INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO - QUANDO A INGENUIDADE DÁ LUGAR À DESCONFIANÇA

Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo, Mestre em Direito Público pela UFBA - Universidade Federal da Bahia. Pós-Graduado em Ciências Criminais pela Fundação Faculdade de Direito vinculada ao Programa de Pós-Graduação da UFBA. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador - UCSAL. Professor de Direito Penal da Universidade Salvador – UNIFACS. Professor de Processo Penal da Universidade Católica do Salvador – UCSAL. Analista Previdenciário da Procuradoria Federal Especializada do INSS. Autor do livro *A importância dos atos de comunicação para o processo penal brasileiro*: o esboço de uma teoria geral e uma análise descritiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, 215 p. Área de dedicação e pesquisa: Direito Penal, Direito Processual Penal, Hermenêutica Jurídica e Filosofia do Direito.

RESUMO: O presente texto desenvolve um olhar cético acerca da infração de menor potencial ofensivo e de sua relação com os Juizados Especiais Criminais. Com este objetivo o texto analisa a infração de menor potencial ofensivo a partir de uma concepção retórica. Feita tal análise, o texto procura estudar as relações entre os Juizados Especiais Criminais e as instâncias ilícitas de controle.

ABSTRACT: This paper develops a skeptical about the violation of lower offensive potential and its relation to the Special Criminal Courts. With this goal the paper analyzes the violation of lower offensive potential from a rhetorical conception. Made this analysis, the text attempts to study the relationship between the Special Criminal Courts and the instances of illegal control.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Infração de menor potencial ofensivo; 2. Juizados Especiais Criminais; 3. Retórica; 4. Legitimidade; 5. Instâncias ilícitas de controle.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

KEYWORDS: 1. Violation of lower offensive potential, 2. Special Criminal Courts 3. Rhetoric 4.Legitimacy; 5. Instances of illegal control.

SUMÁRIO: 1. Infração de menor potencial ofensivo: jurisdição constitucional, estrutura do ordenamento e metodologia normativa; 2. Infração de menor potencial ofensivo: o problema de uma definição legal no contexto da sociedade contemporânea; 3. Alguns problemas do conceito de infração de menor potencial ofensivo; 4. Infração de menor potencial ofensivo: o problema da legitimidade; 5. Conclusão.

> *"Em algum remoto canto do universo, que se deságua fulgurantemente em inumeráveis sistemas solares, havia uma vez um astro, no qual animais astuciosos inventaram o conhecimento. Foi o minuto mais audacioso e hipócrita da 'história universal': mas, no fim das contas, foi apenas um minuto. Após alguns respiros da natureza, o astro congelou-se, e os astuciosos animais tiveram de morrer".* NIETZSCHE. Friedrich Wielhm. **Sobre a verdade e a mentira.** Tradução: Fernando de Moraes Barros. São Paulo: Hedra, 2007, p. 25.

1. INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, ESTRUTURA DO ORDENAMENTO E METODOLOGIA NORMATIVA

O leitor menos avisado, ao se deparar com o conceito de infração de menor potencial ofensivo, pode ser levado a equívoco. Isto porque ele é quase que imediatamente induzido a pensar que tal conceito deva ser definido, necessariamente, como o gênero composto pelas espécies contravenção penal e os delitos cuja pena máxima em abstrato não ultrapasse o limite de dois anos, cumulada ou não com multa.

Todavia, a precipitação é irmã do erro e madrasta da prudência. E com o legislador infraconstitucional não foi diferente. Já se sabe, não de agora, que a lei não deve definir conceitos, pois tal tarefa deve ficar a cabo da doutrina e da jurisprudência. Não porque este seja um dogma da hermenêutica clássica[1], mas, sim, porque se trata de um corolário da Jurisdição Constitucional, no

[1] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 90.

sentido que lhe empresta João Maurício Adeodato[2].

Afinal, definições não são estáticas, antes são mutantes e circulares[3], e isso é o próprio legislador constituinte que ensina ao consignar que cabe ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição. Ora, se o texto constitucional (CR, artigo 102) atribui ao Supremo o papel de intérprete legítimo da Constituição, força é convir que neste instante foi subvertida a tradicional hierarquia das fontes do Direito, pois o próprio texto constitucional estabeleceu a preferência da Jurisprudência em prejuízo da lei. É dizer, a Jurisprudência não apenas prefere à lei, como esta preferência resulta da própria lei[4].

A Jurisdição Constitucional, como definição que o é, também apresenta aspecto circular. Isto porque, de um lado, ela é o conjunto de interpretações, argumentações e decisões produzidas pelo Judiciário em questões relativas aos textos constitucionais. E, de outro, ela é o mosaico dos textos decisórios (sentenças ou acórdãos) e constitucionais, o qual acaba servindo de base para novas interpretações. Em outras palavras, se o texto da Constituição serve como ponto de apoio para interpretações jurídico-normativas, estas interpretações, quando concretizadas em forma de acórdão, por exemplo, irão influir sobre as novas interpretações que venham a ser feitas a partir do

---

[2] ADEODATO, João Maurício. *Retórica constitucional* – Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 139.

[3] "Do ponto de vista pragmático, é preciso considerar *validade* e *imperatividade* como conceitos diferentes, não redutíveis um ao outro, e o conceito de *ordenamento* como um sistema que admite não uma, mas várias hierarquias, o que elimina hipótese de um (única) norma fundamental e a corresponde concepção de unidade. A posição pragmática é de que uma norma pode ser válida e, não obstante isso, não ter império, isto é, força de obrigatoriedade, e vice-versa, ter império e não ser válida. Assim, uma norma tem imperatividade à medida que se lhe garante a possibilidade de impor um comportamento independentemente do concurso ou da colaboração do destinatário, portanto, a possibilidade de produzir efeitos imediatos, inclusive sem que a verificação de sua validade o impeça... Ademais, a posição pragmática é de que o sistema do ordenamento, não se reduzindo a uma (única) unidade hierárquica, não têm estrutura de pirâmide, mas estrutura circular de competências referidas mutuamente, dotada de coesão. Por exemplo, o Supremo Tribunal Federal recebe do *poder constituinte originário* sua competência para determinar em última instância o sentido normativo das normas constitucionais. Desse modo, seus acórdãos são válidos, com base em uma norma constitucional de competência, configurando uma subordinação do STF ao *poder constituinte originário*. No entanto, como o STF pode determinar o sentido de validade da própria norma que lhe dá aquela competência, de certo modo, a validade da norma constitucional de competência do STF também depende de seus acórdãos (norma), configurando uma subordinação do *poder constituinte originário* ao STF". Cf. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito:* técnica, decisão, dominação. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2007, p. 189-190.

[4] ADEODATO, Op. citi, p. 149.

mesmo texto diante de um novo caso concreto.

Sendo assim, antes do operador do Direito se debruçar sobre o texto do artigo 98, inciso I, da Constituição, imperioso se faz que ele melhor compreenda a estrutura do ordenamento jurídico. Isto porque, enquanto conjunto de normas genéricas, a estrutura do ordenamento é piramidal, no sentido que lhe atribui Kelsen. Contudo, enquanto conjunto de normas casuísticas, esta mesma estrutura apresenta feição circular, vez que as normas são concretizações construídas pelo magistrado a partir do texto de lei, do caso concreto e dos valores determinantes em jogo[5]. Ora, se assim o é, as normas ao mesmo tempo em que determinam o sentido dos textos, o tomam como ponto de apoio para futuras concretizações. Em uma só palavra, normas pressupõem normas que, por sua vez, pressupõem outras normas, e todas se utilizam do texto[6].

Mas, por favor, não compreendam mal essas assertivas. Os textos (exemplo, o do artigo 98, inciso I da CR) não desempenham, dentro do

---

[5] "Mas o **sistema vai muito além dessas bases textuais,** é uma conclusão direta: o sentido e o alcance dos termos, a coerência argumentativa e os conflitos não estão ali nesse livro que se chama 'a Constituição' e, nem por isso, deixam de fazer parte do universo constitucional. Ao conjunto de interpretações, argumentações e decisões apreciadas pelo judiciário, em questões que envolvem os textos constitucionais, dá-se a denominação de jurisdição constitucional (*Verfassungsgerichtbarkeit*). Observe-se que jurisdição constitucional, por sua vez, é também composta de textos, decisórios, os quais vêm somar-se aos textos do livro constitucional e servir de partida para novas interpretações, argumentações e decisões". Cf. ADEODATO, Op. cit., p. 140. Em outra obra, o aludido autor afirma que "em lugar de fato, valor e norma, procura construir uma teoria do direito que uma evento real, idéia e expressão simbólica, ou, mais especificamente, estudar as interferências recíprocas entre o fato juridicamente relevante, a norma jurídica e as fontes do direito. As diferenças entre a norma (o significado ideal para controle de expectativas atuais sobre condutas futuras) e os símbolos linguísticos que a exprimem (os significantes revelados pelas fontes do direito) são particularmente importantes para a interpretação e a argumentação jurídicas. Essas três dimensões do conhecimento não podem ser reduzidas uma à outra. O valor não é considerado uma quarta dimensão por estar presente em todas as outras três, sempre", cf. ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica* **-** Para uma Teoria da Dogmática Jurídica. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p. XXIII.

[6] Importa esclarecer que, a rigor, não há um abismo entre a norma e o texto. Não porque esteja certa a premissa da Escola de Exegese, ao identificar as duas figuras, mas, sim, porque não existe um texto exclusivamente texto, já que todo texto traz embutido, em si, dados linguísticos e reais, bem como referências externas à própria expressão. Cf. ADEODATO, p. 146. Em outras palavras, se a linguagem é mais do que o texto, logo não há um precipício separando ele da norma, pois os dois elementos encontram-se inseridos no universo da linguagem. Tratam-se apenas de diferentes formas de representação, dado que a linguagem não é estática, antes é constituída por diversos e simultâneos jogos que se encontram em constante metamorfose. Para entender melhor o comportamento da linguagem, indispensável se faz a leitura de WITTGENSTEIN, Ludwig. Tratado Lógico-Filosófico. Investigações Filosóficas. Tradução e prefácio de M. S. Lourenço. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, *passim.*

ordenamento jurídico, o papel de ponto de partida para o processo de concretização da norma jurídica. Textos funcionam como ponto de apoio, e não como ponto de partida[7]. E assim o é, pois a abertura normativa do sistema jurídico[8] se dá por meio do caso concreto. Logo, é o caso o ponto de partida da concretização da norma, e não o texto. De outra forma, retira-se a temporalidade do direito[9], vez que o texto é a tentativa de objetivação de um consenso através da linguagem, o qual termina por suspender a temporalidade da constituição da norma.

Esta circunstância remete, então, a outra conclusão, qual seja, a metodologia normativa não é dedutivo-subjuntiva, antes se mostra indutivo-casuística. Ou seja, a concretização da norma parte do caso em busca de um texto, sendo, nesse ponto, indutivo-casuística. Todavia, ao escolher um dado texto a partir de opções valorativas, logo a seguir justifica-se a mencionada escolha segundo outros textos, tornando-se aqui dedutivo-silogística[10]. E, depois de feita e justificada a escolha, retorna-se ao caso objeto do processo e, neste instante, a escolha é testada pela pretensão e resistência das partes, as quais são exercitadas por meio dos recursos cabíveis, voltando a ser aqui, novamente, indutivo-casuística[11]. Em suma, a metodologia de concretização

---

[7] Nesse ponto, diverge-se da lição de João Maurício Adeodato, o qual compreende o texto como um ponto de partida para concretização da norma jurídica. Cf. ADEODATO, Op. cit., p. 139.

[8] Quando se faz uso aqui da noção de abertura normativa do sistema jurídico, não se tem por finalidade qualquer aproximação com a proposta elaborada por Claus-Wilhelm Canaris, até porque não se adota aqui a definição por ele oferecida ao conceito de "sistema jurídico". Consulte-se CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.* Tradução e introdução: Antônio Menezes Cordeiro. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 103-125.

[9] Op. cit., p. 148.

[10] Para maior esclarecimento quanto ao método dedutivo, veja-se: Descartes, René. *Discurso do método*. Trad. Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, *passim.*

[11] O teste a que é submetida a escolha do texto de lei e a sua justificação aproxima-se, em grande medida, do método proposto por Karl Popper, o da refutabilidade da hipótese cognitiva. Todavia, o refutável é, antes de tudo, uma derivação indutiva, pois só se verifica a resistência da hipótese a partir da experiência da análise. Caso contrário, admitir-se-ia que a refutabilidade é uma hipótese inverificável. Nesse passo, Karl Popper, lecionando sobre o conhecimento e a ignorância, assevera que "se é possível dizer que a ciência, ou o conhecimento, 'começa' por algo, (...) o conhecimento não começa de percepções ou observações ou de coleção de fatos ou números, porém, começa, mais propriamente, de problemas. Poder-se-ia dizer: não há nenhum conhecimento sem problemas; mas, também, não há nenhum problema sem conhecimento. Mas isto significa que o conhecimento começa da tensão entre conhecimento e ignorância. (...) não há nenhum problema sem conhecimento; (...) não há nenhum problema sem ignorância. (...) cada problema surge da descoberta de que algo não está em ordem com nosso suposto conhecimento; descoberta de uma contradição interna entre nosso suposto conhecimento e os fatos...". Consulte-se: Popper, Karl. *Lógica das ciências sociais***.** Trad. Estevão

da norma é indutivo-dedutivo-indutiva.

Como se percebe dentro do ambiente de uma metodologia indutivo-dedutivo-indutiva, o caso ganha grande importância no processo de concretização da norma e, por consequência, a própria definição daquilo que se venha a entender por infração de menor potencial ofensivo. Se a partir de uma metodologia dedutivo-subjuntiva o texto do artigo 61 da Lei nº 9.099/95 é o protagonista da aplicação da norma, no cenário metodológico indutivo-casuístico, o caso se torna o ator principal no processo de construção da norma. Por conseguinte, torna-se fundamental dedicar um olhar atento ao caso e, a partir da sua importância, desconfiar que ele possa interferir significativamente, por exemplo, na fixação da competência dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95, artigo 77, parágrafo 2º)[12]. Afinal, o texto "sequer fixa os limites da interpretação, servindo, quando muito, para justificar posteriormente uma decisão já tomada como base em normas ocultas pelos próprios procedimentos decisórios"[13].

É certo que o caso exerce um papel relevante na constituição da norma jurídica e, portanto, na reconstrução do conceito de infração de menor potencial ofensivo. Todavia, o caso não é o toque de Midas[14] da dogmática jurídica contemporânea, vez que ele não reflete o conflito real, mas, sim, um relato artificialmente selecionado pelo sistema jurídico. E esta seletividade é dúplice, pois tanto decorre do caráter metafórico da linguagem, com os abismos gnosiológicos e axiológicos que lhe constitui, quanto da operacionalidade do sistema. Disto resulta que o conflito resolvido pelo sistema jurídico é sempre um conflito artificial, dado que é impossível alcançar o conflito real, quiçá resolvê-lo. Logo, o sistema jurídico é um sistema de administração de conflitos artificiais ou, quando muito, de

---

de Rezende Martins, apoio Cláudio Muniz, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004. p. 14-15.

[12] "Ora, eis aqui uma indagação a exigir pronta resposta: que espécie de juiz natural é esse que tem sua competência condicionada à citação pessoal do acusado ou à menor complexidade da produção probatória, conforme o disposto no art. 66 e no art. 77, § 2º, ambos da Lei nº 9.099/95? E, agora, condicionado também à inexistência de conexão e continência com crimes mais graves? O que realmente importa são a presença do acusado e a facilidade da prova para a definição da competência de jurisdição? Se a resposta for afirmativa, tudo quanto se disse, aqui e acolá, sobre o princípio ou garantia do juiz natural terá virado pó.", cf. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal.* 13 ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 719.

[13] ADEODATO, *Op. cit,* p. 143.

[14] COMMELIN, P. *Mitologia grega e romana.* Tradução: Eduardo Brandão. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 349-350.

controle deles. Até porque nada permite concluir que o sistema jurídico, mesmo que tivesse em tese capacidade de resolver o conflito real, estaria imbuído em fazê-lo. Os conflitos, em última análise, justificam a existência do Estado e do seu aparato de controle[15].

E são eles, os conflitos, que ajudam a traçar a diferença entre a Jurisdição Constitucional e a concretização da norma constitucional. A Jurisdição Constitucional é a gama de concretizações normativas realizadas pelo Poder Judiciário a partir dos conflitos levados ao seu conhecimento. A concretização da norma constitucional, por seu turno, não constitui, necessariamente, um corpo harmônico e sistemático de concretizações normativas, nem é fruto da atuação do Poder Judiciário, antes resulta da interpretação que cada cidadão confere ao texto constitucional diante dos conflitos da vida cotidiana. É dizer, se a sociedade é uma arena de conflitos, a concretização da norma constitucional é aquilo que Peter Häberle denomina como "Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição"[16].

Admitindo-se que tais premissas são verossímeis, necessário se faz concluir que, à medida que os anos passam, a Constituição terá tanto mais normas quanto mais concretizações forem feitas pelo Poder Judiciário e pelos cidadãos. "Daí por que se tem 'mais Constituição' hoje do que em 1988, em um sentido bem literal"[17]. Por conseguinte, forçoso é inferir que o texto constitucional do artigo 98, inciso I, da CR, ao estabelecer o conceito de infração de menor potencial ofensivo, não tem o seu significado delimitado pelo esboço de definição dado pelo malfadado artigo 61 da Lei

---

[15] Apesar de não se adotar aqui a concepção de Marx quanto ao papel exercido pelo Estado na sociedade capitalista. Não se recusa por completo as suas considerações acerca do tema. Cf. MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos.* Tradução: Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004, *passim.* Convém transcrever as palavras de Tércio Sampaio Ferraz Junior sobre o assunto: "O poder disciplinar confere à soberania (do Estado) um sentido mais abstrato, simultaneamente, mais racionalizável e duradouro. Antes, ela *emergia* do apossamento de terra e da riqueza. Agora, ela *constitui* a possibilidade de apossamento. O Estado serve ao desenvolvimento do capitalismo e à acumulação contínua e eficiente da riqueza". Cf. FERRAZ JUNIOR, Op. cit., p. 179-180.

[16] "Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição". Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 15.

[17] ADEODATO, *Op. cit,* p. 147.

nº 9.099/95 (recentemente alterado pela Lei nº 11.313/06). Este esboço de definição antes agrava o conflito real, na medida em que aumenta, uma vez mais, o abismo que o separa do conflito artificialmente selecionado pelo sistema jurídico. Em síntese, o mencionado dispositivo antes se mostra um arremedo de definição.

2. INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO: O PROBLEMA DE UMA DEFINIÇÃO LEGAL NO CONTEXTO DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Este arremedo é tanto mais evidente quanto mais a sociedade se torna complexa e diferenciada. Complexa, porque a sociedade contemporânea, no dizer de Niklas Luhmann, é um sistema social constituído por muitos subsistemas que se intercomunicam entre si mediante acoplamentos estruturais. E diferenciada, porque os subsistemas sociais, a exemplo da economia e do direito, constituem e preservam as suas autonomias por meios de aberturas e fechamentos normativos levados a cabo através de códigos de linguagem. Códigos como o do ter ou não-ter ou, ainda, como o do lícito e ilícito[18]. Quanto mais complexa a sociedade, maior será a dificuldade de consenso sobre a conotação e a denotação dos textos legais[19]. Daí porque a norma se torna um consenso casuístico e provisório construído por meio da força do melhor argumento.

É neste contexto intelectual que a definição de infração de menor potencial ofensivo precisa ser repensada. Sendo mais claro, o que se deve repensar não é apenas a definição em si, mas a circunstância dela se encontrar lançada em texto de lei. Uma dogmática jurídica contemporânea deve, antes

---

[18] "Cada aumento de complexidade dum sistema pode ser designado como diferenciação em geral, mediante a criação dum subsistema. Existe uma diferenciação funcional quando os sistemas não são comparados como unidades semelhantes, mas se referem a funções específicas e estão então ligados uns aos outros. As vantagens do aumento de rendimento da diferenciação funcional são evidentes. Que elas tenham de ser resgatadas mediante determinadas dificuldades e problemas de consequências, sempre se viu, mas era compreendido de forma muito diferente, por exemplo, como necessidade de coordenação em cada distribuição de tarefas, como contexto de elevação da diferenciação e integração, diferenciação e autarquia dos sistemas parciais, especificação ou generalização, ou então como discrepância inevitável entre estrutura e função, que aumenta no caso duma diferenciação mais marcada". Cf. LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento.* Tradução: Maria da Conceição Côrte- Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 195.

[19] AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. Desconstruindo a ordem pública e reconstruindo a prisão preventiva, in *Revista Jurídica***,** ano 58, nº 394. Sapucaia do Sul: Notadez, 2010, p.119-122.

de tudo, ser um sistema inacabado, uma estrada sem linha de chegada. Eis o caráter retórico necessário à dogmática jurídica contemporânea. Um caráter que deve ser compreendido em suas três dimensões, ou seja, enquanto método, metodologia e metódica, no sentido que ensina Ottmar Ballweg[20]. Somente repensando a dogmática jurídica, o seu uso e as definições por ela oferecidas, a exemplo da que é dada à infração de menor potencial ofensivo, é que será possível controlar a complexidade crescente da teia social.

Sendo assim, a dogmática jurídica contemporânea deve ser antes de tudo uma dogmática comprometida com o caso, vez que a crescente complexidade social acentua a distinção entre o texto de lei e a norma. Uma distinção que sinaliza para necessidade de se refletir sobre a definição legal de infração de menor potencial ofensivo. Seja porque a definição que é dada a tal grupo de infrações se encontra engessada, vez que está lançada em texto de lei, seja porque, e principalmente, ela parece menosprezar a importância do caso. Afinal, se até a Escola de Exegese reconhece que há textos que reclamam interpretação, basta interpretar a *contrario sensu* o famoso brocardo latino *in claris cessat interpretatio*[21], forçoso é admitir a infelicidade do legislador ao definir por meio da lei o conceito de infração de menor potencial ofensivo.

Refletir sobre a definição legal de infração de menor potencial ofensivo, conferindo maior importância ao caso, é admitir, uma vez mais, o caráter retórico da dogmática jurídica. E aqui cabe uma importante advertência, não se deve conferir qualquer conotação pejorativa ao emprego do vocábulo retórico ao caráter que a dogmática jurídica deve apresentar diante da complexidade da sociedade atual. É certo que a retórica, no sentido que Platão atribui a tal palavra[22], apresenta um significado negativo, pois ela logo é identificada com a ideia de ornamento da linguagem e com a arte de enganar o outro. Todavia, esta não é a única definição que se pode atribuir a este signo. Basta tomar contato com a obra de Aristóteles, para se perceber que a retórica pode ser compreendida de forma positiva e construtiva, "como a contrapartida da dialética"[23]. E é a partir deste viés que se compreende

---

[20] BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. Tradução: João Maurício Adeodato. *Revista Brasileira de Filosofia*, nº 163, fasc. 39. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, 1991, p. 175-184.

[21] Só é possível afirmar a clareza do texto de lei e, com isso, afastar a sua interpretação, se aquele que aplica a lei, antes a interpretar, pois a clareza do texto pressupõe interpretação. Sendo assim, "não é a falta de clareza (linguístico-hermêutico-exegética) das leis que justifica a interpretação, é a problemático-concreta realização normativa do direito que a não pode nunca dispensar". Cf. NEVES, Antônio Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 14-28.

[22] PLATÃO. *A República.* Tradução: Enrico Corvisieri. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999, p. 21-23.

[23] ARISTÓTELES. *Retórica.* Tradução: Marcelo Silvano Madeira. São Paulo: Rideel, 2007, p.19.

aqui a "retórica como uma **espécie** de filosofia, mais do que uma 'escola', dada sua amplitude, longevidade e abrangência"[24].

Quando se percebe a retórica como uma espécie de filosofia, logo, se compreende que ela é constituída por três dimensões, são elas: a retórica material, a retórica prática e a retórica analítica. A retórica material é a maneira pela qual os seres humanos efetivamente se comunicam (a arte e a técnica da comunicação), as relações humanas enquanto comunicação. Nesse sentido, a retórica material corresponde ao método, que são as maneiras pelas quais efetivamente ocorre a comunicação no ambiente. E, quando se afirma que a "realidade" é retórica, assevera-se, também, que a linguagem controla as relações humanas por meio de promessas. As promessas podem, ou não, serem cumpridas, mas o controle dos comportamentos é imediato. Logo, as normas jurídicas são promessas caracterizadas pelo abismo cronológico entre a expectativa presente e o futuro inexistente[25].

Por sua vez, a retórica prática ou estratégica é uma meta-retórica, uma retórica sobre a retórica material. Ela observa como funciona a retórica material e verifica que fórmulas dão certo. Desta forma, a retórica prática constitui uma pragmática finalística e normativa da comunicação. E, nesse sentido, a retórica prática é uma metodologia (teoria sobre os métodos) da retórica material, dentro da qual se encontram inseridas a tópica, a teoria da argumentação e as figuras de linguagem. Em outras palavras, a retórica prática é a estratégia para modificar casos (relatos da retórica material) e erigi-los em objetos (conceitos instituídos pela linguagem de controle e tomados como se fossem verdades). Por conseguinte, a infração de menor potencial ofensivo é um conceito produzido pela retórica prática a partir da modificação e recorte do caso.

A retórica analítica[26], por fim, é a metódica que analisa a relação entre as

---

[24] ADEODATO, *Op. cit,* p. 16.

[25] ADEODATO, João Maurício. As retóricas na história das idéias jurídicas no Brasil – originalidade e continuidade como questões de um pensamento periférico. *Revista da ESMAPE***,** Recife, v. 14, nº 29, p. 243-278, jan./jun. 2009.

[26] "A retórica analítica diferencia-se das retóricas práticas e material por não estar submetida aos constrangimentos destas, quais sejam: a obrigatoriedade de estabelecer normas, a obrigatoriedade de decidir, a obrigatoriedade de fundamentar e a obrigatoriedade de interpretar. Isto significa apenas que a retórica analítica se submete a constrangimentos inteiramente diferentes, desde que lhe baste a exigência de averiguabilidade de seus resultados: a limitação e enunciados formais; a consideração permanente de que tais enunciados podem vir a se tornar empíricos; a necessidade de sua complementação através de outros princípios analíticos; a possibilidade de controle das proposições e sua compatibilidade com outras teorias analíticas; o caráter parcial das análises e de seus resultados, assim como a possibilidade de reprodução, acumulação e generalização dos mesmos". Cf. BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. Tradução: João Maurício Adeodato. *Revista brasileira de filosofia*, nº 163, fasc. 39. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, 1991, p. 175-184.

retóricas, material e prática. É a dimensão desestruturante da retórica que procura ter uma visão descritiva e abstrair-se de preferências axiológicas, uma tentativa de neutralidade. Nesse sentido, a retórica analítica amplia a semiótica e busca conferir igual importância ao signo, ao significado e aos utentes dentro do sistema linguístico. É dizer, a retórica analítica procura conferir igual relevância ao texto de lei, à norma, que é sempre concreta, e aos sujeitos envolvidos no processo de construção normativa. Desta forma, a retórica analítica acaba por demonstrar o equívoco de reduzir metonimicamente a retórica à retórica prática.

Se a retórica não se reduz à retórica prática e a sociedade contemporânea se caracteriza pela sua complexidade, então, faz-se necessário concluir que toda norma jurídica é concreta e que é possível compreender a retórica como uma espécie de filosofia. Ora, se a retórica é uma espécie de filosofia, não há qualquer demérito em compreender a dogmática jurídica a partir de um viés retórico e, desta forma, reconstruir o conceito de infração de menor potencial ofensivo. Pelo contrário, é exatamente o caráter retórico da dogmática jurídica que permitirá controlar a complexidade da sociedade atual. Até porque, a rigor, desconsiderar o caso no processo de concretização da norma, como parece ter ocorrido com a definição legal de infração de menor potencial ofensivo, é admitir que a decisão judicial que recebe a denúncia ou a queixa-crime, por exemplo, é carente de fundamentação[27].

Como se percebe, então, o conceito delineado pelo texto do artigo 61 da Lei nº 9.099/95 apresenta alguns problemas. Problemas que remetem a uma possível incompatibilidade entre o conceito de infração de menor potencial ofensivo e a própria noção de Juizados Especiais Criminais. Problemas que precisam ser analisados detalhadamente para que, a seguir, seja possível avaliar se, de fato, eles são, ou não, problemas.

3. ALGUNS PROBLEMAS DO CONCEITO DE INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

A esta altura da exposição, desconfia-se que uma indagação insiste em incomodar o leitor: por que a definição, em si, de infração de menor potencial ofensivo reclama uma reflexão tão cautelosa? Por muitas razões. A primeira delas é a incompatibilidade existente entre a definição legal de infração de menor potencial ofensivo e a própria instituição dos Juizados Especiais Criminais. Ora, se os juizados foram instituídos com o escopo

[27] ADEODATO, *Op. cit,* p. 154.

de proporcionar celeridade ao julgamento da chamada infração de menor potencial ofensivo, não é possível chegar à outra conclusão que não seja a da infelicidade da definição dada pelo artigo 61 da Lei nº 9.099/95. Como é possível conferir celeridade ao procedimento e ao julgamento de um processo, se o conceito de infração de menor potencial ofensivo pressupõe a figura da contravenção penal?

E qual é a incompatibilidade entre a contravenção penal e os motivos político-criminais que orientaram a instituição dos Juizados Especiais Criminais? A primeira é a circunstância de a contravenção penal ser apurada mediante ação penal de iniciativa pública incondicionada (Decreto-lei nº 3.688/41, artigo 7º). Ora, se é o Ministério Público que terá que oferecer a ação penal e deverá fazê-lo necessariamente, caso a transação penal (Lei nº 9.099/95, artigo 76) reste frustrada, fica fácil concluir que os Juizados Especiais Criminais já surgem em meio a uma imensa gama de ações penais a apreciar. Isto porque às contravenções penais não são aplicáveis institutos processuais, como, por exemplo, o da desistência do processo, ou o do perdão do ofendido. Por conseguinte, faz-se indispensável formular aqui outra pergunta: como é possível compatibilizar a velocidade de julgamento do processo com a exponencial quantidade de ações penais oferecidas?

Mas não é só isso. A própria noção de contravenção penal é incompatível com os motivos político-criminais que justificaram a criação dos juizados. Como harmonizar constitucionalmente uma definição formulada no ambiente ditatorial de 1941, com uma instituição gestada no cenário constitucional de 1988? Como conciliar uma definição ofensiva aos princípios penais da subsidiariedade, lesividade e bagatela[28], com uma instituição que tem como uma de suas finalidades a "despenalização" das infrações praticadas? Como conformar uma espécie de infração penal destinada a vigiar os pequenos deslizes formais na conduta de qualquer cidadão, com um instituto que pretende implementar um procedimento sumaríssimo informal?

Não fosse tudo isso suficiente, outra circunstância que revela a incompatibilidade entre a definição dada pelo artigo 61 da Lei nº 9.099/95 e o instituto dos Juizados Especiais Criminais, é a própria figura do delito cuja pena máxima em abstrato não ultrapasse o limite de dois anos, cumulada ou não com multa. Ora, como é possível definir, aprioristicamente, a maior

[28] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Manifesto contra os juizados especiais criminais (uma leitura de certa "efetivação" constitucional)". *In*: SCAFF, Fernando Facury (org.). *Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição brasileira de 1988.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 347-438.

ou menor, complexidade de um caso, partindo-se, exclusivamente, de um critério quantitativo baseado no limite máximo da pena em abstrato? A quantidade da pena máxima em abstrato é capaz de definir a maior ou menor complexidade de um caso? A definição legal de infração de menor potencial ofensivo com espeque na quantidade de pena máxima em abstrato parece pressupor um tipo de situação padrão, desprezando, assim, a individualidade de cada caso.

Torna-se perceptível, então, que não é possível delimitar o conceito de infração de menor potencial ofensivo com base apenas no critério da quantidade de pena máxima em abstrato. Nem é possível concluir que a competência dos Juizados Especiais Criminais seja estabelecida a partir deste conceito. E, tanto não é possível chegar a tais conclusões, que a própria Lei nº 9.099/95 reconhece esta impossibilidade, em seu artigo 77, parágrafo segundo. É dizer, se o delito, cuja pena não ultrapassa o limite de dois anos, apresentar complexidade, consoante as circunstância do caso concreto, não restará alternativa ao Ministério Público que não seja a de requerer ao magistrado o encaminhamento das peças existentes ao juízo que entender ser o competente.

E, aí, uma pergunta se impõe: qual a utilidade prática em definir a infração de menor potencial ofensivo como o delito cuja pena máxima em abstrato não ultrapassa o limite de dois anos, se esta definição não é garantia de fixação da competência dos Juizados Especiais Criminais? Para que definir algo segundo uma determinada forma, se ela é falível? Eis o que é a definição legal de infração de menor potencial ofensivo, um ato de precipitação. E, como se sabe, a precipitação é o primeiro sintoma do desespero. O desespero que assalta o Estado Moderno e que impulsiona as legislações de emergência[29], o desespero pela manutenção de sua legitimidade e do seu aparato de controle.

4. INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO: O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE

Foi dito anteriormente que a noção de infração de menor potencial ofensivo é incompatível com a própria instituição dos Juizados Especiais Criminais. Também foi dito que a definição legal de infração de menor potencial ofensivo precisa ser repensada a partir da valorização do caso e da

[29] "Desse fino equilíbrio surge o estado de paz, para o qual não contribui em muita coisa a (in)cultura e a (in)disciplina da emergência, mormente quando deixa no ar a falsa impressão que os mecanismos por ela preconizados são inerentes ao estado de direito". Cf. CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.13.

distinção entre texto de lei e norma. Afirmou-se, ainda, que, no contexto de uma sociedade complexa e diferenciada como atual, é preciso compreender a dogmática jurídica a partir de um viés retórico, o qual não pode ser reduzido apenas a uma retórica prática. E, por fim, foi dito, também, que a definição legal de infração de menor potencial ofensivo apresenta alguns problemas, os quais foram rapidamente abordados. Diante disso, uma pergunta se impõe: qual a finalidade do legislador constituinte ao se valer do conceito de infração de menor potencial ofensivo no artigo 98, inciso I, da CR e, ao mesmo tempo, correlacioná-lo a ideia de Juizados Especiais Criminais?

Sugere-se, aqui, uma resposta: tentar resgatar a legitimidade do Poder Judiciário perante a sociedade contemporânea. Isto mesmo, se o Poder Judiciário é a última tábua de salvação da dogmática jurídica[30], em meio ao espetáculo da diluição da tripartição de poderes, os Juizados Especiais se constituem em uma das mais recentes estratégias de sobrevivência do moribundo Estado Moderno. Esse Estado que, no século XIX, buscou se legitimar por meio do Poder Legislativo – e, para isso, basta observar a França que sucedeu à Revolução Francesa e o seu minucioso Código Civil de 1804 (Código de Napoleão) -, e que hoje, no século XXI, procura justificar a sua existência, utilidade e legitimidade a partir do Poder Judiciário. Mas, no momento em que a legitimidade deixa de ser sinônimo de legalidade, surge para o Estado e o seu Poder Judiciário um novo desafio, o desafio de reconstruir o seu discurso de justificação. O desafio de sobreviver!

E este desafio não é fácil, vez que o que se assiste hoje é exatamente a crise do Poder Judiciário. Se é certo afirmar que nunca antes o Poder Judiciário foi tão valorizado, não é menos certo admitir que ele nunca se viu tão questionado. Todo bônus traz consigo os seus ônus, e com o Judiciário não é diferente. A luz que põe em evidência a estrela da companhia teatral do Estado Moderno é a mesma que lhe expõe às vaias da plateia[31]. Ora, não

---

[30] OLIVEIRA, Ana Carla Farias de; NASCIMENTO, Guadalupe Feitosa Alexandrino Ferreira do Nascimento. *Dogmática jurídica na produção acadêmica nacional*: estado da arte. No prelo, *passim*.

[31] Se se admitir que a plateia, em questão, é o povo, surge, então, uma das mais importantes questões da ciência política, relativa à democracia: quem é o povo? Essa é a questão que atormenta Friedrich Müller. Nesse sentido, consulte-se MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. Tradução: Peter Naumann. 3ª edição revista e ampliada. São Paulo: Max Limonad, 2003, *passim.* E, ainda com espeque na lição de Friedrich Müller, convém indagar: quem é o povo do qual a Constituição fala? Quem pertence ao povo, se a população não quer (ou não pode) participar? Como adverte Adeodato, a "unidade do povo, assim como a unidade entre Estado e Constituição, não parecem algo óbvio, sobretudo se o povo não pode ou não quer 'participar'. A grande questão passa a ser justamente 'quem' pertence ao povo, quem é o povo, essa é a questão fundamental da democracia. Mais crucial ainda se torna esse problema com a participação cada vez menor dos cidadãos nas eleições das democracias centrais, quando até o Estado social e democrático de direito encontra dificuldade em despertar fidelidade e compromisso em cidadãos que não se consideram beneficiários dele", cf. ADEODATO, Op. cit., p. 153.

é o Poder Judiciário que é acusado de lento? Não é o Poder Judiciário que é questionado pelas suas decisões variáveis e imprevisíveis? Não é o Poder Judiciário que é achincalhado pela circunstância de que os acusados não são devidamente punidos? Não é Poder Judiciário que é criticado pelos seus altos salários e pela estrutura altamente dispendiosa aos cofres públicos? Enfim, não é o Poder Judiciário que, muitas vezes, acaba por agravar o conflito que deveria, em tese, solucionar?[32]

E é em meio a este cenário que os Juizados Especiais Criminais surgem como a estratégia do Estado na disputa pela legitimidade. Uma disputa travada, aparentemente, com as instâncias ilícitas de controle. É dizer, os Juizados surgem como a mais nova arma do Estado na guerra pela manutenção do monopólio do poder de punir. Uma guerra que caracteriza a sociedade contemporânea e que traz alguma preocupação ao Estado Moderno, na medida em que este, no âmbito criminal, nunca antes se viu tão incomodado pela concorrência das instâncias ilícitas de controle social, a exemplo das organizações criminosas. E, neste contexto, melhor se compreende institutos como o da infração de menor potencial ofensivo.

Institutos que funcionam como chaves de acesso a uma nova tecnologia de preservação do monopólio do poder de punir do Estado. Uma tecnologia que compreende, por exemplo, a transação penal[33], a qual é vendida como uma ferramenta ágil que propicia a rápida resolução do conflito, mas que, na verdade, não passa de uma mercadoria em meio a um jogo de barganha[34], na luta pela manutenção do poder de punir. Em outras palavras, o Estado dá a impressão de que cede uma parte do seu poder de punir à vítima, por exemplo, e em troca garante a sua sobrevivência, isto é, a legitimidade do

---

[32] "Compreende-se porque as instituições penais de privação de liberdade (e sócio-educativas, no caso dos adolescentes) terminam por agravar a sensação de desvinculação social em relação ao mundo 'legítimo' e, assim, reforçam a referência do 'mundo do crime' nas trajetórias. (...) Este circuito monotemático, que fortalece a identidade do 'criminoso', aparece justamente quando o Estado passa a mediar suas relações sociais". Cf. FELTRAN, Gabriel de Santis. O legítimo em disputa: as fronteiras do mundo do crime nas periferias de São Paulo. Dilemas: *Revista de estudos de conflito e controle social*, v. 1, 2008, p. 116.

[33] Para uma crítica contundente à transação penal, faz-se necessário estudar a obra de Geraldo Prado. O autor critica a transação penal a partir dos seguintes pilares, são eles: a inquisitorialidade da transação penal, a desigualdade entre os sujeitos envolvidos, o desrespeito à autonomia da vontade do suposto autor do fato aparentemente delituoso e a privação do devido processo legal por meio das técnicas de sumarização. Sobre o assunto consulte-se PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal***.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 173-220.

[34] O jogo de barganha é um dos ramos da teoria dos jogos de maior interesse prático, se não for o maior. Cf. BIERMAN, H. Scott; FERNANDEZ, Luis. *Teoria dos Jogos.* 2ª edição. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2010, *passim.*

seu monopólio.

Sendo assim, convém formular a seguinte pergunta: o Estado está vencendo esta guerra? Ao que tudo indica não, seja porque os juizados não apresentam a celeridade e a efetividade que deles se espera, seja porque não parecem ter ajudado em nada a conter o crescente e preocupante número de infrações penais que não chegam ao conhecimento do Estado. Aliás, o que se desconfia é que os juizados acabaram por agravar o problema das cifras ocultas, vez que a sua instituição e a definição de infração de menor potencial ofensivo, ao que parece, terminaram servindo de incentivo para o aumento desta situação.

E o pior é que, se essa premissa estiver certa, os juizados que foram instituídos com a finalidade de aproximar o Estado da população, parecem está ampliando, ainda mais, o fosso que os separa. Um fosso danoso ao controle dos conflitos criminais, na medida em que esses deveriam, em tese, serem resolvidos pelo Estado por meio do caminho necessário[35] do processo penal. O que, por sua vez, compromete a credibilidade de qualquer política de segurança pública e propicia uma desconfiança ainda maior quanto ao aparato do Estado, em especial no que se refere à polícia. Qual é o embasamento racional e estratégico de uma política de segurança pública fundada em dados sem qualquer correspondência com a realidade social?

5. CONCLUSÃO

E a guerra que é travada pelo Estado é, de fato, contra as instâncias ilícitas de controle social? O que parece é que, em verdade, não há uma guerra entre o Estado e as instâncias ilícitas de controle. O que parece é que os Juizados Especiais Criminais não substituem estas instâncias, nem estas representam uma forma de poder paralelo, como relata Gabriel de Santis Feltran, referindo-se ao Primeiro Comando da Capital (PCC)[36]. Estes dois organismos de controle social, os juizados e as instâncias ilícitas, antes parecem concorrer entre si e, ao mesmo tempo, completar-se um ao outro,

---

[35] Sobre o princípio da necessidade no processo penal, consulte-se LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.23-26.

[36] O Primeiro Comando da Capital conhecido tanto pela sigla PCC como pela alcunha de "Partido", é uma das organizações criminosas mais importantes do Estado de São Paulo. As fronteiras do mundo do crime nas periferias de São Paulo e, por consequência, a atuação do PCC, é o tema da linha de pesquisa de Gabriel Feltran. Nesse sentido, consulte-se: FELTRAN, Op. cit., p. 93.

como etapas de uma escala de resolução de conflitos. Concorrem porque coexistem em um mesmo espaço de conflito, e complementam-se porque ambos se aproveitam um do outro.

É certo que a resolução levada a efeito pelas instâncias ilícitas de controle não são reconhecidas pelo direito, nem tampouco funcionam como mecanismos de mediação. Todavia, não é menos certo que elas acabam por filtrar alguns dos muitos conflitos que chegariam aos juizados e que acabariam por abarrotar ainda mais as prateleiras do Poder Judiciário. Sendo assim, é inegável que, se o Estado não incentiva a existência de tais instâncias ilícitas de controle, ele também se aproveita, e muito, da existência delas.

E com os juizados especiais criminais isso não é diferente. Afinal, a infração penal de menor potencial ofensivo ao mesmo tempo em que amplia os domínios do poder punitivo do Estado, símbolo de uma política criminal fundada na teoria das janelas quebradas[37], convive e se aproveita das instâncias ilícitas de controle. Nesse sentido, a concepção retórica em torno da dogmática jurídica guarda grande afinidade com a concorrência travada entre o Estado (representado pelos juizados especiais criminais) e essas instâncias ilícitas.

Isto porque a concepção retórica acerca da dogmática jurídica tem como um de seus objetivos, exatamente, enfrentar o problema da legitimidade que caracteriza a sociedade complexa atual[38]. E, por sua vez, o problema da legitimidade é, em última análise, o problema da disputa estabelecida entre o Estado e o "mundo do crime" em torno do que é socialmente legítimo[39]. Definir o que é socialmente legítimo é, antes de tudo, um risco ao qual o

---

[37] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Teoria das janelas quebradas : e se a pedra vem de dentro? *in Revista de estudos criminais.* v. 3, fasc. 11. Porto Alegre: Notadez/ITEC, 2003, p. 23-29.

[38] ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica* - Para uma Teoria da Dogmática Jurídica. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 189.

[39] A expressão mundo do crime é aqui empregada como sinônimo das instâncias ilícitas de controle. O uso dessa expressão é feito aqui em referência ao sentido que Gabriel Feltran atribui a tal locução. Segundo ele, mundo do crime é "o conjunto de códigos e sociabilidades estabelecidas, prioritariamente no âmbito local, em torno dos negócios ilícitos do narcotráfico, dos roubos e furtos". Cf. FELTRAN, Op. cit., p. 93. Mais adiante, referindo-se à disputa pela legitimidade, Feltran arremata, afirmando que "a política não se resume à disputa de poder em terrenos institucionais, mas pressupõe um conflito anterior, travado no tecido social, constitutivo da definição dos critérios pelos quais os grupos sociais podem ser considerados legítimos. É nessa perspectiva que a disputa pela legitimidade que emerge das fronteiras do 'mundo do crime', nas periferias de São Paulo, sugere significados políticos bastante mais amplos", cf. FELTRAN, Op. cit., p. 123.

Estado e o seu monopólio do poder de punir se encontram sujeitos, vez que esta definição passa pelo questionamento do monopólio estatal sobre o poder de punir. E é em meio a esse risco que a concepção retórica acerca da dogmática jurídica se torna uma importante aliada do Estado nesta batalha.

Um excelente exemplo da contribuição que uma concepção retórica acerca da dogmática jurídica oferece, é a análise cética que ela tem capacidade de fazer acerca dos juizados e do conceito de infração de menor potencial ofensivo. Uma análise que pode ser empreendida sobre a própria produção da sentença por meio do procedimento sumaríssimo. Afinal, como sustentar o discurso da busca pela verdade, seja lá ela qual for[40], diante de um procedimento sumaríssimo, uma estrutura inquisitorial e uma instrução demasiadamente restringida[41]? Resta claro que a sentença não é um ato de certeza, mas, sim, de confiança[42]. Ora, quando se percebe que é a confiança que legitima a norma jurídica que resulta da sentença, logo se conclui que decidir não é encontrar a verdade, e, sim, persuadir quem se encontra sujeito à decisão.

O juiz não é um padre que diz a verdade, porque foi tocado por Deus, antes se mostra um político que busca convencer o seu eleitorado, as partes. Eis, então, o ponto fundamental no que toca à legitimidade e a disputa em torno dela na sociedade contemporânea. Legítimo não é o que se encontra definido em lei, mas, sim, aquilo que tem a capacidade de despertar a confiança dos sujeitos envolvidos no conflito, do qual a infração de menor potencial ofensivo é um exemplo. Por conseguinte, o ponto fundamental da dogmática jurídica contemporânea é conseguir, na produção da norma jurídica, despertar a confiança nos sujeitos, estejam eles envolvidos, ou não, no conflito levado a juízo. É dizer, o problema fundamental do Estado na

---

[40] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao "Verdade, Dúvida e Certeza" de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. *In: Anuário ibero-americano de direitos humanos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

[41] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Manifesto contra os juizados especiais criminais (uma leitura de certa "efetivação" constitucional)". *In*: SCAFF, Fernando Facury (org.). *Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição brasileira de 1988.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 347-438.

[42] "A retórica se fundamenta na confiança. Esta frase parece revelar ingenuidade ou intenções demagógicas. Na Alemanha pode-se dizer: retórica causa desconfiança. Também no passado o apoio a este ressentimento foi declaradamente um dever do filósofo. Os alemães nunca demonstraram um talento especial para com a 'gaia ciência' e a retórica é justamente uma das disciplinas desta". Cf. BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. Tradução: João Maurício Adeodato. *Revista brasileira de filosofia*, nº 163, fasc. 39. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, 1991, p. 175-184.

atualidade é, ao mesmo tempo, despertar a confiança da sociedade e fragilizar a confiança que as instâncias ilícitas de controle provocam, por exemplo, na periferia de São Paulo[43]. Afinal, na disputa pela legitimidade, a confiança é a mais importante de todas as armas.

Mas é preciso noticiar um risco inerente à concepção retórica na tentativa de reconstruir a legitimidade do Estado. Quando a infração de menor potencial ofensivo se compromete com o caso, corre-se o risco de que o caso, aquilo que singulariza a norma, que busca consolidar a confiança abalada, torne-se um novo rótulo de consumo. Se é certo que o caso torna a norma única e diferente, e isso auxilia o Estado na disputa pela legitimidade, não é menos certo de que esta mesma diferença parece ter sido elevada à última moda pela sociedade do consumo. A sociedade de consumo, esta forma sútil de violência[44] produzida pela razão moderna ocidental capitalista. E, quando se percebe isso, logo se constata que a razão moderna capitalista, em sua constante transformação, se adapta e se apodera das novas ferramentas que procuram denunciá-la. Neste momento, então, tudo começa de novo,

---

[43] "A depender do problema enfrentado, um jovem de Sapopemba pode, por exemplo, propor uma ação trabalhista ou exigir justiça em 'tribunais' do PCC; pode integrar os atendimentos de uma entidade social ou pedir auxílio ao traficante". Cf. FELTRAN, Op. cit., p. 123.

[44] Convém pôr em relevo, com espeque na lição de Jean Baudrillard, que a violência empreendida pela sociedade de consumo, desempenha as seguintes funções e apresenta os seguintes aspectos: (a) a grande massa "pacificada" é quotidianamente alimentada pela violência consumida e pela violência alusiva a toda substância apocalíptica do "mass media", como forma de dar vazão à agressividade e ao instinto destrutivo inerente ao ser humano (além do fascínio – poder e prazer – exercido pela morte); (b) a violência como estratégia para despertar uma obsessão por segurança e bem-estar e provocar uma febre de consumo bélico; (c) a violência "espetacularizada" e o conformismo da vida quotidiana como realidades abstratas que se alimentam de mitos e signos; (d) a violência ministrada em "doses homeopáticas" pela mídia como forma de realçar a *fragilidade real* da vida pacificada, vez que é o espectro da fragilidade que assedia a civilização da abundância, à medida que evidencia o equilíbrio precário que firma a ordem de contradições que constitui a sociedade contemporânea; (e) a violência inexplicada como uma imposição de revisão das idéias de abundância e das taxas de crescimento da economia, em face das contradições fundamentais da abundância; (f) a violência que desperta como conseqüências, dentre outras, a destrutividade das instituições e a depressividade contagiosa da população, passando por condutas coletivas de fuga (como, por exemplo, o aumento do consumo de drogas ilícitas ou não); (g) a violência que resulta da *pulsão* desencadeada pelo consumo, o condicionamento do espectador diante do apelo do espetáculo, como estratégia de manipulação do desejo; (h) a violência que conduz à reabsorção das angústias através da proliferação das terapias, dos tranqüilizantes, ou seja, a sociedade de abundância, produtora de satisfação sem finalidade, esgota os recursos a produzir o antídoto para a angústia derivada da satisfação. Consulte-se: Baudrillard, Jean. *A sociedade de consumo.* Lisboa: 70 Arte & Comunicação, 2007. p. 184-191.

em um processo de eterno retorno[45].

O eterno retorno no qual a razão aprisiona os mortais, a exemplo do castigo imposto por Hades a Sísifo[46]. Afinal, quando Zeus venceu seu pai, Cronos, que havia colocado ordem no Caos original do universo[47], a razão se tornou a nova ferramenta de controle dos mortais. E, nesse instante, quando Zeus se tornou o deus dos deuses, o senhor do Olimpo, inaugurou-se uma nova forma de tirania, a tirania da razão. A razão, essa sofisticada forma de violência, a mais perfeita das formas de poder, aquela que controla sem ser percebida. Eis o que é a infração de menor potencial ofensivo, mais um dos artefatos da razão moderna.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Retórica constitucional* – Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2009.

- *Ética e retórica* - Para uma Teoria da Dogmática Jurídica. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

- As retóricas na história das idéias jurídicas no Brasil – originalidade e continuidade como questões de um pensamento periférico. *Revista da Esmape*, Recife, v. 14, nº 29, p. 243-278, jan./jun. 2009.

ARISTÓTELES. *Retórica*. Tradução: Marcelo Silvano Madeira. São Paulo: Rideel, 2007.

---

45 "*Causa e efeito.* Costumamos empregar a palavra 'explicação', quando a palavra correta seria 'descrição', para designar aquilo que nos distingue dos estágios anteriores de conhecimento e de ciência. Sabemos descrever melhor do que nossos predecessores; explicamos tão pouco como eles. Descobrimos sucessões múltiplas onde o homem e o sábio ingênuos das civilizações precedentes viam apenas duas coisas, 'causa' e 'efeito', como se dizia; aperfeiçoamos a imagem do devir, mas não fomos além dessa imagem. Em cada caso, a série de 'causas' se apresenta mais completa; deduzimos que é preciso que esta ou aquela coisa tenha sido precedida para que se lhe suceda outra; mas isso não nos leva a compreender nada. (...) Só operamos com coisas que não existem: linhas, superfícies, corpos, atómos, tempos divisíveis; como havia de existir sequer possibilidade de explicar quando começamos por fazer de qualquer coisa uma imagem, a nossa imagem! (...) Causa e efeito: trata-se de uma dualidade que certamente nunca existirá; assistimos, na verdade, a uma *continuidade* de que isolamos algumas partes; do mesmo modo que nunca percebemos mais do que pontos isolados em um movimento, isto é, não o vemos, mas o inferimos". Cf. NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A gaia ciência.* Tradução: Heloisa Graça Burati. São Paulo: Rideel, 2005, p. 105.

46 COMMELIN, Op. cit., p. 200.

47 COMMELIN, Op. cit., p. 11.

AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. Desconstruindo a ordem pública e reconstruindo a prisão preventiva, in *Revista jurídica,* ano 58, nº 394. Sapucaia do Sul: Notadez, 2010, p.119-122.
BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. Tradução: João Maurício Adeodato. *Revista brasileira de filosofia,* nº 163, fasc. 39. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, 1991, p. 175-184.
BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo.* Lisboa: 70 Arte & Comunicação, 2007.
BIERMAN, H. Scott; FERNANDEZ, Luis. *Teoria dos Jogos.* 2ª edição. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2010.
CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.* Tradução e introdução: Antônio Menezes Cordeiro. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
COMMELIN, P. *Mitologia grega e romana.* Tradução: Eduardo Brandão. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Manifesto contra os juizados especiais criminais (uma leitura de certa "efetivação" constitucional)". *In*: SCAFF, Fernando Facury (org.). *Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 347-438.
- Glosas ao "Verdade, Dúvida e Certeza" de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. *In: Anuário ibero-americano de direitos humanos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Teoria das janelas quebradas : e se a pedra vem de dentro? *in Revista de estudos criminais.* v. 3, fasc. 11. Porto Alegre: Notadez/ITEC, 2003, p. 23-29.
DESCARTES, René. *Discurso do método.* Trad. Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
FELTRAN, Gabriel de Santis. O legítimo em disputa: as fronteiras do mundo do crime nas periferias de São Paulo. Dilemas: *Revista de estudos de conflito e controle social*, v. 1, p. 93-126, 2008.
FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2007.
HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto

Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento.* Tradução: Maria da Conceição Côrte- Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.
MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos.* Tradução: Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004.
MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito.* Rio de Janeiro: Forense, 1991.
MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. Tradução: Peter Naumann. 3ª edição revista e ampliada. São Paulo: Max Limonad, 2003.
NEVES, Antônio Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A gaia ciência.* Tradução: Heloisa Graça Burati. São Paulo: Rideel, 2005.
- *Sobre a verdade e a mentira.* Tradução: Fernando de Moraes Barros. São Paulo: Hedra, 2007.
OLIVEIRA, Ana Carla Farias de; NASCIMENTO, Guadalupe Feitosa Alexandrino Ferreira do Nascimento. *Dogmática jurídica na produção acadêmica nacional*: estado da arte. No prelo, *passim*.
OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal.* 13 ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
PLATÃO. *A república.* Tradução: Enrico Corvisieri. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.
POPPER, Karl. *Lógica das ciências sociais.* Trad. Estevão de Rezende Martins, apoio Cláudio Muniz, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.
PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado lógico-filosófico. Investigações filosóficas.* Tradução e prefácio de M. S. Lourenço. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.