

HERMENÊUTICA DO DIREITO DE PUNIR UMA VISÃO CRIMINOLÓGICA: LINGUAGEM, COMPREENSÃO E DEFINIÇÃO

*HERMENEUTICS OF THE RIGHT TO PUNISH A CRIMINOLOGICAL
VISION: LANGUAGE, COMPREHENSION AND DEFINITION*

*Grégore Moreira de Moura
Procurador Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O giro hermenêutico linguístico e sua influência no direito de punir; 2 Os problemas de compreensão; 3 A questão da pré-compreensão: cultura do medo – do vadio ao traficante; 4 O poder de definição: compreensão econômica do direito de punir; 5 Teoria tridimensional do Direito: compreensão da criminologia como busca dos “valores” ocultos; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente estudo busca o fundamento e o significado do direito de punir do Estado e sua evolução hermenêutica ao longo da história, através de uma releitura da Criminologia.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de Punir. Hermenêutica. Criminologia. Linguagem.

ABSTRACT: This study has the foundation and meaning of the right to punish the state and its hermeneutic evolution throughout history, through a rereading of Criminology.

KEYWORDS: Right to Punish. Hermeneutics. Criminology. Language.

INTRODUÇÃO

A própria compreensão do Direito e das ciências afins, passa pela hermenêutica clássica e, em especial, pela hermenêutica jurídica.

O jurista deve, portanto, se imiscuir nas teorias desenvolvidas na ciência do interpretar, pois seu objeto de estudo perpassa eminentemente pela compreensão dos textos legais e, em última análise, pela compreensão do outro.

Nas Ciências Penais não é diferente, considerando as Ciências Penais em sentido amplo, para englobar não só a dogmática jurídico-penal, mas também a política criminal e a criminologia¹.

O presente estudo busca o fundamento e o significado do direito de punir do Estado e sua evolução hermenêutica ao longo da história, todavia, sob o viés aprofundado da ciência criminológica, ou seja, o que se pretende com este trabalho é desenvolver um estudo baseado no Direito pressuposto e não apenas no Direito posto², ou seja, perscrutar as raízes da hermenêutica do direito de punir do Estado e seus fundamentos, sob a ótica da Criminologia.

Para tanto, trabalha-se aqui a Criminologia como fundamento hermenêutico do Direito Penal, culminando com a necessidade de reconstrução discursiva do direito de punir do Estado, isto é, a Criminologia se transforma: de um discurso deslegitimador do Direito Penal para um discurso hermenêutico e fundamentador, na esteira de um controle social mais democrático e justo, a partir da alteração das formas de compreensão, gerando efeitos eminentemente pragmáticos.

1 “[...]... é hoje opinião dominante a de que a Criminologia, a Política Criminal e o Direito Penal são os três pilares do sistema das ciências criminais, inseparáveis e interdependentes. A Criminologia deve se incumbir de fornecer o substrato empírico do sistema, seu fundamento científico. A Política Criminal deve se incumbir de transformar a experiência criminológica em opções e estratégias concretas assumíveis pelo legislador e pelos poderes políticos. O Direito Penal deve se encarregar de converter em proposições jurídicas, gerais e obrigatórias, o saber criminológico esgrimido pela Política Criminal, com estrito respeito às garantias individuais e aos princípios jurídicos de segurança e igualdade típicos do Estado de Direito. Carece, pois de sentido indagar” o que a Criminologia deixa em pé do Direito Penal ou o que o Direito Penal deixa em pé da Criminologia”. (MOLINA, Antonio García-Plabos; GOMES, Luiz Flávio Gomes. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 164-165.). Veremos que a proposta deste ensaio é exatamente aumentar a influência da Criminologia na dogmática, através da ampliação do seu estudo e das conseqüências hermenêuticas daí advindas.

2 GRAU, Eros. *Direito posto e direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

Partindo do estudo do giro hermenêutico linguístico proposto pelo pós-positivismo às diversas formas de compreensão do direito de punir, chega-se à necessidade de alteração da própria posição da ciência criminológica no prospecto das ciências penais, já que assume posição interpretativa e não apenas causal-explicativa da conduta criminosa e de seus atores, sendo que, ao final, propõe-se uma releitura da Criminologia como verdadeira fonte hermenêutica do direito de punir do Estado, já que revela ao intérprete todo o processo de definição da conduta criminosa.

1 O GIRO HERMENÊUTICO LINGUÍSTICO E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO DE PUNIR

A Filosofia presta importantes contribuições ao estudo da Hermenêutica Jurídica, bem como revela os fundamentos e os significados reais do direito de punir³.

Logo, a passagem de uma filosofia analítica para uma filosofia pragmática, da teoria do conhecimento para a filosofia da linguagem, gera uma mudança de compreensão argumentativa, pois o Direito e, com efeito, o direito de punir deve ser visto não apenas sob o aspecto normativo (como defendiam os adeptos do direito penal tradicional e dogmático), mas também sob o aspecto descritivo e prático-jurídico, de viés eminentemente argumentativo.

Fundamentado nesse viés argumentativo, a Criminologia altera ao longo dos anos o seu método e objeto de estudo, para explicar os diversos fenômenos jurídicos envolvidos no exercício do direito de punir, bem como nas diversas nuances que permeiam a conduta criminosa.

Esta característica fica clara na definição de Criminologia proposta por MOLINA e GOMES:

Ciência empírica e interdisciplinar, que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima e do controle social do comportamento delitivo, e que trata de subministrar uma informação válida, contrastada, sobre a gênese, dinâmica

3 “[...] o uso da hermenêutica é muito maior do que apenas a busca em ultrapassar uma obscuridade do texto ou em atingir um ponto de acordo objetivo sobre ele. Ela (hermenêutica sob uma perspectiva filosófica) se mostrará como condição/possibilidade formadora da nossa própria visão de mundo e, por isso mesmo, é por meio ela que conseguimos não só compreender tudo, como ainda estabelecer acordos ou consensos sobre algo no mundo”. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011. p. 137.

e variáveis principais do crime – contemplado este como problema individual e como problema social –, assim como sobre os programas de prevenção eficaz do mesmo e técnicas de intervenção positiva no homem delinqüente e nos diversos modelos ou sistemas de resposta ao delito.⁴

Nesta esteira, a ciência criminológica, nos dias de hoje, deve ser vista não apenas como uma ciência auxiliar do Direito Penal, com papel secundário no estudo do crime e de suas conseqüências, mas como uma ciência argumentativa e inspiradora de alterações legais.

Como se não bastasse, a Criminologia, ao elaborar suas teorias, norteia não só as escolhas feitas pela política criminal, mas também gera nortes interpretativos para o operador do direito, passando de ciência causal-explicativa à ciência com viés interpretativo e argumentativo⁵. Ora, explicar as causas do crime e suas definições é, em última análise, revelar o significado da conduta criminosa e, em contrapartida, legitimar ou não o direito de punir do Estado.

Assim, para que haja uma análise completa das ciências criminais e atingir o verdadeiro sentido do direito de punir do Estado, o jurista moderno deve ter sempre em mente as características propostas pelo giro hermenêutico e lingüístico proposto pelo pós-positivismo e tão bem trabalhado por FERNANDES⁶, sendo que, aplicáveis às ciências criminais, teríamos:

4 MOLINA, Antonio García-Pablos de. GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 39.

5 Como exemplo do uso da Criminologia como caráter argumentativo e como fundamento de interpretação, cite-se a decisão judicial exarada no processo 0025535-92.2011.8.26.0050, proferida pela Juíza Fernanda Afonso na 27ª Vara Criminal do Foro Criminal da Barra Funda/SP, onde houve aplicação da analogia, para permitir que a exclusão da punibilidade prevista para os crimes tributários, fosse aplicada ao caso concreto de furto simples. Decisão publicada no Boletim IBCCRIM número 245 de abril de 2013, caderno jurisprudência.

6 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 142-146. O autor resume bem o que seria esse giro hermenêutico lingüístico: “[...] a linguagem passa a ser vista como aquilo que possibilita a compreensão do indivíduo no mundo, de modo que essa mesma linguagem é fruto de um processo de comunicação envolvendo uma relação de intersubjetividade, isto é, onde antes havia uma relação sujeito/objeto, instaura-se uma relação sujeito/sujeito, necessariamente mediada pela linguagem”.

- a) Historicidade: a escala de valores protegidos pelas Ciências Criminais está diretamente ligada ao momento histórico, social e econômico de determinada sociedade.
- b) Relação sujeito – sujeito e não sujeito – objeto: resgate da noção do criminoso como sujeito de direitos, não apenas em sentido normativo-legal (retórico), mas na aplicação e leitura do direito de punir do Estado, bem como releitura do papel da vítima no processo criminal.
- c) Pré-conceitos e pré-compreensões: análise não só do direito de punir posto e fundamentado na ordem normativa, mas também na dinâmica social, no poder de definição das condutas criminosas e na crítica da relação entre crime e reação social, objetivando diminuir a criminalização por estereótipos.
- d) Análise do contexto histórico-espacial: estudo do fenômeno criminal e do direito de punir dentro de um espectro temporal e espacial.
- e) Ausência de neutralidade: o direito de punir possui funções não declaradas oficialmente, já que é um instrumento de controle social, calcado no simbolismo que busca sempre uma seletividade de quem irá atingir.
- f) O ato de aplicação depende do ato de compreensão: a Criminologia como ciência capaz de gerar o ato de compreensão do fenômeno criminal e do direito de punir do Estado, depende de uma visão além da normativa e dogmática do crime, para que sua aplicação seja mais efetiva.
- h) Pragmático: a Criminologia como ciência que busca efetividade e aplicabilidade prática, sob o manto de uma análise crítica e realista.

Portanto, há total influência do giro hermenêutico lingüístico no significado do direito de punir do Estado, cabendo ao criminólogo introjetar todas as características supracitadas, quando realiza seu importante mister de não só revelar as causas da conduta criminosa, mas também interpretar suas nuances, mormente, sua aplicabilidade prático-social.

2 OS PROBLEMAS DE COMPREENSÃO: NECESSIDADE DO DIÁLOGO

A Nova Criminologia, ainda que de maneira indireta, trabalha com os problemas de compreensão⁷ do direito de punir do Estado, bem como do conceito de crime, suas causas e conseqüências sociais.

Além disso, elabora árdua crítica do Direito Penal atual⁸, chegando ao ponto de propor sua deslegitimação diante da falta de sua eficácia e funcionalidade.

Isso se dá porque há muito o Direito Penal não cumpre sua missão constitucional, qual seja: reprimir as condutas criminosas, aplicar e executar sanções criminais e, em última análise, consubstanciar as funções declaradas da pena (prevenção e reprovação, destacando-se a ineficiência da prevenção especial com o objetivo de ressocializar o criminoso, haja vista os altos índices de reincidência).

E todo esse problema de falta de efetividade não deixa de ser um problema de compreensão, baseado principalmente na falta de inclusão do outro, do diálogo institucional e da aproximação entre condenados, vítimas, instituições e sistema. Portanto, não deixa de ser também um problema hermenêutico.

Como aduz Alvino Augusto de Sá⁹ em texto esclarecedor sobre a questão da compreensão e do diálogo na seara penal:

A compreensão mútua supõe a aproximação entre as partes. A aproximação supõe o diálogo, a conversa. E a conversa, para se

7 O compreender passa pela questão da comunidade de sentido de quem fala e de quem ouve e, portanto, no diálogo que ora se busca nas Ciências Criminais, já que o paradigma da linguagem de quem dita as regras (classe dominante), não é o mesmo dos atores penais (classe subalterna). A questão da compreensão é bem trabalhada na seguinte passagem: “[...] o círculo hermenêutico propõe uma área de compreensão partilhada. Visto que a comunicação é uma relação dialógica, presume-se desde o início uma comunidade de sentido, partilhada por quem fala e por quem ouve”. PALNNER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70. p. 94.

8 Nesta esteira aduz Baratta: “A função natural do sistema penal é conservar e reproduzir a realidade social existente. Uma política de transformação desta realidade, uma estratégia alternativa baseada na afirmação de valores e garantias constitucionais, um projeto político alternativo e autônomo dos setores populares, não pode, todavia, considerar o direito penal como uma frente avançada, como um instrumento propulsor. Pelo contrário, o direito penal fica, em tríplice sentido, reduzido a uma atitude de defesa”. BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999. p.221.

9 SÁ, Alvino Augusto. O conversador da Praça da Sé. *Boletim IBBCCRM*, n. 244, mar. 2013. p.04- 05.

processar e progredir, supõe o afastamento de rótulos, assim como também de títulos [...]

É muito mais fácil conversar a partir do parlamento monocrático, das leis, dos gabinetes, escritórios, a partir dos cargos e títulos, da filosofia, da moral e de valores previamente definidos, da constituição (com letra minúscula) interpretada e aplicada com escandalosa parcialidade. Nos parlamentos monocráticos, gabinetes e academias, os títulos e cargos têm como primeira finalidade a de brindar as pessoas com prestígio, prerrogativas, direitos e privilégios.

Já na praça pública, os títulos não brindam ninguém com prestígios, prerrogativas, direitos e privilégios, mas oneram a todos com obrigações, compromissos, ainda que, paradoxalmente, sempre em uma relação totalmente simétrica com os demais. Lá é lugar onde justiça e injustiça têm outras definições. Ou melhor, não tem definição alguma, mas são simplesmente vividas e expressas.

Em não havendo conversa na praça, haverá violência, que perderá através de seus ciclos.

O autor supracitado, a partir de uma abordagem de um morador de rua pedindo uns trocados e de suas reações, destaca muito bem a idéia de compreensão, não só dos textos, mas do outro.

Assim, a hermenêutica jurídica e, em especial, a criminológica deve tentar obter, no dizer do autor, “*a conversa na praça pública*”, ou seja, buscar não só a compreensão formal do texto legal ou das teorias filosóficas, mas gerar, através da compreensão das mesmas, um efeito prático e pragmático, resgatando a noção de Direito como ciência social aplicada, há muito esquecida por alguns.

Um exemplo da escalada pela compreensão e pelo diálogo na Hermenêutica Criminológica são os estudos da Vitimologia¹⁰ permeados pela inserção da vítima no processo penal como forma de acabar com a coisificação do processo penal. Isto é, colocar a vítima no seu legítimo

10 “A peculiaridade essencial da Vitimologia reside em demolir a aparente simplicidade em relação à vítima e mostrar, ao contrário, que o estudo da vítima é labiríntico e exprime aspectos consideráveis seja na esfera individual, seja nos meandros da vida compartilhada pelo bem comum na atmosfera social”.

OLIVEIRA, Edmundo. *Vitimologia e direito penal: o crime precipitado ou programado pela vítima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 9.

lugar de protagonista no conflito de interesse, até porque é a maior interessada na resolução do mesmo.

Portanto, o processo penal não somente gira em torno do órgão acusador e do réu, mas se restaura a voz da vítima, através de boas práticas do sistema de composição, mediação, justiça restaurativa, com o fito de obter a resolução material do conflito de interesses.

Por conseguinte, aumenta-se a chance de obtenção de sucesso no processo criminal, porque as vozes dos envolvidos na “*conversa de praça pública*” são ouvidas, compreendidas, pensadas, analisadas e equacionadas, para que haja uma solução prática, pragmática, socialmente aplicável e que, em suma, faça justiça ao caso concreto, ou seja, a Criminologia passa a exercer papel fundamental na diminuição dos problemas de compreensão, através do diálogo.

3 A QUESTÃO DA PRÉ-COMPREENSÃO: CULTURA DO MEDO¹¹ – DO VADIO AO TRAFICANTE

Outro aspecto da Hermenêutica Jurídica que pode ser tratado em cotejo com o direito de punir sob o viés da Criminologia é a tão debatida questão das pré-compreensões.

O fundamento do direito de punir do Estado e seus reflexos nas Ciências Criminais sempre foram baseados em pré-compreensões.

Mas, o que são pré-compreensões? Seu uso na interpretação é legítimo? É possível ao intérprete ser imparcial? Nas ciências penais e no exercício do direito de punir do Estado existe imparcialidade? Quando

11 Sobre a cultura do medo aduz Pedro Paulo da Cunha Ferreira: “A acentuação da tensão social, hodiernamente, é apenas um dos vetores que sinalizam e apontam para o fenômeno social estrutural da chamada sociedade de risco. Aliás, a expressão, já estigmatizada na Sociologia e apropriada, nos últimos tempos, pela Ciência Jurídica, comporta variações que sintetizam a representação da temibilidade pelo incerto, o que possibilita entendê-la também como sociedade do risco, pelo risco e para o risco. Os sistemas sociais e seus subsistemas o Direito, em sua generalidade, e o Direito Penal, particularmente têm sofrido forte influência da inserção da cultura do medo. A ansiedade individual, construída e trabalhada a partir de dados comuns, passa a integrar no seio comunitário a mesma sensação, porém, doravante, experimentada coletivamente. Somada à histeria de massa, noticiada amiúde de modo dantesco, fragiliza o ânimo social, que consente e não dificilmente reclama pela (sensação de) segurança”. In: FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. Um estudo acerca das relações entre a política criminal da sociedade de risco e a mídia: Abordagens críticas de suas influências em face da tutela penal da dignidade sexual infanto-juvenil. *Revista Liberdades*, número 10, agosto de 2012. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/novo/revista_liberdades_artigo/128-ARTIGO>.

definimos o que é crime e quais são os destinatários da norma penal, o fazemos com neutralidade? Como devemos conceber a seletividade do direito penal à luz das pré-compreensões?

Ao trabalhar a pré-compreensão os autores Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento afirmam:

Ao deparar com um problema jurídico qualquer, o intérprete, antes até de consultar as normas pertinentes, já tende a antecipar uma solução, com base na sua pré-compreensão. A pré-compreensão envolve não apenas a concepção particular de mundo do intérprete, mas, sobretudo, os valores, tradições e preconceitos da comunidade que ele está inserido. Afinal, os seres humanos não são desenraizados, mas compartilham, em geral, visões de mundo com aqueles que vivem no mesmo contexto histórico e cultural¹².

Pela simples definição do que é pré-compreensão se conclui que ela é ínsita ao ser humano, portanto, impossível afastá-la da hermenêutica penal.

Ainda que o intérprete seja prudente, o legislador não o é, já que faz opções de definição calcadas em critérios altamente seletivos, normalmente, econômicos, sociais, culturais e até mesmo anti-democráticos (quando se fundamentam em conceitos abertos como normal/anormal; igual/diferente; inimigo/amigo; honesto/desonesto; rico/pobre; consumidor/ não consumidor, etc). Logo, o processo de criminalização baseado em pré-compreensões faz nascer os diversos estereótipos que depois se transformam em inimigos sociais (vadios, moradores de rua, usuários de droga, dentre outros).

Em arremate, Souza Neto e Sarmiento, já citados, concluem:

Na pré-compreensão pode ter lugar a hierarquização social e estigmatização do diferente. Tomar a pré-compreensão como norte na hermenêutica jurídica, sem submetê-la ao crivo de uma razão crítica, equivale e endossar o status quo cultural e legitimar a injustiça, em nome do Direito e da Constituição¹³.

12 NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 1 reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 418.

13 *Ibidem.*, p. 419.

A razão crítica que os autores mencionam acima passa a ser papel da Criminologia, a qual não só revela as pré-compreensões fundadas em estereótipos alimentados pela cultura do medo impulsionados pelo *mass media*, como também propõe mudanças para rechaçar essas pré-definições, ao aduzir a necessidade de um olhar menos seletivo do direito penal.

Em suma, o que os criminólogos devem fazer é uma “congenialidade fraterna”¹⁴, na expressão de Emílio Betti, ou seja, se abrirem para o outro, para novas experiências e para novos conhecimentos, a fim de que alcancem o meio termo entre a neutralidade e a seletividade, especialmente no Direito Penal.

Nesta esteira, deve se perseguir uma síntese entre as naturais pré-compreensões do intérprete e a neutralidade, para que se afaste as injustiças realizadas pelos estereótipos, pois só assim a sociedade não terá medo do diferente, do que incomoda, do que não é normal.

Do contrário, estaremos fadados à falta de efetividade do direito de punir, ainda que tenhamos um “inimigo social moderno” pré-compreendido, selecionado e estereotipado como o usuário e o traficante de drogas.

4 O PODER DE DEFINIÇÃO: COMPREENSÃO ECONÔMICA DO DIREITO DE PUNIR

Vimos no tópico anterior a questão da pré-compreensão influenciada principalmente pela cultura do medo e pelos diferentes pontos de vista que essa cultura gerou na evolução dos fundamentos do direito de punir do estado.

Agora, veremos como essa cultura se auto-justifica para legitimar o poder de definição do que é crime e quem são os criminosos.

A Criminologia Crítica estuda o crime sob a ótica da reação social e dos conflitos de interesses que surgem no âmbito da vida em sociedade

14 “O intérprete, ao empenhar-se em conhecer o objeto, não se submete a um processo mecânico e passivo, embora se ponha numa atividade de abertura congenial, como afirma Betti. Não de encontrar em harmonia as exigências do cânone da autonomia e as do cânone da atualidade. O intérprete, para alcançar uma compreensão efetiva, deve comparecer espontaneamente diante do objeto, animando-o com sua própria vida e alma, numa experiência atual. A subjetividade do sujeito que interpreta não constitui obstáculo para a compreensão, mas condição indispensável de sua possibilidade”. MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *A teoria da interpretação Jurídica: um diálogo com Emilio Betti*. p. 165.

capitalista, utilizando como método, o histórico-dialético, ou seja, na dicotomia poder e interesses.

Portanto, ao interpretar o direito de punir do Estado, constrói uma hermenêutica deslegitimadora do direito de punir, já que existe uma distância fulcral entre o fundamento do direito de punir real e o fundamento declarado oficialmente.

O fundamento do direito de punir e do próprio Direito Penal se justifica no discurso oficial, através das teorias que endossam a aplicação da consequência máxima do cometimento do delito, qual seja, a sanção penal (pena e medida de segurança). Desta feita, o direito de punir advém de uma necessidade fixada na reprovação e na prevenção da ocorrência de novas condutas desviantes.

Ao contrário, para a Criminologia Crítica, o real fundamento do direito de punir deve se ater a uma interpretação mais realista e aqui, faz-se necessária a compreensão em sentido extra-jurídico¹⁵.

O hermeneuta deve procurar as profundezas do fenômeno criminal, como fato social dinâmico e permeado por condições econômicas. Em suma, o direito de punir como compreensão ampla: sociológica, filosófica, mas principalmente econômica.

Esta compreensão econômica do direito de punir culmina com a definição do direito de punir como forma de controle social daqueles que estão alijados do poder econômico, ou seja, quem tem o poder de definição elenca como destinatários do direito penal aqueles que são vulneráveis e despidos de capital.

O direito de punir, portanto, é uma faceta da dominação econômico-social, responsável pela segregação daqueles que não se adaptam ao sistema capitalista, ou que, por algum motivo, não se enquadram no modelo proposto pelo sistema (os não consumidores, os desempregados, os inimigos sociais, vadios, traficantes, usuários de drogas e assim por

15 Mauro Carbone, citando Merleau-Ponty aduz bem a questão do olhar o invisível para perceber o outro, papel que o jurista deve buscar no sentido extra-jurídico aqui trabalhado: "A percepção analítica, que nos dá o valor absoluto dos elementos isolados, corresponde, portanto, a uma atitude tardia e excepcional, é aquela do cientista que observa ou do filósofo que reflete; a percepção das formas, no seu sentido geral de percepção de estrutura e de conjunto ou configuração, deve ser considerada como o nosso modo de percepção espontâneo". CARBONE, Mauro. *Merleau-Ponty e o pensamento do cinema*. Trad. Débora Quaresma e Davide Scarso. Disponível em: <<http://cjpmi.ifl.pt/2-carbone/>>.

diante). Com efeito, a pena tem o objetivo de manter a dominação social e econômica dos menos favorecidos, para manutenção do *status quo*, isto é, o direito de punir é alçado a instrumento de controle social para manutenção do sistema capitalista¹⁶.

Quando o intérprete traz para a aplicação das normas penais e processuais penais a compreensão econômica do direito de punir, passa a interpretar a norma com outros olhos, podendo, inclusive, exercer em sua aplicação prática e pragmática, em casos extremos, a superabilidade das regras¹⁷, que consiste na defesa da possibilidade de inserir exceções em uma norma jurídica escorada em forte viés argumentativo¹⁸, buscando uma aplicação mais justa do direito de punir.

5 TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO: COMPREENSÃO DA CRIMINOLOGIA COMO BUSCA DOS “VALORES” OCULTOS

A teoria tridimensional do Direito foi desenvolvida pelo ilustre jurista Miguel Reale e se caracteriza por definir o Direito como fato, valor e norma¹⁹.

16 Como aduz Bauman: “Se não houvesse os pobres, teriam de ser inventados. Eles põem em relevo o que significa não ser consumidor numa sociedade de consumidores”. BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e Intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 251

17 Thomas Bustamante diz; “Em conclusão, podemos dizer que admitir a superabilidade das regras jurídicas, implica admitir, sem tabus ou eufemismos, a existência de decisões contra legem. Embora pese sobre este tipo de decisão uma pesada carga de argumentação, os múltiplos exemplos citados na literatura jurídica e encontrados nas decisões judiciais prolatadas em casos difíceis demonstram que elas fazem parte do universo de problemas jurídicos enfrentados pelo jurista prático”. Podemos dizer que a criminologia traz substratos para tornar os casos “menos difíceis”. BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra legem. *Direito, Estado e Sociedade*. N. 37. jul./dez. 2010. p. 173-174.

18 O estudo da co-culpabilidade, quando sai das discussões teóricas e filosóficas e se concretiza na prática, é um duplo exemplo: de compreensão econômica do direito de punir, bem como de superabilidade da norma jurídica. Um exemplo disso pode ser constatado em caso de uso de passaporte falso, onde o próprio MPF pediu absolvição do acusado, em virtude das condições econômicas e sociais às quais estava submetido. Ver Alexandre Libonati. Juiz Federal Convocado. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Renato M. Andrade. Origem: 7. Vara Criminal do Rio de Janeiro. *Processo n. 2001.51.01.539656-0*. TRF – 2. Região. Disponível em: <www.trf2.gov.br>.

19 “Encontraremos sempre estes três elementos, onde quer que se encontre a experiência jurídica: - fato, valor e norma. Donde podemos concluir, dizendo que a palavra Direito pode ser apreciada, por abstração, em tríplice sentido, segundo três perspectivas dominantes: 1) O Direito como valor do justo, estudado pela Filosofia do Direito na parte denominada Deontologia Jurídica, ou, no plano empírico e pragmático, pela Política do Direito; 2) o Direito como norma ordenadora de conduta, objeto da Ciência do Direito ou Jurisprudência; e da Filosofia do Direito no plano epistemológico; 3) o Direito como fato social e histórico, objeto da História, da Sociologia e da Etnologia do Direito; e da Filosofia do Direito, na parte da Culturologia Jurídica”. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.509.

Transportando esses ensinamentos para as ciências criminais e, especialmente para o direito de punir, a legitimidade da punição aplicada pelo Estado teria que se debruçar sobre os três elementos supracitados, quais sejam: fato, valor e norma..

A questão do fato e da norma está bem debatida e desenvolvida quando tratamos das ciências criminais e do direito de punir. Quanto a este último, propõe-se um discurso baseado na subsunção do fato à norma, com fulcro no princípio da legalidade estrita. Logo, desde que o fato social tenha correspondência na previsão legal, há um juízo positivo de tipicidade, formando-se o primeiro elemento do conceito analítico de crime.

O problema surge quanto à valoração do fato e sua definição como crime, para fundamentar um direito de punir com restrição de direitos fundamentais, ou seja, há uma correspondência entre os valores propostos pelo discurso oficial e os valores reais? Ou existem valores ocultos nas ciências criminais e fundamentadores do direito de punir que devem ser desvendados pelo intérprete?

Como já vimos anteriormente, a Criminologia busca esses valores ocultos, através de um estudo interdisciplinar e, ao modificar a noção de compreensão da norma, muda valores, muda visões de mundo, enfim, altera o marco teórico das ciências criminais e cria novos paradigmas²⁰ de interpretação.

20 A palavra paradigma é empregada no sentido preconizado por Thomas S. Kuhn, quando ele diz que os paradigmas são determinados modelos teóricos e métodos advindos de uma forma de compartilhar objetivos, formas de pensar, marcos teóricos, ou seja, a mesma visão de mundo. Todavia, esses paradigmas sofrem anomalias (contestações), as quais surgem quando eles não conseguem responder às várias perguntas que surgem no decorrer do tempo, o que pode ensejar a revolução. Daí advém um novo paradigma como ruptura com o paradigma anterior; todavia esse rompimento é apenas parcial, visto que ainda preserva idéias do paradigma anterior – esta é a noção de ciência comum. Portanto, todo paradigma é uma simplificação da realidade, ou seja, um quadro ou modelo teórico não consegue atingir toda a complexidade da realidade. O paradigma, assim, é uma forma de tornar as coisas inteligíveis, para atingir um entendimento mínimo da realidade – ter acesso a ela através dos modelos teóricos. Conforme leciona Kuhn ao definir paradigma: “Percebe-se rapidamente que na maior parte do livro o termo “paradigma” é usado em dois sentidos diferentes. De um lado indica toda a constelação de crenças, valores, técnicas etc., partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada. De outro, denota um tipo de elemento dessa constelação: as soluções concretas de quebra-cabeças que, empregadas como modelos ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal”. (KUNH, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 220.)

Portanto, a ciência criminológica perpassa pelo personalismo axiológico²¹ no estudo da delinquência, já que ao estudar o crime (fato), dentro de um contexto social (fato social) e sua relação com o outro (vítima), dentro de uma dinâmica de relações e conflitos a clara os valores “ocultos” pela simples representação de interesses classistas na dogmática jurídico-penal (norma).

Mas isso não basta. Para que haja efeitos práticos nesta conduta do hermenuta imbuído dos ensinamentos criminológicos, é preciso que concretize essa análise e extraia do âmago das normas penais e processuais penais os verdadeiros valores buscados na previsão legal, para, se for o caso, exercer o papel de correção, para que tenhamos um legítimo direito de punir erigido sobre os três pilares (fato, valor e norma).

Assim, a Criminologia será responsável por dar transparência e legitimação à verdadeira noção de Direito na sua tridimensionalidade, já que resgata o estudo dos valores e, principalmente, dos “valores ocultos”, a fim de que o Direito Penal seja aplicado de maneira mais justa, real, democrática e menos seletiva.

6 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto podemos concluir que:

- a) A Criminologia passa a ser fonte de princípios hermenêuticos das ciências criminais, tendo forte apelo interpretativo na análise da dogmática jurídico-penal e na aplicação do Direito Penal aos casos concretos;
- b) O novo giro hermenêutico lingüístico exerce influência direta no direito de punir do Estado, pois traz a noção de que o mesmo se vincula à linguagem devidamente ligada às noções de compreensões, pré-compreensões, neutralidade e pragmatismo;

21 O personalismo axiológico de Miguel Reale fixa o ser humano como fundamento e centro de todo o Direito, ou seja, a pessoa como irradiador dos valores assimilados pelo Direito. Angeles Mateos García bem sintetiza essa idéia de Reale: “Conhecer o sentido último do homem e da humanidade implica partir do mundo objetivado por ele, sendo que o mundo, por sua vez, não pode ser entendido sem levar em conta a peculiaridade axiológica – onto-axiológica – da pessoa, centro e explicação última da sua própria realidade, como presente, passado e futuro por fazer. Daí o sentido da cultura como “paradigma” necessário na explicação do home e da realidade”. GARCÍA, Angeles Mateos. *A teoria dos valores de Miguel Reale*. Fundamento de seu tridimensionalismo jurídico. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 99.

- c) Há que se buscar, através da Criminologia, uma nova compreensão do direito de punir do Estado, inserindo no contexto do seu estudo e aplicação a inclusão do outro, através do diálogo, para solucionar materialmente o conflito de interesses;
- d) A cultura do medo calcada nas pré-compreensões é natural no ser humano influenciado pelo *mass media*, mas pode ser equacionada através da congenialidade fraterna e na “*conversa de praça pública*”²², ou seja, abertura para o outro, com o fito de desmistificar os estereótipos;
- e) Na busca do significado da conduta criminosa e do direito de punir, o intérprete deve ter em mente a dimensão econômica do crime, para que, se for o caso, aplique o instituto da superabilidade das regras, calcado nas análises interpretativo-criminológicas, para corrigir as distorções práticas do sistema criminal;
- f) O tridimensionalismo do direito de punir deve se expressar nos três elementos (fato, valor e norma), destacando-se o elemento valor, cabendo ao intérprete do direito de punir desvelar os valores ocultos, para que possa diminuir a seletividade proposta pela dogmática jurídico-penal atual.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica a e Crítica do Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e Intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*. *Direito, Estado e Sociedade*. n. 37. jul./dez.2010.

CARBONE, Mauro. *Merleau-Ponty e o pensamento do cinema*. Tradução de Débora Quaresma e Davide Scarso. Disponível em: <<http://cjpmi.ifl.pt/2-carbone/>>.

²² Remetemos o leitor ao item 3 deste trabalho.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. Um estudo acerca das relações entre a política criminal da sociedade de risco e a mídia: Abordagens críticas de suas influências em face da tutela penal da dignidade sexual infanto-juvenil. *Revista Liberdades*, número 10, agosto de 2012. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/novo/revista_liberdades_artigo/128-ARTIGO>.

GARCÍA, Angeles Mateos. *A teoria dos valores de Miguel Reale*. Fundamento de seu tridimensionalismo jurídico. São Paulo: Saraiva, 1999.

GRAU, Eros. *Direito posto e direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

IBCCRIM – Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – número 245.

KUNH, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *A teoria da interpretação Jurídica: um diálogo com Emilio Betti*.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 4 edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 1 reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

OLIVEIRA, Edmundo. *Vitimologia e direito penal: o crime precipitado ou programado pela vítima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PALNNER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SÁ, Alvino Augusto. O conversador da Praça da Sé. *Boletim IBCCRIM*, n. 244, março de 2013.