

A ATIVIDADE INTERPRETATIVA NO DIREITO PENAL: UMA NECESSIDADE DO CONSTANTE EXERCÍCIO DA CRÍTICA RACIONAL

Larissa Leite*

Rodrigo Sánchez Rios*

RESUMO

Inicialmente concebido como estudo da hermenêutica jurídico-penal, este trabalho acabou por resultar em reflexão que induz à necessidade de fomento e manutenção do exercício da crítica acerca da atividade jurisdicional, no âmbito penal. Esta conclusão decorre da constatação de que, a partir da viragem lingüística da filosofia, a palavra e o texto deixaram de ser compreendidos como portadores ou continentes de um significado único e verdadeiro, para ocuparem a posição de legítimo instrumento da produção do conhecimento. Conjugada com o reconhecimento de que os antigos métodos de interpretação jurídica não têm capacidade para desvendar “o sentido original” da lei, aquela compreensão suscitou novas propostas de hermenêutica, dentre as quais cabe citar os trabalhos de Hassemer, Gadamer e Peter Haberle, além das escolas realista e estrutural-funcionalista. Embora contenham inúmeras distinções, estas propostas reconhecem a interpretação como um processo criativo, realizado pelo aplicador do Direito – que, assim, exerce papel central na relação interpretativa. Ecoando sobre este ponto, as diferentes propostas da moderna hermenêutica jurídica concluem que uma adequada aplicação do Direito e do Processo Penal depende de processos adequados de seleção e avaliação dos magistrados. Para isso, apontam a imprescindibilidade de aproximação do corpo social ao poder judiciário, como forma de promover o controle e a transparência da interpretação judicial. Partindo desta constatação, o presente trabalho volta-se para a realidade brasileira e, referindo a constante presença de temas penais nos meios de comunicação, reflete-se esta característica nacional, com suas peculiaridades, se associa à proposta da hermenêutica moderna ou representa, na verdade, um prejuízo. Finalmente, como conclusão deste estudo, faz-

· Larissa Leite é advogada criminalista e professora de Direito Penal no curso de graduação da PUCPR. Graduada pela Faculdade de Direito de Curitiba em 2000, é especialista em Direito Processual Penal e em Direito Penal e Criminologia, e cursa Mestrado em Direito Econômico e Socioambiental na PUCPR.

* Rodrigo Sanchez Rios é advogado criminalista e professor de Direito Penal nos cursos de graduação, mestrado e doutorado da PUCPR. Graduado pela Universidade Federal do Paraná em 1987, é especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade Castilla La Mancha (Espanha) e Doutor em Direito Penal e Criminologia, pela Universidade La Sapienza (Itália).

se remissão ao enfraquecimento da cultura acadêmica, quanto à utilização de decisões judiciais como base para críticas e comentários jurídicos, em vista da avaliação qualificada dos processos de interpretação.

PALAVRAS CHAVES

HERMENÊUTICA JURÍDICA; DIREITO E PROCESSO PENAL.

RIASSUNTO

Concepito inizialmente come studio dell'ermeneutica giuridico penale, questo lavoro divenne una riflessione che porta alla necessita di sviluppare e mantenere l'esercizio della critica sull'attività giuridica nell'ambito penale. Questa conclusione nasce dalla constatazione che a partire dalla svolta linguistica della filosofia, la parola e il testo hanno lasciato di essere intesi come portatori o contenitori de un significato unico e vero per occupare la posizione di legittimo strumento di produzione della conoscenza. Insieme con il riconoscimento che gli antichi metodi di interpretazione giuridica non hanno la capacità di rivelare "il senso originale" della legge, quella comprensione ha fatto sorgere nuove proposte di ermeneutica fra le quali si possono citare i lavori di Hassemer, Gadamaer e Peter Haberle, oltre allá scuola realista e quella strutturale funzionalista. Nonostante contengano innumerevoli distinzioni, queste proposte accettano l'interpretazione come un processo creativo realizzato da chi applica il Diritto – che, in questo modo, esercita un ruolo centrale nella relazione interpretativa. Facendo eco su questo punto, le differenti proposte della moderna ermeneutica giuridica concludono che una adeguata applicazione del Diritto e Del Processo Penale dipende da adeguati processi di selezione e valutazione dei magistrati. In questa direzione puntano l'imprescindibilità dell'avvicinamento della società con il potere giudiziario, come forma di promuovere il controllo e la trasparenza dell'interpretazione giuridica. Partendo da questa constatazione, il presente lavoro si volge allá situazione brasiliana e, considerando la costante presenza di temi penali nei mezzi di comunicazione, fa una riflessione a rispetto di questa caratteristica nazionale con le sue peculiarità se è di aiuto alla proposta della moderna ermeneutica o se, in realtà, non la intralcia. Infine, a conclusione di questo studio si fa riferimento all'indebolimento della cultura academina, quanto all'uso di decisione di giudici come base a critiche e commenti giuridici, considerando la valutazione qualificata dei processi di interpretazione.

PAROLE CHIAVI

ERMENEUTICA GIURIDICA; DIRITTO E PROCESSO PENALE

INTRODUÇÃO

Sendo umas das áreas do Direito mais próximas aos apelos populares desde a antiguidade, o Direito e o Processo Penal modernamente parecem viver tempos de impassíveis conflitos internos. Qualificadas manifestações teóricas têm sustentado *verdades* diametralmente opostas, como o que se verifica em binômios como garantismo *versus* direito penal do inimigo; abolicionismo *versus* defesa social; ou minimalismo *versus* extensão do direito penal.

Estas tensões, por sua vez, têm se manifestado intensamente na aplicação concreta do Direito e do Processo Penal, embora em diversas ocasiões de forma oculta ou implícita. Supressões de garantias processuais em vista da avocada *periculosidade*¹ do investigado, por exemplo, encontram respaldo nos preceitos do direito penal do inimigo, de Jakobs, a despeito da pouca discussão nacional que se tem sobre o assunto.

De qualquer forma, a gravidade dos conflitos internos do Direito e do Processo Penal está a indicar que o contexto atual representa um incremento à eterna necessidade de debate e aprofundamento sobre a hermenêutica jurídica.

Além disso, o reconhecimento de que as ciências penais têm sofrido enorme assédio social² conduz à proposta de uma análise conjunta da interpretação penal com a atuação da opinião pública – conforme o que tem sido enunciado por diversas escolas sobre a hermenêutica.

1 DESENVOLVIMENTO

A primeira e mais enraizada proposta de interpretação presente no Direito remete-se à figura mitológica grega de Hermes – o único dos deuses compreendido pelos humanos e, assim, o tradutor das mensagens do Olimpo.

De fato, um *passar de olhos* por diversas obras de introdução ao estudo do Direito, de interpretação e hermenêutica já é capaz de demonstrar que, apesar do avanço das teses antimetafísicas, a dogmática jurídica ainda vigora como uma “compulsiva

¹ Conceito decorrente da criminologia etiológica individual, de Lombroso, Ferri e Garófalo.

² Este assédio decorre de uma *nomeação* popular do Direito e do Processo Penal como instrumentos capazes de responder às expectativas e angústias decorrentes das características da sociedade pós-moderna – definida como sociedade do risco por Ulrich Beck, Antony Gidens e Niklas Luhmann.

lógica da aparência de sentidos que opera como uma espécie de garantia de obtenção, em forma retroativa, de um significado que já estava na lei desde a sua promulgação”.³

Neste sentido, o *modus* interpretativo que ainda parece ocupar o raciocínio jurídico parte da crença na existência de um sujeito cognoscente, que estabeleceria – de forma objetificante – condições de interpretação e aplicação do sentido ontológico da norma.

O intérprete, assim, possuiria função similar à de Hermes, ao ser concebido como o sujeito que estaria diante de um mundo objetificável, descritível e, desta forma, cognoscível através da correta compreensão da linguagem (tida como um terceiro elemento na relação).

Deste modo, a hermenêutica jurídica tem sido tradicionalmente entendida como o método ou o caminho que permite o conhecimento da *ratio essendi* da norma, a correta *mens legis* ou a fiel *mens legislatoris* – escondidas pelo próprio texto legal.

A identidade deste raciocínio com o dualismo metafísico grego é total: aparência e essência, *numenon* e *fenomenon*, mundo dos fatos e mundo das idéias, *nomos* e *physis* são binômios que obedecem à mesma lógica da relação entre o texto legal e de seu *verdadeiro sentido*.

Também a tradição medieval parece ter contribuído para a consolidação do pensamento essencialista, ao transportar as dicotomias gregas para a lógica cristã, fundada na oposição entre o céu e o inferno e o bem e o mal.

De qualquer modo, o que se constata é que estas premissas atravessaram séculos e acabaram por influenciar todas as áreas do conhecimento, sendo expressiva a definição de Hegel, ao definir o Estado como o *espírito* do povo.

Como consequência desta trajetória, a linguagem foi relegada ao papel de “uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto”⁴, porquanto estaria a esconder o sentido ou a essência da verdade da norma. Diante disso, cumpriria à hermenêutica ultrapassar as barreiras da fala, para desvendar a intenção do legislador.

Veja-se, por exemplo, como o tema da interpretação jurídica é tratado em obra sobre Introdução ao Estudo do Direito, bastante recorrente nas bibliografias e bibliotecas dos atuais cursos de Direito.

³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito**, p. 96.

⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito**, p. 137.

No texto Introdução ao estudo do Direito – técnica, decisão, dominação, Tércio Sampaio Ferra Júnior faz longa (e até interessante) exposição sobre as características da fala, dos signos e códigos lingüísticos, demonstrando que a comunicação de qualquer idéia está sempre cercada de dificuldades de compreensão. Segundo o que assevera, significar é apontar para algo ou estar em lugar de algo, de maneira que o signo aponta para algo fora de si mesmo. Os signos, relacionados numa estrutura e, assim, utilizados pelo homem, integram e formam a língua, que, exercitada em comunidade, constitui a fala. Esta, por sua vez, envolve um emissor e um receptor que deve ter a capacidade de compreender a mensagem emitida.

Ocorre que as palavras não são unívocas e, em conseqüência, a fala há que ser entendida como um processo que envolve mensagens complexas. Neste processo, várias possibilidades de compreensão apresentam-se e, dentre elas, o receptor opta por aquela que lhe parece mais coerente, de acordo com o rol de signos sob o seu domínio. Segundo Tércio Sampaio, então, esta seletividade feita por ambos os pólos da comunicação seria chamada de interpretação, de maneira que o ato de interpretar consistiria na seleção de possibilidades comunicativas existentes dentro de uma complexidade discursiva.

No entanto, ao se considerar toda interpretação como duplamente contingente (porquanto possibilita a não coincidência entre a seletividade do emissor e a do receptor) torna-se preciso que, ao menos, essa contingência fosse controlada através de códigos, a fim de que a comunicação pudesse se concretizar com sucesso. Mesmo porque, a escolha de significado feita pelo receptor da mensagem pode perfeitamente não encontrar correspondência com a seletividade do emissor.

O que o autor referido observa, entretanto, é que também os códigos são discursos ou símbolos que necessitam ser interpretados – o que, sem dúvida, torna a fala processo ainda mais complexo e repleto de possibilidades significantes.

Portanto, a língua realmente apresenta-se como um problema a ser superado para que a interpretação possa revelar o conteúdo da norma, uma vez que: (a) os símbolos não têm significados quando isolados; (b) esta significação provém do uso dos símbolos; (c) a língua admite vários usos para um mesmo símbolo (da mesma forma com que um só sentido pode ser expresso por mais de um símbolo); (d) a maioria dos símbolos da língua natural é semanticamente vaga; (e) um símbolo é vago quando seu

possível campo de referência é indefinido (de maneira que é necessário delimitar o campo dos objetos que o símbolo denota - definição denotativa); (f) um símbolo é também ambíguo quando manifesta qualidades diversas, porque abre um campo de referência com diferente intenção (definição conotativa); (g) as conexões sintáticas e semânticas também podem trazer dificuldades para a fala – razão pela qual uma correta combinação entre os símbolos mostra-se como fundamental; e (h) no contexto programático, os símbolos contêm uma carga emocional que pode produzir alterações na significação, ao mostrar a diferença na função do símbolo.

A partir destas ponderações, Tércio Sampaio conclui que toda comunicação pressupõe uma atividade interpretativa, na qual é necessário decodificar os símbolos no seu uso, o que importa, conseqüentemente, em conhecer as regras de controle da conotação e da denotação (regras semânticas), de controle das combinatórias (regras sintáticas) e de controle das funções (regras pragmáticas).

A referência ilustrativa à obra de Introdução ao Estudo do Direito de Tércio Sampaio, na verdade, destina-se a demonstrar, como, de fato, a linguagem foi e tem sido apresentada como um anteparo ou uma barreira para o reconhecimento do verdadeiro sentido ou da verdadeira mensagem que o seu emissor pretendia comunicar.

No âmbito da interpretação jurídica, este paradigma de raciocínio produziu e ainda produz fortíssima influência, especialmente nos sistemas que, como o brasileiro, são baseados na codificação de leis. Em tais sistemas, através da regulamentação prévia e explícita das relações sociais, a presença da lei escrita cristaliza a teoria jurídica e reflete ou pretende refletir segurança jurídica às relações.

Aliás, nos termos do que enuncia a portuguesa Cristina Queiroz (em tese dedicada aos problemas da interpretação constitucional), a codificação das leis é a expressão máxima de uma ideologia que prega e acredita que as leis podem ser claras, simples e perfeitas na comunicação de seu único e originário sentido.

No âmbito do Direito Penal, esta vinculação entre a norma e a fala (ou entre o Direito e a linguagem) é verificada de maneira bastante enfática, podendo ser apontado como o ramo do Direito em que este fenômeno se manifesta com mais força. Observe-se, por exemplo, a profundidade dada ao Princípio da Legalidade Penal. Decorrendo do brocado latino *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, estabelecem-se as exigências de *lex certa, lex praevia, lex scripta e lex stripta*, de modo que só haverá o respeito àquele

princípio, se o texto da lei penal (necessariamente escrita) definir, previamente, com bastante nitidez os limites da conduta incriminada, que, assim, não pode ser deduzida de raciocínios analógicos.

Portanto, no contexto delineado pela escola tradicional de interpretação, ao magistrado é atribuído papel de mero aplicador da vontade da lei, ou da determinação que, desde sempre, esteve presente no bojo do texto legal. O juiz é, assim, um agente apolítico, sem poder ou vontade.⁵ Cumpre-lhe aplicar a lei e, no caso de dúvida ou espaços vazios de compreensão direta, utilizar-se de *métodos interpretativos* igualmente indicados nos clássicos manuais de Direito: interpretação literal (ou gramatical); interpretação sistêmica; interpretação histórica; interpretação teleológica e (mais recentemente) interpretação constitucional.

Ocorre que, não raras vezes, a eleição de um desses *métodos* em detrimento de outro produz resultados interpretativos diversos, restando a dúvida sobre qual seria o critério adequado para a escolha do método de interpretação cabível na espécie. Como a esta dúvida não há resposta dentro da metodologia hermenêutica, o que se conclui é que “as regras de interpretação serviriam à justificação, mas não à descoberta do Direito; seriam modos de falar, instrumentos para a exposição, mas não para a produção do resultado da decisão”.⁶

A análise de três situações de conflito, extraídas da experiência profissional, permite a ilustração desta realidade.

Primeira situação: no curso de inquérito civil pelo qual se apurava a prática de fraude em procedimento licitatório, o Ministério Público expede ofício a uma instituição bancária, requisitando informações sobre o depósito do cheque da entidade contratante na conta de funcionário de empresa que, embora tenha participado do certame, não se sagrou vencedora. A instituição fornece as informações e cópia do cheque, confirmando o depósito aparentemente irregular. Estes dados subsidiam a instauração de ação penal e ocasionam a condenação dos denunciados.

Em grau de recurso, a defesa aduz a violação ao art. 5.º, LVI, da Constituição (vedação das provas obtidas por meios ilícitos), uma vez que o fundamento concreto

⁵ “Nas palavras de John Rawal: uma interpretação ‘razoável’ mostra-se suficiente se se propõe demonstrar aquilo que já se encontrava implícito no direito pela sua articulação com uma ‘concepção pública de justiça’ ou com uma das variantes reconhecidas desta” (QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial. Sobre a epistemologia da Construção Constitucional**, p.115).

⁶ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal – Fundamentos, Estrutura, Política**, p. 56.

para a condenação fora obtido mediante quebra de sigilo bancário não submetida previamente ao Poder Judiciário (e, portanto, em contradição ao art. 5.º, incisos X e XXXV, da Constituição).

O órgão julgador do apelo, entretanto, considera não ter havido qualquer violação, uma vez que a remessa daqueles documentos ao Ministério Público não constituiria qualquer quebra do sigilo relativo a transações bancárias.

Considerados os *métodos de interpretação* apontados pela doutrina tradicional, poder-se-ia dizer que, nesta situação, o entendimento manifestado pelo Tribunal refletiria o método teleológico, pois somente a tentativa de buscar a intenção originária do legislador permitiria a realizada diferenciação entre espécies de dados e documentos bancários com relação aos quais caberia aplicar tratamentos distintos acerca de sua proteção pelo sigilo constitucional. De outro lado, a sustentação da defesa estaria respaldada pelo método gramatical ou literal, na medida em que evoca diretamente a proibição legal de utilização de dados e documentos bancários à revelia de autorização judicial ou de seu titular.

Segunda situação: Concluídas as investigações policiais, o Ministério Público oferece denúncia que, sendo recebida, dá causa à instauração de ação penal contra o indiciado. Já no aguardo de audiência destinada à oitiva das testemunhas arroladas pelo réu (e, portanto, após o interrogatório e a apresentação de defesa prévia), o representante *parquet* requer – e tem deferida - a juntada de termos de declaração colhidos pela autoridade policial. Tais depoimentos foram realizados por autoridade policial, em cumprimento de requisição ministerial endereçada à Delegacia após a instauração da própria ação penal (embora vinculada somente a ela).

Pois bem: utilizadas as informações contidas naqueles termos de declaração como fundamento para a pronúncia do denunciado, a defesa recorre, aduzindo violação aos princípios do devido processo legal e da igualdade (em sua face de paridade de armas entre as partes processuais).

O órgão colegiado, porém, considera que não haveria ilegalidade na situação exposta, posto que às partes é autorizada a juntada de documentos em qualquer fase do processo (nos termos do art. 400, do Código de Processo Penal), não havendo que se falar em ofensa ao devido processo legal.

Nesta situação, seria do Tribunal a interpretação gramatical, posto que, para a solucionar a controvérsia, utilizou-se de simples e direta aplicação de uma norma processual (CPP, art. 400). Com resultado interpretativo bastante diverso, a análise da defesa sustenta-se em bases constitucionais confrontadas às regras processuais, observando-se que os *documentos* apresentados pelo *Parquet*, na verdade, não corresponderiam a simples formalizações documentais (que induziriam à aplicação do art. 400, do Código de Processo Penal), mas teriam sido colhidos à revelia do curso processual estabelecido em lei e através de mecanismos aos quais a defesa não teria acesso no curso da Ação Penal. Assim, a interpretação feita pela defesa corresponderia ao método sistemático.

Terceira situação: no curso de ação penal, é decretada a quebra do sigilo dos dados telefônicos dos réus, a pedido do Ministério Público. Não é realizada a intimação da defesa quanto aos resultados das diligências e, apesar disso, o representante do *parquet* utiliza-se das informações assim obtidas para formular reperguntas durante audiência destinada à oitiva de testemunhas. Contra o deferimento de tais questionamentos, a defesa se insurge, arguindo a ocorrência de cerceamento de defesa, uma vez que não lhe foi dado conhecimento daqueles dados.

Rechaçando esta consideração, o magistrado mantém as reperguntas ministeriais, aduzindo que, por se tratarem de informações pessoais dos próprios acusados, estes teriam conhecimento sobre o seu conteúdo, não havendo que se falar em violação a princípios constitucionais.

Embora pareça curioso, o conflito de conclusões verificado nesta terceira situação poderia ser atribuído à aplicação de um único método interpretativo pela defesa e pelo magistrado. Com efeito, ao sustentar que o Contraditório depende que as informações processuais sejam dadas ao conhecimento das partes nos próprios autos, a defesa estaria partindo da compreensão de que o legislador pretendia assegurar que as partes conhecessem que estas ou aquelas informações integrariam ao caderno processual. De outro lado, concluindo que bastaria que as partes conhecessem o conteúdo de tais informações, o magistrado estaria baseado na conclusão de que o que o legislador intencionou (ao enunciar o princípio do contraditório), foi, na verdade, garantir que as partes conhecessem os dados que poderiam interessar ao processo.

Assim, embora diversas, as duas conclusões apresentadas nesta terceira situação estão fortemente estabelecidas sobre o método teleológico de interpretação.

Tal como ocorrido nestas situações ilustrativas, outros temas recorrentes nos debates jurisprudenciais (como a possibilidade de decretação de segredo de investigações em face do investigado ou a necessidade de fundamentação do despacho de recebimento da denúncia) permitem a demonstração da falibilidade e incongruência dos chamados métodos de interpretação.

Esta constatação é forte indicativo de que a ideologia essencialista que instrui a escola clássica da interpretação jurídica não se sustenta como postura razoável e racional na busca da compreensão jurídica.

O século XX, no entanto, revela a tentativa de identificação da concretude da idéia, ou seja, da realidade ontológica escondida pela palavra. Sob *slogans* como *tudo é uma construção social e toda apreensão é uma questão de lingüística*, vários movimentos, como o existencialismo e o desconstrutivismo, participaram e acabaram por contribuir para a realização do fenômeno que se convencionou chamar de *viragem lingüística da filosofia*.

A partir desta *viragem*, os objetivos, os fenômenos e as palavras deixam de ter uma realidade essencial, na medida em que tudo passa a ser compreendido como uma construção fenomênica.

Melhor explicando: toda produção de conhecimento ocorre a partir da relação sujeito-objeto. Essa produção caracteriza a construção fenomênica da realidade daquele objeto, na medida em que consiste no enunciado formulado pelo sujeito a partir dos elementos que aprendera durante o contato com o objeto; e este enunciado não corresponde à imagem existente na memória do sujeito (em razão das dificuldades impostas pela linguagem), da mesma forma que a imagem formada pelo sujeito, em sua esfera de representação não é fiel e nem esgota a realidade do objeto. Assim, tanto o universo objetivo como o subjetivo mostram-se incessíveis a terceiros – e, em consequência, o conhecimento produzido a partir da relação sujeito-objeto passa a ser reconhecido como o único campo possível de diálogo e de constatações. Daí a dizer-se que é na verificação de que o conhecimento não é descoberto mas construído através da linguagem que se encontra a *viragem lingüística da filosofia*.

Emerge deste processo a idéia de um conhecimento mediado lingüisticamente e referido à ação, ou seja, de um processo que depende da linguagem e da relação histórica entre o sujeito e o objeto para se concretizar.

Esta constatação é das mais importantes, porque permite que o homem e a hermenêutica jurídica libertem-se das ontologias e passam compreender o mundo, as relações e as próprias leis dentro do universo de possibilidades humanas e lingüísticas.⁷

Decorre daí a impossibilidade de a linguagem ser entendida como um obstáculo a ser superado no processo de interpretação.

A partir desta nova forma de vislumbrar o conhecimento e das formas de conhecer, Heidegger, um dos maiores expoentes da nova proposta hermenêutica, afasta-se dos critérios normativos, para levá-la ao ambiente filosófico e anotar que o fundamento de todo processo de interpretação é a compreensão. Ao lado dela, aliás, outros dois conceitos seriam fundamentais: a linguagem e o *Dasein*.

Na doutrina de Heidegger, o *Dasein* consistiria na qualificação do homem como *ser-no-mundo* e, assim, como detentor de um conjunto de significados (convenções sociais e tradições) que se traduziriam na linguagem. A partir desta rede de informações em contínua alteração, o *Dasein* seria capaz de compreender e, portanto, de questionar o que se lhe apresenta. Por isso, tem-se que a falta ou escassez de significados no universo de representação do *Dasein* conduziria à impossibilidade ou à dificuldade no processo de compreensão.

De qualquer modo, seria a partir da própria compreensão que o processo de interpretação se realizaria, na medida em que os conceitos compreendidos dariam lugar a outros, mais adequados ao *Dasein* segundo a sua confrontação com a realidade, com a experiência e com outros significados apreendidos no curso de sua existência.

Como conseqüência, tem-se que, partindo dos pressupostos da linguagem e da compreensão, a interpretação guardará – sempre e necessariamente – uma íntima relação com a história e com a sucessão dos fatos, não se esgotando em um saber-se pronto e acabado. Sob este prisma, a função da hermenêutica passa a ser a de desvendar as condições de validade e verdade do discurso, o que se realizaria na análise de suas três esferas: a sintática, a semântica e a pragmática.

⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito**, p. 152-3.

As bases assim lançadas por Heidegger foram adotadas por Gadamer, que as projetou no Direito, de maneira a romper com qualquer possibilidade de procedência do saber reprodutivo na esfera da hermenêutica jurídica.

Reconhecendo na linguagem a única porta de acesso ao mundo, Gadamer aponta uma das características essenciais do homem enquanto *ser-no-mundo* – afastando a repetida ideologia de que ela (a linguagem) seria uma barreira para a compreensão dos fatos, das falas e das normas. Ao contrário, segundo conclui, é pela linguagem que a compreensão e, em seguida, a interpretação, se tornam possíveis.

No contexto da hermenêutica crítica, aliás, a distinção entre compreensão e interpretação mostra-se bastante relevante, na medida em que a primeira, embora constitua um primeiro projeto interpretativo, não se confunde com a própria interpretação. Ao ter o primeiro contato com a norma, por exemplo, o jurista a compreende a partir do universo de significações que integram a sua história e decorrem da tradição social. A interpretação, entretanto, somente ocorreria com a substituição progressiva destes significados por mais adequados, os quais são apontados pelo jurista em um esforço subjetivo de compreender o texto de maneira desvinculada de seu hábito lingüístico.

Este esforço é feito, inicialmente a partir da consciência da tradição que determina a compreensão e da sua explicação. Além disso, depende da confrontação deste primeiro projeto interpretativo com outros horizontes, outras possibilidades e, obviamente, com as características da situação concreta que motiva a interpretação. Dentre estes novos horizontes que devem estimular a interpretação criativa de Gadamer, a Constituição é apontada como elemento essencial.

Para este autor, então, a interpretação “não é a aquisição de informações, é, sim, a determinação das possibilidades projetadas na compreensão”.⁸

Com inspirações semelhantes às de Gadamer, outras propostas teóricas se formaram em vista da superação do paradigma essencialista da interpretação.

Neste caminho, o realismo jurídico, em síntese, considera que a verdadeira criação da norma não decorre da atuação legislativa, mas se realiza no ato do magistrado que a aplica ao caso concreto. O Direito, portanto, não se apresenta como algo que deve ser descoberto, mas que é construído diariamente. Assim, magistrado

⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito**, p. 242.

teria a função de apresentar fundamentadamente as razões de suas decisões, de forma discursiva e não autoritária, sempre buscando a legitimidade do Estado Constitucional.⁹

As escolas envolvidas com esta proposta foram, sem dúvida, uma reação ao formalismo que imperava no século XIX e que “contrastava fortemente com a rápida evolução econômica e social”.¹⁰ Por certo, uma sociedade em que as inovações e o crescimento de demandas jurídicas desenvolve-se em velocidade cada vez maior revela, com maior ênfase, o anacronismo entre a realidade fática e a realidade jurídico-formal. Daí a apresentação de uma nova proposta de interpretação baseada essencialmente na aplicação da norma às situações concretas.

Apesar disso, as propostas da escola realista suscitam uma dúvida bastante relevante para a sua validade: se o Direito somente se constrói quando da sua aplicação no caso concreto e se o magistrado não estaria vinculado ao texto legal, quais seriam as fontes que estariam a instruir a decisão judicial? Em resposta, os teóricos afirmam que a segurança do sistema adviria da escolha de juízes com sólida formação humanística e técnica além de serem, obviamente, desafetos à corrupção.

Conclusão similar é apresentada por outra linha de desenvolvimento da hermenêutica moderna: a escola estrutural-funcionalista, que parte dos conceitos de autoridade e expectativa social da comunidade como critérios autorizadores da escolha dos resultados interpretativos:

“(...) não apenas o ‘texto’, mas também a ‘autoridade’, a ‘tradição’, o consenso, os ‘valores’ ou a ‘razão’ se apresentam como fonte de normas sub constitucionais. Os princípios da interpretação devem ajudar, mas parece evidente que não existem nenhuma forma milagrosa, nem matemática que possa reduzir a escolha ou seleção a uma projeção de outrem. Em último termo, o intérprete deve por si mesmo ‘responsavelmente’, ‘proceder a uma escolha criativa, encontrando-se preparado para relacionar a sua decisão com o conjunto de valores e fins da comunidade que representa”.¹¹

Segundo a proposta estrutural-funcionalista, assim, no processo de interpretação, o juiz figuraria como mediador entre as expectativas sociais e a tradição dogmática,

⁹ Neste sentido, para Oliver Endell Holmes, o discurso jurídico não se constrói sobre a lógica, mas sobre uma equilibrada ponderação entre os interesses sociais em jogo.

¹⁰ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial. Sobre a epistemologia da Construção Constitucional**, p. 139-40.

¹¹ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial. Sobre a epistemologia da Construção Constitucional**, p. 148.

usando, nesta tarefa, os princípios jurídicos mais básicos que provenham da comunidade.

Seja, entretanto, nesta última proposta; seja no enunciado pela escola realista; seja (até mesmo) na reflexão feita pela hermenêutica crítica de Gadamer, o que se constata é que, por mais uma vez, o aplicador do Direito é referido como personagem central do processo de interpretação, em razão do que são diversas as referências (destas escolas) quanto aos processos de formação e seleção dos magistrados, assim como em relação ao controle público da atividade judicial.

Esta participação dos sujeitos sociais nos processos de interpretação, ainda, é tomada como centro do pensamento de Peter Habermas – que considera a interpretação como um processo aberto, do qual participariam todos aqueles que vivem os efeitos da norma jurídica. Segundo ele:

“A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade, na medida em que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia das da subsunção. A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes, em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas do *law in public action* (personalização, pluralização da interpretação constitucional)”.¹²

Diante destas considerações de Habermas, pareceria que uma cisão importante estaria a afastar a compreensão das *novas* propostas afetas ao tema¹³, na

¹² HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição**, p. 30.

¹³ As formulações teóricas sobre interpretação são referidas por Inocêncio Mártires Coelho como métodos de interpretação constitucional. Adequadamente ou não definidas desta maneira, tais formulações são sintetizadas pelo autor com as seguintes palavras: “a) método *jurídico*: a Constituição é uma lei e, como tal, pode e deve ser interpretada segundo as regras tradicionais da hermenêutica, articulando-se, para revelar-lhe o sentido, os elementos filológico, lógico, histórico, teleológico e genético;

b) método *tópico problemático*: o caráter *prático* da interpretação constitucional, assim como a estrutura normativo-material *Alberta*, *fragmentária* ou *indeterminada* da Constituição, impõe-se de preferência à discussão dos problemas, ao invés de privilegiar o sistema, o que, afinar, transformaria a interpretação constitucional num processo aberto de argumentação;

c) método *hermenêutico-concretizador*: a leitura de um texto constitucional, assim como a de qualquer outro texto normativo, inicia-se pela *pré-compreensão* do seu sentido através do intérprete, a quem compete *concretizar* a norma a partir de uma situação histórica igualmente concreta; a interpretação, que assim se obtém, realçará os aspectos subjetivos e objetivos da atividade hermenêutica – a atuação criadora do intérprete e as circunstâncias em que se desenvolve essa atividade –, relacionando *texto e contexto* e transformando o ato interpretativo ‘em movimento de ir e vir’, o chamado *círculo hermenêutico*;

d) método *científico espiritual*: a interpretação constitucional deve levar em conta a ordem ou sistema de valores subjacente à Constituição, assim como o sentido e a realidade que este possui como elemento do processo de integração comunitária;

medida em que não haveria consenso sobre a titularidade da interpretação. No entanto, uma via de reflexão - talvez pretensiosa – permite concluir modo diverso, apontando, na verdade, para uma convergência de idéias.

Com efeito, ao reconhecer que a interpretação é um processo criativo -que decorre da confrontação entre a tradição do jurista, a realidade em que será aplicada a norma, e novos horizontes (representados, dentre outros, pelo próprio texto constitucional) -, a hermenêutica crítica (de Gadamer) integra a figura do aplicador do direito no círculo central deste processo.

Declaradamente, o mesmo é feito pelas escolas realista e estrutural-funcionalista, em virtude do que muito se dá destaque à necessidade de dedicação especial à seleção e formação dos magistrados, assim como à participação comunitária no acompanhamento crítico dos atos judiciais.

Assim, se em Peter Haberle, esta participação comunitária é inserida diretamente no centro dos atos interpretativos, ela não é negada pelas demais escolas, que, em conjunto, apontam para uma necessidade significativamente emergente: a de aproximar o corpo social do Poder Judiciário, como mecanismo de satisfação comunitária e, principalmente, como forma de promover e assegurar o controle e a transparência da interpretação judicial.

Sintonizado com esta necessidade, Alessandro Baratta já arrolava a atenção e a formação “da opinião pública e dos processos ideológicos e psicológicos que nesta se desenvolvem”¹⁴ como uma das estratégias destinadas a evitar que os processos de estigmatização penal (levados a efeito pelo interacionismo simbólico) continuem a legitimar uma política criminal equivocada.

Diferente não é o pensamento de Hassemer, que, aliás, vincula o debate da hermenêutica à esfera penal, dando bastante ênfase ao fato de que os instrumentos penais “são tão perigosos que em uma sociedade civilizada deve cercá-los de diversos cuidados e desenvolvê-los para que não caiam em mãos erradas, mas sim, sejam

e) método *normativo-estruturante*: na tarefa de concretização da norma constitucional, o intérprete-aplicador deve considerar tanto os elementos resultantes da interpretação do *programa* normativo, quanto os decorrentes da investigação do *domínio* normativo, a que correspondem, na doutrina tradicional, respectivamente, a norma propriamente dita e a situação normada, o texto e a realidade social que mesmo intenta conformar” (COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**, p. 89-90).

¹⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito penal – introdução à sociologia do Direito penal**, p. 20.

empregados de forma precavida, equilibrada e proporcional”.¹⁵ Por esta razão, o mesmo autor reafirma a orientação dada pelas escolas hermenêuticas antes referidas e aponta o acompanhamento (popular, crítico e racional) das decisões judiciais como importante mecanismo de contribuição para o sucesso dos processos interpretativos. Em suas palavras:

“Um remédio eficaz contra uma justiça que viola o direito consiste na sua observação crítica por uma opinião pública, vigilante, interessada e informada. Por força da constituição, a justiça tem que realizar a mais importante parcela do seu trabalho publicamente. Do ponto de vista da polícia do Direito, esse princípio só se mostra útil quando a opinião pública não perde a justiça de vista”.¹⁶

Como se vê, as novas propostas hermenêuticas estabelecem suas bases em campos bastante distantes daqueles em que se forjou a técnica (simplista) de compreensão lingüística. Assentam-se na moderna filosofia e, ao mesmo tempo, em antigos preceitos da democracia, como ocorre com participação popular.

Vinculando estes conceitos à sensibilidade lingüística e ao apelo social que hoje, mais do que nunca, incidem sobre o direito penal, torna-se pertinente admitir a efetiva necessidade de se estabelecer um constante exercício da crítica popular.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As breves considerações feitas neste estudo, certamente *sobrevoam* de forma bastante superficial algumas questões afetas à hermenêutica jurídico-penal. Ainda assim, é possível concordar com o apontamento feito no título, acerca de uma demanda de participação social nos processos interpretativos, especialmente a partir de um acompanhamento crítico das decisões judiciais pela sociedade organizada.

Em vista disso, caberia uma breve observação quanto aos movimentos atuais ocorridos em nosso país. Muito recentemente, foi concluída a sessão de julgamento mais longa da história do Supremo Tribunal Federal, durante a qual se recebeu, parcialmente, a denúncia oferecida no Inquérito n.º 2245. Popularmente conhecida como *o caso do mensalão*, esta investigação foi, desde o início, acompanhada de perto

¹⁵ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal – Fundamentos, Estrutura, Política**, p. 52.

¹⁶ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal – Fundamentos, Estrutura, Política**, p. 67.

pelos meios de comunicação que, inclusive, vieram a transmitir, ao vivo e integralmente, a sessão de julgamento que conclui pela instauração da ação penal.

A exemplo disso, há muitos anos, os telejornais e periódicos escritos do Brasil já têm como constante a apresentação de múltiplas e diárias inserções acerca da atuação policial e judicial. Neste contexto, as questões penais mantêm-se, obviamente, em destacada evidência. E de tal forma o é, que o chamado *jornalismo investigativo* ou *comparativo* tem sido apresentado como principal viés de um repórter.

Independentemente disso, o que se observa é que a realidade brasileira tem-se mostrado, aparentemente, em sintonia com a necessidade, antes referida, de ser estabelecido e mantido um acompanhamento popular das decisões judiciais.

Seria preciso, no entanto, perguntar se a presença constante de casos jurídicos nas manchetes de jornais e capas de revistas de prestígio corresponde à tarefa idealizada pela nova hermenêutica jurídica ou se, na verdade, representa uma bem disfarçada exploração de bons temas de audiência, sob a capa da cidadania.

Seria preciso questionar, também, se o espaço público tem sido de fato visitado por questões realmente jurídicas e se, em caso positivo, o debate levado a efeito tem sido realizado de forma a prestar contribuições – e não desserviços – ao processo aberto de interpretação penal.

Finalmente, seria pertinente resgatar a cultura jurídica de debate direto sobre decisões judiciais, no seio das academias e nos espaços dedicados ao aprimoramento profissional, como boletins e revistas jurídicas de circulação nacional. Possivelmente dessa forma, situações como as ilustradas anteriormente poderiam ser analisadas sob à luz da nova hermenêutica, assim como poderiam ser reavivadas as discussões como as afetas à fundamentação para o recebimento da denúncia (na ação penal) e à possibilidade de imposição de segredo absoluto em investigações.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BACIGALUPO, Enrique. **Os princípios da Política Criminal das recentes reformas e projetos de reforma na América Latina**, in **Revista de Direito Penal v. 29:81-101** (órgão oficial de ciências penais do Rio de Janeiro). Rio de Janeiro: Forense, 1980.

- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito penal – introdução à sociologia do Direito penal**. 3.^a edição. Rio de Janeiro: Editora Reva: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Manual de Interpretação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.
- ENCARNAÇÃO, João Bosco da. **Filosofia do direito em Habermas: a hermenêutica**. Taubaté: Cabral Editora, 1997.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito – técnica, decisão, dominação**. 2.^a edição, São Paulo: Atlas, 1996.
- FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.
- HASSEMER, Winfried. **Direito Penal – Fundamentos, Estrutura, Política**. Tradução Adriana Beckman Meirelles. Organização revisão Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, PAO: Ed. Fabris, 2008.
- JAKOBS, Günter e MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas**. Porto Alegre, 2007.
- LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. **Teoria Constitucional do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MACHADO, Marta Rodrigues de Assis Machado. **Sociedade de Risco e Direito penal – Uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005 (monografias / IBCCRIM; 34)
- QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial. Sobre a epistemologia da Construção Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Discurso e o Poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a legitimação do sistema penal.** Tradução Vânia Romano Pedrosa e Almir Lopes Conceição. Rio de Janeiro: Renavan, 1991.