parentescos*”, o que permite que se diga que a “linguagem é, sempre, de certo modo, ambígua, uma vez que suas expressões não possuem uma significação definitiva”. O campo de vagueza dos conceitos empíricos ou dos conceitos da linguagem presente

⁹⁰³ OLIVEIRA, M. A. de. *Op. Cit.*, p. 128-130.

nesses contextos vagos⁹⁰⁴ somente pode ser diminuído por meio de certas regras, mas não afastado por completo, pois isso pressuporia conceitos cuja significação esteja estabelecida de modo definitivo. Isso não é possível, pois não se pode, *a priori*, estabelecer regras para todos os casos, uma vez que está sempre aberta a possibilidade do aparecimento de novos casos, sendo os conceitos, portanto, abertos, por admitirem a possibilidade de aplicação a casos não previstos.⁹⁰⁵

O ideal da linguagem construída artificialmente, perfeita e exata, segundo Oliveira, passa a ser considerado um absurdo, uma vez que a função designativa da linguagem aparece, agora, apenas, como *uma* entre tantas funções possíveis da linguagem, sendo importante descobrir *como* a linguagem, de *fato*, é usada. O foco das reflexões deixa de ser, assim, “a linguagem ideal” para se tornar “a *situação* na qual o homem *usa* sua linguagem”, de modo que “o único meio de saber o que é a linguagem é olhar seus diferentes usos”. A linguagem é compreendida nas situações da vida humana ou, como diz Wittgenstein, como uma “forma de vida”⁹⁰⁶ do homem, de modo que a significação das palavras só pode ser esclarecida por meio do exame dessas formas de vida”, ou seja, dos contextos em que essas palavras são usadas.⁹⁰⁷

Esse giro no pensamento wittgensteiniano é considerado por Pears como um dos mais importantes nos seus dois períodos, uma vez que não somente abandona a ideia de que a estrutura da linguagem é determinada pela estrutura da realidade, mas também passa a admitir que é a linguagem que determina a realidade, pois é por meio dela que são vistas as coisas.⁹⁰⁸

A linguagem adquire, portanto, segundo Oliveira, uma nova imagem, cabendo ser especulada, apenas, acerca do seu funcionamento ou do seu uso e não da sua estrutura, pois passa a ser vista como “uma atividade humana”, como, por exemplo, andar, passear e colher, estabelecendo-se uma íntima relação entre “linguagem” e “ação”, na qual aquela é considerada uma espécie desta. Nessa

⁹⁰⁴ Esses contextos vagos são denominados, por Waismann, *open texture* e, por Stegmüller, “abertura de conceitos”. (OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p. 131).

⁹⁰⁵ OLIVEIRA, M. A. de. *Op. Cit.* p. 131.

⁹⁰⁶ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*, p. 189.

⁹⁰⁷ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p. 132.

⁹⁰⁸ PEARS, David. *As ideias de Wittgenstein*, p. 15.

perspectiva, “não se pode separar, pura e simplesmente, a consideração da linguagem da consideração do agir humano ou a consideração do agir não pode mais ignorar a linguagem”, pois “essa atividade se realiza sempre em contextos de ação bem diversos e só pode ser compreendida justamente a partir do horizonte contextual em que está inserida”. Esses contextos, que têm a linguagem como a sua parte constitutiva, são a maneira por meio da qual os homens interagem, havendo diversas formas de vida, contextos praxeológicos, modos de uso da linguagem ou “jogos de linguagem”. Portanto, o sentido da relação entre as palavras e as coisas somente pode ser obtido na pragmática, isto é, pela explicitação dos contextos em que o usuário faz uso das palavras. Uma consideração linguística que não alcance esse contexto pragmático acaba se tornando somente uma consideração abstrata, conforme ocorre com a teoria da significação no pensamento tradicional, em que a linguagem é, em última análise, puro meio de descrição do mundo. A designação, que é o centro das considerações linguísticas tradicionais, “não é um jogo de linguagem propriamente dito, mas apenas uma preparação para isso”, de modo que “temos de saber como manejar, como usar designações para poder aplicá-las”.⁹⁰⁹

Em face da consideração sobre os diversos usos das palavras, abre-se, no dizer de Oliveira, uma nova perspectiva acerca da linguagem, podendo o uso normativo de símbolos linguísticos ser considerado elemento comum num processo de internalização de normas e papéis que ocorre na comunicação intersubjetiva. Usar a linguagem significa, pois, ser capaz de inserir-se no processo de interação social simbólica de acordo com os diferentes modos de sua realização, cuja capacidade é historicamente adquirida, por meio de um verdadeiro aprendizado das normas e dos papéis implicados nesses atos. É que a linguagem não está separada da práxis social, sendo um *fenômeno histórico* e “fruto da liberdade criativa do homem”. É importante essa caracterização da linguagem como um fenômeno histórico, porquanto, diferentemente dos fenômenos naturais, em que medeiam forças anônimas, nos jogos de linguagem, “o homem age, mas não simplesmente como indivíduo isolado de acordo com seu

⁹⁰⁹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p. 137-139 e 141.

próprio arbítrio, e sim de acordo com regras e normas que ele juntamente com outros indivíduos estabeleceu”.⁹¹⁰

Distinguem-se, assim, segundo Oliveira, as regras que surgem num processo de interação social e as regras da linguagem ideal. Nesta, como no caso do cálculo, “há axiomas básicos e prescrições que determinam, de antemão, o modo de uso dos elementos do cálculo”. Essas regras “objetivam um comportamento universal em que não há ambigüidades e imprecisões” e “só são conseguidas por uma construção prévia dentro de uma linguagem já existente”. A linguagem ideal, como se percebe, não pode conter em si toda a riqueza que constitui a linguagem do dia-a-dia, uma vez que, “no cálculo, as regras já têm, de antemão, fronteiras claramente definidas”, enquanto, nos jogos de linguagem que ocorrem no processo de interação social, “só o uso lhes dá sentido verdadeiro”. As regras da linguagem, nesses contextos interativos, “constituem um quadro de referências intersubjetivo que, por um lado, determinam as fronteiras das ações possíveis, estabelecidas comunitariamente e, por outro, deixam ao indivíduo, dentro dele, o espaço para as iniciativas”, razão pela qual, “mesmo seguindo as mesmas regras, ninguém joga do mesmo modo”. Essa imprecisão, contudo, possibilita reconhecer a flexibilidade do jogo, pois é somente na realização deste que se conhecem e se aprendem as suas regras. Portanto, é possível dizer que “somente aprendemos a significação das palavras quando sabemos operar com elas, isto é, quando internalizamos as regras de seu uso nos diversos jogos de linguagem”. Por isso, o critério estabelecido, a partir do segundo Wittgenstein, para a determinação do sentido das expressões, passa a ser o próprio “uso” das palavras, isto é, o seu aparecimento nos diferentes “jogos de linguagem”, “que são a expressão de diferentes formas de vida”.⁹¹¹

É possível depreender de tudo isso que, em Wittgenstein, seguir uma regra é um ato social que ocorre numa comunidade de vida por meio de hábitos e costumes, o que, conforme Oliveira, “implica um assumir a forma de vida dessa comunidade em tela, a qual pode ser bem diversa da pessoa em questão”. Como não é possível formular, abstratamente, regras precisas de uso das palavras, é

⁹¹⁰ OLIVEIRA, M. A. de. *Ibidem*, p. 143.

⁹¹¹ OLIVEIRA, M. A. de. *Ibidem*, p. 144, 145 e 149.

somente por meio de uma análise das atuações pragmáticas ou da maneira como uma palavra é usada ou das funções que exerce num jogo de linguagem, que uma palavra adquire sentido, uma vez que não há nada além do uso que possa conceder significação às palavras. Assim, “a significação das expressões vem da função que elas exercem nas diferentes formas de práxis humana”, sendo os problemas da semântica resolvidos somente na medida em que se atinge a pragmática. Há que reconhecer, portanto, que a significação, posta nesses termos, tem uma certa objetividade, pois “se origina numa situação objetiva, num determinado contexto global sócio-histórico”.⁹¹²

As concepções fenomenológicas no sentido de que o pensar, o ter em mente e o compreender são atos espirituais, intencionais ou internos e de que são tais atos que conferem significação às palavras, conforme Oliveira, também são reformuladas por Wittgenstein no seu segundo momento, pois é o próprio uso das palavras nos diversos contextos linguísticos e extralinguísticos que lhes confere significação. Procura-se, assim, primeiramente, negar a existência de tais atos intencionais e, depois, demonstrar que, mesmo existindo, eles não teriam a capacidade de determinar a significação das palavras, já que tal significação, na verdade, ocorre por meio do “uso” das palavras. É que “ter-em-mente” e “compreender”, por exemplo, para Wittgenstein, são palavras que não têm sentido único e bem determinado, mas, sim, aberto ou de muitos significados. Em muitos dos seus usos, não há, propriamente, um ato intencional ou espiritual, e mesmo que existisse, não é o “ter-em-mente” que determina o seu sentido. O fato de alguém, realmente, compreender o sentido ou o significado de uma frase não necessariamente coincide com o significado ou sentido intencionado pelo seu emissor, porquanto “a compreensão depende da *situação histórica* em que a frase é usada e não do ato intencional de querer uma forma de vida, na qual se está inserido em virtude do contexto sócio-histórico”. Assim, não se pode decidir significar com uma palavra algo arbitrariamente, sem que jamais essa palavra tenha sido utilizada para isso, pois, “o que decide realmente sobre o sentido de uma palavra é seu uso real”. Portanto, “mesmo que as pessoas anotassem a

⁹¹² OLIVEIRA, M. A. de. *Ibidem*, p. 147.

palavra escolhida pelo emissor para significar algo, isso não bastaria se elas, de fato, não a usassem”, uma vez que “não há atos autônomos, isto é, totalmente desvinculados dos contextos de sentido”. Resulta superada, portanto, a concepção dualista, isto é, entre o mundo visível e o mundo espiritual, onde seriam gerados os atos intencionais, pois, para Wittgenstein, compreender não designa um ato intencional, a captação de uma imagem, uma vivência interior de um sentido, mas, sim, é a dominação de uma técnica, é o adestramento a determinada práxis, é a inserção em determinada forma de vida, de modo que a compreensão de uma palavra somente pode ser avaliada a partir do seu emprego correto.⁹¹³

O aprofundamento do estudo acerca do uso da linguagem ou, mais precisamente, sobre o que significa dizer ser o uso que determina o sentido das palavras será objeto de estudos dos filósofos da linguagem que sucederam Wittgenstein, entre os quais estão Austin, Searle e Habermas, que vão se ocupar em esclarecer aspectos de sua teoria, cabendo-lhe o mérito, todavia, de trazer novas perspectivas para a linguagem humana.

2.2 Austin e os performativos ou perlocucionais

Iniciando o aprofundamento da pesquisa acerca dos usos da linguagem, Austin,⁹¹⁴ influenciado pela filosofia da linguagem ordinária, expõe suas teorias sobre a linguagem, estabelecendo, num primeiro momento, a distinção entre atos constataivos e performativos e, num segundo, entre atos locucionários, ilucionários e perlocucionários.

No seu primeiro momento, Austin lembra que, no pensamento filosófico tradicional, a linguagem exerce um papel prioritário na “descrição” dos estados de coisas, estando, por isso, sujeita à veracidade ou falsidade, embora os gramáticos

⁹¹³ OLIVEIRA, M. A. de. *Ibidem*, p. 134-136.

⁹¹⁴ Austin encontra-se entre os pensadores da Escola de Oxford que, na década de trinta do século XX, segundo D’Oliveira, acreditavam que o exame do funcionamento da linguagem corrente (preliminar a toda reforma lógica da linguagem ou teorização filosófica) podia inspirar a solução (ou esvaziamento) dos chamados “problemas” filosóficos”, realizando, portanto, uma crítica sobre metafísica, feita, contudo, dentro do parcimonioso universo de discurso do senso-comum britânico. Além de Austin, pertenciam a essa escola, entre outros, Ryle e Strawson (D’OLIVEIRA, Armando Mora. *Vida e Obra*, p. VII e VIII).

já tivessem indicado que, além da descrição, as sentenças podem ser usadas, entre outras, para fazer perguntas e exclamações e para expressar ordens, desejos ou concessões. Contudo, permaneceu uma dúvida relacionada, entre outros, com os limites da distinção que existe entre a pergunta, a ordem, a exclamação e a declaração, passando as indagações acerca do caráter das sentenças a ocorrer com mais rigor. Observou-se que nem todas as declarações eram verificáveis ou tinham sentido⁹¹⁵ e, ainda, que muitos proferimentos que pareciam declarações não tinham ou tinham apenas em parte o propósito de registrar ou transmitir informações acerca dos fatos, ou seja, muitos deles tinham, apenas, o propósito de manifestar emoções ou de prescrever comportamentos ou influenciá-los de modo especial. Há, ainda, muitas palavras que, quando inseridas em declarações aparentemente descritivas, não se destinam a indicar algum aspecto adicional particularmente extraordinário da realidade relatada. Essas palavras são “usadas para indicar (e não para relatar) as circunstâncias em que a declaração foi feita, as restrições às quais está sujeita ou a maneira como deve ser recebida”. Por isso, Austin prefere usar a palavra “constatativo”, e não “descritivo”, para representar tais proferimentos ou enunciados de fato ou de pura constatação,⁹¹⁶ pois a descrição é apenas uma das funções dos enunciados constatativos.

Além desses usos da linguagem, Austin menciona a existência de diversas situações em que são proferidas sentenças sem caráter declarativo, isto é, enunciados que não constata fatos ou ações, mas, antes, eles mesmos executam ação ou fazem parte de uma operação, como, por exemplo, quando, na cerimônia de casamento, o noivo diz “aceito esta mulher como minha legítima esposa”. Nesses casos, a sentença não descreve o ato que está sendo praticado, nem declara que o está praticando, sendo tal ato de dizer em si um fazer, ou seja, é a ação de casar. Essas sentenças ou proferimentos são denominadas atos

⁹¹⁵ Austin refere-se a Kant, que, na sua *Crítica da Razão Pura*, distinguiu juízos científicos e, por isso, verificáveis, representando, assim, conhecimento, dos juízos da Metafísica, que, segundo Kant, devem ser encarada como “uma ciência até agora apenas tentada, não obstante indispensável devido à natureza da razão humana” e que, por isso, contém conhecimentos sintéticos *a priori*, os quais não são possíveis de serem elucidados analiticamente (Kant, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*, p. 62).

⁹¹⁶ AUSTIN, John Langshaw. *Quando dizer é fazer*, p. 21-23.

“performativos”, cujo termo é originário do verbo inglês *to perform* (realizar), pois, ao proferir o enunciado, o sujeito está, na verdade, realizando uma ação, que é diferente de um simples dizer algo.⁹¹⁷

Embora o proferimento de uma sentença seja um fazer, isto é, a realização de um ato, Austin esclarece que isso é insuficiente para que o ato possa ser considerado praticado, sendo, pois, “necessário que as circunstâncias em que as palavras forem proferidas sejam, de algum modo, *apropriadas*”, ou seja, “além do proferimento das palavras chamadas performativas, muitas outras coisas em geral têm que ocorrer de modo adequado para podermos dizer que realizamos, com êxito, a nossa ação”.⁹¹⁸

Entre as condições necessárias para que um proferimento possa ser considerado performativo, Austin menciona que: 1) deve existir um procedimento convencionalmente aceito, que inclua o proferimento de certas palavras por certas pessoas e em certas circunstâncias; 2) as pessoas e circunstâncias, em cada caso, devem ser adequadas ao procedimento específico invocado; 3) o procedimento tem de ser executado, por todos os participantes, de modo correto; 4) o procedimento tem de ser executado, por todos os participantes, de modo completo; 5) nos casos em que o procedimento visa às pessoas com seus pensamentos e sentimentos ou à realização de uma conduta correspondente por parte de alguns dos participantes, aquele que participa do procedimento e o invoca deve de fato ter tais pensamentos ou sentimentos, e os participantes devem ter a intenção de se conduzirem de maneira adequada; e 6) os participantes devem realmente se conduzir dessa maneira subsequentemente.⁹¹⁹

Quando ausentes alguma dessas condições, explica Austin, não se pode dizer que o proferimento seja falso, mas, sim, “malogrado”. As inadequações dos atos de linguagem, também denominadas “infelicidades”,⁹²⁰ são divididas em dois

⁹¹⁷ AUSTIN, J. L. *Op. Cit.*, p. 24-25. Austin se refere, ainda, aos relatos testemunhais produzidos no processo penal, citando expressamente o processo penal norte-americano, em que o que se relata vale como prova, com força legal, sendo, portanto, um fazer, uma ação, sendo, portanto, proferimentos performativos (Austin, J. L. *Ibidem*, p. 30).

⁹¹⁸ AUSTIN, J. L. *Ibidem*, p. 30.

⁹¹⁹ AUSTIN, J. L. *Ibidem*, p. 31.

⁹²⁰ Austin denomina “a doutrina das coisas que podem ser ou resultar malogradas, por ocasião de tal proferimento, de doutrina das *infelicidades*” (AUSTIN, J. L. *Ibidem*, p. 30).

grandes grupos, isto é, os “desacertos” e os “abusos”. Os primeiros são os atos malogrados em relação aos quais constata-se a ausência de alguma das condições referidas em 1 a 4 do parágrafo anterior, ou seja, em que não foi observada a indispensável “forma verbal correspondente” ou não foi levado a efeito pela pessoa competente ou, ainda, não foi praticado de modo correto e completo, resultando, assim, um ato “prejudicado”, “nulo” ou “sem efeito”, sendo considerado mera tentativa de realização do ato. Há, no entanto, uma distinção nas situações mencionadas em 1 e 2 em relação às mencionadas em 3 e 4. Nas duas primeiras situações, denominadas “más invocações”, ocorre “uma *má invocação* de um procedimento” tanto porque não se observou nenhum procedimento em geral quanto porque “o procedimento em questão não consegue efetivar-se de maneira satisfatória” ou, ainda, porque foi levado a efeito por pessoa que não era habilitada para tal, resultando, por isso, na rejeição do ato. Nas duas situações mencionadas nos itens 3 e 4, o procedimento “é correto e válido, mas a execução do ritual, por ter sido prejudicada, gera consequências mais ou menos desastrosas”. A ausência de alguma das condições descritas nesses dois itens é chamada de “má execução”, por “falhas” ou “tropeços”. Enquanto as “falhas” estão relacionadas ao uso de fórmulas erradas na execução do procedimento considerado adequado às pessoas e circunstâncias, os “tropeços” estão relacionados à execução incompleta desse procedimento. Por sua vez, a ausência de qualquer das condições relacionadas nos itens 5 e 6 é designada “abuso”. Assim, quando os participantes não se conduzem de maneira adequada em relação aos seus pensamentos e sentimentos, agem com “insinceridade”, sendo a ação concretizada, mas, considerada vazia, podendo-se dizer que “o ato malogrado foi ‘professado’ ou ‘vazio’, em vez de dizer que foi ‘pretendido’ ou ‘nulo’”.⁹²¹

Embora Austin denomine, genericamente, as situações 1 a 4 como “desacertos” e as situações 5 e 6 como “abusos” e, de forma mais específica, as situações descritas em 2, 3 e 4, respectivamente, como “más invocações”, “falhas” e “tropeços”, não apresenta uma denominação específica para a situação que

⁹²¹ AUSTIN, J. L. *Ibidem*, p. 31, 32 e 45.

desrespeita a condição descrita em 1, isto é, para os casos em que não há esse procedimento. Quanto aos “abusos”, que estão relacionados às condições 5 e 6, embora sejam designadas como “insinceridades”⁹²² as faltas relacionadas à condição de número 5, não há designação específica do abuso relacionado à condição de número 6.

A distinção entre o performativo explícito e o performativo primário é outro aspecto presente na teoria de Austin, que afirma ter o primeiro resultado naturalmente do segundo a partir do desenvolvimento da linguagem e da sociedade, mencionando, como exemplo de performativo primário, o “estarei lá” e, de performativo explícito, o “prometo que estarei lá”, pois esta forma de proferimento torna explícita a ação de prometer que se encontra implícita no primeiro proferimento.⁹²³

Distinguem-se, também, segundo Austin, os performativos comportamentais, isto é, que dizem respeito a “reações ao comportamento dos outros” e que se destinam a “expressar atitudes e sentimentos”, como, por exemplo, “peço desculpas”, “lamento”, “arrependo-me”, e os performativos exposicionais, em que “o corpo principal da expressão tem geralmente, ou com bastante frequência, a forma explícita de uma ‘declaração’”, havendo “um verbo performativo explícito no início que mostra como a ‘declaração’ deve encaixar-se no contexto da conversa, da troca verbal, do diálogo, ou, em geral, da exposição”, como, por exemplo, sustento (ou insisto, ou concludo, ou declaro, ou admito, ou prevejo) que a face oculta da lua não existe.⁹²⁴

A busca dessa relação do verbo com o contexto ocorre, também, em uma outra classe de performativos, denominados por Austin de “vereditivos”, em que as expressões performativas “decreto que...”, “julgo que...”, “esclareço que...”, se forem proferidas por um juiz, o dizer é o mesmo que fazer, o que já não é tão claro se forem proferidas por pessoas que não têm essa função, podendo, ainda, tratar-se de um estado mental.⁹²⁵

⁹²² AUSTIN, J. L. *Ibidem*, p. 33.

⁹²³ AUSTIN, J. L. *Ibidem*, p. 67 e 77.

⁹²⁴ AUSTIN, J. L. *Ibidem*, p. 77 e 78.

⁹²⁵ AUSTIN, J. L. *Ibidem*, p. 80-81.

Em seu segundo momento, Austin procura distinguir os atos locucionários dos ilucionários e perlocucionários. O ato locucionário, primeira dimensão do ato de fala, seria “o ato de ‘dizer algo’ nesta acepção normal e completa”, sendo composto pelo “fonético”, ou seja, da “emissão de certos ruídos”; pelo ato “fático”, que “consiste no proferimento de certos vocábulos ou palavras” pertencentes a um vocabulário e de conformidade com uma certa gramática; e, por fim, pelo ato “rético”, que consiste na realização do ato de utilizar tais vocábulos com um certo sentido e referência mais ou menos definidos”. Os atos locucionários, em suma, compreendem “um conjunto de coisas que fazemos ao dizer algo”. O ato ilocucionário, por sua vez, é o que envolve “a realização de um ato *ao* dizer algo, em oposição à realização de um ato *de* dizer algo”, sendo proferimentos que, entre outros, visam a informar, ordenar, prevenir, avisar e, comprometer-se, isto é, que têm uma certa força (convencional). Por fim, o ato perlocucionário é aquele que, ao dizer algo, produz “certos efeitos ou consequências sobre os sentidos, pensamentos, ou ações dos ouvintes, ou de quem está falando, ou de outras pessoas”, de modo que “isso pode ser feito com o propósito, intenção ou objetivo de produzir tais efeitos”, tais como convencer, persuadir, impedir ou, mesmo, surpreender ou confundir.⁹²⁶

Em sentido figurado, Oliveira afirma que, quando alguém diz “este jacaré é perigoso”, está dizendo alguma coisa, isto é, executando um ato de fala, um ato locucionário. Com esse ato, faz-se certos ruídos, que são foneticamente pesquisáveis, ou pronuncia-se uma frase em língua portuguesa, em princípio compreensível por todos aqueles que pertencem a essa comunidade linguística, afirmando-se algo a respeito do mencionado animal. Mas é possível que tal ato tenha uma força ilocucionária, o que ocorre se a pessoa que disse isso pretende, por exemplo, informar ou emitir um juízo ou advertir, isso porque a linguagem tem muitas funções, significando o ato ilocucionário a expressão de determinada função. O ato seria perlocucionário, se a pessoa realizou o proferimento com a

⁹²⁶ AUSTIN, J. L. *Ibidem*, p. 85-86, 89, 90, 95 e 103.

intenção de convencer os outros a se afastarem do jacaré, produzindo, com a execução desse ato de fala, determinado efeito no receptor da mensagem.⁹²⁷

Os proferimentos, em função de sua força ilocucionária, segundo Austin, podem ser classificados em: 1) vereditivos, que se caracterizam por “dar um veredito, como o nome sugere, por um corpo de jurados, por um árbitro ou por um desempataador (terceiro árbitro)”, não sendo necessário que sejam definitivos, podendo constituir uma estimativa, um cálculo, uma apreciação; 2) exercitivos, que “consistem no exercício de poderes, direitos ou influências”, como, por exemplo, designar, votar, ordenar, instar, aconselhar e avisar; 3) comissivos, que, tendo conexões óbvias com os vereditivos e os exercitivos, “caracterizam-se por prometer ou de alguma forma assumir algo”, ou seja, “*comprometem* a pessoa a fazer algo, mas incluem, também, declarações ou anúncios de intenção, que não constituem promessas, e incluem, também, coisas um tanto vagas, que podem chamar de adesões, como, por exemplo, tomar partido”; 4) comportamentais, que, constituindo um grupo muito heterogêneo, têm a ver com atitudes e *comportamento social*, como, por exemplo, pedir desculpas, felicitar, elogiar, dar os pêsames, maldizer e desafiar; e, por fim, em 5) expositivos, que são difíceis de definir, mas servem para esclarecer “o modo como nossos proferimentos se encaixam no curso de uma argumentação ou de uma conversa”, como, por exemplos, o “contesto”, o “argumento”, o “concedo”, o “exemplifico”, o “suponho” e o “postulo”.⁹²⁸

Os atos vereditivos, complementa Austin, “consistem em emitir um juízo, oficial ou extra-oficial, sobre evidências ou razões quanto ao valor ou ao fato, na medida em que estes são passíveis de distinção”. Enquanto os atos legislativos ou executivos são ambos exercitivos, um ato vereditivo é um ato judicial, embora alguns atos judiciais, no sentido de atos realizados por um juiz, sejam exercitivos. Os vereditivos estão relacionados com a verdade ou falsidade ou falta de fundamento, à justiça ou injustiça, como ocorre, por exemplo, numa disputa a

⁹²⁷ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p. 157-160.

⁹²⁸ AUSTIN, John Langshaw. *Quando dizer é fazer*, p. 123-124.

respeito de uma decisão de futebol.⁹²⁹ Essa distinção é resumida por Oliveira ao afirmar que, enquanto os proferimentos vereditivos são realizados com a força de julgar, os proferimentos exercitivos são realizados para influir mediante o uso da autoridade; nos proferimentos comissivos, assume-se uma atitude; por fim, os proferimentos expositivos visam explicar, argumentar, fundamentar e comunicar.⁹³⁰

Ao tentar compreender a linguagem a partir do contexto sócio-histórico, gerando os pressupostos possibilitadores dos atos de fala, a filosofia da linguagem ordinária, segundo Oliveira, estaria se aproximando da hermenêutica, que pesquisa em outra perspectiva, na medida em que ambas explicitam o contexto intersubjetivo, que gera o sentido. Todavia, assim como a hermenêutica, a filosofia da linguagem também carece de uma distinção muito importante, decisiva para exprimir o caráter próprio de uma reflexão crítica propriamente filosófica, pois, “uma coisa é a problemática da constituição do sentido” e, outra, a de sua justificação (problema da validade). Assim, dizer que a análise da linguagem, como atos de fala, é crítica, implica dizer que tematiza as condições de realização dos atos de fala, de modo a explicar os seus pressupostos. Não obstante a problemática da validade, Austin não levanta a questão fundamental da “validade do sentido” intersubjetivamente constituído, a partir da qual irá emergir o princípio normativo e em face do que a crítica é possível.⁹³¹ Essa questão, contudo, é objeto das reflexões de Searle, que serão tratadas no parágrafo seguinte.

⁹²⁹ AUSTIN, J. L. *Op. Cit.* p. 124-125.

⁹³⁰ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p. 164. É importante ter em mente, conforme acentua Oliveira, que a tese de Austin é a mesma de Wittgenstein, ou seja, que “a linguagem é essencialmente uma ação social”, imbricando-se mutuamente linguagem e sociabilidade de tal modo que “a linguagem forma o horizonte a partir de onde os indivíduos exprimem a realidade”. Também os sentidos, em Austin, constituem-se nos contextos situacionais nos quais as expressões são usadas, em que faz sentido usar determinadas expressões ou não”, de forma que, “investigar a linguagem significa tematizar o contexto da sociabilidade, ou seja, o contexto sociocultural, onde ela se insere”, não havendo mais, pois, “a dicotomia radical entre linguagem e realidade, pois a linguagem é o espaço de constituição sentido e a realidade para nós”, ou, em outras palavras, “o sentido não mais se constitui na interioridade de uma consciência transcendental, mas num contexto de regras e convenções de um contexto social determinado”, pois “o sujeito capaz de falar e agir só se entende a partir de um processo social, que emerge como condição de possibilidade de suas ações simbólicas. Dessa forma, a “sua linguagem só se compreende a partir da organização institucional da forma de sociabilidade na qual ele está situado, que é a raiz de seu comportamento no mundo”. (OLIVEIRA, M. A. de. *Op. Cit.* p. 165 e 166).

⁹³¹ OLIVEIRA, M. A. de. *Idem*, p. 168-169.

2.3 Searle e a fala como um comportamento regado

Estudando a filosofia da linguagem a partir do que denomina atos de fala ou atos linguísticos ou ainda atos de linguagem, Searle tenta explicar algumas questões que ficaram sem respostas na teoria dos performativos de Austin, tendo em mente, sempre, que “falar uma língua é adotar uma forma de comportamento regido por regras, sendo estas regras de uma grande complexidade”, de modo que aprender e dominar uma língua é aprender e dominar estas regras. Assim, deve-se estudar os atos de fala, porque “toda comunicação linguística envolve atos linguísticos”, não sendo o símbolo, a palavra, a frase ou mesmo a ocorrência desses na execução do ato de fala unidades da comunicação linguística, mas, sim, a produção de uma frase sob certas condições, o que se constitui em ato de fala.⁹³² Na delimitação do campo de pesquisa da filosofia da linguagem, embora o ponto de partida seja o problema central da relação linguagem-mundo, Oliveira explica que “a linguagem se constitui de unidades básicas, os atos de fala”.⁹³³

Ao dizer que “falar é uma forma de comportamento regido por regras”, Searle também diz que “uma teoria da linguagem é parte de uma teoria da ação”, que, em face de suas características, é suscetível de um estudo independente que não pode restringir-se aos aspectos formais.⁹³⁴ Por isso, uma pesquisa que se limita a uma abordagem meramente formal da linguagem, para Oliveira, é incompleta, pois “é necessário ver também que papéis exercem esses elementos formais nos atos de fala executados pelo homem”.⁹³⁵

O estudo da significação da frase e a execução dos atos de fala não podem, segundo Searle, ser realizado separadamente, pois não há dois estudos semânticos distintos, isto é, um relacionado às significações das frases e outro, às execuções dos atos de fala”, uma vez que “os atos de fala executados na enunciação de uma frase são função da significação da frase em questão”. Essa significação “não permite determinar em todos os casos, de modo unívoco, qual o

⁹³² SEARLE, John R. *Os actos de fala*, p. 21 e 26.

⁹³³ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p. 175.

⁹³⁴ SEARLE, John R. *Os actos de fala*, p. 27.

⁹³⁵ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p. 175-176.

ato de fala realizado na enunciação desta frase particular”, uma vez que “um locutor pode querer dizer mais do que efetivamente diz”. Por isso, nesse estudo, é importante o princípio da expressabilidade, segundo o qual “tudo o que se quer dizer pode ser dito”, e que, juntamente com a concepção de que o ato de fala é a unidade básica da comunicação, sugere a ocorrência de conexões entre a noção de atos de fala, aquilo que o falante quer dizer, o que os elementos linguísticos enunciados significam, o que o ouvinte compreende e a natureza das regras que regem os elementos linguísticos.⁹³⁶

Na sua análise dos atos de fala, num primeiro momento, Searle afirma que, ao exprimir-se uma destas sentenças: “João fuma muito” ou “João fuma muito?” ou “Fuma muito, João!” ou, ainda, “Oxalá João fumasse muito”, estar-se-ia executando três atos diferentes, ou seja, atos de expressão ou enunciação (ao enunciar palavras, isto é, morfemas ou frases); atos proposicionais (ao referir ou predicar); e atos ilocucionais (ao afirmar, perguntar, ordenar, prometer etc.). No âmbito destes, compreendem-se, também, os atos perlocucionais, ou seja, os “efeitos” que os atos ilocucionais exercem sobre as ações, pensamentos ou crenças dos ouvintes, por exemplo, ao realizar-se uma argumentação, em que se pode persuadir ou convencer; ao realizar-se um aviso, em que se pode assustar ou alarmar.⁹³⁷ Essas três espécies de atos de fala não são executadas separadamente, pois são três momentos constitutivos do ato de fala, uma vez que, “quando se executa um ato ilocucional, executam-se, efetivamente, atos proposicionais e atos de enunciação”. Não se pode, portanto, isolar cada um desses tipos de atos, pois “o mesmo ato proposicional pode ser comum a diferentes atos ilocucionais, e é óbvio que se pode executar um ato de enunciação sem executar nenhum ato proposicional ou ilocucional”. Assim, “a mesma frase pode, por exemplo, ser usada para fazer duas afirmações diferentes”, uma vez que “os atos de enunciação consistem simplesmente em enunciar uma sequência de palavras”, enquanto os atos ilocucionais e proposicionais “consistem, de modo

⁹³⁶ SEARLE, John R. *Os actos de fala*, p. 28, 30 e 32.

⁹³⁷ SEARLE, J. R. *Op. Cit.* p. 34-35 e 37.

efetivo, em pronunciar palavras no interior de frases, em determinadas situações, sob certas condições e com certas intenções”.⁹³⁸

A forma gramatical característica do ato ilocucional, segundo Searle, “é a frase completa (que pode ter apenas uma palavra)”, enquanto “os atos proposicionais não podem ocorrer sozinhos, isto é, não se pode *apenas* referir e predicar sem fazer uma asserção, ou fazer uma pergunta ou executar um outro ato ilocucional qualquer”.⁹³⁹

A teoria dos atos de fala de Searle compreende, entre outras, as noções de proposição, predicação, referência,⁹⁴⁰ regras, significação, fatos brutos ou naturais e fatos institucionais. Entre essas, é importante para a compreensão da constitutividade da linguagem a distinção entre regras normativas e regras constitutivas. Enquanto as primeiras “governam uma atividade cuja existência é logicamente independente das regras”, ou seja, “formas de comportamento pré-existentes”, como, por exemplo, as regras de cortesia, as regras constitutivas são as que “constituem (e também governam) uma atividade, cuja existência é logicamente dependente das regras”, ou seja, são regras que “criam ou definem novas formas de comportamento”. São exemplos destas regras as do futebol ou do xadrez, que não dizem apenas como se joga o futebol ou o xadrez, mas criam a própria possibilidade de jogar tais jogos, que são atividades constituídas pela aplicação de regras próprias. Assim, enquanto as regras normativas são construídas na forma imperativa, ou seja, “faça X” ou “se é Y então faça X”, as regras constitutivas observam a forma “X conta com Y no contexto C”.⁹⁴¹

Essa distinção resulta mais clara com a explicação de Searle, no sentido de que, “quando a regra é puramente normativa, o comportamento que está de acordo com a regra pode ser descrito ou especificado do mesmo modo que se descreve ou especifica a regra”, existindo ou não esta, não havendo necessidade,

⁹³⁸ SEARLE, J. R. *Idem*, p. 35, 36 e 37.

⁹³⁹ SEARLE, J. R. *Ibidem*, p. 37.

⁹⁴⁰ A proposição, segundo Searle, é “o que é afirmado no ato de afirmação”, tendo, portanto, uma relação com a verdade. A predicação e a referência, por sua vez, são especificidades dos atos proposicionais. Enquanto a predicação está relacionada com expressões que podem ser chamadas de verdadeiras ou falsas, a referência é a enunciação ou expressão que serve para isolar ou identificar um objeto ou uma entidade ou elemento particular, isto é, uma coisa, um processo, um acontecimento ou qualquer outro tipo de ser individual ou particular. (SEARLE, J. R. *Ibidem*, p. 38, 39 e 42).

⁹⁴¹ SEARLE, J. R. *Ibidem*, p. 47-49.

pois, de que a descrição ou especificação faça referência explícita a ela. É o que ocorre, por exemplo, com a regra de etiqueta segundo a qual os convites para as festas devem ser enviados, pelo menos, com duas semanas de antecedência. Essa regra possibilita que a ação de enviar os convites com tal antecedência seja especificada independentemente da existência de tal regra, tratando-se, pois, de regra normativa, uma vez que a ação pode existir sem que exista a regra. No entanto, se a regra, ou o sistema de regras, for constitutiva, o comportamento que estiver de acordo com ela pode receber especificações ou descrições que não poderia receber se a regra ou as regras não existissem. É o que ocorre em relação à especificação da ação de jogar futebol ou de xadrez, que não pode ocorrer sem que haja uma regra de futebol ou de xadrez, não fazendo sentido descrever o comportamento dos jogadores em termos de jogo de futebol ou de xadrez antes da existência de tais regras, pois, são as regras constitutivas, como as do jogo, que dão a base para especificações de comportamento que não poderiam ser dadas se a regra não existisse.⁹⁴²

Essas regras constitutivas, segundo Searle, aparecem em sistemas, pois é todo o sistema que cria a possibilidade de descrição ou de especificação dos comportamentos e não regras individuais dentro do sistema. Desta forma, mesmo que nem todas as regras do sistema obedeçam à formulação “X conta com Y no contexto C”, a observância de todas ou de um subconjunto dessas regras é suficiente para caracterizar o comportamento.⁹⁴³

Entre as atividades reguladas por regras constitutivas, está a linguagem, pois, segundo Searle, “falar em língua é executar atos de acordo com regras”, de modo que “a estrutura semântica de uma língua pode ser vista como uma realização convencional de uma série de conjuntos de regras constitutivas subjacentes”. Caracterizam-se os atos de fala, pois, “pelo fato de serem executados pela enunciação de expressões, de acordo com esse conjunto de regras constitutivas”. Há distinção, assim, entre o ato de prometer algo e o ato de pescar, pois o primeiro somente se torna possível “pela existência de regras constitutivas respeitantes aos elementos da língua utilizada, enquanto que o

⁹⁴² SEARLE, J. R. *Ibidem*, p. 50.

⁹⁴³ SEARLE, J. R. *Ibidem*, p. 51.

segundo caso não exige um conjunto análogo de regras constitutivas”. Além disso, embora tanto prometer quanto pescar sejam atividades humanas, “no caso de pescar as relações entre fins e meios, isto é, as relações que possibilitam ou facilitam o alcance do meu objetivo, são questões de fatos físicos e naturais, ou seja, não há convenções que possibilitam o fim de pegar o peixe, embora haja técnicas, processos ou estratégias para tal. O mesmo não se pode dizer do ato de prometer, que, sendo um ato de fala, executado, pois, numa língua, exige a existência de uma convenção, de modo que somente “a enunciação de tais e tais expressões sob certas condições seja considerada como fazer uma promessa”.⁹⁴⁴

Aprofundando a questão sobre como as regras regulam os atos de fala, Searle afirma que, assim como quando se escreve uma obra, devem ser observadas determinadas convenções próprias da língua. Atos ilocucionais como a promessa e do pedido exigem a existência de convenções, embora haja atos ilocucionais simples que possam ser executados sem a presença de tais convenções, como, por exemplo, fazer com que alguém perceba uma intenção por meio de um certo comportamento. Os atos ilocucionais são executados, em geral, dentro de uma língua, em virtude de certas regras, e de fato não poderiam ser executados a menos que a língua permitisse a sua execução”, como, por exemplo, em certas condições especiais, pedir a um estudante que apresente um projeto sobre determinado tema, sem utilizar nenhuma convenção.⁹⁴⁵

É necessário ter em mente, no entanto, que, quando Searle diz que falar uma língua é comprometer-se com uma forma de comportamento governada por regras, não está se referindo às convenções particulares que alguém invoca ao

⁹⁴⁴ SEARLE, J. R. *Ibidem*, p. 52-53.

⁹⁴⁵ SEARLE, J. R. *Ibidem*, p. 54. Não há, no dizer de Searle, relação de dependência entre regras, atos e convenções, de modo que as mesmas regras podem ser observadas por meio de atos e convenções diferentes. Não obstante, ao tempo em que uma língua é produto de convenções, a execução de muitos atos ilocucionais também é governada por regras, assim como muitas convenções são realizações de regras. Searle menciona um exemplo em que é possível uma prática ter uma maneira convencional de execução sem ter regras constitutivas e sem exigir regras ou convenções para executar o ato, como ocorre na sociedade de sádicos que, por conveniência, adote a convenção de gritar sempre “bang” no ouvido dos demais para atingir esse fim, e, outro, em que uma prática pode ter modos convencionais de execução, em que as convenções são realizações de regras subjacentes e em que há a necessidade das regras e de algumas convenções para a execução dos atos, como ocorre no jogo de xadrez. (SEARLE, J. R. *Ibidem*, p. 54-57).

falar esta ou aquela língua, mas às “regras subjacentes que as convenções manifestam ou realizam como no caso do jogo de xadrez”.⁹⁴⁶

No que diz respeito à significação, Searle reconhece, na esteira de Grice, que há uma conexão entre significação e intenção, pois, “dizer que um falante *F* quis dizer algo através de *X* é dizer que *F* pretendia que a enunciação de *X* produzisse algum efeito num ouvinte *O* através do reconhecimento dessa intenção”. Não obstante reconheça a validade dessa conexão, Searle concebe-a como defeituosa, pois, no seu entender, a “significação é mais que uma questão de intenção e, pelo menos algumas vezes, é também uma questão de convenção”. É que, havendo uma relação profunda “entre querer dizer algo, quando se enuncia uma frase, e aquilo que a frase significa na língua em que se fala”, na análise dos atos ilocucionais, deve-se captar tanto esses aspectos intencionais quanto os convencionais, uma vez que, na execução de um ato ilocucional, “o falante pretende produzir um certo efeito, fazendo com que o ouvinte perceba a sua intenção de produzir aquele efeito”. Assim, se, além disso, o falante “usar literalmente as palavras”, isso significa que “pretende que essa percepção seja atingida em virtude do fato de que as regras para usar as expressões que ele emite associam a expressão com a produção desse efeito”.⁹⁴⁷

Sobre a distinção existente entre fatos brutos e fatos institucionais, os quais estão relacionados às imagens que se têm do mundo, mas que são difíceis de descrever, Searle diz que “uma cerimônia de casamento, um jogo de beisebol, um julgamento e uma ação legislativa envolvem uma variedade de movimentos físicos, estados e sentimentos brutos”, de modo que “uma especificação de apenas um desses eventos em tais termos não é suficiente para uma especificação como a de uma cerimônia de casamento, de um jogo de beisebol, de um julgamento, ou de uma ação legislativa”. Isso significa dizer que “os eventos físicos e os sentimentos brutos apenas valem como partes de tais eventos, dadas certas condições, e realizam-se no interior de certos tipos de instituições”. Por isso, Searle propõe que se chame de “fatos institucionais” a esses fatos que se relacionam com o grupo de afirmações feitas acima, os quais são realmente fatos,

⁹⁴⁶ SEARLE, J. R. *Ibidem*, p. 57.

⁹⁴⁷ SEARLE, J. R. *Ibidem*, p. 60, 62 e 63.

cuja existência, diferente dos fatos brutos, pressupõe a existência de certas instituições humanas.⁹⁴⁸

2.4 Habermas e a constituição consensual da validade da significação

É a partir das *Investigações Filosóficas*, de Wiggerstein, e das teorias dos atos de fala de Austin e Searle que Habermas constroi a sua teoria consensual da validade da significação e, também, do agir comunicativo, afirmando que esse agir está apoiado na “análise pragmático-formal da ação da fala” e rejeitando a possibilidade da significação ser estabelecida objetivamente, com base, tão-somente, na relação entre a linguagem e o mundo, totalmente desligada do processo de comunicação. Além disso, a pretensão de validade “não pode ser definida exclusivamente na perspectiva do falante”, pois essa pretensão de validade depende do “reconhecimento intersubjetivo” do falante e do ouvinte, uma vez que esses devem resgatá-las, discursivamente, tomando posições motivadas pela razão.⁹⁴⁹

A menor unidade independente dos processos de entendimentos explicitamente linguísticos, segundo Habermas, é composta de: a) uma ação de fala, que contém uma pretensão de validade do falante F em relação ao seu proferimento; e b) uma tomada de posição do ouvinte O, em que este compreende e decide se aceita ou não a oferta contida no ato de fala de F. Essa tentativa de F de se entender com o O sobre algo no mundo pode, pois, culminar ou não em consenso, o que ocorre, somente, com a aceitação do ato de fala, de modo que a compreensão de uma ação de fala aponta para apenas uma possibilidade de consenso sobre o que foi dito. Ocorre, pois, após a guinada pragmática, no dizer de Habermas, um deslocamento da sede da racionalidade, “saindo do componente proposicional e indo alojá-lo no ilocucionário”. Rompe-se, ao

⁹⁴⁸ SEARLE, J. R. *Ibidem*, p. 70. A análise de Searle sobre a estrutura dos atos ilocucionais, com especial destaque para a promessa, abrange os demais atos ilocucionais, como, por exemplo, a ação de pedir, de asseverar, de declarar, de afirmar, de perguntar, de agradecer, de aconselhar, de avisar, de cumprimentar, de congratular, de modo a possibilitar a verificação do conteúdo proposicional e das condições preparatórias, de sinceridade e essenciais de realização de tais atos, além de extrair desse conjunto de condições um conjunto de regras para o uso do indicador da força ilocucional. (SEARLE, J. R. *Ibidem*, p. 73-75).

⁹⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico*, p. 123-124.

mesmo tempo, a fixação das condições de validade na proposição, abrindo-se “um lugar para a introdução de pretensões de validade *não* dirigidas a condições de verdade, portanto, que não se concentram na relação da linguagem com o mundo objetivo”. Essas condições de verdade são a medida para se saber se um proferimento preenche ou não sua função de representação, entre as quais estão a sinceridade subjetiva e a correção normativa, podendo-se pensar, assim, as relações da ação de fala com intenções de falantes e destinatários a partir do modelo de uma relação com o mundo objetivo.⁹⁵⁰

Assim, de acordo com a teoria consensual da validade da significação, de Habermas, segundo Oliveira, somente é possível alguém atribuir predicado a um objeto quando qualquer outra pessoa também possa atribuir o mesmo predicado atribuído pela pessoa com a qual está dialogando, de modo que, para distinguir sentenças verdadeiras e falsas é necessária a referência ao julgamento dos outros com os quais se poderia dialogar, ou seja, “a condição de verdade das sentenças é o acordo potencial de todos os outros”, controlando-se as afirmações somente por meio do acordo entre as pessoas competentes para fazer o julgamento.⁹⁵¹

Subseção III

A constitutividade da linguagem geral na hermenêutica filosófica

A hermenêutica filosófica, segundo Rohden, é uma concepção filosófica que se inicia com a hermenêutica da facticidade de Heidegger e é levada adiante, por Gadamer, como hermenêutica filosófica. Na sua hermenêutica da facticidade, Heidegger procura discutir a validade da verdade ante o surgimento da consciência histórica, consistindo essa virada hermenêutica “no fato de ‘cada *Dasein* compreender-se a partir de seu mundo circundante (*Umwelt*) e sua vida diária, e articular-se na forma linguística na qual se move”. Seguindo a indicação do caminho iniciado por Heidegger, Gadamer retoma a questão da linguagem por

⁹⁵⁰ HABERMAS, J. *Op. Cit.* p. 124-125.

⁹⁵¹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p. 310.

constituir essa “um dos núcleos fundamentais da hermenêutica”, uma vez que “é uma forma de vida, e, como a vida é nebulosa, também ela sempre de novo enevoa-se”.⁹⁵²

A linguagem filosófica, no dizer de Rohden, “não pode ser reduzida a um conjunto de sentenças ou símbolos matemáticos, pois ela não é tanto um objeto, mas a realização do nosso ser-aí, do que pensamos, desejamos e somos”.⁹⁵³ Por isso, não se pode deixar de mencionar a contribuição do pensamento desses dois filósofos contemporâneos para a compreensão da constitutividade da linguagem.

§1º. Heidegger e a linguagem como instância constituidora do ser

A hermenêutica da facticidade não admite a existência de um mundo em si, independente da linguagem, mas, somente, um mundo “da” e “na” linguagem, uma vez que as coisas e as entidades se manifestam em seu ser precisamente na linguagem. Esta, portanto, deixa de ser um instrumento de comunicação do conhecimento e passa a ser condição de possibilidade para a própria constituição do conhecimento e, mais que isso, a instância constituidora do ser, pois é nela que o ser se desvela ou se abre. A propósito, é Heidegger quem diz que “o discurso é constitutivo da existência da *pre-sença*, uma vez que perfaz a constituição existencial de sua abertura”, pertencendo a *escuta* e o *silêncio* à linguagem discursiva como possibilidades intrínsecas. Dessa forma, é somente nesses fenômenos “que se torna inteiramente nítida a função constitutiva do discurso para a existencialidade da existência”.⁹⁵⁴

Na concepção heideggeriana, como já mencionado, o ser não pode ser confundido com o ente. Este é tudo do que se fala, tudo o que se entende, o comportamento que se tem desta ou daquela maneira. O ser, por sua vez, está naquilo que é e como é, na realidade, no ser simplesmente dado.

A compreensão como totalidade e a linguagem como meio de acesso ao mundo, questões centrais na hermenêutica filosófica heideggeriana, pois, se o

⁹⁵² ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica*, p. 65, 68 e 72.

⁹⁵³ ROHDEN, L. *Op. Cit.* p. 74-75.

⁹⁵⁴ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, Parte I, p. 220.

compreender somente é possível a partir da concepção de que o homem é um “ser-no-mundo”, o seu acesso a esse mundo somente é possível pela linguagem, razão pela qual, Heidegger vê o homem não apenas como um ser vivo, “porquanto, ao lado de outras faculdades, possui também a linguagem”, que é a casa do ser, e, nela morando, “o homem existe”.⁹⁵⁵ A compreensão é, segundo Streck, uma categoria de especial importância para Heidegger, pois, o horizonte do sentido é dado pela compreensão que se tem de algo. O ser humano somente se faz ou se dá pela compreensão, porquanto compreender é um existencial, pelo qual o homem se constitui. O sentido do ser somente é possível quando se dá uma compreensão do ser, que pertence ao modo de ser deste ente que se denomina *pre-sença (Dasein)*. Compreender, portanto, não é um modo de conhecer, mas de ser.⁹⁵⁶

A importância da linguagem no pensamento heideggeriano é sintetizada por Streck ao dizer que, “mais que condição de possibilidade, a linguagem é constituinte e constituidora do saber, e, portanto, do modo-de-ser-no-mundo, que implica as condições de possibilidades que se têm para compreender e agir”. Portanto, “é pela linguagem e somente por ela que podemos ter mundo e chegar a esse mundo”, uma vez que “sem linguagem não há mundo como mundo”, não havendo coisa alguma onde falta a palavra. Dessa forma, “somente quando se encontra a palavra para a coisa é que a coisa é uma coisa”, pois a palavra é que “nomeia o âmbito aberto onde habita o homem” e proporciona o ser à coisa; “sem a palavra, sem a linguagem, não há existência”, porquanto “*não falamos sobre aquilo que vemos, mas sim o contrário*”, ou seja, “*vemos o que se fala sobre as coisas*”.⁹⁵⁷

É clara a conclusão de Oliveira, no sentido de que, nessa perspectiva, é a fala que desvela e constitui o mundo, de modo que “é só a partir da linguagem que o homem tem propriamente o mundo, onde as coisas podem encontrar o seu lugar”.⁹⁵⁸

⁹⁵⁵ HEIDEGGER, *Carta sobre o humanismo*. p. 18.

⁹⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, p. 266.

⁹⁵⁷ STRECK, L. L. *Op. Cit.* p. 196-197.

⁹⁵⁸ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p. 222.

§2º. Gadamer e a linguagem como condição da interpretação

Esses pressupostos heideggerianos foram fundamentais para a elaboração do projeto hermenêutico de Gadamer, que concebe a interpretação como a forma pela qual se dá a compreensão e a linguagem como meio universal em que esta se realiza, pois “todo compreender é interpretar, e todo interpretar se desenvolve no *médium* de uma linguagem que pretende deixar falar o objeto, sendo, ao mesmo tempo, a própria linguagem do intérprete.”⁹⁵⁹

Também Gadamer diz que a “linguagem não é somente um entre muitos dotes atribuídos ao homem que está no mundo, mas serve de base absoluta para que os homens tenham *mundo*”. É na linguagem, pois, que o mundo se apresenta, uma vez que “para o homem, o mundo normal está aí como mundo numa forma como não está para qualquer outro ser vivo que esteja no mundo”. Para a hermenêutica filosófica gadameriana, “esse estar-aí do mundo é constituído pela linguagem”, enfatizando, no entanto, que “*a relação fundamental de linguagem e mundo não significa, portanto, que o mundo se torne objeto da linguagem*”, de forma que “o caráter de linguagem da experiência humana de mundo como tal não tem em mente a objetivação do mundo”.⁹⁶⁰

O processo de compreensão, no dizer de Gadamer, “representa um acontecimento de linguagem mesmo quando se volta para algum aspecto fora do âmbito da linguagem ou escuta a voz apagada da letra escrita”. Por isso, interpretar é a “realização da própria compreensão”, que não se cumpre apenas em benefício dos outros, mas também em benefício do próprio intérprete e somente no caráter expresso da interpretação que se dá na linguagem.⁹⁶¹ Quando diz que toda compreensão é interpretação, Gadamer, segundo Oliveira, quer dizer que toda interpretação se desenvolve no seio da linguagem, de modo que “o problema hermenêutico se revela como um caso especial da relação entre pensamento e linguagem”. Além disso, se toda compreensão se faz no seio da

⁹⁵⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, p. 503.

⁹⁶⁰ GADAMER, H. G. *Op. Cit.* p. 566, 571 e 581.

⁹⁶¹ GADAMER, H. G. *Idem*, p. 216 e 514.

linguagem, isso significa “a concretização da consciência da influência da história”. Em suma, para Gadamer, “o mundo está aí para o homem, e esse “estar-aí” é constituído linguisticamente”, razão pela qual “é nesse sentido que se deve compreender a famosa frase de Humboldt de que “toda linguagem é uma visão do mundo”, não tendo a linguagem “um ser independente do mundo”, de modo que, “não somente o mundo só é mundo enquanto vem à palavra, mas a linguagem só é linguagem na medida em que nessa o mundo se apresenta”.⁹⁶²

Seção II

A constitutividade da linguagem no âmbito jurídico

Ao se reportar à constitutividade da linguagem jurídica, está-se procurando, também, evidenciar que a linguagem é a condição de constituição do próprio direito, uma vez que o direito positivo, encontrado, como visto, nas correntes de pensamentos de todas as épocas, não é algo que está pronto e acabado na natureza, mas sim, construído pelo homem nos ambientes próprios para a produção legislativa e no âmbito da linguagem jurídica.

Essa constitutividade do direito somente pode ser percebida em uma abordagem orientada pelo paradigma da linguagem, sobretudo naquelas correntes que se abrigam no pragmatismo jurídico, do qual o realismo jurídico americano e escandinavo e a teoria da interpretação normativo-constitutiva são fortes expressões. Também a hermenêutica jurídico-filosófica, de matrizes heideggerianas e gadamerianas, contém elementos importantes que demonstram a constitutividade da linguagem jurídica. Por isso, dividiu-se a presente seção em duas subseções, uma voltada a discorrer sobre o pragmatismo jurídico e outra sobre a hermenêutica jurídico-filosófica.

⁹⁶² OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p. 236-237.

Subseção I

A pragmática jurídica e a constituição do direito

A visão que a pragmática tem acerca da utilidade ou do proveito da ação e de sua eficácia em afetar a realidade pode ser transportada para o direito, embora, neste, a realidade seja diferente, uma vez que, como diz Duguit, “a realidade jurídica não é um fato constatável pela observação”, mas, sim, “um conjunto de conceitos, que são verdadeiros porque com sua ajuda se pode chegar a proteger socialmente situações que é legítimo proteger, e em cuja proteção há um interesse social”.⁹⁶³

Assim, segundo Duguit, “para que um sistema de direito seja socialmente eficaz, para que tenha um valor pragmático, é preciso que permita realizar três objetivos”, ou seja, é necessário que estabeleça “os fundamentos sólidos das limitações jurídicas, que devem opor-se ao poder do Estado”; assim como “que permita proteger eficazmente todas as situações privadas legítimas dignas de serem protegidas, isto é, que correspondam a uma necessidade social e a um sentimento de justiça”; e, por fim, “que facilite e sancione as relações jurídicas entre os indivíduos”.⁹⁶⁴

Por outro lado, ao se discorrer sobre o pragmatismo linguístico, constatou-se a força que têm os contextos na determinação e na aferição dos sentidos das palavras e dos conceitos, o que, transportado para o mundo do direito, implica reconhecer que a proposição jurídica não é capaz de ter um sentido imanente. É necessário avaliar os contextos em que tais proposições são usadas, para, a partir daí, compreender o seu sentido. Esses contextos são os mesmos nos quais se opera a aplicação dos textos legislativos, que são produzidos em momentos

⁹⁶³ DUGUIT, Leon. *El pragmatismo jurídico*, p. 68: [...] “la realidad jurídica no es un hecho constatable por la observación”. A realidade jurídica é, sim, “un conjunto de conceptos, que son verdaderos porque con su ayuda se puede llegar a proteger socialmente situaciones que es legítimo proteger, y en cuya protección hay un interés social”.

⁹⁶⁴ DUGUIT, L. *Op. Cit.* p. 77: [...] “para que un sistema de derecho sea socialmente eficaz, para que tenga un valor pragmático, es preciso que permita realizar tres objetivos”, [...] “los fundamentos sólidos de las limitaciones jurídicas, que deben oponerse al poder del Estado”; [...] “que permita proteger eficazmente todas las situaciones privadas legítimas dignas de ser protegidas, es decir, que correspondan a una necesidad social y a un sentimiento de justicia”; [...] “que facilite y sancione las relaciones jurídicas entre los individuos”.

diversos dos momentos de sua aplicação. Sem dúvida, se os momentos da produção legislativa forem avaliados historicamente, ou seja, espacial e temporalmente, verificar-se-á que a linguagem presente em tais textos é a utilizada no contexto da produção legislativa, para atender aos propósitos dessa produção. A produção científica orientada pelo paradigma dogmático, por sua vez, é realizada pelos juristas e demais profissionais do direito a partir dos textos normativos referidos, não fugindo, também, dos contextos específicos nos quais esses profissionais realizam a sua produção. Por fim, a linguagem dos profissionais envolvidos na aplicação dos conteúdos legislativos aos casos específicos também é contextual, embora procurem conciliar aspectos de uma linguagem que busca designar sentidos originais (intenção da lei e intenção do legislador) com aspectos contextuais que orientarão a linguagem a ser usada no contexto específico, com o fim de solucionar interesses em conflito. Portanto, tanto a linguagem usada na produção de textos legislativos quanto a usada na explicação desses textos pelos doutrinadores, como, ainda, a dos aplicadores, é uma linguagem contextual. Desconsiderar esses contextos é acreditar, tão-somente, no caráter designativo da linguagem, que pode ser útil apenas como ponto de partida, mas não para definir os sentidos contextuais.

No entanto, além dos usos contextuais, a linguagem jurídica, mais que qualquer outra, está voltada a produzir efeitos, pois concentra atos de fala, como, a propósito, dizem Austin, Searle e Habermas, que foram os protagonistas da pesquisa que buscou especificar como ocorrem os usos da linguagem.

A teoria dos atos de fala é perfeitamente aplicável ao direito, pois a linguagem jurídica não se resume a um dizer, contendo proferimentos que se inserem no campo dos atos ilocucionários e perlocucionários, uma vez que, além de um fazer, podem produzir efeitos como, muitas vezes, de fato, produzem-nos, influenciando no comportamento alheio.

A classificação de Austin acerca dos proferimentos em função da sua força ilocucionária, ou seja, em vereditivos, exercitivos, comissivos, comportamentais e expositivos, aplica-se, perfeitamente, ao direito, de modo que, enquanto, no momento da produção legislativa, o legislador pretende dar ordens, influenciando na

vontade de todos que estão sujeitos à lei promulgada, na aplicação, as partes envolvidas na argumentação, assim como as testemunhas e os peritos, querem influir diretamente no julgador, bem como este pretende influir diretamente na vontade das partes.

A teoria dos atos de fala de Searle também é cabível no estudo da linguagem jurídica, que é igualmente um comportamento regido por regras, pois tanto a ação legislativa quanto a argumentativa das partes e do juiz em um processo ocorrem em face das regras constitutivas que criaram os processos legislativos e judiciais. É nesses âmbitos que a linguagem jurídica, por meio de diversos atos perlocucionários, produzirá efeitos. Mais que um fato bruto ou natural, a linguagem jurídica é um fato institucional, pois somente pode produzir efeitos válidos se produzidos de acordo com as regras constitutivas.

Transportando para o âmbito do direito a tese do consenso, Habermas procura apresentar o direito positivo como instância mediadora no enfrentamento que ocorre, além de outras, entre a política, a economia, o direito, a sociologia e a Filosofia, o que denominou de tensão entre facticidade e validade, que nada mais seria que a tensão entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas.⁹⁶⁵

É que, em Habermas, o direito é tido como instituição autônoma e não heterônoma, pois, o que legitima o ordenamento jurídico é a ideia de que os cidadãos são os produtores das leis, portanto, a ideia da autodeterminação ou de soberania política, não se compreendendo a existência de duas instâncias distintas, isto é, uma instância produtora ou emissora das leis, o legislador, e outra receptora ou destinatária, as pessoas em geral. O direito seria, portanto, segundo Moreira, uma instituição autônoma, o que significa dizer que é constituído por todos os cidadãos, que formam a comunidade jurídica, após o entendimento (consenso) que ocorre por meio do discurso, de tal forma que, somente emanado da vontade dos cidadãos é que pode ser tido como legítimo, sendo o processo democrático de criação do direito a única fonte pós-metafísica da legitimidade.⁹⁶⁶

⁹⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*, v.1. p. 245.

⁹⁶⁶ MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*, 162-165.

§1º. O realismo jurídico e a constituição do direito

O realismo jurídico é uma das fortes expressões do pragmatismo linguístico,⁹⁶⁷ tanto que, partindo da noção de “expressão realizativa”, empregada por Austin, Olivecrona afirma que a “linguagem utilizada em geral em promessas, contratos, testamentos e outros tipos de negócios jurídicos” não é destinada a relatar ou descrever fatos, mas, sim, “estabelecer uma nova relação jurídica”, ou seja, realizar uma ação, o que significa dizer que, por meio das expressões realizativas, no âmbito do direito, ocorre, ostensivamente, “a criação de direitos e deveres, relações e propriedades jurídicas”, razão pela qual se supõe que essas expressões “têm um efeito criador”. Há, por isso, um sentido mágico na ação criativa, pois “o que se considera que é realizado é a criação de uma relação ou de uma propriedade não física pelo fato de serem pronunciadas algumas palavras”.⁹⁶⁸

Essas expressões realizativas, no entanto, segundo Olivecrona, “não são eficientes em qualquer circunstância”, de modo que, “se cabe ao ato atingir tais objetivos, é essencial a observância do costume ou da forma prescrita”, caso contrário ocorreria a nulidade do ato, pois “as orações pronunciadas fora do contexto adequado não são levadas em conta”. Assim, atos como promessas, transferências, designações, criações de pessoas jurídicas, promulgações de leis possuem características comuns por serem praticadas com observância a determinados padrões, os quais, quando observados, produzem efeitos psicológicos imediatos, obtendo respaldo por parte dos órgãos estatais.⁹⁶⁹

Nessa mesma esteira, partindo do pressuposto de que “proposições gerais não decidem casos concretos”,⁹⁷⁰ também Holmes insistia na flexibilização da interpretação, especialmente a constitucional, pois as gerações futuras não podem

⁹⁶⁷ Godoy menciona que muitos pensadores referem-se ao realismo jurídico, também, como pragmatismo jurídico (GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O realismo jurídico em Oliver Wendell Homes Jr.*, p. 4), razão pela qual não se pode deixar de considerar que o realismo jurídico, dadas as suas especificidades e as suas íntimas ligações com o pragmatismo, pode ser considerado uma expressão do pragmatismo jurídico.

⁹⁶⁸ OLIVECRONA, Karl. *Linguagem jurídica e realidade*, p. 60, 61, 62 e 63.

⁹⁶⁹ OLIVECRONA, K. *Op. Cit.* p. 62, 72, 73.

⁹⁷⁰ HOLMES JÚNIOR, Oliver Wendell. *The essential Holmes*, p. 306. “General propositions do not decide concrete case”.

ser prisioneiras das gerações passadas, daí porque as decisões judiciais são importantes no estabelecimento do direito. Assim, para o realismo jurídico norte-americano, o direito é o que é o que dizem os juízes, podendo-se dizer que as decisões judiciais são atos de fala constitutivos do direito.

§2º. A interpretação normativa e a constituição do direito

Opondo-se à pré-constitutividade do direito, ao refutar a tese de que o direito se confunde com a lei, Neves afirma que o direito é constituído na interpretação em face do “caso”, sendo os textos legais meros critérios a partir dos quais ocorre a interpretação. A interpretação jurídica é concebida como um “problema normativo”, passando da estrita interpretação da lei à ação de realizar o direito, de modo que essa realização não se identifica “com” nem se esgota “na” interpretação abstrata da lei. Ocorre, pois, uma transformação no conceito de *interpretatio legis* para *interpretatio júris*, deixando o direito de se identificar com a lei e com a mera aplicação das normas legais para se identificar com o ato judicativamente decisório e normativamente constitutivo, pela mediação de um critério juridicamente possível oferecido por essas normas. Por essa razão, a interpretação jurídica passa a ser entendida como “realização do direito”, saltando o pensamento jurídico, assim, do plano “abstrato” ao plano “concreto”, pois, segundo Ihering, “o direito existe para realizar”. Em outras palavras, a interpretação jurídica passa a ser ato metodológico de determinação da razão jurídica de decidir um problema jurídico concreto. A norma, nessa concepção, é o produto da interpretação, havendo a impossibilidade de cisão entre aquela e esta, que é a mediação entre o critério jurídico e a realização do direito, revelando, portanto, que a interpretação jurídica orienta-se por uma lógica de resultado concreto e não de fim abstrato.⁹⁷¹

A interpretação jurídica, no dizer de Neves, não poderá abstrair-se do todo axiológico-normativo em que as normas legais se integram como particulares elementos expressivos e do qual se deve extrair o fundamento constitutivo do seu

⁹⁷¹ NEVES, A. Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica I*, p. 11-14.

próprio sentido normativo, sendo essa interpretação denominada “interpretação integral”, por permitir críticas e correções do direito formalmente constituído.⁹⁷²

A interpretação jurídica, para Neves, é um problema normativo e não hermenêutico, pois, em sentido prático-normativo, “o direito não é *objeto* a conhecer, e sim *problema* a resolver”. O objetivo e o problema da interpretação jurídica não residem, pois, na compreensão determinativa de um direito pressuposto, como *objeto*, em textos que o positivem, mas, sim, na elaboração ou constituição de decisões judiciais que solucionem os casos jurídicos concretos, com base nos critérios jurídicos positivos, surgindo o direito, assim, com a interpretação.⁹⁷³

Na interpretação jurídica hermenêutica ou compreensiva, ressalta Neves, o direito é um *factum*, enquanto, na interpretação normativa, é um *in faciendum*. Essa diferença se impõe porque a concepção de um direito dado ou feito, que distingue os momentos do conhecimento e da aplicação das normas legislativas, foi superada pela concepção de um direito comprometido, prático-normativamente, com as exigências das decisões judiciais dos casos jurídicos concretos. Isso implica não somente ir além das suas objetivações, mas também constituir um direito que vá além do direito positivo como pressuposto formal. Há, pois, na perspectiva da interpretação normativa, uma diferença entre a *norma* (que prescritivamente oferece uma normatividade jurídica) e o *caso* (que judicativamente exige uma normatividade jurídica). Essa diferença nunca deixará de existir, impondo-se sempre a constituição da norma jurídica concreta pela decisão judiciária, que faz superar essa diferença, razão pela qual se tem o problema da interpretação jurídica como “momento metodológico da realização do direito”.⁹⁷⁴

Assim, na mesma esteira de Bülow, Neves afirma que “a norma legal não é o direito mas só um ‘projeto’ de direito”, ou, como diz Kaufmann, “que ‘não é a realidade mas só a possibilidade do direito’”. A interpretação jurídica, no entanto, por ser “interpretação integrante”, não permite que haja cisão entre a

⁹⁷² NEVES, A. C. *Op. Cit.* p. 42-43.

⁹⁷³ NEVES, A. C. *Idem*, p. 63 e 64.

⁹⁷⁴ NEVES, A. C. *Ibidem*, p. 64, 66, 68 e 69.

“interpretação” e a “aplicação”, pois é na realização que ocorre o surgimento do direito real. Assim, na solução dos casos jurídicos concretos, a norma legal (o direito positivo) não poderá ser preterida e haverá antes de ser reconhecida como critério jurídico dos casos jurídicos decididos, embora não explique como esse critério há de ser compreendido na sua juridicidade, ou como deverá interferir na resolução dos casos jurídicos concretos, uma vez que uma solução a ser obtida por meio de um certo critério não se reduz a esse mesmo critério. É que obter uma solução não é necessariamente deduzir, pois, entre o critério e a solução, ocorre a mediação constitutiva da interpretação que a produz.⁹⁷⁵

Para que a concreta realização do direito esteja, problemática e materialmente, adequada aos valores da ordem, da igualdade, da justiça formal e da segurança - que a abstrata normatividade pretende garantir -, Neves diz que concorrem valores e exigências de adequação concreta. Assim, há valores e exigências normativas abstratas (da dimensão do ordenamento ou da dogmática jurídica) e valores e exigências normativas concretas (da dimensão do problema concreto) que necessitam de uma concordância prática, de modo que as exigências da dimensão do problema logo denunciam os limites objetivos, intencionais e temporais da norma abstrata, que somente podem ser ultrapassados por uma normatividade jurídica a ser constituída translegalmente ou transpositivamente, com base na doutrina básica, fundada em valores e princípios da ordem jurídica.⁹⁷⁶

A interpretação normativamente constitutiva busca, segundo Neves, uma normatividade jurídica que supere as limitações das normas positivas, possibilitando, assim, uma adequada realização do direito. Essa constitutividade da interpretação jurídica decorre tanto da sua mediação entre a norma e o caso quanto da sua intenção constituinte, que se revela como o correlato necessário das insuficiências normativas reconhecidas na decisão sobre o caso e na qual ocorre a realização concreta do direito. É por isso que essa constitutividade vai na direção da norma, uma vez que esta, na sua abstração, fica aquém da normatividade solicitada pelo caso, tendo, por isso, de ser concretizada e

⁹⁷⁵ NEVES, A. C. *Ibidem*, p. 69-72.

⁹⁷⁶ NEVES, A. C. *Ibidem*, p. 72, 73 e 74.

desenvolvida. A constitutividade, assim, vai, também, na direção dos fundamentos normativos, pois as normas positivadas são critério de normatividade limitada, devendo ser reconstituídas e integradas. Esses textos legislativos são, pois, critérios normativos ou eixos de um processo metodológico complexo em que elas se vêem amplamente transcendidas na decisão concreta, podendo-se concluir que a interpretação jurídica é uma mediação constitutiva e não mera compreensão do pressuposto direito positivo.⁹⁷⁷

A fundamentação normativa da interpretação jurídica, mais especificamente o seu objeto problemático, o seu objetivo epistemológico-metodológico e a sua axiologia regulativa, segundo Neves, revelam que a interpretação jurídica tem uma índole normativa que determina a sua constitutividade, de modo a afirmar que “a interpretação é *normativamente constitutiva*”. O objeto da interpretação jurídica não é a *norma* como objetivação cultural, mas o *caso* decidendo ou o problema prático concreto que transforma a norma abstrata (os textos legislativos), apenas, como o seu critério de decisão judicativa. O caso é, pois, um primeiro problema, pois, metodicamente, não se parte da norma para o caso, mas deste para aquela, por meio de um questionamento sobre o critério normativo adequado que a norma possa oferecer para o caso. O objetivo da interpretação jurídica, por sua vez, deixou de ser a construção de uma doutrina válida da compreensão, para se transformar na construção de uma doutrina válida da ação e da decisão, passando-se, pois, de uma ciência de conhecimento para uma ciência de decisão. Esse objetivo, portanto, não é atingir e determinar a significação apenas textual dos prescritivos textos jurídicos, mas assumir a normatividade jurídica das normas interpretandas (as normas de direito positivo), a fim de obter dessas normas o critério normativo-jurídico para uma decisão jurídica normativamente fundada e adequada. Isso ocorre porque são colocados diante do jurista “casos”, exigindo-se dele uma decisão, de modo que dos trabalhos com os textos é possível obter um critério normativo e não uma mera interpretação de textos. Por fim, a axiologia, na interpretação jurídica, é regulativa, pois tanto o direito positivo-legislativo quanto a interpretação jurídica devem ser justos, isto é, válidos e retos, devendo, pois

⁹⁷⁷ NEVES, A. C. *Ibidem*, p. 75-78.

corresponder às expectativas que a comunidade em geral historicamente tem em relação ao direito e que encontram expressão na consensual consciência jurídica geral.⁹⁷⁸

O juízo decisório postula, pois, no dizer de Neves, uma linguagem jurídica que possa ser compreendida e assimilada pragmaticamente. Essa linguagem jurídica “é constitutiva e significativamente *normativa*”, pois o seu sentido descritivo não é decisivo, uma vez que não se constitui nem sua significação se determina semanticamente. A linguagem jurídica constitui as suas significações, pois é performativo-normativa. As características determinantes da performatividade são: a) unidade entre o dizer o fazer; b) a presença de certas condições (relativas ao agente, ao objeto e ao processo); e c) a correção e a incorreção como decorrência do êxito de sua constitutiva performatividade (validade e eficácia; invalidade e ineficácia). A manifestação da normatividade pela linguagem jurídica pressupõe uma institucionalidade específica, tanto na perspectiva intencional (valores, princípios, referências e modelos doutrinários elaborados dogmaticamente) quanto na perspectiva estrutural (conjunto orgânico que titula e dinamiza a ordem jurídica). Assim, há de reconhecer que o sentido normativo que a linguagem jurídica exprime, ou a normatividade que é materialmente constitutiva das suas significações, pressupõe os *princípios jurídicos* e a específica *validade jurídica* que fundamenta constitutivamente aquela normatividade, de modo que a pressuposição da institucional e normativa validade jurídica ofereça os sentidos jurídicos que a linguagem jurídica exprime e, com isso, “cria” as “coisas do direito”.⁹⁷⁹

Na sua abordagem sobre a linguagem, Neves dispensa especial atenção ao referente e à referência. Enquanto esta implica a relação entre a linguagem e o mundo-realidade, ou seja, entre o linguístico e o extralinguístico, sendo, pois, o resultado da unidade referencialmente constitutiva entre a linguagem e o mundo”, o referente é constituído pela linguagem, numa intencionalidade orientada por diversos pontos de vista e por um certo modelo de realidade, segundo as práticas de um específico jogo de linguagem. Também o direito constitui, referencialmente,

⁹⁷⁸ NEVES, A. C. *Ibidem*, p. 79, 81, 83, 102 e 286-287.

⁹⁷⁹ NEVES, A. C. *Ibidem*, p. 227, 229, 230, 232-236, 241-242 e 247 e 251.

a sua realidade por meio da sua linguagem normativa específica e da realização prática, de modo que o caso jurídico concreto é o referente do juízo decisório dessa realização do direito, que se cumpre na prática da linguagem judicativa que o justifica e o comunica, sendo, portanto, a linguagem jurídica, na sua manifestação, global e unitariamente normativa e constitutiva. A comunicabilidade social da linguagem jurídica é possível, pois os mundos jurídico e não-jurídico se inserem num universo prático-social humano. A linguagem no mundo da vida é uma linguagem prático-cultural e não teórica, assim como o é a linguagem jurídica. Sendo esta uma linguagem performativo-normativa, é possível a comunicação entre os mundos jurídico e não-jurídico, pois ambas as linguagens se inserem no universo do mundo prático-social humano.⁹⁸⁰

O ponto de partida é, pois, o “caso”, cabendo ao jurista um trabalho intencionalmente determinado com textos que busque a concretização do abstrato contido nos textos. Assim, diferentemente da interpretação hermenêutica, em que o fim da interpretação é a compreensão de um texto, o fim da interpretação normativa, no dizer de Neves, é lograr uma decisão jurídica num quadro institucional de ação válida, justa, conveniente e aceitável, obtida do texto. Os elementos da situação concreta são conformados juridicamente por meio da referência ao texto-norma a aplicar, cuja relação é alterada em face das diversas nuances da constituição do caso.⁹⁸¹

A interpretação jurídica, em seu sentido normativo e prático-judicativo, suscita, no dizer de Neves, um problema complexo, em que concorrem diversas dimensões. O caso jurídico decidendo não é apenas o ponto de partida e o objetivo final, mas o próprio *prius* problemático-metodológico, razão pela qual o direito, como sistema de normas positivas, será metodologicamente interrogado na perspectiva do problema jurídico, com vistas a uma solução normativa adequada e fundada. Essa interrogação, num primeiro momento, buscará ver se há nesse sistema uma norma abstrata e genérica que seja aplicável e que possa oferecer um princípio ou um critério normativo-jurídico para a solução do caso jurídico concreto ou decidendo. Se a conclusão for pela inexistência de uma

⁹⁸⁰ NEVES, A. C. *Ibidem*, p. 253-258, 265 e 267-282.

⁹⁸¹ NEVES, A. C. *Ibidem*, p. 335-336.

norma aplicável, permanece-se dentro do problema da interpretação jurídica, só que o seu objeto será, então, diretamente, a normatividade constitutiva da juridicidade em si mesma, o que abrange, entre outras, a problemática da validade e os seus limites normativos e de realização. No entanto, se a conclusão for pela existência de uma norma aplicável, abre-se um segundo momento, tradicionalmente, nuclear da interpretação jurídica, isto é, o momento da determinação da normatividade jurídica em abstrato da norma aplicável, momento este que, diferentemente da concepção tradicional, não é o único, pois é seguido da “aplicação” no seu sentido normativístico-dedutivo, considerada a função da norma como critério judicativo-decisório. Assim, a determinação da normatividade da norma em abstrato não é o último momento da interpretação ou momento metodologicamente decisivo, uma vez que essa determinação, mesmo que feita em termos corretos, oferecerá apenas uma hipótese normativa (geral e abstrata) da solução jurídica.⁹⁸²

Subseção II

A hermenêutica jurídico-filosófica e a constituição do direito

A hermenêutica filosófica concebe que o direito é linguagem, sendo a constitutividade da linguagem jurídica imanente a essa concepção, uma vez que o sentido dos textos jurídicos se dá nessa linguagem. O ser do direito não está pré-constituído, pois se constitui na linguagem. O intérprete, ou seja, o “ser-aí-no-mundo” heideggeriano, constitui a norma jurídica a partir dos textos jurídicos, mas sem se despir da sua historicidade, de modo que a compreensão desses textos parte da pré-compreensão histórica, uma vez que é a espacialidade e a temporalidade que determinam o sujeito, que desvela o ser na linguagem, isto é, compreendendo-o a partir dessa pré-compreensão histórica.

O primado da linguagem é o sustentáculo do projeto gadameriano que, transportado para o âmbito do direito, implica dizer, segundo Streck, que “a

⁹⁸² NEVES, A. C. *Ibidem*, p. 337-339.

linguagem deixa de ser instrumento e veículo de conceitos” e, assim, “de ‘estar à disposição do intérprete’”, passando a “*ser a condição de possibilidade da manifestação do sentido*”. Ressalta, também, que “esse sentido não ex-surge porque o intérprete utiliza este ou aquele método” e nem porque “o intérprete interpreta por parte, conforme a hermenêutica clássica”. É necessário ter em mente que, em Gadamer, a interpretação dos textos jurídicos ocorre no momento da sua aplicação, o que não significa subsunção de um caso particular a uma universalidade, mas, sim, um “salto para além da dualidade”, como, por exemplo, entre a palavra e a coisa, entre o texto e a norma. Por isso, na concepção gadameriana, “é impossível reproduzir sentidos”, pois “o processo hermenêutico é sempre produtivo”, de modo que, assim como não se pode banhar-se duas vezes na mesma água do rio, também é uma ficção dizer que “é possível o intérprete equiparar-se ao leitor originário”. Fica claro, pois, que “a tarefa de interpretar a lei passa a ser uma tarefa criativa, de atribuição de sentido”, a ressaltar-se que, segundo Gadamer, “a distância entre a generalidade da lei e a situação jurídica concreta que projeta cada caso particular é essencialmente insuperável”.⁹⁸³

A compreensão, como mola mestra do pensamento gadameriano, segundo Streck, insere-se, também, no contexto da interpretação jurídica, pois, “quando o juiz se sabe legitimado para realizar a complementação do direito dentro da função judicial e frente ao sentido original de um texto legal, *o que faz é o que de todos os modos tem lugar em qualquer forma de compreensão*”, que “se dá no modo de ser do intérprete”, que “é um ser-no-mundo, um ser-com-os-outros”. Em Gadamer, “a hermenêutica jurídica deverá ser compreendida não mais como um conjunto de métodos ou critérios aptos ao descobrimento da verdade e das certezas jurídicas, pois a linguagem não deve ser entendida “como terceira coisa que se coloca entre um sujeito e um objeto”, deixando de ser ferramenta para ser “condição de possibilidade e constituidora do mundo”, isto é, “é experiência do mundo”, no qual está inserido o intérprete, de cuja tradição esse intérprete falará, não podendo dela abstrair-se.”⁹⁸⁴

⁹⁸³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, p. 212-214 e 216.

⁹⁸⁴ STRECK, L. L. *Op. Cit.* p. 215 e 216.

Seção III

A constitutividade da linguagem no âmbito jurídico-penal

Não satisfaz mais a ideia de pré-constitutividade da realidade criminal e o caráter designativo da linguagem jurídico-penal, uma vez que o *labelling approach* e a criminologia crítica há muito propiciaram a superação do paradigma etiológico, especialmente, no dizer de Baratta, “a concepção do desvio e da criminalidade como realidade ontológica, preexistente à reação social e institucional e a aceitação acrítica das definições legais como princípio de individualização daquela pretendida realidade ontológica”.⁹⁸⁵

No âmbito dessa modificação paradigmática surge, entre outros, um amplo espaço para estudos acerca da constitutividade da linguagem jurídico-penal, de cuja abordagem esta tese não pode prescindir.

É necessário ter em mente, no entanto, o que já foi dito em relação à constitutividade da linguagem geral e da linguagem jurídica, nas duas seções anteriores, que contêm, também, os fundamentos filosófico e teórico da constitutividade da linguagem jurídico-penal, devendo ser transportados para o âmbito desta linguagem, portanto, as abordagens já realizadas pelos linguistas, pelos semióticos e pelos filósofos da linguagem. Assim, se as linguagens em geral e jurídica são constitutivas, a linguagem jurídico-penal também não deixa de sê-lo, porquanto é nela que se constitui a realidade criminal ao se atribuir sentido ou significação criminal a um determinado comportamento.

A referência à realidade criminal compreende, na verdade, as situações ou condições geradas no processo de criminalização, que se desenvolvem em duas etapas distintas, ou seja, na criminalização primária, que abrange os processos de definição informal e formal das condutas abstratas, tornando-as passíveis de criminalização concreta; e na criminalização secundária, que abrange os atos de definição concreta dessas condutas e de sua atribuição a pessoas determinadas, com vistas à alteração dos seus estados de inocência para estados de culpado. A

⁹⁸⁵ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, p. 161.

realidade criminal, portanto, é constituída no processo de criminalização primária e secundária, composto por um conjunto de atos, em que a linguagem exerce um papel fundamental, pois é nela que esses atos se constituem, desde a construção abstrata dos termos da lei penal e processual até a sentença transitada em julgado relativa ao caso concreto. Esses atos nada mais são do que usos da linguagem, de modo que, sem esta, realidades criminais como o tipo penal, o caso penal, o crime, a contravenção penal, o criminoso, contraventor ou o culpado não poderiam existir.

A proposta desta seção, que está dividida em duas subseções, é discorrer sobre a constitutividade da linguagem jurídico-penal, mais especificamente sobre a sua constitutividade abstrata, restando ao capítulo seguinte a constitutividade da criminalização secundária, isto é, da linguagem usada nos casos penais concretos, que tem a sentença penal como ponto culminante. Enquanto a primeira subseção trata dos pontos de contato existentes entre o pragmatismo jurídico-penal, a hermenêutica jurídico-filosófica e a constituição da realidade, a segunda discorre sobre os aspectos gerais relacionados à criminalização primária, ou, mais precisamente, sobre o processo de definição formal de tipos penais.

Subseção I

O pragmatismo jurídico-penal, a hermenêutica jurídico-filosófica e a constituição da realidade criminal

O pragmatismo jurídico-penal e a hermenêutica jurídico-filosófica permitem refutar a ideia de pré-constitutividade da realidade criminal em relação à linguagem e sustentar que é essa linguagem que constitui tal realidade. Os parágrafos seguintes, portanto, têm o propósito de demonstrar essa constitutividade, estabelecendo, separadamente, os pontos de contato existentes entre as correntes filosóficas abordadas nas subseções anteriores, especialmente o pragmatismo jurídico a hermenêutica jurídico-penal, e a ideia de constitutividade da linguagem.

§1º. O pragmatismo jurídico-penal e a constituição da realidade criminal

O pragmatismo jurídico-penal concentra as correntes do pensamento que atribuem à linguagem um papel predominante na definição da realidade, sobretudo no que diz respeito aos usos contextuais dessa linguagem e à função performativa dos atos de fala. Integra-se nessas correntes a teoria da interpretação normativa, por estarem a linguagem e os casos jurídicos em posição central na atividade de interpretação. Os itens seguintes estabelecem os pontos de interseção entre os usos contextuais da linguagem, os atos de fala e a criminalização, assim como entre esta e a interpretação normativa.

1.1 Os usos contextuais da linguagem, os atos de fala e a criminalização

O processo de criminalização primária e secundária é formado por um conjunto de atos de fala possíveis de serem praticados desde o processo de tipificação informal até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, havendo, pois, uma sequência de atos de linguagem que criam o tipo penal e que constituem uma conduta típica em crime ou em contravenção penal e seu autor em criminoso ou em contraventor, modificando o seu “estado de inocente” para o “estado de culpado”.

Esses atos são produzidos em linguagem escrita e, quando produzidos oralmente, são reduzidos a termos escritos. A linguagem gestual e o silêncio também têm os seus espaços, sobretudo nas atuações orais das partes técnicas, assim como nos depoimentos testemunhais e interrogatórios, podendo exercer influência nos destinatários. A linguagem jurídico-penal, portanto, é fundamental na criminalização, sendo caracterizada por diversas funções, tipos e formas, como já se teve a oportunidade de ressaltar,⁹⁸⁶ sendo usada tanto para descrever o fenômeno criminal ou para influenciar os demais agentes do processo ou mesmo as pessoas de modo geral a acreditarem nas diversas versões ou mesmo para que realizem ações ou decisões num ou noutro sentido.

⁹⁸⁶ Ver Subseções II, III e IV da Seção I do Capítulo I.

Os atos do processo de criminalização, como atos de linguagem, contudo, podem ser compreendidos não apenas a partir dos termos ou palavras usadas na criminalização, mas também a partir dos diversos contextos em que esses atos são praticados e das pessoas que estão envolvidas nesse processo, entre os quais as vítimas, os autores e partícipes das condutas criminalizadas, as testemunhas, os policiais, os membros do Ministério Público, os advogados, os juízes, os serventuários da justiça, os peritos e os jornalistas. Diz-se isso, pois os atos do processo de criminalização, mais que um mero dizer, são atos em que as pessoas envolvidas fazem algo e, com isso, têm o condão de produzirem efeitos. Tais atos, no entanto, somente podem ser considerados performativos quando praticados com observância de certas condições, ou seja, dentro de um procedimento convencionalmente aceito e executado de forma correta e completa, por pessoas competentes e adequadamente intencionadas. Isso significa dizer que, os atos de fala praticados tanto no processo legislativo quanto no processo penal exigem, para que sejam considerados válidos, que sejam produzidos em conformidade com a Constituição e com as leis pelas pessoas que, entre outros, detenham legitimidade, competência, atribuição e capacidade processual para tal. Desrespeitadas essas condições, os atos podem ser considerados nulos ou anuláveis.

A partir de Austin, é possível classificar os atos do processo de criminalização em exercitativos, veritativos e expositivos. Enquanto os primeiros são os atos praticados pelo legislador na produção legislativa e, conseqüentemente, na constituição do tipo penal, os demais são os praticados no processo penal. Os proferimentos expositivos estão relacionados à argumentação das partes técnicas, assim como às declarações das testemunhas e às exposições periciais. Os atos veritativos, por sua vez, abrangem os atos do julgador relativos às jurisdições instrutória, de ordem e de mérito.

A partir de Searle, pode-se dizer que a linguagem jurídico-penal também é um comportamento regido por regras, pois tanto as ações legislativas quanto as atividades processuais penais, entre as quais se encontram os atos de iniciativa da vítima ou seus representante, a investigação estatal, as atividades acusativa e

defensiva, a ação argumentativa das partes técnicas, a instrução processual, a motivação do juiz, em fim a prática dos atos processuais em geral, ocorrem em face das regras constitutivas que criaram os processos legislativos e penais em seu sentido amplo. É nesse âmbito que a linguagem jurídico-penal, por meio de diversos atos perlocucionais, produzirá efeitos, sendo esses atos um fato institucional, pois somente podem produzir efeitos válidos se produzidos de acordo com as regras constitutivas.

Assim, a criminalização primária é uma atividade desenvolvida pelos órgãos legislativos, que somente ocorre em face do processo legislativo, que é regido por regras constitutivas, pois são essas regras que possibilitam a prática de atos legislativos de criação de leis penais e processuais penais, que é uma atividade que se realiza somente em face da existência de regras que criam o processo legislativo e que atribuem competências legislativas. A linguagem jurídico-penal é uma atividade regida por regras, pois, além das regras convencionais sobre a linguagem geral, deve observar as regras subjacentes, isto é, a linguagem do processo legislativo, que, orientada pelo princípio da legalidade penal, motiva a produção de normas penais e processuais penais e baliza a sua aplicação. A referência ao princípio da legalidade penal lembra a impossibilidade de ser realizada a repressão penal sem que haja regras penais prévias, escritas, certas e estritas. Por outro lado, a atividade estatal de repressão, além do princípio da legalidade penal,⁹⁸⁷ está orientada, também, pelo princípio da legalidade geral⁹⁸⁸ e pelo princípio da legalidade administrativa,⁹⁸⁹ razão pela qual deve obedecer às formas processuais penais previamente estabelecidas, cujas regras são, por isso, constitutivas do âmbito da repressão penal.

⁹⁸⁷ O princípio da legalidade penal está previsto no artigo 5º, XXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina e nem pena sem prévia cominação legal”.

⁹⁸⁸ O princípio da legalidade geral está previsto no artigo 5º, II, da Constituição de República Federativa do Brasil, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

⁹⁸⁹ O princípio da legalidade administrativa está previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil, segundo o qual “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”.

Também a criminalização secundária, ou seja, os atos processuais penais que formam a investigação, a acusação, a defesa e a jurisdição, a exemplo dos atos legislativos, é regida por regras constitutivas, pois sem estas não seria possível de ser realizada. Esses atos processuais não teriam nenhum valor se praticados isoladamente, uma vez que, como partes, compõem eventos denominados fatos institucionais. Isto significa dizer que todos os atos que possam ser praticados, individualmente, no processo penal, não são considerados partes autônomas e independentes, tendo sentido e validade, apenas, se forem considerados em relação ao todo. Se, como diz Searle, a significação não decorre, apenas, de uma intenção, mas, sobretudo, de uma convenção, a prática dos citados atos processuais também encerram um sentido convencional.

Tanto o processo de criminalização primária quanto o de criminalização secundária são produtos das construções discursivas intersubjetivas, uma vez que o primeiro surge dos debates entre representantes de posições partidárias antagônicas no âmbito da atividade legislativa e o segundo, da relação processual entre a acusação, defesa e jurisdição. O produto do processo de criminalização, como quer fazer parecer o princípio do interesse social ou do delito, salvo raras exceções, no dizer de Baratta, “representa ofensa de interesses fundamentais, de condições essenciais de existência de toda a sociedade”.⁹⁹⁰ Isso leva a crer, na esteira habermasiana, que há um consenso em torno de grande parte das tipificações existentes nos códigos penais.⁹⁹¹

⁹⁹⁰ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*, p. 42.

⁹⁹¹ É necessário ressaltar, no entanto, em que pese essa tentativa habermasiana em busca do consenso e de uma validade fundada no consenso, que a sociologia do conflito vem demonstrado o contrário, pois contesta o princípio do interesse social, que, no dizer de Baratta, tem por pressuposto, entre outros, que o direito protege valores e interesses homogêneos, comuns, pois, a todas as pessoas, de modo que a ofensa a esses valores e interesses representa ofensa às condições essenciais à existência de toda sociedade. Para os teóricos do conflito, no entanto, não é o consenso, mas o conflito que permeia o processo de criminalização primária e secundária, isso porque, nas sociedades ocidentais, como também nas socialistas, os conflitos internos têm uma importância preponderante, conforme se pode perceber nos conflitos raciais e de classes, nos problemas de desemprego e de marginalização, além das disputas ideológicas existentes nos movimentos estudantis, feministas e sindicais, razão pela qual a sociologia do conflito repele o mito da representação de uma sociedade fechada em si mesma e estática, desprovida do conflito e baseada no consenso. Entre os que repelem as concepções consensualistas, Dahrendorf, segundo Baratta, concebe “a mudança e o conflito, não como o desvio de um sistema ‘normal’ e equilibrado, mas como características normais e universais de toda a sociedade”, razão pela qual “é preciso reconhecer que ‘as sociedades e as organizações sociais não se mantêm unidas pelo consenso, mas pela coação; não por um acordo universal, mas pelo domínio exercido por alguns sobre os outros’”. Coser e Simel também sustentam ser o conflito – e não o consenso – funcional, de modo

1.2 A interpretação normativa e a criminalização

A teoria da interpretação normativa traz uma importante contribuição para a compreensão acerca da constitutividade da linguagem jurídico-penal, ou seja, mais precisamente sobre a constituição do crime ou da contravenção penal e do criminoso ou do contraventor.

É que, como se verá no capítulo seguinte,⁹⁹² também no âmbito penal, o “caso penal”, isto é, a dedução da acusação, apresenta-se como um *prius*, ou seja, como um primeiro passo a partir do qual se desenrola o processo penal, mediado linguisticamente, entre acusação, defesa e jurisdição, na busca da solução concreta, caso este que observa um critério previamente estabelecido na lei e do qual não se pode afastar. O critério para a solução do caso é a lei penal abstratamente considerada, ou seja, que descreve o tipo penal incriminador e os tipos não incriminadores, isto é, as excludentes de ilicitude, as exculpantes, as condições objetivas de punibilidade, as causas de isenção de pena e de extinção de punibilidade. A lei penal abstrata é, pois, apenas, o critério jurídico, isto é, uma

que, para o primeiro, o conflito é funcional “não só porque assegura a mudança, mas também pela integração e conservação do grupo social”, enquanto Simel evidenciou o papel positivo do antagonismo, reconhecendo-o, juntamente com a harmonia, como os dois princípios em cujo concurso se encontra a condição essencial da integração social. Vold, por sua vez, considerado por Baratta como “a primeira expressão madura de uma verdadeira e própria teoria da criminalidade na perspectiva da sociologia do conflito”, deslocando o “poder de definição” para o centro das análises criminológicas, afirma ser o crime um comportamento político e o criminoso um membro de um grupo minoritário. Para Vold, “se o comportamento criminoso, em suma, é o comportamento normal de indivíduos que respondem normalmente a situações definidas como indesejáveis, ilegais, e, por isso, criminosas”, o problema fundamental da criminalidade está, portanto, na “organização social e política dos valores estabelecidos, ou das definições do que pode e do que não pode ser definido como criminoso”, de modo que “o crime, neste sentido, é comportamento *político*, e o criminoso torna-se, na realidade, um membro de um ‘grupo minoritário’, sem base pública suficiente para dominar e controlar o poder de polícia do Estado”. Em suma, segundo Sutherland, referido por Baratta, ao tempo em que propugna pela precedência lógica do processo de criminalização sobre o comportamento criminoso, a criminologia do conflito propugna pela existência de interesses e de atividade em conflito nos grupos sociais em conflito também no que tange ao processo de criminalização e ao comportamento criminoso, e pelo “caráter *político* que assume todo o fenômeno criminal”, de modo que a “criminalização, comportamento criminalizado e pena são aspectos de um conflito que se resolve mediante a instrumentalização do direito e do Estado”, conflito este “no qual o grupo mais forte consegue definir como ilegais comportamentos de outro grupo, contrários ao próprio interesse, que, assim, é constrangido a agir contra lei” (BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*, p. 117, 121, 122, 124, 127 e 128). Diante das considerações proporcionadas pela sociologia do conflito, não se pode deixar de admitir que o consenso esperado por Habermas, como critério de validade dos atos de fala, é algo apenas imaginário e ilusório, sendo, pois, uma linguagem simbólica, por ser encobridora da dimensão do conflito e do poder que permeia a linguagem jurídico-penal.

⁹⁹² Ver Subseção I da Seção II do Capítulo VI.

intenção, ficando, no entanto, aquém da normatividade solicitada, pois a norma, como critério, é normativamente ilimitada, havendo de ser reconstituída e integrada.

É da interpretação dos textos legais e do caso penal que surge a solução do caso, sendo essa interpretação normativo-constitutiva. A solução do caso é o acolhimento total ou parcial da acusação, com a transformação do caso penal em crime ou contravenção penal e do seu autor em criminoso ou contraventor, e com a alteração do estado de inocência deste para de culpado; ou o não acolhimento dessa mesma acusação, permanecendo o acusado em estado de inocência. Essas realidades criminais são o resultado da interpretação que se realiza na sentença penal, que é concebida como penalmente constitutiva, pois é nela que ocorre a aplicação do direito, que se confunde com a sua interpretação.

§2º. A hermenêutica jurídico-filosófica e a constituição da realidade criminal

A hermenêutica filosófica é igualmente importante para a compreensão da constitutividade da linguagem jurídico-penal, uma vez que, segundo essa concepção, quando se interpreta, está-se realizando a compreensão dentro da linguagem, que está historicamente determinada.

Esse aporte filosófico, além de ser perfeitamente aplicável ao direito, sobretudo no estudo da sua linguagem, possibilita uma explicação sobre a constitutividade da linguagem jurídico-penal. É que, também as normas penais não detêm sentidos pré-constituídos que devem ser descobertos, são sentidos constituídos linguisticamente, ou seja, na linguagem jurídico-penal, na aplicação dos textos normativos pelos diversos agentes, nos diversos momentos e lugares, aos respectivos casos penais. Os sentidos atribuídos às condutas das pessoas e aos termos das descrições contidas nos tipos penais não são arbitrários, pois são produtos da interpretação realizada pelos diversos agentes do sistema penal no processo de criminalização.

Na interpretação das regras penais gerais, é importante o papel exercido pelas metarregras, caracterizada, por Santos, como “leis e mecanismos psíquicos

atuantes na pessoa do intérprete ou aplicador do direito”, as quais “aparecem como a ‘questão científica decisiva’ no processo de filtragem da população criminosa responsável”.⁹⁹³ É que, no dizer de Baratta, “ao lado do conjunto de regras gerais de comportamento, existe um conjunto de regras de interpretação e de aplicação das regras gerais”. Essas regras de interpretação tradicionalmente são analisadas no campo metodológico, embora, numa visão mais crítica, a incidência de regras e princípios e atitudes *subjetivas* dos operadores jurídicos no momento da “concretização” do direito, há muito, estejam no centro dos interesses das correntes antiformalistas e realistas da jurisprudência”.⁹⁹⁴

Além das condições críticas em que são promulgadas as normas penais,⁹⁹⁵ Bacila ressalta que estas “devem ser interpretadas e aplicadas por juízes, advogados, policiais, promotores etc.”, em face do que “começam a surgir outros problemas derivados da interpretação, ou da descoberta da linguagem”. Assim, se, por um lado, é sabido que “o ser humano precisa cumprir a Constituição e as leis inferiores e para tanto precisa interpretá-las”, por outro, sabe-se, também, que “o intérprete pode trazer várias soluções adequadas a partir da norma e, dentre estas soluções, uma será efetivamente aplicada”.⁹⁹⁶ É aí que entram as metarregras, *basic rules*, *second codes*, estigmas, estereótipos, preconceitos ou códigos ideológicos. Em importante estudo, Bacila deixa evidenciado que os estigmas relacionados à mulher, à pobreza, à raça não-predominante e à religião

⁹⁹³ SANTOS, Juarez Cirino dos. Anatomia de uma criminologia crítica, p. 12.

⁹⁹⁴ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*, p. 104-105. Escorado em estudos já realizados por Cicourel, Saussure e Chomsky sobre a linguagem, Sack, segundo Baratta, distingue as regras ou regras gerais ou regras superficiais das metarregras ou regras de interpretação das regras gerais, estas também denominadas de *basic rules* ou *second code*. Essa distinção é uma analogia com a distinção introduzida, por Saussure, na linguística contemporânea, entre *langue*, isto é, a estrutura objetiva e geral que podemos conhecê-la por meio de um manual de gramática e de um dicionário e que, no dizer de Chomsky, corresponde à estrutura gramatical de superfície, e *parole*, a língua falada em situações concretas por indivíduos determinados, que corresponde, na visão chomskyana, à estrutura gramatical profunda ou generativa. Para Cicourel, a estrutura gramatical de superfície corresponde às regras superficiais, que constituem as regras gerais, enquanto a estrutura profunda ou generativa corresponde às *basic rules*, que constituem as regras práticas de interpretação e de aplicação das regras gerais. (BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*, p. 104). Tratando dessa mesma temática, Nepomoceno menciona a existência de dois códigos, ou seja, o código tecnológico e o código ideológico, sendo o primeiro “a lei e dogmática penal e processual penal” e o segundo, “os estereótipos e senso comum sobre a criminalidade”. (NEPOMOCENO, Alessandro. *Além da lei*, p. 43).

⁹⁹⁵ Ver nota de rodapé sobre a sociologia do conflito no item 1.1 do §1º da Subseção I da Seção III deste Capítulo.

⁹⁹⁶ BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas*, p. 12.

são aspectos que, como metarregras, orientam a aplicação do direito, sobretudo o direito penal e processual penal. Esses estigmas seriam regras não-escritas “fundamentais para decidir sobre o que deve ocorrer quando da aplicação das regras jurídicas (normalmente escritas)”, porquanto “atuarão como sombras nos intérpretes”. Assim, “se um policial fosse investigar um fato humano que está tipificado como roubo num conjunto de mil pessoas que efetivamente praticaram tal crime e dirigisse ele a investigação para apenas dez delas”, essa sua escolha seria orientada, prioritariamente, “para aquelas pessoas que apresentassem determinadas características (pobres, raça não predominante, religião ‘x’ etc.)”.⁹⁹⁷

Além dessas características, em *Estigmas da Criminalização*, embasado em autores como Goffman, Champan, Payne e Lemert, fez-se questão de retratar que os antecedentes e a reincidência criminal exercem, também, esse papel de estigmas e de estereótipos, tornando as pessoas mais vulneráveis à criminalização, uma vez que “desde o seu ingresso no sistema penal até a execução da pena, o indivíduo detentor de antecedentes ou reincidente criminal será tratado diferencialmente”. Essa distinção pode ser explícita, quando decorrente da programação normativa, e implícita, quando o senso comum e os agentes do sistema penal, orientados por essa metarregra, tratam diferencialmente os reincidentes e detentores de maus antecedentes. Assim, “os antecedentes e a reincidência criminal cumprem a sua principal tarefa, servindo à seletividade do processo de criminalização” e, como se não bastasse, cumprem, “também, a sua função de formação de estereótipos da delinqüência”, porquanto, “uma vez estigmatizados, os indivíduos se engajam em grupos de desviados, os quais se identificam por suas características comuns”.⁹⁹⁸

Todos esses aspectos interligam a linguagem às formações ideológicas, ou, no dizer de Fiorin, “com a visão de mundo de uma determinada classe social”, ou com o “conjunto de representações, de ideias que revelam a compreensão que uma dada classe tem do mundo”. Isso ocorre porque, não existindo ideias fora dos quadros da linguagem, essa visão de mundo não pode, também, existir desvinculada da linguagem. Assim, “a cada formação ideológica corresponde uma

⁹⁹⁷ BACILA, Carlos Roberto. *Estimas*, p. 13.

⁹⁹⁸ BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização*, p. 216 e 217.

formação discursiva, que é um conjunto de temas e de figuras que materializa uma dada visão de mundo”. Essa formação discursiva “é ensinada a cada um dos membros de uma sociedade ao longo do processo de aprendizagem linguística”, de modo que é por meio dela que o homem constroi os seus discursos e reage linguisticamente aos acontecimentos. Enquanto “uma formação ideológica impõe o que pensar, uma formação discursiva determina o que dizer”, havendo, dessa forma, “numa formação social, tantas formações discursivas quantas forem as formações ideológicas”.⁹⁹⁹ Isso ajuda compreender que a linguagem usada no processo penal não visa, apenas, descrever situações ou reconstruir o ato ou comportamento do suspeito ou do acusado, mas, sim, que é o repositório dos interesses, das emoções, dos sentimentos, das impressões, dos preconceitos e das ideologias das pessoas direta ou indiretamente envolvidas nesse processo.

São essas metarregras, *second codes*, *basic rules* ou, ainda, códigos ideológicos que orientam a interpretação das regras penais de superfície e os comportamentos a elas subsumíveis, possibilitando, pois, não somente a compreensão dessas regras, mas, sobretudo, a constituição dos seus sentidos que, atribuídos na linguagem jurídico-penal, conformam a realidade criminal. Essa linguagem é, pois, constitutiva, uma vez que é nela que surgem as ações e as decisões de todos que se acham envolvidos no processo de criminalização, do quais resultam o crime ou a contravenção penal e o criminoso ou o contraventor.

Subseção II Aspectos gerais da criminalização primária

A criminalização primária, como já mencionado anteriormente,¹⁰⁰⁰ é a etapa do processo de criminalização que cria regras de condutas abstratas, as quais são passíveis de ser atribuídas aos comportamentos concretos das pessoas, constituindo-os como desvios criminais, ou seja, como crimes ou contravenções

⁹⁹⁹ FIORIN, José Luiz. *Linguagem e ideologia*, p. 32.

¹⁰⁰⁰ Ver Subseção III da Seção III do Capítulo II.

penais. Não se pode perder de vista que, para Becker, “os *grupos sociais criam o desvio ao fazer as regras cuja infração constitui desvio*”.¹⁰⁰¹ Na teoria do delito, essas regras são denominadas tipos penais, os quais são definidos como descrição de condutas proibidas ou incriminadas nas leis penais.

Tais regras, no dizer de Becker, são produtos da iniciativa de alguém, ou seja, dos “*empresários morais*” ou “*cruzados reformadores*”, os quais estão interessados no conteúdo das regras, uma vez que “as regras existentes não o satisfazem devido a algum mal que o perturba profundamente”. Cabe às regras, pois, mudar o que há de errado no mundo, razão pela qual, orientados por uma ética absoluta, esses empresários morais acreditam que têm uma missão sagrada. Por isso, podem ser considerados pessoas inconvenientes e interessadas em submeter as demais pessoas à sua própria vontade, embora muitos deles sejam movidos por fortes razões humanitárias.¹⁰⁰² Como se percebe, com Becker, é possível começar a visualização da ação de pessoas reais no processo de criminalização, afastando-se, assim, da dimensão abstrata das instituições e transportando o processo de tipificação formal para o mundo concreto, o mundo da vida, onde se encontram as pessoas, as quais estão inseridas em contextos espaciais e temporais, e têm sentimentos, pretensões e pré-concepções que são as razões determinantes de suas ações e das suas lutas.

Os cruzados ou empresários morais, empenhados na sua luta de criação de regras, o que na linguagem jurídico-penal, como já dito, significa a criação de tipos penais, utilizam-se, sobretudo, da linguagem comum. No entanto, como ressalta Becker, o empresário moral, nessa sua atividade de estabelecer regras,

¹⁰⁰¹ BECKER, Howard. *Outsiders*, p. 9: [...]“*social groups create deviance by making the rules whose, that factions constitutes deviance*”[...]. O que acaba de ser dito fica evidenciado no relato, realizado por Becker, referente às experiências efetuadas por Malinowski nas Ilhas Trobiand, especificamente do suicídio do jovem Kima'i, de 16 anos, em face de ter esse sofrido a reprovação pública, por parte do pretendente de sua prima, uma vez que o suicida havia quebrado as regras de exogamia, mantendo com sua prima relações íntimas, as quais eram proibidas pelos habitantes da ilha. Tal fato, no entanto, embora conhecido e reprovado por todos, permaneceu sem reação até o momento em que o pretendente, desprezado pela moça e desejando com essa se casar, sentiu-se pessoalmente ultrajado e tomou a iniciativa da repulsa. (BECKER, B. *Op. Cit.* p. 10). Foi esse ato de iniciativa que definiu a conduta do jovem suicida e esse próprio como criminoso, de modo que a prática exogâmica em si não trazia com ela essa condição, sendo necessário anotar que a linguagem esteve presente nessa reação como instância constituidora dessas realidades.

¹⁰⁰² BECKER, H. *Idem*, p. 147-148: [...] “the existing rules do not satisfy him because there is some evil which profoundly disturb him”[...].

“frequentemente se ampara em opiniões dos especialistas”, sobretudo de “advogados, especialistas na elaboração de leis aceitáveis”,¹⁰⁰³ o que revela que a linguagem comum não é suficiente, sendo necessária a linguagem científica, mais precisa que aquela.

Uma das mais importantes consequências do sucesso de uma cruzada é, segundo Becker, “a criação de uma nova regra, ou conjunto de regras, que normalmente conta com o apoio da máquina de imposição”, de modo que, junto com as novas regras, é criado, também, um novo grupo de desviantes.¹⁰⁰⁴ É fácil perceber, pois, que a regra cria o desvio, uma vez que o comportamento rotulado pelas regras como ilícito ou como desviante, anteriormente praticado sem essa distinção, passa a ser passível de ser considerado como tal e todas as pessoas que realizam comportamentos que se adequem a tais regras, passam a ser passíveis de serem tratadas como desviantes. Diz-se passíveis, uma vez que a rotulação da conduta desviada na esfera das regras é apenas uma abstração, uma possibilidade, ou seja, uma etiqueta que carece de aplicação concreta. A atribuição dessa etiqueta, isto é, a qualificação concreta de condutas e pessoas pertence a outro nível da criminalização, isto é, à criminalização secundária.

A criação das regras penais, especificamente dos tipos penais incriminadores, é altamente seletiva, pois o legislador seleciona as condutas passíveis de criminalização concreta, protegendo bens, valores e interesses e fazendo um prognóstico das classes sociais que serão atingidas pela criminalização; selecionando, também, as respostas (sanções) a essas condutas (cominação de penas).¹⁰⁰⁵

¹⁰⁰³ BECKER, H. *Ibidem*, p. 150: [...]“frequently relies on the advice of experts”, especialmente em “lawyers, expert in the drawing of acceptable legislation,[...]”.

¹⁰⁰⁴ BECKER, H. *Ibidem*, p. 152: [...] “is the establishment of a new rule or set of rules, usually with the appropriate enforcement machinery being provided at the same time”,[...] “a new group of outsiders”.

¹⁰⁰⁵ Na tipificação das condutas, segundo Baratta, ocorre uma seleção de bens a serem protegidos penalmente, de modo que, nessa seleção, “o direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes, e a imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos de indivíduos a elas pertencentes”, sendo o processo de criminalização dirigido, principalmente, “para formas de desvio típicas das classes subalternas”, resultando superado, dessa forma, o mito do direito penal igual. Essa desigualdade na seleção de bens jurídicos obedece a mesma lógica de distribuição dos recursos em um sistema econômico e social capitalista, de modo que a criminalidade é considerada “um ‘bem negativo’, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixadas no sistema sócio-econômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos”. (BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*, p. 161, 162 e 165).

Conforme mencionado nos estudos da metalinguagem jurídico-penal,¹⁰⁰⁶ as descrições de condutas na lei penal são denominadas “tipos penais”. Partindo dessa definição de tipo penal e que este é obra do legislador, que o constituiu na linguagem do processo legislativo, esta subseção tem o propósito de discorrer sobre o processo de tipificação formal que ocorre no âmbito estatal ou oficial. Esse processo ocorre no plano abstrato da lei penal, compreendendo um conjunto de atos que devem ser praticados com observância de uma série de princípios. Dividida em dois parágrafos, a presente subseção trata desses princípios, ou seja, num primeiro momento, do princípio da legalidade penal, que é motriz de todo o processo de criminalização, para, num segundo momento, abordar o processo de criação do tipo penal, o que compreende uma série de princípios que devem ser observados no processo legislativo.

§1º. O princípio da legalidade penal

É princípio fundamental do sistema punitivo que não se pode atribuir uma determinada conduta a uma pessoa, com vistas a aplicação de uma pena, sem que haja observância do princípio da legalidade penal, a primeira grande limitação à criminalização conquistada no âmbito do Estado moderno liberal, constituindo-se na principal e primeira garantia do indivíduo em face do poder punitivo estatal.

O fundamento político do princípio da legalidade penal está, pois, relacionado ao fato de que a burguesia do século XVIII, conforme retratam Rusche e Kirchheimer, não estava satisfeita com a incerteza jurídica diante dos excessos do poder punitivo estatal. A principal demanda burguesa,¹⁰⁰⁷ nesse período, estava relacionada com o direito penal, pois se buscava o estabelecimento de parâmetros precisos, que possibilitassem a previsão das condutas puníveis, cujo programa deveria estar baseado, tanto no princípio da legalidade quanto no

¹⁰⁰⁶ Ver subitem 2.1.2 do §2º da Subseção III da Seção II do Capítulo III.

¹⁰⁰⁷ Não se pode deixar de mencionar que a Carta Magna Inglesa, de 1215, em seu item 48, já estabelecia que “ninguém poderá ser detido, preso ou despojado de seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de julgamento de seus Pares segundo as leis do país” (LIMA, João Batista de Souza. *As mais antigas normas de direito*, p. 76). No entanto, não se pode deixar de reconhecer que essa proposição está muito aquém, ainda, do que propunha Beccaria.

princípio retributivo, ou seja, na “correlação automática entre culpa e punição e a rígida exclusão de todos os elementos teleológicos”.¹⁰⁰⁸ Essa demanda é correspondida por Beccaria, quando afirma que “só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social”. Essas leis devem ser gerais, estando todos a elas submetidos, e suas violações não são da competência do soberano, mas de um poder judiciário independente.¹⁰⁰⁹

Enquanto o fundamento do direito de punir, no pensamento beccariano, está no contratualismo de Hobbes e Rousseau, o fundamento político do princípio da legalidade decorre da teoria da supremacia da legislação de Locke e da teoria da separação dos poderes de Montesquieu. Insere-se esse pensamento, pois, na concepção de Estado liberal de direito, modelo de Estado este que está atrelado ao próprio liberalismo,¹⁰¹⁰ cujo ideário está relacionado, entre outros, com o

¹⁰⁰⁸ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*, p. 135.

¹⁰⁰⁹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, p. 18. A posição assumida por Beccaria foi decisiva para a implantação do princípio da legalidade em vários ordenamentos jurídicos, cuja influência é reconhecida de forma expressa por Hungria, ao afirmar que “foi a doutrina de Beccaria que influiu na primeira formulação, em termos nítidos, do princípio da legalidade no direito penal positivo, isto é, na consagração de tal princípio pela *Josefina* (Ordenança penal austríaca de José II)”, ressaltando, ainda, que essa Ordenança “antecedeu de dois anos a declaração francesa dos ‘direitos do homem e do cidadão’”. (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, t. 1, p. 35). O princípio da legalidade, segundo Fragoso, integrou, também, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). (FRAGOSO, Heleno. *Lições de direito penal*, p. 91). O artigo 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão estabelece que “a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada” (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*), tratando a Constituição Francesa de 1791 de difundi-la amplamente. Comentando sobre a recepção do princípio da legalidade penal pela Constituição dos Estados Unidos da América e acerca das regras que dispõem sobre a criação dos tipos penais incriminadores, Ramos diz que “não há uma regra constitucional que determine que essa criação deva ocorrer por meio de lei, embora, na atualidade, o direito legislado (*statutory law*) seja responsável pela imensa maioria das figuras criminosas”. Ressalta Ramos, no entanto, que, no ordenamento norte-americano, “há normas constitucionais que limitam a competência do Congresso em matéria penal e processual”, fazendo referência expressa às “leis condenatórias” (*acts of attainder*), ou seja, “leis votadas pelo parlamento mediante as quais se acusavam as pessoas imputadas de crimes de certa natureza e as condenavam à morte, além da confiscação dos bens”, e as “leis retroativas” (*ex post facto laws*) (RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*, p. 82-83).

¹⁰¹⁰ Bobbio retrata o caráter problemático da definição de “liberalismo”, em face da história deste achar-se intimamente ligada à história da democracia, sendo difícil chegar a um consenso acerca do que existe de liberal e do que existe de democrático. Além disso, o liberalismo se manifesta em diferentes países e em tempos históricos bastantes diversos, podendo, “conforme o caso, indicar um partido ou um movimento político, uma ideologia política ou uma metapolítica (ou uma ética), uma estrutura institucional específica ou a reflexão política por ela estimulada para promover uma ordem política melhor, justamente a ordem liberal”. Importa para os propósitos da presente pesquisa, a definição de liberalismo relacionada com o Estado liberal, cuja história “passaria pela história do Estado absolutista, uma vez que a afirmação do momento da autoridade

princípio da legalidade, com a divisão de poderes ou funções e com a garantia dos direitos ou das liberdades individuais.

O princípio da legalidade penal, no dizer de Hungria, tem, também, um fundamento jurídico, cujo mérito pela sua demonstração deve ser atribuído a Feuerbach, uma vez que “a função da ameaça penal é exercer uma geral coação psicológica impeditiva do crime”, de modo que somente se justifica a efetiva aplicação da pena quando, apesar do conhecimento dessa ameaça, alguém não se abster de praticar o fato proibido.¹⁰¹¹ A propósito, para Feuerbach, “o *fundamento jurídico* da pena é a causa da qual depende a possibilidade jurídica da pena”. Esse fundamento jurídico se refere tanto ao fundamento da cominação da pena, ou seja, à “necessidade de assegurar os direitos de todos”, o que funda a obrigação do Estado cominar penas, quanto ao fundamento jurídico para a aplicação da pena, que “é a prévia cominação legal”.¹⁰¹²

A partir desses fundamentos, Feuerbach deduz que “*toda pena jurídica dentro do Estado é a consequência jurídica, fundada na necessidade de preservar os direitos externos de uma lesão jurídica e em uma lei que comine um mal sensível*”. Desse princípio, Feuerbach extrai que “toda imposição de pena pressupõe uma lei penal”; que “a imposição de uma pena está condicionada à existência da ação cominada”; e que “o fato legalmente cominado (o pressuposto legal) está condicionado pela pena legal”.¹⁰¹³ Disso resulta a fórmula latina *nullum crimen, nulla pena sine lege*, que, tradicionalmente, expressa o princípio da legalidade penal.

seria a premissa necessária para uma liberdade autêntica, que não fosse apenas um privilégio de determinada classe ou grupo”, de modo que o liberalismo representa, assim, “a reconquista pelas bases deste tipo de Estado, que já alcançou sua plenitude: o liberalismo levaria à autolimitação do Estado para garantir os direitos públicos e subjetivos dos cidadãos; ao mesmo tempo, a democracia serviria para legitimar este Estado mediante o sufrágio universal” (BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*, v. 2, p. 686-687 e 698.

¹⁰¹¹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, t.1, p. 36-37.

¹⁰¹² FEUERBACH, Anselm Von. *Tratado de derecho penal*, p. 62: [...] “el *fundamento jurídico* de la pena es la causa de la que depende la posibilidad jurídica de la pena”. [...] “la necesidad de asegurar los derechos de todos”[...] “es la previa conminación legal”.

¹⁰¹³ FEUERBACH, A. Von. *Op. Cit.* p. 63: [...] “*toda pena jurídica dentro del Estado es la consecuencia jurídica, fundada en la necesidad de preservar los derechos externos, de una lesión jurídica y de una ley que comine un mal sensible*”, [...] “toda imposición de pena presupone una ley penal”; que “la imposición de una pena está condicionada a la existencia de la acción conminada”; [...] “el hecho legalmente conminado (el presupuesto legal) está condicionado por la pena legal”.

O fundamento jurídico do princípio da legalidade, como se percebe, está no fato de que, por meio da lei, o mal se liga à determinada violação do direito como necessária consequência jurídica, não podendo haver, em nenhum caso, crime ou pena sem prévia ameaça. Em outros termos, segundo Fragoso, “o poder político penal de punir, originariamente absoluto e ilimitado, sendo juridicamente disciplinado e limitado, converte-se em *poder jurídico*, ou seja, em faculdade ou possibilidade jurídica de punir conforme o direito”, não se admitindo, conseqüentemente, que, juridicamente, seja possível a imposição de uma pena estatal, antes de ser previamente estabelecida na lei penal incriminadora.¹⁰¹⁴

Em face do princípio da legalidade ou da reserva legal, explica Bitencourt, “a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei”, de modo que “nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei, definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente”. Ainda, segundo esse princípio, “a lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida”.¹⁰¹⁵

Vê-se, pois, que o princípio da legalidade penal está voltado, sobretudo, à fixação de diretrizes para a tipificação das condutas, ou seja, ao estabelecimento, como condição necessária, que a definição dos tipos penais incriminadores ocorra por meio de lei, que deve ser estrita, escrita, certa e prévia, resultando daí, pois, os desdobramentos do princípio da legalidade penal. Em face da exigência de que a lei penal seja anterior (*nulum crimen, nulla poena sine praevia lege*), escrita (*nulum crimen, nulla poena sine lege scripta*), estrita (*nulum crimen, nulla poena sine lege stricta*) e certa (*nulum crimen, nulla poena sine lege certa*), conforme Santos, o princípio da legalidade representa uma limitação ou proibição à “*retroatividade* como criminalização ou agravação da pena de fato anterior”; ao “*costume* como fundamento ou agravação de crimes e de penas”; à “*analogia* como método de criminalização ou de punição de condutas; e à “*indeterminação* dos tipos legais e das sanções penais”.¹⁰¹⁶ Além de ser uma limitação à criminalização primária e exercer a função de direção da atividade de produção da

¹⁰¹⁴ FRAGOSO, Heleno. *Lições de direito penal*, p. 93.

¹⁰¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v.1, p. 11.

¹⁰¹⁶ SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal*, 2006, p. 20.

legislação penal, esse princípio orienta, também, a atividade de aplicação da lei. Por orientar a atividade legislativa, esse princípio é objeto, também, do parágrafo seguinte.

§2º. A criação do tipo penal

O tipo penal, como já visto,¹⁰¹⁷ é definido como uma descrição de uma hipótese de conduta na lei penal, isto é, de um comportamento proibido, com todas as suas características subjetivas, descritivas e normativas, realizada na parte especial do código penal e nas leis extravagantes. A criminalização primária, ou seja, o processo de criação de tipos penais ou de tipificação formal, segundo Baratta, está balizada por um rol de princípios¹⁰¹⁸ que devem ser observados pelo legislador, entre os quais estão os princípios de limitação formal, de limitação funcional e de limitação pessoal ou de limitação da responsabilidade penal.

Os princípios de limitação formal compreendem os princípios da reserva legal ou da legalidade em sentido estrito, da taxatividade, da irretroatividade, do primado da lei penal substancial e da representação popular.

O *princípio da reserva legal* ou *princípio da legalidade em sentido estrito* é “o primeiro elemento de um programa de limitação formal da violência punitiva”, que consiste em “restringi-la ao âmbito e sob o controle da lei”, ou “impõe limitação ao exercício da função punitiva somente às sanções previstas pela lei como delitos: *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine*”, excluindo, portanto,

¹⁰¹⁷ Ver Subitem 2.1.2 do § 2º da Subseção III da Seção II do Capítulo III.

¹⁰¹⁸ Esses princípios dividem-se em intrassistemáticos e extrassistemáticos, os quais contêm os “requisitos mínimos de respeito aos direitos humanos na lei penal”, cuja articulação “resulta da adoção de um ponto de vista interno ou de um ponto de vista externo ao sistema penal”. Enquanto os princípios intrassistemáticos estão relacionados com o ponto de vista interno, indicando “os requisitos para a introdução e a manutenção de figuras delituosas na lei”, os princípios extrassistemáticos, relacionados com o ponto de vista externo, referem-se “aos critérios políticos e metodológicos para a descriminalização e para uma construção alternativa dos conflitos e dos problemas sociais em relação à reação penal. (BARATTA, Alessandro. *Principi del diritto penale mínimo*, p. 447). Esses princípios são o resultado das investigações realizadas no âmbito da criminologia crítica, as quais revelam os efeitos invertidos – estigmatização e exclusão social – em relação às promessas do sistema penal, bem como o alto custo social da criminalização, daí porque a necessidade de limitação da atividade estatal.

em particular, “a possibilidade de introduzir penas no âmbito de qualquer dos poderes do Estado que não seja o Legislativo”.¹⁰¹⁹

O *princípio da taxatividade*, por sua vez, dispõe que “a pena é aplicável somente nos casos de realização de tipos de conduta expressamente previstos pela lei com indicação de seus elementos descritivos e normativos”, resultando excluída, assim, “a aplicação analógica da lei penal, que deveria ser expressamente proibida pela lei”. Isso exige “uma técnica legislativa que permita a maior objetividade no processo de concretização judicial das figuras delitivas, e a limitação das cláusulas gerais e dos elementos típicos normativos das figuras delitivas”.¹⁰²⁰

O *princípio da irretroatividade* é o que “exclui a aplicação de penas, ou de seus equivalentes, e de qualquer condição que agrave a situação do imputado, que não tenha sido prevista pela lei com anterioridade ao fato, princípio que compreende o regime processual e de execução” e que tem por função “assegurar a previsibilidade das consequências jurídicas negativas do comportamento individual”.¹⁰²¹

O *princípio do primado da lei penal substancial* “tem o propósito de assegurar a extensão das garantias contidas no princípio da legalidade à situação do indivíduo em cada um dos subsistemas em que pode ser subdividido o sistema penal”, o que significa dizer que esse princípio se aplica nas atividades policiais, no processo e na execução penal.¹⁰²²

¹⁰¹⁹ BARATTA, A. *Op. Cit.* p. 448-449: [...] “il primo elemento di un programma di limitazione formale della violenza punitiva”, [...] “riportare questa nell’ambito e sotto il controllo della legge”, [...] “impone la limitazione dell’esercizio della funzione punitiva alle sole azioni previste come delitti dalla legge: *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine*”. [...] “la possibilità di introdurre pene nell’ambito dell’esercizio di poteri dello Stato diversi da quello legislativo”.

¹⁰²⁰ BARATTA, A. *Idem*, p. 449: [...] “la pena è applicabile solo nel caso di realizzazione di tipi di condotta espressamente previsti dalla legge con l’indicazione dei loro elementi descrittivi e normativi”, [...] “l’applicazione analógica della legge penale, di cui è opportuno che si faccia espresso divieto nella legge”, [...] “una tecnica legislativa che permetta la massima oggettività del processo di concretizzazione giudiziale delle fattispecie delittuose, la limitazione delle clausole generali e degli elementi normativi delle fattispecie”.

¹⁰²¹ BARATTA, A. *Ibidem*, p. 449-450: [...] “esclude l’applicazione di pene, di equivalenti di pene e di qualsiasi condizione piú sfavorevole al imputato che non sia stata prevista dalla legge anteriormente al fatto, anche per quanto riguarda il regime processuale e l’esecuzione”. [...] “di assicurare la prevedibilità delle conseguenze giuridiche negative del comportamento individuale”.

¹⁰²² BARATTA, A. *Ibidem*, p. 450: [...] “há lo scopo di assicurare l’estensione delle garanzie contenute nel principio di legalità alla posizione dell’individuo in ognuno dei sottosistemi in cui può essere suddiviso il sistema penale”.

Por fim, o *princípio da representação popular* “impõe, no procedimento de formação da lei penal, o respeito dos requisitos mínimos do Estado de direito no que concerne à representatividade da assembléia legislativa e ao seu funcionamento regular”, o que compreende “a participação popular na formação da vontade legislativa mediante eleições livres e secretas e a livre organização dos partidos e dos movimentos políticos”.¹⁰²³

Os princípios de limitação funcional abrangem os princípios da resposta não contingente, da proporcionalidade abstrata, proporcionalidade concreta ou da adequação social, da idoneidade, da subsidiariedade, da implementação administrativa da lei, do respeito pelas autonomias culturais e do primado da vítima.

Segundo o *princípio da resposta não contingente*, a lei penal “não pode ser uma resposta imediata da natureza administrativa”, pois os problemas a serem enfrentados devem estar “suficientemente decantados antes de se pôr em prática uma resposta penal”. Concebe a lei penal como “um ato solene de resposta aos problemas sociais fundamentais que se apresentam como gerais e duradouros em uma sociedade”, razão pela qual “o procedimento que conduz a essa resposta deve compreender um exaustivo debate parlamentar e deve estar acompanhado de uma profunda análise no âmbito dos partidos políticos e de uma ampla discussão pública”.¹⁰²⁴

Enquanto, para o *princípio de proporcionalidade abstrata*, “somente graves violações aos direitos humanos podem ser objeto de sanções penais”, devendo as penas “ser proporcionais ao dano causado pela violação”, o *princípio da proporcionalidade concreta ou da adequação do custo social* impõe que sejam analisados os efeitos negativos que “a pena pode ter sobre aquelas pessoas que

¹⁰²³ BARATTA, A. *Ibidem*, p. 450-451: [...]“impone nel procedimento di formazione della legge penale il rispetto dei requisiti minimi dello Stato di diritto per quanto riguarda la rappresentatività delle assemblee legislative ed il loro funzionamento regolamentare”, [...] “la partecipazione popolare alla formazione della volontà legislativa attraverso elezioni libere e segrete e la libera organizzazione dei partiti e movimenti politici”.

¹⁰²⁴ BARATTA, A. *Ibidem*, p. 451: [...]“non può essere una risposta immediata, de natura amministrativa”[...], [...]“sufficientemente decantati prima de mettere in atto una risposta penale”, [...] “un atto solenne di risposta a conflitti e problemi sociali fondamentali e rappresentabili come generali e duraturi in una società”, [...] “la procedura che conduce ad essa deve comprendere un esauriente dibattito nelle assemblee plenarie e deve essere accompagnata da un’analisi approfondita all’interno dei partiti politici e da una vasta discussione pubblica”.

constituem seu objeto, sobre suas famílias e sobre o ambiente social, e, mais em geral, sobre a própria sociedade”.¹⁰²⁵

O *princípio de idoneidade*, por sua vez, “obriga o legislador a realizar um atento estudo dos efeitos socialmente úteis que cabe esperar da pena”, somente podendo essa ser introduzida se “provado ou altamente provável algum efeito útil em relação às situações em que se pressupõe uma grave ameaça aos direitos humanos”.¹⁰²⁶

Para o *princípio da subsidiariedade*, “uma pena pode ser cominada somente se pode provar-se que não existem modos não penais de intervenção aptos para responder a situações nas quais se acham ameaçados os direitos humanos”.¹⁰²⁷

Com a introdução do *princípio da implementação administrativa da lei*, questionam-se as cifras negras da criminalidade e a realização da função punitiva por intermédio de bodes expiatórios, de modo a impor-se a “adequação dos programas aos recursos existentes ou adjudicáveis ao sistema”.¹⁰²⁸

Em face do *princípio do respeito pelas autonomias culturais*, deve-se levar em conta “o fato de que a percepção e a definição de certos comportamentos como delitivos ou socialmente negativos, dentro de uma determinada cultura dominante, encontram, às vezes, como correlatas, representações sumamente variadas em diferentes grupos sociais e subculturas”.¹⁰²⁹

Por fim, o *princípio do primado da vítima* dispõe que se deve “substituir, em parte, o direito punitivo pelo direito restitutivo, outorgar à vítima e, mais em geral, a

¹⁰²⁵ BARATTA, A. *Ibidem*, p. 452 e 453: [...] “solo gravi violazioni di diritti umani possono essere oggetto di sanzione penale”, [...] “proporzionali al danno sociale arrecato dalla violazione”[...]“la pena può avere sulle persone che ne vigengono oggetto, sulle loro famiglie, sul loro âmbito sociale e, piú in generale, sulla società stessa”.

¹⁰²⁶ BARATTA, A. *Ibidem*, p. 452: [...] “obbliga il legislatore ad un studio attento degli effetti socialmente utili che si possono attendere dalla pena”, [...] “provati o altamente probabili degli effetti utili in relazione alle situazioni in cui vengono minacciati gravemente dei diritti umani”.

¹⁰²⁷ BARATTA, A. *Ibidem, idem*: [...] “una pena può essere comminata solo se si può provare che non esistono altri interventi, diversi da quello penale, per rispondere alle situazioni in cui diritti umani sono minacciati”.

¹⁰²⁸ BARATTA, A. *Ibidem*, p. 456: [...]“un adeguamento dei programmi alle risorse esistenti o allocabili nel sistema”.

¹⁰²⁹ BARATTA, A. *Ibidem*, p. 457: [...] “fatto che la percezione e la definizione di certi comportamenti come delittuosi o socialmente negativi all’interno di una cultura dominante trovano come corrispettivo, a volte, rappresentazioni assai diverse in differenti gruppi sociali e subculture”.

ambas as partes dos conflitos individuais maiores prerrogativas, de maneira que possam estar em condições de restabelecer o contato perturbado pelo delito". Além disso, se deve "assegurar em maior medida os direitos de indenização das vítimas".¹⁰³⁰

Os princípios gerais de limitação pessoal ou princípios limitativos da responsabilidade penal compreendem os princípios da imputação pessoal ou da personalidade, da responsabilidade pelo fato e da exigibilidade social.

Segundo o *princípio da imputação pessoal ou da personalidade*, "a pena pode ser aplicada somente à pessoa ou às pessoas físicas autoras da ação delitiva", resultando, pois, excluída, "toda forma de responsabilidade objetiva, ou pelo fato de outro, e, por isso, a aplicação de sanções penais por violações aos direitos humanos que não podem ser reconduzidos mediante uma relação causal direta ao comportamento de pessoas físicas". Derivam disso, também, "limites rigorosos para a conformação de figuras penais de perigo abstrato" bem como a exclusão "de responsabilidade de pessoas jurídicas e de entes morais".¹⁰³¹

Em face do *princípio da responsabilidade pelo fato*, "afasta-se toda forma de direito penal do autor e se mantém somente o direito penal do fato", de modo que "não é possível fazer derivar responsabilidade penal alguma das características pessoais do imputado subsumíveis em um tipo de autor". Essa responsabilidade, segundo esse princípio, pode resultar "unicamente em um tipo de delito previsto pela lei". Essas características somente podem ser atribuídas "a um ato voluntário, do qual o autor haja sido capaz de entender seu sentido social, e em caso de sujeitos que superem a idade mínima estabelecida pela lei".¹⁰³²

¹⁰³⁰ BARATTA, A. *Ibidem*, p. 458: [...] "sostituire in parte il diritto punitivo con il diritto restitutivo; ridare alla vittima e, più in generale, ad entrambe le parti di conflitti inter-individuali maggiori prerogative, che li mettano in grado di ristabilire autonomamente il contatto turbato dal delitto". [...] "assicurare maggiormente i diritti di indennizzazione della vittima".

¹⁰³¹ BARATTA, A. *Ibidem*, p. 459: [...] "la pena può essere applicata solo alla persona o alle persone fisiche autrici dell'azione delittuosa", [...] "ogni forma di responsabilità oggettiva o per fatto altrui, e quindi l'applicazione di sanzioni penali per le violazioni di diritti umani che non siano riconducibili con un nesso causale diretto al comportamento di persone fisiche", [...] "limiti rigorosi alla configurabilità di fattispecie penali di pericolo astratto" [...] "di responsabilità di persone giuridiche e di enti morali".

¹⁰³² BARATTA, A. *Ibidem, idem*: [...] "si respinge qualunque forma di *diritto penale dell'autore* e se mantiene solo il *diritto penale dell'azione*", de modo que "nessuna responsabilidade penal pode ser derivada das características pessoais do imputado subsumíveis em um tipo de autor". Essa responsabilidade, segundo esse princípio, pode derivar "unicamente das características do comportamento que o rendam subsumível em um tipo de delito previsto pela lei". Essas características somente podem ser imputáveis "ad un *atto* volontario

Por fim, com o *princípio da exigibilidade social do comportamento conforme a lei*, deve-se depurar “do conceito de culpabilidade os elementos metafísicos e morais que tradicionalmente lhe tem sido atribuídos, como, por exemplo, o do livre-arbítrio e o da reprovabilidade”. Definem-se, assim, num plano técnico-jurídico, “causas de não-exigibilidade social do comportamento conforme a lei e os critérios para sua verificação em relação ao contexto situacional da ação e aos papéis sociais ou institucionais cobertos pelo sujeito na situação problemática” como também “critérios de avaliação do espaço de alternativas comportamentais à disposição do sujeito na situação problemática em que se levou a cabo a ação”.¹⁰³³

Apesar de todo esse aporte de princípios, não se pode deixar de reconhecer que a produção da lei é conflituosa, sendo, também, um ato de poder, como muito bem deixa evidenciado a sociologia do conflito, sobretudo as concepções de Dahrendorf e Coser.¹⁰³⁴ O processo de criminalização, segundo Baratta, na visão da sociologia do conflito, conforme estudos realizados por Sutherland, está relacionado “aos interesses e à atividade dos grupos sociais em conflito”. O fenômeno criminal assume, assim, um “caráter *político*”, uma vez que “criminalização, comportamento criminalizado e pena são aspectos de um conflito que se resolve mediante a instrumentalização do direito e do Estado”, o que significa dizer que “o grupo mais forte consegue definir como ilegais comportamentos de outro grupo, contrários ao próprio interesse, que, assim, é constrangido a agir contra lei”.¹⁰³⁵

Vencida a etapa dos princípios norteadores da criminalização primária, não se poderia concluir este parágrafo sem, ao menos, fazer referência aos atos de fala que compõem o processo de tipificação formal, os quais são da esfera do

di cui il soggetto è stato capace di intendere il senso sociale, nel caso di soggetti di età superiore ad un'età mínima stabilita dalla legge”.

¹⁰³³ BARATTA, A. *Ibidem*, p. 463-464: [...] “del concetto di colpevolezza dagli elementi metafisici e morali che tradizionalmente sono stati implicati in esso, come il libero arbitrio e la riprovevolezza”, [...] “cause de non esigibilità sociale del comportamento conforme alla legge e criteri per il suo accertamento in relazione al contesto situazionale dell'azione e ai ruoli sociali o istituzionali ricoperti dal soggetto nella situazione problemática” [...] “criteri di valutazione dello spazio di alternative comportamentali al soggetto nella situazione problemática di cui ha fatto parte l'azione”.

¹⁰³⁴ Ver comentário sobre a sociologia do conflito exposto em nota de rodapé no item 1.1 do §1º da Subseção I desta Seção III.

¹⁰³⁵ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*, p. 127-128.

processo legislativo e, por isso, são regulados tanto por normas constitucionais quanto por regras regimentais das casas legislativas. Considerando que as leis penais, no âmbito do direito brasileiro, são leis classificadas como ordinárias, pode-se mencionar, em termos gerais, que a elaboração de anteprojetos e projetos de leis e de pareceres de relatorias, as discussões nas comissões e em plenário, as votações, as promulgações e as publicações de leis são todos atos que se realizam na linguagem, por pessoas inseridas na sua historicidade, podendo esses atos ser classificados como atos exercitativos e expositivos, regidos por regras constitutivas, pois não poderiam ser praticados se não existissem as regras constitucionais e regimentais que possibilitam a sua prática.

PARTE III

A CONSTITUTIVIDADE DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Esta terceira e última parte trata do tema central desta tese, isto é, da constitutividade da sentença penal condenatória. Pretende-se demonstrar que é essa sentença que constitui a realidade criminal em estrito senso, ou seja, o crime ou a contravenção penal e o criminoso ou o contraventor. Como este tema pertence ao âmbito da criminalização secundária, há a necessidade de se abordar, antes, os demais atos processuais e de linguagem que, antecedendo a sentença penal condenatória, compõem o processo de criminalização, possibilitando a prolação dessa sentença e constituindo-se em atos preparatórios da constituição da realidade criminal estrita.

A presente parte, portanto, compõe-se, também, de dois capítulos, todos especificamente voltados à criminalização secundária. Um deles, o sexto capítulo, procura discorrer sobre os aspectos gerais relacionados com essa etapa da criminalização e sobre os atos preparatórios da constituição da realidade criminal, isto é, sobre a constituição do caso penal, da relação processual penal, das provas e teses acusativas e defensivas e da tutela penal de urgência. O sétimo e último capítulo, por sua vez, procura demonstrar os fundamentos filosóficos, jurídicos e criminológicos da constitutividade da sentença penal condenatória, pois é esta que, ao acolher, no todo ou em parte, uma acusação ou ao acertar um caso penal, modifica a situação jurídica que envolve uma determinada conduta e o seu autor, constituindo-os, respectivamente, em crime ou contravenção penal e em criminoso ou contraventor, passando este do “estado de inocência” para o “estado de culpado”. É nesse capítulo, também, que se busca demonstrar o poder de definição dos juízes; a sua responsabilidade na criminalização; e que o crime ou a contravenção penal são condutas concretas definidas como tais nas sentenças penais condenatórias, cuja concepção se insere no realismo jurídico.

Capítulo VI
A CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA E A
PREPARAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DA REALIDADE CRIMINAL

Apresentação

O presente capítulo trata do processo de criminalização secundária, mais especificamente da preparação da constituição da realidade criminal, ou seja, da realização daqueles atos processuais e de linguagem que antecedem a sentença penal condenatória. Esses atos preparatórios constituem a realidade criminal em sentido amplo ou em perspectiva, pois a realidade criminal em sentido estrito, ou seja, o crime ou a contravenção penal e o criminoso ou contraventor, é constituída somente na sentença penal condenatória transitada em julgado.

Este capítulo está dividido em quatro seções, estando a primeira voltada a discorrer sobre os aspectos gerais do processo de criminalização secundária; a segunda, sobre a preparação da constituição da realidade criminal; a terceira, sobre o princípio de estado de inocência e a preparação da constituição da realidade criminal; e, por fim, a quarta, sobre a linguagem jurídico-penal e a preparação da constituição da realidade criminal.

Seção I
Aspectos gerais da criminalização secundária

A demonstração da constitutividade da sentença penal condenatória pressupõe uma nítida compreensão não somente do processo de criminalização primária, objeto do capítulo anterior, mas, sobretudo, da criminalização secundária, a partir da concepção de que são os grupos sociais que, ao produzirem as regras e ao aplicá-las a determinadas pessoas, criam, respectivamente, tanto o comportamento desviante quanto a pessoa do desviante.

A presente seção, que está dividida em duas subseções, tem, pois, por finalidade discorrer sobre a criminalização secundária, ou seja, sobre a atuação dos agentes do sistema penal na imposição de regras penais a determinadas pessoas. Enquanto a primeira subseção procura descrever as atividades informais e formais de imposição das regras penais, a segunda apresenta os principais métodos de raciocínios jurídico-penais na imposição dessas regras.

Subseção I A atividade de imposição de regras penais

O crime e a contravenção penal, assim como o criminoso e o contraventor, são resultados do processo de criminalização secundária, definido, no segundo capítulo, como o processo de atribuição das condutas típicas a determinadas pessoas, o que significa dizer que é neste processo que são constituídas aquelas realidades criminais. Esse processo, no entanto, somente pode ser compreendido como uma extensão dos processos informais de definição ou qualificação que ocorrem no senso comum, razão pela qual o parágrafo inicial desta subseção destina-se a esses processos informais, resultando o parágrafo seguinte aos aspectos relacionados à imposição formal das regras penais, isto é, com a criminalização secundária propriamente dita.

§1º. Os processos informais de definição de condutas e pessoas

Os processos de definições ou qualificações informais de condutas e pessoas ocorrem nas instâncias informais do sistema penal ou de controle social,¹⁰³⁶ ou, ainda, no senso comum. Não se limitando a criminalização aos atos realizados pelas instâncias oficiais de controle social, Baratta explica que esses

¹⁰³⁶ Conforme mencionado na Subseção III da Seção III do Capítulo II, o sistema penal pode ser formal ou informal, compreendendo este aqueles âmbitos não propriamente estatais, isto é, não-oficiais, como, por exemplo, as famílias, as igrejas, as escolas, as associações civis, as empresas, os meios de comunicação social, enfim, todos os ambientes do cotidiano não-estatal.

processos informais se produzem, também, “em situações não oficiais, antes mesmo que as instâncias oficiais intervenham, ou também de modo inteiramente independente de sua intervenção”.¹⁰³⁷

Nesses processos, explica Kitsuse, os membros de um grupo, de uma comunidade ou de uma sociedade “*primeiro*, interpretam uma conduta como desviada, *segundo*, definem os indivíduos que assim se comportam como determinado tipo de desvio, e *terceiro*, tratam-nos como consideram apropriado”. Assim, não são propriamente as formas de conduta que diferenciam os desviados dos não-desviados, mas, sim, as relações dos não-desviados, ou seja, dos membros “normais” e conformistas da sociedade”, que identificam e interpretam uma determinada conduta como desvio, transformando, sociologicamente, o seu autor em desviado. Portanto, “se o sujeito observa a conduta de um indivíduo e a define como desviada, mas não a trata de maneira diferente como consequência de dita definição, o individuo não será sociologicamente desviado”. As pessoas, grupos e agências podem, no entanto, ter diferentes concepções a respeito de qualquer conduta, o que “depende cada vez mais das circunstâncias de situação, lugar, biografia social e pessoal e das atividades das agências de controle organizadas burocraticamente”.¹⁰³⁸

Também não são os comportamentos, por si mesmos, que, para Baratta, estabelecem reações distintivas entre “normas” e “desviantes”, mas, sim, é a interpretação que se faz acerca desses comportamentos que os torna providos de significados, ou seja, que decide o que é e o que não é qualificado como desviante. Essa interpretação, contudo, não é arbitrária, pois depende das condições que acompanham a reação ao próprio comportamento, o que significa dizer que “as questões sobre as condições e as causas da criminalidade se transformam em interrogações sobre as condições e as causas da criminalização”.

¹⁰³⁷ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*, p. 94.

¹⁰³⁸ KITSUSE John I. Reacción de la sociedad ante la conducta desviada, p. 54, 64-65 e 69-70: [...]“*primero*, interpretan una conducta como desviada, *segundo*, definen a los individuos que así se comportan como determinado tipo de desviación, y *tercero* los tratan como consideran apropiado”. [...]“si el sujeto observa la conducta de un individuo y la define como desviada, pero no la trata de manera diferente como consecuencia de dicha definición, el individuo no será sociológicamente desviado”. [...] “depende cada vez más de las circunstancias de situación, lugar, biografía social y personal y las actividades de las agencias de control organizadas burocráticamente”.

De qualquer forma, o desencadeamento da reação social somente ocorre se o comportamento perturbar a rotina social de uma determinada realidade (*taken-for-granted reality*), ou seja, se suscitar, entre as pessoas implicadas, “indignação moral, embaraço, irritação, sentimento de culpa e outros sentimentos análogos”, o que é considerado contrário à normalidade, que “é representada por um comportamento predeterminado pelas próprias estruturas, segundo certos modelos de comportamento, e correspondente ao papel e à posição de quem atua”. Além disso, é necessário indagar “se as circunstâncias teriam podido permitir um comportamento diferente, ou seja, se a vontade e a intenção estão – no caso – envolvidas, ou se, ao contrário, a ação foi fortuita, ou devida a um constrangimento ou a um evento excepcional” e “se o autor tinha consciência do que fazia, se sabia que agia contra as normas”. Essas condições, em muito, assemelham-se com as três categorias construídas pela ciência jurídica, ou seja, a violação da norma, a consciência e a vontade. Assim, para que um determinado comportamento desviante possa ser imputado ao seu autor, sendo este considerado um violador da norma, “é necessário que desencadeie uma reação social correspondente”, não sendo suficiente, pois, o simples desvio objetivo em relação a um modelo ou a uma norma.¹⁰³⁹

Uma vez ocorrida a reação social aos comportamentos desviantes, as definições decorrentes das experiências já vividas, no dizer de Schutz, fazem com que o que foi vivenciado na realidade seja transferido, sem se perceber, para outras situações reais, que são percebidas como tipos das situações anteriores. Assim, o uso da linguagem na designação dos eventos da vida diária cria tipos, sendo essas designações empregadas em situações ou experiências futuras do mesmo tipo. Cada experiência, no entanto, é única, inclusive a sua recorrência, porque são experiências vivenciadas em contextos diferentes, de modo que cada um desses tipos é vivenciado ao seu próprio modo.¹⁰⁴⁰

Com outras palavras, Baratta explica que a linguagem, na qual estão solidificados os resultados das interações precedentes, constitui o fundamento das interações atuais, razão pela qual estas não estão determinadas pelas suas

¹⁰³⁹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*, p. 94-96.

particularidades, pois “só sobre a base daquela realidade já pré-constituída e tomada por *dada* é possível ‘reconhecer’ uma situação e atribuir-lhe um significado desviante”. É que, entre as definições preliminares e as definições definitivas, ocorre um processo de “negociação” (*bargain*), no qual se realizam redefinições a partir das definições preliminares e de convenções provisórias (*working agreement*), chegando-se, finalmente, às definições atuais. Assim, é possível, por exemplo, que um certo comportamento seja declarado “criminoso”, com base em um processo de *working-agreement*, mas que, posteriormente, seja revista essa conclusão. Há, portanto, uma relação entre os processos de definição internos ao senso comum e aqueles produzidos no âmbito jurídico, formando uma “espiral hermenêutica” que liga as novas definições a serem obtidas no processo de aplicação do direito pelas instâncias oficiais às definições análogas procedentes do senso comum. Por isso, os processos de definição nas situações oficiais, particularmente os processos realizados pelas agências do sistema penal (criminalização secundária), passam a integrar a análise interacionista e etnometodológica do processo de tipificação informal. É que a criminalização secundária trabalha com categorias estreitamente ligadas ao senso comum, existindo uma continuidade entre os processos de definição informal e formal. Dessa forma, se, por um lado, as definições informais preparam, às vezes, as definições formais, como, por exemplo, as representações criminais apresentadas pelos ofendidos, por outro lado, os resultados concretos das definições formais influenciam as ações nas instâncias não-oficiais, uma vez que, por exemplo, o isolamento de um indivíduo do contexto social pode ser uma consequência da sua condenação anterior.¹⁰⁴¹

Dada essa relação de circularidade que existe entre esses processos de definição, é possível dizer que, muitas vezes, as características das vivências anteriores são transportadas para a caracterização das vivências futuras, de modo que, se, numa situação informal anterior, uma conduta foi considerada crime ou contravenção penal, assim como o seu autor, criminoso ou contraventor, há uma

¹⁰⁴⁰ SCHUTZ, Alfred. *Fenomenologia das relações sociais*, p. 115-117.

¹⁰⁴¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*, p. 97 e 98.

tendência que em situações formais semelhantes posteriores sejam, também, consideradas como tais.

§2º. A imposição formal das regras penais

É nos processos formais, no entanto, mais precisamente nos processos penais, que, efetivamente, ocorre a imposição das regras penais, por ação das agências formais do sistema penal, especialmente pelas agências policiais, judiciais, do Ministério Público e de execução penal, com o concurso das agências informais do sistema penal, sendo realizada, no dizer de Baratta, seletivamente, ou seja, de modo a recair sobre alguns indivíduos, entre tantos outros que realizam idênticas condutas penalmente sancionadas.¹⁰⁴² Essa imposição diz respeito às regras criadas no processo de criminalização primária, estando, segundo Becker, a cargo de “um novo grupo de agências e funcionários de imposição” ou das agências já existentes que reclamam para si a administração das novas regras, institucionalizando-se, assim, a cruzada moral.¹⁰⁴³

Quem impõe as regras, no entanto, não se comporta, diante delas, da mesma forma como se comporta o criador das regras, uma vez que opositor dessas regras, no dizer de Becker, “não está preocupado tanto com o conteúdo de qualquer regra específica quanto com o fato de que seu trabalho é impor tal regra”. Assim, “quando as regras são alteradas, ele pune o que era anteriormente um comportamento aceitável, assim como deixa de punir o comportamento que passou a ser aceito pela mudança nas regras”, evidenciando que “quem impõe as regras, então, pode não estar interessado no seu conteúdo, mas, somente, no fato de que a existência dessa regra propicia-lhe um emprego, uma profissão e uma *raison d'être*”.¹⁰⁴⁴

¹⁰⁴² BARATTA, A. *Op. Cit.* p. 161.

¹⁰⁴³ BECKER, Howard. *Outsiders*, p. 155: [...] “a new set of enforcement agencies and officials” [...].

¹⁰⁴⁴ BECKER, H. *Op. Cit.* p. 156: [...] “is not so much concerned with the content of any particular rule as he is with the fact that it is his job to enforce the rule”, [...] “when the rule are changed, he punishes what was once acceptable behavior jus as he ceases to punish behavior that has been made legitimate by a change in the rules”, [...] “the enforcer, then, may not be interested in the content of the rule as such, but only in the fact that the existence of the rule provides him with a job, a profession, and a *raison d'être*”.

Há dois interesses, segundo Becker, que orientam a atividade do impositor das regras, ou seja, “justificar a existência de sua função” e “ganhar o respeito daqueles com os quais lida”.¹⁰⁴⁵ Essa constatação retrata as contingências da aplicação ou da imposição das regras, deslocando, como já se disse, a análise do mundo abstrato das instituições para o mundo concreto das pessoas.

Para justificar a existência de sua função, explica Becker, o impositor das regras “deve demonstrar aos outros que o problema existe”; que “as regras que deve impor têm algum propósito, uma vez que as infrações ocorrem”; e, além disso, “deve deixar certo que as suas tentativas de imposição das regras são eficazes e vantajosas, que o problema com o qual se supõe que ele vá lidar está, na verdade, sendo tratado adequadamente”. Ao mesmo tempo, o impositor das regras “diz que o problema é mais grave do que se imagina (embora não exista nem uma falha de sua parte) e que exige esforços redobrados e cada vez maiores para ser mantido sob controle”. Com essas alegações, “os impositores das regras apresentam boas razões a favor da existência de suas funções”, embora estejam “inclinados a ter uma visão pessimista acerca da natureza humana”, que “é reforçada por sua experiência cotidiana”, de modo que “uma das razões subjacentes do pessimismo do impositor em relação à natureza humana e às possibilidades de reformas é o fato de que, se a natureza humana fosse passível de perfeição e as pessoas pudessem ser reformadas de maneira definitiva, o seu trabalho terminaria chegando a um fim”.¹⁰⁴⁶ Acrescenta-se, ainda, que, segundo Becker, boa parte da atividade de imposição das regras está direcionada à obtenção do respeito das pessoas com as quais o impositor lida. Assim, a imposição da regra depende da atitude do transgressor em relação ao impositor,

¹⁰⁴⁵ BECKER, H. *Idem*, p. 156: [...] “justify the existence of his position” e “win the respect of those he deals with”.

¹⁰⁴⁶ BECKER, H. *Ibidem*, p. 157-158: [...] “must demonstrate to other that the problem still exists”; [...] “the rules he is supposed to enforce have some point, because infractions occur”; [...] “he must show that his attempts at enforcement are effective and worthwhile, that the evil he is supposed to deal with is in fact being dealt with adequately”, [...] “say the problem is perhaps worse than ever (though through no fault of their own) and requires renewed and increased effort to keep it under control”. [...] “in making these claims, enforcement officials provide good reason for continuing the existence of the position they occupy”. [...] “that enforcement officials and agencies are inclined to take a pessimistic view of human nature”, [...] “is reinforced by his daily experience”, de modo que “one of the underlying reasons for the enforcer’s pessimism about human nature and the possibilities of reform is that fact that if human nature were perfectible and people could be permanently reformed, his job would come to an end”.

de modo que, “se o transgressor for devidamente respeitoso, o impositor pode aliviar a sua situação”, já “se o transgressor for desrespeitoso, poderão ser-lhe aplicadas sanções”.¹⁰⁴⁷

É fácil perceber, portanto, a grande discricionariedade do impositor de regras, dada a falta de recursos e estrutura para fazer cumprir todas as regras, o que significa dizer, segundo Becker, “que ele não pode enfrentar todos os problemas de uma só vez, sendo necessário, portanto, que ele transija com o mal”, ou seja, que fixe “prioridades, lidando com cada problema de uma vez, tratando dos problemas mais urgentes imediatamente e deixando os outros para depois”. A conclusão é no sentido de que “a rotulação ou não de uma pessoa como desviante vai depender de muitos aspectos estranhos ao comportamento real”, entre os quais a necessidade de os impositores das regras demonstrarem a importância de sua função; o comportamento do transgressor em relação aos impositores das regras; e a prioridade atribuída por estes ao tipo de ato cometido pelo transgressor.¹⁰⁴⁸

O processo de reação formal realizado seletivamente, segundo Dias e Andrade, é, pois, em todas as suas fases, “criador de *cifras negras* e, por isso, redutor dos contingentes de *deviance*, de modo que “a seleção assim operada não tem sido por todos encarada em termos absolutamente negativos”, uma vez que “casos há em que a própria comunidade se opõe à aplicação da lei”, até mesmo

¹⁰⁴⁷ BECKER, H. *Ibidem*, p. 159: [...]“if the offender is properly respectful, the enforcer may smooth the situation over”, enquanto que, “if the offender is disrespectful, then sanctions may be visited on him”. Essa afirmação, explica Becker, baseia-se num estudo realizado por Westley, em que se apurou que muitos policiais acreditam ser “legítimo usar a violência para exigir o respeito”. Segundo um dos policiais entrevistados nesse estudo, quando o detido falta com o respeito para com a polícia, “a solução, nesse caso, é provocar o cara até ele fazer alguma observação que justifique uma bofetada e, se ele revidá-la, você pode dizer que ele resistiu à prisão”. (BECKER, H. *Ibidem*, p. 158).

¹⁰⁴⁸ BECKER, H. *Ibidem*, p. 159 e 161: [...] “that he cannot tackle everything at once and to this extent must temporize with evil”. [...] “priorities, dealing with things in their turn, handling the most pressing problems immediately and leaving others for later”. [...] “enforce rules and crate outsiders in a selective way”, [...] “whether a person who commits a deviant act is in fact labeled a deviant depends on many things extraneous to his actual behavior”, [...]. Entre os critérios usados para a seleção de pessoas pelos impositores das regras, está o “tráfico de influências”, que é possível de ser constatado, por exemplo, quando o testemunho de um policial não coincide com o testemunho do noticiante do fato, ou quando há uma fácil aceitação dos argumentos da defesa pelo promotor, ou, ainda, quando o juiz se mostra arrogante em suas decisões. Essas hipóteses revelam que “alguém meteu a mão no caso”, ou seja, que houve tráfico de influência. Em face dessa discricionariedade, os impositores, muitas vezes, adotam critérios próprios para avaliar a importância das regras e das infrações a elas, estabelecendo prioridades não aceitas pelo público em geral. Isso significa dizer

porque, para Lafave, “o *total enforcement* seria socialmente disfuncional, vale dizer, incompatível com o normal funcionamento da vida social”.¹⁰⁴⁹ Também Zaffaroni alerta para o fato de que, se o sistema penal viesse a realizar a planificação contida nas leis penais, é certo que produziria “o indesejável efeito de se criminalizar várias vezes toda a população”, ou seja, “provocaria uma catástrofe social”.¹⁰⁵⁰ Além disso, o caráter seletivo do processo de criminalização pode ser melhor compreendido quando se tem em mente que o fenômeno do desvio acompanha a humanidade desde os seus primórdios, apresentando certa funcionalidade, que é explicada pelas teorias estruturais funcionalistas de Durkheim¹⁰⁵¹ e Merton.¹⁰⁵² Portanto, ressalvada a hipótese da anomia, sendo o

que, reagindo às pressões de suas situações de trabalho, os impositores “impõem regras e criam marginais e desviantes seletivamente”. (BECKER, H. *Ibidem*, p. 159-161).

¹⁰⁴⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manoel da Costa. *Criminologia*, p. 367.

¹⁰⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*, p. 26 e 27.

¹⁰⁵¹ Durkheim sustenta que o crime é um fato normal, uma vez que “uma sociedade que dele estivesse isenta seria inteiramente impossível”. Não só isso, pois o crime é um fato necessário e útil, porquanto “está ligado às condições fundamentais de toda vida social”, condições estas “indispensáveis à evolução normal da moral e do direito”. Entre as funções positivas atribuídas ao fenômeno criminal, estão a transformação e a integração social. Em face da primeira, não apenas “o caminho permanece aberto às mudanças necessárias, como também, em certos casos, prepara diretamente essas mudanças”. A integração, por sua vez, decorre da reação ao crime, pois, por meio da pena, os grupos sociais mantêm a consciência comum, a qual “se debilitaria se o órgão que a representa não compartilhasse o respeito que ela inspira e a autoridade particular que ela exerce”. Somente quando são ultrapassados determinados limites, segundo Durkheim, o fenômeno criminal é negativo para a existência e o desenvolvimento da estrutura social, seguindo-se um estado de desorganização ou de anomia, no qual todo o sistema de regras de conduta perde o valor, enquanto um novo sistema ainda não se afirmou. Ao contrário, dentro de seus limites funcionais, o comportamento desviante é um fator necessário e útil ao equilíbrio e ao desenvolvimento sociocultural. Essa conclusão é extraída da equiparação com as mudanças bruscas na situação econômica dos indivíduos, cuja situação de anomia é possível de ser constatada, por exemplo, quando os desastres econômicos empurram bruscamente alguém para uma situação inferior ou quando ao contrário, ocorre um crescimento brusco de poder de fortuna, gerando uma crise em face da perda do equilíbrio, o que significa uma perda de referência, pois, “por um tempo inexistente qualquer regulamentação”. Esse estado de desregramento ou de anomia é propício para o suicídio e, por isso, no que diz respeito ao crime, representa uma disfuncionalidade social. Assim, para Durkheim, enquanto “o criminoso não mais aparece como um ser radicalmente insociável, como uma espécie de elemento parasitário, corpo estranho e inassimilável, introduzido no seio da sociedade”, sendo, ao contrário, “um agente regular da vida social”, o crime “não deve mais ser concebido como um mal que não possa ser contido dentro de limites demasiado estreitos”. (DURKHEIM, Émile. *A divisão do trabalho social*, p.68, 71, 72, 73 78, 320 e 321).

¹⁰⁵² Também a teoria sociológica funcionalista que Merton aplica ao estudo da anomia permite interpretar o desvio como um produto da estrutura social, tão “normal” quanto o comportamento conforme as regras. Isso significa dizer que a estrutura social não tem somente um efeito repressivo, mas também, e sobretudo, um efeito estimulante sobre o comportamento individual, pois as motivações do comportamento conforme as regras e do comportamento desviante são da mesma natureza. Os comportamentos singulares são tanto conformistas quanto desviantes, dependendo da situação em que se encontram os indivíduos no contexto da estrutura social, pois, para Merton, há uma tensão entre a estrutura cultural e social, sobretudo no que diz respeito, por um lado, às metas ou aos “objetivos culturalmente definidos”, isto é, os “propósitos e interesses mantidos como objetivos legítimos para todos, ou para membros diversamente localizados da sociedade” e, por outro, aos meios, ou “modos aceitáveis de alcançar esses objetivos”. A estrutura social não permite, na

delito um ente funcional e normal na sociedade, não se deve encontrar na seletividade nada de estranho, pois é ela inerente ao processo de criminalização. O que deve intrigar são os critérios ou as razões subjacentes, perceptíveis na linguagem oculta que permeia o sistema penal em todas as suas instâncias, que levam a que a seletividade recaia sobre os grupos mais débeis da população, sobretudo os grupos estigmatizados e estereotipados. Em outras palavras, o que deve chamar a atenção são as razões invocadas explícita e implicitamente para justificar as ações das diversas agências e agentes do sistema penal.

A constituição do crime ou da contravenção penal e do criminoso ou contraventor, como já se disse, ocorre em um processo, denominado processo de criminalização secundária, que nada mais é do que o processo penal, e que se inicia, normalmente, nas agências policiais e termina com a sentença penal condenatória transitada em julgado. É um processo que ocorre, sobretudo, no âmbito das agências formais do sistema penal, as quais não podem prescindir do concurso de outras agências, especialmente das pessoas comuns, entre elas os delatores e as testemunhas.

Nesse processo, cada personagem, seja ele da esfera estatal ou não, é responsável por atos preparatórios da constituição do crime ou da contravenção penal e do criminoso ou do contraventor, dos quais depende a existência dessas

mesma medida, a todos os membros da sociedade, um comportamento, ao mesmo tempo, conforme aos valores e às normas, variando essa possibilidade conforme a posição que o indivíduo ocupa na sociedade, decorrendo daí a “tensão entre estrutura social e estrutura cultural”. Os indivíduos tentam se adaptar em face dessa tensão, de modo a surgir diferentes tipos de adaptação individual, sendo o desvio, pois, decorrente dessa tensão, ou seja, a origem dos comportamentos desviantes estaria na desproporção que pode existir entre as metas ou os fins culturalmente reconhecidos como válidos e os meios legítimos à disposição do indivíduo para alcançá-los. A adequação individual entre as metas ou fins culturais e meios institucionais obedeceria, assim, a cinco modelos, conforme a combinação das variantes “fins” e “meios”: 1) conformidade (adequação aos fins e aos meios); 2) inovação (adequação aos fins e desconformidade com os meios); 3) ritualismo (adequação aos meios e desconformidade com os fins); 4) retraimento ou apatia (simples desconformidade tanto com os fins e quanto com os meios); 5) rebelião (além da desconformidade com os fins e com os meios, afirmação substitutiva de fins e meios alternativos). O comportamento criminoso típico estaria no segundo modelo de adequação individual, sendo determinadas infrações e delitos, segundo Merton, uma reação inteiramente “normal” a uma situação na qual existe uma acentuação cultural do sucesso econômico e que, contudo, oferece, somente em escassa medida, o acesso aos meios convencionais necessários e legítimos que possibilitem o sucesso àqueles fins culturais. A quebra da normalidade ou a situação de anomia seria verificada, segundo Merton, somente quando ocorrer uma crise na estrutura cultural, ou seja, uma forte discrepância entre os meios e os fins culturais, por um lado, as possibilidades socialmente estruturadas de agir em conformidade com aquelas, por outro lado, pois, “quando a ênfase cultural muda da satisfação provinda da própria competição para a preocupação exclusiva com o resultado final, a tensão resultante favorece a ruptura da estrutura reguladora”. (MERTON, Robert. K. *Sociologia*, p. 203-204 e 212-231).

realidades criminais, embora, conforme se demonstrará, formalmente, a constituição de tais realidades tenha um marco certo e determinado, ou seja, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Por fim, deve-se ressaltar que, num Estado democrático de direito, enquanto a criminalização primária, como já visto, está orientada pelo princípio da legalidade penal (*nullum crime, nulla poena, sine lege*), a criminalização secundária, segundo Ferrajoli, está orientada pelos princípios da jurisdicionariedade (*nulla culpa sine iudicio*), da separação entre juiz e acusação ou acusatório (*nullum iudicium sine accusatione*), do ônus da prova ou da verificação ou da falseabilidade (*nulla accusatio sine probatione*) e do contraditório e da defesa (*nulla probatio sine defensione*).¹⁰⁵³

Subseção II O raciocínio jurídico na imposição das regras penais

A imposição das regras penais segue formas diversas de raciocínios, entre os quais a subsunção é a forma tradicional, embora insuficiente para a solução dos casos penais difíceis. Esta subseção, dividida em dois parágrafos, tem o propósito de, no primeiro, discorrer sobre a aplicação do método subsuntivo no âmbito penal e, no segundo, apontar as insuficiências desse método, sobretudo na solução dos casos penais difíceis, mencionando a ponderação, a leitura moral e, especificamente, a noção de derrotabilidade como métodos que podem auxiliar na imposição das regras penais.

¹⁰⁵³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 75. Seriam autoritários e, por isso, incompatíveis com o modelo de Estado democrático de direito, os modelos processuais penais que excluem um ou mais desses princípios garantidores, tendo Ferrajoli denominado *sistema de mera legalidade* o sistema que subtrai os princípios do ônus da prova ou da verificação e do contraditório ou da defesa ou falseabilidade e *sistema sem acusação separada*, que configura o *método inquisitivo*, o que exclui o princípio acusatório ou da separação entre o juiz e a acusação. Além desses sistemas autoritários, há sistemas pré-penais ou extrapenais, denominados *sistemas irracionais*, por excluírem o princípio da retributividade ou o princípio da legalidade ou, ainda, o princípio da jurisdicionariedade, de modo que, se a subtração recair sobre o princípio da retributividade, o sistema é denominado de *mera prevenção*; se a exclusão recair sobre o princípio da legalidade, é denominado *Estado policial*; e, por fim, se a exclusão for relativa ao princípio da jurisdicionariedade, é denominado *justiça patriarcal* ou *do cádi*. (FERRAJOLI, L. *Op. Cit.* p. 79, 81 e 82).

§1º. O raciocínio jurídico-penal subsuntivo

O raciocínio jurídico-penal subsuntivo se caracteriza pela busca da adequação de um fato particular, consistente em uma conduta (ação ou omissão) humana, a uma prévia e geral descrição contida no tipo penal, definido como uma descrição de uma hipótese de conduta na lei penal.¹⁰⁵⁴ Assim, quando houver a adequação do fato à hipótese descrita no tipo penal incriminador, diz-se que está presente a tipicidade, ou seja, a conduta analisada passa a estar revestida da característica necessária da adequação ao tipo penal respectivo.

A tipicidade implica presunção de antijuridicidade ou de ilicitude,¹⁰⁵⁵ que, todavia, pode ser afastada pela presença de excludentes de ilicitude ou de antijuridicidade, isto é, de tipos penais permissivos,¹⁰⁵⁶ que são hipóteses de conduta que afastam a ilicitude de uma conduta tida como típica. Esses tipos permissivos também são hipóteses que, embora possam integrar a legislação penal,¹⁰⁵⁷ não necessariamente precisam estar descritos na lei penal em sentido estrito, podendo estar contidos em lei de natureza diversa ou mesmo não pertencer ao ordenamento positivo, quando, então, são denominados permissivos ou excludentes supralegais.¹⁰⁵⁸ A subsunção, portanto, leva em consideração, também, os tipos permissivos ou excludentes de ilicitude ou antijuridicidade. É possível, no entanto, que a subsunção, no âmbito penal, extrapole não somente

¹⁰⁵⁴ Sobre raciocínio subsuntivo, ver Subseção I da Seção II do Capítulo II.

¹⁰⁵⁵ Essa é a posição sustentada por Welsel, porquanto “*quem atua de modo adequado ao tipo, atua, em princípio, de maneira antijurídica*”. Como o tipo capta o injusto penal, surge do cumprimento do tipo objetivo e subjetivo, em princípio, a antijuridicidade do fato; de modo que folga outra fundamentação positiva da antijuridicidade. Esta relação de adequação típica com a antijuridicidade se caracterizou chamando para a adequação típica o “indício” da antijuridicidade. Quando existe relação, só surge problema nos casos em que a antijuridicidade está, uma vez *por exceção*, excluída, apesar de ocorrer a adequação típica; por exemplo: porque o autor atuou em legítima defesa com o consentimento do lesionado. Em tais situações de exceção, um atuar adequado ao tipo é adequado ao direito. Por isso, aqui, a antijuridicidade pode ser averiguada mediante um procedimento *negativo*, a saber, estabelecendo que não existem fundamentos de justificação, como, por exemplo, a legítima defesa, a auto-ajuda e o consentimento. (WELSEL, Hans. *Direito penal*, p. 135).

¹⁰⁵⁶ Haft, segundo Santos, refere-se às causas de justificação como “tipos permissivos” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*, p. 154).

¹⁰⁵⁷ O artigo 25 do Código Penal brasileiro, por exemplo, estabelece que “não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade; II – em legítima defesa; III – em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito”. Tais hipóteses nada mais são do que tipos permissivos.

os limites do tipo penal incriminador, mas também do tipo penal permissivo (excludentes de licitude ou de antijuridicidade), alcançando, além desses, as causas de exculpação, isto é, as causas que excluem a culpabilidade do autor ou partícipe da conduta analisada.¹⁰⁵⁹

Em outras palavras, a análise acerca de uma determinada conduta ser punível no âmbito do direito penal não se circunscreve a um raciocínio de adequação dessa mesma conduta ao tipo penal incriminador, mas se estende ao campo da antijuridicidade e da culpabilidade. O raciocínio subsuntivo ocorre, portanto, em três planos, sendo necessárias, para a caracterização do fato punível, uma resposta positiva em relação às condições pertencentes ao campo da tipicidade e respostas negativas em relação às condições pertencentes aos campos da antijuridicidade e da culpabilidade, ou seja, não devem estar presentes causas de exclusão de antijuridicidade e de culpabilidade. Esse raciocínio por subsunção ocorre durante a instrução ou investigação preliminar e no processo penal (acusação, defesa e julgamento), pressupondo, por isso, que a conduta também seja punível, pois, sem a punibilidade, essa análise resulta prejudicada.

§2º. O raciocínio jurídico nos casos penais difíceis

O método subsuntivo, no entanto, nem sempre se revela suficiente para a imposição das regras penais ou solução dos casos penais concretos, uma vez que, propondo-se o direito penal a ser um instrumento de tutela de direitos e de garantia do indivíduo em face do poder punitivo estatal, o exercício desse poder, mesmo que dentro dos limites legais, muitas vezes, colide com a promessa de

¹⁰⁵⁸ Santos refere-se ao consentimento real do ofendido como “causa *supralegal* de justificação” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*, p. 194).

¹⁰⁵⁹ Tais causas de exculpação, na verdade, estão relacionadas à ausência de condições psíquicas do agente de entender e autodeterminar-se de acordo com esse entendimento, o que se traduz na inimputabilidade penal do agente; às circunstâncias anormais em que a conduta foi praticada, o que pode implicar inexigibilidade de conduta diversa.; e à impossibilidade de conhecimento da ilicitude pelo agente da conduta em análise (inconsciência potencial da ilicitude). No direito penal brasileiro, pode-se dizer que: a inimputabilidade está disciplinada nos artigos 26 e 27 do Código Penal; a causa que afasta a potencial consciência do ilícito, entre outras, é o erro sobre a ilicitude, ou erro de proibição, previsto no art. 21 do Código Penal; por fim, são causas que determinam a inexigibilidade de conduta diversa, entre outras, a coação moral irresistível e a obediência hierárquica, previstas no artigo 22 do Código Penal.

tutela de direitos, acabando por ser, ao contrário de suas promessas, instrumento de lesão de direitos, inclusive de direitos fundamentais.

É que, embora o princípio da legalidade penal goze de grande prestígio no meio jurídico-penal, o raciocínio por subsunção, nesse meio, ao menos no âmbito dos Estados democráticos de direito, em face do respeito que merecem as suas constituições e a relevância atribuída por esses aos direitos humanos, é uma atividade muito mais complexa do que se possa imaginar.

Se, como já visto, não há consenso sobre a configuração e a amplitude dos princípios jurídicos e sobre as definições dos direitos humanos, que podem ser abordados sob diversos enfoques, não há como negar que, sendo esse o ambiente do direito penal em um Estado democrático de direito, outra não poderia ser a constatação senão a de que o raciocínio jurídico-penal deixou de ser uma atividade simples e passou a ser uma atividade estritamente complexa.

O direito penal, num Estado democrático de direito, está envolvido nessa transformação, porquanto é um dos ramos do direito que têm maior capacidade e possibilidade de, paradoxalmente, lesar direitos fundamentais, uma vez que propõe, como pena hegemônica – e essa é a situação encontrada na maior parte dos Estados ocidentais – a privação da liberdade, que nada mais é do que lesão ao direito fundamental de liberdade. É necessário ressaltar, no entanto, que não é propriamente em face dessa modalidade punitiva, somente, que pode ocorrer lesão a direitos fundamentais por meio do direito penal. Essa lesão é inerente ao direito penal, que nada mais é do que a regulação da atividade punitiva do Estado, por meio, sobretudo, da pena, definida por Lizst como “*lesão de bens*, ofensa de interesses juridicamente protegidos pela mesma ordem jurídica que os protege”.¹⁰⁶⁰ Assim, diversamente da sanção civil, cuja lesão de um direito busca a reparação de outro, a sanção penal, especificamente a pena, nada repara, apenas lesa bens juridicamente tutelados, tanto que Baratta a concebe como “violência institucional”.¹⁰⁶¹ O Estado opta por lesar bens jurídicos com o intuito de retribuir a prática das condutas proibidas descritas nos tipos penais incriminadores, como

¹⁰⁶⁰ LIZST, Franz von, *Tratado de direito penal*, t. 1, p. 373.

¹⁰⁶¹ BARATTA, Alessandro. *Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal*.

também de preveni-las, propondo-se, assim, a tutelar os direitos de possíveis lesados.¹⁰⁶²

É importante sublinhar, no entanto, que o direito penal se apresenta com um outro propósito, ou seja, de limitar o poder punitivo estatal, a fim de que a reação social estatal ocorra dentro dos limites previamente estabelecidos na lei penal, em face do que a tutela penal se dirige para os próprios agressores de direitos. Como se vê, ao mesmo tempo em que o direito penal, por meio de uma pena, visa lesar direitos do autor de uma conduta punível, tem o objetivo de proteger os direitos desse mesmo agente, a fim de que não seja este punido além dos limites estabelecidos.¹⁰⁶³ Punir é, assim, uma atividade complexa, pois, conforme já mencionado anteriormente, a pena pressupõe a prática de um crime ou de uma contravenção penal, prática esta que, no entanto, não é considerada como tal, senão por meio de um raciocínio jurídico ou de uma interpretação, que, no dizer de Neves, é “normativamente constitutiva”,¹⁰⁶⁴ pois é a interpretação que irá constituir o fato em si, que é pressuposto da pena que será imposta. Esse raciocínio é realizado pelo intérprete, ou seja, pelos agentes do sistema penal, sobretudo, pelo julgador.

Também a análise do fato punível e todas as suas categorias é uma atividade complexa, pois a qualificação de um fato como tal depende de um raciocínio que abrange uma conduta (ação ou omissão) que seja ao tipo penal incriminador e não excepcionada pelas causas de exclusão de ilicitude e de

¹⁰⁶² Para Zaffaroni e Carvalho, a Constituição brasileira não recepcionou nenhuma dessas funções da pena, razão pela qual concebem que esta é orientada pela teoria agnóstica ou negativa da pena. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alii*, Elementos orientadores e teoria negativa da pena: o direito penal como provedor de segurança jurídica, p. 108-112; e CARVALHO, Salo, Teoria agnóstica da pena: entre os supérfluos fins e a limitação do poder punitivo, p. 3-28).

¹⁰⁶³ Trata-se da teoria do garantismo penal, desenvolvido, principalmente, por Ferrajoli, que distinguiu, na palavra “garantismo” três significados diversos, mas conexos entre si, ou seja, num primeiro significado, garantismo designa um *modelo normativo de direito*, o que, no campo jurídico-penal, significa um modelo de “estríta legalidade”, próprio do *Estado de direito*, que, sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. Em um segundo significado, “garantismo” designa uma *teoria jurídica* da “validade” e da “efetividade”, mantendo separados o “ser” do “dever-ser”. Em um terceiro significado, “garantismo” designa uma *filosofia política* que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p. 684-685).

¹⁰⁶⁴ NEVES, A. Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, p. 340-341.

exculpação e desde que presentes as condições objetivas de punibilidade exigíveis e ausentes causas de isenção de pena e de extinção da punibilidade. Na verdade, como se vê, conduta e agente se somam para que este possa ser considerado culpado. Essa análise, sobretudo no que diz respeito às excludentes de tipicidade, de ilicitude, de culpabilidade e de punibilidade, pode abranger, também, causas supralegais, especialmente princípios e direitos humanos fundamentais não positivados.

É aí que, dadas a amplitude e a complexidade do direito, especialmente do direito penal, percebe-se que o modelo subsuntivo não se revela suficiente, surgindo não somente o conflito entre direitos fundamentais, isto é, entre a liberdade individual e os demais direitos individuais e coletivos pretensamente tutelados pelo direito penal, como também causas supralegais de exclusão de tipicidade, ilicitude, culpabilidade e punibilidade. A título de exemplo do conflito existente na esfera do direito penal que envolve direitos fundamentais, menciona-se a retribuição à lesão ao direito fundamental de propriedade pela restrição da liberdade do agressor. Embora, à luz das regras inseridas na legislação penal infraconstitucional, essa situação não desperte maiores indagações, essa clareza já não se faz presente se houver uma leitura atenta dessa mesma legislação à luz dos princípios constitucionais e dos direitos humanos tutelados pelas constituições dos Estados democráticos de direito.

Quanto se fala de casos difíceis e de formas complexas de raciocínios jurídicos, como já visto, é comum haver referência ao método da ponderação (Alexy), assim como à leitura moral (Dworkin). Tanto um quanto outro admitem exceções *explícitas* às normas, especialmente pelo raciocínio envolvendo princípios e regras, e, na concepção de Dworkin, pela leitura moral que se deve fazer em face dos princípios jurídicos. Essa complexidade, contudo, torna-se mais evidente ainda quando se admite a existência de exceções *implícitas* às regras penais, conforme se pode perceber na exposição sobre a derrotabilidade das regras jurídicas,¹⁰⁶⁵ cuja noção é aplicável, também, no âmbito penal.

¹⁰⁶⁵ Sobre o método da ponderação e a leitura moral, ver Itens 5.3 do §5º da Subseção III da Seção II do Capítulo II.

Se não carecem considerações adicionais acerca da aplicação dos métodos da ponderação e da leitura moral no âmbito penal, remetendo-se o leitor, tão-somente, à abordagem realizada anteriormente sobre esses métodos,¹⁰⁶⁶ o mesmo não se pode dizer em relação à noção de derrotabilidade, que tem uma aplicação especial no direito penal, em face da estrutura do fato punível e do direito processual penal; aplicação esta facilitada, sobretudo, pela existência de tipos abertos, que admitem, não somente condições explícitas, mas também exceções implícitas, pois a descrição de uma conduta hipotética no tipo penal não contém todas as condições necessárias e suficientes para a sua aplicação. Há a necessidade de outras condições contribuintes, que podem constituir exceções implícitas e, por isso, derrotar as condições explícitas descritas no tipo penal, o que é perfeitamente possível, pois esses tipos, como formulações normativas, são produtos de momentos históricos, nos quais figuram condições espaciais, temporais, geográficas, sociais, econômicas, políticas, religiosas diversas daquelas encontradas nos momentos das suas aplicações.

A despeito de o tipo penal permitir esse raciocínio na busca de exceções implícitas, tais exceções vêm à tona, também, em face da derrotabilidade processual, uma vez que as exceções implícitas, capazes de derrotar a norma que se extrai da formulação normativa antes citada, são objeto da carga da prova, sobretudo, da defesa. Assim, deve-se levar em consideração que a estrutura da teoria do delito acaba por conjugar-se com a estrutura da teoria processual penal, especialmente em face da regra processual, segundo a qual “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”.¹⁰⁶⁷ Enquanto se impõe à acusação a demonstração da existência das condições enumeradas no tipo penal incriminador,¹⁰⁶⁸ cabe à defesa, tão-somente, a demonstração da existência de exceções explícitas (causas de exclusão de ilicitude, de exculpação, de isenção de pena e de extinção da punibilidade) e implícitas, denominadas, em regra, causas supralegais.

¹⁰⁶⁶ Ver Itens 5.1 e 5.2 do §5º da Subseção III da Seção II do Capítulo II.

¹⁰⁶⁷ Ver o art. 156 do Código de Processo Penal brasileiro.

¹⁰⁶⁸ Cabe mencionar que se desenha o entendimento que, num Estado democrático de direito, a instauração de um processo criminal deve ser precedida de uma análise da acusação e do juízo de admissibilidade acerca da presença de indícios sobre a tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade. (GOMES, Luiz Flávio, *Norma e bem jurídico no direito penal*, p. 44)

O que importa sublinhar, para que fique clara a aplicação da noção de derrotabilidade no âmbito do direito penal, é que, por serem os tipos penais incriminadores condições insuficientes para determinarem as consequências penais, como qualquer outra norma jurídica, acabam sendo derrotados por condições ou exceções implícitas, que, no direito penal, são chamadas de causas supralegais de exclusão de tipicidade, ilicitude, culpabilidade ou punibilidade.¹⁰⁶⁹

Essa possibilidade, ou seja, a admissão de que os tipos penais incriminadores são apenas condicionais derrotáveis e não condicionais suficientes ou estritos permite que, especialmente nos Estados democráticos de direito, em que os princípios exercem importante papel na regência do ordenamento jurídico, os direitos humanos possam ser melhor resguardados, uma vez que os princípios jurídicos, quer como pautas de segundo nível, quer como políticas ou metas, podem impor exceções implícitas aos tipos penais, evitando a criminalização de condutas que já não podem ser analisadas por meio de raciocínios subsuntivos.

Seção II

A preparação da constituição da realidade criminal

A preparação da constituição da realidade criminal compreende uma série de atos processuais e de linguagem que se realiza antes da prolação da sentença penal condenatória. Esses atos são constitutivos da realidade criminal em sentido amplo, mas, tão-somente, preparatórios da constituição da realidade criminal *stricto sensu*. Essa distinção é importante para que se possa distinguir e situar os diversos atos de linguagens realizados no processo de criminalização secundária, de modo que, enquanto a “realidade criminal em sentido amplo” compreende todas as situações resultantes da prática de atos no processo de criminalização secundária diversos da sentença penal, a “realidade criminal em sentido estrito” se

¹⁰⁶⁹ Considerada a derrotabilidade dos tipos penais, por certo que haverá uma incidência menor na criminalização, especialmente porque se haverá de considerar os princípios. Os direitos humanos, assim, terão maior proteção, uma vez que menos lesivo se tornará o direito penal.

restringe à definição de uma conduta concreta como crime ou contravenção penal e o seu autor como criminoso ou contraventor nessa sentença.

Assim, dentro da preparação da constituição da realidade criminal ou da realidade criminal *lato sensu*, também, há a constituição de realidades criminais, mas não exatamente do crime ou da contravenção penal e do criminoso ou contraventor, pois antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória essas realidades não existem. A referência a estas realidades antes deste ato processual é uma mera indicação de algo imaginado, possível ou provável, mas não certo, ou seja, de algo cuja existência se pretende que venha a ocorrer, que seja constituído, razão pela qual os atos preparatórios são tidos como meras perspectivas, pois a constituição efetiva e definitiva da realidade criminal estrita pertence ao futuro. Diz-se que esses atos preparatórios são constitutivos da realidade criminal em sentido amplo, pois, embora motivados na busca da constituição de realidades criminais estritas, modificam, criam ou extinguem situações relacionadas com o âmbito criminal, apesar de nenhum deles resultar a modificação do estado de inocência para o estado de culpado, o que pertence à esfera exclusiva da sentença penal condenatória transitada em julgado.

A constituição da realidade criminal estrita ocorre, pois, após a sucessiva prática de atos processuais e de linguagem distribuídos em dois momentos, ou seja, um primeiro, que abrange a prática de atos preparatórios, isto é, de atos que têm apenas o condão de constituir a realidade criminal em sentido amplo, embora sejam necessários para a constituição da realidade criminal estrita, entre os quais estão as constituições da notícia do crime, do caso penal, da relação processual penal, das provas, das teses acusativas e defensivas e da tutela penal de urgência; e o segundo, que abrange a sentença penal condenatória e o seu trânsito em julgado, cujos atos são constitutivos do crime ou da contravenção penal e do criminoso ou do contraventor, pois modificam o estado de inocência do autor da conduta para estado de culpado.

Esses dois momentos requerem juízos diferentes para a formação do convencimento de quem pratica o ato de linguagem, de modo que, enquanto a constituição da realidade criminal em sentido estrito requer um juízo de certeza, a

preparação da constituição dessa realidade admite apenas juízos de possibilidade ou de probabilidade, conforme o caso. Os juízos de possibilidade e de probabilidade são juízos provisórios que se distinguem entre si. O primeiro, conforme Pitombo, não se baseia em motivos fortes, prós ou contras, emergindo de forma neutra, como, por exemplo, o juízo que conclui que “é possível que o homem seja o homicida, mas é possível que não seja”. O juízo de probabilidade, por sua vez, é o que se aproxima da certeza, embora não seja, necessariamente, certo, uma vez que “parte de razões robustas, porém ainda não decisivas”, sendo suficientes somente para imputar, surgindo, pois, de forma não neutra, como, por exemplo, quando se conclui que “é provável que o homem seja o homicida, por causa dos meios de prova colhidos, mas talvez não o seja”.¹⁰⁷⁰ O juízo de certeza, por fim, é um juízo definitivo que pressupõe a existência de todos os elementos instrutórios, obtidos no devido e justo processo penal.

Esta seção está dividida em quatro subseções, as quais discorrem, separadamente, sobre os atos de linguagem que compõem a preparação da constituição da realidade criminal ou da constituição da realidade criminal em sentido amplo, tratando-se, no capítulo seguinte, da constituição da realidade criminal em sentido estrito. Enquanto a primeira subseção discorre sobre a constituição do caso penal, as demais tratam, respectivamente, da constituição da relação processual penal, da constituição das provas e das teses acusativas e defensivas e, por fim, da constituição da tutela penal de urgência.

Subseção I A constituição do caso penal

É forte, no âmbito processual penal, a concepção de que o processo tem por finalidade servir de instrumento para a solução da lide penal.¹⁰⁷¹ Todavia, não

¹⁰⁷⁰ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. O indiciamento como ato de polícia judiciária, p. 314.

¹⁰⁷¹ Entre os autores que se filiam à tese de que o conteúdo do processo é a lide penal, está Marques, que define o conflito de interesses como “conflito entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade do réu”. (MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v. I, p. 25). Nessa concepção, pois,

faltam críticas a essa tese, uma vez que, no dizer de Coutinho, está ela construída sobre “dois fundamentos inaceitáveis”, ou seja, que a acusação e a defesa são indisponíveis e que o conflito de interesses é presumível, mesmo quando o acusado concorda com a acusação. É que o fundamento relacionado à indisponibilidade da acusação e da defesa não resiste ao fato de não se aplicar à ação penal privada e ao âmbito recursal, não se podendo querer sustentar a existência constante de um conflito por meio da obrigatoriedade do contraditório, uma vez que “contraditório é sinônimo de bilateralidade dos atos processuais, mormente os probatórios, e subsiste independentemente de conflito”. Também a presumibilidade do conflito não tem respaldo lógico nem jurídico, porquanto há vezes em que o conflito é existente e outras não. De qualquer forma, mesmo que se aceitasse a tese da existência de lide ou de conflito de interesses no processo

o conflito surge, em regra, em face da prática de uma conduta típica. É que, enquanto a tipificação das condutas na lei penal (criminalização primária) faz surgir o *jus puniendi*, que é um direito abstrato, a prática, por alguém imputável, de uma determinada conduta subsumível à definição contida no tipo faz surgir a pretensão punitiva, que deve receber, em tese, a resistência do imputado. Essa ideia é acompanhada por muitos processualistas penais, entre os quais, além de Marques, Tourinho Filho, ao sustentar que “o processo é uma sucessão de atos com os quais se procura dirimir o conflito de interesses”, isto é, “uma série de atos coordenados visando à composição da lide”, que “fica solucionada, quando o Estado, por meio do Juiz, depois de devidamente *instruído* com as provas colhidas, depois de sopesar as razões dos litigantes, dita a sua resolução por força obrigatória”. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal 1*, p. 8). É bem verdade, no entanto, que a lide penal, nessa concepção, tem contornos diferentes em relação à lide civil, definida, segundo Carnelutti, como o “*conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro*”. (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*, v.I, p. 93). É que, na lide penal, não se exige que haja, propriamente, resistência do indiciado ou do acusado, uma vez que, conforme explica Tourinho Filho, “mesmo que o autor da conduta punível não queira resistir à pretensão estatal, deverá fazê-lo, pois o Estado também tutela e ampara a *jus libertatis* do indigitado autor do crime”. Por isso, caracteriza-se a “a lide penal por meio do binômio direito de punir *versus* direito de liberdade”, sendo, portanto, “*sui generis* o litígio penal”. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal 1*, p. 11). Além disso, explica Coutinho, esse é “*sempre*, um conflito de interesses só solucionável pela jurisdição que o compõe através do processo”. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*, p. 122). A propósito, no dizer de Tornaghi, se o processo “é a operação mediante a qual se obtém a composição da lide” e se essa é a finalidade da jurisdição, não poderia deixar de ser essa, também, “a finalidade do processo jurisdicional penal”. (TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*, v. II, p. 219 e 220). As diferenças que envolvem a lide civil e penal, segundo Tourinho Filho, reside no fato de que, “sendo o Estado o titular do direito de punir e sendo o bem-estar social a maior das suas finalidades, quando alguém comete uma infração, não é vontade dele infligir a pena ao criminoso”, pretendendo, “simplesmente, que o juiz aprecie aquele fato e diga se o seu autor merece ou não ser punido”, de modo que não haveria, propriamente, “conflito de interesses, mas sim único interesse”, ou seja, “apurar se o réu merece ou não receber a reprimenda”. Não obstante essa cogitação, nascida a pretensão punitiva no momento que se verifica a infração, “deve” haver resistência a tal pretensão punitiva, de modo que, “queira ou não, o acusado é obrigado a defender-se”, razão pela qual “ninguém poderá ser processado sem Defensor, ainda que ausente ou foragido”, não podendo o Estado, “em nenhuma hipótese, deixar de oferecer ao acusado a oportunidade de defender-se”, não bastando “a defesa material, ou autodefesa”, uma vez que se exige, “sob pena de nulidade, a defesa técnica”. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal 1*, p. 11).

penal, isso seria “*insuficiente* para atingir, na sua totalidade, o processo”, não servindo, pois, “para definir o conteúdo do processo, em uma formulação dita científica”.¹⁰⁷² Por isso, concebe-se que o caso penal e não a lide seja o conteúdo do processo penal, pois, conforme Manzini, a finalidade do processo é “obter, mediante a intervenção do juiz, a declaração de certeza, positiva ou negativa, do fundamento da pretensão punitiva derivada de um delito”.¹⁰⁷³ Também, para Florian, a finalidade do processo é investigar a prática do fato, a sua autoria e se constitui ou não delito, bem como, se for o caso, a declaração da responsabilidade do acusado, com a determinação das suas consequências penais.¹⁰⁷⁴

Deve-se ter em mente, assim, que, uma vez praticada uma conduta passível de sanção penal, esta somente será executada a partir de uma decisão jurisdicional presa, no dizer de Coutinho, a um pressuposto, que nada mais é do que “a reconstituição de um fato pretérito, o crime na medida de uma verdade processualmente válida e evidenciadora da culpabilidade ou da periculosidade”. A a jurisdição, assim, atua para “fazer o acerto do fato, e o processo é o meio que utiliza para concluir-se se o réu deve ser punido ou não”. É por isso que Coutinho propõe a utilização da expressão “caso penal” para “expressar essa reconstituição que se efetiva no processo penal”, às vezes de forma conflitual, outras não. O “caso penal” é, portanto, “uma palavra, uma expressão, adequada ao fenômeno que se dá no processo”, de modo que, “com ele, estamos diante de

¹⁰⁷² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*, p. 130-132 e 134.

¹⁰⁷³ MANZINI, Vicenzo. *Tratado de derecho procesal penal*, t. I, p. 247-248: [...] “la obtener, mediante la intervención del juez, la declaración de certeza, positiva o negativa, del fundamento de la pretensión punitiva derivada de un delito,[...]”.

¹⁰⁷⁴ FLORIAN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*, p. 58. Também Tourinho Filho afirma que o processo penal encerra a pretensão de obter do juiz a apreciação de um fato, a fim de que esse possa dizer se o seu autor merece ou não ser punido, (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal I*, p. 11) ou, como diz Tornaghi, “exatificar se foi cometido” o delito (TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*, v. II, p. 220-221). Mais explícito, Mariconde afirma que, entre as finalidades práticas e específicas do processo penal, está, primeiramente, a de “comprovar *se um é fato delituoso*, e em tal caso estabelecer as circunstâncias objetivas juridicamente relevantes que o rodeiem, isto é, aquelas que o qualifiquem, agravem ou atenuem, ou justifiquem ou influam em sua punibilidade”; em segundo lugar, “*individualizar os culpáveis* como partícipes da infração penal (autor, instigador ou cúmplice); em terceiro lugar, “estabelecer as *condições pessoais* (idade, educação, condições de vida etc.) do suposto culpável, enquanto sirvam para determinar sua imputabilidade e sua maior periculosidade”; em quarto lugar, “fixar, se for o caso, a *sanção* que se deve aplicar ao culpável (pena ou medida de segurança); em quinto lugar, “verificar eventualmente, sempre que se haja exercido a ação civil ressarcitória, se há espaço para ela, e em caso afirmativo, estabelecer a *indenização* devida”; e, por último, “ordenar eventualmente a *execução penal e a civil* correspondentes”.(MARICONDE, Alfredo Vélez. *Derecho procesal penal*, t. II, p. 127).

uma situação de incerteza, de dúvida, quanto à aplicação da sanção penal ao agente que, com sua conduta, incidiu no tipo penal”. Como a sanção não é auto-executável, “não há outro caminho que o processo para fazer o acerto do caso penal”.¹⁰⁷⁵

Com a prática de uma conduta que, aparentemente, possa se adequar a uma descrição contida no tipo penal, surge a pretensão punitiva estatal, que, segundo Carnelutti, somente se opera com a imputação, isto é, com a “formulação da pretensão penal”, cujo conteúdo “se *forma progressivamente*”, o que significa dizer “que a imputação é fluída em comparação com a decisão”, uma vez que, “enquanto o caráter da decisão é, ao menos desde o ponto de vista da tendência, a estabilidade, o caráter da imputação é a mutabilidade”. Assim, “o conteúdo de uma imputação se resume na afirmação de que *uma pessoa (imputado) cometeu um fato previsto por uma norma penal*”, dividindo-se, pois, esse conteúdo, em três partes, ou seja, “a) *afirmação de um fato*; b) *afirmação de um pressuposto penal*; c) *afirmação de conformidade do fato com o pressuposto penal*”. Por se referir a um caso aparentemente delituoso, a imputação é a descrição provisória de um caso penal que é atribuído a uma pessoa, constituindo-se em uma decisão, mas proveniente de um “juízo provisório”, uma vez que as provas, no momento da imputação, são “insuficientes”, porquanto, se as provas existissem desde já, “o processo terminaria em vez de começar”, de modo que “a imputação é, pois, em comparação com a decisão, um juízo que pode mudar”.¹⁰⁷⁶

O que deve ficar claro, neste momento, é que o processo penal tem por conteúdo ou por objeto um caso penal, que nada mais é do que a reconstrução parcial de um fato, realizado por meio de um juízo provisório de probabilidade que envolve, sobretudo, um raciocínio subsuntivo positivo sobre uma conduta em relação à descrição contida em um tipo penal incriminador e, negativo, em relação às excludentes de antijuridicidade e de culpabilidade, a fim de que possa, ao final

¹⁰⁷⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*, p. 134-135. Tratando do caso penal como “questão penal”, Carnelutti afirma que esta nada mais é do que a “*exigência da verificação da suspeita de um delito*”, tendo-se por suspeita a dúvida que se refere à existência de um delito, de modo que, para constituir “matéria penal”, a situação deve “apresentar a aparência de delito”. (CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*, v. 1, p. 173).

¹⁰⁷⁶ CARNELUTTI, F. *Op. Cit.*, v. 4, p. 19, 20, 23 e 24.

do devido e justo processo penal, ser realizado um juízo definitivo, acerca desse mesmo caso, aplicando-se ou não a sanção penal.

Quando se diz que o objeto do processo penal é a reconstrução de um fato, está se deixando claro que esse objeto não é o fato em si, mas a sua reconstrução, que somente pode ser realizada na linguagem de todos quantos se acham envolvidos, direta ou indiretamente, nessa reconstituição.

A reconstituição se opera a partir da “notícia do crime”, que pressupõe uma relação entre o fato e o âmbito criminal, o que decorre de um juízo que, em seu nascedouro, é, tão-somente, um juízo de possibilidade ou de “suspeita”, que, como diz Carnelutti, por ser a suspeita do delito ou “o germe do processo penal”, pode surgir em diversas pessoas. Como não se pode conceber que o Ministério Público ou a Polícia estejam em todos os lugares a qualquer tempo, é de se esperar que a suspeita seja levada a conhecimento dessas autoridades.¹⁰⁷⁷

É, pois, por meio do ato denominado “notícia do crime” (*notitia criminis*) que, em sentido amplo, abrange, também, a notícia da contravenção penal, que as autoridades obtêm o conhecimento de um fato supostamente delituoso ou contravencional, isto é, de uma conduta “aparentemente” ou possivelmente punível. Esse conhecimento, explica Tourinho Filho, pode ocorrer por “cognição imediata”, em que “a Autoridade toma conhecimento do fato infringente da norma por meio das suas atividades rotineiras” ou “porque o jornal publicou a respeito ou porque um dos seus agentes lhe levou ao conhecimento”. Tal conhecimento também pode ocorrer por “cognição mediata”, ou seja, “quando a Autoridade Policial sabe do fato por meio de requerimento da vítima ou de quem possa representá-la, de requisição da Autoridade Judiciária¹⁰⁷⁸ ou do órgão do Ministério

¹⁰⁷⁷ CARNELUTTI, F. *Idem*, v. 2, p. 33.

¹⁰⁷⁸ Discorrendo sobre a possibilidade de requisição de inquérito pela autoridade judiciária, sobretudo em face do inciso II do artigo 5º do Código de Processo Penal, Lopes Júnior anota que “a Constituição, ao estabelecer a titularidade exclusiva da ação penal pública, esvaziou em parte o conteúdo do artigo em tela”, uma vez que “não cabe ao juiz iniciar o processo ou mesmo o inquérito (ainda que através de requisição), não só porque a ação penal pública é de titularidade exclusiva do MP, mas também porque é um imperativo do sistema acusatório”, de modo que, “quando a representação é feita ao juiz – art. 39, §4º – entendemos que ele não deverá remeter à autoridade policial, mas sim ao MP”, isso “não só porque é o titular da ação penal, mas porque o próprio §5º do art. 39 permite que o MP dispense o IP quando a representação vier suficientemente instruída e quem deve decidir sobre isso é o promotor, e não o juiz” (LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistema de investigação preliminar no processo penal*, p. 181).

Público¹⁰⁷⁹ ou mediante representação”. Por fim, esse conhecimento pode ocorrer por “cognição coercitiva”, que é a que se dá “no caso de prisão em flagrante, em que, junto com a *notitia criminis*, é apresentado à Autoridade Policial o autor do fato”.¹⁰⁸⁰

É mais comum, no entanto, que a notícia de crime seja realizada pelos ofendidos¹⁰⁸¹ ou pelos demais legitimados,¹⁰⁸² ou, quando em relação ao caso couber ação penal pública incondicionada, por qualquer pessoa,¹⁰⁸³ na polícia, no Ministério Público ou no Poder Judiciário. Inúmeras, também, são as vezes em que esses agentes obtêm ciência dos fatos aparentemente puníveis pelos pelos meios de comunicação social,¹⁰⁸⁴ ou anonimamente. Assim, é possível distinguir dois tipos de posturas da Polícia, ou seja, uma postura pró-ativa, em que os policiais agem por iniciativa própria ou *ex-officio*, e outra, em que essa postura é reativa, ou seja, em que a ação ocorre por provocação das vítimas ou de terceiros interessados ou não ou mediante requisição de outras autoridades legitimadas para tal. Em casos em que não há vítimas, como, por exemplo, os que envolvem

¹⁰⁷⁹ A requisição da investigação pelo Ministério Público, a teor do que dispõe o inciso VIII do artigo 129 da Constituição da República Federativa do Brasil, compreende a indicação dos fundamentos jurídicos.

¹⁰⁸⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal 1*, p. 202. O Código de Processo Penal brasileiro, no seu artigo 27, estabelece que “qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção”. A notícia do crime, em regra, é levada a conhecimento das autoridades por meio de um boletim de ocorrência policial ou de uma representação criminal (nos casos em que se procede mediante representação), ou, ainda, de uma requisição do ministro da justiça (quando depende dessa condição de procedibilidade), ou, por fim, de um requerimento de instauração de inquérito (nos casos em que ação penal é de iniciativa exclusivamente privada).

¹⁰⁸¹ O Código de Processo Penal brasileiro, em seu artigo 5º, II, 2ª parte, §§4º e 5º, estabelece que cabe ao ofendido o exercício da representação e do requerimento do inquérito policial, quando se tratar, respectivamente, de fato que possa caracterizar crime de ação penal pública condicionada ou de ação penal privada, de modo que, em se tratando o ofendido pessoa menor de 18 (dezoito) anos, a representação e o requerimento poderão ser apresentados por seu representante legal.

¹⁰⁸² O Código de Processo Penal brasileiro, em seu artigo 24, §1º, estabelece que, “no caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de representação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão”. Igual disposição estabelece o artigo 31 do mesmo Código, em relação ao direito de queixa.

¹⁰⁸³ O Código de Processo Penal brasileiro, em seu artigo 5º, §3º, estabelece que “qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito”.

¹⁰⁸⁴ Natalino faz questão de lembrar o “papel social” do “repórter cidadão”, “que revela os casos criminais mais hediondos à população” e que seria insustentável, se não buscasse “profeticamente agir como voz do povo, como controle público ao pouco caso dos governantes para com a criminalidade – papel esse que a mídia faz questão de louvar como essencial a um regime democrático” (NATALINO, Marcos Antonio Carvalho. *O discurso do telejornalismo de referência*, p. 72).

drogas, ou em que a vítima é incerta ou abstrata, como os que estão relacionados com *white-collar crimes*, a postura pró-ativa da Polícia é decisiva para o início da reconstrução do fato.

Embora, como já mencionado,¹⁰⁸⁵ o nome “notícia de crime” traga consigo uma ideia de pré-constitutividade, induzindo a um pré-julgamento no ato de noticiar, esse ato de linguagem nada mais é do que o produto de um juízo de possibilidade, ou seja, é o relato sobre uma suspeita da prática de um fato aparentemente ou possivelmente típico, isto é, que, em tese, possa ser subsumido à descrição contida no tipo penal, ou seja, que tenha tipicidade, podendo ou não ser objeto de uma investigação formal ou de uma acusação ou, ainda, ser qualificado como crime ou contravenção na sentença penal. A notícia do crime é o primeiro ato de reconstrução ou delineamento de um fato que é histórico, pois, pertencente ao passado, é, por isso, determinado no tempo e no espaço. A reconstrução desse fato é gradual e ocorre em meio a uma sequência de atos de linguagem que se encerra com a sentença penal condenatória transitada em julgado. Em outros termos, com a notícia do crime, dá-se início ao processo de criminalização secundária, cuja primeira etapa é a da constituição do caso penal, que, em regra, também ocorre por fases, sendo a primeira a da constituição dos indícios e do indiciado e, a segunda, a da constituição da acusação penal e do acusado. Os dois parágrafos seguintes tratam, separadamente, de cada uma dessas fases.

§1º. A constituição dos indícios e do indiciado

A partir da notícia do crime, pode-se iniciar a investigação ou instrução preliminar ou preparatória, que é a fase da constituição do caso penal em que, mais frequentemente, começa a persecução criminal, com a imputação penal, cujo marco inicial é o indiciamento. É nessa fase, também, que é recolhido, na maioria das vezes, um maior número de elementos para a reconstrução do fato. Essa etapa é dispensável quando a acusação já dispuser de indícios suficientes que

¹⁰⁸⁵ Ver Subseção III da Seção III do Capítulo IV.

permitam a reconstituição do caso em um juízo de probabilidade, possibilitando, de imediato, a dedução de uma acusação penal.

Embora a investigação ou instrução preliminar seja facultativa ou dispensável para a dedução da acusação, Lopes Júnior ressalta que, para a Polícia, ela é obrigatória, pois, se a notícia do fato envolver a prática de uma conduta que possa vir a ser qualificada como uma contravenção penal ou um crime, em relação ao qual caiba ação penal pública, a autoridade investigante está obrigada a investigar.¹⁰⁸⁶ Não obstante essa obrigatoriedade, segundo Tourinho Filho, a autoridade investigante poderá indeferir requerimento ou representação da vítima ou de seu representante legal ou dos demais legitimados, nos casos de incapacidade do requerente e de extinção da punibilidade, ou, ainda, quando o requerimento ou a representação não fornecerem os elementos mínimos indispensáveis para a instauração da investigação ou instrução preliminar ou estiver ausente a tipicidade do fato noticiado.¹⁰⁸⁷ A análise de adequação do fato pela autoridade investigante, por sua vez, deve ser restrita à tipicidade, uma vez que, segundo Tornaghi, não cabe a essa autoridade “aferir da licitude do fato ou da culpabilidade do agente”.¹⁰⁸⁸

A decisão sobre a instauração da investigação policial, portanto, não é discricionária, pois, a exemplo da ação penal pública, que se orienta pelo princípio da legalidade ou da obrigatoriedade, a investigação deve ser realizada quando presentes todas as condições estabelecidas em lei. A propósito, a ideia de *discricionariedade* da Polícia se opõe às representações da coletividade em geral e da própria Polícia, porquanto, conforme Dias e Andrade, segundo tais representações, essa instituição é uma agência incumbida da “manutenção da ordem e da *aplicação da lei*, nos termos da mais estrita legalidade”. Não obstante essa vinculação dos atos investigatórios ao princípio da legalidade, na prática, o que se percebe é que “a polícia é não só a instância que processa o caudal mais

¹⁰⁸⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, p. 198.

¹⁰⁸⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal 1*, p. 211. São indispensáveis os dados e as informações que possibilitem a compreensão do fato e não, propriamente, elementos indiciários que comprovem a aparência da tipicidade do fato. Ressalta-se, no entanto, que, segundo Tourinho Filho, “não poderá, pois, a Autoridade Policial deixar de atender às requisições da Autoridade Judiciária ou do Ministério Público” (TOURINHO FILHO, F. da C. *Op. Cit.*, p. 211).

volumoso de *deviance*, mas também a que o faz em condições de maior *discricionariedade*”, de modo que “o fato de a sociedade ter confiado a maior parte das suas funções de controle social à Polícia significa que é ela e mais ninguém que toma a maior parte das decisões políticas”. Por isso, já se aceita hoje “que a aplicação da lei criminal e o processamento formal da delinquência não são mais do que uma das múltiplas alternativas reais ao dispor da polícia, na sua resposta ao crime”, alternativa esta que “está longe de ser a mais significativa, pelo menos em termos quantitativos”.¹⁰⁸⁹

A instauração da investigação ou da instrução preliminar é, pois, no dizer de Dias e Andrade, “um dos filtros mais apertados e seletivos do ‘corredor da *deviance*’”, no qual incidem os estereótipos (e também os estigmas), pois, “são os estereótipos que, em grande parte, determinam onde a polícia se deve dirigir e que tipos de pessoas deve abordar”. Assim, além da seletividade quantitativa exercida pela Polícia, em face da sua incapacidade de atuar em relação a todos os fatos que lhe são noticiados, a sua seletividade se opera, também, qualitativamente, ou seja, quando tem de adotar uma postura reativa diante das diversas notícias que lhe são trazidas. É por isso que, já de início, a Polícia considera uma grande parte das notícias “como *não fundadas*, não tomando conta delas e não as registrando, isto é, não as convertendo em *crimes-conhecidos-pela-polícia*”. Nos demais casos levados pela vítima a conhecimento da Polícia, é comum esta exigir que aquela apresente “credenciais suficientes” para merecer a sua credibilidade, de modo que o seu relato somente será aceito se passar por esse teste de credibilidade, caso contrário será descartado. Ressalta-se, ainda, que, “em relação a cada tipo de crime, a polícia tem uma imagem estereotipada da *vítima ideal*, capaz de vir a constituir um ‘bom’ caso, suscetível de resistir às exigências cada vez mais apertadas das sucessivas instâncias”.¹⁰⁹⁰

De qualquer forma, decidindo-se a autoridade investigante pela instauração da investigação,¹⁰⁹¹ essa será um ato de linguagem que possibilitará a prática de

¹⁰⁸⁸ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*, v. II, p. 147.

¹⁰⁸⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manoel da Costa. *Criminologia*, p. 443-445.

¹⁰⁹⁰ DIAS, J. de F.; ANDRADE, M. da C. *Op. Cit.* p. 448-449 e 451.

¹⁰⁹¹ O sistema processual penal brasileiro prevê dois instrumentos de investigação, ou seja, o termo circunstanciado, destinado às infrações penais de menor potencial ofensivo, e o inquérito policial, destinado

um número variável de “atos de investigação”, os quais segundo Lopes Júnior, distinguem-se dos “atos de prova”, que são produzidos, no devido processo penal, sob a presidência da autoridade judiciária, com observância das garantias da igualdade processual, da publicidade, do contraditório e da verificação ou refutação fática, estando destinados à formação de um juízo de certeza acerca do fato por ocasião da prolação da sentença penal. Os “atos de investigação”, por sua vez, são produzidos, durante a investigação ou instrução preliminar, pela autoridade investigante, sem a necessidade da observância das mencionadas garantias processuais, estando destinados, tão-somente, à formação de um juízo de probabilidade, por ocasião do indiciamento, da *opinio delicti* do acusador, isto é, à dedução da acusação ou à justificação do não-processo ou do arquivamento ou, ainda, “para fundamentar medidas de natureza endoprocedimental (cautelares etc.) e, no momento da admissão da acusação, para justificar o processo”. Esses atos de investigação, ao tempo em que não servem “para justificar um juízo condenatório”, podem servir, segundo Tovo, para fundamentar juízos absolutórios. Assim, a investigação formal tem “limitado valor probatório”, pois “seria um contra-senso outorgar maior valor a uma atividade realizada por órgão administrativo, muitas vezes sem nenhum contraditório ou possibilidade de defesa e ainda sob o manto do segredo”.¹⁰⁹² Em suma, pode-se dizer que esses atos de investigação têm por objetivo a reconstituição formal do fato, a fim de, tão-somente, possibilitar a judicialização do caso ou o seu arquivamento. Essa reconstrução é realizada na linguagem falada, escrita e gestual, de modo que, se a informação for obtida oralmente, ela será reduzida a termos escritos,¹⁰⁹³ possibilitando, assim, a análise tanto dos agentes policiais quanto da acusação (pública ou privada) e da autoridade judiciária que se pronunciar sobre a admissão da acusação.

às demais infrações penais. No âmbito do Ministério Público, o instrumento da investigação é o procedimento investigatório criminal. Segundo Lopes Júnior, “formalmente, o IP inicia com um ato administrativo do delegado de polícia, que determina a sua instauração através de uma *portaria*” (LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, p. 180).

¹⁰⁹² LOPES JÚNIOR, A. *Op. Cit.* p. 206-208.

¹⁰⁹³ O Código de Processo Penal brasileiro, em seu artigo 9º, estabelece que “todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade”.

Durante a investigação, podem ser realizados a ouvida do ofendido, a inquirição de testemunhas, a busca e apreensão dos instrumentos utilizados na prática investigada e de qualquer objeto que tenha relação com ela, os exames periciais, as acareações, os reconhecimentos de pessoas e coisas, o interrogatório do indiciado e qualquer outra diligência que possa ser necessária e útil para a reconstrução do fato.¹⁰⁹⁴

Aspecto indiscutivelmente importante é o que está relacionado ao sujeito passivo da persecução criminal, uma vez que é sobre ele que recaem tanto as consequências da investigação preliminar quanto as do processo propriamente dito e, ao final, da condenação. Esse sujeito passivo recebe denominações diversas no curso da persecução penal, em uma escala que, segundo Pitombo, vai “de menos para mais, em relação à posição averiguada da autoria”.¹⁰⁹⁵ Em outros termos, trata-se do “imputado”, que, no dizer de Manzini, “é o sujeito da relação processual contra quem se procede penalmente”, como, também, quem é detido e posto à disposição das autoridades, ou, ainda, “aquele a quem, em um ato qualquer do procedimento, é atribuído o delito”.¹⁰⁹⁶ Para Tourinho Filho, “o autor do fato delituoso só adquire a qualidade de imputado, acusado ou réu no instante mesmo em que se deduz em juízo a pretensão punitiva, isto é, quando se oferece a denúncia ou queixa”. Assim, se, num sentido amplo, a qualidade de

¹⁰⁹⁴ O Código de Processo Penal brasileiro, em seu artigo 6º, estabelece o elenco de atos de investigações que podem ser realizados pela autoridade policial, entre os quais se encontram: “I – dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais”; II – apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; III – colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; IV – ouvir o ofendido; V – ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro (arts. 185 e s.), devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura; VI – proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações; VII – determinar, se for o caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias; VIII – ordenar a identificação do indiciado pelo processo dactiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes; e XI – averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter”.

¹⁰⁹⁵ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. O indiciamento como ato de polícia judiciária, p. 315.

¹⁰⁹⁶ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*, t. II, p. 381, 382 e 383: [...] “es el sujeto de la relación procesal contra quien se procede penalmente”, [...] “el imputado no es un mero objeto de la investigación y de la declaración de certeza judiciales,[...], “un completamente libre contradictor de la acusación, que luche con armas iguales contra el acusador, como lo era en el proceso acusatorio”.

imputado pode ser adquirida no momento da prática da conduta típica, num sentido mais estrito, “tal qualidade surge quando iniciada a acusação”.¹⁰⁹⁷

Na fase pré-processual, ou seja, durante a investigação ou instrução preliminar, explica Tourinho Filho, “o pretense autor do fato infringente da lei não passa de simples indiciado”, sendo esse um *status* atribuído pela autoridade investigante e não uma decorrência lógica da prática de uma conduta típica, uma vez que somente se houver uma probabilidade acerca da atribuição dessa conduta a alguém é que a autoridade investigante procede ao indiciamento da pessoa à qual a conduta é atribuída.¹⁰⁹⁸

Deve-se, no entanto, distinguir as figuras do “suspeito” e do “indiciado”, de modo que, enquanto o vocábulo “suspeito” é usado para designar o autor de uma conduta típica, em relação à qual ainda não foram reunidos elementos suficientes para fundamentar o início da ação penal, Pitombo diz que o “indiciado” é a pessoa em face da qual se colheram, no trâmite das investigações, os indícios, ou outros meios de prova, bastantes para fundamentar a dedução, contra ela, da acusação em juízo, por ter realizado uma conduta típica, cuja existência se acha, suficientemente, evidenciada. Por isso, “aquele que contra si possui frágeis indícios” ou provas imprestáveis não pode ser indiciado, podendo, por isso, somente, ser mantido como “suspeito”.¹⁰⁹⁹

Etimologicamente, segundo Tucci, “tem-se o *indiciamento* como *ato de indiciar, de indicar o autor de infração à lei penal*”.¹¹⁰⁰ Mais detalhadamente, Sérgio Sobrinho explica que “indiciar é apontar uma pessoa como o provável

¹⁰⁹⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal 2*, p. 439.

¹⁰⁹⁸ No sistema processual penal norte-americano, a investigação ou instrução preliminar, segundo Ramos, tem dois períodos distintos, ou seja, “num primeiro período, as autoridades investigantes dedicam-se à determinação dos fatos, bem como à individualização de um suspeito”, enquanto, “no segundo período, com a identificação de um suspeito, a investigação assume a forma de uma persecução criminal”. Ramos diz que a primeira fase, em que “o foco das investigações é um fato – e não um autor de um fato”, desenvolve-se secretamente e sem prazo para encerramento, razão pela qual “as autoridades policiais não têm ou não precisam ter, nesse momento, preocupações maiores com a defesa do suspeito, porque, até esse momento, não há suspeito oficial”; a segunda fase começa quando “as investigações convergirem para a pessoa de um suspeito determinado”, de modo que “se a autoridade investigante identificar um suspeito e se contra ele pesarem evidências que tornem a causa provável, a autoridade policial pode iniciar a persecução penal”. É nesta fase, pois, que se inicia a persecução penal propriamente dita, devendo haver maiores preocupações para que a defesa e o julgamento ocorram o mais rápido possível, podendo, inclusive, ocorrer a prisão do suspeito ou indiciado. (RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*, p. 178-180).

¹⁰⁹⁹ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. O indiciamento como ato de polícia judiciária, p. 314.

sujeito ativo de um delito em apuração, ou seja, é o apontamento provisório e precário de alguém como suposto autor de uma infração penal”.¹¹⁰¹ Assim, indiciamento, no dizer de Pitombo, é um “ato de procedimento, que resulta do encontro de ‘feixes de indícios convergentes’, que apontam o suposto autor da infração penal”,¹¹⁰² para uma certa pessoa, ou determinadas pessoas, supostamente autora(s) da infração penal”. A função do indiciamento, segundo Lopes Júnior, é, portanto, declarar “uma autoria ‘provável’”, o que significa dizer que “pressupõe um grau mais elevado de certeza da autoria que a situação de suspeito”, ou seja, é “um ato posterior ao estado de suspeita e está baseado em um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade”.¹¹⁰³

Por compreender um juízo de probabilidade, é inegável que o ato de indiciamento, segundo Sérgio Sobrinho, exige da autoridade que preside a investigação um “juízo de valor”, razão pela qual deve essa autoridade explicitar “suas razões, ao determinar o indiciamento”, fazendo constar dos autos da investigação, para que possam ser “conhecidas pelo indiciado e seu defensor, pelo órgão do Ministério Público e, quando necessário, pelos juízes e tribunais”.¹¹⁰⁴ Põe-se em evidência, assim, no dizer de Lopes Júnior, “o ato formal do indiciamento e a necessidade de que emane de um despacho sério e fundamentado da autoridade policial”.¹¹⁰⁵

Além do despacho de indiciamento propriamente dito, diversos atos produzem o indiciado,¹¹⁰⁶ entre os quais, segundo Lopes Júnior, a nota de culpa

¹¹⁰⁰ TUCCI, Rogério Lauria. Indiciamento e qualificação indireta, p. 292.

¹¹⁰¹ SÉRGIO SOBRINHO, Mário. *A identificação criminal*, p. 97.

¹¹⁰² PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. O indiciamento como ato de polícia judiciária, p. 313.

¹¹⁰³ LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, p. 295 e 296.

¹¹⁰⁴ SÉRGIO SOBRINHO, Mário. *A identificação criminal*, p. 100.

¹¹⁰⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, p. 297.

¹¹⁰⁶ Lopes Júnior, referindo-se ao direito processual penal brasileiro, esclarece que “o CPP não define de forma clara quando uma pessoa passa a ser considerada como indiciada e tampouco define claramente que consequências *endoprocedimentais* produz o indiciamento”. Como “o tema não está devidamente regulamentado e existe uma nuvem de incertezas sobre o indiciamento, gerando insegurança e permitindo abusos e injustiças”, não se pode negar que “faz falta um dispositivo que claramente disponha sobre o nascimento e a forma do indiciamento, especialmente no que se refere à sua comunicação ao sujeito passivo e direitos que dele emergem”. De qualquer forma, ressalta Lopes Júnior, “na prática, infelizmente, o indiciamento como ato em si mesmo não existe”, tendo sido “substituído pelo interrogatório e um formulário destinado a qualificar o sujeito”, o que significa “uma lamentável degeneração” (LOPES JÚNIOR, A. *Op. Cit.* p. 299 e 306). Ramos, por sua vez, é mais enfático ao afirmar que “no processo penal brasileiro não existe a figura do indiciamento formal”, não havendo, pois “um ato formal que modifique o *status quo* do ‘arguido’,

que, na prisão em flagrante, dá conhecimento formal ao preso, entre outros, dos motivos da prisão, e os mandados de prisão preventiva ou temporária, que, para a sua expedição, exigem, respectivamente, “indícios suficientes de autoria” e “fundadas razões de autoria”.¹¹⁰⁷

O indiciamento, para Lopes Júnior, “deve ser considerado uma carga para o sujeito passivo, mas também marca o nascimento de direitos, entre eles o de defesa”, o que significa dizer que é, também, “uma garantia”, uma vez que, em face desse ato, “evita-se uma acusação de surpresa ou, o que é igualmente grave, comparecer perante a autoridade policial como ‘testemunha’, quando na realidade é o principal suspeito”. O indiciamento possibilita, assim, requerimentos de diligências à autoridade policial e um mais amplo acesso do defensor aos autos da investigação preliminar. Não obstante esses direitos, “a principal carga que assume o indiciado é a de encontrar-se em uma situação jurídica de maior submissão aos atos de investigação”. De qualquer forma, os efeitos do indiciamento cessam com o arquivamento das investigações ou com a admissão da ação penal, uma vez que o indiciado passa à condição de acusado.¹¹⁰⁸

Em síntese, pode-se dizer que o sujeito passivo da persecução criminal, inicialmente, é denominado suspeito e, depois, indiciado, recebendo o nome de acusado ou réu com o início do processo penal e de condenado, se a acusação for julgada procedente. Essas não são meras denominações, de modo que, em cada uma delas, muda a situação jurídica do sujeito passivo, com tratamentos,

transformando-o em indiciado, fenômeno que ocorre ao ser recebida a denúncia”, ressaltando, ainda, que “o artigo 6º, V, do Código de Processo Penal, inclusive, deixa claro que o *indiciado* preexiste à própria instauração do inquérito policial” (RAMOS, João Gualberto Garcez. *A audiência processual penal*, p. 385-386).

¹¹⁰⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, p. 300, 301 e 303. Segundo Lopes Júnior, o interrogatório não pressupõe, necessariamente, o indiciamento, mas o interrogando deve ter tratamento diferenciado em relação aos demais envolvidos no fato, sendo, assim, “imprescindível que o suspeito seja informado – antes da realização do interrogatório – de que o faz na condição de suspeito, e não como mera testemunha ou informante, bem como deve ser realizado na presença do seu defensor”, o que significa dizer que, se não houver, ainda, um ato formal a respeito, “a *situação do indiciado concretiza-se* (ou ao menos deveria) *com o interrogatório policial*”. (LOPES JÚNIOR, A. *Op. Cit.* p. 303 e 304).

¹¹⁰⁸ LOPES JÚNIOR, A. *Idem*, p. 298, 299, 308 e 311. Lopes Júnior se refere, ainda, à possibilidade de contraditório e de direito de defesa no inquérito policial, uma vez que, na expressão “acusados em geral”, prevista no inciso LV do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, compreende-se, também, os indiciados, “pois não deixa de ser uma *imputação em sentido amplo*”, sendo inegável, pois, “que o indiciamento representa um indiciamento em sentido amplo, pois decorre de uma imputação determinada” (LOPES JÚNIOR, A. *Ibidem*, p. 309-310).

direitos e obrigações também distintos. Mais especificamente, o indiciamento é ato produzido, sobretudo, pela autoridade investigante, quando não em despacho específico e devidamente fundamentado, na nota de culpa que se extrai do auto de prisão em flagrante e nos mandados de prisão decorrentes de decisões proferidas pelas autoridades judiciárias, quando relacionadas a prisões cautelares. É um ato que encerra juízo de valor em nível probabilístico, atribuindo a alguém a condição de alvo de uma investigação, colocando o investigado em estado de alerta, embora sem modificação no seu estado de inocência.

A investigação ou instrução preliminar chega ao seu fim, em regra,¹¹⁰⁹ com o relatório da autoridade investigante, no qual esta, segundo Tourinho Filho, deve limitar-se a “historiar o que apurou nas investigações”, sendo-lhe vedado, contudo, “fazer apreciações sobre a culpabilidade ou a antijuridicidade”.¹¹¹⁰ Pretende-se que a autoridade investigante faça apenas um relato sobre os fatos investigados e sobre as diligências realizadas, omitindo-se, portanto, de fazer juízo de valor.

Todavia, é impossível que a reconstrução dos fatos na narrativa policial seja livre de qualquer juízo de valor, pois a própria reconstrução fática é produto de uma análise de valor, quando a autoridade policial, para realizar essa reconstrução probabilística, confere maior credibilidade a uma ou outra circunstância, a uma ou outra testemunha, a uma ou outra versão dos fatos, de modo a possibilitar-lhe a reunião de pedaços de um “quebra-cabeças”. Além disso, sendo o fato punível uma conduta qualificada como típica, antijurídica, culpável e punível, é impossível a sua reconstrução sem a menção a tais atributos.

Valorizado ou desvalorizado na elaboração da acusação, da defesa ou dos proferimentos judiciais, o relatório policial é uma peça que constitui situações vantajosas ou desvantajosas, produzindo efeitos não somente no mundo dos fatos, como também no mundo do direito, compondo, como todas as demais peças, com maior ou menor valor – conforme lhe for atribuído pelos inúmeros

¹¹⁰⁹ O Código de Processo Penal brasileiro, em seu artigo 16, possibilita ao Ministério Público a devolução do inquérito policial à autoridade policial para a realização de novas diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia.

¹¹¹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal 1*, p. 263. O Código de Processo Penal brasileiro estabelece, no seu artigo 10, § 3º, que “a autoridade fará minucioso relatório do que tiver apurado e enviará os autos ao juiz competente”.

personagens que atuarão no processo –, a imensa “colcha de retalhos” que é a reconstrução de um fato que pertence ao passado.

Por isso, é importante que a autoridade investigante, por ter mantido contato direto com a vítima, com as testemunhas, com o indiciado, com os peritos e com toda a gama de auxiliares que exercem um papel extremamente importante na reconstrução do fato, atenha-se ao relato do fato punível e de todas as suas circunstâncias, mesmo que, em relação a esses, seja impossível a não realização de considerações de caráter axiológico.

§2º. A constituição da acusação e do acusado

O destinatário principal dos autos da investigação preliminar é, conforme o caso, a acusação pública ou particular, pois a instrução preparatória, no dizer de Tourinho Filho, “visa à apuração da existência da infração e à respectiva autoria, a fim de que o titular da ação penal disponha de elementos que o autorizam à promovê-la”.¹¹¹¹ Contudo, o autor da ação penal não está adstrito a essas investigações, uma vez que, se tiver “em mãos as informações necessárias, isto é, os elementos imprescindíveis ao oferecimento de denúncia ou queixa,¹¹¹² é evidente que o inquérito será perfeitamente dispensável”.¹¹¹³

¹¹¹¹ TOURINHO FILHO, F. da C. *Op. Cit.* p. 184.

¹¹¹² No âmbito do direito processual penal brasileiro, segundo Tourinho Filho, o exercício da ação penal pública incondicionada ou condicionada cabe ao Ministério Público, cujo ato vestibular recebe o *nomen júris* de denúncia (TOURINHO FILHO, F. da C. *Idem*, p. 364-365), que, no dizer de Marques, é “o ato instrumental para início da *actio poenalis* de caráter público”. (MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v. II, p. 146). Em se tratando de ação penal privada, diz Tourinho Filho, essa peça é denominada queixa, abrangendo as hipóteses em que cabe a ação penal privada exclusiva, subsidiária da pública e personalíssima (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal 1*, p. 365), podendo-se concluir, na esteira de Tornaghi, que “a denúncia e a queixa são atos formais de acusação, propulsores da ação penal, e não devem ser confundidos com a denunciação do fato à autoridade policial”. (TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*, v.II, p. 14).

¹¹¹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal 1*, p. 190-191. Os fundamentos fáticos da ação penal podem chegar a conhecimento do titular desta por outros caminhos, como, por exemplo, pela remessa direta, de órgãos públicos, entidades privadas e pessoas em geral, em face da investigação particular por esses encetadas. É importante ter em mente, conforme já ressaltado, que, além de regulamentar a notícia de crime no seu artigo 27, o Código de Processo Penal brasileiro, no seu artigo 39, § 5º, dispõe sobre o direito de representação, que pode ser exercido diretamente ao Ministério Público, de modo que este “dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal”. Marques diz que a “*notitia criminis* informativa”, que, muitas vezes, nada mais é do que investigações realizadas por órgãos não estatais, como é o caso dos estabelecimentos bancários, que, por meio de exames contábeis, buscam averiguar os desfalques praticados pelos seus empregados, podendo suas conclusões ser

2.1 A justa causa para a acusação

A dedução da acusação, que constitui o caso penal e marca o início da ação penal, é realizada com base nos indícios colhidos na investigação ou instrução preliminar ou em peças informativas que já se encontrem em poder da acusação, que, para dar início à ação penal, deverá ter “justa causa”.¹¹¹⁴ Em sentido amplo, essa expressão, segundo Moura, é considerada por Souza “um nome-ônibus”, pois pode ser usada para “designar situações diversas comprometedoras da viabilidade do processo penal”, servindo, pois, como causa de rejeição da denúncia ou queixa. Não obstante essa abrangência, Moura explica que a justa causa não se transforma em “condição da ação penal” nem tampouco em “pressuposto processual” ou em “condição de procedibilidade”, embora “a falta de qualquer uma das condições apontadas implica *falta de justa causa*”. Assim, “se o fato narrado na acusação não se enquadra no tipo legal” ou “se a acusação

enviadas, diretamente, ao Ministério Público, provocando, somente por meio delas, a acusação contra eventuais autores de delitos. (MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v. I, p. 143). Podia-se dizer, antes da vigência da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, quando o Ministério Público brasileiro era uma instituição com posturas meramente reativas, que a investigação preliminar policial era a principal forma pela qual essa instituição tomava conhecimento formal da ocorrência de fatos aparentemente típicos, sendo a notícia ou a representação direta exceções. Após a vigência da Constituição de 1988, no entanto, o Ministério Público brasileiro passou a adotar uma postura mais pró-ativa do que reativa, indo ao encontro dos fatos, quer seja por meio de investigações próprias, quer seja pela sua aproximação com os diversos segmentos da área pública e privada. A sua independência funcional e sua autonomia administrativa e financeira conferiram-lhe uma posição de maior credibilidade quanto às respostas aos diversos fatos, o que fez com que tanto os órgãos públicos quanto empresas e pessoas em geral passassem a efetuar-lhe comunicações diretas com mais intensidade. A interação sempre mais intensa do Ministério Público com os órgãos fazendários, com os tribunais de contas, com os órgãos de defesa do consumidor, com a vigilância sanitária, com os órgãos de defesa do meio ambiente, com as polícias rodoviárias, enfim, com os diversos órgãos públicos e organizações privadas com destinação social, tem-lhe possibilitado o acesso a informações acerca de fatos aparentemente típicos, tornando cada vez mais dispensável a tradicional investigação policial.

¹¹¹⁴ O conceito de “justa causa” tem despertado várias controvérsias, havendo, no dizer de Moura, quem a conceitue como “causa legal”, “motivo legal”, “segundo os preceitos da lei”, “motivo legítimo”, “o impedimento de evidente necessidade”, “o que está conforme a justiça”, “a causa que, pelo Direito, bastaria, se ocorresse, para a coação”, “motivo lícito, conforme o Direito”, “o fato cuja ocorrência torna lícita a coação”, “aquela sem a qual não tem base em lei a coação” e “a razão, o motivo, para processar ou prender”. A maioria, por sua vez, segundo Moura, “prefere enumerar os casos de falta de justa causa”, como, por exemplo, “a falta de criminalidade do fato; a falta de prova; a não-identidade da pessoa; a conservação indevida de uma pessoa na prisão, em vez de ser transferida para outra, a fim de ser julgada; a prisão que não repousa em um fato provado sumário ou concludentemente, de onde resulte criminalidade ou justificação para detenção do paciente; ausência de indícios suficientes de autoria; a prisão feita por motivos vagos, porque ilegais; a conservação do acusado na prisão quando o crime, por sua natureza, permite que ele se livre solto; a extinção da punibilidade; o processo manifestamente nulo” (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal*, p. 166-168).

não tiver sido formulada por quem tenha legitimidade para fazê-lo e em face de quem deva o pedido ser feito” ou, ainda, “se inexistir o interesse de agir, faltará justa causa para a ação penal”, pois esta é “o conjunto de elementos de Direito e de fato que tornam legítima a coação”.¹¹¹⁵

A maioria dos processualistas, segundo Moura, “relaciona a justa causa com a legalidade da coação à liberdade pessoal”, o que significa dizer que “é a

¹¹¹⁵ MOURA, M. T. R. de A. *Op. Cit.* p. 176, 221, 223 e 248. É polêmico o debate em torno das condições da ação penal, ou seja, sobre os requisitos que devem ser preenchidos para que a acusação possa ser levada a efeito ou para que um caso penal seja levado a julgamento pelo Poder Judiciário. Quando se busca um esclarecimento a respeito, é perceptível a influência civilista no processo penal, embora as condições da ação no processo civil não sejam de todo aplicáveis à ação penal. Isso não impede, no entanto, que se busquem alguns fundamentos no âmbito processual civil. Assim, partindo do pressuposto de que “ação é o direito de pedir ao Estado a prestação de sua atividade jurisdicional num caso concreto”, Santos faz importante distinção entre as condições da ação e os pressupostos processuais, afirmando que, enquanto aquelas “são requisitos que esta deve preencher para que se profira uma decisão de mérito”, os pressupostos processuais “são requisitos necessários à regularidade e existência da relação processual, isto é, pressupostos de um processo válido”. (SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas do processo civil*, v.1, p. 169 e 171). Inspirada em Liebman, Grinover, por sua vez, menciona que as condições da ação podem ser positivas ou negativas, mencionando, como pertencente ao primeiro grupo, “a possibilidade jurídica, o interesse de agir e a *‘legitimatío ad causam’*”, e, como pertencentes ao segundo, “a falta de fatos extintivos da ação (coisa julgada e perempção)”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Condições da ação penal*, p. 30). Dinamarco, comentando aspectos do pensamento liebmaniano, ressalta que, na terceira edição do seu *Manual*, Liebman “sentiu-se desencorajado de continuar a incluir a *possibilidade jurídica* entre as condições da ação”, de modo que “surgia também o novo posicionamento do próprio pai da ideia, renunciando a uma delas”. A possibilidade jurídica do pedido, na concepção liebmaniana original, era concebida como a “admissibilidade em abstrato do provimento pedido, isto é, pelo fato de incluir-se este entre aqueles que a autoridade judiciária pode emitir, não sendo expressamente proibido”. Quanto às demais condições da ação, Liebman diz que, enquanto o interesse de agir é “a *relação de utilidade entre a afirmada lesão de um direito e o provimento de tutela jurisdicional pedido*”, a legitimação para agir representa “a titularidade ativa ou passiva da ação”, de modo que “o interesse de agir não apenas deve existir, mas deve também existir precisamente na pessoa que deduz a demanda”, porquanto “um estranho não pode validamente invocar o interesse de agir alheio”, prevalecendo “o elementar princípio segundo o qual apenas seu titular pode exercê-la”. ((LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, p. 204, 205, 207 e 208). Não obstante esses posicionamentos, Coutinho ressalta que, embora parte da doutrina insista em aplicar essas noções no processo penal, esse intento esbarra sempre em uma “incoerência insuperável”. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*, p. 145). Também Moura diz ser “de todo desaconselhável e impróprio, tecnicamente, transferir o entendimento existente no Direito Processual Civil para o Direito Processual Penal”, porquanto, “tais como definidas as condições naquele ramo do Direito, não se ajustam ao processo penal”, não podendo o jurista ignorar “as evidentes diferenças existentes entre as duas disciplinas, para ver operar na ação penal condenatória as três condições da ação, tal como divisadas no processo civil”. É que “a acusação somente poderá ser recebida quando respeitado o cânone constitucional da legalidade”, isso porque, “ao ordenamento jurídico importa que a ação penal seja intentada apenas quando for possível imputar ao acusado conduta que se amolde ao tipo penal, tal como definido em lei”, ressaltando, ainda, que, “se houver lei anterior violada”, é “despicienda a discussão acerca da possibilidade jurídica como condição da ação penal”. No que diz respeito ao interesse de agir, está sempre presente na ação penal, já “que decorre da necessidade de intervenção do Poder Judiciário para a imposição da sanção penal e da adequação do provimento pleiteado”, e, por fim, relativamente à legitimação ativa, decorre de uma regra pertencente ao Estado-administração, sendo desnecessária essa condição, uma vez que seria nulo o processo penal instaurado quando presente a ilegitimidade ativa e passiva. (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal*, p.

causa fundada na lei que torna legal a restrição imposta no direito de ir e vir". Para Moura, no entanto, "a norma obriga não simplesmente porque é válida, mas também porque contém valor, razão pela qual, sob o plano axiológico, não há como negar que a justa causa seja a causa legítima, ou a causa que a ordem jurídica prevê". Por isso, a justa causa pode ser definida, "como a causa conforme o ordenamento jurídico" (*secundum ius*). Assim, haverá justa causa para a acusação quando houver "fundamento de fato e de direito para acusar, divisando mínima probabilidade de acusação". Enquanto, por um lado, a existência de fundamento de direito requer "que a ordem jurídica aceite a limitação à liberdade jurídica", por outro, a existência de fundamento de fato requer que a acusação esteja respaldada nos indícios obtidos na investigação ou instrução preliminar, o que significa dizer que deve haver indícios suficientes da prática de conduta descrita e dos seus atributos de tipicidade, de ilicitude, de culpabilidade e de punibilidade, bem como de sua autoria. Portanto, "somente após a análise deste conjunto probatório é que se deve cogitar da obrigatoriedade do exercício da ação penal de natureza pública ou da faculdade de propor a queixa".¹¹¹⁶

Contudo, o exame da existência ou não de justa causa para a acusação não é padronizado, pois segue diferentes correntes que consideram ou não os elementos fáticos. Dessa forma, enquanto a corrente formalista avalia a conduta prescindindo dos elementos de prova e indícios colhidos na instrução preliminar, a substancialista não dispensa a análise das provas e dos indícios até então obtidos.

A corrente formalista, segundo Moura, apresenta, contudo, duas variações: a primeira é defendida por Sabino Júnior, que propugna pela avaliação, apenas, da ilicitude da conduta abstratamente considerada, de modo que, para que a

215-217). A propósito, o Código de Processo Penal, no seu artigo 564, II, estabelece como causa de nulidade "a ilegitimidade da parte".

¹¹¹⁶ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal*, p. 170, 172, 243 e 291. Também para Jardim não basta que a denúncia, formalmente, "impute ao réu uma conduta típica, ilícita e culpável", pois, "para o regular exercício da ação pública se exige que os fatos ali narrados tenham alguma ressonância na prova do inquérito ou constante das peças de informação". (JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública*, p. 44). A análise sobre a existência ou não de justa causa é necessária "quer para a prisão, quer para a ação penal e para a condenação, no caso concreto", sendo a base desse exame sempre a mesma, cujas respostas devem estar relacionadas com "o preenchimento de determinados e específicos requisitos". (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal*, p.173).

acusação seja recebida, basta a descrição da ocorrência de um fato em tese previsto na lei como um ilícito, devendo o juiz abster-se de qualquer valoração dos elementos investigatórios até então colhidos quando da análise da admissibilidade da acusação, isso porque, sendo a ação penal obrigatória, “não cabe neste momento processual qualquer exame a respeito da viabilidade da acusação”; a segunda, por sua vez, é encabeçada por Fernandes, que condiciona o recebimento da imputação à “descrição de conduta típica, em hipótese”, o que significa dizer que “a análise da justa causa deve limitar-se ao juízo de tipicidade, contudo, apreciado de forma concreta”.¹¹¹⁷

A corrente substancialista, por sua vez, exige que, além dos aspectos formais, a acusação tenha suporte fático, sendo esta, no dizer de Moura, a posição que encontra maior respaldo da doutrina e da jurisprudência, pois vincula “o recebimento da denúncia ou queixa à prova da existência material de conduta típica, na hipótese, e de indícios de que o acusado seja seu autor”, o que deve decorrer dos elementos de informação colhidos na fase investigatória. Filiando-se a essa corrente, Moura afirma que a acusação não pode prescindir de “prova indubitosa da ocorrência de um fato delituoso, na hipótese” e de “prova ou indícios de autoria” obtidos na investigação ou instrução preliminar ou nas peças de informação que acompanham a acusação. O binômio fato delituoso-autoria é, pois, o fundamento indispensável para a acusação, sem o qual inexistente justa causa para a instauração do processo penal, o que significa dizer que “sem um *mínimo* de *prova* necessário, a *acusação* não deve ser recebida”. Assim, não se faz, apenas, análise abstrata, ou seja, em tese, mas de todos os fundamentos de fato e de direito, a partir do caso concreto.¹¹¹⁸

¹¹¹⁷ MOURA, M. T. R. de A. *Op. Cit.*, p. 239 e 240.

¹¹¹⁸ MOURA, M. T. R. de A. *Ibidem*, p. 241-243. Para Moura, “esse entendimento não significa a adoção de um juízo de probabilidade semelhante ao da *‘probable cause’* do Direito norte-americano”, no qual a justa causa é designada como *probable cause*, o que significa que está relacionada com a “existência de grande probabilidade de condenação para autorizar o nascimento do processo”, fazendo “acreditar que o crime foi cometido e que o imputado o cometeu”. No Direito Processual Penal italiano, igualmente, vigora o princípio da não-superfluidade do processo, de modo que “o recebimento da acusação” “pressupõe uma avaliação dos motivos de Direito e da análise da prova colhida na fase preliminar” (*indagini preliminari*), devendo o juiz, quando não presentes motivos fáticos e jurídicos, proferir sentença de *non luogo a procedere*. Também no Direito Processual Penal francês, “se estimar que os fatos não constituem crime, delito ou contravenção, que a autoria restou desconhecida, ou não existem acusações suficientes contra a pessoa, declarará, por sentença, que não há lugar à persecução (*ordonnance de non-lieu*)”. No Direito Processual Penal português, não se

Variações também existem entre as correntes substancialistas, havendo quem tome por base, somente, indícios da tipicidade, quem se atenha aos indícios da tipicidade e da autoria e, por fim, quem faça uma análise dos indícios em relação a todos os atributos da conduta, ou seja, tanto da tipicidade quanto da antijuridicidade, da culpabilidade e da punibilidade. Como diz Moura, há diferenças quanto à “intensidade da prova considerada apta para a coação processual”. Apesar dessas variações, Moura afirma que “a denúncia ou queixa oferecida sem que exista mínima probabilidade de condenação é iníqua e profundamente imoral”, funcionando a justa causa “como mecanismo para impedir, em hipótese, a ocorrência de imputação infundada, temerária, leviana, caluniosa e profundamente imoral”.¹¹¹⁹

É importante ter em mente, no entanto, que, segundo Coutinho, uma coisa, é “o autor demonstrar que os fatos narrados na imputação têm, na aparência, credibilidade suficiente para serem considerados típicos, algo tão-somente comprovável no curso do processo; outra é a comprovação efetiva”, de modo que “a prova produzida no crivo do contraditório pode conduzir à conclusão oposta, ou seja, que o fato é atípico”. Essa é “mais uma evidência de não ser o processo penal o veículo onde, a todo custo, deve-se impor a pretensão punitiva”, cabendo ao Estado-administração, tão-somente, apresentar o caso para ser processado, e ao Estado-jurisdição o seu acertamento, a aplicação da pena e a sua execução.¹¹²⁰

procede diferentemente, ou seja, a justa causa está presente quando houver suficientes indícios, o que significa dizer, quando desses “resultar uma possibilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada, por força deles, em julgamento, uma pena ou uma medida de segurança”. No Direito Processual Penal inglês, o *Crown Prosecution Service*, ou seja, “o promotor deve estar convencido da existência de prova suficiente para uma ‘realista perspectiva de condenação’ em relação a cada acusação contra cada acusado”, devendo, ainda, “levar em consideração de que forma a defesa se desenrolará e como ela pode, de forma plausível, afetar a acusação”. No âmbito do Direito Processual Penal brasileiro, no que tange à ação penal pública, a *opinio delicti*, “tanto no que diz respeito ao arquivamento, por falta de base para a denúncia, como para o oferecimento da denúncia”, cabe ao Ministério Público, cabendo ao juiz exercer o controle, remetendo os autos ao Procurador-Geral de Justiça (ou da República), quando discordar do arquivamento. Esse controle também é exercido no ato de rejeição da denúncia ou da queixa. No entanto, no que toca à rejeição da denúncia, a base legal do artigo 43 do Código de Processo Penal, “trata primordialmente do não-recebimento motivado por questões de Direito” (MOURA, M. T. R. de A. *Ibidem*, p. 227, 228, 230, 231, 234 e 237).

¹¹¹⁹ MOURA, M. T. R. de A. *Ibidem*, p. 223, 225, 245, 247, 265-272 e 277-285.

¹¹²⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*, p. 147.

Portanto, se houver justa causa, a acusação deve dar início à ação penal, tendo em mente, conforme ressalta Jardim, “que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do imputado”.¹¹²¹ É o oferecimento da denúncia e da queixa, pois, que, no dizer de Tourinho Filho, marca o início da ação penal,¹¹²² embora o início do processo ou ajuizamento da ação penal, segundo Marques, ocorre somente com o seu recebimento pelo Poder Judiciário.¹¹²³

2.2 Os elementos da acusação

Tanto a denúncia quanto a queixa, contudo, devem conter determinados elementos,¹¹²⁴ que podem ser objetivos, ou seja, a descrição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a classificação do crime, o pedido e, quando necessário, o rol de testemunhas; e subjetivos, isto é, a qualificação do acusado ou querelado, a identificação do órgão do Ministério Público subscritor da denúncia ou do querelante e do órgão destinatário do Poder Judiciário. Essas duas peças processuais, ressalta Tourinho Filho, devem ser escritas¹¹²⁵ no vernáculo.¹¹²⁶

Os elementos principais da denúncia e da queixa são a descrição do fato e a qualificação do acusado, exigindo-se, entre esses, tendo em vista os objetivos da presente pesquisa, um aprofundamento da análise da descrição do fato, que nada mais é do que a constituição do caso penal, que não é arbitrária, mas que deve estar em consonância com as provas e indícios existentes nos autos da investigação preliminar ou nas peças informativas.

¹¹²¹ JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública*, p. 37.

¹¹²² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal I*, p. 365 e 464.

¹¹²³ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v. II, p. 143-144.

¹¹²⁴ O Código de Processo Penal brasileiro, em seu artigo 41, estabelece que “a denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos, pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”.

¹¹²⁵ Ressalva-se que, com o advento da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que instituiu os Juizados Especiais Criminais, passou-se a admitir a denúncia oral (art. 77) em relação às infrações penais de menor potencial ofensivo, qual deve ser reduzida a termo (art. 78).

¹¹²⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal I*, p. 374.

É o fato e seus diversos elementos integrantes que, segundo Marques, individualizam objetivamente a imputação, encontrando a acusação neles os limites que traçam o objeto do julgamento e que configuram a *res in judicium deducta*, de modo que “a qualificação jurídica do fato imputado e as suas consequências jurídico-penais em nada influem na delimitação da *res judicanda*, uma vez que, no tocante a esses elementos, vínculo algum a acusação cria para o juiz”.¹¹²⁷

A narração dos fatos com todas as circunstâncias compreende, segundo Tornaghi, a “exposição minuciosa, não apenas do fato infringente da lei, como também de todos os fatos que o cercaram”, isto é, abrange tanto os seus acidentes quanto as suas causas, os seus efeitos, as suas condições, a sua ocasião e os seus antecedentes e consequentes.¹¹²⁸ Como diz Marques, “o *fato imputado* consiste na descrição das modificações do mundo exterior relevantes para o direito penal e tudo quanto possa individualizá-lo”, devendo-se distinguir, como componentes do fato imputado ou descrito, o fato principal e os seus elementos acidentais ou circunstanciais. Enquanto aquele é a lesão a um bem penalmente tutelado, estes servem à graduação, para mais ou para menos, da gravidade da lesão.¹¹²⁹ Em outros termos, Tornaghi diz que “a circunstância por si só não determina a punibilidade, exatamente porque não-essencial”, embora a sua consideração permita “uma retribuição jurídica mais perfeita porque adequada à gravidade do delito”.¹¹³⁰

A descrição do fato, no dizer de Tornaghi, deve conter *O quis? O quid? O Ubi? O Quibus auxiliis? O Cur? O Quomodo? O Quando?* *O quis* ou “quem” “se refere à pessoa do agente”; a *quid* ou “que causa” “diz respeito aos acidentes do evento (*lato senso*), do acontecimento histórico”; o *ubi* ou “onde” “se relaciona ao lugar”; o *quibus auxiliis* “se refere aos partícipes e aos instrumentos”; o *cur* ou “porque” “alude à razão do crime”; o *quomodo* ou “de que maneira” “se reporta à

¹¹²⁷ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v. II, p. 227.

¹¹²⁸ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*, v. II, p. 15.

¹¹²⁹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v. II, p. 228.

¹¹³⁰ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*, v. II, p. 15.

forma de execução”; e, finalmente, o *quando* “considera o tempo em que foi cometida a infração”.¹¹³¹

A qualificação do acusado, segundo Tornaghi, compreende “a individuação do indiciado ou seus sinais característicos”, ou seja, “esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo”,¹¹³² devendo, no dizer de Tourinho Filho, “ser suficientes para distinguir o verdadeiro culpado” entre as demais pessoas, caso contrário, nenhuma valia teria a acusação.¹¹³³

Aspecto que também tem despertado controvérsias é o que diz respeito à inserção ou não de pedido de condenação na denúncia ou na queixa, uma vez que há quem sustente a necessidade de tal pedido e quem o repute indevido.¹¹³⁴ Tendo em mente que a acusação deve estar para o processo penal condenatório assim como o pedido deve estar para o processo civil de conhecimento, Tourinho Filho, um dos representantes da primeira corrente, afirma que, além da imputação da prática de uma conduta típica ao réu, a denúncia e a queixa devem conter o pedido de condenação do autor dessa conduta.¹¹³⁵ Para Marques, no entanto, a acusação não deve conter pedido condenatório específico no que tange à graduação da pena e imposição de outras sanções cabíveis, devendo o acusador limitar-se a descrever e classificar o fato típico e suas circunstâncias, delimitando, com isso, o seu pedido, por meio da imputação, pedido este que é genérico, “de aplicação de *sanctio juris* devida e adequada para o fato delituoso que a acusação descreve”. O que se espera é que o “juiz condene o réu pela prática dos fatos que lhe são atribuídos”, consubstanciando essa condenação nas sanções adequadas para tais fatos e de acordo com a definição jurídico-penal que lhe aplicar, ou seja, “o *quantum debeatur* penal, que seria a pena a ser exatamente graduada, ficará determinado, posteriormente, com a qualificação do fato criminoso e circunstâncias que o rodeiam”.¹¹³⁶

¹¹³¹ TORNAGHI, H. *Op. Cit.* v. II, p. 16.

¹¹³² TORNAGHI, H. *Idem*, v. II, p. 16.

¹¹³³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal 1*, p. 369.

¹¹³⁴ É necessário esclarecer que o artigo 41 do Código de Processo Penal brasileiro não exige que a denúncia ou a queixa contenha o pedido, sendo essa discussão originária na órbita estrita da doutrina.

¹¹³⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal 1*, p. 366.

¹¹³⁶ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v. II, p. 152 e 154.

Em posição oposta, há a concepção de que não se pode admitir qualquer pedido de condenação na denúncia e na queixa, pois o simples transportar da lógica do processo civil para o processo penal, como diz Coutinho, “esbarra sempre em uma incoerência insuperável”.¹¹³⁷ Essa corrente tem por pressuposto que o conteúdo do processo penal não é a lide, como querem fazer crer os que se inspiram na lógica processualista civil, mas o caso penal, que, no entanto, não está pronto e acabado desde o seu início, pois é um caso em construção, que, partindo de um acontecimento ou de um evento, vai sendo reconstruindo pouco a pouco, por pessoas e instituições diferentes, com perspectivas e funções também diferentes, primeiramente em juízos de possibilidade, depois de probabilidade e, ao final do processo judicial, em juízos de certeza, pois, como diz Coutinho, “a jurisdição atua para fazer o acerto do fato, e o processo é o meio que utiliza para concluir se o réu deve ser punido ou não”.¹¹³⁸

Portanto, não cabe, em sede de juízo de probabilidade, como é o juízo que orienta a acusação no seu início, a formulação de pedido de condenação, nem mesmo genérico, uma vez que os elementos indiciários colhidos nas investigações preliminares podem não se confirmar. Além disso, é possível que o acusado demonstre estarem presentes causas de exclusão de antijuridicidade legal ou supralegal, de exculpação, de isenção de pena ou de extinção de punibilidade, ou, ainda, ausência de condição objetiva de punibilidade, tornando impossível o acerto do caso penal inicialmente descrito, impondo que, em sede de alegações finais, não somente a defesa, mas também a acusação reconheça a inexistência de certeza a autorizar a prolação de um decreto condenatório, sendo totalmente inócuo, assim, eventual pedido de condenação inicialmente formulado. Não se pode esquecer, ainda, conforme Marques, que o juiz pode alterar para melhor ou para pior a qualificação contida da denúncia ou na queixa, “ficando vinculado para julgar apenas ao fato criminoso como tal descrito, uma vez que não pode ampliar o objeto da acusação para decidir sobre circunstâncias nesta não contidas explícita ou implicitamente”.¹¹³⁹ Qualquer alteração na qualificação

¹¹³⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*, p. 145.

¹¹³⁸ COUTINHO, J. N. de M. *Op. Cit.* p. 134.

¹¹³⁹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v. II, p. 152.

jurídica do fato alteraria a sua consequência, de modo que nem o pedido genérico de condenação pode ser formulado.

Isso ocorre, segundo Coutinho, porque a acusação vai à jurisdição, tão-somente, com um “potencial” interesse em punir, sendo incoerente e não recomendável, portanto, pleitear a condenação na denúncia ou na queixa, pois a alteração da situação no curso do processo exigiria, mais tarde, que a acusação voltasse atrás, “medida não muito fácil a alguns inseguros, sempre escondidos sob uma cortina de inflexibilidade, de rigidez”.¹¹⁴⁰

Se pedido houver de ser feito, é o que diz respeito ao recebimento da denúncia ou da queixa, à citação do acusado, à produção da prova necessária e, enfim, ao julgamento do réu, deixando-se o pedido de condenação ou de absolvição para o momento das alegações finais, que é a ocasião em que, de posse de todos os elementos fáticos e jurídicos, é possível fazer um juízo de certeza a favor ou contra o acusado, acertando-se ou não o caso penal inicialmente apresentado à apreciação judicial. A propósito, Marques diz que “a acusação tem como objeto imediato o julgamento da pretensão punitiva, ou seja a prestação jurisdicional”, enquanto que “seu objeto *mediato* é a imposição da *sanctio júris* penal ao acusado”.¹¹⁴¹ Assim, por ocasião do oferecimento da denúncia ou da queixa, o pedido deve se restringir ao objeto “imediato” da acusação, ou seja, à prestação jurisdicional acerca do acerto do caso penal.

2.3 A constitutividade da acusação

Cabe, por fim, uma breve menção ao caráter constitutivo da ação penal, pois, embora seja comum mencionar-se o seu caráter condenatório, o propósito da presente pesquisa é retratar, sobretudo, esse caráter constitutivo. Atribuindo a Hellwig a demonstração da especificidade da ação constitutiva, Miranda diz ser essa “a que tem por fito geral modificar ou extinguir alguma relação jurídica”, podendo, em sentido estrito, ser constitutiva positiva, constitutiva modificativa e constitutiva negativa, uma vez que “há atos jurídicos formativos geradores,

¹¹⁴⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*, p. 133.

modificativos e extintivos”. Além disso, não se pode confundir a ação constitutiva com as ações declaratória, condenatória, mandamental e executiva. É que a ação constitutiva tem por objetivo declarar a “existência ou inexistência de algum negócio jurídico, ou de algum ato jurídico *stricto sensu*, ou de algum ato-fato jurídico, ou de algum fato jurídico *stricto sensu*”, podendo a constitutividade atingir tanto negócios jurídicos quanto atos jurídicos *stricto sensu* ou atos-fatos jurídicos. A ação declarativa, por sua vez, busca, tão-somente, a declaração da “existência ou inexistência de relação jurídica”, isto é, o direito ou o dever, a pretensão ou a obrigação, a ação, a exceção ou algum ônus, sendo mero “exercício de pretensão à sentença”. Já a ação condenatória tem por conteúdo a obtenção de uma decisão condenatória, ou seja, busca fazer com que “o causador ou responsável pelo *damnum* seja posto em situação de repará-lo (cum, *damno*)”, o que, no campo do direito penal, se resume à imposição de uma sanção penal. A ação mandamental é aquela que objetiva, preponderante, que alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juízo manda”. A ação executiva, por fim, é a que é caracterizada “por sua preponderância eficazional”, pois possibilita que se vá ao extremo no cumprimento da sentença.¹¹⁴²

No campo específico da ação penal, as concepções de Miranda permitem afirmar, no que tange ao fato em si, que a ação penal é constitutiva, embora, em relação à pena, essa ação seja marcadamente condenatória. Deve-se ter em mente, no entanto, que a ação é classificada, quanto à *qualidade*, com base na preponderância do elemento declarativo, constitutivo, condenatório, mandamental ou executivo, de modo que “nenhuma, que se conheça, é sempre pura, isto é, com um só elemento”.¹¹⁴³ Também para Carnelutti, o processo penal bifurca-se em “*declaração de certeza quanto ao delito e aplicação da pena*”,¹¹⁴⁴ o que possibilita afirmar acerca da existência do caráter híbrido da ação e da sentença penal, que, quanto ao fato, são constitutivas, já, quando à pena, são condenatórias.

¹¹⁴¹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v. II, p. 151.

¹¹⁴² MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*, t. 1, p. 210; t. 3, p. 33, 34, 37 e 38; t. 5, p. 25 e 26; t. 6, p. 23; e t. 7, p. 25 e 26.

¹¹⁴³ MIRANDA, P. de. *Op. Cit.* t. 5, p. 26; e t. 1, p. 174.

¹¹⁴⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*, v. 1, p. 137.

Subseção II

A constituição da relação processual penal

O oferecimento da denúncia ou da queixa, no dizer de Tourinho Filho, inicia a ação penal, no entanto, é somente com o seu recebimento, pelo órgão competente do Poder Judiciário, que se considera formalizado o seu ajuizamento, iniciando, assim, a relação processual penal.¹¹⁴⁵ Em outros termos, como diz Marques, enquanto a acusação penal se inicia pela denúncia do Ministério Público ou pela queixa do ofendido ou demais legitimados, o seu ajuizamento “processa-se por meio de *despacho* com que o juiz a recebe para que se dê início ao procedimento penal contra o acusado”.¹¹⁴⁶

Essa relação processual penal pode ser apenas linear, quando, antes da citação válida, envolver, tão-somente, a acusação e o Estado-juiz, assim como o é a relação decorrente da prática de atos de persecução criminal entre o Estado-administração e o indiciado; e triangular, após citação válida, passando a existir, segundo Marques, “uma *instância penal* que flui progressivamente vinculando juridicamente os sujeitos que dela participam”.¹¹⁴⁷

O ato de recebimento da denúncia ou da queixa, segundo Marques, não pode ser considerado de mero expediente, pois “o processo penal atinge o *status dignitatis* do acusado”.¹¹⁴⁸ Conforme Gomes Filho, “ainda antes de o texto constitucional passar a exigir a motivação de *todas* as decisões judiciais, a doutrina também ressaltava a relevância da deliberação judicial tomada nessa

¹¹⁴⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal 1*, p. 364.

¹¹⁴⁶ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v. II, p. 158.

¹¹⁴⁷ MARQUES, J. F. *Op. Cit.* v. II, p. 185 e 186. No âmbito do Direito Processual Penal brasileiro, sobretudo após a vigência da Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, que alterou o Código de Processo Penal, Fernandes e Lopes afirmam que “pode haver um inicial recebimento da denúncia ou queixa se não houver sua rejeição liminar. São, assim, duas possibilidades do juiz: rejeição liminar ou recebimento. Se receber, manda citar o acusado para apresentar sua resposta. O outro recebimento pode ocorrer depois de ser facultada ao acusado a possibilidade de apresentar a sua resposta, na qual poderá alegar tudo que deseja em sua defesa e postular a rejeição da acusação ou a sua absolvição sumária. O juiz pode seguir três caminhos: rejeita a acusação, absolve sumariamente ou recebe a denúncia ou queixa. Se receber, marcará audiência para produção de provas, debates e julgamento”. (FERNANDES, Antonio Scarance; LOPES, Mariângela. O recebimento da denúncia no novo procedimento, p. 2).

¹¹⁴⁸ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v. II, p. 164.

fase inicial do procedimento”.¹¹⁴⁹ Compreendido o ato de recebimento da denúncia no âmbito da jurisdição de mérito, mais especificamente na jurisdição de ordem, afirma Tourinho Filho tratar-se de decisão, pois essas “são as soluções dadas pelos Órgãos jurisdicionais às questões que surgem no transcorrer de um processo”, estando a sua importância na dependência do “relevo da discussão suscitada”.¹¹⁵⁰ Os requisitos da denúncia e da queixa e as hipóteses de sua rejeição, segundo Gomes Filho, são, na verdade, “um *modelo de decisão* em que são estabelecidos os temas que devem ser objeto de cognição judicial nesse momento procedimental de graves repercussões para o acusado”.¹¹⁵¹

O recebimento da denúncia ou da queixa, no dizer de Marques, contém um juízo de admissibilidade que decorre do exame de três espécies de condições ou pressupostos, ou seja, a regularidade formal da denúncia, a viabilidade da relação processual e a viabilidade do direito de ação. Enquanto a regularidade formal da denúncia ou da queixa está relacionada ao exame dos seus requisitos legais,¹¹⁵² a análise da viabilidade da relação processual apura a presença dos pressupostos processuais penais, o que, para Ferreira, no dizer de Tourinho Filho, abrange os “requisitos que devem verificar-se para que se possa proferir no processo uma decisão de mérito ou uma decisão meramente processual”, isto é, os pressupostos processuais de existência do processo (órgão investido de jurisdição, pedido de prestação jurisdicional e partes) e de validade (ausência de nulidades).¹¹⁵³ Por fim, a viabilidade do direito de ação é demonstrada pela presença de justa causa, embora esta, em sentido amplo, como já visto, compreenda, também, as análises anteriores e as condições de procedibilidade da ação penal. Assim, impõe-se a rejeição da denúncia ou da queixa quando ausentes os requisitos da denúncia, os

¹¹⁴⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*, p. 207.

¹¹⁵⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, v. 3, p. 80. Apesar da clareza do texto constitucional no sentido de ser necessária a motivação de todas as decisões judiciais, Fernandes ressalta que “continuaram a não ser fundamentadas as decisões de recebimento da denúncia, mantendo-se a praxe existente antes de 1988”, inclusive com o aval dos tribunais superiores e do Supremo Tribunal Federal, com base no argumento de que “não há decisão, mas simples despacho”, ou de que “ainda que se veja aí uma decisão, tem carga decisória diversa das que têm as sentenças condenatórias ou absolutórias”; e, por fim, que “a exigência constitucional não atinge todas as decisões”. (FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal contitucional*, p. 131).

¹¹⁵¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*, p. 208.

¹¹⁵² MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v. II, p. 159.

¹¹⁵³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, v. 4, p. 12, 13 e 16.

pressupostos de constituição e existência válida do processo e a justa causa. Esse pronunciamento, diz Marques, “resulta de cognição sumária, segundo o estado da causa, pelo que não impede ulterior reexame de algumas das questões que poderiam ter sido postas em foco quando proferida tal decisão liminar”.¹¹⁵⁴

A decisão judicial que recebe a denúncia ou a queixa é constitutiva da relação processual, uma vez que é ela que faz surgir essa relação, não se podendo perder de vista que inúmeras interpretações podem ser realizadas a partir dos textos normativos que estabelecem os requisitos, pressupostos e condições da acusação. Também, diversas podem ser as descrições fáticas e os raciocínios jurídicos acerca da sua adequação aos tipos penais e às excludentes de tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade, a partir dos indícios obtidos na instrução preliminar, sobretudo porque, há distintas concepções acerca da estrutura do fato punível, deixando evidenciada a importância da linguagem na constituição dessa realidade criminal.

Subseção III

A constituição das provas e teses acusativas e defensivas

Ao estabelecimento da relação processual penal, que, segundo Marques, integra a fase postulatória do processo penal, segue-se a fase instrutória, que tem o propósito de alcançar o juízo de certeza, por meio das provas¹¹⁵⁵ e das teses acusativas e defensivas que serão apresentadas nas alegações finais ou mesmo em sede recursal. É necessário ter em mente que, conforme Carnelutti, a instrução processual definitiva é composta do conjunto de atos destinados a fornecer ao juiz as razões e as provas necessárias à decisão.¹¹⁵⁶

Partindo da concepção de que “instruir é *alegar e provar*”, Almeida afirma que a instrução processual penal definitiva é a “atividade” de instruir o juiz acerca do fato e do direito e, também, o “resultado” dessa atividade. Isso equivale a dizer

¹¹⁵⁴ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v. II, p. 161.

¹¹⁵⁵ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v. II, p. 143-144.

que, no primeiro sentido, a instrução significa “dar conhecimento” e, no segundo, “conhecer”. Por isso, o destinatário da instrução definitiva é sempre o “juiz da causa”, diferentemente da instrução preliminar, que se destina à formação de um “juízo de acusação”. Assim, “a instrução judiciária é a instrução do juiz”, de modo que, sendo facultada às partes, cabe a estas alegar e provar ao magistrado tudo quanto possa influir no seu juízo, constituindo auxílio prestado à atividade judicial, sendo as alegações e as provas da acusação e da defesa, pois, “elementos *auxiliares*”.¹¹⁵⁷

A instrução processual penal definitiva, segundo Carnelutti, busca a “declaração de certeza” tanto em relação ao delito quanto em relação à aplicação da pena. Em face dos objetivos da presente pesquisa, interessa a busca de certeza quanto ao delito, por estar relacionada ao fato, uma vez que conforme Carnelutti, “não se pode castigar sem estar certo de que quem é castigado deve sê-lo porque um delito foi cometido e ele o cometeu”.¹¹⁵⁸

Assim, instaurado o processo penal, que é regido, entre outros, pelo princípio do contraditório, faz-se possível a realização da instrução processual definitiva, que abrange tanto a constituição das provas quanto as teses da acusação e da defesa, de modo que, enquanto as provas permitem uma cognição sobre o fato, as alegações ou razões das partes permitem uma cognição jurídica.

§1º. A constituição das provas

A instrução processual penal definitiva compreende tanto a reprodução de todas as provas obtidas por ocasião da instrução preliminar – salvo as que não puderem ser refeitas, que ficam sujeitas ao contraditório postergado ou diferido – ,¹¹⁵⁹ quanto a produção das provas novas requeridas pela acusação e defesa ou

¹¹⁵⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*, v. 2, p. 163.

¹¹⁵⁷ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*, p. 113 e 115. Não obstante os atos instrutórios estejam concentrados na pessoa do juiz, Ramos compreende essa atividade como uma atuação “*das partes técnicas e do juiz, tendente a colher elementos úteis à solução do caso penal*”. (RAMOS, João Gualberto Garcez. *A audiência processual penal*, p. 197).

¹¹⁵⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*, v. 1, p. 137 e 138.

¹¹⁵⁹ Fernandes diz que ocorre o contraditório postergado ou diferido, sobretudo, em relação às provas periciais obtidas na fase policial, uma vez que essas são realizadas independentemente da manifestação do indiciado,

determinadas de ofício pela autoridade judiciária; hipótese esta admitida nos sistemas inquisitivo e misto, a fim de que se possa obter um juízo de certeza sobre o fato.

A constituição das provas no processo penal pressupõe que se tenha em mente, segundo Brum, as diferentes acepções sobre o signo “prova”,¹¹⁶⁰ como, por exemplo, a que, “tomando os litigantes como referência, atribui ao termo o significado de conjunto parcial de elementos probatórios”, permitindo que se fale em “prova da acusação” e “prova da defesa”; ou, numa acepção mais restrita, em que a palavra prova é compreendida com o significado de fato, objeto ou vestígio que serve para provar a existência de outro fato; ou, ainda, em um sentido mais amplo, “para significar tudo aquilo que possa ser introduzido ou praticado no processo com a finalidade de tornar conhecido algum fato, pessoa ou coisa”, como, por exemplo, os objetos, os indícios, os laudos e relatórios periciais, a confissão, a acareação, a inspeção judicial, os depoimentos e os documentos; ou, por fim, “com o significado subjetivo de resultado produzido na mente do juiz, ou seja, a convicção do julgador sobre a realidade ou verdade dos fatos”,

que é marcadamente inquisitorial, razão pela qual “pode o réu, na ação penal, impugnar a perícia, requerer novo exame ou pedir esclarecimentos aos peritos”. (FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*, p. 66).

¹¹⁶⁰ Brum diz que, segundo o sistema probatório adotado, “alguns autores costumam dividir a história do processo judicial em cinco períodos ou fases. Assim, teria havido a fase ética ou primitiva, identificada como sendo a que corresponde ao período em que a organização das sociedades era muito rudimentar, em que não existia nada que pudesse chamar-se sistema probatório e na qual cada povo, aldeia ou clã adotava formas diferentes e transitórias na solução de seus conflitos, variando os critérios com a sucessão dos chefes ou líderes; a fase religiosa ou mística, na qual ocorriam os “Juízos de Deus” ou “Ordálio”, baseados na ignorância e no fanatismo, e que consistia em submeter os acusados a determinadas provas (“a prova do fogo”, “prova da água” etc.) ou, então, em submeter o acusado e o acusador a um duelo, acreditando-se que os deuses favoreceriam quem tivesse razão, fazendo prevalecer a verdade e a justiça. Esse sistema difundiu-se em toda a Europa, influenciado, principalmente, pelo direito dos povos germânicos; a fase da certeza legal ou da tarifa legal, em que se estabeleciam tabelas de prévia valoração das provas, em que o tipo e a quantidade de provas que deveriam ser consideradas pelo juiz dependiam da natureza do fato ou da qualidade da pessoa acusada; a fase sentimental ou da certeza moral, surgida após a Revolução Francesa, em que os juízes não estavam limitados por nenhuma regra prévia de avaliação; e, por fim, a fase científica, vigente na atualidade, em cujos sistemas processuais os juízes possuem capacitação técnica e podem socorrer-se do conhecimento de técnicos de outras áreas quando a prova depender de saberes alheios à sua capacitação. Brum diz que muitos autores que escrevem sobre evolução das práticas processuais usam o termo prova com o sentido de obstáculo, provação e sacrifício. Em um sentido extraprocessual, no entanto, a palavra prova “aparece com o significado de formalidade (ou conjunto de formalismo) necessária para a validade e eficácia de determinados atos jurídicos”, de modo que “é prova a escritura pública para o ato de adoção, ou um determinado número de testemunhas é prova necessária para a validade de um testamento”. (BRUM, Nilo Bairros. *Os requisitos retóricos da sentença penal*, p. 55 e 56).

possibilitando, assim, que a defesa diga que conseguiu provar ou que produziu a prova da inocência do acusado, obtendo a sua absolvição.¹¹⁶¹

Observando que o termo “prova” ora aparece com sentido de “meio”, ora com o sentido de “resultado”, Echandia, segundo Brum, elaborou uma definição de prova que abrangesse esses dois aspectos, compreendendo-a, portanto, como o conjunto de motivos ou razões deduzidos dos meios colhidos e que possibilitam o conhecimento dos fatos para os fins processuais. No entanto, percebendo a confusão presente nessa definição, Brum adverte para o fato de que o conjunto de motivos ou razões que se extraem dos meios de prova carregados ao processo não é obtido apenas pelo processo mental da dedução, não podendo garantir o conhecimento efetivo dos fatos, mas apenas uma convicção falível sobre eles.¹¹⁶²

Em um sistema acusatório, a produção das provas está a cargo das partes, enquanto, no sistema inquisitivo, essa produção se concentra na pessoa do juiz. No sistema misto, por sua vez, a produção da prova cabe às partes, mas o juiz exerce um papel predominante na instrução, podendo, inclusive, determinar, de ofício, a produção de provas. Os sistemas inquisitivo e misto, que admitem a participação importante do juiz na produção das provas, possibilitam-lhe direcionar a solução do caso penal, confirmando-o, modificando-o ou extinguindo-o, ou, como ocorre no sistema misto, desequilibrando a relação processual em prol da acusação ou da defesa.

Ressalta-se que a constituição das provas é extremamente importante para a motivação da decisão, uma vez que tem a capacidade de influir na convicção não somente do juiz de primeiro grau, mas, também, nas demais instâncias, em sede de recurso. Não obstante essa função da prova, não se pode perder de vista que a sua sistemática não viabiliza um controle racional da atividade valorativa dos juízes, uma vez que, no âmbito penal, segundo Brum, “as possibilidades de manipulação da prova são quase ilimitadas”, sobretudo quando essa aplicação for orientada pelo princípio da livre convicção do juiz, do método rígido de interpretação da lei penal e da concentração da atividade judicial na prova, o que faz com que os juízes criminais busquem soluções de equidade ou segurança,

¹¹⁶¹ BRUM, Nilo Bairros. *Os requisitos retóricos da sentença penal*, p. 56.

“concentrando sua atividade manipuladora na reconstituição e valoração dos fatos, vale dizer da prova”.¹¹⁶³

Embora seja o processo uma sequência cumulativa de atos e que seja inevitável o estabelecimento de regras práticas para disciplinar essa sequência, destinando-se momentos determinados para a realização de atividades específicas, Brum adverte para o fato de que isso não quer dizer que o juiz somente exerça atividade valorativa e decisória na fase de julgamento e que a atividade de produção da prova não seja valorativa. É que a atividade decisória pode ser constatada, por exemplo, na fase de constituição do processo, na qual o juiz realiza atividade valorativa, decidindo se recebe ou rejeita a denúncia ou a queixa, ou na concessão da tutela penal de urgência, quando decide se homologa ou não o auto de prisão em flagrante, se decreta ou não a prisão preventiva, além de outros incidentes processuais, ocasião em que “o juiz aprecia fatos, valora comportamentos, avalia provas, em uma palavra julga”. Também a produção de provas pelo juiz constitui uma atividade valorativa, sobretudo em relação àquelas produzidas por sua própria iniciativa, já que “a necessidade de produção de novas provas decorre do fato de ter o juiz julgado insuficientes as provas produzidas pelas partes”. Embora sejam importantes os indícios produzidos na fase da investigação ou instrução preliminar, é a fase da instrução processual penal definitiva que concentra a atividade de produção probatória relativa tanto ao fato tido como delituoso quanto ao acusado.¹¹⁶⁴

A partir do que se disse já é possível concluir que a constituição das provas processuais é ato complexo destinado à instrução ou à cognição judicial, levado a efeito pelas partes e pelo juiz conjuntamente. Essa produção probatória, segundo Brum, é “altamente problemática”, porque é realizada de “forma indireta” e porque, além dos órgãos do Poder Judiciário, há o concurso de outros diferentes órgãos e pessoas que integram o sistema de justiça criminal e estão encarregados dessa reconstituição fática, todos condicionados por interesses ou concepções diferentes acerca do crime e do criminoso, tais como policiais, advogados, membros do

¹¹⁶² BRUM, N. B. *Op. Cit.* p. 56-57.

¹¹⁶³ BRUM, N. B. *Idem*, p. 51.

¹¹⁶⁴ BRUM, N. B. *Ibidem*, p. 52-53.

Ministério Público e peritos. Além disso, não se pode desconsiderar a pluralidade de versões e as dificuldades judiciais na realização da reconstituição indireta, uma vez que a atividade probatória está longe de ser imaculada e isenta.¹¹⁶⁵

O policiais são os profissionais cuja atividade diária, segundo Brum, está diretamente relacionada ao “mundo do crime”, ou seja, que se insere “numa ‘zona social’ conturbada” que os coloca, frequentemente, numa “ambígua condição de ‘herói-bandido’ ou ‘bandido-herói’”, uma vez que muitos policiais se sentem entre um mundo que devem conhecer e combater e outro que devem defender, mas no qual, às vezes, não conseguem integrar-se. Isso “faz com que o policial típico tenha uma ‘filosofia própria’, ou ideologia particular – o que, de resto, é natural em qualquer profissão”, de modo que essa maneira peculiar de ver as coisas influi na investigação ou na instrução preliminar e, conseqüentemente, na produção das provas e indícios que servirão à reconstituição os fatos.¹¹⁶⁶

Os advogados contratados pelo acusado ou pela vítima para atuar no processo são os únicos que, para Brum, têm interesses óbvios, buscando “sempre configurar, desfigurar ou transfigurar os fatos no sentido que mais favoreça seus constituintes, o que é muito natural, pois para isso são remunerados”, sendo esse “o seu primeiro dever profissional”. São esses interesses “que fornecerão as linhas mestras para a reconstituição dos fatos na versão da defesa ou da acusação particular”.¹¹⁶⁷

Também os agentes do Ministério Público, segundo Brum, têm o seu “calo” profissional, pois, “apesar da independência sempre buscada e cultivada, esses órgãos são encarnados por seres humanos que, como tal, estão sujeitos ao condicionamento”. Assim, “o promotor ‘típico’ há de ter, também, uma maneira peculiar de ver as coisas, de valorar os fatos e pessoas”, porquanto, “ainda que seja pela intenção de contrabalançar o esforço da defesa, os promotores costumam exercer certa tendência em supervalorizar as provas acusatórias”,

¹¹⁶⁵ BRUM, N. B. *Ibidem*, p. 53.

¹¹⁶⁶ BRUM, N. B. *Ibidem*, *idem*.

¹¹⁶⁷ BRUM, N. B. *Ibidem*, *idem*.

deixando certo que, “consciente ou inconsciente, terão sua maneira característica de reconstrução dos fatos”.¹¹⁶⁸

De forma acertada, Brum atribui especial destaque aos peritos, pois indiscutível é a importância desses profissionais na reconstituição do fato criminoso, uma vez que exercem essa atividade de maneira peculiar, cuja contribuição, por ser técnica, é altamente prestigiada. No entanto, não é raro os peritos se equivocarem em suas avaliações sobre pessoas, coisas e fatos, o que ocorre por insuficiência de formação e experiência ou por desatenção a uma tarefa rotineira ou, ainda, pela complexidade do objeto de exame. Contudo, “a relatividade de seus laudos e relatórios somente é percebida quando ocorre divergirem entre si, o que não é incomum, mormente em se tratando de peritos não-oficiais”.¹¹⁶⁹

Há de ressaltar-se, ainda, a importância das testemunhas, dos serventuários da justiça e da mídia na reconstrução dos fatos tidos como criminosos, dado o papel que esses exercem na atividade repressiva do Estado. Não se pode esquecer, por exemplo, que o testemunho de pessoas que mantêm relações intensas com a pessoa da vítima ou mesmo com as partes técnicas, por razões óbvias, podem ser suspeitos ou tendenciosos. Os serventuários da justiça, por sua vez, exercem papéis importantes na produção da prova, sobretudo nos atos processuais de intimação de testemunhas, que, se não realizados, poderão influir, decisivamente, na reconstituição dos fatos, como, também, na tomada de depoimentos e lavratura dos diversos termos, tais como os termos de acareação, de reconhecimento de pessoas ou coisas e de apreensão, os quais, quando incompletos ou distorcidos, podem modificar o desfecho do caso penal. A influência da mídia, por fim, é cada vez mais direta no processo penal, não somente em face da sua capacidade de manipulação da opinião pública, mas, sobretudo, pela sua interferência nas construções mentais dos diversos agentes, testemunhas e jurados. Além disso, por meio do jornalismo investigativo, a mídia produz indícios que poderão ser utilizados no processo penal, tais como, documentários, reportagens e entrevistas, o que ocorre frequentemente.

¹¹⁶⁸ BRUM, N. B. *Ibidem*, p. 54.

Esse desencontro de interesses e posturas, via de regra, segundo Brum, leva à “construção de duas ou mais versões para o caso sub judice”, sendo comum que, uma vez “concluída a instrução criminal, o juiz se veja frente à possibilidade de configurações contraditórias igualmente verossímeis”, devendo ele, “com esse material heterogêneo e problemático”, proclamar a verdade fática, o que significa dizer que dele se exige “a habilidade de arrancar dos autos a verdade real”. Para realizar essa difícil ou impossível tarefa, o juiz deve orientar-se pelas leis que regulamentam a prova, pela teoria geral das prova e pela jurisprudência respectiva. No entanto, é mais comum que os juízes avaliem a prova seguindo o exemplo dos seus pares, o que leva a um círculo vicioso.¹¹⁷⁰

§2º. A constituição das teses acusativas e defensivas

Constituídas as provas, passa-se à fase dos debates ou das razões ou alegações finais – o que compreende, também, às razões e contrarrazões recursais, quando houver a interposição de recursos à decisão judicial de mérito –, que é o momento em que as partes técnicas realizam o seu juízo acerca dos fatos,

¹¹⁶⁹ BRUM, N. B. *Ibidem, idem*.

¹¹⁷⁰ BRUM, N. B. *Ibidem*, p. 54-55. Sobre as regras que regulam a matéria das provas, Brum se reporta ao Código de Processo Penal brasileiro (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941), inclusive às suas modificações posteriormente introduzidas, afirmando ter esse diploma legal reservado os noventa e seis artigos do seu Título VII para a regulamentação quase que exclusiva das provas, os quais restringem-se às normas que, direta ou indiretamente, referem-se à avaliação das provas em geral, ou seja, ao princípio do livre convencimento do juiz e às limitações que existem a esse princípio. (BRUM, N. B. *Ibidem*, p. 57). Desse título, os artigos 155, 156 e 158, que pertencem às disposições gerais sobre as provas, merecem especial atenção. O primeiro, por fazer menção ao princípio do livre convencimento judicial na apreciação da prova; por ressaltar as provas cautelares não repetíveis e antecipadas; por vedar a fundamentação da decisão em elementos exclusivamente informativos; e por restringir a prova sobre as pessoas às estabelecidas na lei civil. O segundo, porque trata das provas ilícitas. Por fim, o terceiro, porque trata da exigência da prova pericial nos casos em que a conduta deixar vestígios, embora, o código preveja, nos seus artigos 167 e 182, respectivamente, que, “não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta” e que “o juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte”. Além desses artigos, cabe uma menção ao parágrafo único do artigo 186 e ao inciso VII do artigo 386 do Código de Processo Penal brasileiro, segundo os quais, respectivamente, “o silêncio, que não importará confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”, e que o juiz absolverá o réu, “se não existir prova suficiente para a condenação”. Em relação à absolvição por insuficiência de provas, Brum ressalta a inexistência de parâmetros acerca da insuficiência da prova, mencionando, como exemplo, o processo em que fique devidamente provado que o fato existiu e tipifica infração penal, que o réu concorreu para a sua ocorrência e que não há, além disso, circunstâncias excludentes de crime ou dirimentes de culpa ou nada que isente o réu de pena. Mesmo assim, o juiz poderá absolver o réu por insuficiência de provas.(BRUM, N. B. *Ibidem*, p. 58).

isto é, em que constituem, pela linguagem, as suas versões, instruindo o juiz da causa, tratando-se, pois, de um momento muito importante, tanto para a acusação quanto para a defesa.

Três aspectos devem ser ressaltados quanto às razões finais ou recursais, ou seja, a sua localização na fase instrutória, a sua forma e a linguagem da acusação e da defesa, sendo este último aspecto, dada a sua relevância e objetivos da pesquisa, tratados em seção específica.¹¹⁷¹

As alegações ou razões finais e recursais, assim como as contrarrazões recursais, tanto da acusação quanto da defesa, também têm o propósito de instruir o julgador acerca dos elementos fáticos e jurídicos do caso penal, integrando, portanto, a fase da instrução. É nesse momento, pois, que as partes fazem o seu raciocínio acerca dos fatos, constituindo as suas versões ou teses finais, agora com base não somente nos elementos indiciários e provas obtidas na instrução preliminar, mas fundamentadas nas provas constituídas na instrução processual definitiva, ou seja, sob o pálio do contraditório. É nesse momento, também, que as partes fazem o seu raciocínio jurídico, procurando adequar os fatos à norma penal ou negando essa adequação.

As alegações finais, segundo Tourinho Filho, “são exposições circunstanciadas feitas pelas partes, visando à demonstração de suas pretensões, procurando, assim, convencer o juiz quanto ao acerto da tese suscitada”.¹¹⁷² Por isso, para Almeida, “devem ser admitidas todas as alegações que tenham qualquer relação com o fato que se pretende descobrir”.¹¹⁷³ É nessa ocasião, também, que a acusação poderá fazer o seu pedido de condenação, após ter formulado o seu juízo acerca da subsunção entre o fato descrito na denúncia ou na queixa e o tipo penal, com base, agora, nas provas colhidas na instrução criminal e desde que ausentes causas de exclusão de ilicitude ou de antijuridicidade e de culpabilidade ou mesmo de punibilidade. Se a conclusão for pelo pedido de condenação, deve a acusação indicar, também, as circunstâncias que devem incidir na aplicação da pena. O pedido de absolvição deverá ocorrer

¹¹⁷¹ Ver §3º da Subseção I da Seção IV deste Capítulo.

¹¹⁷² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, v. 3, p. 78.

¹¹⁷³ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes. *Princípios fundamentais do processo penal*, p. 115.

quando não estiverem presentes as condições antes mencionadas, sendo possível, também, a formulação de pedido de desclassificação ou o aditamento da denúncia ou da queixa.

Quanto à defesa, é esse o momento em que procurará desconstituir o caso penal ou atribuir-lhe nova descrição, a fim de que a pena a ser aplicada seja menos grave.

A tendência, portanto, é que a acusação e a defesa produzam versões, total ou parcialmente, contrárias, uma vez que tanto uma quanto a outra tendem a buscar resultados antagônicas, o que ocorre, também, quando a acusação é exercida pelo Ministério Público – o que é o mais comum –, pois, no jogo dialético com a defesa, os membros do Ministério Público tendem a se inclinar por juízos de reprovação e sancionamento das condutas que integram os diversos casos penais.

Conforme é possível constatar na prática forense, e guardadas as peculiaridades de cada função e ato processual, as alegações finais e as razões e contrarrazões recursais, formalmente, devem conter os seguintes requisitos: 1) a autoridade judiciária à qual é endereçada; 2) o relatório; 3) a fundamentação fática e jurídica; 4) a conclusão com o pedido; 5) a data, o nome e a assinatura do responsável pela acusação ou pela defesa. Essa estrutura é observada tanto nas alegações orais quando nas alegações escritas, embora, naquelas, a tendência, pelo reduzido tempo destinado a cada uma das partes e, pelo fato de serem, comumente, ditadas ou estenografadas para que sejam reduzidas a termo, acabam sendo mais sucintas que as alegações escritas.¹¹⁷⁴

¹¹⁷⁴ A legislação processual penal brasileira não dispõe, especificamente, sobre os requisitos formais das alegações finais e das razões ou contrarrazões recursais, fazendo menção, tão-somente, à forma escrita ou oral. O art. 403 do Código de Processo Penal brasileiro estabelece que “não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais por 20 (vinte) minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10 (dez) [...] § 3º O juiz poderá, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceder às partes o prazo de 5 (cinco) dias sucessivamente para a apresentação de memoriais”. O artigo 81 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) dispõe sobre a apresentação de alegações finais orais. O artigo 538, § 2º e 539 do Código de Processo Penal brasileiro, também dispõe sobre o oferecimento de alegações finais orais. Nada dispõe a lei processual penal, também, sobre o conteúdo das alegações finais, ressalvado-se, no entanto, que, conforme a Lei Orgânica do Ministério Público dos Estados (Art. 43, III, da Lei nº 8.625, de 26 de fevereiro de 1993), é dever funcional dos membros do Ministério Público “indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais, elaborando relatório em sua manifestação final e recursal”.

Subseção IV A constituição da tutela penal de urgência

Durante a investigação ou instrução preliminar ou mesmo durante a relação processual penal, muitas são as hipóteses em que, no âmbito da jurisdição instrutória, faz-se necessária a concessão da tutela penal de urgência, de caráter, predominantemente, cautelar.¹¹⁷⁵ Essa modalidade de tutela penal compreende um conjunto de medidas de urgência pessoais, instrutórias e patrimoniais,¹¹⁷⁶ que, para a sua concessão, dado o seu caráter de cautelaridade,¹¹⁷⁷ exige o preenchimento de alguns requisitos, entre os quais, devido à influência do direito processual civil, mas respeitadas as peculiaridades do processo penal, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, compreendido este, em algumas das situações antes mencionadas, como *periculum libertatis*.

O propósito da presente subseção é destacar a análise que se faz acerca do fato motivador da tutela penal de urgência, com vistas a estabelecer uma distinção entre a constitutividade da decisão que concede a tutela penal de urgência e que se situa no âmbito da cautelaridade, e a que constitui o crime ou a contravenção penal e o seu autor como criminoso ou contraventor e que se situa no âmbito da decisão principal e definitiva.

Essa distinção pode ser resumida a três aspectos relacionados com o nível do juízo realizado acerca do fato motivador, com a impossibilidade da análise de todos os atributos do fato punível e com a destinação da tutela penal.

¹¹⁷⁵ Discute-se, segundo Fernandes, a autonomia do processo cautelar, ou seja, se esse “constituiria ou não um terceiro gênero, ao lado dos processos de conhecimento e de execução”, sendo predominante, no Brasil, a tendência de “dotar o processo cautelar de autonomia, mas ligando-o a outro processo (de conhecimento ou de execução)”. (FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*, p. 297-298).

¹¹⁷⁶ Sobre as jurisdições instrutória e de ordem, ver o Subítens 2.2.1 e 2.2.2 B do §2º da Subseção VI da Seção II do Capítulo III.

¹¹⁷⁷ Fazendo um paralelo com a tutela cautelar do processo civil, Ramos menciona como características da tutela cautelar: a urgência, a sumariedade procedimental e material, a aparência, a temporariedade, a incapacidade de gerar coisa julgada material, a referibilidade e a fungibilidade. (RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal*, p. 86-95).

A primeira diferença entre a decisão constitutiva da tutela penal de urgência e a sentença penal condenatória está relacionada com o nível do juízo.¹¹⁷⁸ É que, enquanto, nesta, há um juízo de certeza acerca do fato motivador, naquela, esse juízo ocorre em nível de possibilidade ou de mera suspeita ou aparência e de probabilidade. O juízo de possibilidade ocorre, entre outros, na instauração da investigação ou instrução preliminar, na concessão da busca ou apreensão, na produção antecipada de prova, pois não há, em relação a tais medidas, salvo raras exceções, a possibilidade de análise mais aprofundada que autorize um juízo de probabilidade, pois isso dependeria, ao menos, da existência de indícios, os quais são constituídos na investigação ou instrução preliminar ou na produção antecipada da prova. O juízo de probabilidade ocorre, entre outros, na decretação da prisão preventiva, no sequestro e na especialização de hipoteca legal, pois tais medidas de urgência pessoais e patrimoniais, por serem decretadas antes do trânsito em julgado da sentença penal e no curso da investigação ou instrução preliminar ou da relação processual penal, exigem indícios suficientes da prática de uma conduta típica.

A esse respeito, Tornaghi afirma que, “ao contrário do que acontece com as providências definitivas, as cautelares não exigem profunda indagação sobre o direito de quem pede”, o que significa dizer que “basta uma *aparência do direito*”.¹¹⁷⁹ Também Manzini afirma que “a reunião de *suficientes indícios de culpabilidade*” apresenta-se como a “condição necessária e suficiente para que se possa emitir um mandado ou uma ordem contra quem se suspeita ser autor de um delito, e em determinados casos, para ordenar seu arresto ou detenção”.¹¹⁸⁰ Além disso, conforme ressaltado por Ramos, “um dos caracteres da medida de urgência é a aparência, isto é, o juiz decide-a sem ter elemento de convicção que lhe proporcionem um quadro completo a respeito do caso”, razão pela qual “a prova indiciária é suficiente para legitimar o decreto de prisão preventiva”. Isso significa

¹¹⁷⁸ Ver a distinção entre juízos de possibilidade, de probabilidade e de certeza exposta no início desta Seção.

¹¹⁷⁹ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*, v.5, p. 116.

¹¹⁸⁰ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*, t. III, p. 487: “La reunión de *suficientes indicios* de culpabilidad” [...] “es condición necesaria y suficiente para que se pueda emitir un mandato o una orden contra quien se sospecha autor de un delito, y en determinados casos, para ordenar su arresto o detención”.

dizer que “o juiz não decide pela prisão preventiva, obviamente, escudado em um conjunto robusto de provas, mas atende a uma regra de experiência”, ou seja, “diante do confronto dos bens jurídicos em cotejo, porém pode decidir com base na aparência do direito alegado”.¹¹⁸¹

A segunda diferença está relacionada com a impossibilidade de, em sede de tutela de urgência, fazer-se uma análise detalhada de todos os atributos da conduta penal, ou seja, de toda a estrutura do fato punível, que compreende não somente a conduta e a tipicidade, mas alcança, também, a antijuridicidade, a culpabilidade e a punibilidade. Isso ocorre porque, embora a investigação ou instrução preliminar possa trazer elementos indiciários fortes acerca de todos esses elementos que compõem a estrutura do fato punível, se não houver o encerramento da instrução processual definitiva, que compreende a constituição das provas e das teses acusativas e defensivas com a observância do contraditório e da ampla defesa, não pode o juiz ter acesso a todas as exceções explícitas e implícitas, substanciadas nas excludentes legais e supralegais de tipicidade, de ilicitude, de culpabilidade e de punibilidade. Os elementos indiciários colhidos na investigação ou instrução preliminar, assim como os obtidos na constituição da prova durante a instrução processual penal definitiva, se, ainda, não tiverem sido apresentadas as razões finais das partes técnicas, não são suficientes para a obtenção de um juízo de certeza, como também não autorizam uma análise aprofundada da estrutura analítica do fato punível. Quando muito, essas provas autorizam um juízo de probabilidade, assim como ocorre em sede de dedução da acusação. Por isso, explica Marques, no âmbito da cautelaridade, em

¹¹⁸¹ RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*, p. 338 e 340. Há autores, a exemplo de Delmanto Júnior, que estabelecem distintos níveis de juízo entre a análise do fato punível e a sua autoria, exigindo, para a decretação da prisão preventiva, a “*prova da existência do crime*”, para a qual é necessária “a certeza do fato”, e “indícios suficientes de autoria”, não bastando meras suspeitas, que autorizam apenas um juízo de possibilidade, sendo necessários, no mínimo, indícios que autorizam um juízo de probabilidade sobre a prática do fato punível. Apesar da exigência de certeza sobre o fato, não se deve “falar em *crime*, tampouco em justa causa para a persecução penal e, muito menos, para decretar-se prisão preventiva”. (DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*, p. 163, 164 e 167). Essa posição sustentada por Delmanto Júnior é decorrente da incorreção técnica do texto legislativo, que, como se pode perceber na parte final do artigo 312 do Código de Processo Penal, o legislador também efetuou essa injustificável distinção. Evidencia-se, pois, uma injustificável separação entre o crime e a sua autoria, como se uma conduta concreta pudesse ser analisada separadamente do seu autor e em níveis distintos de juízos, uma vez que já se sabe que a estrutura analítica do crime é única, apesar das várias concepções existentes.

regra, é suficiente “a comprovação da tipicidade”, ou seja, da prática de uma conduta que se adeque a um tipo penal, o que corresponde ao “princípio do *corpo de delito*” como causa que legitime, entre outras, a prisão em flagrante e a prisão preventiva.¹¹⁸²

Assim, no caso das medidas instrutórias de urgência administrativas, ou seja, para que haja a instauração de uma investigação ou instrução preliminar ou da lavratura de um auto de prisão em flagrante, ou das medidas instrutórias de urgência jurisdicionais, como é o caso da antecipação da prova e, até mesmo, para a expedição de mandado de busca e apreensão, exige-se que a medida tenha relação com um fato aparentemente típico e que haja, ao menos, suspeita acerca de uma conduta que a torne passível de tipicidade. Nas demais medidas urgência, deve-se buscar a existência de indícios, também, dos demais atributos da conduta, embora se saiba que uma análise aprofundada somente é possível em sede de sentença penal definitiva, diferenciando-se esta, por isso, da decisão que concede a tutela penal de urgência.

Por fim, a tutela penal de urgência se distancia da sentença penal definitiva pela sua finalidade, pois, enquanto esta é o ponto culminante do processo penal condenatório, aquela é apenas instrumental, ou seja, é um meio para se chegar à sentença definitiva. É nesta e somente nesta que, após uma análise aprofundada de toda a estrutura do fato punível, pode haver a constituição do crime ou da contravenção penal e do criminoso ou contraventor, mudando o estado de inocente deste para estado de culpado, bem como a condenação com a aplicação da pena. A análise em sede de tutela penal de urgência, qualquer que seja a medida cautelar a ser concedida, por sua vez, restringe-se aos seus fins, que é assegurar a pessoa do imputado, as provas a serem colhidas e o patrimônio lesado pela conduta reprimida ou que possa assegurar a sua reparação, porque, segundo Fernandes, “existe o risco de sucederem eventos que comprometam a atuação jurisdicional ou afetem profundamente a eficácia e utilidade do julgado”.¹¹⁸³

¹¹⁸² MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v. I, p. 161.

¹¹⁸³ FERNANDES, Antonio Scarance. *O processo penal constitucional*, p. 297.

Seção III

A preparação da constituição da realidade criminal e o princípio do estado de inocência

A preparação da constituição da realidade criminal não pode afrontar o princípio do estado de inocência, presente em praticamente todos os ordenamentos jurídicos dos países ocidentais, embora com conteúdos diversos, conforme a concepção que se tenha sobre ele. Esta seção, dividida em duas subseções, tem por objeto discorrer, na primeira, sobre as várias concepções acerca desse princípio e, na segunda, sobre os cuidados que, em face desse mesmo princípio, impõem-se na preparação da constituição da realidade criminal.

Subseção I

O princípio do estado de inocência

O princípio do estado de inocência, também denominado, simplesmente, princípio de inocência ou princípio da não-culpabilidade ou, ainda, princípio da presunção de inocência, é orientado por diversas concepções, que podem ser divididas em quatro grupos, ou seja, as que sustentam ser esse princípio uma garantia efetiva do indivíduo em face do poder punitivo, impedindo toda e qualquer tentativa de arbítrio decorrente de presunções que possam prejudicá-lo; as que, em oposição às correntes anteriores, encontram, no mencionado princípio, um óbice à atuação repressiva estatal, razão pela qual sustentam que não deve existir ou, ao menos, que devem ser minimizadas as restrições que dele possam decorrer à referida atividade estatal; em posição intermediária, encontram-se as correntes mais flexíveis, ou seja, que procuram estabelecer hipóteses de aplicabilidade do citado princípio, excluindo-o dos casos em que já haja sido deduzida a acusação ou a constituição do caso ou, ainda, em que tenha ocorrido o flagrante ou a confissão pelo imputado; por fim, orientando a presente pesquisa,

há as concepções que não consideram haver presunção de inocência, mas, sim, estado de inocência, o que somente se altera com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.¹¹⁸⁴

Entre os autores que se alinham ao primeiro grupo, encontra-se Carrara que, segundo Mariconde, sustenta que “há a favor do imputado a *presunção de inocência* que assiste a todo cidadão”. No entanto, essa presunção existe não com o fim de deter a ação do acusador ou do inquisidor, mas para “restringi-los em seus modos, encadeando-os a uma série de preceitos que sejam freio para o arbítrio, obstáculo para o erro e, por consequência, proteção do cidadão”.¹¹⁸⁵ Também Lucchini afirma haver, a favor do réu, uma presunção de inocência, pois, se o fim prático do processo “consiste na descoberta da verdade em relação à imputação do crime, é natural que a ela se contraponha a hipótese de que o imputado seja inocente”, de modo que “cada cidadão deve ser reputado como tal enquanto não seja demonstrato culpado”. Assim, “enquanto a culpabilidade não é demonstrada, o imputado deve ser preservado sem que se exija dele a demonstração da sua inocência”.¹¹⁸⁶ Por fim, concebendo o princípio da presunção

¹¹⁸⁴ O princípio de estado de inocência está recepcionado no artigo 5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil, com o seguinte teor: “ninguém será considerado culpado até do trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. A *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 28 de agosto de 1789, em face da Revolução Francesa, no seu art. 9º, dispôs que “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”(UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Biblioteca virtual de direitos humanos*). Também a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, proclamada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, estabelece, no seu artigo 11.1, que “toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que a sua culpa tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”. O *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*, da ONU, datado de 16 de dezembro de 1966, dispõe, no seu artigo 14.2, que “toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”. A *Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais*, de 4 de novembro de 1950, estabeleceu, no seu artigo 6.2, que “qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”. A *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de dezembro de 1969, dispôs, no seu artigo 8.2, que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa” (VILHENA, Oscar Vieira (Org.). *Direitos humanos*, p. 17, 43, 340 e 259).

¹¹⁸⁵ MARICONDE, Alfredo Vélaz. *Derecho procesal penal*, t. II, p. 32: [...] “hay a favor del imputado la *presunción de inocencia* que assiste a todo ciudadano”, no entanto, essa presunção existe não com o fim de deter a ação do acusador ou do inquisidor, mas para “restringirlos en sus modos, encadenándolos a una serie de preceptos que sean freno para el arbítrio, obstáculo para el error y, por consecuencia, protección del ciudadano”.

¹¹⁸⁶ LUCCHINI, Luigi. *Elementi di procedura penale*, p. 15: [...] “consiste nella scoperta della verità rispetto all’imputazione del reato, è naturale che vi si contraponga l’ipotesi che l’imputato sia inocente”, de modo que,

de inocência como “uma garantia penal de origem constitucional”, Balcarce afirma que esse princípio tem a finalidade de impedir qualquer forma de preopinião ou de prejulgamento que viole essa garantia constitucional, ou seja, “toda medida que antologicamente importe um prejulgamento (jurídico formal) prejudicial para o indivíduo”, permitindo-se, apenas, as restrições previstas na constituição, tais como a prisão e a simples detenção, buscando medidas proporcionais ao que se pretende proteger, pois “somente assim se poderá evitar que siga regendo de fato o princípio de presunção de culpabilidade em nosso processo penal”.¹¹⁸⁷

Em posição contrária, ou seja, no segundo grupo, opondo-se ao princípio da presunção de inocência, encontra-se Manzini, segundo o qual é equivocado tanto “o critério de que as normas processuais estejam essencialmente dirigidas à tutela da inocência” quanto a concepção de que, no procedimento penal, exista “a favor do imputado uma presunção de inocência”, a impor, por meio dessa presunção, que esse mesmo imputado seja “considerado como inocente enquanto não haja mediado a sentença irrevogável de condenação”. Há para Manzini, nessas concepções, um paradoxo e uma irracionalidade, uma vez que “nos casos de custódia preventiva, no segredo da instrução e no fato mesmo da imputação”, essa presunção deveria constituir, ao contrário, “pelo menos, uma presunção de culpabilidade”.¹¹⁸⁸ Neste mesmo sentido está a posição de Mortara e Aloisi, que, segundo Mariconde, afirmam que “a presunção de inocência protege a todos os sujeitos que não sejam suspeitos de haver cometido um delito”, de modo que, “quem é suspeito de havê-lo cometido cessa de ser protegido por aquela presunção”, uma vez que “*tomada ao pé da letra* tornava impossível o exercício da ação penal porque sempre é absolutamente ilícito obrar contra o inocente”. Em

“ogni cittadino deve reputarse tale finchè non sia dimostrato colpevole”. Para Lucchini, “ove quinde la copabilità no si dimonstri, l'imputato debe prosciogliersi, senz'esigere la dimostrazione della sua innocenza”.

¹¹⁸⁷ BALCARCE, Fabián I. *Presunción de inocencia*, p. 52, 58, 59, 60 e 72: [...] “una garantia penal de origen constitucional”[...] “toda medida que ontológicamente importe un prejulgamiento (jurídico formal) perjudicial para el individuo”, [...] “solo así se podrá evitar que siga regiendo de hecho el principio de presunción de culpabilidad en nuestro proceso penal”.

¹¹⁸⁸ MANZINI, Vincenzo. *Tratadod e derecho procesal penal*, t. 1, p. 252: [...] “que las normas procesales estén esencialmente dirigidas a la tutela de la inocencia [...],[...] a favor del imputado una presunción de inocencia”, [...] “ser considerado como inocente mientras no haya mediado la sentencia irrevocable de condena”. [...]“en los casos de custodia preventiva, en el secreto de la instructoria y en el hecho mismo de la imputación”, essa presunção deveria constituir, “por lo menos, una presunción de culpabilidad”.

síntese, “um indivíduo resulta imputado precisamente quando diminui a presunção normal de inocência que existe a seu favor”.¹¹⁸⁹

Em posições mais flexíveis, porém limitadoras da amplitude do princípio de presunção de inocência, Garófalo, segundo Mariconde, afirma que o princípio pode “favorecer a liberdade dos imputados”, podendo, ainda, “constituir um perigo comum e uma provocação à vítima do delito”, sobretudo “quando a culpabilidade seja evidente por confissão ou flagrância”, ou mesmo quando a culpabilidade já “tenha sido solenemente proclamada por decisões jurisdicionais não transitadas em julgado”. O que Garófalo propõe é que, “no julgamento, o imputado não deve ser presumido inocente nem culpável”, pois ele “é o que é”, ou seja, um “imputado”, uma vez que “existem razões pelas quais o magistrado que o envia perante os juízes acredita ser ele culpável”.¹¹⁹⁰ Também Berenini e Ferri procuram estabelecer hipóteses de aplicabilidade desse princípio, sustentando o primeiro que o princípio da presunção de inocência somente deve ser aplicado “quando se trata do período preparatório do juízo”, ou seja, quando não existem “mais que simples suposições ou indícios”. Ferri, por sua vez, diz que a presunção de inocência “somente pode ‘valer no que se refere à prova material do fato perseguido, para a responsabilidade física do processado que nega ser o autor do ato incriminado’”, de modo que, “quando se trata de um flagrante delito ou de uma confissão do processado, confirmada por outros dados”, esta presunção não tem a mesma força lógica ou jurídica. Além disso, alinhado ao direito penal do autor, sustenta que a força desse princípio é menor quando se trata de um delinquent

¹¹⁸⁹ MARICONDE, Alfredo Vélaz. *Derecho procesal penal*, t. II, p. 37: [...] “la presunción de inocencia protege a todos los sujetos que no sean sospechados de haber cometido un delito”, de modo que, “quien es sospechado de haberlo cometido cesa de ser protegido por aquella presunción”, uma vez que, “tomada a la letra había imposible el ejercicio de la acción penal porque siempre es absolutamente ilícito obrar contra el inocente”. Explicam Morara e Aloísi, que “un individuo resulta imputado precisamente cuando viene a menos la presunción normal de inocencia que existe a su favor”.

¹¹⁹⁰ MARICONDE, A. V. *Op. Cit.* t. II, p. 34: [...] “favorecer la libertad de los imputados”, [...] “constituir un peligro común y una provocación a la víctima de delito”, [...] “cuando la culpabilidad fuese evidente por confesión o flagrancia”, [...] “hubiese sido solemnemente proclamada por decisiones jurisdiccionales aún no firmes”, [...] “en el juicio, al imputado no se lo debe presumir inocente ni culpable. Es lo que es: imputado, es decir, que existen razones por la cuales el magistrado que lo envía ante los jueces lo ha creído culpable”.

ocasional, nos casos de delinquência evolutiva, de um reincidente, de um delinquente de profissão, ou, ainda, em casos de criminalidade atávica.¹¹⁹¹

Procurando compor uma quarta via, Mariconde sustenta ser “induidoso que a favor do imputado não existe uma *presunção* de inocência, pois a experiência nos ensina que, na maioria dos casos, o processado (sujeito a processamento), e mais ainda o acusado, resulta culpável”. Além disso, “se existisse semelhante *presunção* não poderíamos conceber nenhum ato coercitivo contra a pessoa e os bens do imputado”, uma vez que “a detenção preventiva, assim como o processamento, fundam-se, pelo contrário, em uma *presunção* mais ou menos forte de culpabilidade”. Todavia, Mariconde se distingue de Manzini, Morara e Aloisi, porquanto, não obstante sustente que o princípio não consagra uma *presunção* legal, deles diverge porque, em vez de uma *presunção*, o que o princípio consagra é “um *estado jurídico* do imputado, o qual é *inocente* até que seja declarado culpável por sentença transitada em julgado”, o que de nenhuma forma obsta “que durante o processo possa existir uma *presunção* de culpabilidade (do Juiz) capaz de justificar medidas coercitivas de segurança”. Assim, Mariconde propõe que se abandone a fórmula tradicional que alude a uma “*presunção*”, para chamar de “*princípio de inocência*”, de modo que “o imputado é *inocente* durante a substanciação do processo”, uma vez que “seu estado somente pode modificar-se em virtude do ato jurisdicional que põe a termo a atividade estatal”.¹¹⁹² Portanto, se “*não há na lei nenhuma presunção de inocência nem de culpabilidade*”, Mariconde considera “exagero deformante da verdadeira *situação do imputado*” falar de *presunção de inocência*, pois o que existe é efetivo estado de inocência. Ademais, a *presunção de culpabilidade* traduz-se no “fundamento falso de medidas coercitivas desnecessárias e injustas, que tendo

¹¹⁹¹ MARICONDE, A. V. *Idem*, t. II, p. 35-36: [...] “cuando se trata del período preparatório del juicio”, [...] “más que simples suposiciones o indicios”. [...] “sólo puede ‘valer en lo que se refiere a la prueba material del hecho perseguido, para la responsabilidad física del procesado que niega ser el autor del acto incriminado’”, de modo que, “‘cuando se trata de un flagrante delito ou de una confesión del procesado, confirmada por otros datos,[...]”.

¹¹⁹² MARICONDE, A. V. *Ibidem*, t. II, p. 37 e 40:

por objetivo, tão-somente, os interesses repressivos da sociedade, implicam penas antecipadas”.¹¹⁹³

Subseção II Imposições do princípio do estado de inocência na preparação da constituição da realidade criminal

Como visto na seção anterior, diversos são os atos praticados pelos agentes do sistema penal no intuito de que as condutas passíveis de criminalização e os autores dessas condutas sejam efetivamente criminalizados, constituindo-os, respectivamente, como crimes ou contravenções penais e criminosos ou contraventores. Como somente a sentença penal condenatória transitada em julgado pode modificar a situação jurídica do imputado ou do acusado, passando este do estado de inocência para o estado de culpado, impõem-se aos agentes do sistema penal cuidados nas esferas legislativa e processual para não afrontar, na realização desses atos, o princípio do estado de inocência, até mesmo porque, no dizer de Sarmiento, esse princípio constitui “um dos princípios centrais do direito penal e processual penal”.¹¹⁹⁴

Assim, no campo legislativo, explica Mariconde, o significado do princípio do estado de inocência impõe que o imputado seja tratado “não como mero objeto de perseguição judicial”, mas, sim, “como uma pessoa inocente que é submetida a

¹¹⁹³ MARICONDE, A. V. *Ibidem, idem*: [...] “es induble que a favor del imputado no existe una *presunción* de inocencia, pues la experiencia nos enseña que, en la mayoría de los casos, el procesado (sujeto a procesamiento), y más aún el acusado, resulta culpable”, acrescentando, ainda que, “si existiera semejante presunción no podríamos concebir ningún acto coercitivo en contra de la persona y de los bienes del imputado”, uma vez que “la detención preventiva, lo mismo que el procesamiento, se basan, por lo contrario, en una presunción más o menos fuerte de culpabilidad”. [...] “un *estado jurídico* del imputado, el cual *es inocente* hasta que sea declarado culpable por sentencia firme”, o que de nenhuma forma obsta “que durante el proceso pueda existir una presunción de culpabilidad (del Juez) capaz de justificar medidas coercitivas de seguridad”, ou seja, Mariconde propõe que se abandone a fórmula tradicional que alude a uma “presunção”, para chamar de “*principio de inocencia*”, de modo que “*el imputado es inocente* durante a substanciación del proceso”, uma vez que “su estado sólo puede cambiar en virtud del acto jurisdiccional que pone término a la actividad estatal”. [...] “*no hay en la ley ninguna presunción de inocencia ni de culpabilidad*”, ressaltando que, “exageración deformante de la verdadera *situación* del imputado”, por outro lado, “fundamento falso de medidas coercitivas innecesarias e injustas, que miram tan sólo al interés represivo de la sociedades implican penas anticipadas”.

processamento por suspeitar-se da sua culpabilidade, e a quem, em consequência, se lhe devem conceder os poderes necessários para que se possa opôr adequadamente à imputação”. Além disso, o legislador deve encontrar nesse postulado constitucional “o *verdadero fundamento de toda restricción a la libertad del imputado*”, de modo que, “se este é inocente até que uma sentença transitada em julgado o declare culpado, sua liberdade somente pode ser restringida a título de cautela ou como medida de segurança”, ou seja, “quando seja *indispensável* para assegurar o império do direito, isto é, a aplicação efetiva da lei”.¹¹⁹⁵

Por sua vez, no campo processual, segundo Mariconde, o princípio do estado de inocência impõe a interpretação restritiva “quando se trata de *normas que limitam a liberdade pessoal do imputado*”, como, por exemplo, as relativas à prisão preventiva. Além disso, tendo em vista “que o *sacrificio da liberdade pessoal somente deve ser autorizado na medida da mais estrita necesidad*”, o princípio de inocência impõe que, ao exercer o poder de ordenar uma medida cautelar, o juiz “*verifique concretamente dita necesidad*, auscultando a natureza e gravidade do delito, as condições morais, sociais e econômicas do imputado e seus antecedentes”, de modo que, “com igual razão, a regra se dirige também à autoridade policial e aos representantes do Ministério Público”. Também no campo da produção probatória esse princípio exerce importante influência, porquanto, se o processo tutela a liberdade pessoal e o imputado é inocente até que uma sentença condenatória transitada em julgado afirme acerca da sua culpabilidade, “parece indubitável que o dogma constitucional exclui em absoluto a carga probatória do imputado”, de modo que “este não tem o *dever* de provar nada, ainda que tenha o *direito* de fazê-lo, pois *goza de uma situação jurídica que não requer ser construída, senão que deve ser destruída*”, razão pela qual, “se não se prova a sua culpabilidade seguirá sendo inocente e, portanto, deverá ser

¹¹⁹⁴ SARMENTO, George. A presunção de inocência no sistema constitucional brasileiro, p. 219

¹¹⁹⁵ MARICONDE, Alfredo Vélaz. *Derecho procesal penal*, t. II, p. 41: [...] “no como mero objeto de persecución judicial”, mas, sim, “como una persona inocente que es sometida a procesamiento por sospecharse su culpabilidad, y a quien, en consecuencia, se le deben acordar los poderes necesario para que se pueda oponer adecuadamente a la imputación”. Além disso, o legislador deve encontrar nesse postulado constitucional “el *verdadero fundamento de toda restricción a la libertad del imputado*”, de modo que, “si éste es inocente hasta que una sentencia firme lo declare culpable, su libertad sólo puede ser restringida a

absolvido”. Assim, em matéria de prova, deve-se depreender do princípio da inocência “que em nenhum caso incumbe ao imputado a prova dos fatos que possam justificar sua inocência ou qualquer circunstância de atenuação”.¹¹⁹⁶

A preparação da constituição da realidade criminal, como visto, encerra, no entanto, preopiniões ou pré-julgamentos, das quais o processo penal não pode prescindir, uma vez que, sendo uma sequência de atos que podem culminar na constituição de um fato como crime ou contravenção penal e o seu autor como criminoso ou contraventor, é de se esperar que, nos indiciamentos, na dedução da acusação, no juízo de admissibilidade e na tutela penal de urgência, respectivamente, as autoridades investigantes, os acusadores e os juízes efetivamente façam juízos preliminares acerca do fato. Esses juízos, no entanto, não têm o condão de modificar o estado de inocência para estado de culpado, pois são juízos provisórios que se prestam, tão-somente, para a prática dos mencionados atos, e não como juízos definitivos. Por isso, não se pode admitir que esses juízos extrapolem os limites constitucionais e legais dos atos praticados e nem os seus objetivos estritos, uma vez que tais juízos devem se restringir à investigação ou instrução preliminar e ao processo penal propriamente dito. Por outro lado, o princípio de estado de inocência não obsta a persecução penal e toda a restrição de direitos que esta é capaz de impor a diversas pessoas no processo penal, assegurando, tão-somente – e isso já seria suficiente –, o estado de inocência do suspeito, do indiciado ou do acusado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória; estado este que não resulta alterado pela realização dos atos persecutórios que visam à realização da pretensão punitiva estatal.

título de cautela o como medida de seguridad”, ou seja, “cuando sea *indispensable* para asegurar el imperio del derecho, es decir, la aplicación efectiva de la ley”.

¹¹⁹⁶ MARICONDE, A. V. *Op. Cit.* t. II, p. 42-47: [...] “cuando se trata de *normas que limitan la libertad personal del imputado*”, [...] “que el *sacrificio de la libertad personal sólo debe ser autorizado en la medida de la más estricta necesidad*”, [...] “*verifique concretamente dicha necesidad*, auscultando la naturaleza y gravedad del delito, las condiciones morales, sociales y económicas del imputado y sus antecedentes”, [...] “con igual razón, la regla se dirige también a la autoridad policial y a los representantes del Ministerio Público”. [...] “parece indudable que el dogma constitucional excluye en absoluto la carga probatoria del imputado”, de modo que “este no tiene el *deber* de probar nada, aunque tenga el *derecho* de hacerlo, pues goza de una situación jurídica que no requiere ser construída, sino que debe ser destruída”, razão pela qual, “si no se le prueba su culpabilidad seguirá siendo inocente, y por lo tanto, deberá ser absuelto”. Assim, em matéria de prova, deve-se depreender do princípio da inocência, “que em ningún caso incumbe al imputado la prueba de los hechos que puedan justificar su inocência o cualquier circunstancia de atenuación”.

Seção IV

A linguagem jurídico-penal na preparação da constituição da realidade criminal e o poder de definição dos agentes do sistema penal

A linguagem jurídico-penal, além de exercer diversas funções, tem importância decisiva na constituição da realidade criminal. Conforme demonstrado na segunda seção, vários atos de linguagem, preparatórios da constituição da realidade criminal, são praticados no processo de criminalização secundária, os quais, apesar de não serem aptos a constituírem o crime, a contravenção penal, o criminoso ou o contraventor, constituem situações jurídicas novas, revelando o poder de definição dos agentes do sistema penal em relação a essas situações.

A presente seção, dividida em duas subseções, procura ressaltar o papel exercido pela linguagem na preparação da constituição da realidade criminal e o poder de definição dos agentes do sistema penal, com exceção dos juízes, que serão objetos do capítulo seguinte. Enquanto a primeira subseção trata da linguagem jurídico-penal preparatória da constituição dessa realidade, a segunda se ocupa do poder de definição dos agentes policiais e do Ministério Público.

Subseção I

A linguagem jurídico-penal na preparação da constituição da realidade criminal

Os diversos atos praticados na preparação da constituição da realidade criminal, além de atos processuais, são atos de linguagem, que, como visto no capítulo inicial, exercem funções diversas no processo penal, entre as quais a descritiva, a prescritiva, a emotiva, a poética, a performativa, a metalinguística, a de fabulação e a de dominação. Assim, ao tempo em que descreve condutas, situações, fatos e conteúdos normativos, a linguagem jurídico-penal expressa sentimentos e aparências estéticas, influencia ou pretende influenciar a conduta das demais pessoas, refere-se a outro nível linguístico, pretende fazer crer ou

exercer certa dominação. Essas funções podem ser percebidas, em maior ou menor intensidade e concomitantemente, tanto na notícia do crime quanto na investigação ou instrução preliminar, na acusação e na defesa e na jurisdição instrutória. Os parágrafos seguintes discorrem, separadamente, sobre a linguagem jurídico-penal usada em cada um desses distintos campos preparatórios da constituição da realidade criminal.

§1º. A linguagem da notícia do crime

A notícia do crime, quando apresentada por pessoa comum,¹¹⁹⁷ encerra, em regra, linguagem ordinária ou comum e, quando apresentada por intermédio de advogado, é provável que utilize linguagem técnica ou artificial.

A linguagem usada na notícia do crime é, predominantemente, descritiva, pois se refere a um fato pretérito, isto é, a um acontecimento. Contudo, não se pode admitir que os relatos das vítimas ou dos terceiros interessados exerçam somente essa função. É evidente que esses relatos também exercem a função prescritiva, pois a vítima também quer que a autoridade noticiada investigue e persiga o autor da conduta relatada. Para tal, o noticiante pode lançar mão, também, da função emotiva, não hesitando em expressar sentimentos, paixões ou emoções em relação aos envolvidos.

Além dessas funções, pode-se afirmar que a notícia do crime encerra a função performativa, pois relatar é, também, um fazer, isto é, é dar um início à reconstituição do fato, pois a notícia do crime não se confunde com o fato, já que é, apenas, a descrição de um fato supostamente acontecido, sendo, portanto, um ato, entre tantos outros, de reconstrução desses fatos. Como produto da

¹¹⁹⁷ O Código de Processo Penal brasileiro, no §1º do seu artigo 5º, estabelece os requisitos do requerimento de inquérito policial, quando formulado pelo ofendido ou por quem tiver qualidade para representá-lo, devendo conter, sempre que possível: “a) a narração do fato, com todas as suas circunstâncias; b) a individualização do indiciado ou seus sinais característicos e as razões de convicção ou de presunção de ser ele o autor da infração, ou os motivos da impossibilidade de o fazer; c) a nomeação das testemunhas com indicação de sua profissão e residência”. Veja-se que o requerimento de inquérito não se limita à descrição de um fato, mas abrange, também, elementos de convicção, ou seja, a argumentação do ofendido ou de seu representante legal.

construção humana, essa reconstrução fática é, também, historicamente determinada.

A linguagem utilizada pela vítima na notícia do crime exerce, ainda, as funções de fabulação e de dominação, pois pode ser realizada para fazer crer em algo diverso dos reais objetivos do noticiante, ou seja, pode conter intenções ocultas e ilusórias, que não propriamente a investigação de um fato aparentemente típico, como quando busca estabelecer uma relação de poder ou a obtenção de vantagem indevida.¹¹⁹⁸ Nem sempre essas segundas intenções da vítima ou da pretensa vítima ou de seus representantes são percebidas pela autoridade investigante, embora, algumas vezes, a autoridade investigante, conscientemente, concorde em prestar-se à produção desses efeitos ocultos desejados pelo ao noticiante.

§2º. A linguagem da investigação ou instrução preliminar

Os atos de investigação ou de instrução preliminar são atos produzidos na linguagem tanto das pessoas envolvidas no fato em si, como, por exemplo, a vítima, o autor da conduta e as testemunhas, quanto pelas pessoas envolvidas na investigação, tais como a autoridade investigante e os seus auxiliares, os peritos, os advogados, os subscritores de documentos e os agentes do Ministério Público e do Poder Judiciário. Dada a diversidade de pessoas envolvidas, a forma de linguagem usada nas investigações é híbrida. A vítima, as testemunhas e o indiciado tendem a usar uma linguagem natural ou ordinária, em termos, muitas vezes, não adequados à técnica penal e processual, passando, por isso, por diversas interpretações que, segundo Perelman, dão “ao sujeito e ao predicado sentidos diferentes”.¹¹⁹⁹ A autoridade investigante, os agentes policiais, os peritos, advogados e os agentes do Ministério Público e do Poder Judiciário, por sua vez, tendem a usar uma linguagem artificial ou técnica. De qualquer forma, é essa

¹¹⁹⁸ Isso ocorre, por exemplo, quando a notícia do crime serve de instrumento de coação do noticiado para a obtenção de alguma vantagem ou a lesão da imagem e da honra deste, em face da exposição pública que a investigação pode lhe propiciar, ou para fazer prova nas empresas de seguro, ou para justificar a demissão de um empregado, ou para obter o pagamento de um título de crédito, como é o caso dos cheques.

¹¹⁹⁹ PERELMAN, Chaïn. *Retóricas*, p. 26.

linguagem que constitui os atos de investigação, devendo, quando produzida oralmente, ser convertida em linguagem escrita, como consequência da máxima segundo a qual “o que não está nos autos não está no mundo”.

Entre todos esses atos de linguagem, segundo Tourinho Filho, a palavra do ofendido é a que possui maior valor probatório relativo, “em face do interesse que tem na relação jurídico-material”, embora, às vezes, sua palavra seja de extraordinária importância, pois constitui o vértice de toda a prova.¹²⁰⁰ Impõe-se esse destaque, pois, longe de exercer uma função meramente descritiva, nesses casos, a linguagem da vítima tem o poder de constituir, quase com exclusividade, a realidade fática.¹²⁰¹ Embora estejam impedidas de manifestar suas opiniões pessoais sobre o fato, as testemunhas reconstituem os fatos interpretativamente, o que pressupõe pré-compreensão, que é determinada temporal e espacialmente. O interrogatório do indiciado, no caso de confissão total ou parcial, também, pode ser constitutivo do fato, assim como o seu silêncio pode transmitir elementos de convicção, embora esses não possam ser interpretados em prejuízo do interrogado.¹²⁰²

Em sede de atos de investigação, os exames periciais são por demais valorizados no esclarecimento dos fatos que deixam vestígios, pois são realizados, em regra, por pessoas que detêm habilitação profissional. O resultados desses exames são descritos nos laudos ou nos autos periciais, de modo que, embora o juiz não esteja adstrito às conclusões neles contidas,¹²⁰³ esses laudos traduzem o dito “saber científico”, merecendo, por isso, maior credibilidade. Isso ocorre, no dizer de Fiker, porque o perito pretende retratar uma realidade passível de verificação ou de falsidade, concebendo a sua atividade como realista. Por isso, a sua linguagem “é eminentemente científica, realista e sua preocupação é

¹²⁰⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal I*, p. 232. Isso ocorre, sobretudo, nos crimes contra os costumes, os quais, frequentemente, são cometidos “longe dos olhares de testemunhas e, por isso mesmo, se não se atribuir à palavra da vítima excepcional valor, dificilmente se conseguirá punir os autores dessas infrações”. (TOURINHO FILHO, F. da C. *Op. Cit.* p. 232).

¹²⁰¹ Por não prestar o compromisso de dizer a verdade, a vítima não está sujeita às penalidades pela prática de falso testemunho, embora esteja sujeita à sanção por denúncia caluniosa, se der causa à instauração da investigação, imputando a alguém, falsamente, crime de que o sabe inocente.

¹²⁰² O Código de Processo Penal brasileiro, em seu Artigo 186, parágrafo único, estabelece que “o silêncio, que não importará confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

com a realidade objetiva, sem duplicidade de sentido para permitir julgar da verdade ou da falsidade de suas asserções”, evitando, pois, “ambiguidades, sentido equívoco que se afasta da expressão das ideias claras e distintas”. Enquanto “o perito tenta demonstrar a verdade, sem levar em conta o interesse das partes litigantes”, os assistentes técnicos, “que são peritos contratados pelas partes em litígio, tentam colocar em evidência os aspectos do laudo pericial que mais interessam aos seus pontos de vista e aos de seus clientes”. Não obstante esse seja o propósito dos laudos ou autos periciais, o trabalho dos peritos não reside, apenas, na demonstração da verdade ou da falsidade, mas abrange a argumentação, cuidando do verossímil, do plausível e do provável e “escapando das certezas do cálculo lógico”, de modo que “a importância de sua argumentação aumenta obviamente, na medida em que tem que demonstrar para o juiz asserções que dependem de opinião”.¹²⁰⁴

Também a linguagem dos documentos, embora seja compreendida como descritiva de atos de interesse jurídico, constitui situações reconstruídas interpretativamente.

As declarações das vítimas, os depoimentos testemunhais, os interrogatórios, os documentos e os laudos periciais são atos de prova produzidos na linguagem em um ou em outro momento e local, não havendo razões para serem, somente por isso, hierarquizados na sua credibilidade. Além disso, encerram linguagem com funções diversas, a exemplo do que ocorre na notícia do crime. Tanto uns quanto os outros carecem de avaliações subjetivas e objetivas, tendo – e isso é o que importa para esta tese – valor constitutivo da realidade, porquanto todos encerram linguagem constitutiva.

A linguagem do indiciamento e do relatório policial é originária nos agentes do sistema penal, sobretudo na autoridade investigante e seus auxiliares, além da autoridade judiciária, ao decretar a prisão preventiva. Embora encerre diversas funções, como ocorre, sobretudo, com as vítimas e testemunhas, essa linguagem, também, é constitutiva, uma vez que é essa linguagem que constitui o indiciado,

¹²⁰³ O Código de Processo Penal brasileiro, em seu artigo 182, estabelece que “o juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte”.

¹²⁰⁴ FIKER, José. *Linguagem do laudo pericial*, p. 21, 23 e 29.

sendo interpretados tanto os elementos da reconstrução fática quanto os da definição típica. Diante das diversas correntes jurídico-penais relacionadas ao fato investigado e ao seu autor, cabe à autoridade responsável pelo indiciamento optar por um ou outro caminho, o que implica a constituição de realidades também diferentes e com efeitos diferentes, sem que se possa dizer que houve erro ou abuso da autoridade.¹²⁰⁵

Por sua vez, espera-se que a função da linguagem jurídico-penal, no relatório final da autoridade investigante, seja descrever um fato aparentemente típico, com base nos elementos colhidos no curso da instrução preliminar. No entanto, não se pode desconsiderar que essa linguagem tenha, também, a função prescritiva, uma vez que pretende influir na formação da *opinio delicti*, ou seja, fazendo com que seja promovida a acusação ou que sejam arquivadas as investigações. Não se pode descartar, também, a função expressiva, pois, não raro, demonstram-se ou expressam-se sentimentos, paixões ou emoções em relação aos envolvidos na conduta investigada e na investigação. Essa linguagem também é fabuladora, uma vez que procura, muitas vezes, fazer cer em algo,

¹²⁰⁵ A título de exemplo, se o intérprete – no caso a autoridade responsável pelo indiciamento – seguir a teoria causalista da ação, não estará preocupado com o elemento subjetivo, uma vez que este, na teoria causalista, diferentemente da teoria finalista, não considera o dolo ou a culpa como integrantes do tipo. A configuração de um fato como típico varia, também, de modelo para modelo, nada impedindo que o intérprete siga esse ou aquele modelo, havendo entre as diversas condutas descritas no tipo penal, em alguns casos, linhas divisórias muito tênues, cabendo à autoridade investigante decidir sobre qual das figuras típicas está presente. Toma-se como exemplo a linha entre o ter a droga para uso próprio e o tê-la para o comércio. Se a autoridade responsável pelo indiciamento, levando em consideração, apenas, a quantidade da droga apreendida, optar pela figura de ter a droga para o comércio, as consequências serão muito mais graves do que se optar pela figura de ter a droga para o uso próprio. Nesse último caso, o indiciamento representa um passo importante na escala da constituição do “traficante”, rótulo dos mais tenebrosos que pode ser imputado ao ser humano, com consequências drásticas para a sua estigmatização. Não bastando essa possibilidade, há, também, com relação ao elemento subjetivo, linhas tênues entre o dolo eventual e a culpa consciente, de modo que é possível, em face da interpretação fática, o indiciamento de uma pessoa pela prática de conduta dolosa em vez de culposa e vice-versa. No campo da tentativa, há, também, inúmeros caminhos a serem seguidos pela autoridade responsável pelo indiciamento, uma vez que diversas teorias podem ser adotadas como fundamento desse ato importante na constituição do indiciado. Assim, se a autoridade decidir por seguir a teoria subjetiva, haverá tentativa pela simples intenção do agente em praticar o ato. Embora minoritária e até inaceitável, sob a ótica do direito penal garantista, uma vez que essa corrente não admite a punição a não ser se não houver a exteriorização de uma ação, há quem admita a tentativa, nesse caso, com base na teoria subjetiva, sobretudo quando, iniciada a prática de uma conduta menos grave, for manifestada a intenção da prática de uma conduta mais grave, sem, contudo, ter sido praticada, em relação a esta, qualquer ação concreta. Veja-se, como exemplo, o constrangimento praticado contra alguém antes de iniciada a prática de conduta contra a liberdade sexual, ou a intenção de roubo, antes da prática da subtração propriamente dita. Embora a teoria objetiva formal seja a majoritária no direito penal brasileiro, em que se exige o início da prática da ação descrita no

ocultando uma série de interesses, representados em atos de investigação intencionalmente não realizados, com vistas a deixar na penumbra pessoas que não podem ou não querem aparecer como envolvidas, como, também, pode iludir, como se o esclarecimento do caso relatado seja, efetivamente, a solução do problema que está por trás dele. Por fim, essa linguagem, não raro, exerce a função de dominação, pois o relatório policial pode servir a uma relação de poder, submetendo o indiciado ou mesmo a vítima. Esses são apenas alguns exemplos de como a linguagem do relatório é importante nesta etapa da constituição do caso penal.

§3º. A linguagem da acusação e da defesa

Levando em consideração a importância da descrição fática ao ser deduzida a acusação, isto é, ao ser constituído o caso penal, não se pode deixar de reconhecer que a função descritiva é a função da linguagem que desponta de forma preponderante na denúncia ou na queixa. Nesse ato de fala, de forma escrita ou oral, a acusação se reporta a um acontecimento, informando e descrevendo aspectos com vistas à sua reconstrução. Não obstante esse seja o propósito primordial, há de reconhecer que a acusação tem o intuito de obter uma prestação jurisdicional do Poder Judiciário a partir da acusação deduzida, razão pela qual usa a linguagem, também, com função prescritiva.

Além disso, é possível perceber, na constituição do caso penal, outras funções da linguagem, como a linguagem emotiva, uma vez que a descrição dos fatos, muitas vezes, é realizada mediante a utilização de termos que revelam emoções, sentimentos ou paixões, não somente em relação às pessoas diretamente envolvidas nos fatos, mas também em relação aos agentes que atuam no processo penal. A linguagem da acusação encerra, também, uma função fabuladora, à medida que, na dedução de uma acusação, procura fazer crer nas funções declaradas da pena, ocultando as suas funções invertidas, isto é, a estigmatização, a exclusão social e a estereotipagem, produto de eventual

verbo nuclear do tipo penal, no momento do indiciamento, a autoridade por esse responsável pode acabar, por

condenação, transmitindo, assim, a ilusão que uma condenação produz e reforçando o sentimento de justiça de características vingativas que predomina no senso comum. É inegável, ainda, a presença da função de dominação, uma vez que se estabelece uma relação de poder, com a submissão do acusado.

Por fim, é importante reconhecer – e esse é um dos propósitos desta pesquisa – que a linguagem da acusação tem um caráter constitutivo da realidade, pois, embora a atribuição formal de um caso penal a uma pessoa não represente mudança no seu estado de inocência, é inegável que, como ato processual, a dedução da acusação acaba por impor ao acusado uma modificação em relação à situação anterior, surgindo dessa condição direitos e obrigações próprios. Por isso, a linguagem inserida na peça acusativa tem, também, força constitutiva.

A linguagem da acusação, contudo, não se exaure na constituição do caso penal, de modo que, tanto para a acusação quanto para defesa, as alegações finais, também, encerram funções diversas de linguagem. Deve-se, no entanto, fazer uma distinção da linguagem das alegações finais ou das razões e contrarrazões recursais, quando direcionadas ao juiz singular ou aos órgãos colegiados togados, da linguagem dos debates que ocorrem nos julgamentos do tribunal do júri.

A linguagem das alegações nos juízos monocráticos ou colegiados togados é, frequentemente, uma linguagem mais técnica ou artificial, isto é, mais precisa em termos jurídicos, uma vez que o auditório¹²⁰⁶ é composto por pessoas com formação jurídica específica. Embora as partes técnicas despendam muito tempo na descrição do fato, cada qual fazendo a sua reconstituição, não se pode perder de vista que essa linguagem tem, também, a função prescritiva, tentando influenciar os destinatários a acatarem as respectivas versões. Para tal, é possível que recorram à função emotiva da linguagem, procurando despertar emoções, paixões e sentimentos, o que é mais comum em debates orais. A função performativa da linguagem também se faz presente nas alegações finais e nas

razões às vezes não explicitadas, relegando-a a plano secundário.

¹²⁰⁶ O termo “auditório” está empregado para designar “o conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação”, uma vez que “cada orador pensa, de uma forma mais ou menos consciente, naqueles que procura persuadir e que constituem o auditório ao qual se dirigem seus discursos” (PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*, p. 22).

razões e contrarrazões recursais, uma vez que a acusação e a defesa desejam constituir situações, fazendo com que o acusado e a vítima sejam concebidos como pessoas boas ou más, conforme o interesse de cada um. A função metalinguística também não passa longe desses atos de linguagem, pois esta é usada, também, para interpretar textos, depoimentos, laudos e decisões judiciais já proferidas, os quais integram as diversas fundamentações jurídicas. A função de fabulação e a função de dominação também se fazem presentes, uma vez que, tanto a linguagem da acusação quanto a da defesa não somente fortalecem ilusões, substanciadas no discurso da luta por condenações ou inocências justas e pela proteção da paz social e dos interesses comunitários, como, muitas vezes, encobrem a estigmatização e a dominação do condenado ou o desamparo da vítima ou de sua família, já que a punição não tem o condão de pacificar, nem de recuperar o condenado, nem de ressarcir ou satisfazer os sentimentos de vingança da vítima. Por fim, a função poética da linguagem é constatada nas palavras usadas e na estética das alegações finais escritas e orais ou mesmo das razões e contrarrazões recursais, que têm, cada vez mais, primado pela beleza, pela gesticulação programada, pelo uso de frases de efeito, até mesmo de frases estrangeiras, tudo com o objetivo de obter o convencimento e, via de consequência, uma decisão favorável dos destinatários.

A linguagem usada pelas partes, nos debates dos julgamentos perante o tribunal do júri, em cujos órgãos judiciários, o auditório é formado, sobretudo, por juízes leigos, não prima, por sua vez, por tanta técnica, assemelhando-se, mais, à linguagem ordinária. É, também, uma linguagem que exerce as várias funções antes mencionadas, com o predomínio, contudo, das funções emotiva, de fabulação, de dominação e poética, mais adequadas a esse tipo de auditório, mais receptivo aos discursos encobridores e ilusórios do direito penal, repletos de conteúdos relacionados a valores absolutos, tais como a justiça, a verdade e a paz social, os quais são perseguidos pelas comunidades por meio da condenação ou da inocência de alguém. É fazendo de conta que estão buscando esses objetivos que a acusação e a defesa, muitas vezes, lançam mão, predominantemente, dessas funções da linguagem, em detrimento, sobretudo, da sua função descritiva,

para alcançarem os seus reais objetivos, isto é, ganhar o debate e obter, conseqüentemente, prestígio, reconhecimento, justificação da sua existência e o atendimento dos seus interesses pessoais e institucionais.

A propósito, é possível, na linguagem, construir imagens diferenciadas, positivas ou negativas, sobre os fatos e sobre as pessoas diretamente envolvidas no caso, especialmente sobre as pessoas do acusado, da vítima e das testemunhas, assim como sobre os julgadores, acusadores, defensores, serventuários e o público em geral.

Analisando a *dispositio* do discurso perante o tribunal do júri, ou seja, a operação da retórica¹²⁰⁷ que trata da organização do discurso propriamente dito e que compreende o exórdio, a narração, a confirmação e o epílogo, Fagundes afirma que, no discurso das partes perante citado órgão judicial, enquanto, no exórdio e no epílogo, há um apelo aos sentimentos, na narração e na confirmação, há um apelo ao fato ou à razão.¹²⁰⁸ Mais detalhadamente, no exórdio, ocorre a promoção, pois é o momento em que a acusação e a defesa procuram captar a benevolência do juiz, dos jurados e do público em geral, já que a ideia principal é “colocar a comunidade como agente que atuará no processo de julgar a ação do réu”. Para tal, fazem uso de uma linguagem formal cuidadosa, mantendo o tom de voz relativamente baixo e a fluência vagarosa, chegando, às vezes, ao ritmo silábico, de modo que as pausas e o tom de voz constituem um recurso decisivo na organização do discurso em geral e, particularmente, no discurso judiciário,¹²⁰⁹

¹²⁰⁷ Segundo Fagundes, a retórica se desenvolve em cinco operações principais, ou seja, a *inventio* (achar o que vai dizer), a *dispositio* (pôr em ordem o que se encontrou), a *elocutio* (acrescentar ao ornamento das palavras, as figuras), a *actio* (tratar o discurso como um ator: gestos e dicção) e a *memória* (recorrer à memória). (FAGUNDES, Valda Oliveira. *O discurso no júri*, p. 17).

¹²⁰⁸ FAGUNDES, V. O. *Op. Cit.* p. 22.

¹²⁰⁹ Uma explicação para essa prática é encontrada em Perelman e Olbrechts-Tyteca, segundo os quais “*toda argumentação visa à adesão dos espíritos e, por isso mesmo, pressupõe a existência de um contato intelectual*”. Assim, “para que haja argumentação, é mister que, num dado momento, realize-se uma comunidade efetiva dos espíritos”, uma vez que, “o mínimo indispensável à argumentação parece ser a existência de uma linguagem em comum, de uma técnica que possibilite a comunicação”. É necessário, pois, “ter apreço pela adesão do interlocutor, pelo seu consentimento, pela sua participação mental”, não bastando, então “falar ou escrever”, mas se deve “ser ouvido, ser lido”. Não se pode perder de vista, também, que a argumentação depende da natureza do auditório, que pode ser universal, quando “constituído pela humanidade inteira, ou pelo menos por todos os homens adultos e normais”, ou apenas pelo interlocutor, que é a pessoa a quem se dirige e que pode ser considerado um auditório particular, ou seja, “uma amostra de todo o gênero de ouvintes”, ou, ainda, pelo próprio sujeito, “quando delibera ou figura as razões de seus atos”. Diz-se que uma argumentação é persuasiva quando “pretende valer só para o auditório particular” e

os quais podem ser inseridos na função poética da linguagem. Nessa argumentação, a acusação tende a apresentar uma imagem negativa do acusado perante o conselho de sentença, utilizando-se, para tal, da repetição de adjetivos negativos, em tom de voz alto, pausado e incisivo, fazendo com que conclua que o acusado é “elemento pernicioso à sociedade” e que deve, por isso, ser condenado. Por outro lado, a acusação procura transmitir uma imagem positiva da vítima e que não havia razão para o crime. A defesa, ao contrário, procura enfatizar os aspectos negativos da vítima e os positivos do réu, concluindo que este é um “cidadão que não deve ser injustiçado”.¹²¹⁰

Na narração, por sua vez, segundo Fagundes, a acusação e a defesa procuram estabelecer uma relação com os acontecimentos enquanto na confirmação, buscam firmar um vínculo dessa narração com as provas e as demais vias de persuasão, procurando, no epílogo, “ampliar ou atenuar o que se disse”, assim como “exitar paixões”, procedendo “a uma recaptulação para tirar a conclusão final”. Enquanto a acusação procura se ater mais às provas técnicas, a defesa, por sua vez, tentando obter uma imagem de “defensor dos direitos dos cidadãos”, busca desconstituir o fato descrito na acusação, fundando-se, para tal, muitas vezes, em elementos extraprocessuais, na dúvida e em argumentos de autoridade, como, por exemplo, a jurisprudência dos tribunais superiores. O uso de linguagem coloquial ou informal e de repetições de argumentos evidencia a intenção da acusação e da defesa de, aos poucos, ir inculcando no conselho de sentença os detalhes do fato, para que sejam percebidos e memorizados.¹²¹¹

A argumentação procura, segundo Fagundes, fazer com que o alocucionário ou destinatário seja gradativamente influenciado pelos locutores, o que se desenvolve em três atos ou etapas, ou seja, a da promoção, em que “o

convincente, quando voltada a “obter a adesão de todo ser racional”. (PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*, p. 16-19, 22, 31, 33-34 e 44). Ainda no âmbito do exórdio, Fagundes lembra as diferenças entre a demonstração e a argumentação, de modo que, enquanto a primeira leva à convicção, é atemporal e objetiva, pois se dirige ao auditório universal com a razão, baseando-se em provas que levam a certeza, porquanto são fatos concretos ou mostram a coerência de raciocínio, a argumentação leva à persuasão, é temporal e subjetiva, pois se dirige a um auditório particular, com sentimentos e emoção, podendo levar à inferências, mas não a certezas. Assim, “para uma argumentação ser realmente eficaz, ela deve reunir *demonstração* e *argumentação*, ou seja, reunir raciocínio e emoção como um todo”. (FAGUNDES, Valda Oliveira. *O discurso do júri*, p. 36 e 37).

¹²¹⁰ FAGUNDES, V. O. *Op. Cit.* p. 25, 26, 28, 45, 46 e 75.

alocucionário é promovido a um lugar de decisão”, a do envolvimento, em que o alocucionário “é envolvido e torna-se elemento participante no processo”; por fim, o terceiro ato, o do engajamento, em que o alocucionário “já se tornou um elemento atuante no processo”. Assim, as razões da acusação e da defesa perante o conselho de sentença fazem com que o destinatário passe a ser o representante da comunidade, inteirando-se de todas as provas, acompanhando passo a passo todo o desenrolar do julgamento e sentindo-se “como cidadão que tem uma missão a cumprir”, isto é, que “deverá votar” e que “seu voto deverá ser correto, pois dele dependerá o bem-estar da comunidade”.¹²¹²

§4º. A linguagem das jurisdições instrutória e de ordem

Entre os atos relevantes de linguagem praticados pela jurisdição de ordem está a admissão da acusação e, pela jurisdição instrutória, está a concessão da tutela penal de urgência. A linguagem jurídico-penal da decisão que recebe a denúncia ou a queixa é marcadamente prescritiva à medida que estabelece a relação processual, possibilitando o contraditório e a ampla defesa. No entanto, é acentuadamente constitutiva, uma vez que a situação jurídica do réu se altera substancialmente com esse pronunciamento judicial, porquanto se estabelece a relação processual, da qual decorrem obrigações e direitos.

A linguagem da tutela penal de urgência, a exemplo da linguagem do caso penal, exerce, também, funções distintas, uma vez que, ao tempo em que descreve um caso penal, também o constitui, mesmo que provisoriamente, pois o propósito de uma medida de urgência, dada a sua função instrumental, é, tão-somente, assegurar pessoas, provas ou coisas, sendo válida, exclusivamente, para a consecução desses objetivos.

Não se afasta, no entanto, a função emotiva da linguagem, em face da utilização de expressões de significados incisivos, contra a pessoa do imputado, que, muitas vezes, extrapolando os limites da conduta em si, alcançam a pessoa do próprio imputado. Tais expressões, em regra, trazem uma carga de

¹²¹¹ FAGUNDES, V. O. *Idem*, p. 22, 58, 77-79, 91 e 97.

preconceitos, os quais, como metarregas, revelam a pré-compreensão do julgador, tais como, quando este justifica a medida na periculosidade das pessoas, pelo fato de estas pertencerem a grupos de desocupados, a segmentos sociais ou religiosos, detentoras de antecedentes criminais ou reincidentes, desempregadas, usuárias de drogas e residentes em zonas socialmente marginalizadas. A função poética também se faz presente, em face do estilo dessas decisões, frequentemente marcado pela concisão, dada a urgência da medida.

A função prescritiva, no entanto, é a que mais sobressai nessas decisões, uma vez que o que se determina, em regra, é a constrição ou a proteção da liberdade, a limitação patrimonial ou a garantia dos elementos probatórios, de modo a ser necessário influir, com urgência, sobre a conduta de pessoas, fazendo-as com que façam ou se abstenham de fazer algo.

Por fim, as funções de fabulação e de dominação também estão presentes na linguagem da tutela penal de urgência. A primeira se evidencia por fazer crer que situações futuras serão garantidas, quando essas promessas, muitas vezes, não podem ser cumpridas, pois, por exemplo, não se pode garantir, efetivamente, que a prisão preventiva do imputado possa efetivamente impedir que este interfira na instrução processual penal ou que não pratique novas condutas delitivas ou, ainda, que não obste, futuramente, a aplicação da lei penal. Por outro lado, não se pode afastar a função de dominação exercida pela linguagem jurídico-penal nessas hipóteses, demonstrando, efetivamente, uma relação de poder, à qual determinadas pessoas, especialmente o imputado, estão sujeitas.

Subseção II O poder de definição dos agentes do sistema penal

A linguagem referida na subseção anterior encerra a preparação da constituição da realidade criminal, revelando o poder de definição dos agentes do sistema penal, especialmente dos agentes policiais, do Ministério Público e do

¹²¹² FAGUNDES, V. O. *Ibidem*, p. 79.

Poder Judiciário. Em seu significado mais geral, segundo Stoppino, “a palavra poder designa a capacidade ou a possibilidade de agir, de produzir efeitos”, podendo ser empregada tanto em relação a “indivíduos” quando a “grupos humanos”, como, ainda, a “objetos ou a fenômenos naturais”. Em seu sentido mais específico, por sua vez, o espaço conceitual do poder “pode ir desde a capacidade geral de agir, até a capacidade do homem em determinar o comportamento do homem: poder do homem sobre o homem”.¹²¹³ Fazendo referência a Foucault, Poulantzas ressalta, contudo, que o poder “não é uma instituição, não é uma estrutura, não é uma determinada capacidade da qual alguns seriam dotados”, mas, sim, “o nome que se dá a uma situação estratégica complexa numa determinada sociedade”, uma vez que, “aí onde há poder, há resistência e, no entanto, ou por isso mesmo, ela não está jamais em posição de exterioridade em relação ao poder”.¹²¹⁴

Não se descuidando acerca dessa complexidade do poder, deve-se reconhecer que a investigação, a acusação e o julgamento, que se materializa na sentença penal, são atos de poder que se realizam na linguagem jurídico-penal e que têm a capacidade de produzir efeitos sobre as demais pessoas, especialmente sobre a pessoa do acusado.

A preparação da constituição da realidade criminal, como se sabe, é uma sequência de atos de linguagem praticados no âmbito do processo penal, tanto pelos agentes policiais quanto pelos agentes do Ministério Público e do Poder Judiciário, que agem seletivamente, quantitativa e qualitativamente, o que torna mais evidente esse poder, razão pela qual, neste momento, pretende-se ressaltá-lo, de modo a possibilitar uma reflexão mais aprofundada acerca da criminalização, com o propósito de impedir que a seletividade e a constitutividade da linguagem produzam um aumento da violência institucional.

Nessa reflexão, há de se ter em mente que qualquer postura crítica que se assuma diante da operacionalização do direito e, especificamente, do direito penal e processual penal, deve, no dizer de Coutinho, consistir numa “postura ideológica”, ou seja, “uma postura voltada à aspiração maior que é a *emancipação*”

¹²¹³ STOPPINO, Mario. Poder, p. 933.

do nosso povo, fazendo dela uma prática cotidiana, quiçá calcada no horizonte utópico da máxima cristã: *vida em abundância para todos* (João, 10:10)". Além disso, Coutinho é enfático ao ressaltar que "o instrumental do jurista é, antes de tudo, a *dogmática*", razão pela qual "dela não se pode abrir mão, até porque o seu desconhecimento é a porta de entrada dos mecanismos de *alienação*". Por fim, "é imprescindível uma visão *interdisciplinar* do direito, mas, antes, é preciso não esquecer dele mesmo, do próprio direito".¹²¹⁵

A presente seção está dividida em dois momentos distintos, ou seja, um parágrafo voltado ao poder de definição dos agentes policiais e outro ao poder de definição dos agentes do Ministério Público (permanecendo o poder de definição dos agentes do Poder Judiciário para ser tratado no capítulo seguinte), com vistas à redução da violência institucional. Deve-se ressaltar, contudo, que a escolha desses dois grupos de agentes públicos em nada desmerece os demais personagens do processo penal, sendo orientada, exclusivamente, pelos propósitos da presente pesquisa.

§1º. O poder de definição dos agentes policiais

Os agentes policiais têm uma grande importância no processo de criminalização, pois são eles que estabelecem o primeiro contato com os fatos ou com as notícias destes, ou seja, que praticam ou fazem que sejam praticados os primeiros atos de fala, com vistas a dar contornos ao caso penal que, ao final, pode ou não ser constituído como crime ou contravenção penal e o seu autor como criminoso ou contraventor.

A importância dada a um fato e não a outro e a escolha e a valorização de um indício ou de uma prova em desfavor de outro, com certeza, são atos relevantes na definição de uma conduta e de seu autor. É aí que se realizam os primeiros passos no edifício da constituição da realidade criminal em sentido amplo. Esses primeiros passos são dados por pessoas que vivem muito próximas dos fatos e que até deles participam, o que, paradoxalmente, impede-os de

¹²¹⁴ POULANTZAS, Nicos. *O estado, o poder, o socialismo*, p. 167-168.

avaliarem o poder que têm de constituir a realidade. Como partícipes diretos, a sua concepção acerca dos fatos pretende, em regra, ter um valor tão elevado de certeza, que parece que, mais que isso, são detentores “da” verdade, sem que percebam que, quanto mais próximos do objeto, mais particularizada e menos ampla é a sua visão sobre a própria realidade. Exemplo disso é a perseguição de um suspeito de prática de homicídio, uma vez que a fuga faz com que os agentes policiais, em face do ato de perseguir, façam um pré-julgamento do fato que motivou a perseguição, como se a fuga trouxesse consigo a estampa do homicídio e de todas as suas circunstâncias. Essa proximidade evidente no ato de perseguir um fugitivo impede os agentes policiais de refletirem sobre o motivo da fuga, tornando-os, portanto, inacessíveis à realidade.

De qualquer forma, tudo o que os agentes policiais fizerem para criminalizar o perseguido sempre terá um peso considerável no processo de criminalização, pois são pessoas que detêm parcela de poder importante nesse processo, tanto que, cabe lembrar, Dias e Andrade afirmam que é a polícia “e mais ninguém que toma a maior parte das decisões políticas”.¹²¹⁶ Assim, mesmo que a definição dos agentes policiais não seja definitiva, deve-se refletir sobre os padrões de policiamento desejados, uma vez que, conforme sejam esses padrões de policiamento, também o será a constituidade da realidade criminal, o que significa dizer que, a atuação policial, em termos gerais, é que marcará a atuação dos demais agentes. Em outras palavras, policiais com visão estritamente repressiva tenderão a conceber os diversos problemas que lhes são apresentados como crimes ou contravenções penais e seus autores como criminosos ou contraventores, e que, por isso, o “tratamento” do problema deve ser realizado pela “sanção penal” que se impõe em desfavor do autor da conduta, mesmo que disso decorra nenhum benefício à vítima e às demais pessoas. A consequência disso é que a realidade criminal constituída por esses agentes estará mais presente na vida de todas as pessoas. Por outro lado, policiais com visão mais democrática e menos punitiva, tenderão a compreender as condutas ou os comportamentos indesejáveis como problemas ou conflitos, carecendo, por isso,

¹²¹⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal, p. 5-8.

de solução e não, necessariamente, de punição, beneficiando-se, assim, a vítima, o autor da conduta e as pessoas em geral. É possível, por isso, que, por exemplo, os policiais que, com frequência, realizam investigações sobre acidentes de trânsito num determinado trevo mal sinalizado, mal posicionado fisicamente, mal iluminado, venham a se preocupar, prioritariamente, com essas condições e, secundariamente, com a repressão às condutas individualizadas, de modo a, primeiramente, solucionar os problemas existentes.

Essa nova postura, segundo Dias Neto, demonstra, na verdade, que a polícia tem uma função mais abrangente e realista, e que é necessário reconhecer que, na sua atividade, não somente está presente a discricionariedade como também uma dimensão não-criminal, estando essa nova forma de atuar em consonância com formas de policiamento comunitário ou de policiamento orientado ao problema, que pressupondo um maior engajamento social no trabalho policial, faz com que a polícia deixe de, simplesmente, reagir ao crime (*crime fighting policing*) e passe “a mobilizar os seus recursos e esforços na busca de respostas preventivas para os problemas locais (*problem-oriented policing*), de modo que, “ao invés de reagir contra incidentes, isto é, aos sintomas dos problemas, a polícia passa a trabalhar para a solução dos próprios problemas”.¹²¹⁷ O poder de definição dos agentes policiais, nessa concepção, estará, pois, direcionada, prioritariamente, para as lesões de direitos de inúmeras pessoas, podendo, portanto, ser redirecionado. Muitas outras situações poderiam ser ressaltadas, como, por exemplo, as questões de classe, de gênero e de raça, as quais, no entanto, fogem aos propósitos do presente trabalho.

§2º. O poder de definição dos agentes do Ministério Público

Os agentes do Ministério Público também dispõem de elevado poder de definição, uma vez que, como visto, são os responsáveis pela dedução da acusação pública, ou seja, dos casos que constituirão o conteúdo dos diversos processos penais. A sua importância, segundo Dias e Andrade, decorre do fato de

¹²¹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*, p. 443.

o Ministério Público “ser o *gate-keeper* do sistema jurisdicional de resposta ao crime e, por isso, o responsável principal pela mortalidade de casos criminais”, isso porque, é nessa instituição que “se concentram as funções e os poderes de decidir se um crime deve ou não ser levado ao conhecimento do tribunal”.¹²¹⁸

É necessário, pois, que os agentes do Ministério Público tenham a plena consciência acerca desse poder, a fim de que possam bem utilizá-lo e de forma a minimizar a violência institucional decorrente da criminalização, pois, como diz Dotti, “é também o Ministério Público um *agente político* do Estado, com atribuições e responsabilidades distintas daquelas conferidas aos servidores que são os *agentes administrativos*”,¹²¹⁹ tanto que são regidos pelo princípio da independência funcional,¹²²⁰ o que significa dizer, na esteira de Mazzili, que devem, somente, “servir aos interesses da lei, e não aos dos governantes”.¹²²¹

A dedução da acusação, ou seja, a constituição dos casos penais que devem ser levados a julgamento, ocorre, em regra, com base na investigação ou na instrução preliminar, originária, na maioria das vezes, das agências policiais.

Embora não esteja previsto expressamente no seu ordenamento jurídico, a doutrina predominante tem se posicionado no sentido de que é o princípio da obrigatoriedade que regula a ação penal no âmbito do sistema penal brasileiro. Não sendo o caso de aprofundar essa discussão, é possível que os agentes do Ministério Público, mesmo que se orientem por esse princípio, adotem critérios para a dedução das acusações, levando em consideração a inerente seletividade do sistema penal e a constitutividade dos seus atos de linguagem, com vistas à redução da violência institucional decorrente da estigmatização levada a efeito no processo de criminalização secundária.

É importante ter em mente que o princípio da obrigatoriedade induz a um pronunciamento fundamentado dos agentes do Ministério Público, ou seja, a *opinio delicti*, não propriamente a dedução de uma acusação, representando o

¹²¹⁷ DIAS NETO, Teodomiro. *Policimento comunitário e controle sobre a polícia*, p. 43 e 44.

¹²¹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*, p. 471.

¹²¹⁹ DOTTI, René Ariel. O Ministério Público e a polícia judiciária, p.139.

¹²²⁰ A Constituição da República Federativa do Brasil, no § 1º do artigo 127, estabelece que “São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional”.

¹²²¹ MAZZILI, Hugo Nigro. *Manual do promotor de justiça*, p. 48.

pedido de arquivamento, além do cumprimento do preceito emanado desse princípio, também, muitas vezes, mais que a própria acusação, uma atuação efetiva.

Os critérios que orientam a dedução das acusações públicas devem ser os oriundos da Constituição, que não deixa ao abandono o indivíduo diante das sociedades, concebendo-os, ao contrário, como parte integrante destas, pois um dos pilares do Estado democrático de direito é a dignidade da pessoa humana.

Mais que os recortes, muitas vezes descontextualizados, presentes nas investigações ou instruções preliminares, a constituição dos casos penais deve levar em consideração, além das condições culturais em que os indivíduos se inserem, as condições materiais adversas em que esses indivíduos, muitas vezes, encontram-se, fazendo com que a interpretação integral dos textos legais conduza para soluções que se aproximem dessas realidades. Isso significa dizer que os agentes do Ministério Público não podem mais se contentar com meros juízos de subsunção, em regra, orientados somente pelos padrões da tipicidade, mas, sim, que devem buscar definir os casos concretos a serem levados a julgamento, com base numa análise integral de todos os atributos da conduta – tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade –, e sempre tendo em mente que essa análise é probabilística e não de certeza, reduzindo ao máximo a estigmatização resultante da acusação. Atentos a tais elementos, esses agentes estarão realizando não somente a defesa da ordem jurídica, mas também do regime democrático, em face da aplicação mais igualitária dos preceitos legais.¹²²²

¹²²² A Constituição da República Federativa do Brasil, no seu artigo 127, *caput*, estabelece que “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Capítulo VII
A CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA E A
CONSTITUTIVIDADE DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Apresentação

Enquanto o capítulo anterior discorre sobre os atos processuais e de linguagem preparatórios da constituição da realidade criminal em sentido estrito, isto é, os atos que antecedem a prolação da sentença penal condenatória, o presente capítulo se ocupa, exclusivamente, da constitutividade dessa sentença. É que, segundo Santos, “a criminalidade não seria simples comportamento violador da norma, mas ‘realidade social’ construída por juízos atributivos, determinados, primariamente, pelas *metarregras* e, apenas secundariamente, pelos tipos penais”, uma vez que os “juízes e tribunais seriam instituições determinantes da ‘realidade’, mediante sentenças atributivas de qualidades aos imputados, com estigmatização, mudança de *status* de identidade social do condenado”.¹²²³

O objetivo do presente capítulo é, portanto, a demonstração da constitutividade da sentença penal condenatória transitada em julgado, ou seja, que é esse ato processual e de linguagem que faz surgir, como realidades concretas, o crime ou a contravenção penal e o criminoso ou o contraventor, modificando, sensivelmente, o estado deste, de inocente para culpado. Em consequência, demonstra-se que os juízes têm poder de definição dessas condutas e pessoas, como, também, que o crime e a contravenção penal podem ser definidos pragmática e realisticamente, ou seja, que não se resumem a definições abstratas contidas na lei ou nas teorias penais, mas, sim, que são qualificações atribuídas a fatos concretos pelos juizes nas sentenças penais condenatórias transitadas em julgado. Para tal, divide-se o presente capítulo em três seções, estando a primeira voltada a discorrer sobre a configuração da

¹²²³ SANTOS, Juarez Cirino dos. Anatomia de uma criminologia crítica, p. 12.

sentença penal; a segunda, sobre a sua constitutividade; e a terceira, por fim, sobre uma concepção realista de crime e de contravenção penal.

Seção I

Configuração da sentença penal

Sendo a sentença penal o objeto de estudo do presente capítulo, não se pode prescindir, num primeiro momento, de uma configuração que possibilite compreender os seus principais elementos caracterizadores. Dividida a seção em quatro subseções, ocupa-se a primeira da conceituação de sentença penal; a segunda, dos seus pressupostos e requisitos formais; a terceira, da importância da sentença como ponto culminante do processo; e a quarta, por fim, da sua eficácia, com especial destaque para o seu tradicional elemento condenatório.

Subseção I

Conceituação de sentença penal

O primeiro passo em direção a uma configuração da sentença penal parte da sua conceituação, o que compreende tanto os diversos conceitos gerais de sentença quanto os conceitos específicos de sentença penal. A etimologia da palavra “sentença”, segundo Arzabe e Mendoza, está relacionada com o verbo “sentir”, sendo, portanto, “o que sente e opina quem a dita”, podendo ser definida, também, “como a decisão que legitimamente dita o juiz competente, julgando de acordo com sua opinião, o direito, a lei e normas jurídicas aplicáveis ao caso”.¹²²⁴

No curso da história, assinala Liebman, a sentença sempre foi concebida como “o ato de julgar”, que é “o ato jurisdicional por excelência, ou seja, aquele

¹²²⁴ ARZABE, Fernando Mendoza; MENDOZA, Helen Kate. *Tratado sobre la sentencia*, p. 177: [...]“la sentencia es lo que siente y opina quien la dicta”, [...] “como la decisión que legítimamente dicta el juez competente, juzgando de acuerdo con su opinión, el derecho, la ley y normas jurídicas aplicables al caso”.

em que se exprime da maneira mais característica a essência da *jurisdictio*". Em Liebman, a palavra *sentença*, em si mesma, também "quer dizer apenas *opinião* ou *parecer*", embora, em sentido técnico, também, tivesse passado a indicar "o ato final do processo, mediante o qual o juiz formula seu juízo", de modo a tornar-se, assim, "ato de autoridade, dotado de eficácia vinculativa, contendo a formulação da vontade normativa do Estado para o caso submetido a julgamento".¹²²⁵ A sentença também pode ser compreendida como prestação jurisdicional e, assim, como objeto da relação jurídica processual, pois, no dizer de Miranda, "é a prestação estatal, com que o juiz solve a obrigação do Estado de decidir a questão, ou decidir quanto à aplicação do direito, ainda que não controvertido – declarando, constituindo, condenando, emitindo mandamento, ou executando".¹²²⁶

A palavra "sentença", segundo Marques, pode indicar "qualquer pronunciamento de autoridade judiciária no curso de um processo", abrangendo, destarte, tanto as sentenças definitivas quanto as de caráter interlocutório.¹²²⁷ A sentença definitiva, segundo Liebman, é a que "conclui o processo, exaure-o, ao menos naquela instância", tendo por objeto "ou o *mérito*, quando o decidir totalmente, ou *uma questão preliminar*, quando o decidir negando a constituição regular do processo ou a existência da ação, e, portanto, a admissibilidade do julgamento do mérito". A sentença interlocutória ou *não-definitiva*, por sua vez, é aquela que "não põe fim ao processo, de modo que este deverá continuar depois de sua prolação", uma vez que "o juiz decide uma parte da matéria controvertida, que pode dizer respeito tanto ao mérito quanto às questões preliminares".¹²²⁸

Por haver sentenças não-definitivas, Marques propõe que a palavra "sentença" seja empregada, somente, em seu sentido estrito, ou seja, em relação a sentenças definitivas,¹²²⁹ resultando a expressão "decisões interlocutórias" para as não-definitivas. O mesmo posicionamento é adotado por Tourinho Filho ao sustentar que o vocábulo "sentença" deve ser reservado "para aquele ato processual, momento culminante do processo, em que o juiz põe termo ao

¹²²⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, v. I, p. 309.

¹²²⁶ MIRANDA, Pontes. *Tratado das ações*, t. 1, p. 179.

¹²²⁷ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v. III, p. 25.

¹²²⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, v. I, p. 310.

¹²²⁹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v. III, p. 25.

processo, pouco importando se decidiu, ou não, o mérito da causa”,¹²³⁰ de modo que, quanto ao seu alcance, segundo Miranda, a sentença pode ser de mérito, quando a decisão envolve matéria de fundo, ou de processo, quando a decisão envolve somente matéria de processo, não havendo julgamento do mérito.¹²³¹

No que diz respeito, especificamente, à sentença penal, Manzini diz que, “em sentido *formal*, é o ato processual escrito emitido por um órgão jurisdicional que decide sobre uma pretensão punitiva feita valer contra um imputado ou sobre outro negócio penal para o qual esteja prescrita esta forma”. No entanto, “quanto ao aspecto *material*, é sentença a decisão por meio da qual o juiz aplica a norma jurídica no caso concreto”.¹²³² Para Cavallo, a sentença penal também pode ser concebida como “a decisão do órgão jurisdicional que declara imperativamente, na forma estabelecida na lei, o direito substancial ou processual, para resolver o conflito de direito subjetivo que se discute na pretensão jurídica, deduzida do processo”. Além disso, a sentença penal é o ato processual que “*exaure definitivamente a jurisdição em relação à fase processual em que se pronuncia*”.¹²³³

Além dos aspectos ressaltados nesses conceitos, pode-se dizer que a sentença penal é o ato da jurisdição penal destinado ao acertamento do caso penal, podendo ou não constituí-lo como um crime ou uma contravenção penal e o seu autor como um criminoso ou contraventor, mudando ou não, assim, substancialmente, o estado deste, de inocente para culpado. Esse desfecho do caso penal como conteúdo de um processo penal pela jurisdição somente é válido se presentes os pressupostos e se forem observados determinados requisitos.

¹²³⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, v. 4, p. 239.

¹²³¹ MIRANDA, Pontes. *Tratado das ações*, t. 1, p. 179.

¹²³² MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*, v. III, p. 536: [...] “en sentido *formal* es el acto procesal escrito emitido por un órgano jurisdicional que decide sobre una pretensión punitiva hecha valer contra un imputado o sobre otro negocio penal para el que esté prescrita esta forma”. No entanto, “bajo el aspecto *material* es sentencia la decisión con que aplica el juez la norma jurídica en el caso concreto”.

¹²³³ CAVALLO, Vincenzo. *La sentenza penale*, p. 144: [...] “*la decisione dell’orgno giuisdizionale che dichiara imperativamente, nelle forme stabilite dalla legge, il diritto sostanziale o processuale, per risolvere il conflitto di diritto soggettivi che si agita nella pretesa giuridica, dedotta del proceso*”. [...] “*esaurisce definitivamente il fine della giurisdizione in relazione alla fase processuale in cui si pronunzia*”.

Subseção II Pressupostos e requisitos da sentença penal

A sentença penal, como as demais sentenças, não é um ato individual ou isolado ou, ainda, de iniciativa ou produto exclusivo do órgão jurisdicional penal. É, na verdade, um ato que se insere no contexto de inúmeras outras atividades estatais e não-estatais, tendo, por isso, diversos pressupostos e exigindo, para a sua validade, a observância de diversos requisitos.

§1º. Pressupostos da sentença penal

Os pressupostos da sentença penal, segundo Cavallo, podem ser naturais, isto é, a existência do Estado e do direito, e lógicos, ou seja, a existência da jurisdição penal e do processo, sem os quais não é possível haver sentença.¹²³⁴

Descritos de forma mais aprofundada no terceiro capítulo,¹²³⁵ pode-se acrescentar, na esteira de Cavallo, que o Estado, mediante o direito, garante e tutela determinados interesses e objetivos, estabelecendo, em consequência, diversos limites ao exercício arbitrário de direitos. Portanto, a função do Estado “se resolve na garantia de alguns interesses e na coordenação de outros que, no entrelaçar-se contínuo e variado das relações humanas, poderiam ser lesados ou subjugados”, estabelecendo, assim, “o grau de tutela de um interesse e as condições que devem concorrer para que a sua tutela não colida com o legítimo exercício de um outro”.¹²³⁶

Assim, para que possa ser considerada existente, a sentença deve ser proveniente de autoridade judiciária, sendo inexistente, segundo Miranda, quando “proveniente de autoridade pública não judiciária”.¹²³⁷ A sentença também deve

¹²³⁴ CAVALLO, V. *Op. Cit.* p. 2, 9-10.

¹²³⁵ Sobre o Estado e o direito de punir, ver §§3º e 4º da Subseção I da Seção II do Capítulo III.

¹²³⁶ CAVALLO, V. *Idem*, p. 31: [...] “si risolve nella garanzia di alcuni interessi e nel coordinamento cogli altri che, nell'intrecciarsi continuo e vario delle relazioni umane, protrebbero essere danneggiati o sopraffatti”, razão pela qual “stabilisce così il grado di tutela di un interesse e le condizioni che debbono concorrere perchè la sua tutela non urti legittimo esercizio di un altro”.

¹²³⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*, t. 1, p. 170.

ser justa, ou seja, deve aplicar corretamente uma lei a um caso concreto. A sentença é considerada injusta quando isso não ocorre por incorreta aplicação ou compreensão da lei ou do caso ou quando, mesmo tendo uma correta compreensão do caso, o juiz quis aplicar-lhe uma lei diversa.¹²³⁸

§2º. Requisitos formais da sentença penal

A sentença penal, como ato processual, por outro lado, necessita revestir-se das formas e condições prefixadas nas normas processuais, ou, como diz Brum, “aquelas condições impostas pela lei para que uma sentença tenha validade”.¹²³⁹ É considerada inválida, segundo Miranda, a sentença que não apresentar “algum requisito de *validade*” ou relativa a processo no qual ocorreu nulidade não sanada.¹²⁴⁰ Fazendo referência ao direito italiano, Liebman diz que a sentença deverá conter, como requisitos formais, a indicação do juiz que a proferiu e das partes e seus defensores; o parecer do Ministério Público e as alegações finais das partes; a exposição concisa do desenrolar do processo e dos motivos de fato e de direito da decisão; o dispositivo; a data do julgamento e a assinatura do juiz prolator ou, em se tratando de acórdão, do presidente e do relator.¹²⁴¹

Atendo-se, especificamente, à sentença penal, por sua vez, Tourinho Filho afirma que essa deverá conter como requisitos formais, o relatório, a motivação ou fundamentação, o dispositivo e a parte autenticativa.¹²⁴²

2.1 O relatório

O relatório, diz Tourinho Filho, é “formalidade essencial da sentença”, em que “o juiz consigna os nomes das partes, a súmula do pedido e da contestação

¹²³⁸ MIRANDA, P. de. *Op. Cit.* t. 1, p. 169 e 170.

¹²³⁹ BRUM, Nilo Bairros. *Os requisitos retóricos da sentença penal*, p. 3 e 4.

¹²⁴⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*, t. 1, p. 170.

¹²⁴¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, v. I, p. 311.

¹²⁴² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, v. 4, p. 244. No direito processual penal brasileiro, os requisitos da sentença estão relacionados no artigo 381 do Código de Processo Penal, devendo conter: “os nomes das partes, ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las”, “a

ou a exposição da acusação e da defesa, em forma sucinta, e as principais ocorrências surgidas no andamento do feito”.¹²⁴³ Entre as finalidades do relatório, Brum relaciona a demonstração do juiz de que conhece o processo, por ter dele participado ou por ter analisado o seu conteúdo, assim como a transmissão aos órgãos judiciários superiores que eventualmente tenham de se pronunciar sobre eventual recurso acerca da decisão de informações sobre a atuação das partes no processo e sobre a regularidade do procedimento.¹²⁴⁴

2.2 A motivação ou fundamentação

A motivação ou fundamentação¹²⁴⁵ é a parte da sentença que, segundo Taruffo, deve “ser concebida como uma condição imprescindível do correto exercício da função jurisdicional e como um princípio fundamental de garantia dos cidadãos nos confrontos do Poder Judiciário”.¹²⁴⁶

A evolução do instituto da motivação das decisões judiciais, segundo Gomes Filho, está relacionada a diversos fatores, entre eles o “desenvolvimento do Estado moderno e do seu aparelho judiciário”, assim como as “relações entre o indivíduo e a autoridade” e, especificamente, o “modo de estruturar-se o processo em determinado momento histórico e cultural”, o que influi no “tipo de responsabilidade do juiz diante da sociedade”.¹²⁴⁷ A motivação das decisões era entendida, somente, como uma garantia técnica, por ser capaz, no dizer de

exposição sucinta da acusação e da defesa”, “a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”, “a indicação dos artigos de lei aplicados”, “o dispositivo” e “a data e assinatura do Juiz”.

¹²⁴³ TOURINHO FILHO, F. da C. *Op. Cit.* v. 4, p. 245.

¹²⁴⁴ BRUM, Nilo Bairros. *Os requisitos retóricos da sentença penal*, p. 5.

¹²⁴⁵ A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 93, IX, estabelece que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

¹²⁴⁶ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza*, p. 166: [...] essere concepita come una condizione imprescindibile del corretto esercizio della funzione giurisdizionale e come un principio fondamentale di garanzia dei cittadini nei confronti del potere giudiziario”.

¹²⁴⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*, p. 51-52. Taruffo explica que a motivação da sentença se transformou em obrigação imposta aos juízes, por regra, a partir da Lei Geral francesa de 1790, ou seja, no momento em que a legislação revolucionária francesa pôs fim aos sistemas judiciários do antigo regime. Mais recentemente, ou seja, mais precisamente após os anos que se sucederam à

Fernandes, de “proporcionar às partes conhecimento da fundamentação para impugnar a decisão” e “permitir que os órgãos judiciários de segundo grau pudessem examinar a legalidade e a justiça da decisão”. No entanto, atualmente, já se concebe a motivação das decisões como uma garantia política, ou seja, uma “garantia da própria jurisdição”, uma vez que “os destinatários da motivação não são mais somente as parte e os juízes de segundo grau, mas também a comunidade”. É por meio da motivação que se tem condições de constatar se o juiz decide com imparcialidade, conhecimento de causa e justiça; avaliar “o exercício da atividade jurisdicional”; e certificar-se se as razões das partes “foram objeto de exame pelo juiz”.¹²⁴⁸ É necessário ter em mente, conforme Gomes Filho, que, “nos regimes democráticos, a legitimação dos membros do Judiciário – que não resulta da forma de investidura no cargo – só pode derivar do *modo* pelo qual é exercida a sua função”, razão pela qual, “como uma espécie de prestação de contas desse modo de atuar, a motivação das decisões judiciais adquire uma conotação que transcende o âmbito próprio do processo para situar-se, portanto, no plano mais elevado da *política*”, caracterizando-se “como o instrumento mais adequado ao controle sobre a forma pela qual se exerce a função jurisdicional”.¹²⁴⁹

Levando em consideração essa dupla face da motivação das decisões judiciais, Taruffo também distingue as funções da motivação da sentença em endoprocessuais e extraprocessuais. Assim, a motivação exercer uma função endoprocessual quando “entendida como um requisito técnico do provimento jurisdicional, desenvolve-se, internamente, no processo”, sendo “útil às partes que entendam impugnar a sentença, uma vez que o conhecimento dos motivos da decisão facilita a individualização dos erros cometidos pelos juízes ou, de qualquer modo, dos aspectos criticáveis da própria decisão”, podendo ser útil, também, “ao juiz da impugnação o encargo de reexaminar a decisão impugnada, levando em consideração as justificativas adotadas pelo juiz inferior”.¹²⁵⁰ Em face dessa

Segunda Guerra Mundial, o instituto da motivação da sentença se converteu em garantia fundamental da administração da justiça. (TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza*, p. 166).

¹²⁴⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*, p. 129.

¹²⁴⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*, p. 80.

¹²⁵⁰ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza*, p. 167 [...] “intesa come requisito tecnico del provvedimento giurisdizionale, svolge all’interno del processo” [...] “utile alle parti che intendano impugnare

função, explica Tourinho Filho, “o juiz exterioriza o desenvolvimento do seu raciocínio para chegar à conclusão”, permitindo “às partes concluírem se aquela atividade intelectual desenvolvida pelo Juiz lhe permitia chegar àquela conclusão”.¹²⁵¹ Por outro lado, segundo Taruffo, a motivação da sentença exerce uma função extraprocessual, quando conectada “diretamente à dimensão constitucional e à natureza garantista da mencionada obrigação”, é colocada em “um nível diverso e de maior relevância político-institucional”, de modo a “possibilitar um *controlle esterno*”, ou seja, não um controle que possa ser eventualmente exercitado pelo juízo encarregado de apreciar a impugnação, mas, sim, “que deve poder ser exercitado, precisamente, do exterior do processo”, ou seja, “pelo povo em nome do qual as sentenças são pronunciadas”. Assim, “torna-se possível controlar se no caso singular incidiram corretamente princípios como o da legalidade e os atinentes ao ‘justo processo’” e, sobretudo, se a decisão pode ser considerada “coerente com o sistema jurídico no qual se insere”. Por fim, se as sentenças não fossem fundamentadas, “não poderiam, evidentemente, ser usadas como precedentes”, uma vez que a motivação da sentença anterior é capaz de “‘persuadir’ os juízes dos sucessivos casos idênticos ou análogos”.¹²⁵²

Assim, pode-se dizer que a motivação da sentença serve para vincular os pronunciamentos jurisdicionais à legalidade, para garantir a certeza do direito, para assegurar a efetividade do princípio da separação de poderes e como garantia da efetividade dos direitos fundamentais.

A função de vinculação dos pronunciamentos à legalidade, segundo Gomes Filho, remete para o Estado de direito que, acima de tudo é um Estado

la sentenza, poiché la conoscenza dei motivi della decisione l’individuazione degli errori commessi dal giudice o comunque degli aspetti criticabili della decisione stessa”[...] “utile al giudice dell’impugnazione, poiché gli facilita il compito di riesaminare la decisione impugnata prendendo in considerazione le giustificazioni addotte dal giudice inferiore”.

¹²⁵¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, v. 4, p. 245.

¹²⁵² TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza, p. 167 e 168. [...] “direttamente alla dimensione costituzionale e alla natura garantistica del relativo obbligo” [...] “un livello diverso e di maggiore rilevanza politico-istituzionale” [...] “rendere possibile un *controllo esterno*” [...] “deve potere essere esercitato – appunto – dall’esterno del processo”, [...] “da quel popolo nel cui nome le sentenze vengono pronunciate”. [...] “diventa possibile controllare se nel singolo caso sono stati adeguatamente attuati principi come quello di legalità o quelli atinenti al ‘giusto processo’” [...] “coerente con il sistema giuridico nel quale se inserisce”. [...] “non potrebbero evidentemente essere usate come precedenti”[...] “‘persuadere’ i giudici dei successivi casi identici o analoghi”.

constitucional, em que a vinculação do poder à legalidade significa uma atuação subordinada a certos parâmetros impostos por valores e regras fundamentais reconhecidas em uma *lei maior*, que é a Constituição”. Por isso, “às decisões judiciais não basta tão-só enunciar sua conformidade a lei, como supunha a concepção iluminista”, mas “exige, ao contrário, juízos muito mais complexos, que envolvem não somente a escolha da regra, mas também a sua interpretação e, ainda, a verificação da harmonia de seu conteúdo com os preceitos maiores da lei fundamental”. Por isso, é “imperiosa para o juiz a demonstração, na motivação, de que a lei foi *validamente* aplicada no caso submetido à sua apreciação”, uma vez que “a legalidade de uma decisão não resulta da simples referência ao texto legal, mas deve ser verificada *in concreto* pelo exame das razões pelas quais o juiz afirma ter aplicado a lei”. No âmbito do direito penal, “o direito fundamental posto em xeque é a própria liberdade do indivíduo diante das proibições e comandos arbitrários ou dos castigos imoderados e discricionários”. A garantia da legalidade não pode, pois, restringir-se ao clássico enunciado de Feuerbach do *nullum crimen nulla poena sine lege*, não incidindo, apenas, “na fixação legislativa dos tipos criminosos e respectivas penas”, pois serve “de limite à atividade processual e de execução da pena”. Como o legislador não está em condições de prever todas as hipóteses em que se fará a necessária intervenção legislativa, resultam dessa limitação as lacunas, as antinomias, o recurso a tipos abertos e cláusulas gerais”, em suma, um certo grau de discricionariedade judicial na aplicação da lei. Se, por um lado, não é possível excluir essa discricionariedade, por outro, pode ser exercido um certo controle por meio da explicação dos motivos que nortearam a decisão, permitindo, desta forma, verificar “se os espaços de criação judicial foram utilizados de forma legítima”.¹²⁵³

A função de garantir a certeza do direito está relacionada, segundo Gomes Filho, sobretudo, à previsibilidade do conteúdo das decisões jurídicas, uma vez que “os tribunais devem comportar-se em suas decisões de forma a possibilitar que os indivíduos possam planificar a sua própria atividade sobre bases racionais”, deixando evidenciado, pois, que “o direito é certo se as decisões são

¹²⁵³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*, p. 84-86.

controláveis”, de modo que “os inevitáveis espaços de discricionariedade não implicam necessariamente incerteza ou arbitrariedade se, pela via da justificação, é possível verificar quais foram os critérios que presidiram as escolhas realizadas”. Nessa seara, são de extraordinária importância os precedentes judiciais, tanto os verticais, provenientes dos tribunais superiores, quanto os autprecedentes, isto é, os que provêm do mesmo órgão jurisdicional, de modo que “a exigência de motivação apresenta-se ainda maior no caso de alterar um precedente já estabelecido”, sendo imperiosa a apresentação das “razões pelas quais a posição anterior foi abandonada”.¹²⁵⁴

A função de garantir o princípio da separação dos poderes, segundo Gomes Filho, possibilita examinar “se, ao aplicar a lei, o juiz não invadiu a esfera de atribuições do legislador e, ainda, se obedeceu aos *limites processuais* que distinguem a atividade judiciária da legislativa”.¹²⁵⁵

Por fim, Gomes Filho explica que, em face da função de proteção dos direitos fundamentais exercida pela motivação das decisões jurídicas, assim como o legislador está vedado de “criar atos legislativos lesivos aos direitos, liberdades e garantias” e como a Administração Pública, em sua atuação, está sujeita “às normas consagradoras de direitos fundamentais”, também ao Poder Judiciário se impõem limitações, “não apenas pelas regras processuais, sobretudo aquelas que decorrem da cláusula do *devido processo legal*, mas da mesma forma pelo próprio conteúdo material dos referidos direitos fundamentais, que devem determinar a direção das decisões jurisdicionais”. Assim, “é justamente entre essas *limitações* impostas ao Poder Judiciário e também sob o duplo enfoque mencionado, que se insere a motivação das decisões judiciais como *garantia* dos direitos fundamentais”, que tanto “serve para verificar – pelo acompanhamento do raciocínio desenvolvido pelo juízo para chegar a um eventual provimento restritivo daqueles direitos – se foram efetivamente obedecidas as regras do *devido processo*” –, quanto para constatar, por meio da fundamentação, “se a decisão

¹²⁵⁴ GOMES FILHO, A. M. *Op. Cit.* p. 87-89.

¹²⁵⁵ GOMES FILHO, A. M. *Idem*, p. 91.

aplicou validamente as normas que permitiam a restrição” e, ainda, “se apreciou de maneira correta o contexto fático que a autorizava”.¹²⁵⁶

A falta de motivação da sentença, segundo Fernandes, implica nulidade absoluta, devendo, portanto, ser clara, coerente e completa. A motivação é suficiente, quando são analisadas todas as teses tratadas pelas partes (nulidades por falta de motivação) e quando a motivação aborda a questão com a profundidade exigível. Assim, seria insuficiente a motivação implícita, isto é, a que carece de um raciocínio lógico e direto, reclamando, para a sua compreensão, a análise conjunta dos argumentos principais e subsidiários; a motivação aliunde, na qual há simples referência a atos produzidos em outro processo; e, por fim, a motivação *per relationem*, que repousa em fundamentação outra, porém constante do mesmo processo, sendo mais frequente a hipótese em que o órgão recursal se reporta aos argumentos decisórios referidos pelo órgão inferior no julgamento recorrido ou em que o juiz se reporta à manifestação do Ministério Público.¹²⁵⁷

A propósito da motivação incompleta, Taruffo explica que, “se as provas contrárias não são levadas em consideração, justamente porque são contrárias a uma determinada hipótese, o acerto desse fato não está corretamente justificado”, sendo necessário, pois, que o juiz prolator da sentença exponha as razões que o levaram a excluir tais provas e, sobretudo, que, em face dessa exclusão, o acerto do caso não seria diverso. Em outras palavras, “o fato do juiz justificar a própria decisão fazendo referência às provas A, B e C *não diz nada*”, devendo ele justificar, de alguma forma, a “decisão de não considerar relevante as provas contrárias D, E e F”, ou de, “deve explicar adequadamente as razões dessa sua valoração”, de modo que, se isso não ocorrer, “a motivação do juízo de fato é incompleta”.¹²⁵⁸

¹²⁵⁶ GOMES FILHO, A. M. *Ibidem*, p. 93.

¹²⁵⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*, p. 132.

¹²⁵⁸ TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza, p. 173: [...] “se le prove contrarie non vengono prese in considerazione proprio perché sono contrarie ad una determinata ipotesi, l’acertamento di quel fatto non è adeguatamente giustificato” [...] “il fatto che il giudice giustifica la propria decisione facendo riferimento alle prove A, B e C, *no diz nulla*” [...] “decisione di non considerare rilevanti le prove contrarie D, E e F” [...] “deve spiegare adeguatamente le ragioni di questa sua valutazione” [...] “la motivazione del giudizio di fatto è incompleta”.

2.3 A disposição e a autenticação

A parte dispositiva ou conclusiva da sentença, segundo Tourinho Filho, é a parte da sentença que, como o nome está a indicar, “o juiz conclui o raciocínio desenvolvido durante a motivação”, ou seja, na qual o juiz “procede à subsunção da espécie *sub judice* à lei, julgando procedente ou improcedente a pretensão”.¹²⁵⁹ Essa parte da sentença, segundo Brum, é a síntese da decisão, de modo que, se a fundamentação contida na parte anterior constitui o núcleo retórico da sentença, “o dispositivo encerra seu núcleo decisório”.¹²⁶⁰

Por fim, a parte autenticativa é aquela que, no dizer de Tourinho Filho, uma vez concluída a sentença, com acolhimento ou rechaço da pretensão deduzida, contém a “designação de lugar, dia, mês e ano da sua prolação e assinatura do juiz”,¹²⁶¹ cuja necessidade e finalidade óbvias, segundo Brum, dispensam maiores comentários.¹²⁶²

Subseção III

A importância da sentença como ponto culminante do processo

A sentença penal é o ponto culminante do processo penal, o que evidencia a sua importância, uma vez que, partindo do caso penal deduzido na acusação, é nesse ato processual que o juiz realiza a interpretação de todos os elementos instrutórios, fazendo surgir uma solução para esse caso, impondo ou não uma consequência jurídica. É um ato processual e de linguagem do juiz que, segundo Dallari, “recebe do povo, através da Constituição, a legitimação formal de suas decisões”, decisões estas que, muitas vezes, “afetam, de modo extremamente

¹²⁵⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, v. 4, p. 248.

¹²⁶⁰ BRUM, Nilo Bairros. *Os requisitos retóricos da sentença penal*, p. 5.

¹²⁶¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, v. 4, p. 248.

¹²⁶² BRUM, Nilo Bairros. *Os requisitos retóricos da sentença penal*, p. 5.

grave, a liberdade, a situação familiar, o patrimônio, a convivência na sociedade e toda uma gama de interesses fundamentais de uma ou de muitas pessoas”.¹²⁶³

A importância da sentença penal, no entanto, não resulta, apenas, do fato de que é o momento conclusivo do processo. Mais que isso, a sua importância é evidenciada, sobretudo, porque é nela e somente nela que se pode realizar um juízo de certeza, e não apenas de possibilidade ou probabilidade, à luz de todos os elementos contidos no processo. Sempre é bom lembrar, explica Coutinho, que, para Carnelutti, a finalidade do processo penal não é alcançar a verdade, mas, sim, a certeza, pois “a verdade de uma coisa nos foge até que nós não possamos conhecer todas as outras coisas e, assim, não podemos conseguir senão um conhecimento parcial dessa coisa”, ou seja, “a verdade está no *todo*, não na *parte*; e o todo é demais para nós”, razão pela qual propõe a substituição da investigação da *verdade* pela da *certeza*.¹²⁶⁴

Essa busca de certeza é necessária, porque a constituição do caso penal, isto é, a formulação da acusação, como já visto, é produto de um juízo provisório ou de probabilidade e não de certeza, uma vez que, quando do ajuizamento do caso, não há o conjunto das provas necessárias a ensejar este juízo,¹²⁶⁵ até mesmo porque as provas e os indícios até então colhidos na instrução preliminar ou contidos nas peças informativas que serviram de fundamento para a acusação foram produzidos unilateralmente, ou seja, sem o devido contraditório.

A procura pela certeza acerca do fato ou do caso penal, no dizer de Carnelutti, abrange tanto o fato abstrato penalmente previsto quanto o concreto, consistindo o trabalho do juiz, para julgar, depois de tudo, “numa confrontação entre o modelo preparado pelo legislador e o fato ocorrido na realidade”, da qual nasce um sim ou um não quanto à existência de um delito, chamando-se de “*declaração de certeza do delito*” ao resultado desse trabalho. Assim, se, no ajuizamento da acusação, não se tinha a certeza da ocorrência de uma

¹²⁶³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*, p. 91.

¹²⁶⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao “verdade, dúvida e certeza” de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito, p. 175.

¹²⁶⁵ Ver distinção entre juízos de possibilidade, probabilidade e certeza exposta no início da Seção II do Capítulo VI.

determinada conduta ou de ser ou não esta um crime ou uma contravenção penal, ao final do processo, isso se torna certo.¹²⁶⁶

Essa confrontação ou esse raciocínio é denominado por Atienza “silogismo jurídico” ou “silogismo judicial”, de modo que a primeira premissa corresponderia ao fato abstrato, ou seja, uma norma geral e abstrata, enquanto a segunda premissa corresponderia ao fato concreto, ou seja, a situação na qual se produziu um determinado fato”, resultando a conclusão, ou a sentença, que estabelece a aplicação da consequência jurídica prevista na norma.¹²⁶⁷

Além disso, a sentença é o momento em que ocorre a concretização do direito, a partir do caso e dos critérios jurídicos, ou seja, dos textos legislativos e princípios jurídicos, pois, como diz Neves, não sendo o direito “objeto” a conhecer, e sim “*problema a resolver*”, o objetivo e o problema da interpretação jurídica não residem na compreensão determinativa de um direito pressuposto, como *objeto*, em textos que o positivem, mas, sim, na elaboração ou constituição de decisões judiciais que solucionem os casos jurídicos concretos, com base nos critérios jurídicos positivos, surgindo o direito, assim, com a interpretação.¹²⁶⁸ A sentença penal, dessa forma, é o momento, ou num sentido espacial, o local em que se produz, concretamente, o direito, a partir do caso penal e dos elementos instrutórios, nos quais se incluem os critérios jurídicos positivos, sendo inegável, pois, a sua importância como ponto culminante do processo.

Subseção IV

A eficácia da sentença penal e o seu elemento condenatório

A eficácia é aspecto importante da configuração da sentença penal, porquanto, como diz Miranda, é “a propriedade de ter força ou efeito”, isto é, “a energia automática da resolução judicial”.¹²⁶⁹ É ineficaz a sentença condenatória

¹²⁶⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*, v. 1, p. 138.

¹²⁶⁷ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*, p. 44.

¹²⁶⁸ NEVES, A. Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica I*, p. 63 e 64.

¹²⁶⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*, t.1, p. 171 e 173.

ou mandamental que não seja executável, ou que, nos demais casos, não tenha força ou não produza o efeito de constituir ou declarar ou mesmo quando isso seja física, lógica, jurídica e moralmente impossível.¹²⁷⁰

§1º. Elementos determinantes da eficácia da sentença penal

A eficácia da sentença somente pode ser compreendida a partir dos seus elementos declarativos, constitutivos, condenatórios, mandamentais ou executivos que, com maior ou menor intensidade, fazem-se presentes em todas as sentenças, já que, como nenhuma ação que se conheça é sempre pura, as sentenças, também, têm esse caráter híbrido. Assim, conforme Miranda, quando se diz que “certas sentenças declarativas apresentam elemento constitutivo”, é porque se quer dizer que “certas sentenças constitutivas são também declarativas, ou condenatórias”. Igualmente as sentenças condenatórias apresentam elementos declaratórios e constitutivos, assim como, nas sentenças mandamentais, o elemento declarativo convive com o elemento mandamental.¹²⁷¹

§2º. Classificação das sentenças quanto a sua eficácia

Levando-se em consideração a preponderância dos seus elementos determinantes, as sentenças podem ser classificadas em cinco categorias, isto é, em sentenças declarativas, condenatórias, constitutivas, mandamentais e executivas.

A sentença declarativa, explica Miranda, “é a sentença que tem a sua força no declarar”, embora não se possa dizer “que a declaração exaura a sua eficácia”. A *res in iudicium deducta* restringe-se à própria declaração, cuja pretensão se resume, tão-somente, por exemplo, à sentença declarativa da existência ou não de alguma relação jurídica ou da veracidade ou falsidade de algum documento.¹²⁷²

¹²⁷⁰ MIRANDA, P. de. *Op. Cit.* t.1, p. 170 e 171.

¹²⁷¹ MIRANDA, P. de. *Idem*, t.1, p. 173 e 174.

¹²⁷² MIRANDA, P. de. *Ibidem*, t.1, p. 190, 193 e 210.

A sentença condenatória, por sua vez, é assim designada, segundo Miranda, porque o condenar contém quase tudo que se destina à eficácia da sentença, ou seja, que, embora tenha o concurso de forças declarativas, constitutivas, mandamentais e executivas, “*condena* mais do que qualquer outra”. Não se pode perder de vista que “*condenar* não é declarar a *injúria*”, mas, sim, “é ‘reprovar’, ordenar que sofra”.¹²⁷³

A sentença constitutiva, segundo Miranda, é aquela em que, embora também possa ter os demais elementos, “constitui mais do que se declara, do que se condena, do que se manda, do que se executa”. Isso significa dizer que “quem constitui faz mais do que declarar”, pois “quem somente declara não constitui” ou “necessariamente se abstém de constituir”. O importante é que “a constitutividade muda em algum ponto, por mínimo que seja, o mundo jurídico”,¹²⁷⁴ e não somente declara uma situação jurídica preexistente. É que, conforme Chiovenda, na sentença constitutiva, assim como nas sentenças declarativas e condenatórias, atua uma preexistente vontade de lei, ou seja, “a vontade de que se produza uma mudança jurídica”. No entanto, o elemento constitutivo emerge “quando a lei vincula ou condiciona o futuro da mudança à declaração mesma”, podendo-se dizer que “este é o fato jurídico que é causa daquele efeito jurídico, em virtude da lei”. Assim, depois da sentença, passa a existir um estado jurídico que anteriormente não havia, sendo a sentença, pois, o ato que “*imediatamente opera ou produz, ou constitui* aquele efeito”. Deve resultar claro que a mudança não se produz pela vontade do juiz, mas pela vontade da lei. Deve-se distinguir, por isso, as sentenças dispositivas das constitutivas, pois, enquanto estas declaram um direito preexistente e mudam uma situação jurídica mediante sentença judicial, falta àquelas um direito preexistente à disposição concreta do juiz. Em suma, enquanto, na sentença declaratória, a vontade da lei preexistente não abrange outro efeito que não o de fazer cessar a incerteza do direito, na sentença constitutiva, a preexistente vontade de lei visa à mudança, mas é a sentença que traz consigo essa mudança. De qualquer forma, essa mudança de estado jurídico, no dizer de Chiovenda, “só é passível de *satisfazer-se* mediante sentença judicial”,

¹²⁷³ MIRANDA, P. de. *Ibidem*, t.1, p. 174, 175, 190-191, 193, 222 e 223.

o que é uma das características que distinguem a sentença constitutiva da declaratória, porquanto, naquela, o pedido do autor somente pode ser alcançado com a sentença judicial, uma vez que, antes da prolação e do trânsito em julgado da sentença, as coisas permanecem no estado originário.¹²⁷⁵ Também Miranda afirma que “a sentença só é constitutiva se a decisão do juiz é elemento do suporte fático do exercício do direito formativo”, de modo que, “se o interessado pode obter a constituição sem ser preciso que proponha ação, o que se há de entender é que a ação constitutiva não cabe, isto é, não há necessidade de tutela jurídica”.¹²⁷⁶ Essa sentença constitutiva, explica Chiovenda, por sua própria natureza, age normalmente, *ex nunc*, o que significa dizer que os efeitos da mudança se operam “quando a sentença passa em julgado”, ocorrendo, assim, “a produção de um estado jurídico que, antes da sentença, não existia”.¹²⁷⁷

A sentença mandamental, que pode pressupõe, com maior ou menor intensidade, declaração, constituição e condenação, explica Miranda, é aquela na qual “o juiz não constitui”, mas, sim, “manda”, pois “o mandado do juiz, como eficácia, é o que mais importa”, uma vez que “é o elemento prevaiente, o alvo da ação que a sentença marca ao autor vencedor”.¹²⁷⁸

Por fim, a sentença de execução é aquela que, embora pressuponha todos os outros elementos, segundo Miranda, não pode ser reduzida às demais classes de sentenças, pois “o juiz, valendo-se da declaração, da constitutividade, da condenação e do ‘mandado’, procede à entrada na esfera jurídica do executado”, retirando valores que estão na esfera do seu patrimônio e pondo-os na esfera patrimonial do demandante.¹²⁷⁹

É possível transportar, segundo Marques, essa classificação das sentenças para o âmbito do processo penal, tendo por base a natureza da prestação jurisdicional, uma vez que, no próprio processo condenatório, há, por exemplo, sentenças absolutórias, que têm eficácia de sentenças declaratório-negativas, e

¹²⁷⁴ MIRANDA, P. de. *Ibidem*, t.1, p. 190, 193 e 216.

¹²⁷⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v.1, p. 244-245, 248, 251 e 257.

¹²⁷⁶ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*, t. 3, p. 40.

¹²⁷⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v.1, p. 246.

¹²⁷⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*, t.1, p. 191, 193 e 224.

¹²⁷⁹ MIRANDA, P. de. *Op. Cit.* t. 1, p. 191 e 225.

de reabilitação, que têm eficácia de sentenças constitutivas.¹²⁸⁰ O mesmo pode ser dito em relação à sentença executiva.

§3º. O elemento condenatório da sentença penal

Sempre se disse que, em sua eficácia, a sentença penal condenatória, como o nome designa, é, predominantemente, condenatória. Embora o propósito da presente pesquisa seja demonstrar o elemento constitutivo da sentença penal – o que será objeto de seção específica -, não se pode deixar de apresentar, de forma mais aprofundada, o seu elemento condenatório, pois é a partir dele que se pretende realizar aquela demonstração. Para tal, é necessário ter em mente que, conforme Miranda, “condenar não é declarar a *injúria*”, mas, sim, “é ‘reprovar’, ordenar que sofra”, de modo que, na ação condenatória e, conseqüentemente, na sentença condenatória, “a preponderância há de estar na condenação”, mesmo que delas possam decorrer outros efeitos, tais como a declaratividade e a executividade, como ocorre, por exemplo, nas ações condenatórias típicas, nas ações de indenização e de adimplemento de obrigação e nas ações penais.¹²⁸¹

A sentença penal condenatória é definida por Arzabe e Mendoza como aquela que “fixará as penas e medidas de segurança”.¹²⁸² Embora Carnelutti afirme que “a declaração de certeza do delito é o *prius* para a aplicação da pena”, não deixa de reconhecer que “um delito não se comprova somente para saber se foi ou não cometido, mas para agir e até para reagir contra quem o cometeu, ou seja, para infligir-lhe o castigo”. O elemento condenatório da sentença penal está relacionado, pois, exatamente com esse castigo, porquanto “a palavra *condenação* (de *cum-damno*) alude ao dano, isto é, à lesão do interesse do réu em que o castigo se resolve, ou melhor dito, parece que se resolve”. Seria inócua “declarar a certeza de um delito sem estatuir a responsabilidade penal de quem o cometeu”. Essa declaração de responsabilidade é chamada de “condenação”, de

¹²⁸⁰ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v. III, p. 34-35.

¹²⁸¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*, t. 5, p. 25, 29 e 222.

¹²⁸² ARZABE, Fernando Mendoza; MENDOZA, Helen Kate. *Tratado sobre la sentencia*, p. 210: [...] “fijará las penas y medidas de seguridad que correspondan”[...].

modo que “a declaração de certeza positiva do delito resolve-se, assim, na condenação do réu”.¹²⁸³

O elemento condenatório toma força, segundo Carnelutti, nos casos em que a pena estatuída para o delito é variável, o que é a regra, uma vez que, se a pena estatuída fosse fixa, a declaração de certeza do delito e a condenação formariam um todo, resultando a declaração de certeza suficiente para esgotar a cognição penal. Não obstante isso, o que ocorre com mais frequência é que a pena cominada é variável entre um mínimo e um máximo, “cabendo ao juiz fixar em um ponto a agulha que oscila sobre o quadrante”, resultando claro, assim, que, “nestes casos na prática separa-se a declaração de certeza do delito em sua existência da declaração de certeza de sua gravidade, ou, como sói dizer-se, a *declaração de certeza do delito* da determinação da pena”. Há de acrescentar, contudo, que a determinação da pena tem, também, função dispositiva, uma vez que o juiz, “em lugar de atribuir um fato as consequências jurídicas estatuídas pela lei, pronunciando um *juízo vinculado* ou *juízo de direito*, atribui-lhe consequências que determina segundo o bom senso”; bom senso este que, “quando guia o juízo jurídico e, em particular o juízo judicial, não é outra coisa que a *equidade*”, razão pela qual essas consequências são consideradas produto de “um *juízo discricionário* ou *juízo de equidade*”. Carnelutti faz questão de ressaltar que, “com o instituto da pena variável se reconhece a extrema delicadeza do ofício de dosar a pena”, de modo que “a justa dose não pode ser determinada senão em face do caso concreto”, ou seja, aquele caso “que é conhecido em todas as suas particularidades”.¹²⁸⁴

Para a dosagem da pena,¹²⁸⁵ lembra Carnelutti, há de se recorrer às circunstâncias do fato, entre as quais estão “a *intensidade do dolo* ou o *grau da culpa*, como os *motivos para delinquir* e o *caráter do réu*”, ressaltando, todavia, que “não é possível conhecer estas particularidades, que fazem parte do campo

¹²⁸³ CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*, v. 1, p. 141.

¹²⁸⁴ CARNELUTTI, F. *Op. Cit.* v. 1, p. 142-143.

¹²⁸⁵ É importante que o direito penal brasileiro, segundo se depreende do artigo 68 do Código Penal, adota o sistema trifásico, em que, na primeira fase da etapa dosimética da aplicação da pena deve incidir as circunstâncias judiciais (artigo 59, *caput*, do CPB); na segunda fase, as atenuantes e agravantes (circunstâncias legais); e, na terceira fase, as causas gerais e especiais de aumento e diminuição de pena.

do espírito, sem uma investigação tão paciente e penetrante que o juiz, em noventa e nove por cento dos casos não está em condições nem sequer de esboçar”. Exemplo disso é a conduta *subsequente ao delito*, o que abrange tanto a conduta posterior ao delito e anterior ao processo quanto a conduta posterior ao processo, já que dela, sobretudo, decorre a eficácia penitencial e inclusive preventiva da pena. É que, quando o juiz julga não está ele, infelizmente, em situação de adivinhar o futuro, de modo que, sendo a valoração do delito e da pena, por isso, obra tão difícil, dela o erro não pode ser excluído, devendo, em maior ou menor grau, ser admitido como regra da prática judicial. Além disso, “se os erros judiciais *totais*, consistentes na condenação de um inocente, podem considerar-se relativamente raros, os erros *parciais*, consistentes na aplicação injusta da pena, são, pelo contrário, extraordinariamente frequentes”.¹²⁸⁶

Seção II

A constitutividade da sentença penal condenatória

Cabe à presente seção demonstrar a constitutividade da sentença penal condenatória, que é o objetivo principal da presente tese. Levando em consideração tudo o que foi exposto anteriormente, pretende-se evidenciar tanto o elemento constitutivo desse ato processual quanto a constitutividade da linguagem nele encerrada, que nada mais é do que uma decorrência da constitutividade do próprio processo de criminalização. Enquanto o capítulo quinto tratou dos fundamentos da constitutividade da linguagem, o que alcança, também, a sentença penal, por ser esta um ato de linguagem, e o capítulo sexto, dos atos preparatórios da constituição da realidade criminal, ou seja, dos atos que possibilitam a existência de uma sentença penal, a presente seção tem por objetivo aprofundar a reflexão acerca do elemento constitutivo da sentença penal, o qual é o fundamento jurídico dessa constitutividade, e, especificamente, da linguagem da sentença penal condenatória, que é o fundamento filosófico e

¹²⁸⁶ CARNELUTTI, F. *Idem*, v. 1, p. 143.

criminológico dessa constitutividade. Além disso, esta seção cuida do marco objetivo da constituição da realidade criminal, que é o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Por fim, como decorrência dessa constitutividade, constata-se o poder de definição dos juízes e da sua responsabilidade na criminalização de condutas e pessoas.

A presente seção está dividida, pois, em três subseções, percorrendo a primeira sobre os fundamentos da constitutividade sentença penal; a segunda, sobre o trânsito em julgado da sentença como marco objetivo da constituição da realidade criminal em estrito senso; e, por fim, a terceira, sobre o poder de definição dos juízes e sua responsabilidade na criminalização de condutas e pessoas.

Subseção I

Os fundamentos da constitutividade da sentença penal condenatória

Tanto como ato processual quanto como ato de linguagem, a sentença penal condenatória é, também, constitutiva. Essa afirmação está alicerçada em fundamentos jurídicos, que estão centrados no elemento constitutivo da sentença penal condenatória, e em fundamentos filosóficos e criminológicos, que estão centrados na constitutividade da linguagem do processo de criminalização. É que, sendo o processo de criminalização um conjunto de atos de linguagem constitutivos da realidade criminal, a sentença penal é o ato culminante deste processo, e, assim como os demais atos de linguagem, é, também, um ato regido por normas constitutivas, uma vez que, além disso, a sentença é um fato institucional. Por isso, dividiu-se esta subseção em dois parágrafos, ou seja, um voltado a discorrer sobre os fundamentos jurídicos da constitutividade da sentença penal condenatória, isto é, sobre o seu elemento constitutivo, e outro, voltado para os fundamentos filosóficos e criminológicos dessa mesma constitutividade, ou, dito de outra forma, para a constitutividade da linguagem da sentença penal condenatória e sua relação com a constituição da realidade criminal.

§1º. Os fundamentos jurídicos da constitutividade da sentença penal condenatória

A sentença penal condenatória compreende um pronunciamento judicial sobre o caso penal e outro sobre a sua consequência, uma vez que, segundo Carnelutti, “tanto quanto delito e pena, também declaração de certeza positiva do delito e condenação do réu não podem ser separadas uma da outra, porque são duas faces da mesma moeda”.¹²⁸⁷ A pena, conforme exposto na seção anterior, está relacionada com o elemento condenatório da sentença penal condenatória. O crime e a contravenção penal, por sua vez, estão relacionados com o elemento constitutivo dessa mesma sentença, que depende da avaliação da prova e dos instrumentos jurídicos ao dispor do juiz por ocasião da prolação da sentença penal. Um dos resultados a serem obtidos dessa avaliação é o acolhimento, total ou parcial, da acusação e a consequente condenação do acusado. Isso permite afirmar que a sentença penal, ao acolher uma acusação, acertando um caso penal, é, também, constitutiva, pois é ela que faz surgir o crime ou a contravenção penal e o criminoso ou contraventor.

Essa afirmação parte do pressuposto, conforme já mencionado, que nenhuma sentença é pura, ou seja, não contém, apenas, um elemento determinante da sua eficácia. O mesmo ocorre com a sentença penal condenatória, que, além do elemento condenatório, pode conter, como de fato os contêm, outros elementos, entre os quais, o constitutivo, que é o que faz surgir a realidade criminal estrito senso. Assim, embora o elemento condenatório seja evidente, não se pode deixar de considerar que, em se tratando de sentença penal condenatória, o elemento constitutivo, também, faz-se “fortemente” presente, isso porque o juiz, ao julgar procedente a acusação, antes de aplicar a sanção penal, transforma o caso penal em crime ou contravenção penal e o seu autor em criminoso ou contraventor, alterando, substancialmente, a situação jurídica deste, que passa do estado de inocência para o de culpado.

¹²⁸⁷ CARNELUTTI, F. *Ibidem*, v. 1, p. 141.

A existência desse elemento constitutivo da sentença penal condenatória é reforçada, nos itens seguintes, pela distinção que se faz entre normas primárias e secundárias, entre sentenças declarativas e constitutivas e entre estado de inocência e estado de culpado.

De qualquer forma, ao se demonstrar o elemento constitutivo da sentença penal condenatória, não se pretende alterar a denominação do processo, da ação ou mesmo da sentença penal, mas ressaltar que, apesar de serem esses, tradicionalmente, denominados “condenatórios”, há neles uma eficácia constitutiva.

1.1 A distinção entre normas primárias e secundárias

O elemento constitutivo da sentença penal condenatória pode ser depreendido, em primeiro lugar, a partir da distinção kelseniana entre normas primárias e secundárias, isto é, entre normas jurídicas que proíbem, permitem ou obrigam condutas determinadas e as que prescrevem sanções para o fato de ocorrer violação dessas normas.¹²⁸⁸ Enquanto as normas primárias são destinadas a todos quantos estiverem a elas submetidos, as secundárias são destinadas, sobretudo, ao julgador, esperando-se, contudo, que as normas primárias não resultem violadas, a fim de que não seja necessária a aplicação das sanções estabelecidas nas normas secundárias.

A constituição de uma conduta como crime ou como contravenção, na verdade, está relacionada com a norma primária, ou seja, com o preceito primário do tipo penal. A consequência ou sanção penal ocorre por força das normas secundárias, que, no direito penal, correspondem ao preceito secundário do tipo penal. O pronunciamento judicial realizado na sentença penal sobre a violação do preceito primário é muito importante, uma vez que atribui à violação a condição de “crime” ou de “contravenção”, definindo os contornos do fato, a partir do qual a pena é aplicada. A pena é, assim, uma consequência lógica, que não depende, propriamente, de um juízo de valor quanto à sua necessidade, pois é imposição

¹²⁸⁸ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*, p. 181.

legal que, quando muito, há de ser dosada, não ressoando ser esse elemento condenatório, apesar de evidente, de maior importância em relação ao elemento constitutivo, já que a sanção se resolve na sua dosagem, observados os limites¹²⁸⁹ da constituição do fato. Além disso, o debate processual em torno do fato é mais intenso, uma vez que este é determinante da consequência em si e está relacionado com a maior parte das teses.

1.2 A distinção entre sentenças declarativas e constitutivas

Outro aspecto que evidencia a existência do elemento constitutivo da sentença penal condenatória está relacionado com a distinção entre as sentenças declarativas e constitutivas. Como já visto, estas realizam uma preexistente vontade da lei no sentido de que se promova uma mudança jurídica, a qual se produz pela vontade da lei e não, propriamente, do juiz. Todavia, é a sentença constitutiva que produz esse efeito, que é *ex nunc*, pois, após o seu trânsito em julgado, faz com que exista um estado jurídico que anteriormente não existia. A sentença constitutiva difere, pois, da sentença declarativa, que, também, realiza uma vontade preexistente da lei, mas, tão-somente, para fazer cessar a incerteza do direito. A sentença constitutiva, por sua vez, produz o efeito de alterar um estado jurídico para outro, que somente é possível satisfazer-se mediante sentença judicial, porquanto, segundo Chiovenda, sem a sentença judicial, a situação jurídica permanece no seu estado originário.¹²⁹⁰ A sentença penal condenatória é, também, constitutiva, uma vez que é inquestionável que a situação jurídica, tanto da conduta¹²⁹¹ quanto do acusado, altera-se com a

¹²⁸⁹ MARICONDE, Alfredo Vélez. *Derecho procesal penal*, t. II, p. 32 e 33.

¹²⁹⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 251.

¹²⁹¹ Quando se refere à constitutividade da conduta, não se pode perder de vista que essa constitutividade está relacionada, também, com a definição jurídica em si, ou seja, com a espécie de definição que é atribuída ao fato, uma vez que, ao lado da definição geral de uma conduta como crime ou como contravenção penal, há a definição específica, ou seja, por exemplo, a conduta da qual resultou a morte de alguém, considerada genericamente um crime, pode ser definida, entre outros, como homicídio simples, homicídio qualificado, homicídio privilegiado, homicídio culposo, lesões corporais seguidas de morte. É da apreciação valorativa da prova e da argumentação das partes técnicas e do juiz que serão extraídos os elementos constitutivos da conduta em si, que pode ser definida num ou noutro sentido, tanto que, no dizer de Carnelutti, “a declaração de certeza implica, com efeito, não só que *um delicto* foi cometido mas *qual delicto* foi cometido, isto é, refere-

prolação da sentença, passando a conduta referida no caso penal a ser qualificada como crime ou contravenção penal e o seu autor como criminoso ou contraventor, o que significa dizer que este passa do estado de inocente para o estado de culpado. Isso ocorre porque é a sentença penal e somente ela que pode qualificar um comportamento concreto, como crime ou contravenção penal.

Entre os estudiosos da sentença penal que mais se aproximaram da tese que se apresenta está Carnelutti, segundo o qual “o trabalho do juiz, para julgar, consiste, depois de tudo, numa confrontação entre o modelo preparado pelo legislador e o fato ocorrido na realidade”, chamando o resultado deste trabalho de “*declaração de certeza do delito*”. Assim, se, antes do processo, há incerteza acerca da ocorrência ou não do crime ou da contravenção penal, ou seja, se o fato ocorrido é ou não um crime ou contravenção, por ocasião da sentença, essa incerteza se dissipa, passando a ser certo, pois, se ocorreu ou não um crime ou uma contravenção.¹²⁹² A sentença penal, nessa visão, é considerada, no entanto, declarativa, pois “declara a certeza do delito”, enfatizando, pois, o seu elemento declarativo. Em outro momento, contudo, Carnelutti avança um passo na direção da constitutividade, ao afirmar “que a declaração de certeza do delito não é uma *mera declaração de certeza, mas declaração de certeza constitutiva*”, uma vez que “*é necessária para a produção dos efeitos jurídicos do fato declarado certo*”. A constitutividade da declaração de certeza do delito decorre da necessidade do “juízo do juiz” para que um fato seja um delito, o que deixa certo “o valor que o juízo tem para a existência do delito”. Isso significa dizer que “*o delito não existe, ou seja, um fato não existe como delito senão quando o juiz tenha-o declarado certo, isto é, tenha-o considerado como tal*”, de modo que “um fato, ainda quando pareça semelhante a um fato abstratamente previsto, não é um delito antes da declaração de certeza judicial”, podendo existir, sem ele, apenas, delito em sentido ético, mas não segundo o direito, “pois a declaração de certeza *positiva* do

se à sua gravidade”(CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*, v.1, p. 141), gravidade esta que está relacionada mais com a definição específica do fato do que com a sua definição genérica.

¹²⁹² CARNELUTTI, F. *Op. Cit.* v. 1, p. 138.

delito é uma condição *necessária* da existência do delito, assim como a declaração de certeza *negativa* é condição *suficiente* de sua inexistência”.¹²⁹³

Ora, como se pode perceber, Carnelutti não admite, propriamente, a constitutividade da sentença penal, embora tenha se aproximado consideravelmente dessa concepção. É que, na sua concepção, a sentença apenas declara a certeza da existência ou inexistência de um delito, mas não o constitui, embora reconheça que essa declaração seja constitutiva, por não poder o delito existir sem sentença declarativa. A posição carneluttiana, na verdade, encerra um desnecessário hibridismo, ficando em posição intermediária entre a declaratividade e a constitutividade, tanto que mereceu críticas de Miranda, segundo o qual Carnelutti “procedeu como o jardineiro que, tendo pêras e uvas para vinho, disse que possui ‘pereiral vinícula’”. Essa crítica é procedente, na medida em que, para Miranda, “a constitutividade muda em algum ponto, por mínimo que seja, o mundo jurídico”.¹²⁹⁴

É por isso que se diz que a sentença penal condenatória, ao acolher, no todo ou em parte, uma acusação, acertando um caso penal, além de condenatória, é constitutiva, pois, ao declarar a certeza do delito, essa força declarativa é menos forte que a sua força constitutiva, pois é esta que faz mudar a situação jurídica do fato e do seu autor. A sentença penal condenatória, em face desse aspecto, tanto define como crime ou contravenção penal a conduta objeto do caso penal quanto muda o estado de inocente do autor passando para o de culpado.

1.3 A distinção entre estado de inocente e estado de culpado

Por fim, além dos aspectos destacados nos itens anteriores, acredita-se que a frente de reflexão que mais enfatiza o elemento constitutivo da sentença penal condenatória é a que decorre do princípio de estado de inocência. Conforme abordado no capítulo anterior,¹²⁹⁵ mais especificamente nas palavras de

¹²⁹³ CARNELUTTI, F. *Idem*, v. 1, p. 139 e 140.

¹²⁹⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*, t. 1, p. 215 e 216.

¹²⁹⁵ Ver Subseção I da Seção III do Capítulo VI.

Mariconde, esse princípio “não consagra uma *presunção* legal senão um *estado jurídico* do imputado, o qual é *inocente* até que seja declarado culpável por sentença firme”. Para tal, é necessário que “o juiz adquira a *convicção de sua culpabilidade*, de modo que em caso de dúvida deve absolvê-lo”. Isso significa dizer que, “para chegar a esta solução não é necessário que esteja convencido de sua inocência, desde que esta seja – repitamos – uma situação jurídica que não requeira ser construída; é um estado normal do imputado”. Como é possível perceber, “é evidente que agora se considera o momento em que o julgador dita sentença” (de mérito), e não sobre aspectos específicos da instrução, e a dúvida deve recair “sobre os fatos que servem de base à imputação, e não sobre a interpretação da lei”.¹²⁹⁶ Disso resulta claro que é a sentença condenatória transitada em julgado e somente ela que altera esse estado de inocência, passando o réu a ser considerado culpado, deixando certa a força constitutiva da sentença penal.

A propósito, é possível afirmar que o direito constitucional brasileiro é recepcionista do princípio do estado de inocência, conforme se extrai do inciso LVII do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, que garante a qualquer pessoa, expressamente, como se percebe, o seu estado de inocência, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, é um conteúdo voltado a garantir uma situação jurídica que somente pode ser alterado pela sentença penal condenatória e, assim mesmo, após o seu trânsito em julgado. Resulta claro, pois, que o legislador constituinte,

¹²⁹⁶ MARICONDE, Alfredo Vélez. *Derecho procesal penal*, t. II, p. 38, 48-49: [...] “el principio no consagra una *presunción* legal sino un *estado jurídico* del imputado, el cual *es inocente* hasta que sea declarado culpable por sentença firme”[...]. [...] “el Juez adquiriera la *convicción de su culpabilidad*, de modo que en caso de duda debe absolverlo”, de modo que “para llegar a esta solución no es necesario que esté convencido de su inocencia, desde que ésta es – repitamos – una situación jurídica que no requiere ser construída; es un estado normal del imputado”. Para Mariconde, “es evidente que ahora se considera el momento en que el juzgador dicta sentencia” (de mérito), e não sobre aspectos específicos da instrução, e a dúvida deve recair “sobre los hechos que sirven de base a la imputación, y no sobre la interpretación de la ley”. Ramos se alinha a essa concepção, embora prefira designar o princípio como “estado de inocência”; diz que esse constitui uma “*regra de distribuição dos ônus processuais probatórios*”, que, também, “*aplica-se a todas as medidas de urgência*”, de modo que, “se não se apresentarem elementos de convicção que tornem ao menos provável a condenação, mesmo as prisões obrigatórias deverão de ser canceladas” (RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*, p. 126).

ao inserir, nesses termos, o princípio de estado de inocência, quis enfatizar que o estado jurídico do acusado – e, com mais razão, dos indiciados e suspeitos - é o de “inocência” e, portanto, que a sentença penal condenatória é, também, constitutiva, pois é somente ela que pode alterar a situação jurídica do acusado, passando do estado de inocência para de culpado. Deve-se enfatizar que, mesmo em estado de inocência, não há óbice para que alguém seja considerado suspeito, indiciado ou acusado de uma conduta punível, pois essas situações não são capazes de alterar aquele estado jurídico.

De qualquer forma, a mudança imposta pela sentença penal condenatória transitada em julgado, do estado de inocente para o estado de culpado, não é apenas formal, mas, também, substancial, pois o autor da conduta será portador de marcas formais e morais que o acompanharão por muito tempo, senão por toda a vida. Não é por nada que um dos efeitos de maior relevo da condenação, no dizer de Marques, “é o lançamento do nome do réu no rol dos culpados”, que nada mais é do que uma das formas de se documentar a condenação do réu, para que se conheça e se registre o seu *status poenalis* de condenado. Além disso, “a documentação de que o réu foi condenado ainda constará dos lançamentos que são feitos no *boletim individual* que acompanha os processos, o qual, com esses dados, será remetido aos órgãos centrais de estatística”. Isso faz com que “perdure esse *status* de condenado com todos os seus reflexos”, consagrando, indiretamente, “a antiga pena de infâmia, com que se ferreteava a personalidade do delinqüente”. Assim, “consignando o prontuário o exato *estado penal* do condenado, é ele o instrumento que tornará eficaz os efeitos secundários da sentença condenatória, com as restrições daí derivadas para quem sofreu a condenação”.¹²⁹⁷

Não seria demais dizer que os rótulos impostos pela sentença penal condenatória, em face da sua constitutividade, além de uma forte carga estigmática, produzem efeitos extremamente graves na relação do condenado consigo próprio, com os demais indivíduos, com o Estado e com a coletividade em geral, subtraindo-lhe direitos, impondo-lhe obrigações e extrapolando os efeitos

¹²⁹⁷ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*, v. III, p. 356, 357 e 358.

explícitos mencionados na sentença, ou seja, os limites impostos pela própria sanção penal. Entre esses efeitos, pode-se mencionar, no âmbito do direito constitucional, o que diz respeito à suspensão dos direitos políticos,¹²⁹⁸ o que significa dizer que, enquanto não reabilitado o condenado, ocorre uma modificação substancial no seu estado político. Além disso, conforme retratado em *Estigmas da Criminalização*, o *status* de “culpado” implica uma diferença substancial em relação ao *status* de “inocente”, produzindo a sentença penal efeitos explícitos, tanto no campo do direito penal material quanto nos do direito processual penal e da execução penal. No âmbito do direito penal material, pode-se dizer que a constituição do “estado de culpado” influenciará, entre outros, na aplicação da pena, em caso de futura condenação, sobretudo, na sua dosagem, como circunstância judicial ou agravante, na substituição da pena, na fixação do regime inicial, se a pena aplicada for privativa de liberdade, e na concessão da suspensão condicional da pena. Esse estado jurídico também será levado em consideração na contagem do prazo prescricional, na revogação de reabilitação criminal e representará óbice à transação penal. No âmbito do direito processual penal, o “estado de culpado” poderá ser invocado para impedir o exercício do direito de apelação em liberdade, a suspensão condicional do processo e a concessão da liberdade provisória, assim como será determinante na decretação da prisão preventiva e da prisão do réu pronunciado. Por fim, no campo da execução penal, o “estado de culpado” relacionado à condenação de outra conduta poderá impedir a concessão da saída temporária, do indulto penal e da comutação de penas, podendo influir na revogação da suspensão condicional da pena e na não-concessão e revogação do livramento condicional. Não bastassem essas situações explicitamente reconhecidas, o “estado de culpado” poderá servir como “metarregra”, orientando os estudiosos e profissionais do direito na formação de posturas dogmáticas e na apreciação dos casos em concreto.¹²⁹⁹

As anotações constantes no prontuário do “culpado” somente são passíveis de ser eliminadas com a sua reabilitação, cuja natureza, conforme anota Marques,

¹²⁹⁸ A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu Art. 15, III, dispõe que, os direitos políticos ficam suspensos em caso de “condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos”.

¹²⁹⁹ BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização*, p. 101-112.

é eminentemente constitutiva, ou seja, “o condenado que a obtém sofre uma alteração em seu *status poenalis* e, com isso, a sentença apresenta-se nitidamente com o sinal específico de sentença constitutiva”.¹³⁰⁰

Ora, é fácil perceber que a sentença penal que reabilita o condenado é, como diz Marques, constitutiva, ou, mais precisamente, constitutivo-negativa, como é possível afirmar, com base nas lições de Miranda, a partir de uma analogia com a ação de interdição, uma vez que a sentença de reabilitação desconstitui o estado de culpado, reintegrando-o à situação anterior.¹³⁰¹ Se isso ocorre, é porque a sentença penal que acolhe, no todo ou em parte, a acusação, acertando o caso penal, é, também, constitutiva, uma vez que é em face dela que se constituiu o estado de culpado, que somente será desconstituído com a sentença de reabilitação penal.

¹³⁰⁰ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v. III, p. 35. No âmbito do direito penal brasileiro, é importante ressaltar que, conforme consta do item 83 da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral, introduzida pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, “a reabilitação não tem, apenas, o efeito de assegurar o sigilo dos registros sobre o processo e a condenação do reabilitado, mas consiste, também, em declaração judicial de que o condenado cumpriu a pena imposta ou esta foi extinta, e de que, durante 2 (dois) anos após o cumprimento ou extinção da pena, teve bom comportamento e ressarcio o dano causado, ou não o fez porque não podia fazê-lo. Tal declaração judicial reabilita o condenado, significando que ele está em plenas condições de voltar ao convívio da sociedade, sem nenhuma restrição ao exercício de seus direitos”, todavia, no item 85 dessa mesma Exposição de Motivos, fica claro que a reabilitação criminal não tem o condão de reintegrar o condenado, por completo, no seu *status quo ante*, distinguindo-se, pois, da revisão, porquanto a revisão, “quando deferida, pode apagar definitivamente a condenação anterior”, enquanto que a reabilitação “não tem esse efeito”, de modo que “se o reabilitado vier a cometer novo crime será considerado reincidente, ressalvado o disposto no art. 64”. Costa Júnior informa, ainda, que “aquele que tiver perdido cargo, função pública ou mandato eletivo não será reintegrado”, podendo, “apenas, habilitar-se a novo cargo ou função, candidatar-se a novo mandato”, de modo que “o efeito da reabilitação se circunscreve praticamente em assegurar ao condenado ‘o sigilo dos requisitos sobre seu processo de condenação’, o que já estava garantido pelo art. 202 da LEP” (COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal*, p. 213). Jesus complementa, informando que “a reabilitação também pode extinguir os efeitos específicos da condenação (art. 92), no entanto, “é vedada a reintegração na situação anterior”. Além da impossibilidade de reintegração no cargo, função pública ou mandato eletivo, Jesus ressalta que a “incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela (CP, arts. 92, II, e 93, parágrafo único)”, o que significa dizer que “aquele que perdeu o pátrio poder etc. não pode voltar a exercê-lo em relação ao sujeito passivo do delito”, embora possa vir a exercê-lo em relação à outras pessoas. No que concerne à inabilitação para dirigir veículo (CP, art. 92, III), “pode o reabilitado voltar a fazê-lo, não havendo restrição legal” (JESUS, Damásio E. *Direito penal*, v. 1, p. 654). É necessário ressaltar, no entanto, a reabilitação não restabelece, por completo o estado de inocência do reabilitando, pois, segundo o artigo 64, I, do Código Penal brasileiro, os efeitos da reincidência perduram por durante cinco anos, contados do cumprimento ou da extinção da pena, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação, enquanto o artigo 94, do mesmo Código, estabelece que a reabilitação poderá ser requerida, desde que decorridos dois anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se, igualmente, os dois períodos de prova.

¹³⁰¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*, t. 4, p. 30 e 31.

1.4 A importância do elemento constitutivo da sentença penal condenatória

Num confronto entre os elementos condenatório e constitutivo da sentença penal condenatória, pode-se dizer que, apesar desta encerrar, como objetivo, explicitamente, a consequência ou a sanção penal, implicitamente, é possível constatar que esse objetivo, às vezes, está em segundo plano, pois, em muitas ocasiões, o próprio ordenamento jurídico-penal cria hipóteses de suspensão da execução dessa sanção, embora sem suspender o estado de culpado. Isso ocorre, por exemplo, nas hipóteses de suspensão condicional da pena, em que, acolhida, no todo ou em parte, a acusação e acertado o caso penal, a sentença penal modifica o estado de inocência do acusado para estado de culpado, mas lhe possibilita, caso cumpridas determinadas condições, que não seja executada a pena, sem alteração, contudo, do seu estado de culpado. Isso evidencia que, nessa hipótese, a sanção passa do plano prioritário para o plano secundário, sem prejuízo da inalterabilidade do estado de culpado do condenado, o que revela, nesse caso, a importância do elemento constitutivo da sentença penal condenatória. O mesmo raciocínio pode ser realizado nas hipóteses em que o condenado é beneficiado pelo livramento condicional ou por indulto ou graça, uma vez que não se altera o seu estado de culpado até a sua reabilitação criminal.

A importância do elemento constitutivo da sentença penal resulta evidenciada, também, no pressuposto de configuração da reincidência criminal, sobretudo quando se admite a ocorrência desta pelo simples fato de ter havido o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória anterior, sem que seja necessário o cumprimento da pena nessa imposta (reincidência ficta). Este é o caso do direito penal brasileiro, que, no artigo 63 do Código Penal, estabelece: “verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.

É necessário ter em mente que, em que pese a constitucionalidade duvidosa do instituto da reincidência criminal,¹³⁰² a sua ocorrência implica, entre outros, um aumento da pena imposta na segunda condenação.¹³⁰³ O fundamento dessa agravante estaria relacionado à insuficiência da pena anteriormente imposta, que não teria sido capaz de prevenir a prática da conduta posterior. Como dito em *Estigmas da Criminalização*, “a recaída no crime significa uma afronta aos fins esperados da pena anteriormente aplicada”, cuja motivação, relacionada à reincidência verdadeira, real ou própria, “pressupõe o cumprimento integral ou parcial da pena anteriormente imposta”, uma vez que, “se o apenado recair na prática do crime após sofrer os efeitos da pena anterior, demonstrará ter sido esta insuficiente ou ineficaz o tratamento”.¹³⁰⁴

A reincidência real, no entanto, não foi recepcionada pelo direito penal brasileiro, pois este não exige o cumprimento da pena para a ocorrência da reincidência e, conseqüentemente, da agravante. Isso vem ao encontro da tese de que a constituição do crime ou da contravenção penal e do criminoso ou do contraventor é um elemento muito importante e, ao menos no que se refere à reincidência, predomina em relação à pena, elemento propriamente dito da condenação. Diz-se isso, porque, mesmo que a pena não venha a ser cumprida, será o condenado considerado reincidente,¹³⁰⁵ pois o que importa é a conduta praticada e constituída como crime ou contravenção penal, uma vez que isso determina o “estado de culpado” do autor da conduta e não o cumprimento ou não da pena.

Por fim, ainda em reforço à tese da importância do elemento constitutivo da sentença penal que julga procedente a acusação, não se poderia deixar de mencionar a estigmatização decorrente do “estado de culpado”. É que, em que pesem as tentativas de limitação do tempo de duração do estado de culpado,¹³⁰⁶ o

¹³⁰² Acerca da inconstitucionalidade do instituto da reincidência criminal, conferir BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização*, p. 165-170.

¹³⁰³ Cfe. Artigo 61, I, do Código Penal brasileiro.

¹³⁰⁴ BISSOLI FILHO, Francisco. *Estimas da criminalização*, p. 81-82.

¹³⁰⁵ Deve-se ressaltar que a condenação anterior pela prática de contravenção penal somente será levada em consideração, para fins de reincidência, se a segunda condenação ocorrer pela prática de outra contravenção.

¹³⁰⁶ O Código Penal brasileiro, em seu artigo 94, estabelece que “a reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução,

que se verifica, na prática, é que essa condenação continua a influenciar, ao menos implicitamente, nos diversos juízos que se realizam na esfera processual e extraprocessual, representando o “estado de culpado”, um gravame perpétuo na vida de qualquer pessoa, o que, no âmbito criminal, está compreendido na figura dos antecedentes criminais, cujo conceito “não enseja delimitação temporal”, embora haja vozes contrárias a essa perpetuidade dos antecedentes.¹³⁰⁷

Em suma, é possível concluir que os efeitos da constituição do “estado de culpado” pela sentença penal condenatória são, ao menos em algumas situações, mais fortes que a própria sanção penal, de modo a se poder afirmar acerca da importância da constitutividade da sentença penal condenatória, que não pode ser desprezada no campo jurídico-penal, porquanto compete com o tradicional elemento condenatório dessa mesma sentença.

§2º. Os fundamentos filosóficos e criminológicos da constitutividade da sentença penal condenatória

Como ato de linguagem, a sentença penal condenatória é, também, constitutiva da realidade criminal em estrito senso, isto é, do crime ou da contravenção penal e do criminoso ou contraventor, pois é na linguagem que o juiz realiza essa qualificação da conduta e do seu autor. Mais precisamente, ao pronunciar ou escrever as palavras “julgo procedente a denúncia (ou a queixa)” e “condeno o acusado”, o juiz realiza um ato performativo ou perlocucionário, isto é, produz uma ação que modifica a situação jurídica da conduta e do seu autor, fazendo surgir, assim, respectivamente, como crime ou contravenção penal e criminoso ou contraventor.

Nesse ato, o juiz faz uso das diversas funções da linguagem, a fim de produzir os efeitos que deseja nas instâncias internas e externas do aparato de

computando-se o período de prova da suspensão e do livramento condicional”. O artigo 64, I, desse mesmo Código, por sua vez, estabelece que perduram os efeitos da reincidência por até 5 (cinco) anos após o cumprimento ou extinção da pena, computados o período de prova da suspensão ou do livramento condicional. Por fim, o artigo 59 do mesmo Código estabelece, como circunstância judicial, os “antecedentes” do acusado, que, entre outras, refere-se ao estado de culpado.

¹³⁰⁷ BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização*, p. 66.

justiça, deixando evidenciada, sobretudo, a constitutividade da linguagem da sentença penal condenatória. É das funções, dos efeitos e da constitutividade da linguagem da sentença penal condenatória que tratam os item seguintes.

2.1 Funções da linguagem na sentença penal condenatória

Muitas são as funções exercidas pela linguagem na sentença penal condenatória, as quais se revezam em graus de preponderância. Assim, enquanto, no relatório da sentença, prepondera a função descritiva da linguagem, na motivação da sentença, por sua vez, prepondera a função de fabulação, secundada pelas demais funções. Por fim, na parte dispositiva da sentença, prevalecem as funções prescritiva e performativa.

Essas funções, no entanto, como mencionado no capítulo inicial, não são exercidas isoladamente ou de maneira estanque, mas se combinam entre si, embora, alguma delas, como é o caso das funções poética, de fabulação, de dominação e constitutiva, permeiam toda a sentença penal.

Com a função descritiva, o juiz procura se referir aos elementos importantes do processo, tais como a acusação, a defesa e as provas, descrevendo o caso penal, especialmente as reconstituições fáticas realizadas pelas partes técnicas, vítima, testemunhas, peritos e acusado, assim como os aspectos jurídicos relacionados com esse mesmo caso, tais como as disposições legislativas, os precedentes jurisprudenciais e as opiniões doutrinárias.

A função metalinguística aparece combinada com a função descritiva, pois os relatos das partes técnicas e das demais pessoas envolvidas no processo são atos de linguagem sobre os quais o juiz se debruça e, como tais, são objetos da análise da linguagem da sentença, sendo interpretados e descritos pelo magistrado. Se a linguagem dos demais personagens processuais é linguagem-objeto, o juiz tem de lançar mão da função metalinguística da linguagem para poder expressá-la.

As funções poética e expressiva ou emotiva, por sua vez, podem ser constatadas, respectivamente, nos diversos estilos utilizados e nas opiniões ou

impressões pessoais sobre condutas, pessoas e situações contidas na linguagem da sentença penal.

A função prescritiva é exercida pela linguagem quando o juiz impõe uma consequência ao condenado, que a ela deve submeter-se, fazendo ou deixando de fazer as ações prescritas, as quais estão relacionadas, sobretudo, com a sanção penal imposta.

As funções de fabulação e de dominação também permeiam toda a linguagem da sentença penal, sendo a primeira constatada, sobretudo, quando o juiz procura fazer com que os destinatários da sentença acreditem nos seus argumentos, mesmo que esses sejam encobridores das suas reais intenções. A função de dominação se revela quando a linguagem é usada para estabelecer ou deixar evidenciada a relação de poder que existe entre o Estado-juiz, como parte dominante, e o acusado, como parte dominada, a fim de que este seja submetido aos mandamentos contidos na decisão.

A função constitutiva ou performativa é a que está relacionada, sobretudo com o fato, ou melhor, com a reconstituição dos fatos pelo juiz, com base na sua interpretação do caso penal, das provas, das disposições legislativas, dos precedentes jurisprudenciais e das opiniões doutrinárias à sua disposição. É essa função que faz com que o juiz constitua a realidade criminal em sentido estrito, transformando o caso penal em crime ou contravenção e o seu autor em um criminoso ou contraventor.

2.2 Efeitos da linguagem na sentença penal codenatória

Se, por um lado, a linguagem da sentença penal tem função diversificada, por outro, essa mesma linguagem também tem o propósito de obter diversos efeitos, o que é perceptível, sobretudo, na motivação da sentença penal, pois é nela, como diz Brum, que o juiz precisa convencer os outros de que “decide de forma legítima, válida e justa”. É que, “para que uma sentença receba a adesão das partes ou dos tribunais, não basta que seu prolator observe, religiosamente, a lei material e os ritos processuais” ou mesmo que cumpra as prescrições

legislativas e siga as orientações doutrinárias e jurisprudenciais. Em outros termos, “uma sentença fiel à lei e formalmente perfeita poderá vir a ser reformada ou anulada por falta de requisitos que não estão explícitos na lei, tampouco na jurisprudência dos tribunais ou nos compêndios doutrinários”. Assim, analisando as provas dos autos e as teses defensivas, o juiz precisa demonstrar tanto a ocorrência do fato quanto o direito a ser aplicado, deixando claras as razões dessa aplicação. Por isso, na motivação, o juiz não somente “reconstrói discursivamente o fato *sub judice*” como também o subsume ao direito que entende aplicável, admitindo ou recusando as teses acusativas e defensivas e explicando as razões de sua decisão.¹³⁰⁸

A motivação é a parte da sentença em que o juiz exercita, ao máximo, a linguagem jurídico-penal, pois é nela que irá se deparar com a complexidade jurídica. Ao expor as suas razões de decidir, o juiz procurará demonstrar a verdade, mas alcançará, quando muito, apenas, a certeza; tentará determinar o direito aplicável em meio à indeterminação do próprio direito; procurará uma adequação axiológica, em meio a relações processuais nem sempre caracterizadas pela igualdade; por fim, procurará aparentar neutralidade, embora somente possa alcançar a imparcialidade. Em outros termos, os efeitos buscados pelo juiz na motivação estão relacionados, sobretudo, com o fato, com o direito, com a adequação axiológica e com a sua imparcialidade.

Nessas suas buscas, o juiz poderá fixar-se em dois pilares, ou seja, na interpretação legal e na avaliação da prova. É possível, segundo Brum, que o juiz prefira se ater mais à análise da prova, pois esta, produzida longe dos tribunais, dificulta o controle, a ponto de serem mais frequentes as absolvições por insuficiência de provas. Além disso, há mais facilidade e subjetividade envolvendo a avaliação da prova, em face do princípio do livre convencimento. Por outro lado, o caminho da interpretação legal apresenta dificuldades decorrentes da rigidez imposta pelo princípio da legalidade.¹³⁰⁹ De qualquer forma, embora a motivação não necessite exaurir o universo de razões existentes, é necessário, conforme

¹³⁰⁸ BRUM, Nilo Bairos. *Os requisitos retóricos da sentença penal*, p. 1 e 3-5.

¹³⁰⁹ BRUM, N. B. *Op. Cit.* p. 72-73.

Taruffo, que se fundamente “sobre pontos, a partir dos quais haja adequado consenso geral e difuso na cultura jurídica e não jurídica”.¹³¹⁰

2.2.1 Efeito de certeza fática

O primeiro efeito buscado pela linguagem na sentença penal é o da certeza acerca do fato, uma vez que, segundo Brum, é somente a certeza que pode ser obtida por meio do processo.¹³¹¹ Isso remete à distinção que Carnelutti estabelece entre a verdade real ou substancial e a verdade formal ou processual, distinção esta, contudo, negada, posteriormente, por ele próprio em *Verdade, Dúvida e Certeza*, quando, segundo Coutinho, faz questão de afirmar que essa é uma distinção infundada, uma vez que “a verdade não é, e nem pode ser, senão uma só”. Assim, aquilo que se chama de verdade formal, “não é verdade”, uma vez que, “nem com o processo, nem através de algum outro modo, a verdade jamais pode ser alcançada pelo homem”. Por isso, Carnelutti passa a fazer menção à certeza no lugar da verdade, pois “a verdade de uma coisa nos foge até que nós não possamos conhecer todas as outras coisas e, assim, não podemos conseguir senão um conhecimento parcial dessa coisa”, ou seja, “a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós”. Dessa forma, se, inicialmente, atribuíam-se ao processo a busca da verdade, o alvo da investigação, agora, deve ser a certeza.¹³¹² Essa certeza, explica Coutinho, deve ser buscada nos julgamentos, com base nos princípios e nas regras do Estado democrático de direito.¹³¹³

Essa certeza, no dizer de Taruffo, “funda-se em inferências obtidas a partir dos elementos de prova efetivamente adquiridos”, os quais permitem atribuir “fundamento racional à hipótese específica que foi escolhida como base de

¹³¹⁰ TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza, p. 172.[...] “su punti di partenza rispetto ai quali vi è un adeguato consenso generale e diffuso nella cultura giuridica e non giuridica”.

¹³¹¹ BRUM, Nilo Bairros Brum. *Os requisitos retóricos da sentença penal*, p. 73.

¹³¹² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao “verdade, dúvida e certeza” de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito, p. 174-175.

¹³¹³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro, p. 136.

decisão”.¹³¹⁴ Contudo, a obtenção da prova judicial, segundo Brum, é problemática, em face, entre outros aspectos, da inexistência de vestígios da infração em muitas situações, da precariedade dos exames periciais, das falhas de percepção e memória das testemunhas, das suas distorções voluntárias e involuntárias, das possibilidades de engano nos atos de reconhecimento de pessoas ou coisas, da facilidade de obtenção de documentos falsificados e da possibilidade de manipulação e de “produção” de provas falsas. Isso permite concluir que, não obstante essas possibilidades, não podem estas ser assumidas como regra geral, sob pena de inviabilizar a jurisdição. É que, tanto os sistemas processuais quanto toda a estrutura da sociedade está baseada na fé mútua, exigindo que se acredite na idoneidade e eficácia dos meios de prova, ou seja, entre outros, na eficácia dos peritos, na honestidade dos produtores da prova, na veracidade das testemunhas e na autenticidade dos documentos, de modo que “sem essa fé, ruiam todos os sistemas processuais”. Essa fé, contudo, não pode ser cega, havendo-se, pois, de “confiar desconfiando”.¹³¹⁵

Assim, o juiz reconstrói o fato com base, segundo Brum, nas provas que lhes pareçam mais convincentes ou que conduzam à solução que lhes pareça mais justa, num complexo procedimento que abrange seleção, avaliação e interpretação do material probatório que foi recolhido e acumulado desde a investigação ou instrução preliminar até a instrução processual penal definitiva. A certeza dessa reconstituição depende da adesão das partes, possível de ser percebida pela não interposição de recursos, ou, em caso de recurso, se for confirmada pelo órgão superior, razão pela qual exige-se e faz-se necessário que “o juiz justifique convincentemente os motivos pelos quais preferiu um conjunto de provas a outro ou, mais genericamente, porque deu ao fato a configuração que deu, em detrimento de outras configurações possíveis”. Não se pode negar, pois, que essa é uma atividade judicial que se desenvolve na linguagem, que requer um habilidoso manuseio “de um vasto instrumental fornecido pela legislação

¹³¹⁴ TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza, p. 170: [...] “si fonda sulle inferenze tratte dagli elementi di prova effettivamente acquisiti” [...] “fondamento razionale all’ipotesi specifica che é stata scelta come base di decisione”.

¹³¹⁵ BRUM, Nilo Bairoos. *Os requisitos retóricos da sentença penal*, p. 73, 74, 76 e 77.

processual, pelas teorias da prova, pelas presunções legais e extralegais, pelos precedentes judiciais e por um considerável elenco de falácias acreditadas na comunidade jurídica”, possibilitando, desta forma, que o juiz exalte o valor das provas que sustentam a versão que deseja fixar e que desqualifique as provas (ou interpretação das provas) que respaldem as versões que deseja refutar.¹³¹⁶

Como a legislação processual não fornece critérios seguros de avaliação da prova nem meios técnicos para o controle das avaliações feitas pelos juízes, devem esses critérios ser procurados nas lições doutrinárias, entre as quais, segundo Brum, despontam os ensinamentos de Echandia, que procura construir uma teoria geral da prova com base em princípios gerais comuns a toda prova judicial, cujo rol, de caráter exemplificativo, contém vinte e quatro princípios,¹³¹⁷ os

¹³¹⁶ BRUM, N. B. *Op. Cit.* p. 76-77.

¹³¹⁷ Os princípios gerais da prova relacionados por Echandia, segundo Brum, são: a) o princípio da necessidade de provas ou princípio da proibição ao juiz de aplicar seu conhecimento privado aos fatos, que corresponde ao chavão muito conhecido no meio jurídico, de que “o que não está nos autos não está no mundo”; b) o princípio da eficácia jurídica e legal da prova, que é uma consequência do princípio da necessidade da prova, de modo que, “se todos os fatos devem ser provados no processo, devem forçosamente existir meios de prova juridicamente eficazes”; c) o princípio da unidade da prova, segundo o qual o conjunto probatório carreado ao processo constitui uma unidade e como tal deve ser examinado e avaliado pelo juiz, que, confrontando provas, analisando suas relações de concordância ou discordância, formará sobre elas um juízo global, de modo tal que, no convencimento final do juiz, a prova deverá aparecer como um conjunto unitário, global e coerente; d) o princípio da comunidade da prova, também chamado princípio da aquisição, que preconiza que, uma vez introduzida nos autos, a prova não tem dono e pode, inclusive, voltar-se contra quem a produziu; e) o princípio do interesse público na formação da prova significa que o juiz deve formar e avaliar a prova segundo interesse da verdade, não se confundindo, portanto, com o interesse das partes; f) o princípio da lealdade, probidade e veracidade da prova, que “vale como exortação às partes, ao juiz e às demais pessoas envolvidas na produção da prova”; g) o princípio da contrariedade da prova, significando “que toda prova deve ser produzida de modo que as partes litigantes possam refutá-la no momento oportuno, produzindo a contraprova”; h) o princípio da igualdade de oportunidade da prova, segundo o qual as partes deveriam ter a mesma oportunidade de produzirem a prova necessária ao esclarecimento do fato e suas circunstâncias; i) o princípio da publicidade da prova, que estabelece que esta deve ser do conhecimento não somente das partes, mas, salvo raras exceções, principalmente do público; j) o princípio da formalidade e legitimidade da prova, que “diz que a prova deve ser feita por quem e na forma em que a lei e a jurisprudência determinem que ela seja feita”; l) o princípio da preclusão da prova, significando “que, se a prova não for produzida no momento oportuno, não mais poderá sê-lo”; m) o princípio da imediação e da direção do juiz na produção da prova, segundo o qual cabe ao juiz dirigir, pessoalmente, a produção da prova requerida pelas partes e as determinadas de ofício; n) o princípio da imparcialidade do juiz na direção e apreciação da prova, que preconiza que a direção e a apreciação da prova estão baseadas no mito da neutralidade judicial; o) o princípio da originalidade da prova, que dispõe que, “sempre que se possa obter a prova original, deve-se preferi-la à prova indireta ou sucedânea”, como, por exemplo, não se deve preferir a ouvida da testemunha comentários sobre o fato em substituição a que presenciou o fato, ou a fotocópia ao documento original; p) o princípio da naturalidade, espontaneidade e licitude da prova, que “lembra, desde logo, a proibição das provas ilícitas, e o respeito à pessoa humana; q) o princípio da obtenção coativa dos meios materiais de prova, que trata “do poder do juiz de requisitar provas onde quer que elas se encontrem”, como, por exemplo, de fazer com que as pessoas venham a sua presença; r) o princípio da imaculação da prova, segundo o qual “a prova deve apresentar-se sem os vícios da coação, do erro ou do dolo”; s) o princípio do ônus da prova, que “atribui

quais não seriam mais que “exortações éticas às pessoas que participam da produção ou avaliação de provas”. Enquanto muitos desses princípios estão em relação de redundância, outros são contraditórios ou incompatíveis e alguns constituem fórmulas vazias que remetem a outras instâncias de valoração.¹³¹⁸

Embora reconheça a importância desses princípios, Enchandia, segundo Brum, afirma que são eles insuficientes, pois não indicam como deve o juiz proceder em casos que estejam em contradição, ressaltando que, somente no caso concreto, examinado sob as luzes de uma legislação e de uma jurisprudência específica, é que o juiz encontrará a melhor forma de utilizar os princípios gerais da prova. Isso significa retornar ao ponto de partida, pois o estudo dos princípios gerais da prova tem como objetivo claro estabelecer regras que supram a insuficiência da lei, fazendo que se liberte do imediatismo dos casos concretos e da circularidade da jurisprudência.¹³¹⁹ Além disso, articulados em relações de contradição ou de complementaridade, esses princípios, conforme o caso, podem levar a decisões diferentes. Assim, partindo-se da hipótese de um processo em que o réu “foi defendido” por um advogado inepto ou desinteressado que deixa fluir os prazos sem oferecer as provas da defesa, encontrando-se o juiz na iminência de proferir a sentença, percebe este que a prova produzida pela acusação é convincente no sentido da condenação, mas, também, que o réu dispunha de importantes provas que não foram trazidas oportunamente ao processo. Conforme forem articulados os princípios gerais da prova, pode-se construir três soluções diferentes para o caso, ou seja, a condenação imediata do

às partes a responsabilidade de provar”; t) o princípio da inquisitividade do juiz na ordenação e prática da prova, em face do qual o juiz também tem a iniciativa de produzir provas; e u) o princípio da oralidade ou escritura da prova, significando “que as provas pessoais, entre as quais estão os depoimentos, os interrogatórios e as acareações, devem ser produzidas oralmente perante o juiz da causa e escrituradas contemporaneamente, pois há determinados fatos que somente admitem prova escrita, de modo a proporcionar o controle pelas partes sobre o que se diz e o que se escreve, permitindo ao julgador a observação das reações das pessoas que depõem e possibilitando a reapreciação das provas na eventualidade de recurso. Além desses princípios, Brum apenas cita os princípios da concentração da prova, da liberdade da prova e da pertinência e idoneidade da prova, e, referindo-se ao princípio da avaliação ou apreciação da prova segundo as regras da crítica *sã*, afirma ser esse “um princípio vazio”, pois nada informa, uma vez que não se sabe em que consiste a “crítica *sã*” e onde se encontram as suas regras, concluindo haver uma suspeita no sentido de que a “crítica *sã*” nada mais é do que “a ideologia dominante entre os juristas”.(BRUM, N. B. *Idem*, p. 59-66).

¹³¹⁸ BRUM, N. B. *Ibidem*, p. 59 e 60.

¹³¹⁹ BRUM, N. B. *Ibidem*, p. 66.

réu, a determinação de ofício de produção de novas provas e a anulação do processo. Assim, se o juiz articular o princípio da preclusão com os princípios do ônus da prova e da concentração da prova, “certamente condenará o réu, pois a ele cabia defender-se por intermédio de advogado capaz que produzisse a prova da defesa no momento processual para isso destinado”. No entanto, se o juiz enfatizar os princípios do interesse público e o da inquisitividade na ordenação e prática das provas, provavelmente “determinará, ‘de ofício’, diligências no sentido de colher as provas de defesa”. Por fim, se o juiz se apegar à garantia da ampla defesa, poderá combinar o princípio da liberdade da prova com os princípios da contrariedade e do interesse público, “declarando o réu indefeso e anulando o processo em parte, a fim de que se repita a instrução e se estabeleça efetivamente o contraditório”. Isso permite concluir que “a fixação do fato *sub judice* não está determinada unicamente por juízos descritivos, mas principalmente por juízos de valor e que a legitimação das decisões judiciais passa pela justificação persuasiva também no que se refere à esfera fática”.¹³²⁰

Como é fácil perceber, Brum deixa claro que a teoria geral da prova, “a exemplo do que ocorre com os ‘métodos’ de interpretação da lei, permite a manipulação da prova, proporcionando uma autêntica ‘modelística’ dos fatos”, de modo que essa pretensa teoria nada mais é do que uma coleção de *topoi*, ou seja, de pontos de partida aceitos pela comunidade jurídica que viabilizam a justificação linguística de decisões sobre a prova a nível pragmático. De qualquer forma, como os juízes de todas as épocas e lugares caracterizam-se por uma certa homogeneidade valorativa em relação à prova, mesmo sendo regidos, atualmente, pelo princípio do livre convencimento, essa homogeneidade não pode ser comprometida, pois, embora vazio, o princípio da “crítica sã” recomenda “que os juízes mantenham-se dentro do *standard* geral de valoração dos juristas, ou, em outras palavras, dentro da ‘filosofia’ particular ou ideologia dominante na comunidade jurídica”. Assim, a ideologia da comunidade de juristas é o instrumento de homogeneização da atividade valorativa da prova, não se podendo perder de vista que “esse instrumental, em que pese aparecer como um conjunto

¹³²⁰ BRUM, N. B. *Ibidem*, p. 66-67 e 71.

de técnicas prestigiadas, reflete anseios, aspirações, crenças e contradições de uma época histórica”, os quais são “fixados por um saber regional que se manifesta como repositório para onde vão confluír os mais diversos setores do saber e do poder”. Não se pode perder de vista, no entanto, que esse instrumental corresponde “à ideologia particular de um setor social específico”, ou seja, da comunidade de juristas, que, sendo setorial, “pode ou não estar em relação de sincronia com as demais ideologias dominantes na sociedade”, embora, historicamente, tenha demonstrado que é capaz de assimilar as novas ideologias que se tornam hegemônicas. De qualquer forma, sobretudo num sistema processual baseado no livre convencimento, é praticamente impossível reconstituir os reais motivos que levaram um juiz à sua decisão. É que, por serem os códigos lacônicos, a doutrina extremamente plástica e a jurisprudência vacilante, no que concerne à avaliação da prova, os juizes podem, mesmo que de forma não consciente ou premeditada, manipular os fatos segundo seu temperamento, sua formação pessoal e sua ideologia, razão pela qual “a única garantia que o sistema oferece é a imposição legal que obriga os juizes a fundamentarem suas decisões, permitindo, assim, que os inconformados possam atacá-las”,¹³²¹ garantia esta que se situa, como se percebe, no campo da linguagem.

2.2.2 Efeito de certeza jurídica

O segundo efeito a ser buscado pela linguagem da sentença penal é a certeza quanto à solução jurídica dada ao caso. Não obstante a indeterminação do direito decorrente das contradições e lacunas existentes no ordenamento jurídico, da vagueza e ambiguidade e dos defeitos do texto legal ou, até mesmo, das defasagens valorativas existentes entre o legislador e o juiz, este deve determinar o direito no caso concreto. A motivação jurídica, assim, para Taruffo, “requer que o

¹³²¹ BRUM, N. B. *Ibidem*, p. 67-69, 71 e 77. Brum explica que, enquanto “alguns princípios gerais transformam-se em lei, outros convertem-se em regras jurisprudenciais dominantes e os demais permanecem como princípios doutrinários”. Essa distribuição “estabelece certa hierarquia entre os princípios e vai caracterizar os sistemas processuais históricos como predominantemente inquisitórios, acusatórios, ou mistos”, isso porque “os sistemas vão caracterizar-se como sistemas em que predomina a tarifa legal ou sistemas em que predomina o livre convencimento do juiz”. (BRUM, N. B. *Ibidem*, p. 67-68).

juiz desenvolva argumentos de sustentação da escolha relativa à regra de decisão do caso concreto e de sustentação da interpretação que se tem adotado acerca dessa regra”.¹³²²

Essa motivação está, pois, relacionada com a legalidade, que pode ser formal ou material. A primeira, segundo Brum, diz respeito à observância da regularidade processual, isto é, à ausência de nulidades, em relação à qual o juiz poderá se auxiliar do princípio geral das nulidades (*pás de nullitté sans grief*),¹³²³ segundo o qual nenhuma nulidade pode ser reconhecida se dela não decorrer prejuízo. Isso transforma o problema das nulidades processuais numa luta de subjetivismos em que caberá sempre ao órgão judicial determinar o que seja prejuízo para as partes. A legalidade material, de fundo ou de mérito, por sua vez, refere-se à teoria geral do delito, pois os juizes justificam, invariavelmente, a legalidade das suas decisões em termos de tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade, embora essa teoria seja insuficiente para aquela justificativa. Assim, qualquer que seja a decisão do juiz, deve ela parecer que está contida, de alguma forma, na previsão do legislador ou, em outras palavras, deve ela apresentar-se como derivada da previsão legal. Para tal, o órgão judicial dispõe de inúmeros recursos fornecidos pela legislação e pelas diversas teorias e métodos de interpretação da lei, uma vez que o legislador “transfere sua função ao órgão judicial através de expressões semanticamente vazias ou anêmicas, cujo significado somente pode ser obtido contextualmente, depois do engajamento do julgador em uma das valorações comunitárias”.¹³²⁴

¹³²² TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza, p. 171: [...] “rechiede che il giudice svolga argomenti a sostegno della scelta relativa alla norma che ha ritenuto applicabile come regola di decisione del caso concreto, e a sostegno dell’interpretazione che egli ha adottato di questa norma”.

¹³²³ Previsto no artigo 563 do Código de Processo Penal brasileiro.

¹³²⁴ BRUM, N. B. *Ibidem*, p. 78-80. Isso ocorre, por exemplo, em caso de emissão de cheque sem fundos, em que a teoria do delito não serve para justificar a alteração do momento consumativo do citado delito, que, sendo formal, deixou de ser o momento da emissão da cártula para ser o da apresentação e recusa do cheque pela agência bancária. Além disso, não evita a possibilidade inusitada do arrependimento eficaz quando houver o ressarcimento do cheque antes do recebimento da denúncia. Não se pode deixar de reconhecer, por isso, na esteira de Gomes Filho, que a efetividade do princípio da reserva legal “está muito longe de constituir uma realidade” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*, p. 84-86), não constituindo, para Cunha, “uma garantia essencial do cidadão em face do poder punitivo do Estado”, pois “não cumpre as funções que expressamente o pensamento dogmático lhe assinala”. (CUNHA, Rosa Maria Cardoso. *O caráter retórico do princípio da legalidade*, p. 17 e 128). Mais que isso, explica Soares Júnior, o princípio da legalidade penal, no seu silêncio, termina por legimar “as práticas legais de incriminação seletiva

2.2.3 Efeito de correção axiológica

O terceiro efeito da linguagem da sentença penal é o efeito de correção axiológica, ou seja, é necessária uma identificação entre os valores internalizados pelos processos de socialização da comunidade e os conteúdos dos textos legais a serem aplicados. Se essa identidade axiológica inexistir, explica Brum, terá o julgador de manipular as teorias jurídicas, as técnicas de interpretação da lei e de avaliação da prova, objetivando transformar uma decisão legal e iníqua ou uma decisão ilegal e equânime em uma decisão legal e equânime. Assim, é possível adequar-se, na linguagem, valores comunitários à lei ou esta àqueles, dizendo que, “no primeiro caso, procurará o juiz demonstrar que ‘os verdadeiros’ valores comunitários estão expressos na literalidade do texto legal”, enquanto, “no segundo caso, decidirá conforme os valores comunitários emergentes, fazendo com que estes pareçam estar contidos no texto legal”. Dessa forma, caso os valores que determinaram a nova justificação já estiverem internalizados e disseminados na comunidade, serão boas as possibilidades de serem assimiladas pelos destinatários da sentença ou pelos órgãos jurisdicionais superiores as alterações de significado do texto legal produzidas pelo juiz no ato de sentenciar.¹³²⁵

Os efeitos de certeza jurídica e de correção axiológica das decisões judiciais, segundo Brum, produzem dilemas no julgador, por ter este de optar entre uma e outra e, ao mesmo tempo, deixar a impressão de que não houve essa opção valorativa, de modo que compatibilizar o incompatível é uma tarefa somente possível no campo da linguagem, lembrando, no entanto, que “a angústia da dualidade está presente no fenômeno jurídico desde seus fundamentos, já que se reconhece no direito uma função prescritiva que tem por fim alterar a realidade social”.¹³²⁶

de pessoas advindas das camadas sociais mais baixas (evidente clientela do sistema repressivo), mantendo-se a estrutura político-econômica injusta do Estado capitalista”. (SOARES JÚNIOR, Antônio Coelho. *O princípio da legalidade*, p. 136).

¹³²⁵ BRUM, Nilo Bairros. *Os requisitos retóricos da sentença penal*, p. 81-82.

¹³²⁶ BRUM, N. B. *Op. Cit.* p. 82.

De qualquer forma, se a questão for posta, entre outras, em termos de tradição e progresso, razão e emoção, classes dominantes e classes dominadas, humanismo e tecnocracia, Brum afirma que sempre se estará no campo das eleições ideológicas, dos engajamentos ainda que momentâneos ou provisórios, de modo que “conciliar ordens de valores contraditórios entre si pode ser uma tarefa impossível em termos lógicos, mas não o é em termos dialéticos”. Assim, “se o direito pode aparecer na sua estática como se fosse lógico, na sua dinâmica ele se manifesta como fundamentalmente dialético, desde os debates que marcam o nascimento da lei nos parlamentos até o discurso decisório que se alinhava no gabinete do juiz”. Isso ocorre porque, “ao longo do trajeto jurígeno, o diálogo vai sendo interrompido por atos de força-simbólica, como a submissão da minoria parlamentar pelos votos da maioria ou como a conformidade imposta pela coisa julgada”, de modo que “desses atos de força legitimada é que nascem oficialmente as normas jurídicas gerais ou individuais”. Apesar de haver ideologias vencidas, o caráter dialético do direito vai manifestar-se na possibilidade que têm essas ideologias de retornarem sub-repticiamente ao nível das decisões judiciais. Estas, por sua vez, podem servir de apoio a novas tentativas ao nível do legislativo com maior probabilidade de êxito.¹³²⁷

2.2.4 Efeito de imparcialidade judicial

Por fim, o quarto efeito a ser buscado, na sentença penal, por meio da linguagem, é o de imparcialidade,¹³²⁸ muitas vezes confundido com neutralidade,

¹³²⁷ BRUM, N. B. *Idem*, p. 83.

¹³²⁸ Citando Locke, Souza explica que, “no Estado da Natureza, não havia um juiz público e imparcial”, uma vez que “cada um era juiz e executor da lei da natureza. Nesse estado, os homens eram parciais para consigo mesmos, e a paixão, bem como a vingança, poderia conduzi-los à prática de excessos”. Assim, “a essência do *pacto social* seria justamente a possibilidade de eliminar aquele despotismo que pressupunha a inexistência de juízes como árbitros neutros”. Souza assinala, também, que, no Estado liberal, “a nota da *neutralidade* dos juízes é, indubitavelmente, uma característica ímpar do Poder Judiciário”. Para tal, cita Beccaria, por conceber este “que a forma de se combater as injustiças do antigo regime seria por meio da existência de um juiz como árbitro ou terceiro”. Não obstante essas anotações e a importância dessa característica do julgador, a imparcialidade judicial não alcançou o destaque merecido no final do século XVIII. Embora o princípio da independência dos juízes estivesse presente na legislação britânica de 1701, influenciando o surgimento do princípio da separação dos poderes, principalmente na Inglaterra, onde ainda era incipiente o pensamento montesquieuiano, e apesar da influência britânica sobre o direito estadunidense, Souza ressalta que “a *independência* e a *imparcialidade* do juiz foram, sem dúvida, reconhecidas muito tempo antes nos Estados

cujas noções devem ser distinguidas entre si. Enquanto esta, segundo Martins, “é a possibilidade da manutenção da indiferença diante de um quadro que manifesta posições antagônicas”, aquela “é um pressuposto processual de existência válida do processo, dando às partes igualdade de condições para execerem suas atividades postulatorias e instrutórias na formação do convencimento do magistrado”. Definidas essas situações, “pode-se afirmar que o juiz não pode e não deve ser indiferente, ou seja, neutro, mas deve ser imparcial, isto é, permitir que dentro do processo as partes tenham oportunidades iguais e julgar segundo o seu convencimento de causa, zelando assim pela lisura do processo e pela realização da Justiça”.¹³²⁹

Em sede de neutralidade judicial, é necessário ter em mente, também, segundo Dallari, que, com a superação do feudalismo e do absolutismo, “os juízes deixaram de ser agentes do rei ou de aristocratas poderosos para se tornarem agentes do povo”, transferindo-se “para o Estado a soberania, que antes era um atributo pessoal do rei, e se consagrou a tripartição do poder do Estado, entregando-se à magistratura uma parcela desse poder soberano, essencialmente político”. Se o juiz pudesse exercer, também, os Poderes Executivo e Legislativo conjunta ou separadamente, ganharia a força de um opressor. De qualquer forma, ao proferirem suas sentenças, os juízes o fazem como cidadãos politizados que são e como agentes públicos que detêm “uma parcela de poder discricionário, bem como de responsabilidade e de poder de coação, para a consecução de certos objetivos sociais. Daí vem sua força”. A raiz do exercício dessa função jurisdicional está na “necessidade de esclarecer o direito e de garantir a sua aplicação justa”. No entanto, “estará sempre presente uma dificuldade inerente à condição humana do juiz, pois, ainda que procure ser justo, ele será, em certa medida, influenciado pelas circunstâncias de sua vida”, razão pela qual “terá de fazer escolhas, entre normas, argumentos, interpretações e até mesmo entre

Unidos da América que no próprio continente europeu, incorporando-se nos demais sistemas constitucionais, bem como nos documentos internacionais”. Contudo, segundo Souza, “a partir do término da 2ª Guerra Mundial, a exigência da imparcialidade judicial tornou-se um postulado universal consubstanciado nos diversos tratados internacionais difundidos nas democracias ocidentais”, sendo, atualmente, uma garantia reconhecida na normatização pertencente ao direito internacional e “uma das noções garantísticas mais difundidas na Modernidade”. (SOUZA, Artur César de. *A imparcialidade positiva do juiz*, p. 28 e 40-44).

interesses, quando estiverem em conflito e parecer ao juiz que ambos são igualmente protegidos pelo direito”. Isso demonstra que não há neutralidade e, uma vez consciente disso, o juiz “fará um esforço a mais para conhecer e interpretar o direito, considerando sua inserção necessária num contexto social”, o que se distingue “do direito abstrato ou do que é criado artificialmente para garantir privilégios, proporcionar vantagens injustas ou impor sofrimentos e outros com base exclusivamente numa discriminação social”.¹³³⁰

Aprofundando esse tema, Souza admite a complexidade do conceito de imparcialidade, que, apresentando-se com a dupla face de direito fundamental e de princípio geral constitucional,¹³³¹ é compreendida, pela dogmática jurídica, em sentido subjetivo e objetivo. Subjetivamente, a imparcialidade está relacionada com a pessoa do juiz, sendo concebida como “a conduta desinteressada, isenta, neutra e independente” ou seja, de quem “se deixa conduzir somente por critérios lógico-rationais, fechando-se para interesses estranhos ao circunstancialismo factual envolvente”. Assim, são corolários da imparcialidade conteúdos diversos, tais como, que os juízes não podem deixar influenciar-se por opiniões de ordem subjetiva, pessoal e antijurídica, nem proferir decisões em feitos nos quais tenham, direta ou indiretamente, interesse pessoal. Além disso, os juízes devem guardar distanciamento “em relação aos interesses das diferentes forças político-partidárias”, permanecendo “o mais longe possível das partes”, não podendo suas decisões, salvo raras exceções, ser proferidas em segredo, devendo, sempre, observar as garantias fundamentais, especialmente do justo processo. Em seu sentido objetivo, contudo, a imparcialidade significa dizer que, “além de obedecer

¹³²⁹ MARTINS, José Renato Silva. *O dogma da neutralidade judicial*, p. 69 e 70-71.

¹³³⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*, p. 92, 93 e 97-98.

¹³³¹ Quando Souza se refere à imparcialidade como direito constitucional fundamental, não está criando um novo direito fundamental, mas, o desvendando, “reflexamente do *direito a um processo com todas as garantias*, ou em decorrência da permissibilidade constitucional para que o ordenamento jurídico incorpore outros direitos fundamentais previstos em tratados internacionais, dos quais o Brasil seja signatário”. Por sua vez, quando diz que a imparcialidade é um princípio geral constitucional informativo do Poder Judiciário, está afirmando ser esse princípio “suporte estruturante e fundamental do ordenamento jurídico”, que, por ser geral, transcende preceitos jurídicos particularizados, tendo aplicação no mundo jurídico, não apenas como critério ou regra moral. (SOUZA, Artur César de. *A parcialidade positiva do juiz*, p. 58 e 59).

a parâmetros racionais de comportamento”, os juízes devem levar em consideração “a totalidade dos interesses afetados pela própria ação”.¹³³²

Embora a posição do juiz na relação processual seja “de órgão *super partes*”, Coutinho afirma que isso “não significa dizer que ele está acima das partes, mas que está *para além dos interesses delas*”.¹³³³ Disso não resulta que o juiz não seja parte, pois, por não ser o “todo” da relação, o juiz somente pode ser parte, embora não seja parte interessada como as que figuram nos polos ativo e passivo da ação. Ele é a “parte” da relação que, por deter o poder jurisdicional, deve dizer o direito no caso concreto, com observância do que disseram as partes interessadas no devido processo legal. Fazendo referência, entre outros, a Allegretti, segundo o qual “não haveria qualquer impedimento de se inserir o juiz como parte da relação jurídica processual penal ou civil, pois o que se observa é que não existe qualquer incongruência na aproximação da concepção de ‘parte’ ao imperativo de ‘imparcialidade’”, Souza conclui que “não mais procede a afirmação de que o juiz é um sujeito imparcial pelo simples fato de não ser parte da relação jurídica processual, pois, contemporaneamente, observa-se existência efetiva e concreta de ‘parte imparcial’”.¹³³⁴

Deve ficar claro, também, segundo Coutinho, “*que não há imparcialidade, neutralidade e, de consequência, perfeição na figura do juiz, que é um homem normal e, como todos, sujeito à história de sua sociedade e à sua própria história*”.¹³³⁵ A parcialidade, no dizer de Souza, tem um componente negativo e outro positivo. O componente negativo é “caracterizado pela proibição de que os juízes atuem no processo de forma a se inclinar em favor de determinada parte por interesse pessoal ou outro qualquer fator discriminatório”. O componente positivo (parcialidade positiva do juiz), por sua vez, parte do pressuposto de que há diferenças sociológicas, culturais e econômicas no transcurso e no desenvolvimento da relação jurídica processual, as quais devem ser reconhecidas pelo juiz com vistas à “construção de uma sociedade mais justa, solidária,

¹³³² SOUZA, Artur César de. *A parcialidade positiva do juiz*, p. 29-34 e 58.

¹³³³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal, p. 11.

¹³³⁴ SOUZA, Artur César de. *A parcialidade positiva do juiz*, p. 49 e 51.

¹³³⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal, p. 15.

erradicando-se a pobreza e as desigualdades sociais, econômicas, culturais etc”.¹³³⁶

De qualquer forma, na sua motivação, explica Souza, o juiz deve “parecer imparcial”,¹³³⁷ cuja exigência, no dizer de Brum, decorre da ideia de função prescritiva da norma legal, das pretensões de exclusivismo jurígeno do legislador defendidas pelas correntes normativistas e das exigências de racionalidade e cientificidade advogadas pelas escolas positivistas, o que pode ser sintetizado nas aspirações de previsibilidade e segurança jurídica.¹³³⁸

2.3 A constitutividade da linguagem na sentença penal condenatória

Enquanto o parágrafo primeiro da presente seção trata, especificamente, dos fundamentos jurídicos da constitutividade da sentença penal condenatória, o propósito deste item é aprofundar os aspectos relacionados à constitutividade da linguagem dessa mesma sentença penal. Deve-se ter em mente, contudo, que os conteúdos abordados no capítulo quinto, que se referem à constitutividade da linguagem em geral, jurídica e jurídico-penal, são os fundamentos filosóficos e criminológicos da constitutividade da linguagem da sentença penal condenatória, pois é deles que se extrai a conclusão, especificamente, acerca dessa constitutividade. Em face disso, busca-se, com este item, relacionar esses fundamentos com a linguagem da sentença penal condenatória.

Não se pode perder de vista, primeiramente, que, em Humboldt, a linguagem é a condição do pensamento humano, pois é aquela que este se cria.¹³³⁹ A função principal da linguagem não é, pois, apenas, transmitir aos outros as experiências do cotidiano, mas “constituí-las”, não podendo ser compreendida somente como um processo de representação.¹³⁴⁰ Assim também é com o raciocínio jurídico realizado pelo juiz da sentença, que somente pode ser concretizado na linguagem.

¹³³⁶ SOUZA, Artur César de. *A parcialidade positiva do juiz*, p. 59.

¹³³⁷ SOUZA, A. C. de. *Op. Cit.* p. 34.

¹³³⁸ BRUM, Nilo Bairros. *Os requisitos retóricos da sentença penal*, p. 83-84.

¹³³⁹ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*, v. 3. p. 387.

¹³⁴⁰ FRANCHI, Carlos. *Linguagem – Atividade constitutiva*, p. 28, 29 e 32.

A sentença penal, na esteira do pragmatismo, tem a sua utilidade, ou seja, deve produzir efeitos. O juiz, sabendo disso, quer que a sua decisão, de uma ou de outra forma, seja útil, razão pela qual usará a linguagem de modo a corresponder a esse critério de utilidade (Bentham, Mill e Stuart Mill), maximizando o seu próprio prazer e das outras pessoas, conforme as expectativas que estas mantêm em relação a essa decisão (Epicuro), mesmo que às custas da minimização do prazer de outros. É que a linguagem, como condição da experiência humana, é capaz de produzir efeitos práticos (Peirce, James e Dewey). Se a “verdade” de uma ideia está relacionada com o fato de que acreditar nela é proveitoso (James), não é difícil concluir que o juiz, na sentença, acreditará “na” verdade que lhe for mais proveitosa ou que produza algum proveito a alguém, até mesmo porque ele sabe que não existem verdades absolutas, ou melhor, que existe apenas a certeza, e esta o juiz busca nos inúmeros elementos trazidos aos autos, desde que eles sejam capazes de trazer o proveito desejado. É a linguagem que lhe possibilitará reconsiderar o caso penal como evento da natureza, readaptando-o conforme as exigências da conversação interativa, pois os eventos, como objetos ou coisas, também possuem significados. Mais claramente, é na linguagem que os eventos recebem significados (Dewey), o que significa dizer que a realidade criminal em sentido estrito é constituída na sentença penal condenatória, porque o juiz confere significado de crime ou de contravenção ao caso penal, assim como de criminoso ou contraventor ao autor da conduta posta em análise.

É o uso da linguagem, na sentença penal, portanto, que confere significação ao caso em julgamento. Essa significação é contextual (Wittgenstein), pois depende da situação processual e dos atos de linguagem das pessoas envolvidas no processo, sobretudo da acusação, da defesa e das provas existentes. Essas pessoas usam termos determinados pela “forma de vida”, pois a linguagem é uma forma de vida. Também usam a linguagem para os fins mais variados, e com isso criam situações com significados também os mais diversos, o que faz com que esses significados sejam menos precisos. Essas incertezas possibilitam que o juiz interprete o significado atribuído às palavras usadas pelas

demais pessoas, construindo significados que sejam conformes ao momento do julgamento e não propriamente ao momento em que foram proferidas, pois isso é próprio dos “jogos de linguagem”.

Isso ocorre, sobretudo, na análise das provas, pois, no dizer de Brum, é por meio da argumentação exposta pela acusação, pela defesa e pelo julgador que se faz surgir a prova, ou seja, “é na forma de argumento que a prova aparece nos arrazoados da defesa ou da acusação”, sendo “usada para convencer o juiz, para persuadi-lo a tomar determinadas decisões”, como, também, “é na forma de argumento que a prova aparece na fundamentação da sentença, quando o juiz procura justificar sua decisão perante as partes, os tribunais e a comunidade jurídica”. O conjunto probatório, portanto, somente adquire sentido como tal após a aplicação sobre a massa de provas existentes, sobretudo, sobre os documentos e testemunhos e sobre as perícias, do cabedal de recursos fornecidos pela lei, pela doutrina e pela jurisprudência específica. Isso significa dizer que a prova tem sentidos diferentes na estrutura judiciária e fora dela, de modo que “uma impressão dactiloscópica encontrada num local de crime prova que determinada pessoa lá esteve”, assim como “uma perícia de balística prova que o projétil retirado do corpo da vítima saiu de determinada arma”. No entanto, “em uma situação processual empírica, esses meios de prova serão cotejados em conjunto com os demais, podendo tornar-se de valor muito relativo”, uma vez que “o acusado cuja impressão dactiloscópica foi encontrada no local do crime, pode alegar que realmente lá esteve, antes ou depois do crime, provando ter motivos justificáveis ou não para lá estar”, assim como “o proprietário da arma pode alegar que, na ocasião do crime, a sua arma encontrava-se em poder de outra pessoa, etc.”¹³⁴¹

Esses usos da linguagem fazem com que a sentença penal condenatória seja um ato de linguagem, ou seja, mais que referir ou designar um fato pretérito, o juiz realiza uma ação com a prática desse ato, constituindo a realidade criminal em estrito senso, ou seja, transforma um caso penal em crime ou contravenção

¹³⁴¹ BRUM, Nilo Bairros. *Os requisitos retóricos da sentença penal*, p. 70. Entre as diversas naturezas ou a finalidades da prova, estão o estabelecimento da verdade (Bentham); o convencimento ou a certeza subjetiva do juiz (Lessona e Chiovenda); e a fixação dos fatos do processo (Carnelutti).

penal e o seu autor em criminoso ou contraventor, modificando o seu estado de inocência para de culpado. Trata-se, na verdade, de um ato performativo ou perlocucionário vereditivo (Austin), pois se distingue de um mero dizer. Além disso, a sentença penal condenatória preenche todas as condições dos ilocucionários, uma vez que somente pode ser proferida no devido e justo processo penal. Esse é o procedimento convencionalmente aceito, que serve para produzir o efeito, também convencional, de “condenar”, o que inclui o proferimento de certas palavras, por certas pessoas, e em certas circunstâncias, tais como, “julgo procedente a acusação” e “condeno”. É um ato que somente pode ser praticado por determinadas pessoas – os juízes – e em circunstâncias particulares, adequadas ao procedimento específico invocado. Esse procedimento deve ser executado de modo correto e completo por todos os participantes, isto é, além do juiz, também a vítima, as testemunhas, os peritos, o acusado, a acusação e a defesa devem estar imbuídos da intenção de praticar os atos de linguagem de acordo com o procedimento, o que significa dizer que devem estar intencionalmente voltados à prática correta de todos os atos do processo penal, sem o que o ato pode ser considerado nulo ou anulável.

Todavia, o aspecto que mais revela a constitutividade da sentença penal condenatória é o fato de ser esta um ato de linguagem regido por regras constitutivas e não normativas. Assim como a linguagem em geral e a linguagem jurídico-penal são comportamentos regidos por regras (Searle), também a linguagem da sentença não pode ser afastada desse regramento, sobretudo do regramento específico do processo penal, sem o qual a sentença seria inexistente. Por isso, a sentença penal condenatória, como ato de linguagem, integra um conjunto de fatos institucionais, ou seja, deve ser considerada em face dos demais atos constitutivos, entre os quais a investigação, a acusação, a defesa e a instrução são os mais evidentes. A linguagem da sentença é, pois, um fato institucional, pois somente existe se relacionado com os demais atos de linguagem praticados no processo penal. É por isso que, como ato de linguagem, a sentença penal condenatória deve ter uma pretensão de validade em relação ao que é dito, a fim de que os destinatários possam compreender e tomar uma

posição, decidindo se aceitam ou não o teor da decisão, resultando consenso (Habermas), que se obtém pela não interposição de recurso.

É na linguagem da sentença que a realidade criminal é construída pelo juiz, pois a linguagem é a morada do ser, que é sempre produto de uma consciência histórica (Heidegger) do homem, no caso, o juiz, que, como ser-aí (*Dasein*), compreende o mundo a partir de sua existencialidade, fazendo-se ser na linguagem. Isso significa dizer que, na sentença penal o juiz se revela, expõe-se, manifesta a sua existencialidade, não sendo, apenas, partícipe, mas construtor da realidade criminal. É a linguagem, pois, que permite que o juiz se pronuncie sobre o caso, constituindo-o ou não como realidade criminal, uma vez que é na linguagem que o homem tem o mundo, por ser constitutiva desse mundo (Gadamer). Diante do caso, das provas, dos meios instrutórios, da legislação, dos precedentes, da opinião dos doutrinadores, o juiz interpreta, ou seja, realiza a própria compreensão, que não se cumpre tanto em benefício dos outros quanto dele próprio e somente na interpretação que se dá na linguagem.

Essa interpretação é normativamente constitutiva (Neves), pois parte do caso em direção à norma, seguindo os critérios preestabelecidos, embora a norma seja o produto da interpretação e não o contrário. Em outros termos, é a sentença penal condenatória que cria a realidade criminal em sentido estrito na linguagem dessa sentença, pois é nesta que o juiz atribui a uma determinada conduta e ao seu autor as características necessárias para transformá-los, respectivamente, em crime ou contravenção penal e criminoso ou contraventor.¹³⁴²

Subseção II

O trânsito em julgado da sentença penal condenatória como marco objetivo da constituição da realidade criminal

A constituição da realidade criminal em sentido estrito, ou seja, o surgimento do crime ou da contravenção penal e do criminoso ou do contraventor,

¹³⁴² Ver §2º da Subseção III da Seção II do Capítulo III.

com a mudança do estado de inocência deste para de culpado, somente ocorre, em termos objetivos, quando ocorrer o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que se formaliza na certidão de trânsito em julgado expedida pelo respectivo cartório judicial ou pela secretaria do tribunal. O que passa em julgado, segundo Chiovenda, é o ato do juiz que “afirma ou nega a vontade da lei de que o novo estado se produza”, de modo que se verifica “a coisa julgada tanto se a sentença opera a mudança (sentença constitutiva) quanto se nega poder operá-la”. No caso da sentença constitutiva, têm-se dois efeitos, ou seja, a cessação de um estado jurídico existente e a produção de outro novo, resultando disso, pois, “que o objeto da sentença constitutiva é a vontade concreta da lei por força da qual se deve produzir a mudança, ou, em outros termos, *o direito à mudança jurídica*”.¹³⁴³

Distingue-se a coisa julgada material da coisa julgada formal, representando a primeira, segundo Carnelutti, “a eficácia do juízo *fora do processo* ou, em outras palavras, com *respeito a todos*”, enquanto a segunda, a eficácia do juízo “dentro do *processo*, isto é, *no tocante a todos os outros juízes*, que, quando e onde um primeiro juiz tenha julgado, não podem voltar a julgar”. A coisa julgada expressa, pois, o valor imperativo do juízo do juiz que se equipara ao juízo do legislador, razão pela qual “a *res iudicata* equivale a uma *lex specialis*”. No entanto, apesar da imperatividade estar presente tanto na lei quanto na coisa julgada, esta se distingue da lei pela “*imutabilidade* do juízo”, uma vez que, como instituto jurídico, a coisa julgada pressupõe a possibilidade de erro judicial, razão pela qual “o juízo do juiz não se converte imediatamente em imutável, isto é, não adquire imediatamente valor de sentença definitiva formal. Essa imutabilidade decorre de um sistema de cautelas, que nada mais é do que o “instituto dos recursos”, que abrange tanto o âmbito civil quanto o penal”. Em relação a este, “o processo de cognição tende a estabelecer de modo irrevocável a certeza, de modo positivo ou negativo, do delito e assim a condição de réu de uma pessoa”,

¹³⁴³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v.1, p. 248 e 257.

uma vez que, conforme diziam os antigos, *res iudicata facit de albo nigrum*, ou seja, “aquilo que se converteu em negro não pode voltar a ser branco”.¹³⁴⁴

Inspirada em Liebman, Grinover ressalta que “a coisa julgada é algo mais que se acresce à decisão para aumentar a sua estabilidade”, oferecendo-se “ao indivíduo a segurança dos seus direitos, na medida em que se veda a ilimitada repetição de comandos com relação ao mesmo fato e à mesma pessoa”. A coisa julgada distingue-se da eficácia natural da sentença, uma vez que, enquanto esta pode ser definida “como um comando, plenamente eficaz em virtude da idoneidade natural dos atos estatais”, aquela está relacionada com “a imutabilidade dos efeitos da sentença”.¹³⁴⁵

É necessário ressaltar, ainda, que os efeitos da coisa julgada, no dizer de Grinover, não se estendem a terceiros, uma vez que “a ciência processual civil já abandonou por completo os esquemas lógicos que haviam levado à extensão da coisa julgada aos terceiros”. Isso “deve valer, com maior razão, quando se trata do julgado penal, preordenado para garantir a segurança dos direitos, independentemente da estabilidade das relações jurídicas”, uma vez que, como é sabido, “no processo penal não se controverte em torno de um bem da vida que faça parte do comércio jurídico, mas sim em torno do valor do homem, que é o verdadeiro protagonista do drama penal”. Dessa forma, “a certeza do direito não pode identificar-se exclusivamente com a paz social, mas deve identificar-se também e principalmente com uma exigência de tutela da liberdade”, uma vez que “o fundamento político da limitação subjetiva da coisa julgada penal está no próprio direito de liberdade”. Portanto, “vincular o terceiro à sentença condenatória que se formou relativamente a outro indivíduo significaria sacrificar a exigência da justiça e os direitos de defesa a um princípio lógico e abstrato de coerência formal entre os julgados”, assim como, “se o terceiro pudesse invocar a sentença absolutória proferida com relação ao co-autor, acabaria desfrutando de uma impunidade injustificada, incompatível com o caráter relativo da sentença”.¹³⁴⁶

¹³⁴⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*, v. 1, p. 149-150.

¹³⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A eficácia e autoridade da sentença penal*, p. 2, 4 e 13.

¹³⁴⁶ GRINOVER, A. P. *Op. Cit.* p. 13-14.

Por fim, a coisa julgada pode estabelecer um nexo de prejudicialidade como relação de dependência necessária (prejudicialidade substancial), ou seja, quando uma infração penal é pressuposto de existência (como, por exemplo, a receptação) ou de inexistência (como, por exemplo, a calúnia) ou mesmo causa de exclusão de punibilidade ou de diminuição de pena de outra, ou como relação de conexão entre as posições da parte e do terceiro (como, por exemplo, em caso de concurso de agentes). Contudo, Grinover faz questão de enfatizar que “a única posição aceitável é, portanto, a da absoluta insensibilidade do terceiro, frente à coisa julgada penal, quaisquer que sejam os nexos entre as infrações penais ou entre os sujeitos que concorreram para a ação”.¹³⁴⁷

Assim como a coisa julgada, também a rescindibilidade da sentença transitada em julgado, segundo Grinover, é fenômeno comum no processo civil e no processo penal, isso porque, no confronto entre a justiça e a certeza, permite-se que, em casos especiais, “a segurança das relações jurídicas, protegida pelo instituto da coisa julgada, ceda quando a veemência dos vícios da sentença seja de tal ordem, que recomende a prevalência do valor justiça”. Portanto, é possível, nas hipóteses excepcionais e legalmente estabelecidas, desconstituir-se a sentença transitada em julgado e seus efeitos. Todavia, no que diz respeito à possibilidade de revisão da sentença penal, é necessário ter em mente, nos ordenamentos dos Estados democráticos, “a decisão *pro reo* reveste-se do caráter de imutabilidade absoluta”, razão pela qual “não se admite revisão *pro societate*”. De qualquer forma, “enquanto não atacada pela revisão, ou pela rescisória cível, é idêntico o fenômeno, em qualquer campo e qualquer que seja a natureza da sentença, absolutória ou condenatória”. Além disso, por conter, implícita, a cláusula *rebus sic stantibus*, isto é, “enquanto as coisas estão assim”, a sentença penal não pode ser alterada, o que significa dizer que essas alterações somente são possíveis se surgirem, posteriormente, modificações nas circunstâncias fáticas, desde que nas hipóteses estritas previstas na lei.¹³⁴⁸

¹³⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Eficácia e autoridade da sentença penal*, p. 36.

¹³⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Eficácia e autoridade da sentença penal*, p. 7.

Subseção III
O poder de definição dos juízes
e a sua responsabilidade na criminalização de condutas e pessoas

Como o poder de definição dos agentes policiais e do Ministério Público já foi objeto de seção específica do capítulo anterior, a presente subseção, dividida em dois parágrafos, destina-se a discorrer, no primeiro, sobre o poder de definição dos agentes do Poder Judiciário e, no segundo, sobre a sua responsabilidade na criminalização de condutas ou pessoas, ressalvando-se, no entanto, que, em termos gerais, o que foi dito em relação ao poder dos agentes do policiais e do Ministério Público é aplicável aos juízes. O propósito, pois, é ressaltar que, sendo a sentença penal condenatória também constitutiva, devem os juízes, em face do importante papel exercido no aparato estatal, atentar-se para a sua responsabilidade na constituição da realidade criminal.

§1º. O poder de definição dos juízes

A partir da constatação da existência do elemento constitutivo da sentença penal condenatória e da constituíbilidade da linguagem dessa mesma sentença, que é um ato processual e de linguagem da esfera da atividade dos juízes, pode-se concluir que estes detêm o poder de definição de condutas e pessoas, pois somente eles podem atribuir, concretamente, à conduta descrita na acusação e ao seu autor, respectivamente, as qualificações de crime ou contravenção penal e de criminoso ou contraventor.

O processo de criminalização, como visto, é realizado pela linguagem de muitas pessoas, cada qual constitutiva da realidade, mas em níveis diferentes. Assim, enquanto os agentes policiais constituem indícios e indiciados e a acusação constitui o caso penal e o acusado, realidades estas consideradas criminais em sentido amplo, os juízes, na sentença penal condenatória, constituem a realidade criminal em sentido estrito, ou seja, o crime e a contravenção penal, assim como o criminoso e o contraventor, pois é somente essa sentença que pode

definir tais realidades. É que está na esfera da jurisdição penal o poder de alterar o estado de inocência dos acusados para o estado de culpado, o que implica consequências drásticas na vida de qualquer pessoa.

O poder de definição dos juízes evidencia-se a partir da constatação de que a sentença penal é ato de jurisdição que cabe aos juízes, uma vez que, no dizer de Coutinho, são esses que exercem o poder jurisdicional.¹³⁴⁹ Em matéria penal, segundo Cordero, esse poder “consiste no accertamento (positivo ou negativo) dos crimes”.¹³⁵⁰ Isso significa dizer, segundo Rosa, que, como sujeito do processo, o juiz deste participa como “*terceiro*, responsável, todavia, pela sua regularidade na produção de significantes probatórios”, expedindo, em nome do Estado, “provimento com força imperativa, atendido o *devido processo legal*, levando em consideração os argumentos construídos no procedimento, em decisão motivada”.¹³⁵¹

§2º. A responsabilidade dos juízes na criminalização

Constatado esse poder dos juízes, há de se esperar que dele os juízes tenham consciência, a fim de que possam exercê-lo de modo a causar menos sofrimento possível. É que, como diz Souza, o Poder Judiciário, “é uma *instituição* que também atua mediante princípios éticos” e, como tal, “deve pautar sua *ação prática racional*, no momento de realizar sua atividade básica essencial, segundo o princípio material universal de *produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana*”. Isso somente será possível se “reconhecer as *desigualdades sociais, econômicas e culturais*, que possam existir no âmbito da relação jurídica processual”, o que significa dizer que “deve reconhecer o ‘outro’ vítima potencial de um sistema totalizado”.¹³⁵²

A propósito, Dussel vê o “outro” como “a vítima, dominada pelo sistema ou excluída, a subjetividade humana concreta, empírica, viva”, que “é o sujeito que já

¹³⁴⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal, p. 11.

¹³⁵⁰ CORDERO, Franco. *Procedura penale*, p. 106. [...]“consiste nell’accertamento (positivo o negativo) dei reati”[...].

¹³⁵¹ ROSA, Alexandre Moraes. *Decisão penal*, p. 263.

¹³⁵² SOUZA, Artur César de. *A parcialidade positiva do juiz*, p. 240.

não-pode-viver e grita de dor”. O “outro” existe, também, porque “é a vítima possível e causada por minha ação funcional no sistema”, ou seja, “eu sou responsável”. É preciso libertar o “outro” do quadro de opressão, razão pela qual formula o “princípio-libertação” que encerra um “dever ético-crítico da transformação como possibilidade de reprodução da vida da vítima e como desenvolvimento factível da vida humana em geral”. Em outros termos, segundo esse princípio, todo ser humano está obrigado a “transformar por desconstrução negativa e nova construção positiva as normas, ações, microestruturas, instituições ou sistemas de eticidade, que produzem a negatividade da vítima”.¹³⁵³

Especificamente sobre o juiz penal, exige-se deste um conhecimento aprimorado. Isso significa dizer que já não se pode satisfazer com conteúdos tradicionais sobre o crime, o criminoso e a pena, produzidos sob a orientação dos paradigmas tradicionais do ser e da consciência, que abrigam, respectivamente, as correntes jusnaturalistas, juspositivistas e a criminologia positivista, esta orientada pelo paradigma etiológico. É necessário que tenha profundo conhecimento do funcionamento do sistema jurídico e, sobretudo, do sistema penal, ou seja, das suas agências e do processo de criminalização, pois isso significará o conhecimento sobre si próprio, sobre a sua própria atuação e sobre o seu poder de constituição da realidade criminal.

Com tal consciência, esse “novo juiz” perceberá o compromisso ético que deve existir, sobretudo, nos sistemas processuais penais mistos, nos quais, não obstante a separação entre a acusação e o julgador, não se pode afastar que a produção da prova ainda continue a depender, em grande parte, do magistrado. Somente em face desse compromisso ético é possível fugir das ciladas do “quadro mental paranóico” no qual é facilmente envolvido e que, para Cordeiro, no dizer de Coutinho, cria “a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a ‘sua’ versão, isto é, o sistema legitima a *possibilidade da crença no imaginário*, ao qual toma como verdadeiro”.¹³⁵⁴

¹³⁵³ DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação*, p. 529 e 564.

¹³⁵⁴ COUTINHO, J. N. de M. Op. Cit. p. 32.

Esse compromisso ético com o novo papel do juiz requer que se reconheça, segundo Coutinho, “que o direito, de modo inegável, é ideológico”, porquanto “tutela nas suas regras interesses que podem facilmente ser identificados dentro de cada sociedade e que, muitas vezes, tomam caráter de ocultação dos conflitos existentes no seu interior, ou seja, toma uma dimensão alienante”. Assim, é preciso que o juiz assuma a sua face ideológica, deixando de esconder-se nas máscaras da objetividade e da neutralidade, uma vez que a democracia, a começar pela processual, “*exige que os sujeitos se assumam ideologicamente*”, o que “começa pelo *domínio da dogmática*, apreendida e construída na base da *transdisciplinariedade*”. Um juiz que esteja ciente das armadilhas que a estrutura inquisitória lhe impõe, mormente no processo penal, “não pode estar *alheio à realidade*”, razão pela qual precisa permitir-se realizar a si próprio e a partir dessa auto-realização, aos réus, no julgamento dos casos penais, de modo que “acordar para tal visão é encontrar-se com seu novo papel”.¹³⁵⁵

Entre as correntes que possibilitam esse avanço no conhecimento estão as que se orientam pelo paradigma da linguagem e, especificamente, no campo penal, as que seguem o paradigma da reação social, sobretudo a criminologia crítica,¹³⁵⁶ que tem, como corolárias, políticas criminais descriminalizantes, voltadas, sobretudo, para a minimização de lesão aos direitos humanos fundamentais. Essas políticas, segundo Baratta, partem do pressuposto de que as penas, especialmente as que visam à privação da liberdade, são expressões da “violência institucional”; que os órgãos que atuam no sistema penal “não representam nem tutelam interesses comuns a todos os membros da sociedade, senão, prevalentemente, interesses de grupos minoritários e socialmente privilegiados”; e que o funcionamento do sistema penal “é altamente seletivo”, produzindo mais problemas do que pretende resolver, e que, “pelo modo em que funciona, é absolutamente inadequado para desenvolver as funções socialmente úteis declaradas em seu discurso oficial”. Para essas políticas descriminalizantes ou de contração da ação do sistema punitivo, o conceito histórico-social dos direitos humanos pode exercer tanto uma função negativa concernente aos

¹³⁵⁵ COUTINHO, J. N. de M. *Idem*, p. 47-49.

“limites da intervenção penal” quanto uma função positiva “a respeito da definição do objeto, possível, porém não necessário, da tutela por meio do direito penal”. Esse conceito é “o fundamento mais adequado para a estratégia da mínima intervenção penal e para sua articulação programática no quadro de uma política alternativa do controle social”. Assim, “a luta pela contenção da violência estrutural é a mesma luta pela afirmação dos direitos humanos”, de modo que “uma política de contenção da violência punitiva é realista somente se inserida no movimento para a afirmação dos direitos humanos e da justiça social” e “as possibilidades de utilizar alternativamente os instrumentos tradicionais da justiça penal para a defesa dos direitos humanos são sumamente limitadas”.¹³⁵⁷

Uma atuação judicial penal fundada nos direitos humanos é aquela, segundo Hulsman, que prima pelo “respeito pela diferença entre indivíduos (e mesmo num mesmo indivíduo durante sua vida) e entre coletividades”, pois “a sobrevivência da vida depende do respeito à *diversidade* e da solidariedade para com ela” e “a diferença entre e dentro das espécies é hoje em dia ameaçada por nossos arranjos sociais e técnicos”, sendo subestimada, no discurso público, as diferenças entre pessoas que vivem numa mesma sociedade. Além disso, não se pode perder de vista que “profissões e autoridades estão a serviço das pessoas em sua diversidade” e não o contrário, sendo importante, pois, a orientação dessas pessoas em relação à atividade criminal. Por fim, é necessário ter em mente, também, que “a reconstrução de eventos, que (também) pertence ao reino

¹³⁵⁶ Sobre a criminologia crítica, ver Subseção III da Seção III do Capítulo II.

¹³⁵⁷ BARATTA, Alessandro. Principi del diritto penale mínimo: per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale, p. 443-447: [...] “è violenza istituzionale”. [...] “non rappresentano e tutelano interessi comuni a tutti i membri della società, bensì prevalentemente interessi di gruppi minoritari dominante e socialmente avvantaggiati”. [...] “è altamente selettivo”. [...] “il sistema punitivo produce più problema di quanta pretende di risolvere” [...] “per il suo modo di funzionare, è assolutamente inadeguato a realizzare le funzioni socialmente utili dichiarate da parte del suo sapere ufficiale” [...]. [...] “limiti dell’intervento penale”[...]. [...] “in rapporto alla definizione dell’oggetto, possibile ma non necessario, della tutela per mezzo del diritto penale”. [...] “il fondamento più adeguato per la strategia del minimo intervento penale e per la sua articolazione programmatica nel quadro di una politica alternativa del controllo sociale”. [...] “la lotta per il contenimento della violenza strutturale è la medesima lotta per l’affermazione dei diritti umani”. [...] “una politica di contenimento della violenza punitiva è realistica solo se la si iscrive nel movimento per l’affermazione dei diritti umani e della giustizia sociale” [...] “le possibilità di utilizzare in modo alternativo lo strumentario tradizionale della giustizia penale per la difesa dei diritti umani sono assai limitate”.

de um mundo vivo, é válida somente se for baseada nos significados dos atores principais do mundo vivo”.¹³⁵⁸

Seção III

Uma concepção realista de crime e de contravenção penal

A demonstração da constitutividade da sentença penal condenatória permite uma visão diferenciada acerca do crime e da contravenção penal, uma vez que tais realidades, na verdade, somente existem como fatos concretos.

No capítulo terceiro,¹³⁵⁹ foram apresentadas diversas concepções acerca do crime, as quais são extensivas à contravenção penal. Entre tais concepções encontram-se os conceitos criminológicos e jurídicos. Enquanto, criminologicamente, o crime e a contravenção penal podem ser definidos como um “ente jurídico” (escola clássica) ou como um “fato social” (escola positiva), juridicamente, os seus conceitos podem ser formais, materiais ou analíticos. A conceituação formal de crime e de contravenção tem estrutura mais simplificada, uma vez que se reporta, tão-somente, à contrariedade à norma penal, coincidindo com a definição de tipo penal. A conceituação material, por sua vez, é integrada pela noção de bem jurídico, o que significa dizer que o crime passa a ser compreendido como “ofensa a um bem juridicamente tutelado”. Os conceitos analíticos, por fim, comportam uma variedade de concepções, uma vez que põem em relevo os elementos estruturais da definição de crime ou de contravenção, ou seja, de tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade, divergindo as opiniões dos teóricos sobre quais desses elementos compõem a definição analítica. De qualquer forma, todas essas definições pertencem aos campos legislativo ou teórico, sendo, portanto, abstrações, pois não estão relacionadas a casos concretos.

¹³⁵⁸ HULSMAN, Louk. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal, p. 194-195.

¹³⁵⁹ Ver Subseção III da Seção II.

Demonstrou-se, no entanto, no presente trabalho, que são somente os juízes, na sentença penal condenatória, que têm o poder de definir uma determinada conduta como crime ou contravenção penal e o seu autor como criminoso ou contraventor penal, mudando o estado de inocente deste para de culpado. Isso significa dizer que as definições de crime ou de contravenção penal não se confundem com as tradicionais definições criminológicas e jurídicas existentes, nem tampouco com os tipos penais, as quais seriam, apenas, pressupostos das definições judiciais, pois os juízes somente obtêm as definições concretas partindo de concepções abstratas ou imaginárias construídas pelo legislador e pelos teóricos do direito penal. Há, pois, uma alteração na concepção acerca do crime ou da contravenção penal, passando-se de uma concepção abstrata para uma concepção realista. Assim, saindo da abstração das definições legislativas ou teórico-penais, crimes e contravenções penais passam a ser conceituados como realidades definidas, concretamente, pelos juízes nas sentenças penais condenatórias transitadas em julgado.

Nessa concepção, portanto, o crime e a contravenção penal não são decorrências exclusivas da lei e das definições teóricas, mas, sobretudo, fatos jurídicos constituídos como tais nas sentenças penais condenatórias transitadas em julgado, o que significa dizer que são qualidades atribuídas a fatos na linguagem dessas sentenças penais.

Essa é, pois, uma concepção que se situa no âmbito do pragmatismo e, mais especificamente, do realismo jurídico, em um sentido mais amplo, do realismo jurídico escandinavo, que concebe “o direito como fato”, reivindicando para os direitos, segundo Olivecrona, “um lugar no mundo real”, isso porque, “a vida social deve apoiar-se no direito”, todavia “não no direito em sentido metafísico, ou seja, no direito imaginário localizado acima dos atos com sua suposta força obrigatória”. Para o realismo, “nossa vida social se apóia no direito efetivo, no direito como fato”, no sentido “da força organizada que se utiliza segundo as normas chamadas leis em sentido restrito”.¹³⁶⁰ A linguagem, nessa

¹³⁶⁰ OLIVECRONA, Karl. *El derecho como hecho*, p. 58 e 105. [...] para los derechos un sitio en el mundo real”. [...] “la vida social debe apoyarse en el derecho” [...] “no en el derecho en sentido metafísico, es decir, el derecho imaginario ubicado por encima de los hechos con su supuesta ‘fuerza obligatoria’” [...] “nuestra

concepção, é constitutiva do direito, pois, como “o propósito das disposições jurídicas, pronunciamentos judiciais, contratos e outros atos jurídicos é influir na conduta dos homens e dirigi-la de certas maneiras”, a realização desse propósito cabe à linguagem jurídica, sobretudo por meio das “expressões realizativas jurídicas”.¹³⁶¹

A concepção que se apresenta acerca do crime ou da contravenção penal está, também, fundada no fato concreto, ou seja, na conduta praticada, que é definida como tal após o devido processo penal, na sentença penal condenatória transitada em julgado, que faz surgir o crime ou a contravenção penal como entes jurídicos. A sentença penal condenatória tem, como se percebe, importância decisiva, o que remete a outra corrente do realismo jurídico, ou seja, ao realismo jurídico norte-americano, que concebe o direito como o produto das decisões judiciais, ou como ressalta Bobbio, do direito que “é contínua criação do juiz, é obra exclusiva do magistrado no ato em que decide uma controvérsia”.¹³⁶²

Adota-se, assim, uma nova concepção de crime ou de contravenção penal, que tem no seu centro a linguagem encerrada na sentença penal condenatória, que é constitutiva dessas realidades, e não a ação ou omissão, conforme, tradicionalmente, propõe a dogmática penal. Assim, o crime e a contravenção, nesta nova concepção, são condutas definidas como tais nas sentenças penais condenatórias transitadas em julgado, e não na lei penal, que tem o condão de definir, apenas, o tipo penal (*nullum tipo sine lege*), nem tampouco nos conceitos contidos nas teorias penais, que se situam no campo da abstração.

Com a presente pesquisa, passa-se a fornecer ao mundo científico concepções acerca do crime e de criminoso ou da contravenção penal e do contraventor que estejam adequados ao texto constitucional, de modo a minimizar a possibilidade jurídica de manipulação do estado de inocência, pois, conforme Dotti, “certos profissionais da Mídia e muitos *juristas de plantão* compõem a vasta fauna dos *juízes paralelos*, ou seja, todos os que se consideram capazes de

vida social se apoya en el derecho efectivo, en el derecho como hecho” [...] “de la fuerza organizada que se utiliza según las normas llamadas leyes en sentido restringido”.

¹³⁶¹ OLIVECRONA, Karl. *A linguagem jurídica e a realidade*, p. 67 e 68.

¹³⁶² BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*, p. 66.

decidir sobre as condutas alheias com o mesmo peso de uma sentença irrecurável”, de modo que “nas áreas humanas e sociais é comum a prática de um *journalisme à sensation* repleto de clichês acerca do endurecimento da lei e do estímulo às expedições punitivas”. Esses jornalistas integram os “*esquadrões de justiça sumário*” que “transformam a notícia em libelo”, assim como “âncoras e outros especialistas da informação usam a palavra como lâmina de guilhotina a ceifar a honra e a dignidade das pessoas contra as quais existe a análise incipiente de um fato ilícito”, razão pela qual “os *juízes paralelos* são os apóstolos da suspeita temerária e militantes da presunção da culpa”.¹³⁶³

Como esses pré-julgamentos e juízos paralelos têm raízes profundas nos processos informais de definição de condutas e pessoas e são inerentes aos atos processuais e de linguagem praticados pelos agentes do sistema penal, impõe-se a estes, sobretudo, maior cuidado no uso dos termos “crime”, “contravenção penal”, “criminoso”, “contraventor” e “culpado”, a fim de que não incorram em pré-julgamentos desnecessários e não fomentem juízos paralelos inconsequentes, indesejáveis e desastrosos por parte das pessoas em geral e dos meios de comunicação social em especial, cabendo a estes, também, um autocontrole no uso dessa mesma terminologia, em face das consequências funestas que advêm do emprego indevido das palavras.

¹³⁶³ DOTTI, René Ariel, O mito da presunção da inocência, p. 9.

CONCLUSÃO

A pesquisa realizada e os dados bibliográficos apresentados permitem que se caminhe para o momento conclusivo, ou seja, segundo Leite, para o momento em que se deverá arrolar, “de maneira sintética, o conjunto da argumentação, das provas, dos casos e exemplos citados no transcorrer de todo o trabalho”.¹³⁶⁴

É isso, pois, que se procurará fazer, de modo a deixar suficientemente claro que a hipótese exposta na introdução como solução provisória ao problema formulado, encontra-se devidamente demonstrada.

1. Sendo objetivo geral da pesquisa demonstrar que o crime e a contravenção penal, assim como o criminoso e o contraventor, são realidades constituídas na linguagem jurídico-penal, mais precisamente, na sentença penal condenatória, que é, por isso, também, constitutiva, não se poderia prescindir de uma abordagem inicial acerca dessa linguagem e sobre a sua constitutividade, razão pela qual dividiu-se a presente tese em três partes, realizando-se, na primeira, uma introdução ao estudo da linguagem jurídico-penal; na segunda, uma descrição da constitutividade dessa linguagem; e, na terceira, a demonstração da constitutividade da sentença penal condenatória, como ato processual e de linguagem.

2. O estudo introdutório da linguagem jurídico-penal compreende, entre outros, a sua conceituação, as suas funções, os seus tipos e as suas formas, além das divisões, dimensões e importância desse estudo. Incluem-se nessa abordagem introdutória, também, os distintos paradigmas que tratam das relações entre a realidade, o homem e a linguagem, especialmente o paradigma da linguagem, que orienta a presente pesquisa. Para esse paradigma, a linguagem deixa de ser mero instrumento de designação da realidade e se transforma em instância na qual esta é constituída (Humboldt, Wittgenstein, Mead, Araújo, Oliveira, Blumer, Garfinkel, Berger e Luckman, Austin, Searle, Habermas, Foucault, Heidegger e Gadamer), cuja concepção se aplica, também, aos âmbitos

¹³⁶⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Monografia jurídica*, p. 319.

jurídico (Dworkin, Habermas, Alexy, Alchourrón, Bulygin e Bayón) e jurídico-penal (Becker). Por fim, esse estudo introdutório abrange, também, a distinção entre a metalinguagem e a linguagem-objeto, tendo em vista a necessidade de se recorrer àquela, como nível distinto de linguagem, para se referir a esta (Chalhub, Carnap). Esses níveis estão presentes, também, na linguagem jurídico-penal, de modo que, enquanto os textos jurídicos constituem a linguagem-objeto, as teorias jurídicas, de modo geral, e as teorias penais, mais especificamente, constituem a metalinguagem (Kelsen, Warat, Capella, Coelho). Também a metalinguagem jurídico-penal é dotada de uma série de categorias básicas ou estruturais que permitem referir-se à linguagem jurídico-penal objeto.

3. A constitutividade da linguagem jurídico-penal, por sua vez, faz-se presente na relação existente entre a realidade criminal e a linguagem, uma vez que esta é constitutiva daquela, sendo essa característica passível de ser constatada no aporte filosófico e teórico proporcionado pelos diversos autores que se orientam pelo paradigma da linguagem surgido no início do século XX, sobretudo, no pragmatismo e na hermenêutica filosófica.

4. O pragmatismo propiciou uma reviravolta na linguagem, trazendo à tona a concepção de que os sentidos e as significações não estão presos aos signos, mas, sim, são decorrentes dos contextos sociopráticos em que ocorrem os usos ou “jogos de linguagens”, nas diferentes “formas de vida”, passando a linguagem, assim, a constituir a realidade (Wittgenstein). É necessário, pois, avaliar os contextos em que é usada a linguagem jurídico-penal tanto na produção de textos legislativos quanto na explicação desses textos pelos doutrinadores e, ainda, na sua aplicação.

5. A linguagem, mais que um dizer, pode se traduzir num fazer, distinguindo-se, assim, os atos locucionários, que pertencem ao campo do dizer, dos ilocucionários e perlocucionários, que extrapolam esses limites do dizer, embora os perlocucionários sejam capazes, também, de produzir efeitos nos pensamentos e sentimentos e nas ações das outras pessoas (Austin). Também a linguagem jurídica, mais que qualquer outra, está voltada a produzir efeitos, como ocorre, por exemplo, nos depoimentos das testemunhas e nas decisões judiciais.

6. No âmbito jurídico-penal, esses atos de linguagem são praticados no processo de criminalização, que compreende duas etapas distintas, ou seja, a criminalização primária ou tipificação formal, na qual são definidas, abstratamente, as condutas passíveis de criminalização concreta; e a criminalização secundária, na qual essas condutas são atribuídas a pessoas determinadas (Becker). Esse processo é, pois, um conjunto de atos de linguagem oral, escrita e gestual praticados desde as definições informais do senso comum até a execução penal, sendo a realidade criminal, pois, produto de construções discursivas intersubjetivas.

7. A linguagem é, contudo, uma atividade regrada, pois produz esses efeitos somente quando presentes determinados requisitos. Entre as regras dessa atividade há as constitutivas, sem as quais os jogos de linguagem não se podem operar. Assim, como fatos institucionais, uma vez que pressupõem a existência de certas instituições humanas, os atos de linguagem somente têm validade quando observarem essas regras constitutivas (Searle). No âmbito jurídico, tais regras são as que regulam os processos legislativos e judiciais, orientando, respectivamente, as ações legislativas e as ações argumentativas das partes e do juiz no processo judicial.

8. A justificação desses proferimentos não deve mais, portanto, ser avaliada em face do mundo objetivo, mas, sim, em face da participação das pessoas envolvidas no regular processo de comunicação, as quais são competentes para fazer o julgamento (Habermas). Também o surgimento do direito depende dessa participação e da linguagem dos cidadãos que formam a comunidade jurídica, de tal forma que, somente quando emanado da vontade dos cidadãos, pode o direito ser tido como legítimo (Habermas, Moreira).

9. São expressões do pragmatismo jurídico os realismos jurídicos escandinavo e norte-americano e a interpretação normativo-constitutiva. O primeiro afirma que a linguagem utilizada nos atos jurídicos não apenas se destina a relatar ou descrever fatos, mas também a estabelecer uma nova relação jurídica, criando direitos, deveres, relações e propriedades jurídicas, tendo, por isso, um efeito criador, pelo fato de serem pronunciadas algumas palavras, tais como,

“prometo”, “declaro”, “promulgo” (Olivecrona). O realismo jurídico norte-americano, por sua vez, concebendo o direito como o que dizem os juízes (Holmes), atribui importância às decisões judiciais, sendo estas, portanto, atos de linguagem constitutivos do direito. A interpretação normativo-constitutiva (Neves), por fim, concebe a norma jurídica como produto da interpretação que se realiza a partir do caso concreto e com base no direito positivado, o que permite concluir que a interpretação e aplicação são momentos inseparáveis dessa operação.

10. A hermenêutica filosófica, por sua vez, concebe que, sendo a linguagem a casa do ser ou o lugar onde o sentido do ser se mostra ou o caminho necessário de encontro do sujeito com o mundo, é nela que este se desvela, uma vez que é ela que instaura o sentido. Isso significa dizer que o processo de compreensão representa um acontecimento de linguagem, que é a condição da interpretação, mesmo quando se volta para algum aspecto fora do âmbito da linguagem. Em síntese, o mundo está aí para o homem, o *Dasein*, o ser-no-mundo ou o ser-com-os-outros, e esse estar-aí é constituído lingüisticamente (Heidegger). Também o direito é concebido como linguagem, sendo a constitutividade da linguagem jurídica imanente a essa concepção, uma vez que o sentido dos textos jurídicos se dá na linguagem. O intérprete constitui a norma jurídica a partir dos textos jurídicos e da sua pré-compreensão histórica, sendo determinando, espacial e temporalmente, a desvelar o ser na linguagem, isto é, compreendendo-o a partir dessa pré-compreensão histórica (Streck). A interpretação está, pois, relacionada com a compreensão, uma vez que o intérprete, que é, sobretudo, o juiz, está legitimado para realizar a complementação do direito dentro da função judicial e ante o sentido original de um texto legal, dependendo essa realização da sua compreensão, que se dá no seu modo de ser (Gadamer). No âmbito penal, os sentidos das normas são constituídos na linguagem jurídico-penal, na aplicação dos textos normativos pelos diversos agentes do sistema penal, nos diversos momentos e lugares, aos respectivos casos penais. Esses sentidos não são arbitrários, pois são produzidos com a concorrência das metarregras ou dos *second codes*. Em suma, a hermenêutica filosófica compreende a interpretação jurídica como condição de possibilidade e constituidora do mundo, no qual está

inserido o intérprete, de cuja tradição esse intérprete falará, sem poder dela abstrair-se.

11. A constituição da realidade criminal, como já mencionado, inicia-se com a criminalização primária, cujo processo realiza-se, informalmente, no âmbito do senso comum, e, formalmente, no âmbito legislativo. No que concerne, especificamente, ao processo de tipificação formal, deve-se ter em mente que o sistema punitivo é orientado pelo princípio da legalidade penal, segundo o qual não se pode atribuir uma determinada conduta a uma pessoa, com vistas à aplicação de uma pena, sem que essa conduta e essa pena estejam previamente descritas na lei penal. Na teoria do delito, essas regras são denominadas tipos penais incriminadores, definidos como descrições de hipóteses de condutas na lei penal (Beling). Os atos de fala que compõem o processo de tipificação formal são da esfera do processo legislativo e, por isso, estão regulados tanto por normas constitucionais quanto por regras regimentais das casas legislativas.

12. Assim, levando em consideração esses elementos introdutórios e a abordagem relativa à constitutividade da linguagem jurídico-penal, procura-se demonstrar a constitutividade da sentença penal condenatória, tema central da presente tese, tendo-se em mente que o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da imposição ou aplicação de regras e sanções, por outras pessoas, a um transgressor. Isso significa dizer que, enquanto o desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso, o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal (Becker).

13. Essa demonstração, situada, sobretudo, no âmbito da criminalização secundária, abrange tanto a preparação da constituição da realidade criminal ou a constituição da “realidade criminal em sentido amplo” ou em perspectiva, isto é, os atos concretamente realizados antes da prolação da sentença penal condenatória, quanto a constituição da “realidade criminal em sentido estrito”, ou seja, do crime ou da contravenção penal e do criminoso ou do contraventor pela sentença penal condenatória transitada em julgado.

14. Essa distinção é importante, pois, a constituição da realidade criminal “em sentido amplo” e “em sentido estrito” requerem juízos diferentes para a

formação do convencimento de quem pratica atos processuais e de linguagem, de modo que, enquanto a constituição da realidade criminal em sentido estrito requer um juízo de certeza, a constituição da realidade criminal em sentido amplo admite apenas juízos de possibilidade ou de probabilidade, conforme o caso.

15. Os juízos de possibilidade e de probabilidade são juízos provisórios que se distinguem entre si. O primeiro não se baseia em motivos fortes, prós ou contras, emergindo de forma neutra, como o que indica que é possível que alguém seja homicida, mas, também, que não o seja, do qual resulta, apenas, uma suspeito. O juízo de probabilidade, por sua vez, é o que se aproxima da certeza, embora não seja, necessariamente, certo, uma vez que parte de razões robustas, porém ainda não decisivas, sendo suficientes somente para imputar, surgindo, pois, de forma não neutra, como, por exemplo, quando se conclui que é provável que o homem seja o homicida, por causa dos meios de prova colhidos, embora, talvez não seja, do qual resultam os indícios, o indiciado ou o acusado. O juízo de certeza, por fim, é um juízo definitivo que pressupõe a existência de todos os elementos instrutórios, obtidos no devido e justo processo penal, do qual resulta o condenado, o culpado, o criminoso ou o contraventor.

16. Mais especificamente, a preparação da constituição da realidade criminal compreende todos os atos processuais e de linguagem que, antecedendo a sentença penal, possibilitam que esta seja prolatada. Deve-se ter em mente que a atividade de imposição de regras inicia-se nas instâncias informais do sistema penal, nas quais os membros dos grupos definem como desvios os comportamentos considerados anormais, tratando-os como consideram apropriado (Kitsuse), e continua, no processo penal, por ação das agências formais do sistema penal, especialmente pelas agências policiais, judiciais, do Ministério Público e de execução penal, com o concurso das agências informais do sistema penal, sendo realizada seletivamente, ou seja, de modo a recair sobre alguns indivíduos, entre tantos outros que realizam idênticas condutas passíveis de punição (Baratta).

17. Entre os atos preparatórios da constituição da realidade criminal estão a constituição do caso penal, da relação processual penal, das provas e teses defensivas e acusativas e da tutela penal de urgência.

18. O caso penal é a reconstrução parcial de um fato, orientada por juízos provisórios de probabilidade, que indica uma situação de incerteza ou de dúvida quanto à aplicação da sanção penal ao agente que, com sua conduta, incidiu no tipo penal. A constituição do caso compreende a constituição dos indícios e do indiciado e da acusação e do acusado.

19. A constituição dos indícios e do indiciado, que ocorre na investigação ou instrução preliminar ou preparatória, compreende o recolhimento de elementos para a reconstrução do fato e o indiciamento, isto é, o ato de procedimento que, com base nos indícios convergentes, aponta uma provável autoria (Pitombo e Lopes Júnior).

20. A dedução da acusação, por sua vez, é realizada com base nos indícios colhidos na investigação ou instrução preliminar ou em peças informativas que já se encontrem em poder da acusação, que, para dar início à ação penal, deverá ter justa causa, ou seja, fundamentos de fato e de direito que possibilitam a acusação. Enquanto o fundamento de direito remete à existência de respaldo na ordem jurídica para que ocorra a limitação à liberdade, o fundamento de fato remete à existência de relação entre a acusação e os indícios obtidos na investigação ou instrução preliminar, o que significa dizer que, no caso concreto, deve haver indícios suficientes da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade da conduta e da sua autoria (Moura). A dedução da acusação deve conter, assim, elementos objetivos, ou seja, a descrição do fato punível, com todas as suas circunstâncias, a classificação típica e, quando necessário, o rol de testemunhas; e subjetivos, isto é, a qualificação do acusado, a identificação do acusador e do órgão destinatário do Poder Judiciário.

21. Enquanto a dedução da acusação dá início à ação penal (Tourinho Filho), é somente a sua admissão pelo órgão competente do Poder Judiciário que constitui a relação processual penal, sendo, pois, a decisão que admite a acusação (recebe a denúncia ou a queixa) constitutiva dessa relação.

22. Uma vez instaurado o processo penal, que é regido, entre outros, pelo princípio do contraditório e da ampla defesa, faz-se possível a realização da instrução processual definitiva, que abrange tanto a constituição das provas quanto as alegações finais ou as razões e contrarrazões recursais das partes técnicas, nas quais são constituídas, também, as teses de acusação e de defesa, pois instruir é alegar e provar (Almeida). Enquanto as provas permitem uma cognição sobre o fato, as alegações e razões ou contrarrazões recursais das partes permitem, também, uma cognição jurídica.

23. A constituição das provas processuais é ato processual e de linguagem destinado à instrução ou à cognição judicial, levado a efeito pela vítima, pelas testemunhas, pelos peritos, pelo acusado, pelas partes e pelo juiz conjuntamente, todos condicionados por interesses ou concepções nem sempre coincidentes, o que pode levar à construção de duas ou mais versões para o caso (Brum).

24. A constituição das teses acusativas e defensivas, por sua vez, ocorre, sobretudo, nas alegações finais ou nas razões e contrarrazões recursais, nas quais as partes técnicas realizam o seu juízo acerca dos fatos e do direito com vistas a influenciar o julgador.

25. Durante a investigação ou instrução preliminar ou mesmo durante a relação processual penal, muitas são as hipóteses em que, no âmbito da jurisdição instrutória, faz-se necessária a concessão da tutela penal de urgência, que compreende um conjunto de medidas de caráter pessoal, instrucional e patrimonial (Ramos), cuja decisão constitui situações provisórias, de caráter meramente instrumental e cautelar, para assegurar pessoas, provas e patrimônio e possibilitar que se chegue à sentença definitiva.

26. Enquanto a notícia de crime e o início de uma investigação resultam de juízos de possibilidade, o indiciamento, a dedução e a admissão da acusação e a concessão da tutela penal de urgência são atos processuais e de linguagem que resultam de juízos de probabilidade, nos quais é impossível fazer-se uma análise mais detalhada da estrutura do fato punível, que compreende não somente a conduta e a tipicidade, mas também a antijuridicidade, a culpabilidade e a

punibilidade, embora não se possa, ainda realizar um juízo definitivo e de certeza, o que somente é possível em sede de sentença penal definitiva.

27. A preparação da constituição da realidade criminal não pode, no entanto, afrontar o princípio do estado de inocência, que, dispondo sobre o estado jurídico do imputado, impõe cuidados aos agentes do sistema penal na realização dos diversos atos legislativos e processuais. Não obstante isso, esse princípio não obsta a realização de juízos preliminares de possibilidade ou probabilidade acerca de condutas e de seus autores, uma vez que tais juízos não têm o condão de modificar o estado de inocência destes para o de culpado, pois prestam, tão-somente, para a prática dos citados atos. De qualquer forma, qualquer restrição à liberdade, a título de cautela, somente pode ser admitida quando, justificadamente, seja indispensável, nas hipóteses previstas em lei. Não se pode admitir, por isso, que esses juízos probabilísticos extrapolem os limites constitucionais e legais dos atos praticados e nem os seus objetivos estritos, devendo restringir-se aos âmbitos da investigação ou instrução preliminar e do processo penal propriamente dito.

28. A linguagem jurídico-penal exerce as suas diversas funções, que podem ser percebidas, em maior ou menor intensidade e concomitantemente, tanto na notícia do crime quanto na investigação ou instrução preliminar, na acusação e na defesa e, por fim, nas jurisdições instrutória e de ordem, exigindo-se, para que esses atos sejam considerados válidos, que observem as suas regras constitutivas, que estão dispostas na legislação penal e processual penal. Essa linguagem tem importância decisiva na constituição da realidade criminal, pois os vários atos de linguagem preparatórios da constituição dessa realidade, apesar de não serem capazes de constituir o crime e a contravenção penal e o criminoso ou o contraventor e para mudar o estado deste de inocente para culpado, constituem situações jurídicas novas.

29. Esses atos de linguagem revelam o poder de definição tanto dos agentes policiais quanto dos agentes do Ministério Público e do Poder Judiciário, que agem seletivamente. Ao manterem o primeiro contato com os fatos, os agentes policiais dão, também, os primeiros contornos ao caso penal, atribuindo

maior importância a um ou outro fato ou indício e contribuindo, de maneira relevante, para a definição do caso penal e para o indiciamento. Também os agentes do Ministério Público dispõem de elevado poder de definição, uma vez que são os responsáveis pela dedução da acusação pública, ou seja, dos casos que constituirão o conteúdo dos diversos processos penais (Dias e Andrade).

30. O ponto culminante da presente tese é a demonstração da constitutividade da sentença penal condenatória, ato processual e de linguagem que, exaurindo, definitivamente, a jurisdição em relação à fase processual em que se pronuncia (Cavallo), destina-se ao acerto do caso penal, constituindo-o como um crime ou como uma contravenção penal e o seu autor como um criminoso ou como um contraventor, mudando, substancialmente, o estado deste, de inocente para culpado.

31. Esse ato, que somente é válido se existir o Estado, o direito, a jurisdição penal, a autoridade judiciária competente e o devido e justo processo penal, deve revestir-se das formas legais e atender às condições prefixadas nas normas processuais penais, devendo conter relatório, motivação ou fundamentação, disposição e autenticação (Tourinho Filho). A motivação é concebida como uma condição imprescindível do correto exercício da função jurisdicional e como um princípio fundamental de garantia dos cidadãos nos confrontos do Poder Judiciário (Taruffo), servindo, sobretudo, para vincular os pronunciamentos jurisdicionais à legalidade, para garantir a certeza do direito, para assegurar a efetividade do princípio da separação de poderes e para garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

32. A sentença penal é o ponto culminante do processo penal, pois é produzida por meio de um juízo de certeza, a partir do caso penal (acusação), dos elementos instrutórios (provas e teses) e de todo o direito.

33. A sentença penal condenatória, conforme indica o seu qualificativo, tem eficácia condenatória, pois busca a fixação das penas ou medidas de segurança (Arzabe e Mendoza), estando o seu elemento condenatório relacionado, exatamente, com esse castigo, uma vez que a palavra *condenação* alude ao dano ou à lesão de interesses do réu (Carnelutti). No entanto, tanto como ato

processual, ápice do conjunto de atos de linguagem que formam o processo de criminalização, quanto como ato de linguagem, a sentença penal condenatória é, também, constitutiva, sendo esta afirmação, que é o ponto central desta tese, amparada jurídica, filosófica e criminologicamente.

34. O fundamento jurídico da constitutividade da sentença penal condenatória está relacionado com o seu elemento constitutivo, pois é o único ato que pode modificar o estado de inocência de alguém para de culpado.

35. É que a sentença consiste tanto num pronunciamento sobre o caso penal quanto sobre a sua consequência. Assim como o delito e a pena, também o acerto do caso penal e a condenação do réu não podem ser separados um do outro, porque são duas faces da mesma moeda (Carnelutti). Enquanto a pena está relacionada com o elemento condenatório da sentença penal, o crime e a contravenção penal estão relacionados com o seu elemento constitutivo, dependendo da avaliação da prova e dos instrumentos jurídicos ao dispor do juiz por ocasião da prolação desse ato processual. Entre os resultados possíveis de serem obtidos dessa avaliação estão o acerto do caso penal e a consequente condenação do acusado. Portanto, além do elemento condenatório, a sentença penal condenatória contém o elemento constitutivo, que é o que faz surgir a realidade criminal estrito senso, porquanto, ao julgar procedente a acusação, antes de aplicar a sanção penal, o juiz acerta o caso penal, qualificando-o como crime ou contravenção penal e o seu autor como criminoso ou contraventor, alterando, substancialmente, a situação jurídica deste, que passa do estado de inocência para o de culpado. Por ser determinante da consequência em si, o fato atrai a maior parte das teses discutidas no processo, o que explica as razões do debate processual sobre o fato ser mais intenso.

36. Esse elemento constitutivo da sentença penal também se distingue do seu elemento declaratório, pois, enquanto este faz cessar, apenas, a incerteza do direito, aquele é o único capaz de alterar um estado jurídico, como ocorre quando, ao condenar o acusado, a sentença penal altera o seu estado de inocente para o de culpado.

37. Esses estados jurídicos, decorrentes do princípio de estado de inocência, recepcionado pelo inciso LVII do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, não são estados formais, mas substanciais, pois o autor da conduta, ao ser considerado culpado, será portador de marcas que o acompanharão por muito tempo, senão por toda a vida, produzindo efeitos sociais e jurídicos explícitos e implícitos e marcando as suas relações consigo mesmo, com os demais indivíduos, com o Estado e com a coletividade em geral.

38. Os fundamentos filosóficos e criminológicos da constitutividade da sentença penal condenatória, por sua vez, estão relacionados com a constitutividade da linguagem, cujos alicerces são encontrados no pragmatismo, na hermenêutica filosófica, na interpretação normativo-constitutiva e no *labelling approach*.

39. Deve-se ter mente que muitas são as funções exercidas pela linguagem na sentença penal condenatória, as quais se revezam em graus de preponderância. Assim, enquanto, no relatório, prepondera a função descritiva, na motivação, prepondera a função de fabulação. Por fim, na parte dispositiva da sentença, prevalecem as funções prescritiva e performativa. Essas funções não são exercidas isoladamente ou de maneira estanque, mas se combinam entre si, embora, alguma delas, como é o caso das funções poética, de fabulação, de dominação e constitutiva, permeiam toda a sentença penal. Entre essas, cabe destacar a função constitutiva, por estar relacionada, sobretudo, com a reconstituição do fato pelo juiz, que é realizada com base na sua interpretação do caso penal, das provas, das disposições legislativas, dos precedentes jurisprudenciais e das opiniões doutrinárias à sua disposição. É na linguagem, pois, que o juiz constitui novas situações jurídicas relativas à conduta e ao seu autor, realizando, com as palavras “julgo procedente a denúncia (ou a queixa)” e “condeno o acusado”, uma ação performativa que os constitui, respectivamente, como crime ou contravenção penal e criminoso ou contraventor, surgindo, assim, a realidade criminal em estrito senso.

40. A constituição dessas realidades criminais somente ocorre, em termos objetivos, com a certidão de trânsito em julgado da sentença penal condenatória

expedida pelo cartório judicial ou secretaria do tribunal, devendo-se ter em mente que a coisa julgada é algo que se acresce à decisão para aumentar a sua estabilidade (Grinover), embora a revisão da sentença penal transitada em julgado seja possível em hipóteses excepcionais e legalmente estabelecidas.

41. A partir da constatação da constitutividade da sentença penal condenatória, que é um ato processual e de linguagem da esfera da atividade dos juízes, pode-se concluir que estes têm o poder de definição de condutas e pessoas, pois somente eles podem atribuir, concreta e definitivamente, à conduta descrita na acusação e ao seu autor, respectivamente, as qualificações de crime ou contravenção penal e de criminoso ou contraventor. Disso decorre que os juízes devem se atentar para a sua responsabilidade na constituição dessas realidades criminais, exercendo esse poder com compromisso ético, de modo a causar menor sofrimento possível, agindo no sentido de libertar os excluídos, pois todo ser humano está obrigado a transformar as normas, ações, microestruturas, instituições ou sistemas que produzem a exclusão das pessoas (Dussel). Isso significa dizer que, na operacionalização do direito penal e processual penal, os juízes devem adotar uma postura voltada à aspiração maior que é a emancipação do povo, usando, para tal, o seu instrumental dogmático com a atenção voltada à minimização das lesões aos direitos humanos fundamentais, sobretudo quando essas lesões são produtos do aparato estatal.

42. Sendo o crime e a contravenção penal realidades concretas definidas como tais nas sentenças penais condenatórias transitadas em julgado, pode-se dizer que não mais se confundem com as abstratas definições legislativas contidas nos tipos penais nem tampouco com as tradicionais conceituações teórico-penais, que são, apenas, pressupostos dessas definições judiciais.

43. A partir dessa nova concepção, impõe-se aos agentes do sistema penal e aos profissionais do direito de modo geral, aos comunicadores sociais e a todas as pessoas maior cuidado no uso dos termos “crime”, “contravenção penal”, “criminoso”, “contraventor” e “culpado”, a fim de que não incorram em pré-julgamentos desnecessários e em juízos paralelos inconsequentes, indesejáveis e desastrosos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGOSTINHO, Santo. *Confissões*. Tradução de J. Oliveira Santos e A. Ambrósio de Pina. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Coleção Os Pensadores). ISBN: 85-13-00848-6.

AGUD, Ana. Prólogo. In: HUMBOLDT, Wilhelm Von. *Sobre la diversidad de la estructura del lenguaje humano y su influencia sobre el desarrollo espiritual de la humanidad*. Traducción y prólogo de Ana Agud. Madrid: Centro del Publicaciones del MEC; Barcelona: Editorial Antropos, 1990. ISBN: 84-7658-203-X. p. 9-20.

ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. Os limites de la logica y el razonamiento juridico. In: ____. *Análisis logico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. ISBN: 9788425908965. p. 303-328.

ALCHOURRÓN, Carlos E. Lógica de normas y lógica de proposiciones normativas. In: ____. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. ISBN: 9788425908965. p. 25-49.

ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. Von Wright y la filosofia del derecho. In: ____. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. ISBN: 9788425908965. p. 69-102.

ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 1998. ISBN: 950-508-221-5

ALEXY, Robert. *Teoria del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 1995. ISBN: 958-616-226-5.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional Como Teoria da Justificação Jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Sandy, 2001. ISBN: 85-87731-35-1.

ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption: a structural comparison. *Ratio Juris*, vol. 16, n. 4, p. 433-449, dez. 2003.

ALEXY, Robert. La estructura de las normas de derecho fundamental. In: ____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução para o espanhol por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. ISBN: 84-259-0939-2. p. 81-172.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade In: ____. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 105-116. ISBN: 978-85-7348-472-4.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ALTHUSIUS, Johanes. *Política*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003. ISBN: 85-7475-075-1.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. ISBN: 857348003-3.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. ISBN: 85-7348-028-0.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2003. ISBN: 85-7348-284-2.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v.1. ISBN: 85-02-04753-1.

APEL, Karl-Otto. *Transformação da filosofia I: filosofia analítica, semiótica, hermenêutica*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2005. ISBN: 85-15-02048-3.

AQUINO, Tomas de. *Suma teológica: os hábitos e as virtudes – os dons do espírito santo – os vícios e os pecados – a lei antiga e a lei nova – a graça*. I Seção da II Parte – Questões 49-114. São Paulo: Loyola, 2005. v. 4. ISBN: 85-15-02893-X.

ARAÚJO, Inês Lacerda. *Do signo ao discurso: introdução à filosofia da linguagem*. São Paulo: Parábola Editorial, 2004. ISBN: 85-88456-28-1.

ARISTÓTELES. *Poética*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Coleção Os pensadores). ISBN: 85-13-00847-8.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001. ISBN: 85-7232-430-5.

ARISTÓTELES. *Metafísica*. v. 2. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2005. ISBN: 85-15-02427-7.

ARISTÓTELES. Da interpretação. In: _____. *Organon*. Bauru: Edipro, 2005. p. 81-110. ISBN: 85-7283-387-0.

ARISTÓTELES. Analíticos anteriores. In: _____. In: _____. *Organon*. Bauru: Edipro, 2005. p. 111-250. ISBN: 85-7283-387-0.

ARISTÓTELES. *Categorias*. In: _____. *Organon*. Bauru: Edipro, 2005. p. 39-80. ISBN: 85-7283-387-0.

ARISTÓTELES. *Refutações sofísticas*. In: _____. *Organon*. Bauru: Edipro, 2005. p. 545-608. ISBN: 85-7283-387-0.

ARISTÓTELES. *Tópicos L I*. In: _____. *Organon*. Bauru: Edipro, 2005. p. 347-372. ISBN: 85-7283-387-0.

ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2007. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor). ISBN: 85-7232-456-9.

ARISTÓTELES. *Retórica*. São Paulo: Rideel, 2007. (Coleção biblioteca clássica). ISBN: 9788533 909236.

ARZABE, Fernando Mendoza; MENDOZA, Helen Kate. *Tratado sobre la sentencia*. Druk: La Paz, 1999.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teoria da argumentação jurídica: Perelman, Loulmin, MacCormick, Alexy e outros*. São Paulo: Landy, 2000. ISBN: 85-87731-04-1.

AUSTIN, John Langashaw. *Quando dizer é fazer: palavra e ação*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

AUSTIN, John Langshaw Austin. *Performativo-constativo*. In: OTTONI, Paulo. *Visão performativa da linguagem*. Campinas: Editora da Unicamp, 1998. ISBN: 85-268-0422-7. p. 111-144.

BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas: um estudo sobre os preconceitos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. ISBN: 85-7387-712-X.

BACILA, Carlos Roberto. *Teoria da imputação objetiva no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2008. ISBN: 978-85-362-2253-0.

BACON, Francis. *Novum organum*. In: _____. *Novum Organum ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza*. Nova Atlântida. São Paulo: Nova Cultural, 1999. ISBN: 85-13-00849-4. p. 23-218.

BALCARCE, Fabián I. *Presunción de inocência: crítica a la posición vigente*. Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba, 1996.

BARATTA, Alessandro. *Sobre a Criminologia crítica e sua função na Política Criminal*. Documentação e Direito Comparado. *Boletim do Ministério da Justiça*. Lisboa, [s.n.], n. 13, separata, 1983. p. 145-166.

BARATTA, Alessandro. Principi del diritto penale mínimo: per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale. *Dei delitti e delle pene*. Napoli: Edizione Scientifichi Italiane, 1985. n. 3. p. 443-473.

BARATTA, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, n. 2, p. 44-61, abr./maio/jun. 1993.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia jurídico-penal*. Tradução por Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997. ISBN: 85-7106-123-8.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. ISBN: 85-0202708-5.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. ISBN: 857469-214-X.

BASTOS JÚNIOR, Edmundo José de. *Código Penal em exemplos práticos: parte geral*. Florianópolis: Terceiro Milênio e OAB, 1998. ISBN: 85-85882-17-4.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. ISBN: 85-7106-023-1.

BAYLEY, David H. *Padrões de policiamento*. Tradução de René Belmonte. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001. (Série Polícia e Sociedade, n. 1). ISBN: 85-314-0636-6.

BAYÓN, Juan Carlos. Propositiones normativas e indeterminación del derecho. In: BAYÓN, Juan Carlos; RODRÍGUEZ, Jorge. *Relevancia normativa em la justificación de las decisiones judiciales: el debate BAYÓN-RODRÍGUEZ sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. Cap. I. ISBN: 958-616-733-X. p. 27-66.

BAYÓN, Juan Carlos. Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo. In: BAYÓN, Juan Carlos; RODRÍGUEZ, Jorge. *Relevancia normativa em la justificación de las decisiones judiciales: el debate BAYÓN-RODRÍGUEZ sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. Cap. IV. ISBN: 958-616-733-X. p. 157-208.

BAYÓN, Juan Carlos; RODRÍGUEZ, Jorge. *Relevancia normativa em la justificación de las decisiones judiciales: el debate BAYÓN-RODRÍGUEZ sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. ISBN: 958-616-733-X.

BECCARIA Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução por Florio De Angelis. Bauru: Edipro, 1993. ISBN: 85-7283-029-4.

BECKER, Howard Saul. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. New York: The Free Press, 1991. ISBN: 0-684-83635-1.

BECKER, Howard Saul. *Uma teoria da ação coletiva*. Tradução de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1977.

BECKER, Howard Saul. Empresários morais. In: _____. *Uma teoria da ação coletiva*. Tradução de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1977. p. 108-121.

BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal. La doctrina del delito-tipo*. Buenos Aires: El Foro, 2002. ISBN: 950-826-046-7.

BENTHAM, Jeremy. Introdução aos princípios da moral e da legislação. *Pensadores*. 2. ed. Abril Cultural, 1974.

BERGALLI, Roberto. *Crítica a la criminología: hacia una teoría crítica del control social em América Latina*. Bogotá: Temis, 1982.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 1996. ISBN: 85.326.0598-2.

BETHENCOURT, Francisco. *História das Inquisições: Portugal, Espanha e Itália (Séculos XV-XIX)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. ISBN: 85-7164-971-5.

BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. ISBN: 978-85-336-2348-4.

BÍBLIA SAGRADA. São Paulo: Sociedade Bíblica Católica Internacional e Edições Paulinas, 1990.

BIÉLER, André. *O pensamento econômico e social de Calvino*. São Paulo: Editora Presbiteriana, 1990.

BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. ISBN: 85-86145-24-6.

BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Saraiva, 2000. ISBN: 85-02-03056-6.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1. ISBN: 978-85-020-6174-3.

BLUMER, Herbert. *Symbolic interactionism: perspective and method*. 10. ed. Berkeley: University of California Press, 2007. ISBN: 978-0-520-05676-3.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Polis e Editora da Universidade de Brasília, 1991. ISBN: 85-230-01276-6.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de Carmen C. Varrialle, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Gerreiro Pinto Caçais e Renzo Dini. 7. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. v. 2. ISBN: 85-230-0310-X.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. (Coleção Elementos do Direito). ISBN: 85-274-0328-5.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Bauru: Edipro, 2001. ISBN: 85-7283-327-7.

BONFIN, Edílson Mougnot. *Júri: do inquérito ao plenário*. São Paulo: Saraiva, 1994. ISBN: 85-02-01394-7.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomas. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. ISBN: 85-286-9963-3.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça*. Florianópolis: Habitus, 2001. ISBN: 85-88283-07-7.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. Das sociedades pré-estatais ao estado moderno e deste ao estado contemporâneo: evolução da sociedade civil. *Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça*. Florianópolis: Habitus, 2001. ISBN: 85-88283-07-7. p. 15-74.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Diário Oficial da União, 31 de dezembro de 1940.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Diário Oficial da União, 13 de outubro de 1941.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941. *Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941)*. Diário Oficial da União de 11 de dezembro de 1941.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de dezembro de 1942. *Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro*. Diário Oficial da União, 9 de setembro de 1942.

BRASIL. Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil*. Diário Oficial da União de 17 de novembro de 1973.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial da União nº 191-A, de 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Discurso proferido no dia 10 de julho de 1990. Elogios à decisão unânime do Senado Federal no sentido da aprovação da nova legislação que define e pune crimes hediondos. Defesa da necessidade de uma legislação ordinária que organize o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, a fim de possibilitar a intervenção nos estados quando se fizer indispensável essa ação. Orador: Deputado Roberto Jefferson. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 11 Jul. 1990. p. 3518-3519.

BRASIL. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. *Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências*. Diário Oficial da União, 15 de fevereiro de 1993.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. *Dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais e dá outras providências*. Diário Oficial da União de 27 de setembro de 1995.

BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. *Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal*. Diário Oficial da União de 25 de julho de 1996.

BRASIL. Lei nº 9.434 de 4 de fevereiro de 1997. *Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências*. Diário Oficial da União de 5 de fevereiro de 1997.

BRASIL. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. *Institui o Código de Trânsito Brasileiro*. Diário Oficial da União de 24 de setembro de 1997.

BRASIL. Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999. *Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal*. Diário Oficial da União de 14 de julho de 1999.

BRASIL. Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006. *Altera os arts. 60 e 61 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e o art. 2º da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, pertinentes à competência dos Juizados Especiais Criminais, no âmbito da Justiça Estadual e da Justiça Federal*. Diário Oficial da União de 29 de junho de 2006.

BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. ISBN: 85-203-0043-X.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral. Introdução. Norma penal. Fato punível*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. t. I. ISBN: 85-309-1385-X.

BÜLOW, Oskar Von. *Teoria da exceções e dos pressupostos processuais*. Campinas: LZN, 2005. ISBN: 85-88387-37-9.

BULYGIN, Eugenio. Normas, proposições normativas y enunciados jurídicos. *In: Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. ISBN: 9788425908965. p. 169-193.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica dos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. (Biblioteca de Teses). ISBN: 85-7147-486-9.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. ISBN: 972-40-1217-4.

CAPALBO, Creusa. *Fenomenologia e ciências humanas*. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 1987.

CAPELLA, Juan Ramón. *Elementos de análisis jurídico*. 3. ed. Madrid: Trotta, 2004. ISBN: 84-8164-324-6.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. ISBN: 8588227828-6.

CÁRCOVA, Carlos Maria. Juízes na encruzilhada: entre o decisionismo e a hermenêutica controlada. *Direito, política e magistratura*. Tradução de Rogério Viola Coelho e Marcelo Ludwig Dornelles Coelho. São Paulo: LTr, 1996. ISBN: 85-7322-197-6. p. 163-178.

CÁRCOVA, Carlos Maria. *A opacidade do direito*. Tradução de Edílson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 1998. ISBN: 85-7322-438-X.

CARNAP, Rudolf. *The logical syntax of language*. Peterson, New Jersey: Littlefield, Adams & Co, 1959.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil: introdução e função do processo civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: ClassicBook, 2000. v.1. ISBN: 85-87657-06-2.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil: composição do processo*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: ClassicBook, 2000. v.2. ISBN: 85-87657-07-0.

CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*. Campinas: Bookseller, 2004. t.I. ISBN: 85-7468-312-4.

CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*. Campinas: Bookseller, 2004. t.II. ISBN: 85-7468-313-2.

CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*. Campinas: Bookseller, 2004. t.IV. ISBN: 85-7468-315-9.

CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal: parte geral*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2002. v.1. ISBN: 85-88387-13-1.

CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal: parte geral*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2002. v.2. ISBN: 85-88387-13-1.

CARRIÓ, Genaro Ruben. *Princípios jurídicos e positivismo jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perot, 1970.

CARRIÓ, Genaro Ruben. *Los derechos humanos e su protección: distintos tipos de problemas*. Buenos Aires: Abeledo-Perot, 1989.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y language*. Buenos Aires: Abeledo-Perot, 2006. ISBN: 950-20-1730-7.

CARVALHO, Alberto Antonio de Moraes. *Praxe forense ou directorio pratico do processo civil brasileiro: conforme a actual legislação do Império*. Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert, 1850.

CARVALHO, Salo. *Penas e garantias*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003. ISBN: 85-7387-199-7.

CARVALHO, Salo. Teoria agnóstica da pena: entre os supérfluos fins e a limitação do poder punitivo. In: CARVALHO Salo (Org.). *Crítica à execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. ISBN: 85-7387-981-5. p. 3-28.

CAVALLO, Vivenzo. *La sentenza penale*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1936.

CERQUEIRA, Josemar Dias. O princípio da publicidade no processo penal brasileiro. SCHMITT, Ricardo Augusto (Org). *Princípios penais constitucionais: Direito e Processo Penal à Luz da Constituição Federal*. Salvador: Podivm, 2007. ISBN: 859847160-7. p. 389-444.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil: as relações processuais. A relação ordinária de cognição*. Tradução de Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. v. 1. ISBN: 85-7468-066-4.

CÍCERO. *Das leis*. São Paulo: Cultrix, 1967.

CÍCERO. *Orações*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1970.

CÍCERO. *Dos deveres*. Tradução de Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2002. ISBN: 85-7232-495-X.

CÍCERO. *Da república*. São Paulo: Escala, [s.d.].

CHALHUB, Samira. *A metalinguagem*. 4. ed. São Paulo: Ática, 2005. (Série Princípios). ISBN: 85-08-00682-9.

CHALHUB, Samira. *Funções da linguagem*. 12. ed. São Paulo: Ática, 2006. (Série Princípios; 119). ISBN: 85-08-10199-6.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. ISBN: 85-7420-498-6.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. ISBN: 85-7308-562-2.

COMANDUCCI, Paolo. Princípios jurídicos e indeterminação do direito. *Doxa*, 21, vo. II, p. 89-104 (1998).

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: uma análise metateórica. In: CARBONELL, Miguel (Org.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, ISBN: 84-8164-573-7. p. 75-99.

COPETTI, André. *Direito penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. ISBN: 85-7348-153-6.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 8. ed. Milano: Giuffrè, 2006. ISBN: 88-14-13222-4.

COSSIO, Carlos. *La teoría de la verdad jurídica*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1954.

COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho e el concepto jurídico de libertad*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

COSSIO, Carlos. El derecho en el derecho judicial. In: _____. *El derecho en el derecho judicial. Las lagunas del derecho. La valoración judicial*. Buenos Aires, Librería “El Foro”, 2002. ISBN: 987-1044-01-1. p. 17-220.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal: curso completo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. ISBN; 85-02-02796-4.

COULON, Alain. *A Escola de Chicago*. Tradução de Tomás R. Bueno. Campinas: Papirus, 1995. ISBN: 85-308-0359-0.

COULON, Alain. *Etnometodologia*. Tradução de Ephraim Ferreira Alves. Petrópolis: Vozes, 1995. ISBN: 85-326-1411-6.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989. (Série Pensamento Jurídico; 2).

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*. Curitiba: Instituto dos Advogados do Paraná, n. 29, 1999. p. 109-138.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. _____. (Coord.) *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2001. ISBN: 85-7147-266-1. p. 3-55.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao “Verdade, Dúvida e Certeza”, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. In: RUBIO, David Sánchez; FLORES, Herrera; CARVALHO, Salo (Coord.) *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001-2002)*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002. ISBN: 85-7387-251-9. p. 173-197.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. *Crítica à Dogmática: dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais*. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Instituto da Hermenêutica Jurídica, 2005. v.1. n.3. ISBN: 1678-1864. p. 37-44.

CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CUNHA, Rogério Sanches. Introdução: uma breve síntese dos postulados constitucionais. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.) *Princípios penais constitucionais*. Salvador: JusPodivm, 2007. ISBN: 859847160-7. p. 17-51.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico do princípio da legalidade*. Porto Alegre: Síntese, 1979.

CURI, Ivan Guérios. *Virada de Copérnico: reflexões em torno do pensamento de A. Castanheira Neves*. [s.l]: [s.n], [s.d].

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. ISBN: 978-85-02-06158-3.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. ISBN: 978-85-02-06619-9.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. ISBN: 85-71472-84-X.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Modelos e Movimentos de Política Criminal*. Tradução de Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 1992. ISBN: 85-7106942-8.

DESCARTES, René. *Princípios de filosofia*. São Paulo: Rideel, 2005. ISBN: 85-339-0730-3.

DEWEY, John. Experiência e natureza. In: JAMES William et alli. *Pragmatismo – Experiência e Natureza – A Alemanha imperial – A revolução industrial – A teoria da classe ociosa*. São Paulo: Abril Cultural, 1974. (Coleção Os Pensadores). p. 159-210

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. ISBN: 85-203-1798-7.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1992. ISBN: 972-32-0069-4.

DIAS NETO, Theodomiro. *Policiamento comunitário e controle sobre a polícia: a experiência norte-americana*. São Paulo: IBCCRIM, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. ISBN: 85-7420-315-7.

DIP, Ricardo. *Direito penal: linguagem e crise*. Campinas: Millennium, 2001. ISBN: 85-86833-26-6.

D'OLIVEIRA, Armando Mora. Vida e Obra. In: SILVA, Osvaldo Porchat de Assis Pereira da (Org.). *Ensaio: Gilbert Ryle, John Langshaw Austin, Willard van Orman Quine, Peter Frederick Strawson*. Tradução de Balthasar Barga Filho et alli. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1989. p. VII a XIX.

DOTTI, René Ariel. O Ministério Público e a Polícia Judiciária: relações formais e desencontros materiais. In: MORAES, Voltaire de Lima (Org.) *Ministério público, direito e sociedade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986. p. 121-144.

DOTTI, René Ariel. O mito da presunção da inocência. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais* n. 136. Ano 11, mar. 2004, p. 9.

DUARTE JÚNIOR, João-Francisco. *O que é realidade*. São Paulo: Brasiliense, 2004. (Coleção primeiros passos; 115). ISBN: 85-11-01115-3.

DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito: Aproximação à Metodologia Discursiva do Direito*. São Paulo: Landy, 2003. ISBN: 85-87731-84-X.

DUGUIT, Leon. *El pragmatismo jurídico*. Madrid: Francisco Beltrán, 1924.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. ISBN: 85-336-1022-X.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Tradução de Epharaim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. ISBN: 85-326-2143-0.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. ISBN: 85-336-1012-2.

DWORKIN, Ronald. La lectura moral y la premissa mayoritarista. In: KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald C. (Org.) *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: Gedisa, 2004. ISBN: 84-7432-967-1. p. 101-139.

ECHAVE, Della Teresa; URQUIJO, María Eugenia; GUIBOURG, Ricardo. *Lógica, proposición y norma*. Buenos Aires, Astrea, 1999. ISBN: 950-508-071-9.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. Tradução de Gilson César Cardoso de Souza. 16. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001. ISBN: 85-273-0079-6.

EHRlich, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Brasília: Universidade de Brasília, 1986. ISBN: 85-230-0018-6.

EUFRASIO, Mário A. *Estrutura urbana e ecologia humana: a escola sociológica de Chicago (1915-1940)*. São Paulo: Editora 34, 1999. ISBN: 85-7326-132-3.

FAGUNDES, Valda Oliveira. *O discurso no júri: aspectos lingüísticos e retóricos*. São Paulo: Cortez, 1987. ISBN: 85-249-0098-9.

FALCONI, Romeu. *Lineamentos de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2002. ISBN: 85-274-0314-5.

FARIAS, José Fernando de Castro. *Crítica à noção tradicional de poder constituinte*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. ISBN: 85-203-2311-1.

FERNANDES, Antonio Scarance; LOPES, Mariângela. O recebimento da denúncia no novo procedimento. *Boletim Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 190, set. 2008. p. 2-3.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Tradução de Andrés Ibáñez e Andréa Greppi. Madrid: Trotta, 2001. ISBN: 84-8164-285-1.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. Revista dos Tribunais, 2002. ISBN: 85-203-1955-6.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1989. ISBN: 85-224-0274-4.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. ISBN: 85-209-1010-6.

FERRI, Enrico. *Sociologia criminal*. Tradução para o espanhol por Antonio Soto y Hernández. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1907. T. 1.

FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal*. Tradução de Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1999. ISBN: 85-7468-006-0.

FEUERBACH, Anselm von. *Tratado de derecho penal*. Tradução por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irmã Hagemeier. Buenos Aires: Hamurabi, 1989. ISBN: 950-9079-81-2.

FIKER, José. *Linguagem do laudo pericial: técnicas de comunicação e persuasão*. São Paulo: Leud, 2005. ISBN: 85-7456-199-1.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001. ISBN: 84-8164-434-X.

FIORIN, José Luiz. *Linguagem e ideologia*. 8. ed. São Paulo: Ática, 2007. ISBN: 978-85-08-09163-8.

FLORIAN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*. Barcelona: Bosch, 1934.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir. história da violência nas prisões*. Tradução por Ligia M. Pondé Vassalo. 8.ed. Petrópolis: Vozes, 1991. ISBN: 85-326-0508-7.

FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. Tradução de Luiz Felipe Baeta Neves. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. ISBN: 85-218-0344-3.

FOUCAULT, Michel. *Arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. (Coleção Ditos & Escritos II). ISBN: 85-218-0366-4.

FOUCAULT, Michel. *Estratégia, poder-saber*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. (Coleção Ditos & Escritos IV). ISBN: 85-218-0396-6.

FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. ISBN: 978-85-336-2390-3.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. 16. ed. São Paulo: Loyola, 2008. ISBN: 978-85-15-01359-3.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 4. Ed. Revisada e atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1994. ISBN: 85-309-0297-1.

FRANCHI, Carlos. Linguagem – Atividade Constitutiva. *Cadernos de estudos lingüísticos* 22. Campinas: Unicamp, n. 22. jan./jun. 1992. p. 9-39.

FREGE, Gottlob. *Lógica e filosofia da linguagem*. São Paulo: Cultrix e Editora Universidade de São Paulo, 1978.

FREUD, Sigmund. *A interpretação dos sonhos*. Tradução de Walderedo Ismael de Oliveira. Edição Comemorativa 100 anos. Rio de Janeiro: Imago, 2001. ISBN: 85-312-0685-5.

FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*. Tradução de Luís Cláudio de Castro e Costa. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. ISBN: 85-218-0270-6.

FUENTE, Yolanda Ruano de la. *Racionalidad y consciencia trágica: la modernidad según Max Weber*. Madrid: Trotta, 1996. ISBN: 84-8164-122-7.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *História do direito penal: crime natural e crimes de plástico*. São Paulo: Malheiros, 2005. ISBN: 85-7420-648-2.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1997. ISBN: 85.326.1787-5.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. ISBN: 85.326.2710-2.

GAIDO, Paula; BRÍGIDO, Rodrigo Sanchez; SELEME, Hugo Omar. Introducción. In: BAYÓN, Juan Carlos; RODRÍGUEZ, Jorge. *Relevancia normativa em la justificación de las decisiones judiciales: el debate BAYÓN-RODRÍGUEZ sobre la*

derrotabilidade de las normas jurídicas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. ISBN: 958-616-733-X. p. 11-25.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução de Maria Luíza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. ISBN: 85-7106-176-9.

GARFINKEL, Harold. *Studies in ethnomethodology*. Malden: Polity Press, 2006. ISBN: 0-7456-0005-0.

GAROFALO, Rafaele. *Criminologia: estudo sobre o delito e a repressão penal*. Tradução de Danielle Maria Gonzaga. Campinas: Peritas, 1997. ISBN: 9735028403014.

GÊNESIS. *Bíblia Sagrada*. São Paulo: Sociedade Bíblica Católica Internacional e Edições Paulinas, 1990.

GHISALBERTI, Alessandro. *Ghilherme de Ockham*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997. (Coleção Filosofia; 56).

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha. 3. ed. Lisboa; Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. ISBN: 972-31-0193-9.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O realismo jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr.* <http://jus2.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=10217>. Acesso em 10 de dezembro de 2008.

GOLDSCHMIDT, James. *Princípios gerais do processo penal*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002. ISBN: 85-88466-15-5.

GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Coleção Série as Ciências Criminais no Século XXI, v. 5). ISBN: 85-203-2124-0.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. ISBN: 85-203-2108-9.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. ISBN: 85-7420-527-3.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1977.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Eficácia e autoridade da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz: de juri belli ac pacis*. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2005. v.1. ISBN: 85-7429-403-9.

GUBERT, Pablo. *A linguagem do direito: rotina e revolução*. Curitiba: Juruá, 2004. ISBN: 85-0362-540-7.

GUERRA, J. B. Cordeiro. *A arte de acusar*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. ISBN: 85-218-0023-1.

GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. *Fenomenologia e direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. (Coleção Primeiros Passos na Filosofia). ISBN: 85-7387-614-X.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *Funções da pena privativa de liberdade no sistema capitalista*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. ISBN: 978-85-7106-355-6.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004. ISBN: 85-7629-025-1.

GUSDORF, Georges. *A fala*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. ISBN: 85-282-0091-4.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, II: crítica de la razón funcionalista*. 3. ed. Madrid: Taurus, 2001. ISBN: 84-306-0340-9.

HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão destranscendentalizada*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. ISBN: 85-282-0121-X.

HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Traduzido do original alemão por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. ISBN: 85-282-0026-4.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ISBN: 85-336-1262-1.

HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. ISBN: 85-282-0008-6.

HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Tradução de Milton Camarco Mota. São Paulo: Loyola, 2004. ISBN: 85-15-02623-6.

HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: 2004. ISBN: 85-336-2035-7.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre o humanismo*. São Paulo: Moraes, 1991.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo. Parte I*. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. ISBN: 85-326-0947-3.

HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HOBBS DE MALMESBURY, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Coleção os Pensadores). ISBN: 85-13-00907-5.

HOLMES, Oliver Wendell. *O direito comum: as origens do direito anglo-americano*. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1963.

HOLMES JÚNIOR, Oliver Wendell. *The essential Holmes: selections from the letters, speeches, judicial opinions, and other writings of Oliver Wendell Holmes Jr.* Chicago: The University of Chicago Press, 1992. ISBN: 0-226-67554-8.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. ISBN: 85-7302-383-X.

HULSMAN *et alli*. *Abolicionismo penal*. Traducción del inglés para o espanhol por Mariano Alberto Ciafardini y Mirta Lílían Bondanza. Buenos Aires: Sociedad Anônima Editora, 1989. ISBN: 950-574-073-5.

HULSMAN, Louk. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal. In: PASSETI, Edson; SILVA, Roberto B. Dias da (Org.). *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCRIM, 1997. p. 189-240.

HULSMAN, Louk, BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Tradução por Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro, Luam, 1993.

HUMBOLDT, Wilhelm Von. *Sobre la diversidad de la estructura del lenguaje humano y su influencia sobre el desarrollo espiritual de la humanidad*. Traducción y prólogo de Ana Agud. Madrid: Centro del Publicaciones del MEC; Barcelona: Editorial Antropos, 1990. ISBN: 84-7658-203-X.

HUNGRIA, Néilson. *Comentários ao código penal: Dec.-lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Arts. 1º a 10*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. T. 1.

HUSSERL, Edmund. *Investigaciones lógicas*, 1. 2. ed. Madrid: Alianza Editorial, 1985. ISBN: 84-206-2972-3 (O. C.) e 84.206.2331-8 (T. I.).

HUSSERL, Edmund. Investigaciones para la fenomenologia y teoria del conocimiento. In: ____ *Investigaciones lógicas*, 1. 2. ed. Madrid: Alianza Editorial, 1985. ISBN: 84-206-2972-3 (O. C.) e 84.206.2331-8 (T. I.). p. 215-291.

HUSSERL, Edmund. *A idéia da fenomenologia*. Lisboa: Edições 70, 1989.

JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. ISBN: 85-7348-379-2. p. 19-50.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. ISBN: 85-7348-379-2.

JAKOBSON, Roman. *Linguística e comunicação*. Tradução de Izidoro Blikstein e José Paulo Paes. 19. ed. São Paulo: Cultrix, 2003. ISBN: 85-316-0227-0.

JAMES, William. *Pragmatismo*. In: JAMES, William. *Pragmatismo e outros textos*. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 4-118. (Coleção Os Pensadores).

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. ISBN: 85-309-1037-0.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 4. ed. Tradução de José Luis Manzanera Samaniego. Granada: Comares, 1993. ISBN: 84-87708-79-X.

JESUS, Damásio E. de *Direito Penal: parte geral*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v.1. ISBN: 85-02-02169-9.

JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. *Institutas do Imperador Justiniano*. Tradução de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 (RT Textos Fundamentais). ISBN: 85-203-1868-1.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. ISBN: 85-13-00855-9.

KAUFMANN, Armin. *Teoria de las normas: fundamentos de la dogmática penal moderna*. Tradução para o espanhol por Enrique Bacigalupo e Ernesto Garzón Vales). Buenos Aires: Depalma, 1977 (Coleção Pensamento Alemão Contemporâneo).

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. ISBN: 85-336-0836-5.

KITSUSE John I. Reacción de la sociedad ante la conducta desviada: problemas de teoria y método. *In: OLMO, Rosa del (Org.) Estigmatizacion y conducta desviada*. Maracaibo: Centro de Investigaciones Criminológicas da Universidad de Zulia, [s.d]. p. 53-70.

KOCH, Ingedore Villaça. *A inter-ação pela linguagem*. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2006. ISBN: 85-7244-025-9.

KRISTEVA, Julia. *História da linguagem*. Lisboa: Edições 70, 1974. (Coleção Signos; 6).

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000. ISBN: 85-273-0111-3.

LACAN, Jacques. *Escritos*. Tradução de Inês Oseki-Depré. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 1996. ISBN: 85-2730466-X.

LAPORTA, Francisco, Sobre el concepto de los derechos humanos. *Doxa*, n. 84, 1987. p. 26-46.

LAPORTA, Francisco. Acostaciones del trampolín: respuesta a Roberto Vernengo. *Doxa*, n. 7, 1990. p. 301-309.

LEAL, João José. *Curso de Direito Penal*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

LEMERT, Edwin M. Desviación primaria y secundaria. *In: OLMO, Rosa del (Org.) Estigmatizacion y conducta desviada*. Maracaibo: Centro de Investigaciones Criminológicas da Universidad de Zulia, [s.d]. p. 97-103.

LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Edições Jurídicas Europa-América, 1963. t. I.

LEVINSON, Stephen C. *Pragmática*. Tradução de Luiz Carlos Borges *et alli*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. ISBN: 978-85-336-2332-3.

LEVÍTICO. *Bíblia Sagrada*. São Paulo: Sociedade Bíblica Católica Internacional e Edições Paulinas, 1990.

LIEBMAN, Enrico Túlio. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. ISBN: 85-7420-552-4.

LIMA, João Batista de Souza. *As mais antigas normas de direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003. T. 1. ISBN: 85-89251-10-1.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003. T. 2. ISBN: 85-89251-11-X.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. ISBN: 85-336-0896-9.

LOMBROSO, César. *O homem delinqüente*. Tradução de Maristela Bleggi Tomadini e Oscar Antonio Corbo Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lens, 2001. ISBN: 85-87787-24-1.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistema de investigação preliminar no processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. ISBN: 85-7387-624-7.

LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. ISBN: 978-85-336-2339-2.

LUCCHINI, Luigi. *Elementi di procedura penale*. Firenze. G. Barbera, 1905.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. (Coleção Pensamento Político).

LUTERO, Martim. *Da liberdade cristã*. 3. ed. São Leopoldo: Sinodal, 1979.

LYRA, Roberto. *Como julgar. Como defender. Como acusar*. Rio de Janeiro: Editora Científica, [s.d.]

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. ISBN: 85-336-2251-1.

MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria penal*. Tradução de Waleska Giroto Silvergerg. São Paulo: Conan Editora, 1995. v. I.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria penal*. Tradução de Waleska Giroto Silvergerg. São Paulo: Conan Editora, 1995. v. II.

MANNHEIM, Hermann. *Criminologia comparada*. Tradução de J. F. Faria Costa e M. Costa Andrade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985. v. 1.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Tomo I. Buenos Aires: Librería "El Foro", 1996. ISBN: 950-826-014-9.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Tomo II. Buenos Aires: Librería "El Foro", 1996. ISBN: 950-826-017-3.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Tomo III. Buenos Aires: Librería "El Foro", 1996. ISBN: 950-826-016-5.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Tomo IV. Buenos Aires: Librería "El Foro", 1996. ISBN: 950-826-015-7.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Tomo VI. Buenos Aires: Librería "El Foro", 1996. ISBN: 950-826-018-1.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe e dez cartas*. Tradução de Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992. ISBN: 85-230-0253-9.

MARICONDA, Pablo Ruben. Vida e obra (W. James). *In: JAMES, Willian. Pragmatismo e outros textos*. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Coleção Os Pensadores).

MARICONDE, Alfredo Vélez. *Derecho procesal penal*. Tomo I. 3. ed. Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba, 1986.

MARICONDE, Alfredo Vélez. *Derecho procesal penal*. Tomo II. 3. ed. Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba, 1986.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal: propedêutica penal e norma penal*. Campinas: Milenium, 2002. v. 1. ISBN: 85-86833-57-6.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal: da infração penal*. Campinas: Milenium, 2002. v. 2. ISBN: 85-86833-08-8.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1998. v.1. ISBN: 85-86310-10-7.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1998. v.2. ISBN: 85-86310-08-5.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1998. v.3. ISBN: 85-86310-07-7.

MARTINS, José Renato da Silva. *O dogma da neutralidade judicial: sua contextualização no estado brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. ISBN: 978-85-375-0134-4.

MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Livro 1: O processo de produção do capital. 8. ed. São Paulo: Difel, 1982. v. 1.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. ISBN: 85-309-0886-4.

MAYER, Max Ernst. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: IBdeF, 2007. ISBN: 978-9974-578-89-0.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do promotor de justiça*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. ISBN: 85-02-00755-6.

MEAD, George Herbert. *Espíritu, persona y sociedad: desde el punto de vista del conductismo social*. Barcelona: Paidós, 1973. ISBN: 84-493-0715-5.

MEIRELLES, Hely Lopes. Polícia de manutenção da ordem pública e suas atribuições. In: CRETELLA JÚNIOR, José (Org.). *Direito administrativo da ordem pública*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. ISBN: 85-309-0510-5. p. 87-93.

MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massino. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia e Revan, 2006. ISBN: 85-7106-335-4.

MERTON, Robert K. *Sociologia: teoria e estrutura*. Tradução de Miguel Maillat. São Paulo: Mestre Jou, 1970.

MEZGER, Edmundo. *Derecho Penal: libro de estudio*. Parte general. Traducción da 6ª edição alemã para o espanhol de Conrado A. Finzi. Buenos Aires: El Foro, 1957. T. I. ISBN: 950-826-044-0.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. ISBN: 85-224-1166-2.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código penal interpretado: texto atualizado de acordo com as Leis nºs 9.677, de 2-7-98, 9.714, de 25-11-98, e 9.777, de 29-12-98*. São Paulo: Atlas, 1999. ISBN: 85-224-2167-6.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações: ação, classificação e eficácia*. Campinas: Bookseller, 1998. t. 1. ISBN: 85-86310-57-3.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações: ações constitutivas*. Campinas: Bookseller, 1998. t. 3. ISBN: 85-86310-63-8.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações: ações constitutivas negativas*. Campinas: Bookseller, 1999. t. 4. ISBN: 85-86310-62-X.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações: ações condenatórias*. Campinas: Bookseller, 1999. t. 5. ISBN: 85-86310-61-1.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações: ações mandamentais*. Campinas: Bookseller, 1999. t. 6. ISBN: 85-86310-64-6.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações: ações executivas*. Campinas: Bookseller, 1999. t. 7. ISBN: 85-86310-65-4.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da argumentação jurídica e nova retórica*. Rio de Janeiro: Lunen Juris, 2001. ISBN: 85-7387-211-X.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Filosofia do direito: decisão judicial e teoria da argumentação jurídica*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. ISBN: 978-85-60826-20-9.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Nova Cultural, 2000. v. 1. (Coleção Os Pensadores). ISBN: 85-351-1857-8.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos; Fort Livros, 1999. ISBN: 85-87054-11-2.

MORRIS, Charles W. *Fundamentos da teoria dos signos*. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca; São Paulo: Universidade de São Paulo, 1976.

MORRIS, Charles. *Signos, lenguaje y conducta*. Buenos Aires: Losada, 2003. ISBN: 950-03-9206-2.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. (Coleção de Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida – v. 5). ISBN: 85-203-2101-1.

NATALINO, Marco Antonio Carvalho. *O discurso do telejornalismo de referência: criminalidade violenta e controle punitivo*. São Paulo: IBCCrim, 2007. ISBN: 978-85-99216-13-2.

NEF, Frédéric. *A linguagem: uma abordagem filosófica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995. ISBN: 85-7110-314-3.

NEPOMOCENO, Alessandro. *Além da lei: a face obscura da sentença penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. ISBN: 85-7106-285-4.

NEVES, A. Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Coimbra: Coimbra, 2003. ISBN: 972-32-1144-0.

NEVEU, Franck. *Dicionário de ciências da linguagem*. Petrópolis: Vozes, 2008. ISBN: 978-85-326-3583-9.

NÖTH, Winfried. *A semiótica no século XX*. 2. ed. São Paulo: Annablume, 1996. (Coleção E; 5). ISBN: 85-85596-60-0.

NÖTH, Winfried. *Panorama da semiótica: de Platão a Peirce*. 4. ed. São Paulo: Annablume, 2003. (Coleção E; 3). ISBN: 85-85596-60-0.

OCKHAM, Guilherme de. *Brevilóquio sobre o principado tirânico*. Petrópolis: Vozes, 1988. (Clássicos do Pensamento Político).

OFFE, Claus. *Problemas estruturais do estado capitalista*. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

OLIVECRONA, Karl. *El derecho como hecho*. Buenos Aires: Desalma, 1959.

OLIVECRONA, Karl. *Linguagem jurídica e realidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. ISBN: 85-7674-072-9.

OLIVEIRA, Edmundo. *Vitimologia e direito penal: o crime precipitado pela vítima*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. ISBN: 85-309-1129-6.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001. ISBN: 85-15-01082-8.

ORLANDI, Eni Puccinelli. *As formas do silêncio: no movimento dos sentidos*. 6. ed. Campinas: Unicamp, 2007. ISBN: 978-85-268-0755-6.

OTTONI, Paulo. *Visão performativa da linguagem*. Campinas: Editora da Unicamp, 1998. ISBN: 85-268-0422-7.

PASQUINELLI, Alberto. *Carnap e o positivismo lógico*. Lisboa: Edições 70, 1983.

PEARS, David. *As idéias de Wittgenstein*. São Paulo: Cultrix e Editora da Universidade de São Paulo, 1973.

PEIRCE, Charles Sanders. How to make our ideas clear. *Popular Science Monthly* n.12. jan. 1878. p. 286-302.

PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica*. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2005. ISBN; 85-273-0194-6.

PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1999. ISBN: 85-336-0580-3.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. ISBN: 85-336-0473-4.

PESSANHA, José Américo Motta. Vida e obra (Descartes). In: *DESCARTES. Discursos sobre o método. As paixões da alma. Meditações*. São Paulo: Nova Cultural, 1990. ISBN: 85-13-00851-6.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. O indiciamento como ato de polícia judiciária. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 577, p. 313-316, nov./1983.

PLATÃO. Político. In: _____. *Diálogos: Fédon – Sofista - Político*. Rio de Janeiro: Globo, 1955. p. 265-351.

PLATÃO. *A República*. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 2000 (Coleção Os Pensadores). ISBN: 85-351-1004-6.

PLATÃO. *Crátilo*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. (Coleção Pensamento e Filosofia). ISBN: 972-771-424-2.

POULANTZAS, Nicos. *O estado, o poder, o socialismo*. Tradução de Rita Lima. 3. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1990.

POUND, Roscoe. *Introdução à filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1965.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v.1. ISBN: 978-85-203-3033-3.

PUTNAM, Hilary. *El pragmatismo: um debate abierto*. Barcelona: Gedisa, 2006. ISBN: 84-7432-674-5.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *A audiência processual penal: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. ISBN: 85-7308-132-5.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. ISBN: 85-73-8-247-X.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. ISBN: 85-203-2953-5.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. Antigüidade e Idade Média. 5. ed. São Paulo: Paulus, 1990. v.1. (Coleção filosofia). ISBN: 85-05-01076-0.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. Do romantismo até nossos dias. 3. ed. São Paulo: Paulus, 1991. v.3. (Coleção filosofia). ISBN: 85-349-0142-2.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1. ISBN: 85-309-1680-8.

ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*. 2. ed. Bogotá: Têmis, 1982. (Coleção Monografias Jurídicas).

ROCHA, Leonel Severo. *A problemática jurídica: uma introdução transdisciplinar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985. ISBN: 85-752-5072-8.

ROCHA, Leonel Severo. Da teoria do direito à teoria da sociedade. *In*: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Teoria do direito e do estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 65-80.

RODRÍGUEZ, Jorge L.; SUCAR, Germán. Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho. *In*: BAYON, Juan Carlos; RODRÍGUEZ, Jorge. *Relevância normativa en la justificación de las decisiones judiciales: o debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*. Bogotá: Universidad Externado, 2003. Cap. III. p. 103-155. ISBN: 958-616-733-X.

ROGMANOSI, Giandomenico. *Génesis del derecho penal*. Bogotá: Temis, 1956.

ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem*. São Leopoldo: Unisinos, 2003. ISBN: 85-7431-093-X.

ROHDEN, Luiz. *O poder da linguagem: a arte retórica de Aristóteles*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997.

ROMERO, Jorge Alberto. *Da ação penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

RORTY, Richard. *El giro lingüístico*. Barcelona: Paidós, 1998. ISBN: 84-7509-613-1.

ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. ISBN: 85-7387-890-8.

ROSS, Alf. *Lógica de las normas*. Madrid: Tecnos, 1971.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003. ISBN: 85-7283-262-9.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Ensaio sobre a origem das línguas*. São Paulo; Nova Cultural, 1999. (Coleção Os pensadores). ISBN: 85-13-00853-2.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social e outros escritos*. Tradução de Rolando Roque da Silva. 9. ed. São Paulo: Cultrix, 1982.

ROXIN, Claus. *Teoria del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Tradução para o espanhol de Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1979.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia e Freitas Bastos, 1999. ISBN: 85-353-0178-X.

RUSCONI, Gian Enrico. Capitalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de Carmen C. Varrialle, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Gerreiro Pinto Caçais e Renzo Dini. 7. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. v. 1. ISBN: 85-230-0309-6.

RYLE, Gilbert. Linguagem ordinária. In: SILVA, Osvaldo Porchat de Assis Pereira da (Org.). *Ensaio: Gilbert Ryle, John Langshaw Austin, Willard van Orman Quine, Peter Frederick Strawson*. Tradução de Balthasar Bargaosa Filho *et alli*. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1989. p. 3-18.

SALDAÑA, Quintiliano. Estudio preliminar. In: DUGUIT, Leon. *El pragmatismo jurídico*. Madrid: Francisco Beltrán, 1924. p. 13-56.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Constitucionalismo y positivismo*. México: Fontamara, 1999. ISBN: 968-476-278-X.

SANTOS, Fausto dos. *Filosofia aristotélica da linguagem*. Chapecó: Argos, 2002. ISBN: 85-7535-026-9.

SANTOS, José Trindade dos. Introdução. In: PLATÃO. *Crátilo*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. (Coleção Pensamento e Filosofia). ISBN: 972-771-424-2.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

SANTOS, Juarez Cirino. Anatomia de uma criminologia crítica. In: BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1997. ISBN: 85-7106-123-8. p. 9-28.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. ISBN: 85-353-0210-7.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC Lúmen Júris, 2006. ISBN: 85-7387-815-0.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. v.1.

SÃO JOÃO. Evangelho. *Bíblia Sagrada*. São Paulo: Sociedade Bíblica Católica Internacional e Edições Paulinas, 1990.

SARMENTO, George. A presunção de inocência no sistema constitucional brasileiro. *In: ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti (Org.) Direitos fundamentais na constituição de 1988: estudos comemorativos aos seus vinte anos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. ISBN: 978-85-60520-10-7. p. 217-243.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística geral*. Tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 26. ed. São Paulo: Cultrix, 2004. ISBN: 85-316-0102-9.

SCHUTZ, Alfred. *Fenomenologia e relações sociais*. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

SEARLE, John Rogers. *Os actos de fala*. Coimbra: Almedina, 1984.

SÉRGIO SOBRINHO, Mário. *A identificação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. ISBN: 85-203-2446-0.

SIMON, Henrique Smidt. *Direito, hermenêutica e filosofia da linguagem: o problema do decisionismo em Hans Kelsen e Herbert Hardt*. Belo Horizonte: Argumentvm, 2006. ISBN: 85-98885-09-6.

SOARES, Orlando. *Criminologia*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

SOARES JÚNIOR, Antônio Coelho. *O princípio da legalidade penal: o que se fala e o que se cala*. São Luís: Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão, 2005. ISBN: 85-98144-03-7.

SOUZA, Artur César de. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. ISBN: 978-85-203-3334-1.

STEIN, Ernildo. *A questão do método na filosofia: um estudo do modelo heideggeriano*. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1983.

STOPPINO, Mario. Poder. *In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política*. 7. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. v. 2. ISBN: 85-230-0310-X. p. 933-943.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. ISBN: 85-7348-203-6.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. ISBN: 85-7348-378-4.

SUTHERLAND, Edwin. *Princípios de criminologia*. São Paulo: Martins, 1949.

SUTHERLAND, Edwin. *El delito de cuello blanco*. Madrid: La Piqueta, 1999. ISBN: 84-7731-332-6.

TARSKI, Alfred. *A concepção semântica da verdade*. São Paulo: Editora UNESP, 2007. ISBN: 978-85-7139-736-1.

TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. ISBN: 85-203-2796-6. p. 166-174.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. ISBN: 85-7308-331-X.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. ISBN: 85-02-00785-8.

TORANZO, Miguel Villoro. *El realismo jurídico escandinavo*. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/19/pr/pr4.pdf>. Acesso em 18 de janeiro de 2009.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. Forense: Rio de Janeiro, 1959. v.2.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. Forense: Rio de Janeiro, 1959. v.5.

TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1987.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.1. ISBN: 85-02-03752-8.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2. ISBN: 85-02-03346-8.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 3. ISBN: 85-02-03377-8.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4. ISBN: 85-02-04042-1.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. ISBN: 85-203-2319-7.

TUCCI, Rogério Lauria. Indiciamento e qualificação indireta: fase de investigação criminal – distinção. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 571, mai. 1983. p. 291-294.

TUGENDHAT, Ernst; WOLF, Ursula. *Propedêutica lógico-semântica*. Petrópolis: Vozes, 1986. ISBN: 85-326-1659-3.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Declaração de direitos do homem e do cidadão. *Biblioteca virtual de direitos humanos*. www.direitoshumanos.usp.br/counter.Doc_Histo/texto/Direitos_homem_didad.html. Acesso em 8 de maio de 2008.

VERNENGO, Roberto J. *Dos ensayos sobre problemas de fundamentación de los derechos humanos*. UBA, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, Cuaderno de Investigaciones, n. 13. [s.l.], [s.d].

VERNENGO, Roberto J. Los derechos humanos como razones morales justificatorias. *Doxa*, n. 7, 1990. p. 275-299.

VIANNA, Luiz Werneck *et alli*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1989. ISBN: 85-7106-177-7.

VILHENA, Oscar Vieira (Org.). *Direitos Humanos: normativa internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2001. ISBN: 85-86300-78-0.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Martins Fontes, 2005. ISBN: 85-336-2238-4.

VYGOTSKY, Lev. *Pensamento y lenguaje: cognición y desarrollo humano*. Barcelona: Paidós, 1995. ISBN: 84-493-0165-3.

WAGNER, Helmut R. A abordagem fenomenológica da sociologia. *In*: SCHUTZ, Alfred. *Fenomenologia e relações sociais*. Rio de Janeiro: Zahar, 1979. p. 3-50.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2 versão. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1984.

WEBER, Max. Burocracia. *In*: _____. *Ensaio de Sociologia*. Tradução de Waltensir Dutra. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982. ISBN: 85-216-1321-0. p. 138-176.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. v. 1. ISBN: 85-230-0314-2.

WEBER, Max. *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*. Tradução de M. Irene Q. F. Szmrecsányi e Tamás J. M. K. Szmrecsányi. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2001. ISBN: 85-221-0094-2.

WEBER, Max. *Metodologia das ciências sociais: Parte 2*. Tradução de Augustin Wernet. 3. ed. São Paulo: Cortez; Campinas: Editora da Universidade Federal de Campinas, 2001. ISBN: 85-249-0471-2.

WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. Tradução do alemão para o espanhol por Juan Bustos Ramirez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica Chile, 1993. ISBN: 956-10-0574-2.

WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Tradução de Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2004. ISBN: 85-8940025-5.

WESSELS, Johannes. *Direito Penal: parte geral – Aspectos fundamentais*. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1976.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus*. In: _____. *Tratado lógico-filosófico e investigações filosóficas*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. ISBN: 972-31-0383-4. p. 1-158.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. In: _____. *Tratado lógico-filosófico e investigações filosóficas*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. ISBN: 972-31-0383-4. p. 161-611.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1994.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. ISBN: 85-203-1263-2.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. 2. ed. São Paulo: Acadêmica, 1995.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alli*. *Elementos orientadores e teoria negativa da pena: o direito penal como provedor de segurança jurídica*. _____. *Direito penal brasileiro – I*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. ISBN: 85-7106-274-9. p. 108-112.