

# Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 39 • nº 155

julho/setembro – 2002

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

# Paradigma e aplicação do Direito: por uma compreensão constitucionalmente adequada do Direito Penal sob a perspectiva de um caso concreto

Lúcio Chamon Junior

De tempos em tempos, novas questões são trazidas à baila por Acórdãos dos Tribunais e, refletindo determinada tendência doutrinária ou posicionamento científico, permitem-nos, mais do que nunca, entender a importância da formação de uma argumentação jurídico-filosófica como pilar de uma decisão.

Assim é que, se tomarmos como exemplo a Alemanha, perceberemos que os debates em torno da noção de dolo eventual foram inflamados com a decisão de um caso pelo BGH: o de dois sujeitos que enforcaram um terceiro com uma correia de couro sem querer, todavia, matá-lo (cf. ROXIN, 1997, p. 424).

Esses casos são importantes como forma de alertar-nos para o fato de que o caso concreto apresentado e reconstruído argumentativamente (GÜNTHER, 1988, p. 229 et seq.) no bojo do processo serve como ponto de partida para discussões dogmáticas sempre elucidativas, especialmente nos *hard cases*, tomando aqui emprestadas as palavras de Ronald DWORKIN<sup>1</sup> (1999, p. 146 et seq.).

Nos últimos tempos, a doutrina brasileira se viu em polvorosa e a discussão se acendeu quando da decisão do TJRS que, seguindo o parecer do Procurador de Justiça para o caso, Lenio Streck, determinou uma releitura do § 4º, IV, do art. 155 do Código Penal brasileiro, a partir de uma pretensa interpretação constitucionalmente adequada.

Lúcio Chamon Junior é Professor de Sociologia Jurídica e Direitos Humanos da Faculdade de Direito de Sete Lagoas. Membro fundador do Instituto de Ciências Penais — ICP em Belo Horizonte e Mestrando em Ciências Penais pela UFMG.

Estabelece o Código Penal, no que diz respeito ao *crime de furto*, que, uma vez este cometido mediante concurso de pessoas, essa circunstância qualifica o crime conseqüentemente aumentando não só o máximo, mas também o mínimo abstratamente cominado à figura simples do *caput*. Assim é que o furto simples tem cominada pena mínima de um e máxima de quatro anos, tendo a forma qualificada nos moldes do § 4º do mesmo artigo pena mínima de dois e máxima de oito anos. Percebe-se, assim, nitidamente, que a pena do furto qualificado abstratamente prevista é, em linguagem matemática, duas vezes maior tanto no que diz respeito ao mínimo bem como ao máximo.

Por outro lado, o texto legal, no art. 157, traz-nos que o concurso de pessoas quando do *crime de roubo* não permite a verificação de qualificação, mas sim de uma causa de aumento de pena que pode majorá-la, de acordo com o caso concreto, de um terço à metade — § 2º. Devemos, então, ressaltar que a pena privativa de liberdade cominada ao roubo simples, ao qual se aplica a referida majorante, é mínima de quatro e máxima de dez anos de reclusão. A título de esclarecimento, mas sem referência direta com o caso, alertamos também para a existência da figura do roubo qualificado. Trata-se do chamado latrocínio pela doutrina e se encontra regulamentado no § 3º do então artigo.

Constata-se, portanto, que, enquanto o concurso de pessoas no furto duplica a pena, qualificando o fato, por sua vez no roubo há um aumento de pena de um terço à metade, sem influir em qualquer mínimo ou máximo abstratamente cominados.

Isso levou o eminente Procurador de Justiça do Rio Grande do Sul a entender que uma leitura que mantivesse a qualificação legalmente definida seria inconstitucional justamente por não respeitar uma compreensão constitucional, vez que violado estaria o princípio da isonomia. Entendimento esse foi seguido pelo acórdão do Tribunal daquele Estado, já fazendo surgir ecos em

terras distantes, como no Tribunal de Alçada de Minas Gerais<sup>2</sup>.

Adiante, realizaremos a reconstrução da argumentação desenvolvida por Streck de maneira a assinalar os pontos mais relevantes para a discussão, bem como a devida divergência existente entre o TJRS — e o referente Procurador — e o entendimento do Desembargador de Minas.

Pautando-se em uma leitura principiológica do Direito, o parecerista do caso entende que mantida e desenvolvida deve ser a chamada “constitucionalização do direito penal”. É assim que pretende levar adiante a interpretação da qualificadora em apreço e nessa trilha é desenvolvido o seu raciocínio.

Nesse sentido, afirma o autor que entende “a partir da doutrina de Friedrich Müller, Eros Roberto Grau e H. G. Gadamer que a *norma* é sempre o resultado da interpretação de um *texto* jurídico”. É verdade que norma não é o texto legal, mas capaz de ser obtida mediante interpretação de texto legal, sem todavia se esgotar o Direito neste. A problemática de uma tentativa reducionista, como a que pode advir de uma interpretação equivocada do trecho citado, centra-se no fato de que o leitor menos atento pode ser levado a confundir norma como sempre referente a um texto (lei), o que, todavia, não pode ser considerado, sobretudo após o giro hermenêutico realizado por Dworkin em que não mais se entende o ordenamento como formado por tão-somente regras — como pretendeu Kelsen<sup>3</sup> (1996, p. 215 et seq.) —, mas sim composto de regras e princípios, sendo estes entendidos enquanto fruto de uma história social reinterpretada criticamente.

Parece-nos, todavia, que é nesse sentido, o de *uma* visão principiológica, que o autor pretendeu sua argumentação, pois refere-se, sempre, ao princípio da isonomia e ao princípio da proporcionalidade como centrais para a superação da controvérsia. Tanto é verdade que o Procurador afirma seguir e acompanhar a moderna teoria constitucio-

nal, mencionando Canotilho, Hesse, Müller e Bandeira de Mello, entre outros.

Voltando à comparação do furto frente ao roubo, afirmou outrora o autor que “o que muda é tão-somente a denominação; *no caso de furto, o concurso de pessoas é chamado de qualificadora; no caso do roubo, a participação de mais de duas pessoas é chamada causa de aumento de pena...*”. Destarte, para Streck, no caso em tela há uma diferença tão-somente de nomenclatura, sem qualquer reflexo dogmático, sendo que, apresentando-se substancialmente semelhantes, também o mesmo tratamento deveria ser dispensado tanto a uma quanto à outra.

Continua na construção do raciocínio afirmando que tais elementos não de ser interpretados e aplicados tendo em vista o princípio da isonomia: enfim, deveria o Judiciário “elaborar uma *releitura* das leis sob os parâmetros da devida proporcionalidade prevista na Constituição Federal”. A razão da necessidade de uma proporcionalidade reside, para o autor, não somente no fato de ambas causas que elevam a pena se referirem ao concurso de pessoas, mas, mais que isso, repita-se, por possuírem a mesma “natureza jurídica”, tratando as diferenças como meras distinções de nomenclatura.

A proporção, pela argumentação erigida, deve haver em decorrência da igualdade de situações. Pleiteando a inconstitucionalidade do art. 155, § 4º, IV, traz-nos ainda o fato de que no furto o concurso de pessoas coloca em risco somente o patrimônio, enquanto no roubo “a presença de mais pessoas coloca em risco sobretudo a integridade física da vítima. Não obstante isto, o Código Penal valoriza mais a coisa (propriedade privada) que a vida/integridade física”.

Mais adiante, o raciocínio nos remete à conclusão alcançada: em desrespeito ao princípio da isonomia — em razão da não existência de proporcionalidade entre elementos iguais, ainda que em circunstâncias distintas —, a qualificadora específica do furto, embora vigente, não é válida. Isso porque, para o autor, o crime de roubo, sendo

mais gravoso que o furto, permite que a pena seja aumentada tão-somente de um terço à metade, quando no furto, em que a gravidade seria menor, a pena estaria duplicada pelo mesmo fato. “De maneira bem mais simples, pode-se dizer que, para o ‘legislador’ brasileiro, cometer um furto mediante participação de mais de uma pessoa é circunstância mais gravosa que cometer um roubo em circunstâncias semelhantes!!!”

Quando da conclusão, afirmou ainda que,

“enquanto o poder encarregado de fazer as leis não elaborar as necessárias readaptações legislativas, cabe ao Poder Judiciário, em sua função integradora e transformadora, típica do Estado Democrático de Direito, efetuar as correções das leis, utilizando-se dos modernos mecanismos hermenêuticos, como a interpretação conforme à Constituição...”.

E, por concluir, entende que não se pode aplicar o § 4º, IV, do art. 155, mas que, em total respeito a uma interpretação constitucionalmente adequada, deve-se aplicar, *mediante emprego da analogia*, quando da ocorrência de concurso de pessoas no crime de furto, o aumento estabelecido para a figura de concurso prevista no art. 157, § 2º.

O Desembargador Amilton Bueno de Carvalho, Relator do caso, não só adota a posição de Streck, como também doutrina, no sentido de que o princípio da isonomia — “*isos-* igual, e *nomos-* lei: quer dizer igualdade perante a lei” — deve ser seguido, rechaçando a aplicação da qualificadora. Pretendendo uma análise textual, alcança o Desembargador-Relator uma conclusão fácil: “Tudo idêntico: no qualificar, no furto, e no majorar, no roubo, ‘concurso de duas ou mais pessoas’”. Porém, o eminente magistrado se depara, ao seu ver, com situação insuportável, já que “os iguais são tratados, pois, desigualmente”, porque, enquanto o concurso no furto duplica a pena, quando do roubo, tão-somente a majora no máximo até a metade.

“Aliás — argumenta ainda o Desembargador-Relator — estaria até justificado se ocorresse o inverso: roubo, delito mais sério ao agredir violentamente a pessoa, mereceria (estaria justificado, leia-se) até percentual maior (leia-se pena mais forte) do que furto”.

No mais, segue o entendimento do Procurador de Justiça, aceitando a aplicação analógica do § 2º do art. 157. No mesmo sentido, e de acordo, posiciona-se o Presidente, e Revisor, Desembargador Paulo Moacir Aguiar Vieira.

Já o Desembargador-Vogal Aramis Nassif, embora se alinhe também no sentido de todos acima citados, teve seu entendimento modificado, pois, antes, rejeitava a tese. Em momentos anteriores, o então Desembargador-Vogal lembrava que, se qualificado fosse o crime de roubo nos moldes e circunstâncias do furto, alcançar-se-ia pena cujo *quantum* seria

“inviável, injusto e desproporcional (...) Este o valor que o legislador quis evitar: a pena para o roubo em patamar tão elevado, se qualificado fosse. Vejo, na distinção entre qualificadora e causa de aumento, a inteligência do legislador para evitar o dano penal ao condenado pela rapina violenta”.

Quando da conclusão de seu posicionamento *anterior*, colava ainda um trecho de Figueiredo Dias, em que este, sendo daquela melhor linhagem lusitana, afirma que continua “a preferir os caminhos da dogmática que aí está e progride à sedução de ‘dogmáticas alternativas’ que se podem, a todo momento, volver em alternativas à dogmática, incompatíveis com a regra do Estado de Direito...”.

Todavia, também seduzido pelos argumentos do Procurador e demais julgadores do caso, acabou por entender que há de se aplicar a analogia, vez que no roubo a circunstância é mais grave e permite aumento de pena proporcionalmente inferior ao furto.

Assim é que o Acórdão da Apelação Criminal n. 70000284455 da 5ª Câmara Criminal do TJRS foi, pela unanimidade, pela não aplicação da qualificação, mas sim pela interpretação que lança mão da analogia para “beneficiar” o réu.

Em sentido *semelhante*, temos o Desembargador Alexandre Victor de Carvalho, que, na Apelação Criminal n. 313.0121 julgada pelo TAMG, também entendeu que inconstitucional seria a qualificadora do furto:

“Acontece que, malgrado a clara proximidade entre as hipóteses aqui tratadas (furto qualificado por concurso de agentes e roubo majorado pela mesma condição), a lei ordinária a elas dispensa tratamento injustificadamente desigual e, por isso, deixa de merecer aplicação mediante uma *interpretação conforme à Constituição*”.

Divergindo, porém, do Acórdão gaúcho, entendeu o julgador mineiro que não se deve pretender a aplicação do aumento de pena estabelecido para o roubo visto que se trataria de analogia *in mallan partem*. A esse ponto retornaremos adiante.

Realmente, a elaboração doutrinária realizada pelo culto Procurador do Rio Grande do Sul é digna de ser reconhecida como uma efetiva tentativa de realizar uma interpretação constitucionalmente adequada. Para tanto, lança mão de autores respeitados e cujas lições não podem ser desconsideradas quando de uma reconstrução paradigmática de questões tocantes ao Direito.

Todavia, e aqui se encontra nosso primeiro ponto divergente frente aos escritos ora sob análise, preferimos seguir corrente doutrinária que julgamos mais acertada para um enfoque aos moldes de um Estado Democrático de Direito. Ao lançar mão de autores como Canotilho e Bandeira de Mello, exemplificadamente, o autor realiza uma análise sob um pano de fundo não mais adequado e de acordo com o momento atual do Direito.

A importância de um paradigma se deve ao fato de que é este o “cenário” intersubje-

tivamente compartilhado, significando, segundo Klaus Günther, que “un paradigme contient une interprétation globale cohérente des normes et des interprétations normatives relatives à certaines descriptions généralisées de situation” (1992, p. 269-297). Assim é que Habermas (1987, p. 31), desde a sua *Teoría de la acción comunicativa*, explicitava-se no sentido de ser o *mundo da vida* “delimitado por la totalidad de las interpretaciones que son presupuestas por los participantes como un saber de fondo”<sup>4</sup>. Não distante está Günther quando complementa: “L’interprétation globale cohérente est liée à un ensemble déterminé d’interprétations de situation généralisées et colectivamente partagées” (1992, p. 269-297).

Assim, se pretendemos realizar uma resposta no mínimo compromissada ao Estado Democrático de Direito, devemos trilhar o caminho aberto por R. Dworkin, K. Günther e J. Habermas. A teoria da interpretação de R. Alexy (1997, p. 136) entendemos ser inadequada a um Estado Democrático de Direito porque é típica de um Estado de Bem-Estar Social: ao tratar os princípios jurídicos como comandos de otimização — ponderáveis no caso concreto —, o autor realiza uma leitura *eticizante* do Direito. Ao pretender referida leitura, estar-se-ia retornando ao Estado de Bem-Estar em que aquilo que era bom *para nós*, como grupo social, é que guiava não só o debate justificante, mas também o de aplicação jurídica. Nesse sentido, por exemplo, é também a doutrina de Canotilho (1993, p. 171 et seq.), que parece seguir toda a tradição antes reinante no Tribunal Constitucional Alemão e que se convencionou chamar de “Jurisprudência dos Valores”. Suponhamos que em determinado caso concreto certo sujeito, ao tentar subtrair o carro de uma casa, vê-se surpreendido pelo dono do automóvel, que, disparando contra o veículo, vem a matar dolosamente o assaltante. Se tratarmos essa questão como uma ponderação de valores, estaremos, sem dúvida alguma, abrindo no mínimo margem para a indeterminação absolu-

ta: o que *vale* mais nesse caso, a vida ou o patrimônio? Pior que isso, estar-se-ia permitindo a infiltração de uma hierarquia de valores no campo de Direito, significando uma mutação insuportável do código do Direito que é binário (Habermas) e não gradual como pretende Alexy. Essa orientação tem raízes na filosofia fenomenológica de M. Scheller e N. Hartmann, donde se poderia concluir que a teoria de H. Welzel é também típica desse período, o que pode ser refletido por sua noção do fim do Direito Penal como tutela dos bens ético-socialmente valiosos: “El Derecho Penal quiere proteger antes que nada determinados bienes vitales de la comunidad (valores materiales) (...) La misión central del Derecho Penal reside, pues, en *asegurar la vigencia inquebrantable de estos valores de acto...*” (1976, p. 12).

Após essa breve incursão, devemos ainda nos distanciar de uma outra leitura realizada pelo parecerista. Ao pretender impor ao Direito Penal uma palpável medida proporcional entre as fases de aplicação da pena, o autor permite-nos verificar quão impregnado é ainda o pensamento do Direito pelo positivismo.

Não dizemos aqui que o pano de fundo da discussão instaurada seja o positivismo, mesmo porque isso seria um equívoco de nossa parte, já que com o próprio positivismo uma leitura principiológica como a pretendida por Streck jamais seria possível: basta lembrarmos da teoria de Kelsen e sua falta de operacionalidade quando presentes novos elementos não textualmente explícitos.

Por outro lado, o eminente Procurador, ao se voltar a questões de proporcionalidade, “perigosidade” e “gravidade” dos crimes e respectivas penas, esquece-se de que é extremamente inviável trabalhar com determinadas categorias em abstrato no campo de aplicação do Direito. É o caso concreto e as circunstâncias concretas reconstruídas argumentativamente no curso do processo que nos permitem concluir pela interpretação das características do próprio fato<sup>5</sup>.

Uma pretensa equiparação e ponderação em níveis abstratos é tão difícil que nos faz lembrar determinada crítica imposta à teoria da interpretação de Kelsen. Para este a interpretação pela Ciência do Direito — como ato de conhecimento — não faria mais que determinar a moldura de todas leituras possíveis de determinada norma levando em consideração o sentido das palavras em suas múltiplas conexões e sem qualquer referência ao caso concreto (1996, p. 387 et seq.). A interpretação seria uma atividade que iria pretender esgotar as múltiplas leituras possíveis de determinado texto.

A falha desse pensamento, como assevera Neuenschwander Magalhães (1999, p. 429 et seq.), encontra-se no fato de ser impossível, *a priori*, estabelecer todos os sentidos possíveis de certo texto. Seguindo uma linha bem ao gosto da filosofia analítica, Kelsen se esquece de que, em abstrato, e sem o alicerce fornecido pelo caso concreto, é impossível estabelecer o sentido atribuível a determinada norma, isto é, interpretá-la.

Destarte, em certa medida cabe a mesma crítica à análise realizada pelo Procurador e seguida pelo TJRS. Não obstante esse ponto, outro que nos faz ainda lembrar o positivismo: era comum sob esse paradigma científico lidar com aquilo capaz de ser medido, mensurado, pesado e determinado, muito em razão da influência exercida pelas ciências naturais e exatas daquele período. Todavia, e agora décadas à frente desse raciocínio, devemos lembrar que a Ciência, como um subsistema social (Luhmann), não mais se submete a compreensões semelhantes às do positivismo, seja em razão, justamente, da evolução do sistema, no sentido da teoria luhmanniana, seja em função de um rompimento paradigmático, em uma compreensão habermasiana. O pensamento positivista se vinculava a questões matemáticas como maneira de garantir e afirmar o caráter científico do estudo do Direito, mas com isso não realizava mais que uma “sessão de análise” na pretensão de alcançar uma auto-afirmação.

Superada essas duas questões fundamentais, podemos adentrar à análise do caso concreto. Defendendo a aplicação do princípio da isonomia, Streck conclui que tanto a qualificadora quanto a causa de aumento teriam, ao menos no caso concreto, a mesma “natureza jurídica”.

Tentando aqui superar a utilização de termos como “natureza jurídica”, que nada mais refletem a tentativa fracassada da modernidade em classificar — como as ciências biológicas? — os institutos jurídicos de acordo com suas características, navegaremos por outros argumentos. Primeiramente não se pode pretender enxergar como iguais aquilo que não os são. A qualificadora, ao elevar o mínimo e o máximo de uma pena abstratamente cominada, porque legalmente determinada, incide em uma das três fases de dosimetria quantitativa da pena. Automaticamente está, então, vinculado o juiz a analisar as questões — circunstâncias judiciais do art. 59 — e determinar a pena-base sob a ótica do novo *quantum* determinado pela qualificadora (LOPES, 1993, p. 220 et seq.).

A causa de aumento, por sua vez, vem a ser aplicada na terceira fase, sendo geralmente representada por frações ou múltiplos. A razão disso decorreu do fato de se ter adotado na legislação pátria, como é sabido, o sistema tripartido de pena (N. Hungria) em prejuízo ao sistema bipartido (R. Lyra).

Mediante uma simples olhadela, pode-se perceber que não se trata de institutos iguais, que mereçam um tratamento igual. Isso porque enquanto a causa de aumento pode elevar a pena para além do máximo cominado, a qualificadora tem tão-somente o condão de elevar *esse* máximo. Além disso, determinada causa de aumento pode até deixar de ser aplicada pelo juiz se concorrente com outra também cominada na Parte Especial. Por outro lado, é impossível deixar de aplicar a qualificadora quando ocorra a circunstância descrita tipicamente. Essas são algumas características que nos permitem constatar que ambos institutos não

podem ser tratados de maneira idêntica, pois, como brevemente analisado, não se trata de estruturas similares.

Não obstante, o parecerista entende que tais institutos, no caso concreto, deveriam ser enfocados sob o princípio da isonomia, sendo considerada inconstitucional a norma oriunda do art. 155, § 4º, IV, pela violação ao princípio da proporcionalidade frente ao art. 157, § 2º.

Aqui devemos retomar a linha anteriormente iniciada: além de ser inadequado um pensamento em abstrato, outra questão se faz pertinente: o que é “proporcionalidade”<sup>6</sup>? Podemos compreender esta como adequação dos meios aos fins, ou ainda, como uma estrita *correspondência* entre elementos iguais. Se entendêssemos proporcionalidade como adequação dos meios aos fins, teríamos que desenvolver uma teoria sobre a pena e, muito longe de ser a questão em discussão, não é nossa pretensão. Se compreendermos proporcionalidade de acordo com o segundo sentido, também nada serve para a solução do caso, porque circunstância qualificadora e causa de aumento de pena são institutos bem diferentes. Nesse sentido, poder-se-ia, então, falar em proporcionalidade entre elementos diferentes. Todavia, o equívoco é manifesto: não se pode submeter a uma mesma medida aquilo que possui padrões de mensuração diversos. Não há como se referir a proporcionalidade entre institutos distintos e, além disso, em abstrato. É claro que, em determinada hipótese concreta, poder-se-ia alegar que a multa cumulativamente aplicada seria “desproporcional” à pena privativa de liberdade determinada. Na verdade, o que nesses casos ocorre é uma aplicação *inadequada* das sanções abstratamente previstas, tendo como substrato o caso reconstruído no desenrolar do processo. A utilização de expressões matemáticas, como “proporcional” em casos como este, remete-nos ao pensamento positivista e de base iluminista.

O que mais nos impede de concordar é a impossibilidade de se estabelecer uma equa-

ção, fórmula ou função que nos permita encontrar a devida proporção, quanto mais entre elementos heterogêneos. Além disso, a putativa controvérsia existente se dá pelo fato de se operacionalizar em nível abstrato.

Se imaginarmos duas situações concretas e exemplificativas, porém possíveis de ocorrer, podemos refutar a preocupação do parecerista no sentido de que o “legislador” estaria considerando “mais grave” o concurso de pessoas no caso do furto.

Suponhamos que no exemplo 1 (E<sub>1</sub>) o sujeito-agente, juntamente com seus comparsas, subtrai do quintal de determinada pessoa bens de pequeno valor, mas capazes de permitir a aplicação do art. 155. Não possuindo o réu maus antecedentes, tendo sido pequeno o prejuízo da vítima, sendo favoráveis todas as demais circunstâncias judiciais, além de não existir qualquer agravante ou atenuante, bem como causas de aumento ou de diminuição, a pena aplicada seria de dois anos.

Imaginando situação quanto ao crime de roubo em que a aplicação se daria no mínimo, no que tange à pena-base e causa de aumento (mínimo de  $\frac{1}{3}$ ), a pena aplicada seria de cinco anos e quatro meses (E<sub>2</sub>).

Levando-se em consideração dois casos-problema hipotéticos (E<sub>1</sub> e E<sub>2</sub>), embora plenamente possíveis de serem verificados na prática, podemos perceber que, frente à pena determinada pelo *caput* dos arts. 155 e 157, o acréscimo quando do roubo foi superior ao do furto em quatro meses.

Não queremos com isso estabelecer qualquer relação de proporção, mas, pelo contrário, refutar dito princípio nessa seara, pois isso poderia permitir entendimentos como o do autor que, repita-se, outrora afirmou que “para o ‘legislador’ brasileiro, cometer um furto mediante participação de mais de uma pessoa é circunstância mais gravosa que cometer um roubo em circunstâncias semelhantes!!!” Quando se parte para uma análise que leva em consideração dados concretos, pode-se perceber que a assertiva acima não é adequada, mesmo por-



que é tão-somente o caso concreto que serve de alicerce ao juiz na aplicação de determinada norma, e não qualquer regra de proporcionalidade, mas sim um juízo de *adequabilidade* — *appropriateness* (Günther).

Percebe-se, portanto, que, de um ponto de vista que leve em consideração o fato concreto, isto é, uma perspectiva de aplicação normativa, não há a pretendida discrepância como outrora levantada e questionada. A razão de alcançarmos essa conclusão funda-se, sobretudo, pela via de análise do caso concreto.

Assim, observa-se que, sob a perspectiva de um discurso de aplicação, o fato há que ser, em primeiro momento, completamente descrito argumentativamente no bojo do processo, sendo que, em um segundo nível, há que ser verificada a coerência normativa, equivalendo dizer que deverá ser, em uma visão deontológica, aplicada a norma, ou normas, adequada àquele caso concreto. É essa a tese de Klaus GÜNTHER (1988, p. 229 et seq.) segundo a qual conflitos normativos — exceto aqueles logicamente inconsistentes<sup>7</sup> — “are not foreseeable since we know neither all application situations nor all the possible constellations of features in situations” (p. 239).

Destarte, como concluído anteriormente, não há como, sob a égide de um discurso de aplicação, com a devida exceção ressaltada, trabalhar com um conflito abstrato de normas, pois, como normas *prima facie* aplicáveis a um caso concreto, devem as mesmas ser interpretadas, e consideradas concorrentes, frente ao caso concreto.

Não há qualquer inconsistência lógica quando observamos o princípio da isonomia e a qualificadora do furto ou a causa de aumento do roubo. Superando uma leitura de solução de controvérsias sob uma perspectiva de certo modo positivista, percebemos que o caso concreto em muito pode-nos ajudar.

Todavia, o conflito de normas em um determinado caso há que ser trabalhado, argumentativamente, no que diz respeito ao

plano de adequabilidade àquele caso determinado, e não se pode referir, como discurso de aplicação, à *justificação* daquela mesma norma. “The conflict of norms cannot be reconstructed as a conflict of validity claims because conflicting norms or competing semantic variants enter a relation with one another only in a concrete situation”(GÜNTHER, 1988, p. 239).

Diferentemente do discurso de aplicação, que diz respeito ao juízo de adequabilidade — *sense of appropriateness* —, o discurso de justificação traz à tona razões que, como o próprio nome já nos permite concluir, justificam não só a validade da norma, como também a própria norma.

Uma vez levantado pelo parecerista que o “texto da lei (art. 155, § 4º, IV, do Código Penal) continua vigente; sua *validade*, porém, é que vem confortada por uma interpretação constitucional” (grifo nosso), vale a pena compreender o discurso de justificação. É certo que a validade de determinada norma há que ser aferida perante a Constituição, enfim, perante o Direito entendido como um sistema constituído não só de regras, mas também de princípios.

Em um discurso de justificação adentram todas aquelas questões que, perante o Direito, isto é, mediante de uma produção jurídica do próprio Direito, apresentam razões capazes de justificar a *validade*, no sentido de que são razões que preenchem a discussão de produção *por meio das condições institucionais de um “devido processo democrático”*. Não se deve, portanto, confundir o fato de que a validade da norma é aferida perante o Direito e não frente a razões que penetram a discussão democrática.

O discurso de justificação não pode ser, também, confundido com o discurso de aplicação, pois isso pode permitir inadequadas compreensões acerca daquilo *devido* em um caso concreto: exemplo disso é a teoria de Alexy que, embora pretenda uma aplicação deontológica, realiza uma leitura axiológica. Para ALEXY (1993, p. 9 et seq.), os princípios, partindo de uma crítica a Dworkin,

seriam comandos de otimização, cuja aplicação, no caso concreto, estaria determinada pela atratividade — “interessante ou não” — frente a outros princípios. A problemática dessa concepção — seguida inclusive por Canotilho — é o tratamento dispensado aos princípios como valores — aquilo mais “interessante” ou “atrativo” — e não como normas — aquilo que é “devido”<sup>8</sup>.

Essa maneira de pretender a construção de uma teoria da interpretação pode até ser paradigmaticamente enfocada sob a ótica de um Estado de Bem-Estar Social, época que influenciou e permitiu o surgimento da “Jurisprudência dos Valores” na Corte Constitucional Alemã. Todavia, essa perspectiva é extremamente *eticizante*, típica do *Welfare State*. A visão republicanista marcava esse paradigma, sendo que, como afirma Habermas, naquele período “la política se concibe como una forma de reflexión de un entramado de vida ético”(1999, p. 231). A visão de mundo daquele período era marcada por um alargamento do ético: daquilo que é interessante, bom, gera bem-estar a *nós* considerados como *determinado* grupo. A pluralidade existente era subjugada a um segundo plano e não considerada sequer quando da aplicação do Direito, já que típica era uma leitura axiológica que refletia a então visão de mundo compartilhada. Nesse sentido, e exemplificadamente, pode-se perceber, na doutrina penal, a já referida teoria do bem jurídico desenvolvida por Welzel, bem como ainda a teoria da culpabilidade levada a cabo, em sua última forma, por E. MEZGER (1956, p. 195-217).

Pois bem, em um Estado Democrático de Direito a interpretação jurídica não mais pode ser concebida como um exercício ético, senão como uma aplicação do Direito adequada ao próprio Direito, no sentido de que a norma, diferentemente de Alexy, há que ser entendida como norma (devido) e não como valor (atrativo).

A discussão de questões éticas, repitadamente, daquilo que é *bom* e que também se refere a projetos de auto-realização, não deixa de

ser relevante, mas, atente-se, há que ser levada em consideração em um discurso de justificação da norma. Os valores existentes em uma sociedade como a atual são múltiplos: não se pode falar em perda de valores ou em sua rarefação. Se se proceder dessa forma, estar-se-á atuando de acordo com uma visão típica do Estado de Bem-Estar: a pressuposição de um *standard* a ser seguido como o “correto” na vida ética — e também jurídica, por via de consequência. Na consideração de um pluralismo, valores hão que ser levados em conta quando de uma discussão, *v.g.*, legislativa, mas não judicial.

Além de razões éticas, no discurso de justificação também se fazem presentes razões pragmáticas e morais. Enquanto as razões éticas dizem respeito àquilo que é *bom* ao grupo, as razões morais pretendem-se referir ao justo, *a todos*. Quanto às razões pragmáticas, podemos entendê-las como referentes a questões políticas, econômicas, educacionais, etc. Todavia, não se pretende afirmar aqui que qualquer razão pragmática seja, *v.g.*, alheia a questões éticas: nada nos impede verificar a implementação de uma política de bem-estar, que leve em consideração uma leitura de meios e fins e também de projetos de auto-realização.

Dessa forma, razões pragmáticas, éticas e morais são capazes de justificar a norma. Tais razões, e aqui fazemos bem em explicitar, não concedem de *per si* a validade, uma vez que esta há que ser aferida perante o *Direito*, mas que, justamente, permite-nos justificar a norma válida.

Assim, se empregarmos duas expressões da teoria dos sistemas de Luhmann, embora seja esta epistemologicamente e de orientação distinta ao raciocínio aqui desenvolvido, podemos elucidar o que estamos a afirmar.

Se a sociedade moderna é uma sociedade complexa, no sentido de existirem inúmeras possibilidades a serem levadas em conta e selecionadas pelo sistema social, o fato de esse mesmo sistema selecionar, em determinada situação, uma *única* alternati-

va entre as várias existentes demonstra que os sistemas sociais modernos são contingentes, no sentido de que poderia esse mesmo sistema ter selecionado outra que não aquela alternativa. Assim, complexidade — existência de várias possibilidades — e contingência — que se refere a um não estabelecimento de uma relação de causalidade e necessidade — são duas noções inerentes à modernidade. Nesse sentido, sendo o Direito, para LUHMANN (1983, p. 45), um sistema social funcionalmente diferenciado de todos os demais subsistemas sociais, também será, portanto, um sistema complexo e contingente<sup>9</sup>.

Podemos, então, afirmar que o fato de o Legislativo ter, pelo devido processo legislativo, orientado-se no sentido de reconhecer determinada expectativa, isso se deu em um contexto complexo. Equivale dizer que a expectativa normativa, outra expressão de Luhmann, chancelada poderia não ter sido a adotada, e sim uma outra — o que inclusive demonstra o paradoxo do sistema social.

Destarte, retomando a linha de discussão até então traçada, podemos perceber que as razões pragmáticas, éticas e morais podem, historicamente, justificar determinada orientação legislativa. Todavia, uma vez que a norma válida e justificada por um devido processo legislativo será considerada válida perante o Direito, não há que se pretender descartar qualquer discurso de justificação da própria norma. É claro que não se pode pretender fazer do discurso de aplicação, no curso do processo, uma discussão acerca de razões políticas (cf. DWORKIN, 1999a, p. 147 et seq., 1999b, p. 261-269. cf. ainda HABERMAS, 1998, p. 274 et seq.) ou éticas, mas isso não nos impede trazer razões que, ainda que novas, permitam-nos justificar essa mesma norma válida frente a diversas outras razões, v.g., políticas.

É aqui que se faz interessante a análise da política criminal como conjunto de argumentos que podem ser levados em consideração na discussão acerca do reconhecimento legislativo de determinada expectativa de

comportamento. Fácil é perceber, muito embora em nosso país seja impossível verificar uma linha, sequer, de política criminal, que, quando da discussão no fabrico de um diploma legislativo penal, sempre são invocadas as chamadas “razões de política criminal”. Como razões pragmáticas, podem sempre se referir a um discurso de justificação, mas não de aplicação. É nesse sentido que está a merecer uma releitura, sob essa perspectiva, a teoria de Claus Roxin<sup>10</sup>, no que tange à pretensão de vincular o juízo de culpabilidade a questões de política criminal sempre determinadas, e abertas, no caso concreto.

Como dito, razões pragmáticas, ainda que posteriores ao diploma, podem justificar a norma, na medida em que demonstra esta ser adequada não em um sentido aplicativo, mas à estabilização de expectativas por meio do próprio Direito Penal. Tais razões, ao justificarem a norma, servem, igualmente, como contra-razões a uma possível discussão em torno de uma pretensa *mudança legislativa* da própria norma em questão.

Se seguirmos seja a posição do TJRS, seja o posicionamento mais cauteloso do Desembargador do TAMG, perceberemos que haverá a desclassificação do furto qualificado para o furto simples (art. 155, *caput*). A pena mínima aplicada ao furto simples é de um ano, enquanto ao furto qualificado o *quantum* mínimo abstratamente previsto é de dois anos.

A Constituição da República, em seu art. 98, I, estabeleceu que deverão os Estados e a União, de acordo com as respectivas competências, criar juizados especiais para que, no que importa, tenham por competência o julgamento e a execução no tocante a infrações penais de menor potencial ofensivo. Dito mandamento constitucional culminou, em 1995, com a promulgação da Lei 9.099/95, que, justamente, dispõe sobre juizados especiais criminais e cíveis.

No art. 61 da referida Lei, está determinado que

“infrações penais de menor potencial ofensivo para os efeitos desta Lei [são] as contravenções penais e os crimes a

que a lei comine pena máxima não superior a 1 (um) ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial”.

Nesse sentido, é bastante elucidativo o fato de que o furto, ainda que em sua forma simples, não se trata de uma infração de pequeno potencial ofensivo. Mas, por outro lado, é possível ao mesmo ser aplicada a disposição existente no art. 89 e que diz respeito à suspensão condicional do processo:

“Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do CP)”.

Muito longe de aqui pretendermos discorrer sobre o instituto da suspensão condicional do processo, queremos três aspectos ressaltar. O primeiro diz respeito à expressão “pena mínima cominada”. A pena mínima cominada, embora muitos assim possam não entender, trata-se do *quantum* determinado de maneira abstrata e que servirá de parâmetro, juntamente com o máximo cominado, à aplicação da pena-base nos moldes ordenados pelo art. 59 do Código Penal. Não se soma aqui qualquer eventual causa de aumento ou possíveis agravantes: estar-se-ia atropelando toda a discussão e descrição completa do caso a serem feitas processualmente, em nítida inadequação interpretativa, bem como em desrespeito ao princípio da presunção da inocência. Quando o texto se refere à pena *cominada*, trata-se daquela em *abstrato* determinada, e pretender considerar qualquer causa de aumento não é mais ater-se ao cominado, mas ilicitamente proceder à terceira fase de aplicação de pena.

O segundo ponto trata da infelicidade do texto legal ao se referir ao Ministério Pú-

blico como possivelmente único legitimado a propor a suspensão. Longe de desenvolver aqui os argumentos, posicionamo-nos no sentido de uma interpretação constitucionalmente adequada sob o entendimento de que a suspensão pode ser também concedida tanto *ex officio* pelo juiz, quanto a pedido do interessado. Evita-se, assim, inclusive, a não concessão por razões de “política criminal” inadequadamente levadas em conta, porventura, pelo membro do Ministério Público, quando de um discurso de aplicação.

Finalmente, e antes como um alerta, devemos perceber, e denunciar, que a vedação da concessão da suspensão do processo àqueles réus que têm outros processos em *andamento* fere, frontalmente, o princípio da presunção da inocência, sendo, portanto, vedação inválida porque inconstitucional.

Pelo exposto, pode-se perceber que, no caso do furto, seja como pretendido pelo julgador do TAMG, seja como aplicado pelo TJRS, poderia ser adequada a suspensão condicional do processo, uma vez que a pena mínima cominada é de um ano. Abstratamente pode-se perfeitamente *imaginar* a suspensão, devendo no caso em concreto serem verificados os pressupostos.

Do ponto de vista de uma política criminal, orientada à tutela dos chamados bens jurídicos pelo Direito Penal, a questão deve ser devidamente enfocada. O crime de furto é, especificamente, um crime que *geralmente* é realizado na clandestinidade, de maneira sorrateira, em que o sujeito-agente subtrai a coisa de outrem quando se encontra em uma situação favorável, enfim, quando da ausência de outras pessoas ou quando não se sente vigiado por qualquer outro meio.

Quando se pensa em furto realizado mediante concurso de pessoas, nítido fica o caráter de certa “organização” e distribuição de “tarefas” entre os co-autores. O planejamento de como vai-se dar a ação delitativa, a observação do possível cenário da empreitada criminosa, a discussão de táticas e idéias são certamente marcantes.

Dessa maneira, o furto mediante concurso de pessoas demonstra-se como crime extremamente *sui generis*: diferentemente do estelionato, roubo ou extorsão, a presença dos autores não se faz presente, ou melhor, não se necessita fazer presente perante outras pessoas. O planejamento e o envolvimento de vários sujeitos concede a esse tipo de delito a “quase” certeza de consumação e sucesso.

Assim, em uma leitura política, que não serve para determinar o senso de adequabilidade da norma, mas tão-somente *para justificá-la inclusive perante pretensões propostas legislativas*, permitir a suspensão condicional do processo como abarcando a figura do furto mediante concurso de pessoas seria, do ponto de vista pragmático, não aconselhável. Se por um lado a certeza de sucesso da empreitada criminosa é bem maior pelo fato da segurança fornecida pela participação de outros agentes — que diminui os riscos como possível flagrante ou legítima defesa —, por outro, se realizada fosse uma reforma legislativa como esperada por Streck<sup>11</sup> no sentido da “constitucionalização” da norma em questão, certa também será a impunidade visto que plenamente aplicável poderá ser, em dependência do caso concreto, a suspensão do processo.

Político-criminalmente trata-se, portanto, de algo a ser descartado, o que, como argumento trazido à baila por razões pragmáticas, permite-nos justificar politicamente a norma do art. 155, § 4º, o que nunca significa uma discussão ou um argumento a ser trazido quando do discurso de aplicação de determinada norma.

Destarte, e aqui concluindo esse ponto, a norma juridicamente válida também pode ser plenamente enfocada sob o prisma político, mas com isso não devemos pretender fazer qualquer referência à sua aplicação. Seja por uma linha político-criminal ao gosto da *law and order*, em que o espetáculo oferecido à sociedade pela mídia é indispensável, seja sob a ótica de uma política criminal democrática e orientada por uma perspectiva que tenha em vista o caráter fragmentá-

rio do Direito Penal e a busca da repressão da criminalidade, a norma em questão é adequada à tutela subsidiária dos chamados bens jurídicos.

No caso concreto apresentado pelo Acórdão do TJRS, inclusive, parece-nos que plenamente possível seria a suspensão condicional do processo nos moldes acima levantados. Índícios demonstram que se preencheriam todos os pressupostos necessários à concessão do *sursis* (art. 77 do CP). O fato de terem sido os réus A. A. A. e C. G. S. condenados, respectivamente, a oito e nove meses de reclusão, e, posteriormente, substituídas as penas privativas de liberdade por penas restritivas de direito, demonstra o preenchimento de todos os pressupostos para concessão do *sursis*.

A não reincidência é patente, em razão da falta de qualquer referência à agravante estabelecida no art. 61, I — muito embora às atenuantes haja referência quanto à confissão espontânea, bem como à menoridade.

Também o inciso II do art. 77 estaria satisfeito. Embora não nos tenha sido acessível a dosimetria em suas etapas, podemos perceber que fora a pena-base aplicada — de acordo com o art. 59 — em seu mínimo legal — um ano. A razão de assim concluirmos é o fato de estar explícito na ementa do Acórdão que “atenuante pode deixar a pena aquém do mínimo abstrato”. E como as circunstâncias descritas no art. 77, II, estão contidas no art. 59, podemos concluir que satisfeita também estaria aquele pressuposto, mormente o fato de ter sido concedida substituição da pena e satisfeito o inciso III do art. 44, além de terem os réus sido, em primeira instância, condenados a regime aberto.

No caso concreto, embora a *denúncia* se referisse ao fato qualificado tanto sob a perspectiva do concurso de pessoas como por arrombamento, o certo é que, não provado o arrombamento, e desconsiderada a qualificadora por concurso de pessoas, o TJRS deveria, *ex officio*, reconhecer que se tratava de furto simples, pouco importando causas de aumento — do roubo em analogia (!) —, de-

vendo-se proceder à aplicação da suspensão condicional do processo, ainda que em grau de recurso, pois, por ser direito do réu, a suspensão não poderia deixar de ser analisada pelo Poder Judiciário quando da decisão — art. 5º, XXXV, da Constituição da República.

Não importa que tenha sido oferecida a denúncia sob a forma qualificada. Constata-se a desclassificação do fato, imediatamente dever-se-ia aplicar à situação, agora sim, completamente descrita no curso da argumentação processualmente levada a cabo, as normas aplicáveis.

A suspensão condicional do processo é patente, ainda que em grau de recurso: se se pretender que o processo se finda com a decisão passada em julgado, até esta há possibilidade da suspensão do processo que ainda se encontra em desenvolvimento. Nada impede, ao nosso ver, que, após a desclassificação realizada no curso de um processo, seja oferecida a suspensão do mesmo, ainda mais porque, ao ser proposta a suspensão pelo Ministério Público, quando do oferecimento da denúncia, há que se considerar instaurado um processo visto que, em respeito ao contraditório, a parte ré deverá ser ouvida e tomar ciência das condições pelo juiz fixadas. E o processo nada mais é que um procedimento em contraditório, enfim.

Não obstante esse equívoco cometido pelo TJRS, outro é ainda mais instigante. Pode-se considerar possível a aplicação do aumento estabelecido ao roubo no caso de furto mediante concurso de pessoas que fora desclassificado para furto simples?

Segundo Lenio Streck, seria possível o “uso analógico para os casos de furto qualificado por concurso de agentes — do percentual de acréscimo decorrente da majoração do concurso de pessoas no roubo”. Pretendeu o autor, assim, realizar uma interpretação constitucionalmente adequada, uma “filtragem hermenêutico-constitucional”, no que foi seguido pelos Desembargadores, chegando inclusive Bueno de Carvalho a afirmar que

“procura-se, respeitosamente, ‘racionalizar’ o sistema, fazendo presente o

princípio da isonomia. A forma de superar é o uso da analogia para beneficiar, com aplicação ao furto qualificado pelo concurso do mesmo percentual incidente no roubo majorado”.

Respeitosamente, dizemos nós, pedimos a devida licença para discordar, *in totum*, do ponto acima tratado. O princípio da legalidade, sob o aspecto da reserva legal, anterioridade da lei penal e taxatividade, há que ser lembrado se se pretende, realmente, uma interpretação orientada pela Constituição. Como princípios, admitem aplicação *coerente*, em um caso concreto, com outros princípios, não significando, por exemplo, que o princípio da anterioridade da lei penal seja absoluto: perante o caso concreto, a lei penal poderá retroagir para beneficiar o réu, mas isso trata-se de uma questão a ser analisada no caso concreto; inclusive o que é “benefício” em uma dada situação.

Todavia, em respeito à reserva legal, proibidas, em princípio, estão todas e quaisquer pretensões interpretativas que lancem mão da analogia. A chamada “interpretação analógica” pela doutrina é possível de ocorrer naquelas hipóteses em que a própria norma determina. Do contrário, ilícito é realizar um juízo negativo ou agravante mediante o uso da analogia.

Se se conclui pela inconstitucionalidade do art. 155, § 4º, IV, dever-se-ia então proceder à aplicação do *caput* do art. 155 e não pretender aplicar o dispositivo referente ao roubo. O emprego da analogia está, aqui sim, realizando uma violação à Constituição.

Talvez por receio da repercussão de decisão tão inovadora, preferiram os Desembargadores ser mais “cautelosos”, e, sob o argumento do uso da analogia para “beneficiar” o réu, ganharam os louros de uma decisão *sui generis*.

Nessa controvérsia, mais acertado seria o argumento trazido pelo Desembargador do TAMG. Para Victor de Carvalho,

“Um (*sic*) vez afastada a validade daquele dispositivo, aponto como solução para o caso a aplicação do

art.155, *caput*, do mesmo diploma legal. Não considero acertada a aplicação do aumento de pena do roubo em concurso de pessoas para o caso em comento, como ocorreu no voto já mencionado, para superar a questão, tendo em vista que se trataria de analogia *in mallan partem*, que não é permitida pelo Direito Penal (...) a majoração da pena que ocorre no roubo cujo cometimento se dá em concurso de agentes não deve ser analogicamente utilizada, posto que *prejudicaria* o agente.” (Grifo nosso)

Devemos ainda comentar uma passagem no texto que nos chamou a atenção. Para Streck,

“enquanto o poder encarregado de fazer as leis não elaborar as necessárias readaptações legislativas, cabe ao Poder Judiciário, em sua função integradora e transformadora, típica do Estado Democrático de Direito, *efetuar as correções das leis*, utilizando-se para tal dos *modernos mecanismos hermenêuticos...*”

Sem adentrarmos a questão do papel do Judiciário em um Estado Democrático de Direito, não é novidade deste a chamada “correção das leis”. Tal noção, muito embora não lembrada por Lenio Streck, liga-se à noção aristotélica de que se deve sempre proceder à “correção das leis”. Esta não se trata da realização de analogias para sanar possíveis “lacunas”, senão a *consideração do caso concreto, pois tão-somente perante o fato concreto é que a norma adquire “normatividade”, isto é, sentido*. Não esquece Aristóteles a impossibilidade de, de antemão, estabelecer todas as hipóteses fáticas capazes de ocorrer, como maneira a se fazerem presente no diploma normativo (cf. OLIVEIRA, 2001, p. 63 et seq.). Corrigir a lei é interpretá-la frente ao caso concreto, dando-lhe, portanto, sentido, o que nos permite concluir com Klaus Günther na esteira de que as normas só podem ser consideradas concorrentes na aplicação quando tão-somente realizada es-

teja a descrição exaustiva do caso concreto.

Para finalizar, pois longas por demais já se fizeram nossas palavras, devemos recapitular a necessidade de distinção dogmática entre causa de aumento e qualificadora, lembrando ser inadequada a tentativa de estabelecer um juízo de proporcionalidade entre elementos distintos.

Terminando, e aqui estamos em pleno acordo com Streck, há uma crescente necessidade de se realizarem leituras constitucionalmente adequadas e este caso concreto analisado é um bom exemplo para confirmar que se encontra a *hermenêutica em crise*.

### Notas

<sup>1</sup> Embora Dworkin pareça se referir a todos os casos como sendo “hard cases”, não parecia ser esse o seu intuito em seu livro *Taking rights seriously*, em que abre um capítulo específico para tratar de determinados casos jurídicos aos quais atribui a qualidade de “casos difíceis”.

<sup>2</sup> Nesse sentido, cf. voto vencido do Desembargador Alexandre Victor de Carvalho na Apelação Criminal n. 313.012-1, julgada em 26/09/2000 pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais.

<sup>3</sup> Aqui estamos realizando uma leitura da teoria kelseniana por meio das críticas erigidas por Dworkin ao positivismo.

<sup>4</sup> É certo que não se pode confundir paradigma com mundo da vida: este é muito mais totalizante, enquanto aquele é sempre próprio.

<sup>5</sup> Cf., nesse sentido, autor pátrio central na compreensão do Estado Democrático de Direito: Menelick de Carvalho Netto (1999, p. 473 et seq.).

<sup>6</sup> Sobre possíveis interpretações do princípio da proporcionalidade, cf. Paulo BONAVIDES (2000, p. 356 et seq.).

<sup>7</sup> Cita o autor um exemplo: “‘You ought not to lie under any circumstances’ versus ‘You ought to lie under some circumstances’”. O disparate lógico aqui existente faz com que, na concepção do autor, o conflito possa ser resolvido em nível que não leve em conta a reconstrução do caso concreto.

<sup>8</sup> Para uma crítica dessa perspectiva, cf. Jürgen HABERMAS (1998, p. 281 et seq.), Klaus GÜNTHER (1992, p. 241).

<sup>9</sup> Depois da introdução do conceito de *autopoiesis*: Niklas LUHMANN, Raffaele de GIORGI (1993, p. 59 et seq.) Niklas LUHMANN (1995, p. 59 et seq.).

<sup>10</sup> Cf., no sentido esboçado, Claus ROXIN (1981, p. 73): “Si trasplantamos, en consecuencia, esta idea

rectora del fin de la pena a la categoría del delito que estamos discutiendo, resultará, ciertamente que en caso de no poder actuar de otro modo quedan excluidas culpabilidad y punibilidad; pero si — dando por supuesto el libre albedrío — se comprueba que el autor (aún) podía actuar de otro modo, con ello no se ha decidido aún su punibilidad. Hay que partir, por el contrario, de la base de que el legislador se ha preguntado además si político-criminalmente (esto es, desde el punto de vista de prevención especial o de prevención general) es necesario el castigo”. Na página 178, constrói um pensamento a ser detidamente analisado: “Tras todo lo dicho, se puede afirmar, en contra de los ataques de la crítica, la tesis de que cuando falta la culpabilidad también faltan las necesidades preventivas, general y especial, de una pena”. Mais surpreendente ainda é a afirmação presente em seu *Derecho Penal*: “Un error de prohibición puede excluir la responsabilidad incluso cuando exista culpabilidad (disminuida), y considerarse invencible en sentido jurídico cuando una renuncia al castigo sea compatible con las funciones preventivas del Derecho penal”. [itálicos nossos] (p. 881).

<sup>11</sup> Afirma o parecerista que, “enquanto o poder encarregado de fazer as leis não elaborar as necessárias adaptações legislativas, cabe ao Poder Judiciário, em sua função integradora e transformadora (...) efetuar as correções das leis”.

### Bibliografia

ALEXY, Robert. *Derecho y razón practica*. Ciudad de México: Fontamara, 1993.

\_\_\_\_\_. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Traducción de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CANOTILHO, J. J. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, Faculdade de Direito da UFMG, v. 3, maio 1999.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Traducción de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1999a.

\_\_\_\_\_. *O Império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999b.

GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. Traduction of John Farrell. Albany: State University of New York, 1988.

\_\_\_\_\_. Justification et application universalistes de la norme en droit et en morale. *Archives de philosophie du droit*, Sirey, t.37, p. 269-297, 1992.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus, 1987, t. I.

\_\_\_\_\_. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

\_\_\_\_\_. Tres modelos de democracia. *La inclusión del otro: estudios de teoría política*. Traducción de Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar Roca. Buenos Aires: Paidós, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v.1.

\_\_\_\_\_; Giorgi, Raffaele de. *Teoría de la sociedad*. México: Guadalajara, 1993.

\_\_\_\_\_. La contingenza come valore proprio della società moderna. *Osservazioni sul moderno*. Roma: Armando, 1995.

MEZGER, Edmund. A culpa no moderno direito penal. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, p. 195-217, v. 22, 1956.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Sobre a interpretação jurídica. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, Faculdade de Direito da UFMG, v. 3, maio, 1999.

ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981.

\_\_\_\_\_. *Derecho penal: parte general*. Traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. 1.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. 11. ed. Santiago: Editorial de Chile, 1976.